

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, Akad. Rätin a.Z. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin†, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Geschäftsführende Herausgeber: Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Johanna Wolff

4/2025
18. Jahrgang

S. 617–811

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Der Betriebsübergang – Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 613a BGB

Ref. iur. Davis Schneider, Arnsberg

617

Das Potential der Nummerierung juristischer Normen für das Verständnis von Recht

Stud. Hilfskraft Tom Franken, Bielefeld

628

Strafrecht

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen – Teil 3

Überlegungen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück/Passau

636

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Öffentliches Recht

Parlamentarische Redefreiheit der Bundestagsabgeordneten im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Dr. Thomas Kemper, Bonn

645

| Strafrecht

Das Gesetz in der strafrechtlichen Fallbearbeitung

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 662

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht Teil 1:
Ärztliche Heilbehandlung, Einwilligung und Zurechnung

Wiss. Mitarbeiter Dr. Maximilian Nussbaum, LL.M. (Hannover), Dipl.-Jur. Natalie Hildermann, Hannover 669

ÜBUNGSFÄLLE

| Zivilrecht

Fortgeschrittenenübungsklausur: „MoPeG in 3D“

Prof. Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs, Ass. iur. Luca Marie Lennartz, Aachen 685

| Öffentliches Recht

Semesterabschlussklausur im Wirtschaftsvölkerrecht: New Tyres for Mesalien

Prof. Dr. Jelena Bäuml, LL.M. (UWC), Wiss. Mitarbeiter Jan Dorwig, Lüneburg 703

Examenübungsklausur: Ein Bebauungsplan mit Komplikationen

Akad. Rat a.Z. Dr. Robert Pracht, Stud. iur. Sophia Rapp, Heidelberg 715

| Strafrecht

Zwischenprüfungsklausur: Rund um die WG-Party

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Wiss. Mitarbeiter und Ref. iur. Florian Nazli, Düsseldorf 736

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

| Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 10.10.2024 – 2 C 15.23
(Verfassungstreue von Referendaren)

(Wiss. Mitarbeiter Ole Becker, Osnabrück) 756

BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22
(Polizeikosten bei Hochrisikospiele – Berufsfreiheit, allgemeiner Gleichheitssatz,
Bestimmtheitsgebot, Finanzverfassung, individuelle Zurechnung)

(Wiss. Mitarbeiter David Selbertinger, Passau) 768

Strafrecht

BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24

(Die Verwirklichung eines Qualifikationstatbestands zwischen Vollendung und Beendigung)

(Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. [Athen], Vaduz, Ref. iur. Christoph Bauch, B.A., Frankfurt a.M.)

786

BGH, Beschl. v. 4.3.2024 – 3 StR 551/24

(Kein Versuch bei vorzeitigem Tataabbruch vor Angriffsbeginn)

(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau)

793

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Willers, Sönke M.: Die wichtigsten Schemata, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Handelsrecht, StPO, ZPO, 13. Aufl. 2025

(Wiss. Mitarbeiter Paul Kluth, LL.M., Schmalkalden)

801

Allgemeines

Lippert, Pascal: Wege zum Prädikatsexamen, Wie jeder seine Chancen auf Top-Jura-Examina durch strukturierte Vorbereitung verbessern kann, 2021

(Timo Nikutta, LL.B., Siegen)

808

Schriftleitung

Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster

Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1865-6331

Redaktion Zivilrecht

Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Matthias Fervers, Akad. Rätin a.Z. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer

Redaktion Öffentliches Recht

Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

Redaktion Strafrecht

Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Irina Isabel Pommerenke

Der Betriebsübergang – Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 613a BGB

Ref. iur. Davis Schneider, Arnsberg*

I. Einleitung und Einordnung	617
II. Voraussetzungen	619
1. Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils	619
a) Einzelbegriffssubsumtion	619
b) Gesamtbegriffsbetrachtung.....	619
c) Sieben-Punkte-Katalog	620
2. Auf einen anderen Inhaber	622
3. Durch Rechtsgeschäft.....	622
III. Rechtsfolgen	623
1. Eintritt (Abs. 1)	623
2. Haftung (Abs. 2 und 3)	624
3. Kündigung (Abs. 4).....	624
4. Unterrichtungspflicht (Abs. 5)	625
5. Widerspruchsrecht (Abs. 6)	626
IV. Abschluss und Ausblick	627

I. Einleitung und Einordnung

Die Voraussetzungen (II.) und Rechtsfolgen (III.) des Betriebsübergangs betreffend das Arbeitsverhältnis sind in § 613a BGB normiert. Diese Vorschrift des Individualarbeitsrechts ist praktisch relevant und rechtlich interessant, was sich in über 1.000 Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu § 613a BGB widerspiegelt.¹ Die Konflikthanfälligkeit beruht auf dem deutungs offenen Tatbestand und dem regelmäßig für beide Seiten besonders bedeutsamen Sachverhalt, da arbeitgeberseitig der Betrieb als Vermögensgut und arbeitnehmerseitig das Arbeitsverhältnis als Lebensgrundlage betroffen ist.

Die Auslegung und Anwendung der Vorschrift lässt sich unter Berücksichtigung der historischen und teleologischen Grundlagen besser nachvollziehen, weshalb diese den folgenden Ausführungen vorangestellt werden:

* Der Verf. ist Rechtsreferendar am Landgericht Arnsberg. Die Ausarbeitung entstand im Rahmen des Seminars „Europäisches Arbeits- und Sozialrecht“ bei Prof. Dr. Constanze Janda im Zuge eines verwaltungswissenschaftlichen Ergänzungsstudiums an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

¹ Juris-Rechtsprechungsdatenbank, Suchbegriff: § 613a BGB (Stand: 1.1.2025); Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2024, § 2 Rn. 130; Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 4.

Der § 613a BGB wurde bereits im Jahr 1972 in das BGB eingefügt.² Der Betriebsübergang wurde relativ zeitnah auch auf europäischer Ebene kodifiziert, wobei 1977 die Richtlinie 77/187/EWG³, 1998 die Änderungsrichtlinie 98/50/EG⁴ und 2001 die gegenwärtig geltende „Betriebsübergangsrichtlinie“ 2001/23/EG⁵ ergingen, welche der deutsche Gesetzgeber jeweils durch Anpassungen des § 613a BGB umsetzte.⁶ Aufgrund der unionsrechtlichen Kodifikation ist § 613a BGB richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden.⁷

Der Sinn und Zweck des § 613a BGB ist zuvörderst der Arbeitnehmerschutz in Form des Kündigungsschutzes bei Betriebsübergängen.⁸ Das Erfordernis einer solchen Regelung zu diesem Zwecke erschließt sich bei Betrachtung der Rechtslage vor Einführung des § 613a BGB, grob vereinfacht: Bei der Veräußerung aller wesentlichen Betriebsmittel ging zwar der „Arbeitsplatz“, aber – eingedenk des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse – nicht das Arbeitsverhältnis von dem bisherigen auf den neuen Betriebsinhaber über.⁹ Eine Weiterbeschäftigung bei dem bisherigen Betriebsinhaber scheiterte aufgrund der nunmehr entfallenden Beschäftigungsmöglichkeit, sodass dieser den Arbeitnehmern allesamt betriebsbedingt ordentlich kündigen konnte.¹⁰ Eine Weiterbeschäftigung bei dem neuen Betriebsinhaber setzte eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten voraus. In Betracht kam die Übernahme des alten (Vertragsübernahme) oder der Abschluss eines neuen (Vertragsabschluss) Arbeitsvertrags. Der neue Betriebsinhaber konnte mithin rechtlich frei über das Ob und Wie einer Weiterbeschäftigung optieren.¹¹ Diese Gegebenheit stellte insbesondere für besonders schutzwürdige, namentlich ältere, schwerbehinderte, unkündbare oder sonst sozial schwächere Arbeitnehmer eine Gefahr dar, deren Übernahme regelmäßig nicht dem Interesse des neuen Betriebsinhabers entsprach.¹² Das Kündigungsschutzrecht ließ sich durch eine schlichte zivilrechtliche Gestaltung umgehen und wies insoweit eine signifikante Schutzlücke auf.¹³ Der § 613a BGB intendiert die Schließung dieser Schutzlücke durch Anordnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses (Vertragsübergang) bei Übergang des Betriebs (Betriebsübergang), sog. Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis.¹⁴ Aufgrund des arbeitnehmerschützenden Telos ist § 613a BGB arbeitnehmerfreundlich auszulegen und anzuwenden.

² Die Einfügung erfolgte durch § 122 des Betriebsverfassungsgesetzes, der insoweit die Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches anordnete, Inkrafttreten am 19.1.1972.

³ Richtlinie des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen.

⁴ Richtlinie des Rates vom 29.6.1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen.

⁵ Richtlinie des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen.

⁶ Reichold, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2020, § 2 Rn. 13; Waltermann, Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2021, Rn. 405.

⁷ BAG, Beschl. v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14(A), Rn. 21 = BAGE 152, 12 (18).

⁸ **BT-Drs. VI/1786**, S. 5; Ascheid, in: Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl. 2012, § 613a Rn. 3.

⁹ Dies entspricht der seinerzeit vorherrschenden Rechtsprechung und Lehre, vgl. BAG, Urt. v. 26.5.1955 – 2 AZR 38/54, Rn. 9 = BAGE 2, 127 (129) und BAG, Urt. v. 18.2.1960 – 5 AZR 472/57, Rn. 47 = BAGE 9, 62 (70) sowie Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts – Erster Band, 7. Aufl. 1963, S. 516 ff.; demgegenüber seinerzeit (systemwidrig) einen Übergang der Arbeitsverhältnisse bejahend Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 1961, S. 657 ff.

¹⁰ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2024, Rn. 130; Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 1.

¹¹ Annuss, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 613a Rn. 3; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 4.

¹² BAG, Urt. v. 22.5.1985 – 5 AZR 173/84, Rn. 33 = BAGE 48, 376 (383 f.).

¹³ Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 2; Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 8.

¹⁴ Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 2; Schreiber, in: Schulze u.a., BGB, Handkommentar, 12. Aufl. 2024, § 613a Rn. 1.

II. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des § 613a BGB sind in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB normiert. Die Norm verlangt den Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils (1.) auf einen anderen Inhaber (2.) durch Rechtsgeschäft (3.).

1. Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils

Der Betriebsbegriff wird in § 613a BGB nicht näher konkretisiert und die Begriffsbestimmung damit der Rechtsprechung überantwortet.¹⁵

a) Einzelbegriffssubsumtion

Das BAG begriff den Betrieb und den Übergang, entsprechend der im deutschen Recht gebräuchlichen Zusammensetzung einer Norm aus einzelnen Tatbestandsmerkmalen, als eigenständige Begriffe, die es folglich einzeln definierte und subsumierte, sog. Einzelbegriffssubsumtion.¹⁶ Es bediente sich zunächst des bereits bekannten und bewährten Betriebsbegriffs, wonach unter einem Betrieb die organisatorische Einheit verstanden wird, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.¹⁷ Ein Rückgriff auf dieses betriebsverfassungsrechtliche Begriffsverständnis lag insoweit nahe, als § 613a BGB seinerzeit mit dem novellierten Betriebsverfassungsgesetz in das BGB eingefügt wurde.¹⁸ Das BAG nahm jedoch eine Modifikation dieser Definition dahingehend vor, dass es gerade die Mitarbeiter mit der Begründung ausnahm, der Übergang des Arbeitsverhältnisses sei Tatbestandsvoraussetzung und nicht Rechtsfolge.¹⁹ Den Übergang des Betriebs beurteilte das BAG vornehmlich danach, ob solche sächlichen und immateriellen Betriebsmittel übertragen wurden, die es dem neuen Betriebsinhaber ermöglichen, die arbeitstechnischen Zwecke des Betriebs im Wesentlichen unverändert fortzuführen, sog. Fortführungsmöglichkeit.²⁰

b) Gesamtbegriffsbetrachtung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hingegen begreift den Betriebsübergang seit jeher als einheitlichen Gesamtbegriff, sog. Gesamtbegriffsbetrachtung.²¹ Aus teleologischen Gründen des Arbeitnehmerschutzes vertritt er ein weites Begriffsverständnis und bejaht den Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie(n) bei einem identitätswahrenden Übergang einer wirtschaftlichen Einheit.²² Die Betriebs-

¹⁵ Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB, 1987, S. 2; Senk, Betriebsbegriffe, 2022, S. 245.

¹⁶ Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 44; Senk, Betriebsbegriffe, 2022, S. 295; zur Einzelbegriffssubsumtion im Allgemeinen siehe Schnapp, Logik für Juristen, 7. Aufl. 2016, S. 144.

¹⁷ BAG, Urt. v. 22.5.1985 – 5 AZR 173/84, Rn. 44 = BAGE 48, 376 (387).

¹⁸ Gussen, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.12.2024, BGB § 613a Rn. 3; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 5.

¹⁹ BAG, Urt. v. 22.5.1985 – 5 AZR 30/84, Rn. 26 = BAGE 48, 365 (371).

²⁰ BAG, Urt. v. 27.4.1995 – 8 AZR 197/94, Rn. 18 = BAGE 80, 74 (79); Ekkenga, ZIP 1995, 1222 (1225); Henssler, NZA 1994, 913 (914); Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 6.

²¹ Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 54; darauf hinweisend, dass die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen durch den EuGH nicht immer dogmatisch voneinander getrennt erfolgt: Cohnen, in: Moll/Eckhoff/Reufels, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2025, § 53 Rn. 8; Senk, Betriebsbegriffe, 2022, S. 295; Windt, Die Neukonstruktion des Tatbestandes des Betriebsübergangs, 2005, S. 110.

²² EuGH, Urt. v. 18.3.1986 – C-24/85 [ECLI:EU:C:1986:127] (Spijkers), Rn. 11; EuGH, Urt. v. 11.3.1997 – C-13/95 [ECLI:EU:C:1997:141] (Süzen), Rn. 10; EuGH, Urt. v. 20.11.2003 – C-340/01 [ECLI:EU:C:2003:629] (Abler), Rn. 29.

übergangsrichtlinie 2001/23/EG – und zuvor auch schon die Änderungsrichtlinie 98/50/EG – berücksichtigte die Rechtsprechung des EuGH und bestimmt als Betriebsübergang den identitätswahrenden Übergang einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.²³ Das BAG hat im Jahr 1997 eine Rechtsprechungsänderung vorgenommen und die Konzeption des EuGH übernommen.²⁴

c) Sieben-Punkte-Katalog

Das Ob eines solchen identitätswahrenden Übergangs beurteilt der EuGH im Rahmen einer *typologischen Gesamtbetrachtung* und *Gesamtbewertung* unter Berücksichtigung sämtlicher den betreffenden Vorgang kennzeichnender Tatsachen,²⁵ namentlich der Art des betreffenden Betriebs (1.), des Übergangs oder Nichtübergangs der materiellen Aktiva wie Gebäude und beweglicher Güter (2.), des Werts der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs (3.), der Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber (4.), des Übergangs oder Nichtübergangs der Kundschaft (5.) sowie des Grads der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit (6.) und der Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit (7.),²⁶ sog. Sieben-Punkte-Katalog.²⁷ Der Kriterienkatalog ist nicht abschließend, sodass durchaus weitere Umstände in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden können.²⁸ Es handelt sich um Teilaspekte der gebotenen Gesamtbetrachtung.²⁹ Die Funktion des Katalogs erschöpft sich darin, die Prüfung des Ob eines identitätswahrenden Übergangs zu strukturieren. Die Kriterien müssen mithin nicht kumulativ erfüllt sein.

Dem Merkmal der Art des Betriebs kommt eine besondere Bedeutung zu: Es dient der Schaffung eines Maßstabes, der ausschlaggebend für die Bedeutung und Gewichtung der Kriterien des Katalogs ist.³⁰ Es wird herkömmlich zwischen betriebsmittelgeprägten Betrieben einerseits und dienstleistungsgeprägten Betrieben andererseits unterschieden.³¹ Erstere sind durch materielle Betriebsmittel wie Gebäude, Anlagen, Maschinen, Werkzeuge, Geräte und Rohstoffe geprägt,³² sodass die Übernahme der materiellen Aktiva besonders bedeutsam ist.³³

²³ Art. 1 Abs. 1 lit. b Richtlinie 98/50/EG; Art. 1 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2001/23/EG.

²⁴ BAG, Urt. v. 22.5.1997 – 8 AZR 101/96, Rn. 32 ff. = BAGE 86, 20 (28).

²⁵ Brox/Rüthers/Henssler/Höpfner, Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2024, Rn. 706; Greiner/Pionteck, RdA 2020, 84 (85); Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 4; Moll, RdA 1999, 233 (236).

²⁶ EuGH, Urt. v. 18.3.1986 – C-24/85 [ECLI:EU:C:1986:127] (Spijkers), Rn. 13; EuGH, Urt. v. 11.3.1997 – C-13/95 [ECLI:EU:C:1997:141] (Süzen), Rn. 14; EuGH, Urt. v. 20.11.2003 – C-340/01 [ECLI:EU:C:2003:629] (Abler), Rn. 33.

²⁷ Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 12; Richter, in: Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 142 Rn. 52.

²⁸ Annuss, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 613a Rn. 40; Cohnen, in: Moll/Eckhoff/Reufels, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2025, § 53 Rn. 18.

²⁹ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 10; Willemsen, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, Kommentar, 11. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 309.

³⁰ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Bd. 2, 8. Aufl. 2020 § 19 Rn. 22; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 12.

³¹ Junker, EuZA 2019, 45 (51); Picker/Herresthal, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2022, Rn. 772 ff.

³² Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 12; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 12.

³³ Greiner/Pionteck, RdA 2020, 84, (85); Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 5.

Beispiele: Zementherstellung³⁴, Kettenschienenproduktion³⁵ und Güterumschlag³⁶

Letztere sind durch die menschliche Arbeitskraft geprägt,³⁷ sodass die Übernahme der erprobten Hauptbelegschaft besonders bedeutsam ist.³⁸

Beispiele: Gebäudereinigung³⁹, Objektüberwachung⁴⁰ und Callcenter⁴¹

Faktisch ist jeder Betrieb eine Zusammenfassung materieller, immaterieller und personeller Elemente, von denen mal das eine und mal das andere die Tätigkeit des Betriebs wesentlich prägt.⁴² Eine eindeutige Einordnung als betriebsmittel- oder dienstleistungsgeprägter Betrieb ist daher zuweilen weder möglich noch nötig.⁴³ Die beiden Betriebsarten sind vielmehr als die äußeren Ränder eines umfangreichen Spektrums an möglichen Betriebsarten zu verstehen.⁴⁴ Bei der Art des Betriebs ist daher gerade auch unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles zu ermitteln, welche Elemente die Identität der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit prägen und entsprechend im Rahmen der typologischen Gesamtbetrachtung besonders beachtet und besonders gewichtet werden müssen.⁴⁵ Zur Ermittlung der identitätsprägenden Elemente kann beispielsweise berücksichtigt werden, welche Elemente den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmachen.⁴⁶

Daraus folgt, dass ein Betriebsübergang etwa auch gänzlich ohne die Übernahme materieller oder immaterieller Betriebsmittel möglich ist.⁴⁷ Bei dienstleistungsgeprägten Betrieben kann die Betriebsbelegschaft als solche eine wirtschaftliche Einheit darstellen und dementsprechend die Übernahme der Belegschaft den Übergang des Betriebs auslösen. Dafür bedarf es der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals.⁴⁸ Dabei besteht zwischen Zahl und Sachkunde grundsätzlich eine Wechselbeziehung: Je geringer die Sachkunde der Belegschaft, desto bedeutsamer die Zahl und umgekehrt.⁴⁹ Die Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit ist von der Übernahme einer bloßen Tätigkeit abzugrenzen, sog. Funktionsnachfolge.⁵⁰

³⁴ BAG, Urt. v. 3.11.1998 – 3 AZR 484/97, Rn. 38 ff. = BeckRS 1998, 30367932.

³⁵ BAG, Urt. v. 28.4.2011 – 8 AZR 709/09, Rn. 46 ff. = BeckRS 2011, 75933.

³⁶ BAG, Urt. v. 22.8.2013 – 8 AZR 521/12, Rn. 49 ff. = BeckRS 2014, 65161.

³⁷ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2024, Rn. 132; Picker/Herresthal, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2022, Rn. 774.

³⁸ Cohnen, in: Moll/Eckhoff/Reufels, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2025, § 53 Rn. 22; Michalski/Westerhoff, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 625.

³⁹ BAG, Urt. v. 21.5.2008 – 8 AZR 481/07, Rn. 25 ff. = NZA 2009, 144 (146).

⁴⁰ BAG, Urt. v. 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, Rn. 55 = NZA-RR 2013, 179 (184).

⁴¹ BAG, Urt. v. 25.6.2009 – 8 AZR 258/08, Rn. 28 ff. = NZA 2009, 1412 (1415).

⁴² Chandna-Hoppe, EuZA 2019, 255 (264); Greiner/Pionteck, RdA 2020, 84 (85).

⁴³ Vergleiche Fischinger, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 1280; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 26.

⁴⁴ Chandna-Hoppe, EuZA 2019, 255 (264); Greiner/Pionteck, RdA 2020, 84 (87).

⁴⁵ Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 125; Roloff/Waldenfels, ZFA 2021, 231 (240).

⁴⁶ BAG, Urt. v. 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, Rn. 23 = BAGE 117, 349 (357); Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 125; Willemsen, NZA 2017, 953 (956).

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 11.3.1997 – C-13/95 [ECLI:EU:C:1997:141] (Süzen), Rn. 18.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 11.3.1997 – C-13/95 [ECLI:EU:C:1997:141] (Süzen), Rn. 21.

⁴⁹ Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 151; Müller-Glöge, NZA 1999, 449 (451).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 11.3.1997 – C-13/95 [ECLI:EU:C:1997:141] (Süzen), Rn. 15.

2. Auf einen anderen Inhaber

Der Betrieb oder Betriebsteil muss gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB auf einen anderen Inhaber übergehen. Betriebsinhaber ist, wer den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als dessen Inhaber auftritt.⁵¹ Als solche kommen natürliche Personen, Personengesellschaften und juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts in Betracht.⁵² Es ist mithin erforderlich, dass ein Wechsel des Rechtsträgers erfolgt.⁵³ Ein Wechsel der Gesellschafter ist hingegen nicht ausreichend.⁵⁴

3. Durch Rechtsgeschäft

Gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB muss der Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft übergehen. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG spricht von einer vertraglichen Übertragung. Der EuGH vertritt ein weites Begriffsverständnis und führt dafür den Sinn und Zweck der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG, den Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang, an.⁵⁵ Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist demgemäß sehr weit zu verstehen.⁵⁶ Es genügt, wenn sich der Übergang des Betriebs im Rahmen vertraglicher oder sonstiger rechtsgeschäftlicher Beziehungen vollzieht.⁵⁷ In Betracht kommen insbesondere Kauf-, Miet- und Pachtverträge.⁵⁸ Es bedarf keiner unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber, vielmehr reicht es aus, wenn der Übergang durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten vermittelt wird.⁵⁹

Die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte ist nicht erforderlich.⁶⁰ Das Tatbestandsmerkmal Rechtsgeschäft hat mithin keine wesentlich einschränkende, wohl aber eine abgrenzende Funktion zu Fällen, in denen der Übergang ausschließlich auf Gesetz oder sonstigem Hoheitsakt beruht.⁶¹ Ein solcher ist insbesondere die in § 1922 Abs. 1 BGB gesetzlich angeordnete Gesamtrechtsnachfolge.⁶² Im Erbfall geht die Gesamtheit von Rechten und Pflichten kraft Gesetzes auf die Erben über, und damit auch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Erblasser als Betriebsinhaber sowie Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer.⁶³

⁵¹ BAG, Urt. v. 25.1.2018 – 8 AZR 309/16, Rn. 56 = NZA 2018, 933 (940).

⁵² BAG, Urt. v. 14.8.2007 – 8 AZR 803/06, Rn. 16 = NZA 2007, 1428 (1430).

⁵³ BAG, Urt. v. 20.3.2003 – 8 AZR 312/02, Rn. 36 = NZA 2003, 1338 (1339).

⁵⁴ BAG, Urt. v. 3.5.1983 – 3 AZR 1263/79, Rn. 38 = NJW 1983, 2283 (2283).

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 7.2.1985 – C-135/83 [ECLI:EU:1985:55] (Abels), Rn. 13; EuGH, Urt. v. 19.5.1992 – C-29/91 [ECLI:EU:C:1992:220] (Stichting), Rn. 11; zum Sinn und Zweck der Richtlinie vergleiche den Erwägungsgrund 3: „Es sind Bestimmungen notwendig, die die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen [...]“.

⁵⁶ Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 12; Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 15.

⁵⁷ Ahrendt, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 117 Rn. 31; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 58.

⁵⁸ Fischinger, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 1295; Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 13.

⁵⁹ BAG, Urt. v. 25.2.1981 – 5 AZR 991/78, Rn. 12 ff. = BAGE 35, 104 (107); die vorgenannte Rechtsprechung betrifft eine Pachtkonstellation: Der Pachtgegenstand wird dem Verpächter von dem bisherigen Inhaber zurückgegeben. Nunmehr schließt der Verpächter mit dem neuen Inhaber einen Pachtvertrag über den Pachtgegenstand.

⁶⁰ Fischinger, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 1299; Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 13.

⁶¹ BAG, Urt. v. 18.8.2011 – 8 AZR 230/10, Rn. 27 = NZA 2012, 267 (269).

⁶² Grau, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 613a Rn. 188; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 68.

⁶³ Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 63; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 58.

III. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des § 613a BGB sind in den sechs Absätzen der Norm separat normiert. Dazu gehören der Eintritt des neuen Inhabers (1.), die Haftung des bisherigen Inhabers (2.), die Kündigung (3.), die Unterrichtungspflicht (4.) sowie das Widerspruchsrecht (5.).

1. Eintritt (Abs. 1)

Der Eintritt ist die zentrale Rechtsfolge des § 613a BGB.⁶⁴ Gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt der neue Betriebsinhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Der neue Betriebsinhaber tritt nicht neben, sondern anstelle des alten Betriebsinhabers, sog. Vertragsübergang kraft Gesetzes.⁶⁵ Es handelt sich um einen Vertragspartnerwechsel auf Arbeitgeberseite,⁶⁶ wobei eine Zustimmung der Beteiligten nicht erforderlich ist.⁶⁷

Ein solcher aufoktrozierter Übergang ist dem vom Grundsatz der Privatautonomie und der daraus abgeleiteten Vertragsfreiheit geprägten BGB grundsätzlich fremd.⁶⁸ Im allgemeinen Teil des Schuldrechts ist nur die Übertragung einzelner Rechte (§§ 398 ff. BGB) und die Übernahme einzelner Pflichten (§§ 414 ff. BGB) normiert.⁶⁹ Die Übertragung eines Vertrags als Ganzes, d.h. der Gesamtheit der Rechte und Pflichten, kann durch vertragliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten erfolgen, sog. Vertragsübernahme kraft Rechtsgeschäfts (§ 311 Abs. 1 BGB).⁷⁰ Die Rechtsfolge des arbeitsrechtlichen § 613a Abs. 1 S. 1 BGB stellt insoweit eine schuldrechtliche Besonderheit dar, die in ihren Grundzügen aus dem mietrechtlichen § 566 Abs. 1 BGB bekannt ist.⁷¹

§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB umfasst alle individualvertraglichen Vereinbarungen sowie solche tarifvertraglichen Regelungen, die in den Arbeitsvertrag einbezogen wurden.⁷² Gem. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB werden Rechte und Pflichten aus kollektivrechtlichen Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung Teil des individualrechtlichen Arbeitsvertrags und dürfen vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. § 613a Abs. 1 S. 3 und S. 4 BGB normiert insoweit einige Ausnahmen. Der maßgebliche Eintrittszeitpunkt ist die tatsächliche Übernahme der Leitungs- und Organisationsmacht.⁷³

⁶⁴ *Fischinger*, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 1301; *Seel*, JA 2008, 874 (877).

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 14.11.1996 – C-305/94 [ECLI:EU:C:1996:435] (Hertaing), Rn. 18; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 29. Aufl. 2024, Rn. 518; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2024, Rn. 143.

⁶⁶ *Edenfeld/Bieder*, in: Erman, BGB, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 613a Rn. 4; *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 92; *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, G. Rn. 123.

⁶⁷ *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 613a Rn. 6; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 66; der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses jedoch widersprechen, siehe dazu III. 5.

⁶⁸ *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2024, Rn. 3452; *Steffan*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 4.

⁶⁹ *Kliemt/Teusch*, in: juris PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, § 613a Rn. 1; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 3.

⁷⁰ *Klimke*, Die Vertragsübernahme, 2010, S. 3 ff.; *Maurer*, BWNNotZ 2005, 114 (116).

⁷¹ *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 8; *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 8 I.

⁷² *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 66; *Schlünder*, in: KR Gemeinschaftskommentar, 14. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 51.

⁷³ *Merten*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2024, § 613a Rn. 12; *Steffan*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 80.

2. Haftung (Abs. 2 und 3)

Der Eintritt des neuen Inhabers führt im Umkehrschluss zu einem Austritt des bisherigen Inhabers aus den Rechten und Pflichten und damit der Haftung für Verpflichtungen.⁷⁴ Bezüglich bereits entstandener Verpflichtungen stehen einander das Interesse des Arbeitnehmers und das Desinteresse des bisherigen Arbeitgebers an einer Haftung gegenüber. Um die Gefahr eines Forderungsausfalls einerseits und die Bürde einer Weiterhaftung andererseits in einen interessengerechten Ausgleich zu bringen, normiert § 613a Abs. 2 BGB eine austarierte, abgestufte Haftungsregelung.⁷⁵

Gem. § 613a Abs. 2 S. 1 BGB haftet der bisherige Arbeitgeber neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach § 613a Abs. 1 BGB, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, sowie a fortiori, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und fällig wurden, als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB).⁷⁶

Gem. § 613a Abs. 2 S. 2 BGB haftet der bisherige Inhaber in anteiligem Umfang für solche Verpflichtungen, die erst nach dem Übergangszeitpunkt fällig werden sowie e contrario in vollem Umfang für solche Verpflichtungen, die bereits vor dem Übergangszeitpunkt fällig wurden.⁷⁷

§ 613a Abs. 2 BGB regelt die Haftung des bisherigen Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Außenverhältnis.⁷⁸ Der Regress zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber im Innenverhältnis richtet sich vorrangig nach vertraglicher Vereinbarung und nachrangig nach der gesetzlichen Regelung des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.⁷⁹ Von der Haftung des bisherigen Arbeitgebers nach § 613a Abs. 2 BGB normiert § 613a Abs. 3 BGB eine Ausnahme bei Erlöschen einer juristischen Person oder Personenhandelsgesellschaft durch Umwandlung, die sich dadurch erklärt, dass nach der Umwandlung schlicht kein Rechts- und Haftungsträger mehr existiert, der noch haften könnte.⁸⁰ Die Haftungsmasse befindet sich in diesen Konstellationen vollständig bei dem neuen Inhaber.⁸¹

3. Kündigung (Abs. 4)

Gem. § 613a Abs. 4 S. 1 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen des Übergangs des Betriebs oder Betriebsteils unwirksam. Dahingegen bleibt das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen gem. § 613a Abs. 4 S. 2 BGB unberührt. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB wird durch § 613a Abs. 4 S. 1 BGB insoweit komplementiert,⁸² als ersterer sicherstellt, dass das Arbeitsverhältnis auf den neuen Betriebsinhaber übergeht, und letzterer sicherstellt, dass das

⁷⁴ Preis/Temming, *Arbeitsrecht*, 7. Aufl. 2024, Rn. 3555.

⁷⁵ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 133; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, *Großkommentar zum Kündigungsrecht*, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 157.

⁷⁶ Annuss, in: Staudinger, *Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022*, § 613a Rn. 261; Fischinger, *Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2024, Rn. 1310.

⁷⁷ Baeck/Winzer, in: Dörner/Luczak/Wildschütz/Baeck/Hoß, *Handbuch des Arbeitsrechts*, 17. Aufl. 2025, Rn. 4138; Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 165.

⁷⁸ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 137; Richter, in: Kiel/Lunk/Oetker, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 142 Rn. 118.

⁷⁹ Ahrendt, in: Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 20. Aufl. 2023, § 118 Rn. 22; Müller-Bonanni, in: Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht, Kommentar*, 11. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 299.

⁸⁰ Bayreuther, in: Dornbusch/Krumbiegel/Löwisch, *AR, Kommentar*, 10. Aufl. 2021, BGB § 613a Rn. 111; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, *Großkommentar zum Kündigungsrecht*, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 165.

⁸¹ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 140; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, *Großkommentar zum Kündigungsrecht*, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 165.

⁸² Müller-Bonanni, in: Henssler/Willemsen/Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 11. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 304; Willemsen, ZIP 1983, 411 (413).

Arbeitsverhältnis vor und nach dem Übergang fortbesteht. Das Kündigungsverbot verhindert eine Umgehung des Vertragsübergangs und stellt die Kontinuität der betroffenen Arbeitsverhältnisse sicher.⁸³ Zu diesem Zweck umfasst das Verbot alle Arten von Kündigungen.⁸⁴ Es handelt sich um ein eigenständiges gesetzliches Verbot, das bei einem Verstoß gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung führt.⁸⁵

Die Kündigung erfolgt wegen des Betriebsübergangs, wenn der Übergang als solcher der tragende Grund, nicht nur der äußere Anlass ist.⁸⁶ Eine Kündigung erfolgt aus einem anderen Grund, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der aus sich heraus die Kündigung zu rechtfertigen vermag.⁸⁷ Art. 4 UAbs. 1 S. 2 der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG nennt wirtschaftliche, technische sowie organisatorische und damit betriebsbedingte Kündigungsgründe, die den Hauptanwendungsfall des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB darstellen,⁸⁸ jedoch sind auch personen- oder verhaltensbedingte Gründe denkbar.⁸⁹

4. Unterrichtungspflicht (Abs. 5)

Gem. § 613a Abs. 5 BGB hat der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform (§ 126b BGB) über die numerisch normierten Pflichtangaben zu unterrichten, namentlich über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs (Nr. 1), den Grund für den Übergang (Nr. 2), die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs (Nr. 3) und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen (Nr. 4), sog. Vier-Punkte-Katalog.⁹⁰ Zu den rechtlichen Folgen gehören insbesondere auch jene des § 613a BGB.⁹¹ § 613a Abs. 5 BGB bezweckt, dem Arbeitnehmer eine ausreichende Wissensgrundlage für die (Nicht-)Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB zu verschaffen.⁹² Die Unterrichtung muss inhaltlich vollständig sowie rechtlich und tatsächlich zutreffend erteilt werden.⁹³ Das BAG verlangt bislang eine nicht nur im Kern, sondern auch im Einzelnen richtige Darstellung.⁹⁴ Eine formnichtige, unterbliebene, unvollständige oder unzutreffende Unterrichtung

⁸³ Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 34; Preis/Temming, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2024, Rn. 3562.

⁸⁴ Müller-Bonanni, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, Kommentar, 11. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 309; Richter, in: Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 143 Rn. 3.

⁸⁵ Fischinger, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 1315; Hirdina, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 2.

⁸⁶ BAG, Urt. v. 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, Rn. 17 = BAGE 105, 338 (341); BAG, Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, Rn. 28 = NZA 2007, 387 (388).

⁸⁷ BAG, Urt. v. 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, Rn. 17 = BAGE 105, 338 (341); BAG, Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, Rn. 28 = NZA 2007, 387 (388).

⁸⁸ Müller-Bonanni, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, Kommentar, 11. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 309; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 156.

⁸⁹ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 176; Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 165.

⁹⁰ Küttner, Personalbuch 2024, 31. Aufl. 2024, Betriebsübergang Rn. 45; Seel, JA 2008, 874 (879).

⁹¹ Ahrendt, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 118 Rn. 36; Müller-Glöge, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 613a Rn. 108.

⁹² BAG, Urt. v. 13.7.2006 – 8 AZR 303/05, Rn. 26 = BAGE 119, 81 (89).

⁹³ Annuss, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 613a Rn. 278; Hohenstatt/Grau, NZA 2007, 13 (13).

⁹⁴ BAG, Urt. v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, Rn. 34 = BAGE 119, 91 (99); Richter, in: Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2024, § 142 Rn. 136; kritisch Gaul/Krause, RdA 2013, 39 (41).

ist keine Unterrichtung i.S.d. § 613a Abs. 5 BGB, sodass die in § 613a Abs. 6 BGB normierte Widerspruchsfrist nicht ausgelöst wird.⁹⁵

5. Widerspruchsrecht (Abs. 6)

Gem. § 613a Abs. 6 S. 1 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gem. § 613a Abs. 6 S. 2 BGB sowohl gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber als auch gegenüber dem neuen Inhaber erklärt werden. Der Widerspruch erfolgt durch eine ausdrückliche oder konkludente einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitnehmers.⁹⁶ Das Widerspruchsrecht ist ein Gestaltungsrecht, die Widerspruchserklärung eine Gestaltungserklärung und somit bedingungsfeindlich.⁹⁷ Die Erklärung bedarf weder eines Grundes noch einer Begründung.⁹⁸ Die Monatsfrist beginnt gem. § 187 Abs. 1 BGB am Tag nach dem fristauslösenden Ereignis, vorliegend mit dem Zugang einer den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprechenden Unterrichtung.⁹⁹ Eine davon unabhängige, absolute zeitliche Höchstgrenze zur Ausübung des Widerspruchsrechts ist nicht vorgesehen, sodass es bei einer fehlerhaften Unterrichtung grundsätzlich zu einem zeitlich unbegrenzten Widerspruchsrecht kommen kann, sog. ewiges Widerspruchsrecht.¹⁰⁰ Die Ausübung des Widerspruchsrechts unterliegt jedoch, wie die Ausübung eines jeden Rechts, den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und damit der Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung.¹⁰¹ Das Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es eine längere Zeit nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment) und durch sein Verhalten das begründete Vertrauen des Verpflichteten erweckt, es auch in Zukunft nicht mehr geltend zu machen (Umstandsmoment).¹⁰² Es bedarf stets einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles.¹⁰³ Die Rechtsfolge des Widerspruchs geht dahin, dass der Vertragsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfolgt und das Arbeitsverhältnis zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehen bleibt.¹⁰⁴ Der Widerspruch nach Betriebsübergang entfaltet ex-tunc-Wirkung.¹⁰⁵

Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ist eine deutsche Besonderheit. Weder sieht die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG noch sahen die Vorgängerrichtlinien 77/187/EWG und 98/50/EG ein solches vor. Das Widerspruchsrecht ist damit zwar nicht unionsrechtlich, wohl aber verfassungsrechtlich geboten.¹⁰⁶ Der Sinn und Zweck des § 613a BGB, der Schutz des Arbeitnehmers

⁹⁵ BAG, Urt. v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, Rn. 16 = BAGE 119, 91 (95); *Bichlmeier*, DZWIR 2002, 277 (278); *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2024, Rn. 3514.

⁹⁶ BAG, Urt. v. 13.7.2006 – 8 AZR 382/05, Rn. 21 ff. = NZA 2006, 1406 (1407).

⁹⁷ BAG, Urt. v. 30.10.2003 – 8 AZR 491/02, Rn. 21 = BAGE 108, 199 (203); *Fischinger*, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 1329; zur Bedingungsfeindlichkeit einseitig gestaltender Rechtsgeschäfte im Allgemeinen siehe auch *Wietfeld*, in: MüKo-BGB, 10. Aufl. 2025, § 158 Rn. 66.

⁹⁸ BAG, Urt. v. 19.2.2009 – 8 AZR 176/08, Rn. 24 = BAGE 129, 343 (348).

⁹⁹ *Ahrendt*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 118 Rn. 50; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 100.

¹⁰⁰ BAG, Urt. v. 22.7.2021 – 2 AZR 6/21, Rn. 24 = NZA 2021, 1405 (1407); zur Begrifflichkeit des „ewigen Widerspruchsrechts“ siehe *Rudkowski*, NZA 2010, 739 (739).

¹⁰¹ BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 174/07, Rn. 21 = BAGE 128, 328 (336); BAG, Urt. v. 22.7.2021 – 2 AZR 6/21, Rn. 25 f. = NZA 2021, 1405 (1406).

¹⁰² BAG, Urt. v. 22.7.2021 – 2 AZR 6/21, Rn. 26 f. = NZA 2021, 1405 (1406).

¹⁰³ BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 174/07, Rn. 27 = BAGE 128, 328 (337).

¹⁰⁴ *Krause*, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 26; *Steffan*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 224.

¹⁰⁵ BAG, Urt. v. 16.4.2013 – 9 AZR 731/11, Rn. 26 = BAGE 145, 8 (14).

¹⁰⁶ BAG, Urt. v. 22.7.2021 – 2 AZR 6/21, Rn. 17 = NZA 2021, 1405 (1406).

durch Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang, erfordert nur eine Einschränkung der Vertragsfreiheit auf Arbeitgeberseite.¹⁰⁷ Ein aufgezwungener Übergang des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des Arbeitnehmers, und damit eine Leistungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber einem anderen, nicht frei gewählten Arbeitgeber, würde einen Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie darstellen,¹⁰⁸ der sich mit dem Sinn und Zweck des § 613a BGB nicht begründen ließe und somit ungerechtfertigt wäre.¹⁰⁹

Die erste Fassung des § 613a BGB aus dem Jahr 1972 sah indes noch kein derartiges Widerspruchsrecht vor. Der Gesetzgeber war insoweit offenbar seinerzeit nicht sensibilisiert. Denn vor Einführung des § 613a BGB war ein Widerspruchsrecht schlicht nicht erforderlich. Die Übernahme des bisherigen Arbeitsverhältnisses setzte bis dahin übereinstimmende Willenserklärungen aller drei Beteiligten – des bisherigen Arbeitgebers, des neuen Arbeitgebers und des Arbeitnehmers – voraus, eine Übernahme gegen den Willen eines Beteiligten war somit nicht möglich.¹¹⁰ Der Arbeitnehmer konnte eine Übernahme durch schlichte Untätigkeit abwenden. Nach Einführung des § 613a BGB im Jahr 1972 stellte sich die geschriebene Rechtslage dann anders dar. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses erfolgte nunmehr gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB kraft Gesetzes. Der Arbeitnehmer konnte den Übergang vermeintlich nicht mehr verhindern. Das BAG teilte dieses Verständnis richtigerweise nicht und sprach dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht bereits im Jahr 1974 und seither in ständiger Rechtsprechung zu.¹¹¹ Der EuGH billigte diese Rechtsprechung im Jahr 1992 mit der Begründung, dass die Richtlinie nur teilharmonisierend und das Widerspruchsrecht mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie vereinbar sei.¹¹² Die Richtlinie bietet dem Arbeitnehmer Sicherheit und Kontinuität, zwingt diese jedoch nicht auf.¹¹³ Der deutsche Gesetzgeber kodifizierte das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers schließlich folgerichtig im Jahr 2002 in § 613a Abs. 6 BGB.¹¹⁴

IV. Abschluss und Ausblick

§ 613a BGB ist unionsrechtlich überformt, verfassungsrechtlich aufgeladen und schuldrechtlich besonders. Er schützt in besonderem Maße sozial schwache Arbeitnehmer vor einem Verlust des Arbeitsplatzes bei einem Betriebsübergang und ist damit zugleich Arbeitsrecht und Sozialrecht (im weiteren Sinne). Eingedenk der wirtschaftlichen Bedeutung, der tatsächlichen Sachverhaltsindividualität sowie der rechtlichen Streit anfälligkeit dürfte § 613a BGB auch in den kommenden Jahren ein gern gesehener Gast beim BAG in Erfurt bleiben.

¹⁰⁷ BAG, Urt. v. 2.10.1974 – 5 AZR 504/73, Rn. 34 = BAGE 26, 301 (308).

¹⁰⁸ Vgl. **BT-Drs. 14/7760**, S. 20; BAG, Urt. v. 22.4.1993 – 2 AZR 50/92, Rn. 15 = ZIP 1994, 389 (389 f.); *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 613a Rn. 96; *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 8 II.

¹⁰⁹ *Hirdina*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 23; *Kocher*, Europäisches Arbeitsrecht, 2024, § 5 Rn. 162; a.A. BAG, Urt. v. 25.1.2001 – 8 AZR 336/00, Rn. 66 ff. = NZA 2001, 840 (842).

¹¹⁰ BAG, Urt. v. 2.10.1974 – 5 AZR 504/73, Rn. 26 = BAGE 26, 301 (305) m.w.N.

¹¹¹ BAG, Urt. v. 2.10.1974 – 5 AZR 504/73, Rn. 15 und 21 = BAGE 26, 301 (304).

¹¹² EuGH, Urt. v. 16.12.1992 – C-132/91, C-138/91, C-139/91 [ECLI:EU:C:1992:517], Rn. 33 ff.

¹¹³ *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, § 27 Rn. 91.

¹¹⁴ Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze, Inkrafttreten am 1.4.2002.

Das Potential der Nummerierung juristischer Normen für das Verständnis von Recht

Stud. Hilfskraft Tom Franken, Bielefeld*

Der Paragraph ist für die Gesetzesanwendung zentral. So ist im BGB jeder Regelungseinheit, d.h. jeder zusammenhängenden Regelungsaussage,¹ ein §-Zeichen vorangestellt. Auf dieses Zeichen folgt eine Nummer, die aus einer Zählbezeichnung und ggf. einem Buchstabenzusatz besteht. Auch wenn nicht vollkommen undenkbar ist, derart gekennzeichnete Regelungseinheiten auf eine andere Weise zu zitieren,² erfolgt rechtswissenschaftliches Zitieren gegenwärtig ausschließlich unter Benennung dieser Nummer.

Nun steht im juristischen Studium die Rechtsanwendung und nicht die Rechtsetzung im Vordergrund. Gleichwohl setzt die Anwendung im Sinne des Gesetzgebers vielfach voraus, sich in dessen Position hineinzusetzen. Zwar mag die Auseinandersetzung mit der formalen Gestaltung juristischer Normen (sog. Rechtsförmlichkeit) unwissenschaftlich anmuten, dennoch ist bei einer Kodifikation im Gegensatz zu einer bloßen Kompilation die Fähigkeit zur inhaltlichen Orientierung – insb. durch das sog. Klammerprinzip – in weiten Teilen maßgeblich für die Findung des materiellen Rechts. Es sollte daher dem Interesse jedes Juristen entsprechen, dass Rechtsvorschriften äußerlich so verständlich wie möglich gestaltet werden, sodass die juristische Arbeit weniger in der Erfassung grundlegender Zusammenhänge und mehr in der Auseinandersetzung mit materiellem Recht liegen kann. Schließlich ist Gegenstand der Abstimmung von Bundestag und Bundesrat jedes Detail, mag es auch nur die Nummer der Regelungseinheit sein. Insofern darf die Frage gestellt werden, inwiefern die Nummerierung von Regelungseinheiten nach der gesetzgeberischen Konzeption zur Verständlichkeit beitragen soll und kann sowie auf welche Weise dieses Potential vollumfänglich ausgeschöpft werden kann.

I. Grund der Sammlung	629
II. Art und Weise der Nummerierung.....	629
1. Das §-Zeichen	630
2. Die Nummer der Regelungseinheit	630
III. Zwecke der fortlaufenden Nummerierung.....	630
1. Zitierbarkeit	630
2. Dokumentierbarkeit	630
3. Verständlichkeit.....	631
IV. Potential zur Erhöhung der Verständlichkeit	631

* Der Autor ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Markus Artz) an der Universität Bielefeld.

¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 377.

² So Ahcin/Carl, JZ 1991, 915 (917), die einen Vorschlag der Bundesstelle für Büroorganisation zur DIN-Nummerierung darstellen: Anstelle von „BGB § 79“ könne die Regelungseinheit als „BGB Abschn. 1.1.2.1.2.25“ zitiert werden.

1. Nutzung des Freiraums	632
2. Tiefere Verschachtelung.....	632
a) Gliederungseinheiten vor dem Paragraphen	632
b) Gliederungseinheiten nach dem Paragraphen.....	633
3. Ausfüllen der Nummern mit Bedeutung.....	633
a) Stamm-Gliederungseinheiten.....	634
b) Mantel-Gliederungseinheiten	634
V. Praktische Umsetzung	635
VI. Fazit.....	635

I. Grund der Sammlung

Erst aufgrund des immensen Umfangs des BGB kommt der Technik der Nummerierung eine Bedeutung zu. An vorgelagerter Stelle könnte daher die Frage gestellt werden, weshalb es überhaupt eines Werkes bedarf, das sich auf über 2.000 Paragraphen erstreckt. *Gottlieb Planck*, der als Vater des BGB gilt,³ hob seinerzeit hervor, dass es für die sichere Handhabung des Gesetzes unbedingt erforderlich sei, dass die juristische Konstruktion der für die verschiedenen Zwecke angewandten Mittel einheitlich harmonisch ineinandergreife.⁴

„Wenn die verschiedenen Theile einer Maschine nicht zu einander passen, wenn sie nicht durch einen einheitlichen Gedanken zusammengehalten, durch denselben zu einer einheitlichen Construction zusammengeschlossen werden, so versagt die Maschine ihren Dienst oder arbeitet doch nur unsicher und mangelhaft. Ebenso steht es mit dem juristischen System eines Gesetzes. Fehlt es dabei an der einheitlichen Construction, so entstehen Lücken und Zweifel der manigfachsten Art und die Anwendung in der Praxis wird nothwendig unsicher.“⁵

Insofern war es erforderlich, die Vorschriften des BGB im Sinnzusammenhang⁶ zu konstruieren, also eine möglichst umfängliche – aus diesem Grund gleichsam umfangreiche – Regelung des Zivilrechts zu erreichen.

II. Art und Weise der Nummerierung

Das bestehende Nummerierungssystem der Sammlung von Rechtsvorschriften im BGB baut auf ein §-Zeichen und eine Nummer. Der Hintergrund des §-Zeichens sowie die momentane Handhabung der Nummerierung im BGB sollen an dieser Stelle kurz dargestellt werden.

³ Vgl. *Meder*, *Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung*, 2010, S. 9 ff.

⁴ Vgl. *Meder*, *Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung*, 2010, S. 117.

⁵ *Meder*, *Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung*, 2010, S. 117.

⁶ *Haferkamp*, *Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB*, 2. Aufl. 2023, S. 95.

1. Das §-Zeichen

Der Begriff „Paragraf“ kommt aus dem Griechischen und bedeutet so viel wie „nebensgeschriebene Linie“⁷. Die Herkunft des §-Zeichens ist jedoch umstritten. Zum Teil wird es auf die ägyptische Hieroglyphe goreh (Pause), auf ein doppelt verschlungen gezeichnetes S als Abkürzung für *signum sectionis* (Abschnitt) oder auf eine Verschreibung der Sigle D zum Verweis auf die *Digesten* zurückgeführt; überzeugend ist allerdings die Rückführung nach *Lehmann*⁸ und *Weidmüller*⁹ auf den Buchstaben C (ggf. vermischt mit dem Absatzzeichen ¶) als Abkürzung für *capitulum* bzw. *capituli*, der in lateinischen Texten regelmäßig zur Bezeichnung eines neuen Abschnitts vorangesetzt wurde.¹⁰

2. Die Nummer der Regelungseinheit

Die Regelungseinheiten sind über das gesamte Werk hindurch fortlaufend nummeriert. Die Chronologie der Nummerierung wird trotz des Bedürfnisses des Gesetzgebers zur Entnahme oder Einfügung von Regelungseinheiten dadurch gesichert, dass überflüssige Paragrafen (unter Kenntlichmachung) entfallen, ohne dass die nachfolgenden Paragrafen aufrücken. Gleichzeitig lassen sich umfangreiche Regelungskomplexe auch ohne eine ausreichende Paragrafenanzahl mehr oder weniger systemtreu einfügen, indem schlicht neue Regelungseinheiten mit einem Buchstabenzusatz nach der Zählbezeichnung eingefügt werden.¹¹ So kommt es etwa, dass die §§ 650 bis 652 BGB stolze 49 Regelungseinheiten umfassen, während sich in den §§ 1321 bis 1352 BGB keine Regelung findet.

III. Zwecke der fortlaufenden Nummerierung

Fraglich ist nunmehr, welche Zwecke der Gesetzgeber durch rechtsförmliche Gestaltung verfolgt und welche dieser Zwecke gerade die fortlaufende Nummerierung zu erfüllen weiß.

1. Zitierbarkeit

Im Vordergrund steht die Zitierbarkeit. Ein Gesetz ist nur dann handzuhaben, wenn auf die Regelungseinheiten eindeutig Bezug genommen werden kann.¹² Die Regelungseinheit kann durch die fortlaufende Nummerierung zuverlässig und unter Zuhilfenahme der nachgeordneten Gliederungseinheiten exakt zitiert werden.

2. Dokumentierbarkeit

Spiegelbildlich zur Zitierbarkeit können Regelungseinheiten durch ihre Kennzeichnung mit Paragrafen auch dokumentiert, recherchiert und gerade aufgrund der fortlaufenden Nummerierung leicht aufgefunden werden.¹³

⁷ *Passow*, Handwörterbuch der griechischen Sprache, Bd. 2, Abt. 1, 5. Aufl. 1952, S. 676.

⁸ Vgl. *Lehmann*, in: *Erforschung des Mittelalters*, Bd. 4, 1961, S. 9 ff.

⁹ Vgl. *Weidmüller*, in: *Archiv für Geschichte des Buchwesens*, Bd. 8, 1967, S. 469 ff.

¹⁰ Zusammenfassung und Bewertung in *Ahcin/Carl*, *JZ* 1991, 915 (916); vgl. auch *Harder*, in: *FS v. Lübtow*, 1990, S. 9 ff.

¹¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz, *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, 4. Aufl. 2024, Rn. 379.

¹² Vgl. Bundesministerium der Justiz, *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, 4. Aufl. 2024, Rn. 253.

¹³ Vgl. Bundesministerium der Justiz, *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, 4. Aufl. 2024, Rn. 254.

3. Verständlichkeit

Die fortlaufende Nummerierung könnte auch zur Verständlichkeit des Werkes beitragen. Vorab muss jedoch die Frage gestellt werden, inwiefern der Gesetzgeber die Verständlichkeit überhaupt als besonderes Ziel bei der Rechtsetzung anerkennt. Die originäre Ausrichtung des BGB geht dahin, dass es sich nicht als Lehrbuch versteht, sondern an Juristen richtet, die die Grundstrukturen des Rechts bereits beherrschen.¹⁴ Mit dieser Konzeption ist jedoch nicht unvereinbar, das Gesetz äußerlich, abstrakt vom konkreten Inhalt der Regelungseinheit, so verständlich wie möglich zu gestalten. Ein besonderes Bedürfnis zur Verständlichkeit folgt gleichsam daraus, dass sich materielles Recht gerade nicht nur aus dem Wortlaut, sondern nach dem Kanon der Gesetzesauslegung gleichrangig auch aus der Systematik ergibt.¹⁵ Dass der Gesetzgeber der Verständlichkeit Bedeutung zumisst, hat er insbesondere durch die Ausstattung jedes Paragraphen mit einer amtlichen Überschrift bei Neubekanntmachung des BGB am 2. Januar 2002 ausgedrückt.¹⁶ So weist auch das Handbuch der Rechtsförmlichkeit des *Bundesministeriums für Justiz* aus, dass „Paragraphen mit mehr als fünf Absätzen oder Absätze mit mehr als drei Sätzen ein Indiz für eine nicht ausgereifte systematische Konzeption“¹⁷ seien. Die rechtsförmlich korrekte Gliederung (unter anderem) wird im gleichen Zuge als „Schlüssel für das Verstehen und für die Anwendung der einzelnen Normen und der Rechtsvorschrift insgesamt“¹⁸ bezeichnet. In ähnlicher Weise wurden im Zuge der Mietrechtsreform 2001 alle Paragraphen mit höchstens drei Absätzen versehen;¹⁹ ausgewiesenes Ziel war geradezu, Mieter und Vermieter in die Lage zu versetzen, „ihre wesentlichen Rechte und Pflichten auch ohne fachlichen Beistand unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen zu können“²⁰. Unabhängig davon, ob nun der Laie als Adressat des Gesetzestextes anerkannt wird, profitiert jeder Rechtsanwender von einer guten Strukturierung des Gesetzes durch Gliederungseinheiten.

Die Nummer der Regelungseinheit weiß gegenwärtig kaum eine Systematik des Regelungskomplexes zu vermitteln. Äußerstenfalls nach dem Standort bzw. im Verhältnis zu anderen Nummern kann der Inhalt einer Regelungseinheit – wie sachliche Nähe, Bedeutung für das Gesamtwerk oder typischer Regelungsinhalt – erahnt werden. Dieses Verständlichkeits-Defizit kann maßgeblich auf den Fortlauf der Nummerierung zurückgeführt werden, der zwar für die zuverlässige Zitierbarkeit wesentlich ist, aber die Darstellung von *Relativverhältnissen* zwischen den grundsätzlich *gleichrangig* aufgezählten Regelungseinheiten erschwert. Schließlich entwickelt selbst das *Bundesministerium für Justiz* Gesetze unter Visualisierung der wesentlichen Relativverhältnisse (sog. Rulemapping) in einer baumartigen Struktur;²¹ dass diese Visualisierung im Gesetzgebungsprozess verloren geht und erst ex post durch den Rechtsanwender rekonstruiert werden muss, erschwert die Verständlichkeit ganz ungemein.

IV. Potential zur Erhöhung der Verständlichkeit

Auch ohne den Fortlauf der Nummerierung aufzugeben, könnte die Nummer der Regelungseinheit jedoch das Potential haben, zur Erhöhung der Verständlichkeit des Gesetzes beizutragen. Erforder-

¹⁴ Vgl. *Haferkamp*, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2. Aufl. 2023, S. 67.

¹⁵ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, S. 432 ff.

¹⁶ Vgl. BGBl. I 2002, S. 42; allein § 1588 BGB ist ohne Überschrift geblieben.

¹⁷ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 263.

¹⁸ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 252.

¹⁹ Vgl. *Börstinghaus*, NZM 2018, 297 (299).

²⁰ *BT-Drs. 14/4553*, S. 1.

²¹ Vgl. *Breidenbach*, Was Gesetze sein könnten, 2025, S. 74.

lich ist jedenfalls ein zielgerichteter Umgang mit dem bestehenden Nummerierungssystem. Dabei lassen sich verschiedene Ansatzpunkte finden.²²

1. Nutzung des Freiraums

Ansatzpunkt könnte zunächst der Freiraum sein, der derzeit bloß Abfallprodukt einer gesetzlichen Umstrukturierung ist. Wenn Paragraphen im Nachhinein entfallen können, wäre vielmehr schon denkbar, Recht von vornherein nicht „auf Kante“ zu setzen.²³ Wenig spricht dagegen, dass Paragraphen des zweiten Buches als erste Ziffer die Zahl zwei tragen, sodass sich z.B. das Buch zwei auf die §§ 2.000 bis 2.999 BGB-E erstrecken würde. Auf diese Art und Weise könnte – ohne Aufgabe der fortlaufenden Nummerierung oder der gemeinsamen Kodifikation aller fünf Bücher – ein Sinnesabschnitt veranschaulicht werden. Eine besonders wesentliche Regelungseinheit könnte – etwa in § 2.000 BGB-E anstelle von § 241 BGB – zu Beginn des jeweiligen Sinnesabschnitts deutlich prominenter platziert werden. Die Normen des BGB erreichen ohnehin den vierstelligen Bereich; sofern Zeitökonomie beim Anfertigen von juristischen Arbeiten gegen eine Vielzahl von Ziffern angeführt wird, sollte zuvorderst beim zeitlich äußerst unökonomischen §-Zeichen angesetzt werden. Da das Klammerprinzip auf eine Art *rekursiv* ist, also der ausgesonderte Allgemeine Teil wieder einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil enthält u.s.w., könnte in diesem Intervall wiederum eine regelhafte Belegung der Ziffer zwei erfolgen. Nebenbei würden praktisch größere Freiräume verbleiben, sodass die systemtreue Einfügung neuer Regelungskomplexe einfacher fallen würde.

2. Tiefere Verschachtelung

Ansatzpunkt könnten auch die übrigen Gliederungsebenen bieten, die jedoch nur teilweise Bestandteil der Zitation sind. Dabei ist zwischen den Gliederungseinheiten vor und den Gliederungseinheiten nach dem Paragraphen zu differenzieren.

a) Gliederungseinheiten vor dem Paragraphen

Der Paragraph ist selbst regelmäßig Bestandteil der Gliederungseinheiten Buch, Teil, Kapitel, Unterkapitel, Abschnitt, Unterabschnitt, Titel und Untertitel. Die Eingliederung der Regelungseinheit wird, da die Zitation erst an die Gliederungseinheit Paragraph anknüpft, allerdings nur bei einem tieferen Blick in das Gesetz deutlich. Beachtenswert ist, dass nur die Gliederungseinheit Buch gleichfalls fortlaufend ist, diese sich aber aufgrund der Vielzahl an nachgeordneten Gliederungseinheiten kaum für eine kompakte Zitation eignet.

Anders verhält es sich etwa mit den Gliederungseinheiten des DCFR²⁴: Dieser Entwurfstext enthält nur die Gliederungseinheiten Buch (einzig fortlaufend), Kapitel, Abschnitt und Nummer der Regelungseinheit, aus denen sich dann auch die Zitation zusammensetzt (z.B. II. – 5:201). Auf diese Weise wird die Eingliederung der Regelungseinheit in das Gesamtwerk in besonderem Maße deutlich.

²² Konkrete Vorschläge dienen im Folgenden nur der Veranschaulichung und haben nicht den Anspruch, eine vollends durchdachte Lösung anzubieten.

²³ Ablehnend für neue Stammgesetze Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 379.

²⁴ v. Bar/Clice/Schulte-Nölke, Draft Common Frame of Reference, 2009.

b) Gliederungseinheiten nach dem Paragraphen

Der Paragraph kann selbst durch die Gliederungseinheiten Absatz, Satz, Nummer, Buchstabe oder Doppelbuchstabe untergliedert werden. Saubere juristische Arbeit zeichnet sich durch finale Zitation aus, sodass untergliederte Paragraphen auch ganz regelmäßig unter Benennung der letzten Gliederungseinheit zitiert werden. Da sämtliche nachgeordneten Gliederungseinheiten nicht fortlaufend sind und damit innerhalb der nummerierten Regelungseinheit beginnen und enden, können norminterne Zusammenhänge gegenüber normübergreifenden Zusammenhängen zugänglicher offenbart werden. So vermag ein Verweis auf „Nacherfüllungsanspruch gem. § 437 Nr. 1 BGB“ aufgrund der Enumeration zu vermitteln, dass die Nacherfüllung die Gewährleistungsrechte des Käufers anführt, aber nur eines von mehreren Gewährleistungsrechten des Käufers darstellt. In unterschiedlicher Ausprägung vermitteln auch die übrigen Gliederungseinheiten (insb. Absätze) nach dem Klammerprinzip eine norminterne Systematik.²⁵ Im Sinne der Erhöhung der Verständlichkeit wäre es daher zweckmäßig, durch Paragraphen gekennzeichnete Regelungseinheiten deutlich regelmäßiger – aber in Grenzen²⁶ – mit nachgeordneten Gliederungseinheiten auszustatten, ggf. bestehende Paragraphen zusammenzufassen, um logische Zusammenhänge schon in der Zitation zu offenbaren. Paragraphen, die besonders umfangreich würden, könnten durch amtliche Zwischen-Überschriften der nachgeordneten Gliederungseinheiten (vgl. schon jetzt §§ 308, 309 BGB) entzerrt werden.

Dieser Ansatz würde auch insofern den Kodifikations-Gedanken stärken, als der Umfang einer durch Paragraphen gekennzeichneten Regelungseinheit zum aktuellen Zeitpunkt gerade keinem stringenten System folgt; das Handbuch der Rechtsförmlichkeit postuliert nebulös als Faustregel:

„Nur ein Regelungsgegenstand pro Paragraph.“²⁷

So finden sich im BGB Paragraphen mit nur einem Satz, aber auch Paragraphen mit acht Absätzen. Selbst gleichartige Regelungen wie die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen finden sich zwar überwiegend in der letzten Regelungseinheit eines Untertitels (vgl. §§ 312m, 327s, 361, 651y, 655e BGB unter anderem), im Untertitel Mietverhältnisse über Wohnraum wird dagegen schon im letzten Absatz von stolzen 35 Regelungseinheiten bestimmt:

„Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Sofern die Konstruktion von Regelungseinheiten konsistent unter gesteigerter Zuhilfenahme von aussagekräftigen Gliederungseinheiten erfolgen würde, könnten sich abseits der Verständlichkeitsfunktion der Nummerierung systematische Schlüsse auch spiegelbildlich aus der besonderen Kürze einer Regelungseinheit ableiten lassen.

3. Ausfüllen der Nummern mit Bedeutung

Schlussendlich könnte auch die Paragraphen-Nummer selbst einen Ansatzpunkt bieten.

²⁵ Vgl. *Snowadsky*, in: Haug/Meister-Scheufelen, Praxishandbuch, Gute Rechtsetzung, 2022, Rn. 158.

²⁶ Vgl. § 1 KWG.

²⁷ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 264.

a) Stamm-Gliederungseinheiten

Auch wenn nach dem Handbuch der Rechtsförmlichkeit eine Nummer mit Buchstabenzusatz nur ausnahmsweise eingefügt werden soll,²⁸ ließe sich insbesondere dieser Buchstabenzusatz nutzen, um die inhaltliche Orientierung zu vereinfachen.

Bei Betrachtung des Regelungskomplexes in seiner Gesamtheit liegt nicht fern, dass wesentliche Regelungen (wie die vertragstypischen Pflichten) im Sinne des rekursiven Klammerprinzips eine Zählbezeichnung ohne Buchstabenzusatz erhalten, während die bloß ausgestaltenden Normen diese Stamm-Zählbezeichnung mit Buchstabenzusatz tragen. Dass Nummern mit Buchstabenzusatz in einem tendenziell untergeordneten Verhältnis zur Stamm-Zählbezeichnung stehen, wird schon daran deutlich, dass an dieser Stelle regelmäßig der Anwendungsbereich eines Regelungskomplexes geregelt ist (vgl. §§ 312, 327 BGB). Beispielhaft könnten alle Regelungen zum Vertragstypus Kaufvertrag die Zählbezeichnung 433 tragen.

Bei Betrachtung einzelner Regelungseinheiten könnte der Gesetzgeber von vornherein mehr „Mut zur Lücke“ haben. Da Normen im Nachhinein entfallen können, also etwa das Bestehen von § 327b BGB nicht garantiert, dass § 327a BGB belegt ist, lassen sich daraus kaum systematische Schlüsse ableiten. Unter dem Vorbehalt, dass dies mit der fortbestehenden alphabetischen Reihenfolge vereinbar ist, könnte der Gesetzgeber schon von Beginn an Buchstaben verwenden, die die inhaltliche Orientierung erleichtern. So könnte etwa § 327m BGB-E die Minderung oder § 327v BGB-E die Verjährung regeln.

b) Mantel-Gliederungseinheiten

Die Verständlichkeit der normenübergreifenden Systematik könnte auch durch Mantel-Gliederungseinheiten erhöht werden. Damit ist gemeint, dass gleichartige Regelungen auch auf gleiche Art und Weise, etwa durch Buchstabenzusatz, gegliedert sein sollten. So könnten bei Vorschriften zu Vertragstypen Regelungseinheiten mit dem Buchstaben *a* stets die Primärpflichten, Regelungseinheiten mit dem Buchstaben *b* stets die Sekundärpflichten regeln. Diese Mantel-Gliederungseinheiten könnten erneut unterteilt sein, sodass etwa *aa* vorrangige oder die Hauptleistung betreffende Pflichten, *ab* nachrangige oder die Nebenleistung betreffende Pflichten enthalten könnte. Nach der vorgestellten Systematik könnte sich z.B. § 437 BGB als zentrale Verweisungsnorm der kaufvertraglichen Sekundärrechte in § 433b BGB-E wiederfinden. Nach Darstellung des Anwendungsbereichs der Gewährleistungsrechte in bzw. unter § 433ba BGB-E (vgl. §§ 442, 444 BGB unter anderem) kann in § 433bb BGB-E als primäre Voraussetzung (vgl. § 437 BGB) der Sachmangel (vgl. § 434 BGB) umfassende Regelung finden, nachfolgen könnten in § 433bc BGB-E die Nacherfüllung (vgl. § 439 BGB), in bzw. unter § 433bd BGB-E kaufrechtliche Sonderregelungen für den Rücktritt (vgl. § 440 BGB) und die Minderung (§ 441 BGB) sowie in § 433be BGB-E kaufrechtliche Sonderregelungen für Schadensersatz bzw. Aufwendungsersatz (vgl. § 440 BGB). Sofern sich in dieser Art und Weise nicht die Gliederung nach dem Inhalt richtet, sondern der Inhalt nach der Gliederung, könnten sich systematische Schlüsse selbst aus unbelegten Normen (ggf. dennoch mit amtlicher Überschrift ausgestattet) ergeben.

²⁸ Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 379.

V. Praktische Umsetzung

Obgleich die Kreativität an dieser Stelle auszufern droht, ist nun noch grundsätzlich fraglich, wie ein neues Nummerierungssystem Einzug in das BGB finden könnte. Eine grundlegende Neu-Nummerierung hätte erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsanwendung und würde das Verständnis der Rechtsanwender für die bestehenden Relativverhältnisse der Regelungseinheiten, das sich unterdessen auf steinigem Wege erarbeitet wurde, deutlich zurückwerfen.

Ziel einer Kodifikation – wie *Planck* sie beschreibt – sollte sein, das Recht auch äußerlich einheitlich zu sammeln. Da die BGB-Maschinerie unterdessen verschlissene Teile aufweist und auch einige Ersatzteile aus europäischer Produktion eingebaut sind, die, ohne ihre Funktionstüchtigkeit in Abrede stellen zu wollen, schlicht nicht originär für das BGB gegossen wurden, ist der Sinnzusammenhang mitunter aufgeweicht. Sofern das Gesetz zukünftig materiell ohnehin – sei es auch nur partiell – umstrukturiert wird, muss eine Entscheidung nicht in vermeintlicher Systemtreue für eine erneute Lösung ausfallen, die aus bloßen Behelfsgründen die Nummerierungs-Varianz vertieft; dann sollte auch eine Lösung denkbar sein, die zielgerichtet und minimalinvasiv die inhaltliche Orientierung erleichtert. Dass die Rechtsetzung bereit ist, flickenartige Strukturen insgesamt zu überarbeiten, drückt das Bundesministerium für Justiz im Handbuch der Rechtsförmlichkeit aus.²⁹ Daneben wird die Verständlichkeit schon dann gefördert, wenn auch nur ganz vereinzelt – fast zufällig – logische Zusammenhänge offenbart werden (vgl. z.B. § 327m BGB-E für Minderung); schon dies genügt, damit die inhaltliche Orientierung an dieser Stelle leichter fällt.

VI. Fazit

Die Nummerierung von durch Paragraphen gekennzeichneten Regelungseinheiten weist im Grunde eine gewisse Ähnlichkeit zur Nummerierung von Häusern durch Hausnummern auf. Nun sind gesetzliche Regelungseinheiten anders als Häuser aber nicht stets gleichartig; Regelungseinheiten können Häuser sein, aber auch nur Eingangstüren, Flure oder Zimmer. Warum sollte man all diese Einheiten zur Kennzeichnung einfach durchzählen, wenn sie doch in einem Verhältnis zueinanderstehen? – Die Hausnummer ist zumindest einer Straße untergeordnet, sodass Häuser einfacher aufgefunden werden können. Sicherlich wäre ein Haus auch aufzufinden, wenn die Adressen einer Stadt nicht auch aus Straßen, sondern allein aus Hausnummern bestehen würden. Vielleicht wäre dann nur der Beruf als Briefträger etwas „trocken“.

²⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 4. Aufl. 2024, Rn. 265.

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen – Teil 3* Überlegungen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück**

V. Spezielle Problemfelder	636
1. Zugriff auf E-Mails	636
2. Online-Durchsuchung von Clouds und Überwachung des Surfverhaltens	638
3. Smart Speaker/Intelligente Lautsprecher	640
VI. Zum Abschluss: Beweisverwertungsverbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO	641
1. Zum Institut der unselbständigen Beweisverwertungsverbote	642
2. Beweis(verwertungs)verbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO	643

V. Spezielle Problemfelder

Nach dem allgemeinen Überblick über die Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO sollen im Folgenden noch einige spezifische Problemkonstellationen behandelt werden.

1. Zugriff auf E-Mails

Besondere Abgrenzungsprobleme bereitet die Frage, nach welcher Ermächtigungsgrundlage sich der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf E-Mails richtet.¹ Der insofern bestehende Streit beruht auf den technischen Grundlagen der Kommunikation via E-Mails, die im Vergleich zum hergebrachten Briefverkehr ganz allgemein dadurch charakterisiert werden kann, dass die zugrunde liegenden Daten der E-Mail regelmäßig mehrfach vorliegen, nämlich zumeist auf dem Server des jeweiligen Providers des Senders und des Empfängers und gespeichert auf den Endgeräten von Sender und Empfänger (Handy, Computer, Tablet etc.).²

* Teil 1 ist in Ausgabe 2/2025, Teil 2 ist in Ausgabe 3/2025 erschienen.

** Der Autor ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Prof. Dr. Roland Schmitz) der Universität Osnabrück. Er vertritt im Sommersemester 2025 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafrechtsgeschichte an der Universität Passau.

¹ Zu dieser Einschätzung auch Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 76; Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 56; Rückert, ZStW 129 (2017), 302 (305). Ausf. hierzu bspw. Grözinger, GA 2019, 441 ff.; Zimmermann, JA 2014, 321.

² Vgl. Palm/Roy, NJW 1996, 1791 (1793): Verschiedene Aggregatzustände der E-Mail. Siehe auch die Darstellung unterschiedlicher Phasen des E-Mail-Verkehrs bei Bär, NSTz 2009, 398; Brodowski, JR 2009, 402; Zimmermann, JA 2014, 321.

Die Beschlagnahmefähigkeit von E-Mails folgt grundrechtsdogmatischen Implikationen, sodass das Stadium der Übermittlung der Nachricht Auswirkungen auf die einschlägige Ermächtigungsgrundlage hat.³

Unter Berücksichtigung des besonderen Telos von Art. 10 GG ist das Fernmeldegeheimnis im Ausgangspunkt nicht betroffen, wenn auf die Kommunikationsdaten einer E-Mail auf den Endgeräten des Absenders oder Empfängers zugegriffen wird, denn in diesen sog. Offline-Phasen befinden sich die entsprechenden Daten im ausschließlichen Herrschaftsbereich der jeweiligen Person und unterliegen nicht den Unsicherheiten eines laufenden Kommunikations- und Übertragungsvorgangs.⁴ Den Strafverfolgungsbehörden ist ein entsprechender Zugriff auf solche Daten nach üblicher Ansicht durch Sicherstellung bzw. Beschlagnahme gem. §§ 94 ff. StPO möglich.⁵ Als Gegenstände i.S.d. § 94 StPO werden dabei also nicht nur die (körperlichen) Endgeräte, sondern auch elektronisch gespeicherte Informationen verstanden, d.h. Daten.⁶ Vor dem Abschluss des Versandes – d.h. in der Übermittlungsphase – ist demgegenüber § 100a StPO einschlägig.⁷

Umstritten ist allerdings, nach welcher Ermächtigungsgrundlage sich der Zugriff auf die beim Empfänger-Provider zwischen- oder endgespeicherten E-Mails richtet.⁸

Das BVerfG differenziert in der sog. IMAP-Entscheidung danach, ob dieser Zugriff heimlich oder offen erfolgt.⁹ Das Gericht hat im Ausgangspunkt entschieden, dass die Erhebung von Informationen aus E-Mails, die auf dem Server eines Providers gespeichert sind, an Art. 10 GG zu messen sei.¹⁰ Stimmen aus der Literatur hatten vor dieser Entscheidung argumentiert, dass der zugrunde liegende Kommunikationsvorgang mit dem Eingang auf dem Server des Providers¹¹ bzw. spätestens wenn der Empfänger die E-Mail gelesen hat¹², abgeschlossen und Art. 10 GG nicht mehr einschlägig sei. Das BVerfG gibt demgegenüber zu bedenken, dass der Empfänger vom Inhalt der auf dem Server gespeicherten E-Mail nur Kenntnis erlangen könne, wenn er eine entsprechende Internetverbindung herstellt, was die besondere Schutzbedürftigkeit dieses Vorgangs begründe.¹³ Das BVerfG stellte hierfür darauf ab, dass der Nutzer zum Lesen der E-Mail eine Verbindung zu diesem Server aufbauen müsse.¹⁴ Gleichwohl könne der offene Zugriff der Ermittlungsbehörden auf solche E-Mails auf § 94

³ Zum Ganzen *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 10 Rn. 38; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 6b ff.

⁴ Zum Ganzen *Bär*, NStZ 2009, 398; *Kemper*, NStZ 2005, 538 (542 f.); *Eichenhofer*, Jura 2010, 684 (689); *Zimmermann*, JA 2014, 321 (322).

⁵ Siehe BVerfGE 113, 29 (45); 115, 166 (187 f.); BVerfG NJW 2009, 2431; *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 20; *Kemper*, NStZ 2005, 538 (543); *Menges*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, § 94 Rn. 14. Siehe auch *Brüning*, ZIS 2006, 237 f.; *Blechschnitt*, MMR 2018, 361 (363 f.). Krit. hierzu bspw. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 77: wertungswidersprüchlich.

⁶ Siehe *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100b Rn. 55; *Hauschild*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 94 Rn. 12 f. Krit. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 77 mit Verweis auf § 99 StPO.

⁷ Siehe *Abraham*, HRRS 2021, 356; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 871; *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 46.

⁸ Zur insofern geführten Diskussion vor der Reform von 2017 siehe *Zimmermann*, JA 2014, 321 (324 f.); *Kemper*, NStZ 2005, 538 ff.

⁹ BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431. Siehe auch BGH NJW 2021, 1252 (1254); siehe zum Ganzen auch *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 53 ff.; *Abraham*, HRRS 2021, 356 (357); *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100b Rn. 54.

¹⁰ BVerfGE 124, 43 (60 ff.); siehe auch *Grözinger*, GA 2019, 441 (443); *Hufen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 17 Rn. 7.

¹¹ *Bär*, NStZ 2009, 398 (399).

¹² *Kemper*, NStZ 2005, 538 (543).

¹³ BVerfGE 124, 43 (Zielseite Rn. 46). Siehe auch *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 4.

¹⁴ BVerfGE 124, 43 (60 ff.). Zum Ganzen auch *Grözinger*, GA 2019, 441 (443 f.); siehe auch *Zimmermann*, JA 2014, 321.

StPO gestützt werden.¹⁵ Diese Ansicht führt freilich dazu, dass der E-Mail-Verkehr insofern einem geringeren Schutzniveau unterstellt wird.¹⁶ Für einen heimlichen Zugriff auf die beim Provider gespeicherten E-Mails sei demgegenüber § 100a StPO einschlägig, da bzgl. der Provider gespeicherten Mails der besondere Schutzzweck des Art. 10 GG einschlägig sei.¹⁷ Hiergegen wendet bspw. *Grözinger* ein, dass der Begriff der Überwachung in § 100a StPO sich nur auf *laufende* Kommunikation beziehe. Deswegen können mit einer Maßnahme nach § 100a StPO nur auf solche Daten zugegriffen werden, die nach der Anordnung der Maßnahme auf dem Server gespeichert werden, nicht aber erfasse die Anordnung den alten Datenbestand.¹⁸

2. Online-Durchsuchung von Clouds und Überwachung des Surfverhaltens

Cloud-Dienste wie iCloud, OneDrive oder Dropbox werden von immer mehr Menschen genutzt und bieten für Strafverfolgungsbehörden einen schier „unermesslichen Datenschatz“.¹⁹ Das wirft die Frage auf, ob die Strafverfolgungsbehörden auf diese Daten zugreifen können.²⁰

Als Cloud werden Server-Infrastrukturen bezeichnet, die für Nutzer mittels netzbasierter Anwendungen zugänglich sind. Clouds zeichnen sich dadurch aus, dass der Nutzer nicht über die notwendige Hardware verfügen muss, sondern auf diverse, weltweit verteilte Rechner und Rechenzentren zugreifen kann. Die Cloud stellt also ein vernetztes Rechnernetzwerk dar. Praktisch bedeutsam ist insbesondere das sog. Cloud-Storage, welches als über das Internet zur Verfügung gestellte Festplatte charakterisieren lässt, auf denen der Nutzer seine Daten online speichern kann.²¹

Für einen geheimen Zugriff auf die in der Cloud gespeicherten Daten stehen im Grundsatz zwei Wege offen: Möglich ist einerseits ein Zugriff auf den Vorgang der Übertragung der Daten auf die Cloud, wenn also die Daten von Endgerät und Cloud (automatisch) synchronisiert werden; andererseits ist ein unmittelbarer Zugriff auf die Cloud denkbar.²²

Bzgl. des Zugriffs auf den Datenaustausch zwischen Endgerät und Cloud-Speicher muss man zunächst die (nicht unumstrittene) Ansicht des BVerfG berücksichtigen, wonach vom Fernmeldegeheimnis i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG nicht nur *zwischenmenschliche* Kommunikation, sondern auch die sog. Mensch-zu-Maschine-Kommunikation geschützt wird.²³ Deswegen sei das schlichte Surfen, d.h.

¹⁵ BVerfGE 124, 43 (60 ff.); BGH NJW 2010, 1297 (1298).

¹⁶ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 392.

¹⁷ Siehe BGH NJW 2021, 1252 (1253 f. m.w.N.); *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 58 f.; *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 21; *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 115 ff. Ausf. Würdigung bei *Abraham*, HRRS 2021, 356 ff.

¹⁸ Ausf. zu dieser Argumentation *Grözinger*, GA 2019, 441 (445, 450 f.). Hiergegen bspw. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 77; krit. Auch *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 46 ff., 54: Im geltenden Recht keine Eingriffsgrundlage für den geheimen Zugriff auf beim Server des Providers gespeicherte E-Mails.

¹⁹ Vgl. *Grözinger*, StV 2009, 406.

²⁰ Monographisch hierzu *Bell*, Strafverfolgung und die Cloud, 2019; *Grözinger*, Die Überwachung von Cloud-Storage, 2018. Weitere Nachweise folgen in den kommenden Fn.

²¹ Allg. *Gähler*, HRRS 2016, 340 f.; *Grözinger*, StV 2009, 406 (410); *Krusel/Grzesiek*, KritV 2017, 331 (333); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 126.

²² Siehe zu dieser Differenzierung insbesondere *Gähler*, HRRS 2016, 340 (341 ff.).

²³ Terminologie nach *Warken*, NZWiSt 2017, 329 (335). Siehe zum Ganzen *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 29 ff., 81; *Eichenhofer*, Jura 2010, 684 (690); *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (422); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 1028. Siehe hierzu BVerfG NJW 2016, 3508 (3510); BGH NJW 2003, 2034; zustimm. *Singelstein*, NSTZ 2012, 593 (594 f.); *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 15. A.A. bspw. *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (936 f.); *Eidam*, NJW 2016, 3511 f.; *Hiéramente*, HRRS 2016, 448 (451); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrens-

das Abrufen von Informationen aus dem Internet, Fernkommunikation i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG, weil auch beim Surfen der Schutzgedanke einer telekommunikationsspezifischen Gefährdungslage betroffen sei.²⁴

Das hat zur (scheinbaren²⁵) Konsequenz, dass die Überwachung des Surfverhaltens eines Betroffenen an der Quelle sich nach § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO richtet.²⁶ Dafür spricht auch die weite Legaldefinition in § 3 Nr. 59 TKG, wonach Telekommunikation „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“ ist. Auf Basis dieser Ansicht stellt die geheime Überwachung der Datensynchronisation zwischen Endgerät und Cloud folgerichtig ebenfalls einen Eingriff in Art. 10 GG dar und ist somit auf § 100a StPO zu stützen.²⁷

Gegen die Ansicht, Cloud Computing, d.h. den Datenaustausch zwischen Cloud und Endgerät, als (Tele-)Kommunikation i.S.d. § 100a StPO zu begreifen, spricht eine funktionale Betrachtung, weil sich ein solcher Vorgang gerade nicht für (mind.) eine weitere Person öffnet und somit regelmäßig privater als zwischenmenschliche Kommunikation ist, wie sie unzweifelhaft von Art. 10 GG geschützt wird.²⁸ Dafür streitet auch, dass bei einer zwischenmenschlichen Kommunikation regelmäßig nicht die Intimsphäre betroffen sein wird. Im „Selbstgespräch“ mit der Cloud ist demgegenüber die Gefahr viel größer, dass der Nutzer auf intimste Daten, Fotos u.ä. zugreift. Deswegen dürfte die Eingriffsintensität beim Cloud-Computing größer sein, was dafür spricht, dass die Voraussetzungen des § 100b StPO, nicht der (Quellen-)TKÜ gegeben sein müssen.²⁹ Der Datenaustausch zwischen Cloud und Endgerät auf Basis dieser Überlegungen vom IT-Grundrecht geschützt.³⁰ Folgerichtig ist der Zugriff auf den Datenfluss auf Basis dieser Ansicht gem. § 100b StPO möglich.³¹ In Ausnahmekonstellationen kann freilich auch Cloud-Computing mit zwischenmenschlichem Bezug erfolgen, bspw. wenn der Nutzer Daten aus der Cloud mit einer anderen Person teilt.³²

Der *unmittelbare* Zugriff auf die hinterlegten Daten stellt sich im Übrigen nach verbreiteter Ansicht nicht als Eingriff in eine laufende Kommunikation i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG dar, sondern ist vom IT-Grundrecht geschützt.³³ Einschlägige Ermächtigungsgrundlage ist daher § 100b StPO.³⁴ Dabei gilt es zu beachten, dass das BVerfG nicht nur das Endgerät des Nutzers, sondern auch die Cloud selbst als

recht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 5; krit. auch *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 91. Lfg., Stand: April 2020, Art. 10 Rn.119 f.

²⁴ BVerfG NJW 2016, 3508 (3510); siehe auch *Gähler*, HRRS 2016, 340 (343); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 10 Rn. 6; *Singelstein*, NSTZ 2012, 593 (594 f.); *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 10 Rn. 5.

²⁵ *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (424 f.).

²⁶ *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 126.

²⁷ *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 43; *Gähler*, HRRS 2016, 340 (343 f.); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 128.

²⁸ *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 134; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 5.

²⁹ Siehe auch *Roggan*, StV 2017, 821 (823); *Eidam*, NJW 2016, 3511 (3512). Ähnlich auch BVerfG NJW 2016, 1781 (1794 Rn. 209).

³⁰ *Grözinger*, StV 2009, 406 (410 f.). Zum Ganzen auch *Roggan*, StV 2017, 821 (823).

³¹ *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 43; *Grözinger*, StV 2009, 406 (411); *Roggan*, StV 2017, 821 (823); *Soiné*, NSTZ 2018, 497 (500).

³² *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 61.

³³ Siehe bspw. *Grözinger*, StV 2009, 406 (409 ff.); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 130.

³⁴ *Soiné*, NSTZ 2018, 497 (500); *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 43; *Grözinger*, StV 2009, 406 (411); *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (425 f.); *Roggan*, StV 2017, 821 (823); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 130, § 100b Rn. 34.

informationstechnisches System qualifiziert hat.³⁵ Richtigerweise wird man zudem auch das Endgerät und die Cloud des Nutzers als *einheitliches* informationstechnisches System betrachten müssen. Hierfür streitet, dass der Nutzer die Cloud als externe Festplatte betrachtet und nutzt. Das gilt allerdings nur, wenn der entsprechende Server im Inland befindet.³⁶ Bei ausländischen Servern ist demgegenüber ein Rechtshilfeersuchen zu stellen.³⁷

3. Smart Speaker/Intelligente Lautsprecher

Intelligente Haushaltsgeräte gewinnen immer mehr an Beliebtheit. Hierzu zählen insbesondere stationäre digitale Assistenten, wie bspw. Amazons Echo oder der Homepod von Apple. Diese Geräte sind mit mehreren Mikrofonen ausgestattet, die ununterbrochen „mithören“ und durch ein bestimmtes Signalwort aktiviert werden.³⁸ H.A. ist zunächst, dass § 100b StPO eine Online-Durchsicht dieser Geräte erlaubt, mit der also das Nutzungsverhalten in Bezug auf das Gerät oder darauf gespeicherte Daten erhoben werden können.³⁹ Für die Strafverfolgungsbehörden interessant ist weitergehend die technische Möglichkeit, diese Systeme für die Strafverfolgung fruchtbar zu machen. Insbesondere lässt sich daran denken, dass die Mikrofone der Geräte für eine „akustische Wohnraumüberwachung“ genutzt werden könnten.⁴⁰ Fraglich ist daher, ob §§ 100a ff. StPO einen solchen Zugriff legitimieren.⁴¹

§ 100a StPO kommt hierfür grundsätzlich nicht in Betracht. Unabhängig davon, ob man für einen Telekommunikationsvorgang voraussetzt, dass zwei Menschen miteinander kommunizieren oder nicht, liegt eine Kommunikation mit dem digitalen Assistenten doch nur dann vor, wenn dieser mit einem entsprechenden Codewort aktiviert wird. Eine dauerhafte Überwachung der Wohnung ist so nicht möglich.⁴²

Auch § 100b StPO kann den Einsatz der Smart Speaker zur Wohnraumüberwachung nicht legitimieren. Die Norm gestattet, Daten *aus* dem System zu erheben und gerade nicht Daten *mit* dem System zu erheben.⁴³ Die zu erhebenden Daten müssen mit anderen Worten vorliegen, dürfen aber nicht der Infiltration erst generiert werden. Auch verfassungsrechtliche Überlegungen stützen diesen Befund: Das Abhören der Wohnung mittels der intelligenten Lautsprecher stellt sich vor allem als Eingriff in Art. 13 GG dar. § 100b StPO dient jedoch nur als Rechtfertigung für Eingriffe in das IT-Grundrecht.⁴⁴ Mit diesen Überlegungen ist auch ein Rückgriff auf § 100c StPO versperrt: Ein zusätzlicher Eingriff in ein informationstechnisches System des Betroffenen zur *Überwachung* ist von dieser Norm nicht vorgesehen.⁴⁵ Die Überlegung, hierfür die Befugnisse aus §§ 100a–100c StPO in einer Anordnung zu *kombinieren*, um also die Datenerhebung mittels der Smart Speaker auch aus einer Wohnung her-

³⁵ Siehe BVerfG NJW 2008, 822 hinsichtlich des Endgeräts des Nutzers; BVerfG NJW 2016, 1781 (1794 Rn. 209) hinsichtlich der Cloud.

³⁶ Gähler, HRRS 2016, 340.

³⁷ Zu den Einzelheiten Soiné, NStZ 2018, 497 (500); Untch, KriPoZ 2022, 420.

³⁸ Zur Funktionsweise dieser Geräte Blechschmitt, MMR 2018, 361 f.

³⁹ Siehe Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100b Rn. 4, Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 22; a.A. Graf, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100b Rn. 11: keine informationstechnischen Systeme.

⁴⁰ Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 47.

⁴¹ Ausf. hierzu Rüscher, NStZ 2018, 687 ff.

⁴² Rüscher, NStZ 2018, 687 (689); Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 65.

⁴³ Großmann, JA 2019, 241 (244); Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 66; Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 45; Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2647). So im Grundsatz auch Soiné, NStZ 2018, 497 (502: „passive Kenntnisnahme“).

⁴⁴ Löffelmann, GSZ 2020, 244 (247); Rüscher, NStZ 2018, 687 (690 ff.).

⁴⁵ A.A. Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100c Rn. 5.

aus zu legitimieren,⁴⁶ muss ebenfalls (auch aus verfassungsrechtlichen Gründen) zurückgewiesen werden. Gegen diese Möglichkeit spricht einerseits, dass § 100b StPO nur das passive Auslesen der Daten des informationstechnischen Systems erfasst, andererseits das technische Mittel i.S.d. § 100c StPO richtigerweise ein solches der Strafverfolgungsbehörden darstellt, denn § 100b Abs. 1 StPO differenziert explizit zwischen dem informationstechnischen System (des Betroffenen) und dem technischen Mittel (der Strafverfolgungsbehörden).⁴⁷ Daraus folgt, dass das informationstechnische System des Betroffenen nicht (gegen ihn) als technisches Mittel zur Überwachung genutzt werden kann. Der Sprung, ein informationstechnisches System zu infiltrieren und *mit diesem* den Betroffenen zu überwachen, wird also auch durch eine Addition der §§ 100a ff. StPO nicht ermöglicht. Zuletzt nennt Art. 17 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens⁴⁸, mit dem die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO eingeführt wurde, Art. 13 GG nicht als eingeschränktes Grundrecht. Eine vom Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG geforderte verfassungsrechtskonforme Auslegung verbietet daher ebenfalls, intelligente Lautsprecher für eine akustische Wohnraumüberwachung zu nutzen.⁴⁹

VI. Zum Abschluss: Beweisverwertungsverbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO

Beweisverbote schränken die zur Verfügung stehende Datenbasis für die im Strafprozess anzustellende Suche nach der (materiellen) Wahrheit ein:

„Beweisverbote sind also zumindest zu einem großen Teil Wahrheitsverbote.“⁵⁰

Weil die Erforschung der (materiellen) Wahrheit aber nach h.L. ein wesentliches Ziel des Strafverfahrens darstellt,⁵¹ erscheinen Beweisverbote erklärungsbedürftig.⁵² Tatsächlich betrifft denn auch ein großer Teil der strafprozessualen Diskussion die Legitimation und Reichweite von Beweisverboten.⁵³ Das kann hier naturgemäß nicht im Einzelnen aufbereitet werden. Gewisse Begrifflichkeiten müssen vielmehr als bekannt vorausgesetzt und sollen ausschließlich mit Blick auf §§ 100a–100c StPO konkretisiert werden. Für das weitergehende Studium sei ergänzend auf den Fußnotenapparat verwiesen.

⁴⁶ Siehe hierzu *Soiné*, NStZ 2018, 497 (504).

⁴⁷ *Rüscher*, NStZ 2018, 687 (690).

⁴⁸ BGBl. I 2017, S. 3202.

⁴⁹ Klarstellend *Roggan*, StV 2017, 821 (826); *Großmann*, JA 2019, 241 (244). Nur angemerkt sei an dieser Stelle, dass in dieser Vorschrift das IT-Grundrecht ebenfalls nicht als eingeschränkt bezeichnet wird (ebenso wenig wie im funktionsgleichen § 89 BKAG). Das hat seinen näheren Grund in der restriktiven Auslegung des Zitiergebots durch das BVerfG (krit. hierzu *Dreier*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 1 Rn. 21, 25; *Sachs/v. Coelln*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 27 ff., jew. m.w.N.), die eine Nennung i.S.d. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seiner einzelnen Ausprägungen nach verbreiteter Ansicht nicht nötig macht (Siehe zum Ganzen *Enders*, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 19 Rn. 14 ff.).

⁵⁰ *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 (490). Siehe auch *Hassemer*, KritV 1990, 260 (269); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 18.

⁵¹ Siehe nur *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (452); *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 3 Rn. 1. Diff. *Murmann*, GA 2004, 65 ff.

⁵² Siehe *Paul*, NStZ 2013, 489; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 24 Rn. 19 f. Auch wenn es sich nicht um einen didaktischen Aufsatz handelt, sei das Studium des Beitrags von *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 ff. ausdrücklich empfohlen.

⁵³ Vgl. *Neuber*, NStZ 2019, 113.

1. Zum Institut der unselbständigen Beweisverwertungsverbote

Der Terminus des Beweisverbots ist der Oberbegriff für Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote.⁵⁴

Von besonderem Interesse sind auch für den Bereich der §§ 100a–100c StPO die sog. *unselbständigen* Beweisverwertungsverbote. Solche Beweisverwertungsverbote beruhen auf einer Verletzung von Beweiserhebungsverböten bzw. sind Folge eines fehlerhaften, insbesondere formell oder materiell rechtswidrigen Beweiserhebungsvorgangs.⁵⁵

Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass im Strafprozessrecht streng zwischen der Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung und der Möglichkeit der Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweisergebnisses zur Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) zu unterscheiden ist.⁵⁶ Der Grundsatz lautet dementsprechend, dass eine rechtswidrige Beweiserhebung nicht zwangsläufig zu einem Beweisverwertungsverbot führt.⁵⁷ Genau genommen stellen Beweisverwertungsverbote nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG eine zu begründende Ausnahme dar.⁵⁸ Wann ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, wird in der Literatur mit unterschiedlichen Erklärungsansätzen theoretisch zu klären versucht (insbesondere Rechtskreistheorie und Schutzzwecktheorie).⁵⁹

Der BGH rekurriert in diesem Zusammenhang unter Billigung des BVerfG auf die Abwägungslehre, wonach das staatliche Interesse an der Strafverfolgung mit den individuellen Interessen des betroffenen Bürgers abzuwägen sind.⁶⁰ Abwägungsposten sind hierbei unter anderem die Qualität des Verfahrensverstößes sowie die Bedeutung und Schwere der Tat.⁶¹ Beweisverwertungsverbote sind nach der Rechtsprechung des BVerfG geboten „nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind.“⁶² Entsprechend der üblichen, von der Rechtsprechung verfochtenen Grundsätze kommt ein Beweisverwertungsverbot also vor allem dann in Betracht, wenn die

⁵⁴ Paul, NStZ 2013, 489; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 50.

⁵⁵ Siehe hierzu bspw. Finger, JA 2006, 529 (530); Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 1581; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 5; Meyer-Mews, JuS 2004, 39; Neuber, NStZ 2019, 113.

⁵⁶ Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 162.

⁵⁷ BVerfG NJW 2012, 907 (910); BVerfG NJW 2000, 3557; BVerfG NJW 2011, 2417 (2418); BGHSt 19, 325 (331); 24, 125 (129); 25, 325 (331); 32, 68 (71); 36, 167 (173); 37, 48 (53); 38, 214 ff.; 44, 243; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 55.

⁵⁸ BVerfGE 113, 29 (61); 125, 260 (339 f.); BVerfG NJW 2010, 287; BVerfG NJW 2012, 910; BGHSt 37, 30 (32); 44, 243 (249); 54, 69; BGH NJW 1994, 2904 f.; BGH NJW 2022, 2126 (2128); BGH NStZ 2023, 117. Aus der Literatur Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 55; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 707; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11. Ausf. Paul, NStZ 2013, 489.

⁵⁹ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 704 ff.; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11 ff.; Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 82 ff.; Paul, NStZ 2013, 489 (490).

⁶⁰ BVerfG NJW 2007, 499 (501); BVerfG NJW 2012, 907; BGHSt 19, 325 (329); 27, 355 (357); 31, 204 (307); 44, 243; 58, 84 (96 ff.); BGH NJW 2008, 307; Rogall, JZ 1996, 944; ders., ZStW 91 (1979), 1 ff. (31 ff.). Siehe auch Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 335. Umfangreiche Aufarbeitung bei Neuber, NStZ 2019, 113 ff.

⁶¹ Siehe BVerfGE 130, 1; BGHSt 42, 372 (377); 47, 172 (179); 51, 285; 54, 69 (87); Gössel, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. L Rn. 42 ff.; Rogall, NStZ 1988, 385 (392); Bader, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, Vor § 48 Rn. 27.

⁶² BVerfGE 113, 29 (61); BVerfG NJW 2011, 2417 ff.; BVerfG NJW 2012, 907 (910); siehe auch BGH NJW 2022, 2126 (2128). Zur Bedeutung der Schwere des Verfahrensverstößes als Abwägungsposten siehe auch Paul, NStZ 2013, 489 (492).

Ermittlungsbehörden die Eingriffsvoraussetzungen in schwerwiegender Weise, insbesondere willkürlicher oder bewusster Weise missachtet haben.⁶³ Folge dieses Ausgangspunktes ist freilich eine ausufernde Kasuistik, „die gegenüber einer rationalen Rekonstruktion durch die miteinander konkurrierenden Verwertungsverbotslehren renitent bleibt.“⁶⁴

2. Beweis(verwertungs)verbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO

Die spezielle Vorschrift des § 100d Abs. 1, Abs. 2 StPO enthält keine abschließenden Regelungen für Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit Maßnahmen nach §§ 100a–100c StPO. Zu nennen sind vielmehr auch (unselbständige) Beweisverwertungsverbote bei Verstößen gegen § 160a Abs. 1–3 StPO sowie nach allgemeinen Grundsätze bei (formell oder materiell) rechtswidrigen Maßnahmen, wenn also die Anordnungsvoraussetzungen nicht gewahrt wurden.⁶⁵ Denkbar sind vielfältige Verstöße und daher auch Fallgruppen, in denen Beweisverwertungsverbote zu diskutieren sind.⁶⁶

Ein unselbständiges⁶⁷ Beweisverwertungsverbot soll insbesondere bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt gem. § 100e Abs. 1, Abs. 2 StPO die Folge sein.⁶⁸ Hat die Staatsanwaltschaft von ihrer Eilbefugnis gem. § 100a Abs. 1 S. 2 StPO Gebrauch gemacht, hat die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug ein Verwertungsverbot zur Folge.⁶⁹ In materieller Hinsicht kommt ein Verwertungsverbot vor allem dann in Betracht, wenn die Maßnahme auf den Verdacht einer Straftat gestützt wird, die keine entsprechende Katalogtat der Maßnahme ist.⁷⁰ Die Rechtsprechung will diesen Grundsatz mit Blick auf die Figur des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs relativieren.⁷¹ Die aus der (Quellen-)TKÜ erhobenen Daten sind unverwertbar, wenn ein solcher qualifizierter Anfangsverdacht bzgl. einer Katalogtat nicht bestand. Der BGH gesteht den Ermittlungsbehörden jedoch einen weiten Beurteilungsspielraum zu, sodass ein Verwertungsverbot in der Praxis nur bei „Willkür oder grober Fehlbeurteilung“ praktisch in Betracht kommt.⁷² Wie wichtig die richtige Wahl der Ermächtigungsgrundlage ist, zeigt sich unter anderem daran, dass Erkenntnisse aus einer als Quellen-TKÜ gem.

⁶³ Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 115.

⁶⁴ So Greco, in: FS Rogall, 2018, S. 487. Ausf. Kritik des „systemlosen Abwägungsprozessrechts“ bei Wolter, in: FS Roxin, 2011, S. 1245 ff. Siehe auch Neuber, NStZ 2019, 113. Ausf. Darlegung auch bei Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 24 Rn. 30 ff.

⁶⁵ Siehe Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 98.

⁶⁶ So auch die Einschätzung von Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Vor Rn. 15. Siehe hierzu bspw. Großmann, JA 2019, 241 (246 ff.); Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 332 ff., § 100b Rn. 81 ff., § 100c Rn. 61 ff.

⁶⁷ Unselbständige Beweisverwertungsverbote sind eine Konsequenz der Verletzung von Beweiserhebungsverböten, siehe Finger, JA 2006, 529 (530); Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 5; Meyer-Mews, JuS 2004, 39.

⁶⁸ BGHSt 44, 243 (248 f.); 35, 32 (34); BGH NStZ-RR 2002, 176; Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 100, § 100b Rn. 45. And. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 35.

⁶⁹ BVerfGE 103, 142 (151 f.); BGH NStZ 2004, 449; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 35. Zum Ganzen Kudlich, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 470, 472; Heghmanns, ZJS 2017, 499 (501 f.).

⁷⁰ BGHSt 31, 304 (309); 47, 362 (365); Großmann, JA 2019, 241 (247); Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 218, 226; Kudlich, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 472; Paul, NStZ 2013, 489 (493).

⁷¹ BGH NJW 2003, 1880 (1883). Krit. hierzu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 22.

⁷² Siehe BGHSt 41, 30; 48, 240 (248); zum Ganzen Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 11.

§ 100a Abs. 1 S. 2 StPO angeordneten Maßnahme grundsätzlich nicht verwertbar sind, wenn es sich um Daten handelt, die nicht aus einem laufenden Kommunikationsvorgang stammen.⁷³

Wird ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot im Einzelfall bejaht, kann es auch notwendig sein, zum Problem der Fernwirkung Stellung nehmen zu müssen.⁷⁴

Die sog. Widerspruchslösung soll für die Verwertung von nach §§ 100a–100c StPO erhobenen Beweisen gelten.⁷⁵

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass es beim Einsatz der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO (bspw. gegen Akteure der organisierten Kriminalität) zu Zufallserkenntnissen kommen kann, die nicht die Tat, wegen der die Maßnahme angeordnet wurde, betreffen.⁷⁶ Entsprechende Übermittlungsverbote und Verwendungsbeschränkungen regelt § 479 StPO.⁷⁷

⁷³ Vgl. BVerfG NJW 2008, 822; siehe auch Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 35a.

⁷⁴ Siehe Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 114; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 242. Allg. zum Institut der Fernwirkung Kasiske, Jura 2017, 16 ff.; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 1632 f.

⁷⁵ Siehe Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 215. Allg. zur Widerspruchslösung Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 708; ausf. zur neueren Rechtsprechung Rückert, ZStW 133 (2021), 522 ff.

⁷⁶ Allg. hierzu Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 360 f.; siehe auch Zöller, ZStW 124 (2012), 411 (437). Ausf. Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 ff.

⁷⁷ Siehe Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 34.

Parlamentarische Redefreiheit der Bundestagsabgeordneten im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Dr. Thomas Kemper, Bonn*

Der folgende Beitrag befasst sich mit den rechtlichen Grundlagen und den Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit im Deutschen Bundestag. Hierbei wird besonderes Augenmerk auf die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gelegt, der dieses Recht als besondere Ausprägung der Meinungsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK ansieht. Anhand von EGMR-Urteilen werden die Grenzen der Redefreiheit im Parlament dargestellt, Fallbeispiele aufgeführt und mögliche Klausurkonstellationen gezeigt.

I. Einführung	646
II. Rechtslage in Deutschland	647
1. Herleitung der parlamentarischen Redefreiheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG	647
2. Eingriffe in die Redefreiheit: parlamentarische Disziplinarmaßnahmen	648
3. Wo liegen die Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit?.....	648
III. Rechtslage nach der EMRK	649
1. Rechtsprechung des EGMR: Herleitung der Redefreiheit aus Art. 10 EMRK	650
a) Leitentscheidung Karácsony and others ./ Hungary (2016)	650
b) Begründbarkeit der Herleitung der parlamentarischen Redefreiheit aus Art. 10 EMRK.....	650
2. Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit nach der Rechtsprechung des EGMR	651
a) Beleidigungen im Plenarsaal	652
b) Hate speech	654
c) Maßnahmen wegen der Form einer Äußerung.....	655
IV. Klausurkonstellationen: Umsetzung dieser EGMR-Rechtsprechung in der deutschen Rechtspraxis	658
1. Individualbeschwerde von Abgeordneten beim EGMR, Art. 34, 35 EMRK	658
2. Verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Disziplinarmaßnahme	659

* Thomas Kemper war Wiss. Mitarbeiter am Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg). Seit 2023 arbeitet er als juristischer Referent beim Bundeskartellamt. Im Juli 2024 erschien seine Dissertation zum Thema „Parlamentarische Redefreiheit. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Spannungsverhältnis von Status- und Grundrechten“.

a) Statthafte Klageart: Organstreitverfahren, Verfassungsbeschwerde oder beides?	659
b) Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK	660
V. Fazit.....	661

I. Einführung

Immer wieder kommt es zu Vorfällen im Deutschen Bundestag, die zum Erlass von Disziplinarmaßnahmen gegen einzelne Abgeordnete führen. So sprach die damalige Bundestagsvizepräsidentin *Pau* in der Bundestagsitzung vom 18.3.2025 einen Ordnungsruf gegen mehrere BSW-Abgeordnete aus,¹ die während der Debatte über die Reform der Schuldenbremse Schilder mit der Aufschrift „1914 wie 2025: Nein zu Kriegskrediten“ hochgehalten hatten. Erst nachdem *Pau* auf den möglichen Erlass weitergehender Sanktionen hingewiesen hatte, folgten die Mandatäre ihrer Anordnung, die Plakate herunterzunehmen.² Auch im Europäischen Parlament³ sowie in den nationalen Volksvertretungen anderer EU-Mitgliedstaaten⁴ kam es wiederholt zu Demonstrationen sowie zu beleidigenden Äußerungen und hate speech.

Bereits im Juli 2024 hatten die Fraktionen der SPD, des Bündnisses 90/Die Grünen und der FDP einen Antrag zur Änderung der Geschäftsordnung des Bundestags (GO-BT) gestellt. Dieser enthielt u.a. Vorschläge zur Verschärfung des Ordnungsgelds bei der Verletzung der Ordnung oder der Würde des Bundestags.⁵ Einen ähnlichen Vorschlag hatte auch die CDU/CSU-Fraktion erarbeitet.⁶ Die überwiegende Mehrheit der Bundestagsmitglieder sah es demnach als notwendig an, in der GO-BT schärfere Instrumente zur Wahrung ordnungsgemäßer Sitzungsabläufe zu verankern. Die berechtigten Interessen des Parlaments, die Funktionsfähigkeit und Würde des Bundestags sowie die Persönlichkeitsrechte Dritter und die öffentliche Ordnung zu wahren, sind mit der besonders geschützten Redefreiheit der einzelnen Abgeordneten in Einklang zu bringen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich die parlamentarische Redefreiheit aus dem Statusrecht der Abgeordneten gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, das im Einzelfall mit dem Ordnungsrecht des Bundestags aus Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG abzuwägen ist.⁷ Mit der Frage, wie im Par-

¹ Aus dem Sitzungsprotokoll: „Vizepräsidentin Petra Pau: Kollegin, ich habe die Uhr kurz angehalten. – Ich bitte, diese Transparente zu entfernen, und zwar zügig [...] So, ich erteile jetzt allen Abgeordneten, welche diese Transparente hochhalten, einen Ordnungsruf [...] und fordere Sie auf, sofort diese Transparente herunterzunehmen. Sie wissen, was ein zweiter Ordnungsruf nach sich zieht“, BT-Plenarprotokoll 20/214, S. 27778.

² *Münstermann*, General Anzeiger Bonn v. 19.3.2025, S. 9.

³ Vgl. EuG, Urt. v. 31.5.2018 – T-770/16 (Korwin-Mikke ./ Europäisches Parlament I), Rn. 2; EuG, Urt. v. 31.5.2018 – T-352/17 (Korwin-Mikke ./ Europäisches Parlament II), Rn. 2: Das EuG befasste sich hier mit Äußerungen eines Mitglieds des Europäischen Parlaments zu Migrantinnen und Migranten aus Afrika sowie zur ungleichen Bezahlung von Frauen und Männern im Arbeitsleben; vgl. hierzu *Kemper*, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 220 f.

⁴ Vgl. *Barrod, Le Parisien v. 4.11.2022* (26.4.2025): Zwischenruf eines Abgeordneten der *Assemblée Nationale* mit diskriminierendem Inhalt; *Avril/Gicquel/Gicquel*, *Droit parlementaire*, 7. Aufl. 2023, Rn. 227 (Ausstellen eines Plakats mit der Aufschrift „La France tue au Yémen“, Tragen eines Fußballtrikots im Plenarsaal, um für die Besteuerung von Spieler-Transfers zu demonstrieren); vgl. hierzu *Kemper*, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 220 f., 244 f., 257 f.

⁵ Vgl. Antrag der Fraktionen SPD; BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zur Änderung der GO-BT, BT-Drs. 20/12088, S. 7–9, 26 f.; *Stoltenberg, Das Parlament v. 5.7.2024* (26.4.2025).

⁶ Vgl. Antrag der Fraktion CDU/CSU, Demokratie stärken – Für eine echte Parlamentsreform im Deutschen Bundestag, BT-Drs. 20/12087 v. 2.7.2024, S. 3 (Ziffer 5); vor Beginn der 21. Wahlperiode wurde erneut eine Verschärfung des Ordnungsgeldes diskutiert, vgl. *James, Zeit Online v. 3.3.2025* (26.4.2025).

⁷ Vgl. BVerfGE 80, 188 (220 f.).

lament mit Demonstrationen, Beleidigungen und hate speech umzugehen ist, wo insoweit also die Grenzen der Redefreiheit im Deutschen Bundestag liegen, hat sich das Gericht noch nicht eingehend befassen können. Demgegenüber hat die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in ihrem Leiturteil zur Rechtssache *Karácsony and others v. Hungary* (2016) parlamentarische Disziplinarmaßnahmen am Maßstab der Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK überprüft⁸ und sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit Umfang und Grenzen des Äußerungsrechts von Abgeordneten befasst. Anhand dieser Entscheidungen des EGMR lässt sich auch die Redefreiheit im Deutschen Bundestag näher konturieren. So steht die EMRK in Deutschland im Rang einfachen Bundesrechts und entfaltet damit unmittelbare Geltung.⁹ Ihre Bestimmungen sind von Legislative, Exekutive und Judikative zu beachten.¹⁰

Im folgenden Beitrag wird, nach einer überblicksartigen Darstellung der Rechtslage in Deutschland (II.), zunächst die Rechtsprechung des EGMR zum Umfang und den Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit anhand von einzelnen Anwendungsbeispielen dargestellt und analysiert (III.). Der anschließende Abschnitt (IV.) widmet sich dann der Frage, wie diese Rechtsprechung des EGMR auch im deutschen Recht, insbesondere im Rahmen eines Organstreitverfahrens zwischen Abgeordneten und Bundestag über die Verfassungsmäßigkeit einer Disziplinarmaßnahme, Berücksichtigung finden kann.

II. Rechtslage in Deutschland

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eindeutig: Das Recht der Abgeordneten, im Parlament das Wort zu ergreifen, folgt nicht aus den Grundrechten, sondern aus dem im Grundgesetz verankerten Status der Abgeordneten (1.). Eingriffe in die so geschützte Redefreiheit erfolgen insbesondere durch die in der GO-BT verankerten Disziplinarmaßnahmen, die durch die Sitzungsleitung erlassen werden (2.).

1. Herleitung der parlamentarischen Redefreiheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sind die Bundestagsabgeordneten „Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“. Der hier verankerte Grundsatz der repräsentativen Demokratie gewährleistet die Freiheit der Mandatsausübung und das Recht zur Teilnahme am parlamentarischen Willensbildungsprozess.¹¹ Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, neben Stimm-, Fraktionsbildungs-, und Frage-recht, auch die parlamentarische Redefreiheit der Bundestagsabgeordneten hergeleitet.¹² Das Äußerungsrecht im Bundestag folgt demnach nicht aus den Grundrechten, sondern aus dem durch Wahl verliehenen Amt der Abgeordneten.¹³ So führte das Bundesverfassungsgericht aus:

⁸ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (*Karácsony and others v. Hungary*), Rn. 137 ff.

⁹ BVerfGE 128, 326 (367); *Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Kommentar, 5. Aufl. 2023, Einl. Rn. 18.

¹⁰ BVerfGE 111, 307 (316 f.); *Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Kommentar, 5. Aufl. 2023, Einl. Rn. 18; *Sauer*, ZaöRV 2005, 35 (38 f.).

¹¹ Vgl. BVerfGE 96, 264 (278); *Magjera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 58 m.w.N.; *Roth*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Bd. 2, 2002, Art. 38 Rn. 108, 114; *Ingold/Lenski*, JZ 2012, 120 (121) m.w.N.

¹² Vgl. *Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 38 Rn. 286–290; zur Herleitung der Redefreiheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vgl. BVerfGE 10, 4 (12) und 60, 374 (380).

¹³ *Magjera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 63 m.w.N.

„Die Redefreiheit des Abgeordneten im Parlament ist nicht die Freiheit des Bürgers gegenüber dem Staat, wie Art. 5 I GG sie schützen will, sondern eine in der Demokratie unverzichtbare Kompetenz zur Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben, die den Status der Abgeordneten wesentlich mitbestimmt. Die freie Rede des Abgeordneten dient mithin unmittelbar der Erfüllung der in der Verfassung normierten Staatsaufgaben. Das Grundgesetz gewährleistet die Redefreiheit des Abgeordneten im Parlament durch Art. 38 I 2 GG.“¹⁴

2. Eingriffe in die Redefreiheit: parlamentarische Disziplinarmaßnahmen

Der Deutsche Bundestag ist aufgrund seiner in Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Geschäftsordnungsautonomie dazu berechtigt, Regelungen über die Ausübung der parlamentarischen Redefreiheit in seinen Sitzungen zu treffen und dieses Recht damit auch zu beschränken.¹⁵ In §§ 36 ff. GO-BT sind die Disziplinarmaßnahmen normiert, welche die Bundestagspräsidentin/der Bundestagspräsident erlassen kann, wenn Abgeordnete die „Ordnung“ oder „Würde“ des Bundestags verletzen,¹⁶ also etwa in Fällen von Beleidigungen, hate speech oder Demonstrationen im Plenarsaal.¹⁷ In diesen Fällen ist die Sitzungsleitung dazu ermächtigt, während der Debatte Abgeordnete zur Ordnung zu rufen (§ 36 Abs. 1 S. 2 GO-BT), ihnen das Wort zu entziehen (§ 36 Abs. 2 GO-BT) und sie von der gerade stattfindenden Sitzung auszuschließen (§ 38 Abs. 1 S. 1 GO-BT, sog. kurzer Sitzungsausschluss). Im Nachgang zur Plenardebatte können zudem lange Sitzungsausschlüsse, die sich auch auf weitere künftige Sitzungen des Bundestags beziehen (§ 38 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GO-BT), und Ordnungsgelder (§ 37 GO-BT) verhängt werden.¹⁸

3. Wo liegen die Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit?

In welchen Fällen sind solche Disziplinarmaßnahmen mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar? Bislang hatte das Bundesverfassungsgericht keine Gelegenheit, sich mit dieser Frage eingehend zu befassen. Allerdings verwarf das Gericht im oben zitierten Beschluss die Klage eines Abgeordneten als unzulässig, die sich gegen eine Rüge des Bundestagsvizepräsidenten wegen eines „nichtparlamentarischen Ausdrucks“ gerichtet hatte.¹⁹ Es vertrat die Auffassung, dass eine Rüge, anders als der Ordnungsruf, „in der Regel nicht die verfassungsmäßigen Rechte des Abgeordneten [...] beeinträchtigen kann“²⁰, und lehnte daher eine Antragsbefugnis des Parlamentariers ab. Weitere Entscheidungen, in denen das Rederecht erwähnt wird, setzten sich mit der Verteilung der Redezeiten²¹ sowie mit den

¹⁴ BVerfGE 60, 374 (380).

¹⁵ BVerfGE 10, 4 (13); BVerfGE 80, 188 (218 f.); *Besch*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 33 Rn. 9; *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 58 m.w.N.

¹⁶ Für einen Überblick zu den in der GO-BT verankerten Disziplinarmaßnahmen vgl. *Kersten*, JuS 2018, 929 (932); *C. Schönberger/S. Schönberger*, JZ 2018, 105 (112); *Bücker*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 34 Rn. 15–42.

¹⁷ Zu Beleidigungen i.S.d. §§ 185 ff. StGB und „non-verbale Akzentuierungen“ als Beeinträchtigung der Ordnung und Würde des Bundestags *Ritzel/Bücker/Schreiner*, Handbuch für die parlamentarische Praxis, 28. Lfg., Stand: Dezember 2011, Vorbem. §§ 36–41, Ziff. 1 c).

¹⁸ Lange Sitzungsausschlüsse und Ordnungsgelder können bereits während der Sitzung verhängt werden. Aus § 37 S. 2 GO-BT i.V.m. § 38 Abs. 2 S. 1 GO-BT geht aber hervor, dass beide Maßnahmen auch nach der Sitzung ergehen können.

¹⁹ BVerfGE 60, 374 (375).

²⁰ BVerfGE 60, 374 (382).

²¹ Danach finden Maßnahmen zur Beschränkung der Redezeit ihre Grenzen „an der grundsätzlichen Aufgabe des Parlaments, Forum für Rede und Gegenrede zu sein“, BVerfGE 10, 4 (13).

Mitwirkungsrechten fraktionsloser Mandatare in parlamentarischen Ausschüssen²² auseinander. Zudem finden sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Ausführungen zur Repräsentationsfähigkeit²³ und Funktionsfähigkeit²⁴ des Bundestags, die als Schranken der Redefreiheit zur Anwendung kommen. Auch das Schutzgut der parlamentarischen Würde wurde in einem Beschluss des Gerichts erwähnt.²⁵ Mit den genauen Grenzen des Äußerungsrechts im Falle von Beleidigungen, hate speech oder Demonstrationen im Plenarsaal hat sich das Bundesverfassungsgericht indessen noch nicht eingehend befassen können.

Es haben sich aber bereits einige Landesverfassungsgerichte mit Disziplinarmaßnahmen wegen diffamierender Kundgaben in den Parlamenten der Bundesländer auseinandergesetzt. Die Gerichte folgten dabei der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass sich die Redefreiheit nicht aus dem Grundrecht der Meinungsfreiheit, sondern aus dem Status der Abgeordneten ergibt.²⁶ Auffallend ist indessen, dass der Verfassungsgerichtshof Sachsen bei der Bestimmung der Grenzen der Redefreiheit auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG rekurrierte und die hier entwickelten Maßstäbe auf den Zusammenhang parlamentarischer Äußerungen übertrug.²⁷ Dies deutet darauf hin, dass der parlamentarischen Redefreiheit Parallelen zum Grundrecht der Meinungsfreiheit zugeordnet werden. Diesen Weg der konzeptionellen Angleichung von Redefreiheit und Meinungsfreiheit hat auch der EGMR beschritten, wie im Folgenden näher zu zeigen ist.

III. Rechtslage nach der EMRK

Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht, das eine Anwendung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG im innerparlamentarischen Raum abgelehnt hat, unterstellt der EGMR die Redefreiheit von Abgeordneten im Parlament dem hervorgehobenen Schutz der Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK (1.). Im Übrigen hat sich der EGMR im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit umfassend zu den Grenzen des Äußerungsrechts gewählter Volksvertreterinnen und Volksvertreter geäußert (2.).

²² BVerfGE 80 (188); BVerfGE 130 (318); vgl. auch BVerfGE 140 (115): Ausschluss von Abgeordneten von Arbeitsgruppen eines Vermittlungsausschlusses; BVerfGE 160 (368): Vorschlagsrecht für die Wahl des Bundestagsvizepräsidenten; BVerfG NJW 2024, 3355 ff.: Abwahl eines Ausschussvorsitzenden.

²³ BVerfGE 80, 188 (219); 84, 304 (321); 99, 19 (32).

²⁴ Vgl. BVerfGE 80, 188 (219); 84, 304 (321); 96, 264 (278); 99, 19 (32); *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 63 m.w.N.; *Daniels*, Sitzungsausschluss und Ordnungsgeld, 2018, S. 102.

²⁵ BVerfGE 152, 35 (52): Erlass eines Ordnungsgeldes gegen einen Abgeordneten, der seinen ausgefüllten Stimmzettel fotografiert und das Bild bei Twitter veröffentlicht hatte. Das Bundesverfassungsgericht verneinte die Zulässigkeit der Klage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses, da der Abgeordnete vor der Klage keinen innerparlamentarischen Einspruch erhoben hatte.

²⁶ Siehe etwa VerfGH Sachsen, Urt. v. 3.11.2011 – Vf. 30-I-11, Rn. 26 f. (juris); VerfGH Baden-Württemberg, Urt. v. 22.7.2019 – 1 GR 1/19, 1 GR 2/19, Rn. 135 (juris); LVerfG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.5.2017 – LVerfG 1/17, Rn. 35 f. (juris); LVerfG Brandenburg, Beschl. v. 21.9.2018 – VfGBbG 31/17, Rn. 66 (juris) – ausdrückliche Regelung des Rederechts in Art. 56 Abs. 2 S. 1 der Landesverfassung von Brandenburg; LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 29.1.2009 – LVerfG 5/08, Rn. 34 (juris); LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 23.1.2014 – LVerfG 4/13, Rn. 36 (juris) – ausdrückliche Regelung des Rederechts in Art. 22 Abs. 2 S. 1 der Landesverfassung von Mecklenburg-Vorpommern.

²⁷ VerfGH Sachsen, Urt. v. 3.11.2011 – Vf. 30-I-11, Rn. 32 (juris) – Ordnungsruf wegen Verwendung des Begriffs „Asylschmarotzer“ in der Plenardebatte, vgl. Rn. 13 f.; VerfGH Sachsen, Urt. v. 3.12.2010 – Vf. 12-I-10, Rn. 58 (juris) – Ordnungsruf wegen Verwendung des Begriffs „anglo-amerikanischer Vernichtungsexzess“ in der Plenardebatte, Rn. 20.

1. Rechtsprechung des EGMR: Herleitung der Redefreiheit aus Art. 10 EMRK

a) Leitentscheidung *Karácsony and others* ./ Hungary (2016)

In seiner Leitentscheidung zur Rechtssache *Karácsony and others* ./ Hungary (2016) charakterisierte die Große Kammer des EGMR Abgeordnetenäußerungen im Parlament als „political speech par excellence“²⁸. Auf der Schutzbereichsebene (Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK) unterschied der EGMR dabei nicht zwischen förmlichen Redebeiträgen, die von den Abgeordneten am Rednerpult nach Erteilung des Wortes gehalten werden und sonstigen Kundgaben im Plenarsaal, wie etwa Zwischenrufe, das Hochhalten von Plakaten oder das Tragen von Kleidungsstücken mit politischen Botschaften.²⁹ Die Meinungsfreiheit sei insbesondere für gewählte Repräsentantinnen und Repräsentanten des Volkes von höchster Bedeutung. Eingriffe in die Meinungsfreiheit von Abgeordneten müssten daher auf der Rechtfertigungsebene (Art. 10 Abs. 2 Hs. 2 EMRK) einer besonders eingehenden Überprüfung des EGMR unterliegen.³⁰

Der Gerichtshof erkennt also keinen Widerspruch zwischen dem statusrechtlichen Schutz der parlamentarischen Redefreiheit durch das nationale Verfassungsrecht und der eigenen Konzeption, Disziplinarmaßnahmen am Maßstab der Meinungsfreiheit zu überprüfen. So begründen die Straßburger Richterinnen und Richter die Anwendbarkeit des Art. 10 EMRK im innerparlamentarischen Raum gerade mit der gemeinsamen europäischen Verfassungstradition, dieses Recht etwa durch die parlamentarischen Immunitäten abzuschirmen. Regelungen des nationalen Rechts dienen, so der EGMR, der Wahrung einer „effektiven politischen Demokratie“, einem Grundsatz, der auch ein wesentliches Leitprinzip der Konvention bilde.³¹ Insoweit sieht der Gerichtshof, anders als das Bundesverfassungsgericht, in Statusrechten und Grundrechten keine sich gegenseitig ausschließenden Rechtspositionen.³² Vielmehr machen die Straßburger Richterinnen und Richter deutlich, dass sie an die im nationalen Verfassungsrecht verankerten Grundsätze zum Schutz der Redefreiheit anknüpfen und so den statusrechtlichen mit dem grundrechtlichen Schutz verbinden möchten.³³

b) Begründbarkeit der Herleitung der parlamentarischen Redefreiheit aus Art. 10 EMRK

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob Art. 10 EMRK im innerparlamentarischen Raum zur Anwendung kommen kann. Aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts sind die Abgeordneten bei ihrer Teilnahme am parlamentarischen Willensbildungsprozess nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt, da sie in den betreffenden Situationen an der Ausübung von grundrechtsverpflichteter Staatsgewalt beteiligt sind. In konsequenter Anwendung des Konfusionsarguments können Abgeordnete daher, als Teil der grundrechtsverpflichteten Sphäre, nicht gleichzeitig grundrechtsberechtigt sein.³⁴

²⁸ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (*Karácsony and others* ./ Hungary), Rn. 137.

²⁹ So jedenfalls die vorangegangene Kammerentscheidung des EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 42461/13 (*Karácsony and others* ./ Hungary), Rn. 67, in der Entscheidung der Großen Kammer aus dem Jahr 2016 finden sich keine gegenteiligen Aussagen hierzu.

³⁰ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (*Karácsony and others* ./ Hungary), Rn. 137; EGMR (GK), Urt. v. 23.4.1992 – 11798/85 (*Castells* ./ Spain), Rn. 42; EGMR (GK), Urt. v. 27.4.1995 – 15773/89, 15774/89 (*Piermont* ./ France), Rn. 76.

³¹ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (*Karácsony and others* ./ Hungary), Rn. 138.

³² *Grote/Wenzel*, in: *Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Konkordanzkommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, Kap. 18: Meinungsfreiheit Rn. 55.

³³ *Kemper, Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 65, 81.

³⁴ Hierzu ausführlich *Kemper, Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 125–133; zur Frage, ob die Anwendbarkeit

Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht zielt der EGMR weniger auf eine dogmatisch stringente Anwendung der Grundrechte ab, sondern vor allem auf eine funktionale, kontextbezogene Weiterentwicklung der EMRK-Garantien anhand bestimmter „Gefährdungsszenarien“.³⁵ So war die Argumentation der Großen Kammer des Gerichtshofs in der Rechtssache *Karácsony and others ./. Hungary* (2016) nicht durch die Frage geprägt, ob Abgeordnete während ihrer Teilnahme an parlamentarischen Sitzungen grundrechtsgebundene Staatsgewalt ausüben und die Meinungsfreiheit folglich unanwendbar bleibt. Entscheidend für die Überprüfung parlamentarischer Disziplinarmaßnahmen am Maßstab des Art. 10 EMRK war vielmehr die objektive Funktion dieses Grundrechts, den für eine demokratische Gesellschaft maßgeblichen freien Meinungs Austausch innerhalb eines öffentlichen Diskurses zu wahren.³⁶ Dabei unterstellt nach dem EGMR Art. 10 EMRK insbesondere solche Akteure einem hervorgehobenen Schutz, die innerhalb dieses öffentlichen Diskurses eine zentrale Rolle spielen. So kommt den Abgeordneten als gewählte Repräsentantinnen und Repräsentanten des Volkes die Aufgabe zu, als Sprachrohr ihrer Wählerschaft die Sorgen und Anliegen der Menschen zu bündeln und in den öffentlichen Diskurs einzubringen.³⁷ Hierfür ist das Parlament der zentrale Ort.³⁸ Parlamentarische Disziplinarmaßnahmen, die eine Abgeordnetenäußerung unterbinden oder sanktionieren, beeinträchtigen damit nicht nur die Meinungsfreiheit der einzelnen Mandatäre, sondern auch den freien politischen Diskurs innerhalb einer demokratischen Gesellschaft.³⁹ Gerade diese vom EGMR in einer Vielzahl von Urteilen hervorgehobene Funktion der Meinungsfreiheit als zentrale Säule einer demokratischen Gesellschaft⁴⁰ begründet die Anwendung des Art. 10 EMRK im innerparlamentarischen Raum.

2. Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit nach der Rechtsprechung des EGMR

Nach diesen Grundsätzen wird die parlamentarische Redefreiheit zwar durch Art. 10 EMRK besonders geschützt, aber dennoch nicht schrankenlos gewährleistet. Gerade für die Parlamentarier gilt, dass die Ausübung dieses Rechts „mit Pflichten und Verantwortung verbunden“ ist, vgl. Art. 10 Abs. 2 Hs. 1 EMRK. Der Abgeordnetenstatus ist demnach keine Rechtsstellung, welche die Verantwortlichkeit der Mandatäre für ihre eigenen Äußerungen verringert; vielmehr müssen sich gerade die gewählten Repräsentantinnen und Repräsentanten des Volkes für den Schutz der Demokratie und ihrer

des Art. 10 EMRK im innerparlamentarischen Raum begründbar ist vgl. S. 72–81.

³⁵ Gärditz, in: Grabenwarter, *Europäischer Grundrechtsschutz*, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 6 Rn. 24, im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH, die insoweit in der Tradition des EGMR stehe; so auch der EGMR in seiner Rechtsprechung zu extremistischen Äußerungen, EGMR, Ur. v. 15.10.2025 – 27510/08 (*Perinçek ./. Switzerland*), Rn. 208 („highly context-specific“); *Payandeh*, JuS 2016, 690 (694).

³⁶ Zu dieser demokratieschützenden Funktion der Meinungsfreiheit von *Ungern-Sternberg*, in: Matz-Lück/Hong, *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem*, S. 69 (85 f., 101); *Payandeh*, JuS 2016, 690 m.w.N.; *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 34; *Menschling*, in: Karpenstein/Mayer, *EMRK, Kommentar*, 3. Aufl. 2022, Art. 10 Rn. 1; *Schabas*, *The European Convention on Human Rights, Kommentar*, 2017, Article 10, S. 445.

³⁷ Vgl. EGMR (GK), Ur. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (*Karácsony and others ./. Hungary*), Rn. 137; EGMR (GK), Ur. v. 23.4.1992 – 11798/85 (*Castells ./. Spain*), Rn. 42; EGMR (GK), Ur. v. 27.4.1995 – 15773/89, 15774/89 (*Piermont ./. France*), Rn. 76.

³⁸ EGMR (GK), Ur. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (*Karácsony and others ./. Hungary*), Rn. 137.

³⁹ So hat der EGMR wiederholt hervorgehoben, dass breite Restriktionen der politischen Rede auch den Respekt für die Meinungsfreiheit insgesamt beeinträchtigen können, EGMR, Ur. v. 2.2.2010 – 571/04 (*Kubaszewski ./. Poland*), Rn. 43; EGMR, Ur. v. 12.7.2001 – 29032/95 (*Feldek ./. Slovakia*), Rn. 83.

⁴⁰ Hierbei rekurriert der EGMR stets auf Ur. v. 7.12.1976 – 5493/72 (*Handyside ./. United Kingdom*), Rn. 72; siehe auch *Payandeh*, JuS 2016, 690.

Prinzipien einsetzen.⁴¹

Der EGMR hat sich bereits in einer Vielzahl von Entscheidungen mit den Grenzen der Redefreiheit von gewählten Volksvertreterinnen und -vertretern befasst. So nennt die große Kammer des Gerichtshofs in ihrer Leitentscheidung zur Rechtssache Karácsony (2016) als Grenzen dieses Rechts beispielhaft direkte wie indirekte Gewaltaufrufe.⁴² Zudem nahmen die Straßburger Richterinnen und Richter in diesem Urteil Bezug auf vorangegangene Entscheidungen zu Abgeordnetenäußerungen in kommunalen Vertretungskörperschaften⁴³ sowie während Pressekonferenzen⁴⁴ und machen damit deutlich, dass die hier entwickelten Grundsätze auch im Zusammenhang mit Beiträgen in nationalen Parlamenten zur Anwendung kommen.⁴⁵ Anhand dieser Rechtsprechung lassen sich die Grenzen der Redefreiheit von Abgeordneten herausarbeiten. Im Einzelnen ist auf die Fallgruppen Beleidigungen (a), hate speech (b) und Demonstrationen im Plenarsaal (c) einzugehen.

a) Beleidigungen im Plenarsaal

*Beispiel:*⁴⁶ Im Jahr 2019 befasste sich eine Plenardebatte des Landtags Baden-Württemberg mit der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs. Die Sitzung fand in einer hitzigen Atmosphäre statt, mit lautstarken Zwischenrufen durch Mitglieder aller im Parlament vertretenen Fraktionen. Nachdem eine Abgeordnete der SPD-Fraktion im Rahmen eines förmlichen Redebeitrags unter lautem Beifall ihrer Fraktion die ersatzlose Streichung der §§ 218 ff. StGB gefordert hatte, rief der Abgeordnete G von seinem Platz aus laut ins Plenum: „So sind sie, die roten Terroristen!“ Daraufhin rief die Parlamentspräsidentin den G zur Ordnung. Nach weiteren Zwischenrufen schloss sie G von der laufenden Sitzung aus. Ist der Sitzungsausschluss mit Art. 10 EMRK vereinbar?

Richtet sich die kritische Äußerung gegen eine Person oder eine abgrenzbare Personengruppe, dient ein staatlicher Eingriff in die Meinungsfreiheit dem „Schutz des guten Rufs und der Rechte anderer“ i.S.d. Art. 10 Abs. 2 Hs. 2 EMRK.⁴⁷ Im Rahmen der Prüfung der Notwendigkeit des Eingriffs ist zwischen der Meinungsfreiheit der von der parlamentarischen Disziplinarmaßnahme betroffenen Abgeordneten und dem Schutz des guten Rufs der kritisierten Politikerinnen und Politiker abzuwägen. Im Hinblick auf entsprechende Anordnungen des Parlaments, die sich gegen den Inhalt eines parlamentarischen Debattenbeitrags richten, erkennt der EGMR den Konventionsstaaten einen nur geringen Beurteilungsspielraum zu.⁴⁸

In der Fallgruppe beleidigender Äußerungen gilt der Grundsatz, dass die Grenzen zulässiger Kritik von Abgeordneten gegenüber anderen Politikerinnen und Politikern besonders weit gesteckt sind.⁴⁹

⁴¹ EGMR, Urt. v. 16.7.2009 – 15615/07 (Féret ./, Belgique), Rn. 75.

⁴² EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (Karácsony and others ./, Hungary), Rn. 140.

⁴³ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (Karácsony and others ./, Hungary), Rn. 140 mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 27.2.2001 – 26958/95 (Jerusalem ./, Austria).

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 15.3.2011 – 2034/07 (Otegi Mondragon ./, Spain).

⁴⁵ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 66, 199.

⁴⁶ Angelehnt an die Vorkommnisse im Landtag Baden-Württemberg in der Sitzung vom 12.12.2018, mit denen sich der VerfGH Baden-Württemberg, Urt. v. 22.07.2019 – 1 GR 1/19, 1 GR 2/19, befasst hat. Zum Sachverhalt vgl. Rn. 3–96.

⁴⁷ Siehe etwa EGMR, Urt. v. 27.2.2001 – 26958/95 (Jerusalem ./, Austria), Rn. 30.

⁴⁸ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (Karácsony and others ./, Hungary), Rn. 140; vgl. generell zum Beurteilungsspielraum in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK *Payandeh*, JuS 2016, 690 (693).

⁴⁹ EGMR, Urt. v. 14.3.2013 – 26118/19 (Eon ./, France), Rn. 59; EGMR, Urt. v. 8.7.1986 – 9815/82 (Lingens ./, Austria); EGMR, Urt. v. 27.5.2004 – 57829/00 (Vides Aizsardzibas Klubs ./, Lettonie), Rn. 40; EGMR, Urt. v. 28.9.2000 –

Zum einen kommt hierbei der Leitgedanke des Art. 10 EMRK zum Ausdruck, dass der freie Meinungs-
austausch im politischen Diskurs ein zentrales Merkmal jeder demokratischen Gesellschaft darstellt
und daher besonders zu schützen ist.⁵⁰ Zum anderen argumentiert der EGMR, dass sich die von einer
kritischen Äußerung Betroffenen durch ihre Berufswahl bewusst in die öffentliche Debatte begeben
haben und sich hierdurch einer verstärkten Beobachtung und Kritik aussetzen.⁵¹ So ist es gerade die
Aufgabe von Abgeordneten, auch harsch formulierte Missbilligungen in der Debatte zu äußern.⁵²
Dennoch haben kritisierte Politikerinnen und Politiker einen Anspruch auf den Schutz ihrer Persön-
lichkeitsrechte.⁵³ Wenn sich die gemäßregelten Ausführungen mit rein privaten Sachverhalten
befasst haben, tragen diese nicht zu einem politischen Diskurs bei und genießen daher ein geringe-
res Schutzniveau.⁵⁴ Wenn die Äußerung eine politische Angelegenheit zum Gegenstand hat, müssen
die betroffenen Persönlichkeitsrechte mit dem Interesse an einem offenen politischen Diskurs abge-
wogen werden, wobei dem letztgenannten Schutzgut ein besonderes Gewicht beizumessen ist.⁵⁵

Im Rahmen einer solchen Abwägung kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich bei den Streit-
gegenständlichen Ausführungen um Tatsachenbehauptungen oder Werturteile gehandelt hat.⁵⁶
Bei Tatsachenbehauptungen überwiegt der Schutz des guten Rufs gegenüber der Meinungsfreiheit
der Abgeordneten, wenn diese falsch waren und die gerügten Parlamentarier die Richtigkeit ihrer
Behauptungen vor der Äußerung nicht sorgfältig überprüft haben.⁵⁷ Handelte es sich um Werturteile,
ist ein parlamentarischer Eingriff nur dann notwendig, wenn der Debattenbeitrag keine hinrei-
chende faktische Basis aufwies⁵⁸, also zu einer grundlosen persönlichen Diffamierung („gratui-
tious personal denigration“⁵⁹) geführt hat.

Lösungsvorschlag: Im oben dargelegten Beispielsfall fiel der Zwischenruf in einer parlamentarischen
Debatte über eine Abschaffung des § 218 StGB. Die Äußerung ist damit grundsätzlich dem Bereich
des durch Art. 10 EMRK besonders geschützten politischen Diskurses zuzuordnen. Es handelte sich
bei der Äußerung „rote Terroristen“ um ein Werturteil. Im Rahmen der für die Prüfung der Verhält-
nismäßigkeit maßgeblichen Abwägung zwischen der Redefreiheit und dem Schutz des guten Rufs
der betroffenen Parlamentarier ist davon auszugehen, dass die Kundgabe keine faktische Grundlage
aufwies, sondern – auch unter Berücksichtigung der von allen anwesenden Abgeordneten hitzig
geführten Debatte – allein darauf gerichtet war, die Rednerin sowie ihre Fraktionskolleginnen und
-kollegen mit Straftätern gleichzustellen und damit persönlich herabzuwürdigen („gratuitous per-

37698/97 (Lopes Gomes da Silva ./ Portugal), Rn. 30; EGMR, Urt. v. 11.4.2006 – 71343/03 (Brasilier ./ France),
Rn. 41; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 34.

⁵⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 24.

⁵¹ EGMR, Urt. v. 14.3.2013 – 26118/10 (Eon ./ France), Rn. 59.

⁵² Vgl. EGMR, Urt. v. 2.2.2010 – 571/04 (Kubaszewski ./ Poland), Rn. 43.

⁵³ EGMR, Urt. v. 28.9.2000 – 37698/97 (Lopes Gomes da Silva ./ Portugal), Rn. 30.

⁵⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 6.2.2001 – 41205/98 (Tammer ./ Estonia), Rn. 68; vgl. hierzu auch *Kemper*, Parlamentarische
Redefreiheit, 2024, S. 49, 200.

⁵⁵ Vgl. EGMR, Urt. v. 28.9.2000 – 37698/97 (Lopes Gomes da Silva ./ Portugal), Rn. 30.

⁵⁶ *Payandeh*, JuS 2016, 690 (694).

⁵⁷ *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 10 Rn. 69.

⁵⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 27.2.2001 – 26958/95 (Jerusalem ./ Austria), Rn. 45; *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK,
Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 10 Rn. 72 m.w.N.; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention,
7. Aufl. 2021, § 23 Rn. 30 m.w.N.

⁵⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 8.11.2016 – 35493/13 (Szanyi ./ Hungary), Rn. 38.

sonal denigration“). Angesichts der fortwährenden Störungen durch G war ein Sitzungsausschluss angemessen und daher mit Art. 10 EMRK vereinbar.

b) Hate speech

*Beispiel:*⁶⁰ Im Zuge der steigenden Zahl von Asylbewerberinnen und -bewerbern fanden vermehrt Demonstrationen für und gegen den Schutz von Flüchtlingen statt. Die gesellschaftlichen Spannungen nahmen zu, es kam zu gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen Demonstranten, Gegen-demonstranten und der Polizei. Auch die Zahl der Straftaten gegen Flüchtlinge stieg an. In einer aktuellen Stunde des Parlaments ergriff der Abgeordnete K in der Plenardebatte das Wort. Europa werde „von der afrikanischen Kloake überschwemmt“. Da nichts besser „zur Vernunft [bringe] als der Hunger“, sei Migrantinnen und Migranten jede Unterstützungsleistung zu versagen mit dem Ziel, diese „ganz einfach zum Arbeiten [zu] zwingen“.⁶¹ Der Debattenbeitrag wurde in den sozialen Medien vielfach geteilt und öffentlich breit diskutiert. Nach erfolgter Anhörung des Abgeordneten verhängte die Parlamentspräsidentin ein Ordnungsgeld gegen den Abgeordneten. Ist die Disziplinarmaßnahme mit Art. 10 EMRK vereinbar?

Hate speech zeichnet sich durch Äußerungen mit diffamierendem und diskriminierendem Inhalt aus, mit dem die Gleichheit und die Würde des Menschen geleugnet und hierdurch Hass gegen Einzelne oder bestimmte Bevölkerungsgruppen angefacht wird.⁶² So definiert der Europarat hate speech als Äußerungen, „die Rassenhass, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus oder andere Formen des Hasses, die auf Intoleranz basieren, verbreiten, hierzu aufstacheln, diese fördern oder rechtfertigen“.⁶³ Der EGMR hat den Schutz vor jeder Form der Rassendiskriminierung als einen zentralen Wert der EMRK hervorgehoben⁶⁴ und deutlich gemacht, dass hate speech, wenn überhaupt,⁶⁵ nur einen geringen Schutz durch Art. 10 EMRK genießt. Für die Überprüfung einer parlamentarischen Disziplinarmaßnahme wegen einer solchen Äußerung im Parlament kommt es auf eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit der Abgeordneten und der Schranke der „Aufrechterhaltung der Ordnung“⁶⁶ i.S.d. Art. 10 Abs. 2 Hs. 2 EMRK an. Dabei sind Inhalt, Wortwahl, Kontext und Reichweite des Debattenbeitrags genauer auszuwerten.

Im Hinblick auf Inhalt und Wortwahl des streitgegenständlichen Beitrags kommt es darauf an, ob die Äußerung dazu geeignet war, Hass gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen zu schüren⁶⁷,

⁶⁰ Angelehnt an EuG, Urt. v. 31.5.2018 – T-770/16 (Korwin-Mikke ./ Europäisches Parlament I). Die im Beispielfall dargestellten Äußerungen fielen in einer Plenarsitzung des Europäischen Parlaments. Im Übrigen ist der Fall fiktiv.

⁶¹ EuG, Urt. v. 31.5.2018 – T-770/16 (Korwin-Mikke ./ Europäisches Parlament I), Rn. 2 (juris).

⁶² *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 10 Rn. 80 m.w.N.

⁶³ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (97), 20 v. 30.10.1997, Appendix, Abschnitt „Scope“.

⁶⁴ EGMR, Urt. v. 23.9.1994 – 15890/89 (Jersild ./ Denmark), Rn. 30.

⁶⁵ Zur möglichen Anwendbarkeit des Art. 17 EMRK im Falle von hate speech, mit der Folge, dass solche Äußerungen bereits nicht vom Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK erfasst sind, vgl. *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 10 Rn. 81 m.w.N. Gegen eine schutzbereichsausschließende Anwendung des Art. 17 EMRK im Falle von Abgeordnetenäußerungen im Parlament *Kemper*, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 158–166.

⁶⁶ Vgl. zur Anwendung dieser Schranke in Fällen von hate speech EGMR, Urt. v. 16.7.2009 – 15615/07 (Féret ./ Belgique), Rn. 59; EGMR, Urt. v. 8.7.1999 – 26682/95 (Sürek ./ Turkey, No. 1), Rn. 52.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 28.8.2018 – 10692/09 (Savva Terentyev ./ Russia), Rn. 65; EGMR, Urt. v. 15.10.2015 – 27510/08

zu gewaltsamen Handlungen gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen aufzustacheln und damit den öffentlichen Frieden sowie die politische Stabilität in einem Staat im abstrakten Sinne zu gefährden.⁶⁸ Diese möglichen Effekte einer Äußerung sind im jeweiligen politischen Kontext der Debatte näher zu bewerten. Fiel der Redebeitrag etwa im Zusammenhang mit bereits bestehenden politischen Spannungen, kann dieser dazu in der Lage sein, bereits schwelende gesellschaftliche Konflikte weiter zu verstärken und die Hemmschwelle zur Gewaltanwendung zu senken.⁶⁹ Zu berücksichtigen ist dabei auch die Reichweite der missbilligten Äußerung. So genießen gerade kritische Debattenbeiträge im Parlament meist eine hohe öffentliche Aufmerksamkeit. Je mehr die Rede Verbreitung und Resonanz in der Öffentlichkeit findet, desto höher ist auch das Potenzial dieses Beitrags, im Kontext bereits vorhandener politischer Spannungen den öffentlichen Frieden zu gefährden.⁷⁰

Lösungsvorschlag: Im oben genannten Beispielsfall ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Schutzgut der „Aufrechterhaltung der Ordnung“ gem. Art. 10 Abs. 2 Hs. 2 EMRK mit der Meinungsfreiheit des Abgeordneten abzuwägen. Dabei ist festzustellen, dass die Aussage einen noch erkennbaren Bezug zu einer Angelegenheit des öffentlichen Interesses aufweist, hier zur Flüchtlingspolitik der Regierung. Dennoch ist, so Art. 10 Abs. 2 Hs. 1 EMRK, die Ausübung der Meinungsfreiheit „mit Pflichten und Verantwortung verbunden“. Die Äußerung war nach Inhalt und Wortwahl dazu geeignet, in Teilen der Bevölkerung Hass gegen Migrantinnen und Migranten und die in diesem Zusammenhang bereits bestehenden gesellschaftlichen Spannungen (gewaltsame Demonstrationen, Straftaten gegen Flüchtlinge) weiter anzufachen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Kundgaben im Parlament einer besonderen medialen Beobachtung unterstehen. Über Debattenbeiträge wird im Fernsehen berichtet und Ausschnitte hiervon werden in den sozialen Netzwerken geteilt und diskutiert. In diesem Kontext hatte die Äußerung das Potenzial, die Hemmschwelle zur Begehung von Straftaten gegen Flüchtlinge weiter zu senken und damit den öffentlichen Frieden im abstrakten Sinne zu gefährden. Das Ordnungsgeld kann daher – vorbehaltlich einer weiteren Prüfung der Sanktionshöhe und der Einhaltung der Verfahrensgrundsätze (Anhörung, Begründung der Maßnahme)⁷¹ – als angemessen und folglich als mit Art. 10 EMRK vereinbar angesehen werden.

c) Maßnahmen wegen der Form einer Äußerung

*Beispiel:*⁷² In einer Sitzung des Deutschen Bundestags, in der über die Verlängerung des Einsatzes der Bundeswehr in Afghanistan verhandelt und abgestimmt wurde, hielten Abgeordnete im Plenarsaal in stillem Protest Plakate mit Namen und sonstigen persönlichen Angaben von Menschen hoch, die

(Perinçek ./ Switzerland), Rn. 204; EGMR, Urt. v. 16.7.2009 – 15615/07 (Féret ./ Belgique), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 35071/97 (Gündüz ./ Turkey), Rn. 40.

⁶⁸ EGMR, Urt. v. 16.7.2009 – 15615/07 (Féret ./ Belgique), Rn. 73; EGMR, Urt. v. 15.10.2015 – 27510/08 (Perinçek ./ Switzerland), Rn. 207.

⁶⁹ Kemper, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 210.

⁷⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 16.7.2009 – 15615/07 (Féret ./ Belgique), Rn. 76. Der EGMR erwähnte in seiner Urteilsbegründung, dass die streitgegenständlichen Flugblätter des Abgeordneten Verbreitung gefunden haben, und zieht hieraus Konsequenzen für den Einfluss dieser Äußerung auf die öffentliche Ordnung; vgl. hierzu auch Kemper, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 210.

⁷¹ Zu den aus Art. 10 EMRK folgenden formellen Anforderungen an den Erlass einer parlamentarischen Maßnahme vgl. EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 154–159 und Kemper, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 190–195.

⁷² Angelehnt an ein Vorkommnis im Deutschen Bundestag in der Plenarsitzung v. 26.2.2010; vgl. hierzu [BT-Plenarprotokoll 17/25](#), S. 2186 f. und [Spiegel Online v. 26.2.2010](#) (26.4.2025).

während des Luftangriffs bei Kundus ums Leben gekommen waren. Die Protestaktion führte zu keiner erkennbaren Unterbrechung oder Verzögerung des parlamentarischen Verhandlungsprozesses. Nachdem der Bundestagspräsident mehrmals erfolglos dazu aufgefordert hatte, die Plakate wieder einzurollen, schloss er die Abgeordneten vom weiteren Verlauf der Sitzung aus. Ist der Sitzungsausschluss mit Art. 10 EMRK vereinbar?

Disziplinarmaßnahmen wegen der Form einer parlamentarischen Äußerung betreffen nicht nur das Ausstellen von Plakaten oder sonstigen Gegenständen im Plenarsaal, sondern auch z.B. das Tragen von Kleidungsstücken mit politischen Botschaften oder Zwischenrufe während eines förmlichen Redebeitrags. Hierauf ergehende Anordnungen der Sitzungsleitung können mit dem Schutz der Funktionsfähigkeit oder der Würde des Parlaments begründet werden. Der EGMR fasst die parlamentarische Würde unter die Schranke des „Schutzes der Rechte anderer“,⁷³ die Funktionsfähigkeit unter die „Aufrechterhaltung der Ordnung“⁷⁴ i.S.d. Art. 10 Abs. 2 Hs. 2 EMRK.

Es ist davon auszugehen, dass das Schutzgut der Funktionsfähigkeit beeinträchtigt ist, wenn das Verhalten von Abgeordneten zur Folge hat, dass die Volksvertretung nicht mehr in der Lage ist, die laufende Sitzung geordnet weiterzuführen und damit das Parlament daran gehindert wird, seine verfassungsmäßigen Kompetenzen wahrzunehmen.⁷⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Betragen eine erkennbare Unterbrechung oder Verzögerung des durch den geordneten Wechsel von Rede und Gegenrede⁷⁶ geprägten parlamentarischen Verhandlungsprozesses verursacht.⁷⁷ Zu denken ist etwa an lautstarke und wiederholte Zwischenrufe von Abgeordneten, die es einer Kollegin/einem Kollegen unmöglich machen, einen Redebeitrag fortzusetzen.⁷⁸ Ähnlich stellte der EGMR in seiner Kammerentscheidung zur Rechtssache Karácsony (2014) darauf ab, dass das streitgegenständliche Verhalten der Abgeordneten die laufende Debatte nicht unterbrochen und damit das „tatsächliche Funktionieren“ der Volksvertretung nicht beeinträchtigt hat.⁷⁹

Das Schutzgut „Würde des Parlaments“ findet in §§ 37 und 38 GO-BT wörtliche Erwähnung. Danach können Ordnungsgelder und Sitzungsausschlüsse im Falle der Verletzung der „Ordnung“ oder der „Würde“ des Parlaments erlassen werden. Es bleibt aber offen, wie die Würde einer Institution definiert werden kann. Nach dem EGMR kann die Würde einer Institution nicht mit der Würde des Menschen gleichgesetzt werden; dennoch ist der Respekt gegenüber Verfassungsorganen für eine demokratischen Gesellschaft von Bedeutung.⁸⁰ Stimmen in der Literatur verbinden mit der Würde des Parlaments die „Außendarstellung“⁸¹ der Volksvertretung und die Akzeptanz ihrer Tätigkeit in der Bevölkerung.⁸² Während das Schutzgut der Funktionsfähigkeit in Verbindung mit der Wahrung eines reibungslosen Sitzungsablaufs steht, betrifft die Würde des Parlaments den „Außenbezug“ des Par-

⁷³ EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 42461/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 51 („dignity and authority of parliament“); EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 44357/13 (Szél and others ./ Hungary), Rn. 48.

⁷⁴ EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 129 („prevention of disorder in Parliament, as a condition of the proper functioning of Parliament“); EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 42461/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 52; EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 44357/13 (Szél and others ./ Hungary), Rn. 49.

⁷⁵ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 227.

⁷⁶ Zum Gedanken des charakteristischen Wechsels von Rede und Gegenrede im Bundestag BVerfGE 10, 4 (13).

⁷⁷ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 227.

⁷⁸ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 227.

⁷⁹ EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 42461/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 74.

⁸⁰ EGMR, Urt. v. 16.9.2014 – 42461/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 73.

⁸¹ Rhein, DÖV 2018, 360 (364).

⁸² Brandt/Gosewinkel, ZRP 1986, 33 (36).

laments, sein Ansehen in der Bevölkerung und damit die Repräsentationsfähigkeit der Volksvertretungen.⁸³ Die Wahrung des Rechtsguts „Würde“ dient also dazu, das Vertrauen in die Arbeit der Volksvertretung⁸⁴ und damit die Akzeptanz parlamentarischer Beschlüsse⁸⁵ zu schützen.

Trotz dieser Anhaltspunkte zum Inhalt der parlamentarischen Würde bleibt ihr Anwendungsbereich als Schranke der Redefreiheit bislang kaum konturiert. So könnten auch hate speech oder beleidigende Äußerungen dem Ansehen einer Volksvertretung abträglich sein. In der Literatur wird daher kritisiert, dass das Tatbestandsmerkmal einer parlamentarischen Würde zu unbestimmt sei, um Abgeordnetenrechte beschränken zu können.⁸⁶ Die Frage, welche Verhaltensweisen als respektlos oder unwürdig empfunden werden, kann quer durch die Fraktionen und die unterschiedlichen Bevölkerungsschichten durchaus unterschiedlich beantwortet werden.⁸⁷ Eine Auslegung und Anwendung dieses Begriffs setzt zwingend einen Rückgriff auf subjektive Gesichtspunkte voraus und schafft damit eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit sowohl für die Sitzungsleitung als auch die Abgeordneten.

Vor diesem Hintergrund sollte nach hier vertretener Ansicht der Anwendungsbereich der wenig konturierten Konzeption der parlamentarischen Würde als Schranke der Meinungsfreiheit begrenzt werden: Dieses Schutzgut sollte nicht bei Maßnahmen wegen des Inhalts, der durch Art. 10 EMRK besonders geschützt ist, sondern nur wegen der Form eines Debattenbeitrags zur Anwendung kommen – und zwar subsidiär in solchen Fällen, in denen die Schranke der Funktionsfähigkeit nicht greift.⁸⁸ Zu denken ist hier an stumme Demonstrationen im Plenarsaal, etwa durch das Hochhalten von Plakaten oder das Tragen von Kleidungsstücken mit politischen Botschaften, die nicht zu einer erkennbaren Verzögerung oder Unterbrechung der Sitzung führen.⁸⁹ Dem Parlamentspräsidium kommt hierbei die Aufgabe zu, bei der Auslegung des Würdebegriffs aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen aufzugreifen und einen Konsens zwischen den Fraktionen herzustellen.⁹⁰ Insoweit ist den Sitzungsleitungen ein weiter Beurteilungsspielraum zuzuerkennen.⁹¹

Lösungsvorschlag: Im Hinblick auf den Beispielsfall ist zunächst zu berücksichtigen, dass der stumme Protest der Abgeordneten ihre Kolleginnen und Kollegen nicht daran hinderte, die Debatte durch

⁸³ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 242 f., 295; in diese Richtung auch Daniels, *Sitzungsausschluss und Ordnungsgeld*, 2018, S. 105 im Zusammenhang mit der Repräsentationsfähigkeit des Parlaments als Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in die Teilhaberechte der Abgeordneten („Außenbezug des Parlaments“, „Konnexität vom Außen zum Innen“).

⁸⁴ Zur Verbindung zwischen dem Schutzgut der Repräsentationsfähigkeit und dem „Schutz der Integrität, des Vertrauens in das Parlament“ Cancik, *VVStRL* 2013, 268 (297) mit Verweis auf BVerfGE 94, 351 (367) und BVerfGE 99, 19 (32).

⁸⁵ Zum Gedanken der Akzeptanz parlamentarischer Beschlüsse Brandt/Gosewinkel, *ZRP* 1986, 33 (36) und Rhein, *DÖV* 2018, 260 (365).

⁸⁶ Daniels, *Sitzungsausschluss und Ordnungsgeld*, 2018, S. 106; Brandt/Gosewinkel, *ZRP* 1986, 33 (36); Ingold/Lenski, *JZ* 2012, 120 (122).

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 152, 35 (52): Ordnung und Würde des Bundestags als unbestimmte Rechtsbegriffe, „die offen sind für gesellschaftliche Entwicklungen“ und „durchaus einem dynamischen Verständnis unterliegen können“, insoweit verweist das BVerfG hier zustimmend auf die Ausführungen des Antragstellers; in diese Richtung auch Ingold/Lenski, *JZ* 2012, 120 (123).

⁸⁸ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 243–246.

⁸⁹ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 244.

⁹⁰ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 246.

⁹¹ Kemper, *Parlamentarische Redefreiheit*, 2024, S. 246; weitergehend hat der EGMR den Parlamenten im Hinblick auf alle Maßnahmen, die sich gegen die Form eines Debattenbeitrags richten, einen weiten Beurteilungsspielraum zuerkannt, vgl. EGMR (GK), Urt. v. 17.5.2016 – 42461/13, 44357/13 (Karácsony and others ./ Hungary), Rn. 140, 142 f.

Rede und Gegenrede fortzusetzen und schließlich über den Antrag abzustimmen. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments war durch das gemäßregelte Verhalten daher nicht beeinträchtigt. Es lässt sich jedoch argumentieren, dass das Hochhalten von Plakaten kein Kommunikationsmittel darstellt, das als Ausdruck eines respektvollen Umgangs im Parlament anzusehen gilt, und daher dem Ansehen der Volksvertretung abträglich ist. Insoweit kann der mit dem Erlass des Sitzungsausschlusses verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit gem. Art. 10 Abs. 1 EMRK – unter Berücksichtigung des hier anzulegenden weiten Beurteilungsspielraums der Sitzungsleitung – auf den legitimen Zweck des Schutzes der parlamentarischen Würde gestützt werden.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt aber zu berücksichtigen, dass der eher geringen Beeinträchtigung des ordnungsgemäßen Sitzungsablaufs (lediglich stummes Hochhalten von Plakaten am Platz) ein besonders schwerwiegender Eingriff in die parlamentarischen Mitwirkungsrechte gegenübersteht. So wird durch die Verhängung des Sitzungsausschlusses nicht nur das Recht auf freie parlamentarische Rede entzogen, sondern auch das Stimmrecht.⁹² Vor diesem Hintergrund erscheint ein Sitzungsausschluss in diesen Fällen als unangemessen. Vorzugswürdig ist, die störenden Abgeordneten während der laufenden Debatte zur Ordnung zu rufen, dabei weitere Sanktionen anzudrohen und, wenn dies nicht zum Erfolg führt, Ordnungsgelder zu verfügen.⁹³

IV. Klausurkonstellationen: Umsetzung dieser EGMR-Rechtsprechung in der deutschen Rechtspraxis

Die oben dargestellten Grundsätze zu Umfang und Grenzen der parlamentarischen Redefreiheit sind durchaus klausurrelevant, so bei der Prüfung der Erfolgsaussichten einer Individualbeschwerde beim EGMR (1.) sowie der verfassungsgerichtlichen Überprüfung einer Disziplinarmaßnahme des Deutschen Bundestags. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass die Rechtsprechung des EGMR zum besonderen Schutz der Meinungsfreiheit der Abgeordneten in das Prüfprogramm des Bundesverfassungsgerichts integriert werden kann (2.).

1. Individualbeschwerde von Abgeordneten beim EGMR, Art. 34, 35 EMRK

Mit der Karácsony-Entscheidung (2016) wurde klargestellt, dass Abgeordnete nationaler Volksvertretungen der Konventionsstaaten auch beim EGMR Beschwerde gegen eine parlamentarische Disziplinarmaßnahme erheben können. Denkbar, insbesondere bei Klausuren im Schwerpunktbereich, ist daher die Aufgabe, die Erfolgsaussichten einer Individualbeschwerde gem. Art. 34, 35 EMRK von Bundestagsabgeordneten zu prüfen, in der sich diese auf eine mögliche Verletzung ihrer Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK berufen.

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung wäre das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung zu beachten (vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK). Die Beschwerdeführer müssten demnach erfolglos beim Bundesverfassungsgericht gegen die Disziplinarmaßnahme vorgegangen sein. In der Begründetheit wäre zu beachten, dass Prüfungsmaßstab im Rahmen der Individualbeschwerde nur eine mögliche Verletzung der EMRK sein kann; eine Überprüfung der streitgegenständlichen Anordnung am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Statusrechte kommt nicht in Betracht.

⁹² Ingold/Lenski, JZ 2012, 120 (124); Daniels, Sitzungsausschluss und Ordnungsgeld, 2018, S. 153.

⁹³ Kemper, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 248 f. Eine solche Androhung weitergehender Sanktionen erfolgte auch im oben genannten Beispiel (siehe Fn. 1).

2. Verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Disziplinarmaßnahme

Auch außerhalb des Schwerpunktbereichs ist die Klausurkonstellation denkbar, dass sich Bundestagsabgeordnete wegen einer sie betreffenden Disziplinarmaßnahme an das Bundesverfassungsgericht wenden. Dabei könnten sich die Parlamentarier nicht nur auf eine mögliche Verletzung ihrer Statusrechte gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, sondern auch ihrer Meinungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG und Art. 10 EMRK berufen.

a) Statthafte Klageart: Organstreitverfahren, Verfassungsbeschwerde oder beides?

Es stellt sich insoweit zunächst die Frage nach der statthafte Klageart. Im deutschen Verfassungsprozessrecht ist zwischen der Geltendmachung von Statusrechten und Grundrechten klar zu unterscheiden: Verletzungen von Statusrechten (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) sind im Rahmen eines Organstreitverfahrens gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG; §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG geltend zu machen. Keine Antragsbefugnis der Abgeordneten besteht insoweit, wenn diese eine Grundrechtsverletzung geltend machen.⁹⁴ Im Rahmen eines Organstreitverfahrens setzt die Antragsbefugnis voraus, dass ein Verfassungsrechtsverhältnis zwischen den Beteiligten vorliegt.⁹⁵ Dies bedeutet, dass auf beiden Seiten des Rechtsstreits oberste Bundesorgane, Teile dieser Organe oder sonstige Beteiligte⁹⁶ stehen, die über den Umfang ihrer in der Verfassung verankerten Rechtspositionen streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).⁹⁷ Grundrechte vermitteln aber gerade kein solches Verfassungsrechtsverhältnis,⁹⁸ denn sie verschaffen den Bürgerinnen und Bürgern Rechtspositionen gegenüber dem Staat, begründen jedoch keine Rechte und Pflichten zwischen den Staatsorganen, ihrer Teile oder sonstigen am Verfassungsleben Beteiligten (wie etwa Abgeordneten). Im Rahmen eines Organstreitverfahrens prüft das Bundesverfassungsgericht demnach nur eine mögliche Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

Daher stellt sich weiterhin die Frage, ob neben einem Antrag nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG auch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Disziplinarmaßnahme erhoben und anschließend eine Verfahrensverbinding beantragt werden kann.⁹⁹ Eine Verfassungsbeschwerde wäre jedoch wegen fehlender Beschwerdebefugnis unzulässig: So besteht schon keine Möglichkeit der Grundrechtsverletzung, da sich die Parlamentarier im Hinblick auf ihre Äußerungen im Parlament nicht auf den Schutz der Meinungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG berufen können (siehe oben II., 1.).¹⁰⁰ Eine Verfahrensverbinding scheidet demnach von vorneherein aus.

Allein statthafte Antragsart ist also das Organstreitverfahren. Da das Bundesverfassungsgericht hier nur die mögliche Verletzung von im Grundgesetz verankerten Statusrechten der Mandatäre überprüft,¹⁰¹ ist auch die Rüge einer möglichen Verletzung des Art. 10 EMRK unstatthafte, denn die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag hat lediglich den Rang einfachen Bundesrechts.¹⁰²

⁹⁴ Sauer, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, Handbuch, 2016, § 16 Rn. 9.

⁹⁵ Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 223.

⁹⁶ Abgeordnete gelten im Rahmen des Organstreitverfahrens indessen nicht als Organteile, sondern als sonstige Beteiligte i.S.d. Art. 94 Abs. 1 S. 1 GG, vgl. Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 205.

⁹⁷ Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 223.

⁹⁸ Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 223.

⁹⁹ So auch die Überlegung von Sauer, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, Handbuch, 2016, § 16 Rn. 10.

¹⁰⁰ BVerfGE 60, 374 (380); Sauer, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, Handbuch, 2016, § 16 Rn. 10.

¹⁰¹ Vgl. Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 205.

¹⁰² BVerfGE 148, 296 (351) – Streikverbot für Beamte; Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 173 m.w.N.

b) Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK

Dennoch ist es möglich, so die hier vertretene Ansicht, die Rechtsprechung des EGMR zur parlamentarischen Meinungsfreiheit von Abgeordneten im Rahmen eines Organstreitverfahrens zu berücksichtigen. Ansatzpunkte hierfür ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur besonderen Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für die Auslegung des Grundgesetzes. Zu nennen sind hier vor allem die Entscheidungen zu den Sachen Görgülü¹⁰³, Sicherungsverwahrung¹⁰⁴ und Streikverbot für Beamtinnen und Beamte¹⁰⁵. Auch wenn die Bundesrepublik Deutschland – wie im Karácsony-Fall (2016) – keine Verfahrensbeteiligte war, haben Urteile des Gerichtshofs nach dem Bundesverfassungsgericht „normative Wirkung“, da die Straßburger Richterinnen und Richter die EMRK-Rechte in jedem ihrer Judikate auslegen und ihren Regelungsgehalt näher bestimmen.¹⁰⁶ So haben die EMRK sowie die Rechtsprechung der Straßburger Richterinnen und Richter dem Bundesverfassungsgericht zufolge eine „Leitbild- und Orientierungsfunktion“¹⁰⁷. Sie dienen „auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“.¹⁰⁸

Zwar handelt es sich bei der parlamentarischen Redefreiheit aus der Perspektive des Grundgesetzes gerade nicht um ein Grundrecht, sondern um ein durch das Amt begründetes Statusrecht (siehe oben, II.). Es finden sich aber Stimmen in der Literatur, die von einer starken konzeptionellen Ähnlichkeit des Grundrechts der Meinungsfreiheit und des Statusrechts der parlamentarischen Redefreiheit ausgehen.¹⁰⁹ Auch die Verfassungsrichter *Hassemer, Di Fabio, Landau* und *Mellinghoff* haben in einem abweichenden Votum vertreten, dass „Schutzgedanke und Wertungen betroffener Grundrechte im Rahmen von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG herangezogen werden können“.¹¹⁰ Tragender Gedanke ist danach, dass die Abgeordneten während ihrer Teilnahme am parlamentarischen Willensbildungsprozess zwar einerseits an der Ausübung grundrechtsgebundener Staatsgewalt beteiligt sind, aber andererseits im Parlament eine Mittlerstellung zwischen grundrechtsverpflichtetem Staat und grundrechtsberechtigter Gesellschaft einnehmen.¹¹¹ Auch die parlamentarische Redefreiheit ließe sich so mit grundrechtlichen Wertungen aufladen.

Aus der Leitbild- und Orientierungsfunktion der EGMR-Rechtsprechung folgt deshalb jedoch noch keine „schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe“¹¹². Auch nach dem Karácsony-Urteil (2016) bleibt es dabei, dass sich Abgeordnete des Deutschen Bundestags im Rahmen eines Organstreitverfahrens nicht auf ihre Meinungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG berufen können. Vielmehr muss die Rechtsprechung des EGMR „im Rahmen eines aktiven (Rezepti-

¹⁰³ BVerfGE 111, 307 (316 ff.).

¹⁰⁴ BVerfGE 128, 326 (366 ff.); 131, 268 (295 f.).

¹⁰⁵ BVerfGE 148, 296 (351) – Streikverbot für Beamte.

¹⁰⁶ *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 174.

¹⁰⁷ BVerfGE 111, 307 (320); 128, 326 (368).

¹⁰⁸ BVerfGE 148, 296 (351).

¹⁰⁹ Vgl. etwa *v. Kielmannsegg*, Grundrechte im Näheverhältnis, 2012, S. 456; gegen den Schutz der parlamentarischen Redefreiheit durch die Grundrechte aber *Gausig*, Das Abgeordnetenmandat zwischen Staat und Gesellschaft, 2018, S. 169 f.

¹¹⁰ BVerfGE 118, 277 (340) – Verfassungsrechtlicher Status der Bundestagsabgeordneten, abweichendes Votum der Richter *Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff* und *Landau*. In der Sache ging es um die Verpflichtung von Abgeordneten zur Anzeige und Offenlegung von Einkünften, die diese im Rahmen von Tätigkeiten außerhalb ihrer Mandatsausübung erzielt haben, vgl. § 44a Abs. 4 Gesetz a.F.

¹¹¹ BVerfGE 118, 277 (340) – Verfassungsrechtlicher Status der Bundestagsabgeordneten, abweichendes Votum der Richter *Hassemer, Di Fabio, Mellinghoff* und *Landau*: „Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft“.

¹¹² BVerfGE 148, 296 (353) – Streikverbot für Beamte.

ons-)Vorgangs in den Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung ‚umgedacht‘ werden“.¹¹³ Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, dass die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK als Auslegungshilfe für den Inhalt und die Reichweite der parlamentarischen Redefreiheit gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG herangezogen werden kann. Dieser Ansatz trägt dazu bei, dass, wie vom Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Streikverbot hervorgehoben, „den Garantien der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland möglichst umfassend Geltung“ verschafft wird und damit „Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland“ vermieden werden.¹¹⁴

Für die Rechtsprechungspraxis (und genauso für die Klausurlösung) bedeutet dies, dass die unter III. dargestellte Rechtsprechung des EGMR im Rahmen eines Organstreitverfahrens beim Bundesverfassungsgericht zu berücksichtigen ist. Insbesondere die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit bietet die Möglichkeit, die vom Gerichtshof entwickelten Wertungen über den Inhalt und Umfang der parlamentarischen Meinungsfreiheit in das Prüfprogramm des Bundesverfassungsgerichts zu integrieren.¹¹⁵ Die im Rahmen der Angemessenheit vorzunehmende Abwägung zwischen Redefreiheit (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) und Ordnungsrecht des Bundestags (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) würde dabei durch die vom Straßburger Gerichtshof entwickelten Grundsätze zu Umfang und Grenzen der parlamentarischen Meinungsfreiheit angeleitet. Eine besonders enge Orientierung an dieser Urteilspraxis ist dabei geboten, wenn die streitgegenständliche Disziplinarmaßnahme wegen des Inhalts eines parlamentarischen Redebeitrags ergangen ist (enger Beurteilungsspielraum, siehe oben, III., 2., a), während bei der Überprüfung von Maßnahmen, die allein wegen der Form der Äußerung erfolgten (etwa: stumme Demonstrationen im Plenarsaal durch Hochhalten von Plakaten, siehe oben), größere Spielräume für die Abwägung bestehen.¹¹⁶

V. Fazit

Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK trägt dazu bei, Inhalt und Umfang der Redefreiheit im Deutschen Bundestag genauer zu konturieren. Insbesondere schaffen die umfassenden Ausführungen des Gerichtshofs zu den Grenzen der Meinungsfreiheit von Abgeordneten eine Richtschnur für die rechtssichere Ausgestaltung der parlamentarischen Disziplinargewalt. Hierdurch wird den Parlamentspräsidentinnen und -präsidenten eine robuste Grundlage zur Seite gestellt, um gegen hate speech, Beleidigungen und andere gezielte Störungen des ordnungsgemäßen Sitzungsablaufs vorzugehen. Diese Grundsätze sind nicht nur in der parlamentarischen Praxis, sondern auch im Rahmen von Organstreitverfahren beim Bundesverfassungsgericht zu berücksichtigen.

¹¹³ BVerfGE 148, 296 (353) m.w.N – Streikverbot für Beamte.

¹¹⁴ BVerfGE 148, 296 (352) – Streikverbot für Beamte.

¹¹⁵ So auch BVerfGE 148, 296 (356) – Streikverbot für Beamte; BVerfGE 111, 307 (324); 128, 326 (371 f.); *Kemper*, Parlamentarische Redefreiheit, 2024, S. 283 f. m.w.N.

¹¹⁶ Vgl. *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: August Oktober, Art. 93 Rn. 177, nach dem sich aus der Rechtsprechung des EGMR zum margin of appreciation „Spielräume eigener Grundrechtsinterpretation“ ergeben.

Das Gesetz in der strafrechtlichen Fallbearbeitung

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

I. Einleitung	662
II. Fünf Beispiele	662
1. Vorbemerkung.....	662
2. Warum wird Vorsatz geprüft?.....	663
3. Wozu muss der Täter beim Versuch unmittelbar ansetzen?.....	664
4. Was ist Notwehr?	665
5. Wer ist Opfer einer Körperverletzung?.....	666
6. Was ist Gegenstand einer Sachbeschädigung?	667
III. Schluss	668

I. Einleitung

Juristisches Arbeiten ist Anwendung von Gesetzen, Vorschriften, Normen. „Anwendung“ bedeutet Suchen, Finden, Lesen, Auslegen, Verstehen der Normtexte und Subsumtion des Lebenssachverhalts unter diese Texte. Das alles lernt man im Studium und praktiziert der Studierende bei der Bearbeitung von Fällen in Übungen und im Examen. Langjährige Erfahrungen als Hochschullehrer und Prüfer haben dem *Verfasser* neben vielen anderen Eindrücken die ernüchternde Erkenntnis vermittelt, dass Studenten¹ und Prüfungskandidaten bei der Anfertigung strafrechtlicher Fallgutachten das Strafgesetz und die korrekte Arbeit mit ihm nicht immer ernst genug nehmen. Über einige offenbar unausrottbare Nachlässigkeiten im Umgang mit den Vorschriften des StGB soll hier berichtet werden. Zugleich werden Empfehlungen zur korrekten Arbeitsweise gegeben.

II. Fünf Beispiele

1. Vorbemerkung

Der Leser wird zu Folgendem vielleicht anmerken, es handele sich um Lappalien, um bagatellarische Unkorrektheiten oder Ungenauigkeiten im Formalen ohne Bedeutung für die inhaltliche Qualität des Textes. Das kann man so sehen und ich weiß, dass es Kollegen gibt, die diese Ansicht teilen. In der Tat erscheint es vertretbar, den hier monierten – meines Erachtens: schlechten – Gewohnheiten jegliche sachliche Relevanz abzusprechen und sie in die Kategorien bloßer Unsauberkeiten (Schönheitsfehler) einzuordnen. Bei dem sogleich (unten 2.) zu erörternden ersten Beispiel ist es ja tatsächlich so, dass der Bearbeiter des Falles mit seinem Text („T müsste vorsätzlich gehandelt haben“) zeigt, dass er über den Inhalt des subjektiven Tatbestandes einer Straftat informiert ist und dass er

* Der *Autor* ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Die der leichten Lesbarkeit geschuldete Verwendung des generischen Maskulinums in diesem Text umfasst selbstverständlich Personen jeden Geschlechts.

zu dessen Prüfung die richtigen Begriffe verwendet. Es trifft zu, dass es zur Findung und Begründung des richtigen Ergebnisses in erster Linie darauf ankommt. Aber ein strafrechtliches Fallgutachten ist ein Text, mit dem sein Verfasser sich an einen Leser wendet, dem er etwas mitteilt. Die Mitteilung lautet: „Ich erkläre Dir, wie sich die Personen strafbar gemacht haben, und ich begründe anhand des geltenden Rechts, warum das so ist.“ Das Fallgutachten bezieht sich also laufend auf geltendes Recht, im Strafrecht vor allem auf das Strafgesetzbuch in seiner aktuellen Fassung. Der Verfasser des Gutachtens legt dar, wie er dieses Recht auf den zu beurteilenden Sachverhalt anwendet. Kern dieser Arbeitsweise ist das Auffinden der einschlägigen Vorschriften (im StGB) und die Subsumtion des Sachverhalts (jeweils eines kleinen Ausschnitts des Falltextes) unter den Wortlaut dieser Vorschriften. Das ist banal und selbstverständlich. Aber die vollständige Abbildung dieser Selbstverständlichkeiten im Gutachtentext gehört nun einmal dazu, auch wenn es stellenweise um extrem einfache Operationen der Strafrechtsanwendung geht. Bestandteile des Bildes, die das Gutachten von der Arbeitsweise seines Verfassers zeichnet, sind unter anderem die Vorschriften, die als Prüfungsmaßstab herangezogen worden sind. Deshalb müssen die Vorschriften auch sichtbar gemacht werden, indem der Paragraph genannt wird, sofern notwendig auch der richtige Absatz, Satz (vgl. § 24 StGB), die Nr. (vgl. § 224 Abs. 1 StGB), der Buchstabe (vgl. § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB) sowie die Alternative (vgl. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder Variante (vgl. § 30 Abs. 2 StGB).

2. Warum wird Vorsatz geprüft?

Nach Feststellung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit folgt – jedenfalls bei vollendeten² Vorsatzdelikten³ – die Prüfung des subjektiven Tatbestandes. Die meisten Bearbeiter eines Falles leiten diese Prüfung – sofern sie den Gutachtenstil beherrschen⁴ – ein mit einem Satz wie: „T mü[ss]te vorsätzlich gehandelt haben“.⁵ Sodann fahren sie fort mit Bemerkungen zur Definition von „Vorsatz“, gegebenenfalls zur Erläuterung der unterschiedlichen Vorsatzarten (z.B. dolus eventualis) und schließlich zur Subsumtion des Sachverhalts. Auf die Frage, welche Vorschrift eigentlich anordnet, dass der subjektive Tatbestand Vorsatz voraussetzt, geben die meisten keine Antwort. Denn die Vorschrift – § 15 StGB – wird nicht erwähnt.

Das ist unverständlich, da eine Prüfungsstufe vorher (objektiver Tatbestand) eine Vorschrift genannt wurde, die den Bearbeiter anweist, welche Merkmale er im objektiven Tatbestand zu prüfen hat. Zu den Merkmalen „Sache“, „beweglich“ und „fremd“ werden im Kontext des objektiven Tatbestands des Diebstahls Bemerkungen gemacht, weil § 242 Abs. 1 StGB dazu auffordert. Die Vorschrift § 242 Abs. 1 StGB hat der Bearbeiter des Falles zuvor präsentiert, nämlich in der Überschrift und in dem die strafrechtliche Würdigung einleitenden Obersatz.⁶ Die Prüfung des objektiven Tatbestandes findet also im Fallgutachten nie ohne Anbindung an eine Vorschrift aus dem Besonderen Teil des StGB statt. Der Wortlaut dieser Vorschriften enthält aber überwiegend keinerlei Informationen zu den Bestandteilen des subjektiven Tatbestandes.⁷ Diese muss der Bearbeiter also entweder einer

² Zur Strafbarkeit des Versuchs hat sich die umgekehrte Prüfungsreihenfolge etabliert: Subjektiver Tatbestand (Tatentschluss) vor objektivem Tatbestand (Unmittelbares Ansetzen).

³ Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist eine Unterteilung der Tatbestandsebenen in „objektiv“ und „subjektiv“ möglich, aber nicht üblich; *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 357.

⁴ Das ist in der Examensrealität eher die Ausnahme als die Regel.

⁵ *Kudlich*, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2025, S. 7.

⁶ *Kudlich*, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2025, S. 104.

⁷ Auf § 242 Abs. 1 StGB trifft das teilweise nicht zu, weil der Wortlaut sich auf das subjektive Tatbestandsmerkmal „Absicht rechtswidriger Zueignung“ bezieht. Der allgemeine Tatvorsatz, der auch beim Diebstahl zum sub-

anderen Vorschrift entnehmen oder aus einer „übergesetzlichen“ Sphäre erschließen. Zwar gibt es auch im Strafrecht Elemente der Straftat, zu denen man in keiner Norm des positiven Rechts Informationen findet. Das trifft z.B. auf die Rechtfertigungsgründe Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung und Pflichtenkollision zu. Hier greift man deshalb auf Gewohnheitsrecht zurück.⁸ Beim subjektiven Tatbestand ist das aber anders. Mit § 15 StGB existiert eine Vorschrift, die klar, eindeutig und unmissverständlich das Vorsatz-Erfordernis festlegt.⁹ Wenn also der Bearbeiter richtig schreibt: „Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz voraus“, sollte er den Leser auch darüber in Kenntnis setzen, woher er das weiß: weil es in § 15 StGB steht. Es gibt absolut keinen vernünftigen Grund zum Verzicht auf die Erwähnung des einschlägigen Paragraphen an dieser Stelle des Gutachtens.¹⁰

Relativ verbreitet ist ein weiterer Fehler bei der Arbeit mit § 15 StGB, der von einigen der wenigen Bearbeiter gemacht wird, die überhaupt den § 15 StGB in den Text ihres Gutachtens aufnehmen: Der Paragraph wird an die falsche Position gesellt. Richtig ist es, die Vorschrift mit dem Satz zu verbinden, der aussagt, dass der subjektive Tatbestand Vorsatz voraussetzt. In seiner kürzesten Form lautet ein solcher Satz: „Erforderlich ist Vorsatz, § 15 StGB“ oder „Gemäß § 15 StGB ist Vorsatz erforderlich“. Manche schreiben aber: „Vorsatz ist Wissen und Wollen in Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale, § 15 StGB“. Der Satz drückt etwas Richtiges aus, die Beifügung des § 15 StGB an das Ende des Satzes ist aber irreführend. Sie erweckt nämlich den Eindruck, § 15 StGB definiere den Begriff „Vorsatz“ und stütze diesen auf ein kognitives und auf ein voluntatives Element. § 15 StGB enthält aber keine Vorsatzdefinition, sondern nur die Festlegung des Vorsatzerfordernisses als Voraussetzung der Strafbarkeit von Delikten wie z.B. Totschlag oder Diebstahl. Was Vorsatz ist und wie er von der Fahrlässigkeit abzugrenzen ist, regelt § 15 StGB nicht. Allenfalls für das Erfordernis der kognitiven Komponente des Vorsatzes darf eine Vorschrift als Quelle der Erkenntnis Erwähnung finden: Da § 16 Abs. 1 S. 1 StGB fehlende Kenntnis von zum Tatbestand gehörenden Umständen als Grund für Unvorsätzlichkeit nennt, ist umgekehrt die Kenntnis – bzw. Vorstellung – von diesen Umständen notwendige – aber nicht hinreichende¹¹ – positive Voraussetzung des Vorsatzes.

3. Wozu muss der Täter beim Versuch unmittelbar ansetzen?

Der objektive Tatbestand des Versuchsdelikts ist im Text des § 22 StGB abgebildet. Der Täter muss zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzen. Dabei richtet sich die Beurteilung nach des Täters „Vorstellung von der Tat“. Im Gutachten muss also die Prüfung des objektiven Tatbestandes eingeleitet werden mit einem Satz, der in etwa so lautet: „T müsste zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes unmittelbar angesetzt haben“. Wie sicher viele Dozentenkollegen und Prüfer im Staatsexamen bestätigen können, schreiben aber die meisten Fallbearbeiter nicht „unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes“, sondern „unmittelbares Ansetzen zur Tat“.¹² Dagegen wäre nicht viel – außer eben, dass der Text des § 22 StGB anders aussieht – einzuwenden, wenn

jektiven Tatbestand gehört, findet in § 242 StGB jedoch keine Erwähnung, weshalb man auf § 15 StGB zurückgreifen muss; Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, Rn. 170.

⁸ Zur Einwilligung Kudlich, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2025, S. 8.

⁹ Für Fahrlässigkeitsdelikte und manche erfolgsqualifizierte Delikte benötigt man § 15 StGB nicht, da das Wort „fahrlässig“ oder „Fahrlässigkeit“ oder „leichtfertig“ in allen einschlägigen Vorschriften des Besonderen Teils enthalten ist, z. B. §§ 222, 229, 251 StGB.

¹⁰ Valerius/Ruppert, Examenskurs Strafrecht, 2022, § 3 Rn. 67: zumindest bei der ersten Gelegenheit im Gutachten sollte § 15 StGB zitiert werden.

¹¹ Die herrschende Meinung stützt den Vorsatz noch auf ein voluntatives Element, zu dem sich § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht verhält.

¹² Mitunter findet man diese sprachliche Verkürzung auch in der Literatur, vgl. Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht I, 9. Aufl. 2024, Rn. 91.

in der Sache beide Sätze dasselbe aussagen würden, die Verwendung des Wortes „Tat“ anstelle „Verwirklichung des Tatbestandes“ oder „Tatbestandsverwirklichung“ also strafrechtsdogmatisch nicht falsch wäre.¹³ Aber genau das ist zu bestreiten. Die Bedeutungsgehalte von „Tat“ und „Verwirklichung des Tatbestandes“ sind nicht identisch. Dabei geht es gar nicht einmal um den Unterschied von Tat im prozessualen und im materiellen Sinne. Gewiss kann im Kontext des § 22 StGB nicht der prozessuale Tatbegriff gemeint sein. Die Untauglichkeit des Wortes „Tat“ zur Bestimmung oder Beschreibung des objektiven Versuchstatbestandes hat ihren Grund darin, dass dieses Wort tatbestandlich neutral – man könnte auch sagen „leer“ – ist und keinerlei Orientierung bei der Prüfung der Strafbarkeitsvoraussetzung gewährt. „Tat“ kann alles sein. Zudem begeht der Täter ja immer eine Tat, wenn Anlass besteht, zu prüfen, ob er sich wegen eines Versuchs strafbar gemacht hat. Ohne irgendeine Handlung des Menschen hat es überhaupt keinen Sinn, Strafbarkeit in Erwägung zu ziehen. Zur Tat hat der Täter nicht nur angesetzt, er hat die Tat begangen. Die Frage ist, ob diese Tat ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung eines *bestimmten Tatbestandes* ist. Setzt sich jemand im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit in einen Pkw, um mit diesem eine fünf Kilometer entfernte Tankstelle aufzusuchen, wo der Täter einen Raub begehen will, kann man ohne Weiteres behaupten, er setze zu einer Tat an, nämlich zum Fahren mit dem Pkw im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit. Diese Feststellung hilft aber bei der Prüfung von Strafbarkeit wegen versuchten Raubes (§§ 249, 22 StGB) überhaupt nichts. Die im Ergebnis zweifellos richtige Aussage, dass Strafbarkeit wegen versuchten Raubes nicht begründet worden ist, lässt sich nicht mit der Bemerkung überzeugend begründen, der Täter habe nicht „zur Tat“ unmittelbar angesetzt.¹⁴ Die Begründung muss lauten, dass die Handlung nicht ausreicht, um als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes „Raub“ bezeichnet werden zu können. Verwirklicht werden Tatbestände immer durch Handlungen, die das Handlungsmerkmal des Tatbestandes erfüllen. Dazu muss der Täter unmittelbar ansetzen, beim Diebstahlsversuch also zur „Wegnahme“ oder beim Körperverletzungsversuch zur „körperlichen Misshandlung“.¹⁵ Zur Präzisierung kann man daher dem Einleitungssatz, in dem nur der Text des § 22 StGB zitiert wird, einen Satz folgen lassen, in dem das unmittelbare Ansetzen zu diesem Handlungsmerkmal in Beziehung gesetzt wird: „Mit seiner Handlung (z.B. dem Einsteigen in die Wohnung) müsste der Täter unmittelbar zu einer Handlung angesetzt haben, die das Tatbestandsmerkmal ‚Wegnahme‘ erfüllt.“

4. Was ist Notwehr?

Die Prüfung des Rechtfertigungsgrundes „Notwehr“ (§ 32 StGB) wird in studentischen Übungsarbeiten und in Fallgutachten von Examenskandidaten üblicherweise mit folgender Formel eingeleitet: „Erforderlich ist eine Notwehrlage, eine Notwehrhandlung und ein Verteidigungswille“. Im Text des § 32 StGB finden sich diese Worte nicht. Gleichwohl ist diese zusammenfassende Beschreibung der Rechtfertigungsvoraussetzungen richtig. Auch ist es didaktisch durchaus sinnvoll, der Notwehrprüfung eine grobe Struktur zu geben, indem zunächst die situativen Bedingungen geklärt werden und daran anschließend die in dieser Situation richtige Handlung gewürdigt wird. Lehrbücher zum Allgemeinen Strafrecht gehen auch so vor.¹⁶ Andererseits ist in Fallgutachten die Erwähnung von

¹³ Schief ist die bei *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 771 ff., mehrfach anzutreffende Wendung „unmittelbares Ansetzen zum Versuch“. Zum Versuch setzt der Täter nicht an, den Versuch begeht, er, wenn er unmittelbar – zur Verwirklichung des Tatbestandes – ansetzt.

¹⁴ Wenig hilfreich ist im Übrigen auch die beliebte Floskel „Jetzt geht's los!“.

¹⁵ *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1150.

¹⁶ Exemplarisch *Valerius/Ruppert*, Examenskurs Strafrecht, 2022, § 4 Rn. 16.

„Notwehrlage“ und „Notwehrhandlung“ nicht unbedingt notwendig, man könnte auch sagen, sie ist überflüssig. Denn zu prüfen sind die Voraussetzungen, die das Gesetz nennt, und zwar in der sinnvollen Reihenfolge, die das Gesetz ebenfalls vorgibt. Dass diese Einzelmerkmale eine Notwehrlage und eine Notwehrhandlung bilden, ist eine Erkenntnis, die vielleicht dem allgemeinen Verständnis des Rechtfertigungsgrundes Notwehr zuträglich ist, die strafrechtliche Würdigung eines konkreten Falles indessen nicht voranbringt. Hat man die Erfüllung der Notwehrmerkmale „Angriff“, „gegenwärtig“ und „rechtswidrig“ festgestellt, erzeugt die Aussage, dass eine Notwehrlage vorliege, keinen Mehrwert. Sie ist deshalb verzichtbar.

Worauf man nicht verzichten darf, was aber leider die meisten Fallbearbeiter tun, ist die Prüfung, ob die tatbestandsmäßige Handlung des Täters eine „Verteidigung“ ist. Es ist unverständlich, dass in den Fallgutachten regelmäßig nach Bejahung der „Notwehrlage“ mit Ausführungen zu „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ fortgefahren wird, dabei aber kein Wort zur Eigenschaft „Verteidigung“ verloren wird.¹⁷ Dieses Merkmal wird übersprungen bzw. ausgelassen. Sachlich verbirgt sich hinter „Verteidigung“ die Beschränkung der Rechtfertigung auf Rechtsgutsbeeinträchtigungen zum Nachteil des Angreifers.¹⁸ „Kollateralschäden“ an Rechtsgütern nichtangreifender Dritter sind keine Verteidigung.¹⁹ Zwar enthalten die Fallgutachten überwiegend die zutreffende Aussage, dass die Beeinträchtigung von Nichtangreifern durch eine angriffsabwehrende Handlung nicht durch Notwehr gerechtfertigt ist. Die wenigsten begründen das aber mit der Erklärung, dass die Gefährdung oder Verletzung des Nichtangreifers keine Verteidigung ist. Verhängnisvoll auswirken kann sich die Ignorierung des Verteidigungs-Merkmals, wenn im Fall einer Nichtangreiferverletzung das richtige Ergebnis „keine Rechtfertigung durch Notwehr“ damit begründet wird, dass die Handlung nicht „erforderlich“ sei. Dann besteht nämlich die Gefahr, dass auf der Stufe der „Schuld“ auf den entschuldigenden Notwehrexzess (§ 33 StGB) eingegangen und dabei angenommen wird, es handele sich um Überschreitung der Notwehrgrenze „Erforderlichkeit“. Das wäre ein „intensiver Notwehrexzess“, auf den § 33 StGB anwendbar ist. In Wahrheit handelt es sich aber bei der Verletzung eines unbeteiligten Dritten um einen „Exzess“, der in der Literatur als „räumlich-extensiver“ Notwehrexzess bezeichnet wird.²⁰ Dieser wird von § 33 StGB nicht erfasst.²¹

5. Wer ist Opfer einer Körperverletzung?

In allen StGB-Vorschriften des siebzehnten Abschnitts des Besonderen Teils wird das Opfer einer Körperverletzung als „andere Person“ bezeichnet. Ob es einen Grund dafür gibt, nicht wie bei den Tötungsdeliktvorschriften (§§ 211 ff. StGB) die Vokabel „Mensch“ zu verwenden²², sei dahingestellt. Sachlich stehen hinter den unterschiedlichen Worten keine unterschiedlichen Gegenstände. Mit „Person“ meint das Gesetz in § 223 StGB einen (lebenden) Menschen. An Tieren kann man weder Mord und Totschlag noch Körperverletzung begehen. In den schriftlichen Arbeiten der Studenten

¹⁷ Ein Vorwurf ist auch Autoren von Lehrdarstellungen zu machen, die in ihren Texten das Merkmal „Verteidigung“ ebenfalls unterschlagen, z.B. *Eisele/Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2023, Rn. 224; *Gropp/Sinn*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 147 ff.; *Frisch*, *Strafrecht*, 2022, § 4 Rn. 126, 127; *Valerius/Ruppert*, *Examenskurs Strafrecht*, 2022, § 4 Rn. 16; richtig *Harnisch/Knaupe/Schröder*, *Falltraining Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2023, Rn. 95.

¹⁸ Gering ist daher der Informationsgehalt der Definition von „Verteidigung“ bei *Fahl/Winkler*, *Definitionen und Schemata im Strafrecht*, 10. Aufl. 2024, S. 35: „Abwehr des Angriffs“.

¹⁹ *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2024, Rn. 340.

²⁰ *Zieschang*, in: *LK-StGB*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 33 Rn. 15.

²¹ *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 18 Rn. 58.

²² Umgekehrt kann man mit Blick auf §§ 211 ff. StGB fragen, warum dort nicht – wie in § 223 StGB – explizit von einem „anderen“ Menschen die Rede ist.

und Examenskandidaten wird die Prüfung des objektiven Körperverletzungstatbestandes üblicherweise mit Bemerkungen zu „körperliche Misshandlung“ und „Gesundheitsschädigung“ eingeleitet. Dass diese tatbestandsmäßigen Handlungen sich gegen eine „andere Person“ richten müssen, wird regelmäßig im Gutachten nicht angesprochen.²³ Darauf wird allenfalls bei der Würdigung von Sachverhalten eingegangen, in denen sich jemand selbst verletzt hat oder ein Tatbeteiligter von einem anderen Tatbeteiligten (gemeinschaftliches Handeln zweier Mittäter verletzt einen von ihnen) verletzt worden ist. Korrekte Gesetzesanwendung besteht aber auch in den unproblematischen Fällen darin, dass das zum objektiven Tatbestand gehörende Opfermerkmal zumindest kurz erwähnt wird. Zudem gibt es einen problematischen Fall, in dem sich der Bearbeiter sogar tiefgründig der Frage widmen muss, was überhaupt eine „Person“ i.S.d. § 223 StGB ist. Das sind die Fälle „präntaler“ Schädigung einer Leibesfrucht (nasciturus), die zur Folge hat, dass das Kind schon bei der Geburt eine Behinderung hat und fortan mit diesem Handicap leben muss. Zwar findet man die Lösung eines solchen Falles nicht allein mit Gedanken zum Wesen der „Person“ im rechtlichen Sinne. Aber in der rechtlichen Begründung des Ergebnisses ist das Wort „Person“ unverzichtbar. Denn die einhellige Auffassung, dass die bereits im Stadium der Schwangerschaft am Körper der Leibesfrucht eingetretene Schädigung keine tatbestandsmäßige Körperverletzung ist, lässt sich allein damit begründen, dass der nasciturus keine „Person“ ist. Davon geht jedenfalls der Gesetzgeber aus und Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft widersprechen dem nicht.²⁴

6. Was ist Gegenstand einer Sachbeschädigung?

Sachbeschädigung ist einer der einfachsten Straftatbestände im Besonderen Teil des StGB, die Prüfung seiner Strafbarkeitsvoraussetzungen ist in der Regel sehr leicht. Auf der Ebene des objektiven Tatbestandes kann man kaum etwas falsch machen. Klausurprobleme, die im Kontext des § 303 StGB gelöst werden müssen, sind hauptsächlich solche des Allgemeinen Teils. Dennoch gibt es erstaunlicherweise eine Unkorrektheit im Umgang mit dem Wortlaut des § 303 Abs. 1 StGB, die bei der Korrektur und Begutachtung von Übungs- und Examensarbeiten immer wieder zu beobachten ist: Der Bearbeiter stellt – gemessen am Sachverhalt zutreffend – fest, dass das von der Tat betroffene Objekt eine „fremde bewegliche Sache“ ist. Damit drückt er also konkludent aus, zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes müsse eine „Sache“ vorliegen und diese müsse „fremd“ und „beweglich“ sein. Bei genauem Hinschauen ist jedoch unübersehbar, dass der Text des § 303 Abs. 1 StGB das Merkmal „beweglich“ nicht enthält. Es wäre ja auch vollkommen unsinnig, wenn Sachen, die wie Gebäude oder Bäume mit Grund und Boden fest verbunden und deshalb unbeweglich sind, nicht tatbestandsmäßig beschädigt oder zerstört werden könnten. Was explizit in der Spezialvorschrift § 305 Abs. 1 StGB ausgedrückt ist, trifft auch auf den Grundtatbestand § 303 Abs. 1 StGB zu.²⁵ Die Aussage, nur bewegliche Sachen könnten Objekt von tatbestandsmäßiger Sachbeschädigung sein, ist schlicht falsch. Psychologisch ist dieser Fehler erklärbar: Studierende prägen sich beim Erlernen der Eigentumsdelikte in erster Linie die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls²⁶ und der Unterschla-

²³ Auch *Fahl/Winkler*, Definitionen und Schemata im Strafrecht, 10. Aufl. 2024, erwähnen das Merkmal „Person“ in ihrem Kapitel zu „Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit (S. 96 ff.) nicht.

²⁴ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 13 Rn. 2.

²⁵ *Hecker*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 303 Rn. 4; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 24 Rn. 6.

²⁶ Streng genommen ist auch bei § 242 StGB das Wort „beweglich“ im Normtext überflüssig, weil die notwendige Beweglichkeit im Merkmal „Wegnahme“ enthalten ist. Schließlich genügt es, wenn eine unbewegliche Sache durch den Gewahrsamsbruch beweglich gemacht wird, *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 8.

gung ein. Die drei Worte „fremde bewegliche Sache“ setzen sich dann im Kopf dermaßen fest, dass sie bei der Prüfung des § 303 StGB automatisch abgerufen werden. Besser – und einfacher – wäre ein Blick in den Gesetzestext. Was dort steht, braucht nicht auswendig gelernt zu werden.

III. Schluss

Im Rückblick erweist sich für den Leser der Gegenstand dieser kritischen Betrachtung von Fundstücken aus studentischen Fallbearbeitungen als eine Ansammlung von „Peanuts“, von denen die Beurteilung der Leistung nicht abhängt. Mag sein, dass diese Ansicht von Prüfern geteilt wird. Darauf verlassen würde ich mich als Examenskandidat nicht. Der Volksmund sagt: „Kleinvieh macht auch Mist“ oder „Steter Tropfen höhlt den Stein“. Für sich gesehen bagatellarische Mängel können beachtliches Gewicht generieren und die Gesamtbewertung negativ beeinflussen, wenn sie in einer Arbeit gehäuft auftreten. Das war in einer Examensklausur, die der Verfasser vor Kurzem zu begutachten hatte, der Fall. Die dabei gemachten Beobachtungen gaben den Anstoß zum Schreiben dieses Textes. Zudem sind diese kleinen Nachlässigkeiten zumindest Anzeichen eines Mangels an Sorgfalt und Arbeitsmoral. Es ist einfach bequemer, das kürzere Wort „Tat“ zu schreiben als das längere „Tatbestandsverwirklichung“ oder gar „Verwirklichung des Tatbestandes“. Bequemlichkeit ist ein guter Freund von Faulheit. Man sollte den ungünstigen Eindruck, den eine solche Arbeitsweise beim Prüfer hinterlässt, nicht unterschätzen. Wie dieser sich über eine unsaubere, unleserliche Handschrift und sonstige Unästhetik des Textes ärgert, so registriert er mit Missfallen auch Nachlässigkeiten im Umgang mit dem Gesetz und dem Wortlaut von Vorschriften. Korrektes Arbeiten mit dem Gesetz ist im juristischen Beruf ein absolutes „muss“. Dahinter sollte der werdende Jurist in der Phase der Vorbereitung auf den Beruf nicht zurückbleiben.

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht Teil 1: Ärztliche Heilbehandlung, Einwilligung und Zurechnung

Wiss. Mitarbeiter Dr. Maximilian Nussbaum, LL.M. (Hannover),
Dipl.-Jur. Natalie Hildermann, Hannover*

Der Beitrag versteht sich als eine Fortführung der Reihe „Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht“ (Beck, ZJS 2013, 42; dies., ZJS 2013, 156)¹ und versucht insbesondere, jüngere Entwicklungen der Rechtsprechung, der Strafgesetzgebung und aktuelle wissenschaftliche Debatten in Form von Übungsfällen abzubilden. Die Fälle richten sich in besonderer Weise an Studierende eines kriminalwissenschaftlichen Schwerpunktes. Die Inhalte gehören gleichwohl größtenteils zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung und bieten sich daher auch für die Vorbereitung auf Fortgeschrittenen- und Examenklausuren an. Während dieser erste Teil der Beitragsreihe ärztliche Heileingriffe und die Organisation des Gesundheitswesens im Spiegel der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte behandelt, geht es im zweiten Teil (ZJS-Ausgabe 5/2025) um Vermögens-, Korruptions-, Urkundsdelikte und den strafrechtlichen Schutz am Beginn des Lebens. Der abschließende Beitrag (ZJS-Ausgabe 6/2025) widmet sich Fragen rund um das Medizinstrafrecht am Lebensende.

Fall 1: Neulandmethode	670
Fall 2: Impfung mit Kochsalzlösung	672
I. Infektion mit dem Corona-Virus und COVID-19-Erkrankung	672
II. Injektion mit dem Kochsalz	672
Fall 3: Keine Impfung, keine Behandlung	674
Fall 4: Organallokation	677
I. Vorfrage: Aktives Tun oder Unterlassen	677
II. Vollendete Tötung	678
III. Versuchte Tötung	679
IV. Vollendete Körperverletzung	680
Fall 5a: Tödlicher Pfleger I	681
Fall 5b: Todesengel II	682
I. Ausstellung des Arbeitszeugnisses	683
II. Unterlassene Meldung bei den Strafverfolgungsbehörden	684

* Der Autor ist und die Autorin war Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät Hannover. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und andere Geschlechtsidentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

¹ Die Verf. danken Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) für die Möglichkeit, die Reihe nach dem Vorbild ihrer Beiträge fortzusetzen.

Fall 1: Neulandmethode

Patient P hat einen Bandscheibenvorfall erlitten. Arzt A setzt P daher eine Bandscheibenprothese ein. Die von A verwendete Prothese hat anders als andere Prothesen keine Deckplatte aus Titan, sondern aus Kunststoff (Typ Cadisc L). Ein zu etablierten Prothesentypen abweichendes Risiko besteht indes nicht. A hat P vor dem Eingriff ordnungsgemäß über die Chancen und Risiken des Einbaus einer Bandscheibenprothese aufgeklärt. Über den verwendeten Prothesentypus Cadisc L wurde P nicht aufgeklärt. P willigt vor der Durchführung des Eingriffs in die Operation ein. Seit der Einsetzung der Prothese leidet P unter erheblichen Schmerzen.²
Strafbarkeit des A gem. § 223 Abs. 1 StGB?³

A könnte sich der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er P die Bandscheibenprothese des Typs Cadisc L einsetzte, ohne P über den verwendeten Prothesentypus aufzuklären. Zur Begründung einer Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB müsste A den P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble, unangemessene Behandlung, die zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit führt.⁴ Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden krankhaften Zustandes.⁵

Nach T.d.L. stellt der ärztliche Heileingriff schon tatbestandlich keine Körperverletzung dar, da die Behandlung des kranken Patienten zur (Wieder-)Herstellung seiner Gesundheit keine Körper-(interessen)verletzung sei.⁶ Demgegenüber ist nach st.Rspr., die sich im Schutz der Patientenautonomie begründet,⁷ jede ärztliche, die Integrität des Körpers berührende Maßnahme tatbestandlich eine Körperverletzung; gleichgültig, ob der Eingriff missglückt oder erfolgreich ist, ob er kunstgerecht oder fehlerhaft erfolgte (sog. Einwilligungslösung).⁸ Unter Zugrundelegung der Einwilligungslösung⁹ stellt die Operation als substanzverletzender Eingriff, der zudem Schmerzen des P verursachte, eine körperliche Misshandlung dar. Auch besteht in den Folgewirkungen der Operation ein heilungsbedürftiger, mithin krankhafter Zustand. Eine Gesundheitsschädigung liegt daher vor.

² Angelehnt an OLG Oldenburg NJW-RR 2023, 453 (453 ff.).

³ Zusätzlich stellt sich die Frage, ob die bei der Operation verwendeten medizinischen Instrumente gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB darstellen. Siehe dazu Fall 2. Insofern mehrere an der Operation beteiligt sind, kommt zudem eine gemeinschaftliche Begehung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht. Siehe dazu *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 6; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (62).

⁴ BGH NJW 1960, 1477 (1478); *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 223 Rn. 17.

⁵ *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 223 Rn. 24.

⁶ *Krell*, medstra 2017, 3 (6 f.); *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 46.

⁷ *Hilgendorf*, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 2 Rn. 9.

⁸ RGSt 25, 375 (375–389); BGH NStZ 2021, 164 (165); *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 223 Rn. 16; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 223 Rn. 16; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 44; instruktiv dazu Fall 1a bei *Beck*, ZJS 2013, 42 (42 f.).

⁹ Für eine vollständige Streitdarstellung siehe *Beck*, ZJS 2013, 42 (42 f.) Fall 1a; ferner *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 223 Rn. 16 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 43 ff.; vgl. auch zum jüngsten Reformvorschlag des Kriminalpolitischen Kreises medstra 2021, 65 (65 ff.).

Zur Rechtfertigung des Eingriffs bedarf es der Einwilligung des P. Eine rechtfertigende Einwilligung muss auf einer hinreichenden Informationsbasis beruhen. Dafür bedarf es einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Patienten.¹⁰ Zur Bestimmung des Umfangs strafrechtlich zu berücksichtigender Aufklärungspflichten kann auf die zivilrechtlichen Grundsätze der Aufklärung im Rahmen des Behandlungsvertrags Bezug genommen werden, wobei den unterschiedlichen Funktionen von Zivil- und Strafrecht Beachtung zu schenken ist.¹¹ Demnach bedarf es zum Schutze der Patientenautonomie insbesondere einer Aufklärung über die Gefahren, d.h. über die möglichen Folgen der geplanten Behandlung, die ein verständiger Patient in dieser Lage unter Berücksichtigung seiner körperlichen Beschaffenheit und seiner sonstigen Situation als bedeutsam ansehen würde.¹² Insofern klärte A den P über die Chancen und Risiken des Eingriffs ordnungsgemäß auf, nicht aber über die Verwendung des Prothesentypus Cadisc L. Bei der Anwendung einer sog. Neulandmethode, also einer medizinisch (noch) nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode, sind zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erhöhte Anforderungen an dessen Aufklärung zu stellen.¹³ Grundsätzlich ist die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes.¹⁴ Ausnahmsweise ist im Falle einer Neulandmethode der Patient aber auch über eine alternative Behandlungsmöglichkeit aufzuklären, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.¹⁵ Ferner ist der Patient darauf hinzuweisen, dass die geplante Behandlung nicht oder noch nicht medizinischer Standard ist sowie über die Möglichkeit unbekannter Risiken der gewählten Behandlungsmethode zu unterrichten.¹⁶

Insofern müsste es sich bei der Verwendung der Bandscheibenprothese des Typus Cadisc L um eine Neulandmethode handeln. Zunächst könnte auf die Dauer der Gebräuchlichkeit der jeweiligen Behandlungsmethode bzw. ihre Einordnung als „neu“ in Fachkreisen abzustellen sein. Derartige Kriterien entbehren aber einer wissenschaftlich fundierten Abgrenzung. Insofern auf das Vorliegen von Langzeitstudien abgestellt würde, erscheint dies praxisfern, da für viele Methoden derartige Studien nicht existieren oder Ergebnisse häufig erst dann vorliegen, wenn die Methode gar nicht mehr in Gebrauch ist.¹⁷ Entscheidend für die Frage, ob eine Neuerung die Schwelle zu einer erhöhten Aufklärungspflicht überschreitet, ist stattdessen, ob „der Behandler unter Wahrung der berechtigten Sicherheitsinteressen des Patienten bei der Anwendung der Methode ex ante mit der ernsthaften Möglichkeit rechnen musste, dass die Methode von den anderen etablierten Methoden so abweicht, dass mit ihr unbekanntere Risiken verbunden sein können.“¹⁸

In der konstruktiven Besonderheit, dass Bandscheibenprothesen des Typus Cadisc L auf einen Deckmantel aus Titan verzichten, liegt kein zu etablierten Prothesentypen abweichendes Risiko. Es handelt sich demzufolge mangels Gefahrerhöhung vielmehr um die Varianz eines etablierten Prinzips. Die Anwendung einer Neulandmethode liegt daher nicht vor.¹⁹ Für A resultieren aus der Verwen-

¹⁰ Hilgendorf, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 2 Rn. 22.

¹¹ Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Handbuch, 6. Aufl. 2021, Rn. 337 ff.

¹² BVerfG NJW 1979, 1925 (1929).

¹³ BGH NJW-RR 2021, 886 (886).

¹⁴ BGH NJW 1982, 2121 (2122); BGH NJW 2006, 2477 (2478).

¹⁵ BGH NJW 2006, 2477 (2478).

¹⁶ BGH NJW-RR 2021, 886 (886); Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 223 Rn. 45; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630e Rn. 37.

¹⁷ OLG Oldenburg NJW-RR 2023, 453 (454).

¹⁸ OLG Oldenburg NJW-RR 2023, 453 (454). Insofern begründet auch der BGH in der Entscheidung Robodoc besondere Aufklärungspflichten bei der Anwendung von Neulandmethoden mit dem abweichenden/unbekannteren Risikoprofil der jeweiligen Behandlungsmethode (BGH NJW 2006, 2477 [2478]).

¹⁹ OLG Oldenburg NJW-RR 2023, 453 (454).

derung der aus Kunststoff bestehenden Bandscheibenprothese keine erhöhten Aufklärungspflichten. P hat wirksam in den Eingriff eingewilligt. Demzufolge handelte A i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig, aber nicht rechtswidrig. Eine Strafbarkeit besteht nicht.

Fall 2: Impfung mit Kochsalzlösung

K arbeitet als examinierter Krankenpfleger in einem Impfzentrum, das während der Corona-Pandemie Corona-Schutzimpfungen verabreicht. K war dabei für das Aufziehen der Spritzen mit dem Corona-Impfstoff zuständig. Beim Aufziehen der Spritzen fallen ihm eines Tages einige Ampullen des Vazins aus der Hand und gehen zu Bruch. Um sein Missgeschick zu verdecken, zieht K anstelle des Impfstoffs einige Spritzen mit einer Kochsalzlösung auf. Die Kochsalzlösung entspricht in ihrer Konzentration dem natürlichen Salzgehalt menschlichen Bluts (sog. isotonische Lösung). K legt diese Spritzen zur Impfung bereit. Die nichtsahnende Ärztin A verwendet die von K „manipulierten“ Spritzen zur Impfung von insgesamt sechs Personen, wobei alle Personen aufgrund ihres Alters oder medizinischer Dispositionen der sog. Risikogruppe zuzuordnen sind. K wusste, dass die jeweiligen Ampullen an Betroffene mit einem besonders hohen Risiko, schwer an Corona zu erkranken, verimpft werden sollten. Über den bloßen Schmerz des Einstichs hinaus treten keine weiteren Reaktionen bei den betroffenen Patienten auf. Einer der Patienten, P, erkrankt jedoch kurz nach der Injektion der Kochsalzlösung schwer an COVID-19.

Strafbarkeit des K zu Lasten des P?²⁰

I. Infektion mit dem Corona-Virus und COVID-19-Erkrankung

In Betracht kommt zunächst eine Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB. Da weder K noch A den P infizierten, kommt eine Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB mit P als Tatwerkzeug in Betracht. Dass P sich gerade aufgrund der Injektion in die konkrete Situation begab, die die jeweilige Infektion herbeiführte, begegnet indes Bedenken hinsichtlich der (psychisch) vermittelten Kausalität; und zwar unabhängig von der Frage, ob der fehlende Impfschutz für den schweren Krankheitsverlauf hypothetisch kausal ist.²¹

II. Injektion mit dem Kochsalz

Stattdessen kann an die Injektion selbst angeknüpft werden, die A in der Annahme, eine Corona-Schutzimpfung durchzuführen, vornahm. Nach der Einwilligungslösung der h.M. stellt die Injektion der Kochsalzlösung durch den Einstich eine tatbestandliche Körperverletzung dar, auch wenn man prophylaktische Maßnahmen, wie eine Impfung, unter den Begriff des Heileingriffs fassen will.²² Denn hinsichtlich der körperlichen Misshandlung und der Gesundheitsschädigung überschreitet die Perforation der Haut mittels Einstichs die tatbestandsimmanente Bagatellschwelle.²³ Zwar verwirklichte A den Tatbestand der körperlichen Misshandlung. Diese Tatbestandsverwirklichung könnte K

²⁰ Vgl. Soldt, FAZ v. 5.10.2021 (14.1.2025).

²¹ Zur Gesundheitsschädigung bei einer symptomlosen Infektion mit SARS-CoV-2 siehe Benz, ZJS 2021, 522 (527); Hotz, NSTZ 2020, 320 (321 f.); Koenen/Lehnart, BB 2020, 1525 (1528); Makepeace, ZJS 2020, 189 (189 ff.); Nussbaum, HanLR 2021, 213 (214).

²² Dazu Gierok, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 223 Rn. 9.

²³ So auch BGH NJW 1998, 833 (835); Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 43; Neubacher/Lindenberger, JuS 2023, 501 (502).

aber nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zuzurechnen sein. A nahm an, mit einem Corona-Impfstoff befüllte Spritzen zu verwenden. Diesen Irrtum rief K bewusst hervor, indem er die Spritzen so bereitlegte, dass A diese für solche, die mit einem Corona-Impfstoff befüllt worden sind, halten musste. Demnach liegt eine Willensherrschaft kraft Irrtums vor.²⁴ Die Tathandlung der A ist K nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 zuzurechnen.²⁵ Auch handelte A bezüglich der körperlichen Misshandlung, die A in mittelbarer Täterschaft ausführte, vorsätzlich.

Ferner kommen die Qualifikationsmerkmale der § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 Alt. 2 und Nr. 5 StGB in Betracht. A verwendete eine Kochsalzlösung, die in ihrer Konzentration dem natürlichen Salzgehalt des Blutes entspricht, wobei es sich um keine übermäßige Menge handelte. Mangels Eignung zu erheblichen Gesundheitsschäden²⁶ liegt in der Kochsalzlösung daher kein anderer gesundheitsschädlicher Stoff i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB.²⁷ Sodann könnte es sich bei der verwendeten Injektionsnadel um ein gefährliches Werkzeug nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB handeln. Gefährlich ist ein Werkzeug in diesem Sinne, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzung hervorzurufen.²⁸ Dabei verdient die Diskussion, ob die Qualifikation schon aufgrund „fehlender Angriffs- und Verteidigungszwecke“²⁹ beim sachgemäßen Gebrauch eines ärztlichen Instruments zu verneinen ist,³⁰ nur dann Aufmerksamkeit, wenn die Instrumente so eingesetzt werden, dass sie konkret geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Ansonsten mangelt es ungeachtet der Werkzeugqualität des Instrumentariums, bereits an der erforderlichen Handlungsgefährlichkeit.³¹ Die von einem Arzt bestimmungsgemäß verwendete Injektionsnadel ist, anders als das bei einem Schnitt eingesetzte Skalpell, nicht geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.³² Mangels erforderlicher Handlungsgefährlichkeit ist die Injektionsnadel nicht als gefährliches Werkzeug einzuordnen.

Weiter könnte in der Injektion der Kochsalzlösung eine das Leben gefährdende Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB liegen. Welche Anforderungen an die Lebensgefährdung zu stellen sind, ist umstritten. Eine Ansicht verlangt, dass die Tathandlung eine konkrete Lebensgefahr für das Opfer herbeiführt, damit eine Körperverletzung mittels einer lebensgefährdenden Behandlung vorliegt.³³ Von jenen Patienten, die eine von K „manipulierte“ Injektion erhielten, befand sich keiner in einer konkreten Lebensgefahr. Demgegenüber folgert die Gegenansicht, dass eine das Leben gefährdende Behandlung bereits dann vorliegt, wenn sich die Verletzungshandlung den konkreten Umständen

²⁴ Für eine Willensherrschaft kraft Irrtums genügt auch das Vorspiegeln einer Rechtfertigungslage, siehe dazu *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 67.

²⁵ Vgl. auch *Neubacher/Lindenberger*, *JuS* 2023, 501 (505).

²⁶ Dazu *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 7; *Sternberg-Lieben*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 6.

²⁷ Teilweise wird angenommen, dass das ansonsten verwendete Vakzin von BioNTech keinen gesundheitsschädlichen Stoff i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB darstellt, da es sich dabei nicht um einen Lebendimpfstoff handele, so *Succu/Lehmann*, *jurisPR-StrafR* 6/2021 Anm. 1. Dagegen spricht, dass eine derartige Einschränkung der Auffangfunktion der Alt. 2 nicht zu entnehmen ist, so *Nussbaum*, *HanLR* 2021, 213 (219); vgl. *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 9. Stattdessen kommt es auch hier auf die Eignung zu einem erheblichen Gesundheitsschaden an.

²⁸ BGH *NStZ* 2002, 86 (86); *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil* 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 229.

²⁹ BGH, *Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59, 5 StR 533/58*, Rn. 20; BGH *NJW* 1978, 1206 (1206).

³⁰ Eine Abkehr von der Formel des „fehlenden Angriffs- und Verteidigungszwecks“ vollzog jüngst das OLG Karlsruhe *NStZ* 2022, 687 (688) sowie der BGH *NStZ* 2024, 355 (357). Zum Ganzen auch *Nussbaum*, *JR* 2023, 57; vgl. auch *Klein*, *ZJS* 2024, 605 (607 ff.); *Zieschang*, *ZJS* 2024, 848 (852).

³¹ *Grünwald*, in: *LK-StGB*, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

³² *Nussbaum*, *ZJS* 2021, 350 (351).

³³ So *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28; darstellend *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil* 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 238.

nach objektiv generell als geeignet darstellt, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen.³⁴ Hinsichtlich des Vorliegens einer abstrakten Lebensgefahr ist bei der Infektion mit SARS-CoV-2 die besondere Gefährdung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe maßgebend.³⁵ Aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe besteht bei den betroffenen Patienten das erhöhte Risiko eines schweren, mitunter tödlichen Krankheitsverlaufs. Indem jenen Patienten Kochsalz injiziert wurde, gehen diese fälschlicherweise von einer erhöhten Immunisierung aus. Insofern ist anzunehmen, dass sich die Betroffenen aufgrund des vermeintlichen Impfschutzes auch sorgloser verhalten und dabei ein erhöhtes Ansteckungsrisiko in Kauf nehmen.³⁶ Indes muss die Körperverletzungshandlung selbst als lebensbedrohend anzusehen sein. Eine Lebensgefahr, die nicht aus der Verletzungshandlung selbst, sondern aus weiteren äußeren Umständen resultiert, genügt nicht.³⁷ Im vorliegenden Fall ist erst die Infektion des P mit SARS-CoV-2 als lebensbedrohend anzusehen. Die auf die Handlung des K zurückzuführende erhöhte Gefährlichkeit der Infektion aufgrund des fehlenden Impfschutzes muss für die rechtliche Bewertung außer Betracht bleiben. Auch nach dieser Ansicht scheidet die Annahme einer lebensgefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB folglich aus.³⁸

K könnte aufgrund einer Einwilligung der betroffenen Patienten gerechtfertigt gehandelt haben. Dafür darf die Einwilligung nicht durch Willensmängel beeinflusst sein.³⁹ Umstritten ist, ob weitere Anforderungen an die Qualität des täuschungsbedingten Willensmangels zu stellen sind. Nach der engsten Auffassung ist das Erfordernis eines rechtsgutsbezogenen Willensmangels zugrunde zu legen.⁴⁰ Ein solcher liegt vor, wenn sich die Täuschung gerade auf das preisgegebene Gut bezieht.⁴¹ Vorliegend irrten sich die betroffenen Patienten über den Inhalt der Spritzen. Dieser Irrtum bezog sich gerade auf die Tragweite des Eingriffs als solchen sowie dessen Bedeutung im Hinblick auf den Aufbau einer körpereigenen Immunisierung.⁴² Demzufolge handelt es sich um einen Irrtum, der sich gerade auf das preisgegebene Rechtsgut, hier die körperliche Unversehrtheit, bezieht. Insofern auch die engste Auffassung zur Annahme eines Willensmangels gelangt, ist ein Streitentscheid entbehrlich. Die betroffenen Patienten unterlagen einem Willensmangel, der die Wirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung negiert.⁴³ K hat sich nach §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Fall 3: Keine Impfung, keine Behandlung

A arbeitet als Vertragsärztin in ihrer eigenen Hausarztpraxis. Patient P ersucht in der Hochphase der Corona-Welle die Praxis der A und bittet um eine Behandlung. P benötigt insbesondere verschrei-

³⁴ BGH NSTZ 2004, 618 (618); *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 238.

³⁵ *Neubacher/Lindenberger*, JuS 2023, 501 (502); *Rau*, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 23 Rn. 47; a.A. *Hotz*, NSTZ 2020, 320 (325), der generell eine lebensgefährdende Behandlung bei der Infektion mit SARS-CoV-2 annimmt.

³⁶ So auch *Neubacher/Lindenberger*, JuS 2023, 501 (502).

³⁷ BGH NSTZ 2007, 34 (35); *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 224 Rn. 41; *Fischer*, in: Fischer, Strafrechtsgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 224 Rn. 28; a.A. *Fahl*, JZ 2022, 366 (367 f.).

³⁸ A.A. *Neubacher/Lindenberger*, JuS 2023, 501 (502 f.).

³⁹ BGH NSTZ 2004, 442 (442); *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 228 Rn. 73.

⁴⁰ Vgl. auch die Darstellung in Fall 1b bei *Beck, ZJS 2013, 42* (44) sowie *Nussbaum, ZJS 2021, 350* (354).

⁴¹ *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 228 Rn. 26.

⁴² *Neubacher/Lindenberger*, JuS 2023, 501 (503).

⁴³ A kannte diesen Willensmangel nicht und ging daher von einer rechtfertigenden Einwilligung aus. Auf Seiten der A liegt demnach ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der gemäß der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog den Vorsatzschuldvorwurf entfallen lässt. Ausführlich zum Erlaubnistatbestandsirrtum *Reugier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 30.

bungspflichtige Antibiotika zur Behandlung eines akuten Infekts, was er auch A mitteilt. A verlangt von P die Vorlage eines gültigen Nachweises einer Corona-Schutzimpfung oder eines tagesaktuellen negativen Tests. P zieht die wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Entwicklung der Corona-Pandemie ohnehin in Zweifel und verweigert sich daher auch Impfungen und Tests. Dies tut er auch A gegenüber kund. A verweigert daraufhin ihrerseits eine Behandlung unter Hinweis auf das durch P erhöhte Infektionsrisiko für die übrigen Patienten sowie das Personal der Praxis und fordert P auf, die Praxis zu verlassen. P geht nach Hause und kuriert den Infekt noch einige Tage ohne die Einnahme von Antibiotika aus. Hätte P Antibiotika eingenommen, wäre der Krankheitsverlauf erheblich verkürzt und gemildert worden.

Strafbarkeit der A?

§ 72 SGB V

(1) Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren und Krankenkassen wirken zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten zusammen. Soweit sich die Vorschriften dieses Kapitels auf Ärzte beziehen, gelten sie entsprechend für Zahnärzte, Psychotherapeuten und medizinische Versorgungszentren, sofern nichts Abweichendes bestimmt ist.

[...]

§ 95 SGB V

[...]

(3) Die Zulassung bewirkt, daß der Vertragsarzt Mitglied der für seinen Kassenarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung wird und zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung im Umfang seines aus der Zulassung folgenden Versorgungsauftrages berechtigt und verpflichtet ist. [...]

[...]

§ 7 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä)

[...]

(2) Ärztinnen und Ärzte achten das Recht ihrer Patientinnen und Patienten, die Ärztin oder den Arzt frei zu wählen oder zu wechseln. Andererseits sind – von Notfällen oder besonderen rechtlichen Verpflichtungen abgesehen – auch Ärztinnen und Ärzte frei, eine Behandlung abzulehnen. [...]

[...]

In Betracht kommt eine Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB. Ein Taterfolg liegt jedenfalls in der Gesundheitsschädigung, da auch die Aufrechterhaltung eines bereits vorhandenen Krankheitszustands eine Gesundheitsschädigung darstellt.⁴⁴ Für eine Unterlassensstrafbarkeit nach § 13 Abs. 1 StGB müsste A eine Garantenpflicht treffen. Verschiedene Anknüpfungspunkte sind zu erwägen:

Erstens könnte A als Ärztin eine Beschützergarantenpflicht aus tatsächlicher Behandlungsübernahme treffen. Pflichtenbegründend wirkt dabei der Eintritt des Arztes in die Vertrauensstellung zum Patienten, wobei die zivilrechtliche Wirksamkeit eines zugrunde liegenden Behandlungsvertrags unerheblich ist.⁴⁵ Dabei genügt der einseitig geäußerte Behandlungswunsch des Patienten nicht. Insoweit umfasst das zu begründende gegenseitige Vertrauensverhältnis zur zu behandelnden Person auch eine korrespondierende Entscheidungsmöglichkeit des behandelnden ärztlichen Personals.

⁴⁴ BGH NJW 1960, 2253 (2253); *Sternberg-Lieben*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 9.

⁴⁵ OLG Oldenburg medstra 2019, 101 (102); *Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht*, 2011, Kap. 1 Rn. 156; *Valerius, medstra* 2022, 5 (6 f.).

Dem entspricht auch § 7 Abs. 2 MBO-Ä.⁴⁶ P erbat zwar gegenüber A eine Behandlung, A verweigerte diese aber unter Hinweis auf den fehlenden Impfnachweis und das negative Testergebnis. Eine Garantenpflicht aus tatsächlicher Behandlungsübernahme besteht folglich nicht.

Zweitens kann angedacht werden, ob auch ohne ein Behandlungsverhältnis eine Garantenpflicht aus der Übernahme einer verantwortlichen Stellung oder eines entsprechenden Amtes entstehen könnte. So besteht die strafrechtlich geschützte Rechtspflicht von Bereitschaftsärzten gegenüber der Bevölkerung in dringenden Erkrankungsfällen einzugreifen.⁴⁷ Selbiges gilt für Ärzte in Krankenhäusern für alle in ihrem Zuständigkeitsbereich aufgenommenen Patienten.⁴⁸ In diesen Bereichen ist die Freiheit der Ärzte, sich gegen eine Behandlung im Einzelfall zu entscheiden, eingeschränkt. Fraglich ist, ob die bloße Teilnahme an der Gesundheitsversorgung die Annahme einer Garantenstellung von Ärzten kraft Übernahme einer verantwortlichen Stellung rechtfertigt. Bei einer derart weitgehenden Sonderverpflichtung kraft Berufes drängt sich der Gedanke auf, dass Ärzte sich stets in einer leistungstauglichen Verfassung halten müssten.⁴⁹ Zur Begründung einer Garantenstellung bedarf es daher einschränkend eines besonderen Vertrauensverhältnisses, das erst durch einen spezifischen Bezug zur Behandlung entstehen kann.⁵⁰ Demzufolge erwächst aus der Teilnahme der A an der Gesundheitsversorgung keine erhöhte Einstandspflicht.

Drittens könnte sich eine Sonderverpflichtung aus der Teilnahme der A an der vertragsärztlichen Versorgung ergeben.⁵¹ § 72 Abs. 1 SGB V normiert die Mitwirkung an der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der versicherten Personen, zu welcher der Vertragsarzt nach § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V auch verpflichtet ist. In diesem Sinne trifft den Vertragsarzt eine besondere Verantwortung für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung.⁵² Aus dem vertragsärztlichen Versorgungsauftrag erwächst aber nicht unmittelbar eine strafrechtlich zu berücksichtigende Garantenstellung.⁵³ Auch wenn es sich bei Vertragsärzten um keine Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB handelt,⁵⁴ kann auf die Grundsätze zur strafrechtlichen Garantenpflicht von Amtsträgern zurückgegriffen werden. So ist auch hier nicht die formale Stellung als Amtsträger, sondern der Aufgabenbereich der verbeamteten Person und ihre Zuständigkeit für den Schutz bestimmter Rechtsgüter maßgebend.⁵⁵ Die einschlägigen sozialrechtlichen Vorschriften definieren diesen Aufgabenbereich hinsichtlich der Teilnahme an der vertragsärztlichen Gesundheitsversorgung, nicht aber hinsichtlich der Behandlung einzelner Patienten.⁵⁶ Eine auf individuelle Rechtsgüter bezogene Garantenpflicht kann daher aus der Stellung als Vertragsarzt nicht erwachsen.⁵⁷ Daher besteht für A gegenüber P keine Garantenstel-

⁴⁶ Valerius, medstra 2022, 5 (7); vgl. auch Katzenmeier, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 630a Rn. 41.

⁴⁷ BGH NJW 1955, 718 (718); Valerius, medstra 2022, 5 (8).

⁴⁸ Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, Kap. 1 Rn. 157; Valerius, medstra 2022, 5 (8).

⁴⁹ Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 23.

⁵⁰ Valerius, medstra 2022, 5 (8).

⁵¹ Vertragsärzte sind diejenigen Ärzte, die zur Versorgung gesetzlich Versicherter zugelassen oder ermächtigt sind, vgl. Jousen, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 9. Aufl. 2024, § 95 Rn. 1.

⁵² Klose/Straub, MedR 2017, 935 (939); Valerius, medstra 2022, 5 (8 f.).

⁵³ Valerius, medstra 2022, 5 (9).

⁵⁴ Näheres dazu in Fall 6 in Nussbaum/Hildermann (erscheint demnächst in ZJS 5/2025).

⁵⁵ BGH NJW 1993, 544 (544); Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 62; Grunst, StV 2005, 453 (456); Valerius, medstra 2022, 5 (9). Kritisch zu einer Gleichsetzung von öffentlich-rechtlicher Pflicht und dem Schutz strafrechtlich geschützter Rechtsgüter Rudolphi, JR 1987, 336 (336 ff.).

⁵⁶ Valerius, medstra 2022, 5 (10); Zahm, Rationierung als Körperverletzung, 2021, S. 293.

⁵⁷ Danecker/Streng, MedR 2011, 131 (133); Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 212 Rn. 7; Valerius, medstra 2022, 5 (10).

lung. Eine Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB ist zu verneinen.⁵⁸

Eine Strafbarkeit gem. § 323c Abs. 1 StGB scheidet aufgrund einer mangelnden Erheblichkeit der für P bestehenden Gefahrenlage aus.

Fall 4: Organallokation⁵⁹

Transplantationsmedizinerin T, die sich auf Lebertransplantationen spezialisiert hat, hat eine Reihe von Patienten, die auf ein Spenderorgan warten. Durch die privatrechtliche Stiftung Eurotransplant, die von Deutschland als Vermittlungsstelle berufen wurde, erfolgt eine Listung der auf ein nach § 1a Nr. 2 TPG vermittlungspflichtiges Organ wartenden Patienten. Maßgeblich für das zum Organangebot und zur Organentnahme führende Match-Verfahren ist der sog. MELD-Score. Der MELD-Score bildet insbesondere die Dringlichkeit der Transplantation sowie das statistische Sterberisiko des jeweiligen Patienten ab. Die Durchführung von Nierenersatztherapien führt zu einer Erhöhung des MELD-Scores. T kann das Leid ihrer Patienten nur schwer ertragen. Um die Aussichten ihres Patienten P auf eine baldige Transplantation zu erhöhen, gibt T gegenüber Eurotransplant der Wahrheit zuwider an, es seien zuvor zwei Nierenersatztherapien (Dialyse) bei P durchgeführt worden. Weitergehende Gedanken, insbesondere hinsichtlich der möglicherweise „überholten“ Patienten macht T sich nicht. Dadurch erhöht sich der MELD-Score des P, sodass ihm in der Folge ein ihm an sich nicht gebührender höherer Listenplatz zugeteilt wird. Infolgedessen wird P eine Leber zugeteilt und transplantiert. Ohne die von T vorgenommenen Manipulationen wäre dem Patienten X ein Organ zugeteilt worden. X verstirbt kurz darauf ohne eine erfolgte Lebertransplantation. Aufgrund der nicht unerheblichen Abstoßungsrate bei Lebertransplantationen sowie möglicher weiterer Komplikationen infolge des Eingriffs lässt sich nicht feststellen, ob dieser Eingriff X gerettet hätte. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit steht aber fest, dass er mit einer erfolgten Transplantation weniger körperliche Beschwerden erlitten hätte.⁶⁰

Strafbarkeit der T nach dem StGB?⁶¹

I. Vorfrage: Aktives Tun oder Unterlassen

Zuvorderst stellt sich die Frage, ob die Manipulationshandlung der T, namentlich die Falschangabe hinsichtlich der Durchführung von zwei Nierenersatztherapien, als aktives Tun oder Unterlassen einzuordnen ist. Nach dem äußeren Erscheinungsbild hat T aktiv Patientendaten falsch dokumentiert.

⁵⁸ Insofern eine Garantenstellung angenommen worden wäre, stellt sich die Frage der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens. Siehe dazu *Valerius*, *medstra* 2022, 5 (10 f.).

⁵⁹ Angelehnt an BGH NJW 2017, 3249 (3249 ff.). Der Sachverhalt beschränkt sich auf die Darstellung der sog. „Manipulationsfälle“. Im Rahmen des Organspendeskandals entschied der BGH ebenso über Fälle, in denen Patienten vorschriftswidrig auf die Warteliste aufgenommen wurden, siehe BGH NJW 2017, 3249.

⁶⁰ Die Vergabekriterien der Organallokation lassen eine exakte Bestimmung des „übergangenen“ Patienten nicht zu. Siehe dazu *Rosenau*, *MedR* 2016, 706 (708). Insoweit ist der Fall zu didaktischen Zwecken konstruiert. Auch sieht der BGH nicht als erwiesen an, dass sich die körperlichen Leiden der überholten Patienten infolge der Manipulationen verschlimmerten, BGH NJW 2017, 3249 (3255). Kritisch dazu aber *Jäger*, *JA* 2017, 873 (875).

⁶¹ Zu der Strafbarkeit wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften der §§ 9 ff. TPG vgl. Fall 9b bei *Beck, ZJS* 2013, 156 (158). Angesichts des hier geschilderten sog. Organverteilungsskandals wurde mit § 19 Abs. 2a TPG ein neuer Straftatbestand geschaffen, der krankheitsbezogene Falschangaben im Rahmen der Organallokation sanktioniert. Zur Frage eines gegenüber den Delikten des StGB abschließenden Charakters der Vorschriften des TPG *Verrel*, *MedR* 2014, 464 (468); *Wolff*, in: Kubiciel/Hoven, *Korruption im Gesundheitswesen*, 2016, S. 157 (163 ff.).

Der hypothetisch „überholte“ Patient stirbt aber nicht aufgrund der Falschangaben der T, sondern an den Folgen seiner Erkrankung. Daher ließe sich mit Blick auf die Nichtzuteilung zunächst von einem Unterlassen ausgehen.⁶² Etwas anderes könnte sich schon daraus ergeben, dass es sich um einen Abbruch eines rettenden Kausalverlaufs handelt.⁶³ Den von P „überholten“ Patienten wurde durch die Zuweisung des entsprechenden MELD-Scores und damit einhergehenden Listenplatzes die Durchführung einer Lebertransplantation jedenfalls in Aussicht gestellt. Jene Rettungschance wurde durch das Zutun der T vereitelt. Mithin liegt prima facie eine Vereitelung einer bereits von dritter Seite angelegten Hilfsmaßnahme vor, wobei der aktive Abbruch rettender Kausalverläufe nach ganz überwiegender Ansicht als aktives Tun eingeordnet wird.⁶⁴ Die Struktur des Abbruchs rettender Kausalverläufe zeichnet sich aber gerade dadurch aus, dass ein Täter einen Kausalverlauf unterbindet, der den tatbestandlichen Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.⁶⁵ Eine solch rettende Kausalkette könnte mangels konkreter Rettungschance nicht bereits in der durch den Wartelistenplatz vermittelten Aussicht auf ein nicht weiter konkretisiertes Organ liegen, sondern erst nach einer Zuteilungsentscheidung durch Eurotransplant anzunehmen sein.⁶⁶ Indes trifft Eurotransplant selbst keine Zuteilungsentscheidung, sondern setzt die durch Richtlinien vorgegebene Reihenfolge lediglich technisch um. Die Rettung ist folglich bereits im System angelegt.⁶⁷ Auch ist nicht erkennbar, inwiefern das den Abbruch zuvorkommende Verhindern des rettenden Kausalverlaufs einen geringeren Unwertgehalt aufweist.⁶⁸ Damit sind die Manipulationshandlungen der T jedenfalls als Verhindern eines rettenden Kausalverlaufs als aktives Tun zu werten.⁶⁹

II. Vollendete Tötung

In Betracht kommt zunächst eine Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1 StGB. Dafür müssten die von T vorgenommenen Manipulationshandlungen kausal für den Tod des X gewesen sein. Insofern ein Unterlassen angenommen wird, kommen die Grundsätze der „Quasi-Kausalität“⁷⁰ zur Anwendung.⁷¹ Auch bei der Einordnung als aktives Tun bleibt die Nichtzuteilung eines Organs ein „Nichtgeschehen“. Daher werden beim Eingriff in rettende Kausalverläufe hypothetische Kausalverläufe, hier in Form der abgebrochenen bzw. verhinderten Rettungshandlung, ausnahmsweise berücksichtigt.⁷² Demnach kann ungeachtet der Einordnung als Tun oder Unterlassen die Kausalität nur bejaht werden, wenn der rettende Kausalverlauf in der Lage ist, den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahr-

⁶² BGH NJW 2017, 3249 (3254).

⁶³ Vgl. Kudlich, NJW 2013, 917 (918); Rosenau, MedR 2016, 706 (708).

⁶⁴ Rosenau, MedR 2016, 706 (708); instruktiv dazu Fall 7 bei Beck, ZJS 2013, 156 (156 f.).

⁶⁵ Schroth/Hoffmann, NSTZ 2014, 486 (488); vgl. auch Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 117, der darauf abgestellt, dass im Falle des Behandlungsabbruchs die Hilfe den Gefährdeten schon erreicht hat.

⁶⁶ So Schroth/Hoffmann, NSTZ 2014, 486 (488).

⁶⁷ Lorenz/Rosenau, JR 2018, 168 (171).

⁶⁸ Lorenz/Rosenau, JR 2018, 168 (171). Zum Verhindern des Entstehens eines rettenden Kausalverlaufs Haas, HRRS 2016, 384 (387). Auch Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32 f., erfasst die Vereitelung bevorstehender Rettungsmaßnahmen.

⁶⁹ So im Ergebnis Hoven, NSTZ 2017, 707 (707); Jäger, JA 2017, 873 (875); Rosenau, MedR 2016, 706 (708); Rosenau/Lorenz, JR 2018, 168 (170 f.); Wolff, in: Kubiciel/Hoven, Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 157 (165). Wird auf die Nichtzuteilung durch Eurotransplant abgestellt, stellt sich das Folgeproblem einer mittelbaren Täterschaft, in der ein Unterlassen des Werkzeugs vorliegt. Siehe dazu Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Handbuch, 6. Aufl. 2021, Rn. 890.

⁷⁰ Zur „Quasi-Kausalität“ des Unterlassens in der strafrechtlichen Fallbearbeitung Bock/Nicklaus, ZJS 2023, 471 (471 ff.).

⁷¹ BGH NJW 2015, 96 (101); BGH NJW 2017, 3249 (3254).

⁷² BGH NJW 2017, 3249 (3254); Jäger, JA 2017, 873 (875); Schroth/Hoffmann, NSTZ 2014, 486 (488).

scheinlichkeit zu vermeiden.⁷³ Dem Nachweis einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eintretenden Lebensverlängerung widerspricht die nicht unerhebliche Abstoßungsrate sowie die peri- und postoperative Komplikationsrate bei Lebertransplantationen.⁷⁴ Eine Kausalkette zwischen den falschen Angaben der T sowie dem Tod des X lässt sich daher nicht herstellen.

III. Versuchte Tötung

Stattdessen könnte eine versuchte Tötung nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB vorliegen. Dafür bedarf es eines hinreichenden Tatentschlusses. In Betracht kommt die Vorsatzform des *dolus eventualis*. Dieser liegt vor, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält (kognitives Element) und sich mit dem tatbestandlichen Erfolg um des erstrebten Handlungsziels willens abfindet (voluntatives Element).⁷⁵

Umstritten ist im sog. Organspendeskandal, inwieweit sich der Tatentschluss auf den hypothetischen Kausalverlauf konkretisiert haben muss. So könnte das kognitive Element des Vorsatzes in Kongruenz zum objektiven Tatbestand voraussetzen, dass dem Täter bewusst ist, dass der Rettungserfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten würde.⁷⁶ Der Nachweis einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eintretenden Lebensverlängerung kann nicht erbracht werden. Eine derartige Vorsatzverengung, die sicheres Wissen im kognitiven Element voraussetzt, ist dem *Eventualvorsatz* aber auch nicht zu entnehmen.⁷⁷ Gerade im Fall der Organtransplantation – aber auch in sonstigen Unterlassenskonstellationen oder Fällen des Abbruchs eines rettenden Verlaufes –, wo hypothetische Kausalverläufe selten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzusehen sind, entstünden sachlich nicht nachvollziehbare Strafbarkeitslücken.⁷⁸

In Bezug auf die hypothetische Kausalität genügt es in kognitiver Hinsicht daher, dass der Täter den Eintritt eines Rettungserfolges für möglich hält.⁷⁹ Grundsätzlich ist T als Transplantationsmedizinerin mit dem Transplantationsverfahren vertraut und weiß um die Dringlichkeit der Transplantation bei einem entsprechend hohen MELD-Score. Als Transplantationsmedizinerin ist T aber gleichsam bekannt, dass Organe auch an Patienten vergeben werden, die nicht drohen, alsbald zu versterben.⁸⁰ Wenn T aber bereits um das Leben ihrer Patienten fürchtete, die noch keinen für eine Organvergabe hinreichenden MELD-Score aufwiesen, musste sie auch die Möglichkeit erkennen, dass die übersprungenen Patienten mit einem höheren MELD-Score erst recht versterben könnten.⁸¹ Dass T die Möglichkeit des Erfolgsintritts erkannte, ist daher anzunehmen.⁸²

Fraglich ist aber, ob sich T im Rahmen des voluntativen Vorsatzelements auch mit dem Erfolgsintritt abgefunden hat. Ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad für den Rettungserfolg indiziert die Inkaufnahme.⁸³ Auch hier ist das ohnehin hohe Letalitätsrisiko einer Lebertransplantation, das zwi-

⁷³ *Schroth/Hoffmann*, NStZ 2014, 486 (488).

⁷⁴ BGH NJW 2017, 3249, (3254); *Schroth/Hoffmann*, NStZ 2014, 486 (488).

⁷⁵ Vgl. *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 15 Rn. 11.

⁷⁶ So BGH NJW 2017, 3249 (3254). Mittlerweile hat der 5. *Strafsenat* diese Ansicht verworfen, BGH medstra 2023, 114 (114). Zur Darstellung der schon früher geübten Kritik an den erhöhten Anforderungen an das kognitive Element durch andere Strafsenate des BGH vgl. *Wostry*, medstra 2023, 113.

⁷⁷ *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 71.

⁷⁸ *Hoven*, NStZ 2017, 707 (707).

⁷⁹ BGH medstra 2023, 114 (114).

⁸⁰ *Schroth*, NStZ 2013, 437 (442).

⁸¹ *Verrel*, MedR 2014, 464 (466).

⁸² A.A. *Schneider/Busch*, NK 2013, 362 (367 f.).

⁸³ BGH NStZ 1992, 384 (384); *Rosenau*, MedR 2016, 706 (710).

schen 5 und 10 Prozent liegt, sowie der ohnehin schlechte Gesundheitszustand der Patienten zu beachten.⁸⁴ Hinzu kommt das nicht unerhebliche Risiko, dass ein Transplantationszentrum die Annahme des Spenderorgans ablehnt.⁸⁵ Eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein an sich bevorrechtigter Patient ohne die Manipulation der Patientendaten infolge einer sodann erfolgten Lebertransplantation überlebt hätte, besteht daher nicht. Zudem beabsichtigt T vordergründig die Lebensrettung des P. Umstände, die den geringen Gefährdungsgrad ausgleichen, sind folglich nicht ersichtlich.⁸⁶ Eine Inkaufnahme liegt demzufolge nicht vor.⁸⁷ Mangels Tatentschlusses hinsichtlich des Kausalverlaufs, scheidet eine Versuchsstrafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB aus.

IV. Vollendete Körperverletzung⁸⁸

Zuletzt könnte eine Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB vorliegen. Die verlängerten körperlichen Leiden des X stellen eine Gesundheitsschädigung sowie körperliche Misshandlung dar. Auch wären die Leiden des X erheblich verkürzt worden, wenn ihm ohne die Manipulationshandlung noch zu Lebzeiten ein Organ zugeteilt worden wäre.

Dennoch könnte die objektive Zurechenbarkeit aufgrund eines fehlenden Schutzzweckzusammenhangs zu verneinen sein. Das wäre nicht der Fall, wenn die Allokationsvorgaben des TPG vom Schutzzweck der Körperverletzungs- (und Tötungs-)Delikte erfasst sind.⁸⁹ Der Schutzzweck könnte deshalb nicht einschlägig sein, weil die verletzten Regularien des TPG allein der Verteilungsgerechtigkeit als Ausdruck der Menschenwürde dienen.⁹⁰ Das wäre aber allenfalls dann der Fall, wenn es in Konstellationen des Abbruchs bzw. der Verhinderung rettender Kausalverläufe eines subjektiven Rechts auf Rettung bedürfte. Bisher genügte für die Strafbarkeit des Abbruchs einer fremden Rettungsbemühung, dass ohne den Eingriff der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre.⁹¹ Ob die vorliegende Konstellation eine Restriktion des Tatbestands hinsichtlich des Vorliegens einer subjektiven Rechtsposition des Patienten gebietet, erscheint zweifelhaft.⁹² Dafür spricht auch, dass für eine Strafbarkeit aus den Körperverletzungsdelikten Einwirkungen jeder Art genügen, insofern diese eine körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung verursachen. Dabei ist unerheblich, ob dem Patienten ein subjektives Recht auf Rettung zukommt oder die Regularien des TPG nur ein derivatives Teilhaberecht vermitteln.⁹³ Dass die Rettung faktisch verhindert wurde, genügt daher.⁹⁴ Die objektive Zurechnung ist zu bejahen.⁹⁵

⁸⁴ *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 69; vgl. *Kudlich*, NJW 2013, 917 (919), der unter diesem Gesichtspunkt die Strafbarkeit aus einem Vollendungsdelikt wegen einer mangelnden Kausalität ablehnt.

⁸⁵ *Schroth/Hofmann*, NSTz 2014, 486 (487).

⁸⁶ Vgl. auch *Rosenau*, MedR 2016, 706 (710).

⁸⁷ A.A. *Wolff*, in: Kubiciel/Hoven, Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 157 (168 f.).

⁸⁸ Die nachfolgenden Literaturhinweise beziehen sich zumeist auf den Schutzzweck der Tötungsdelikte, können aber auf Überlegungen zu § 223 StGB übertragen werden.

⁸⁹ *Bülte*, StV 2013, 753 (755); *Verrel*, MedR 2014, 464 (467).

⁹⁰ *Bülte*, StV 2013, 753 (755); *Verrel*, MedR 2014, 464 (467 f.).

⁹¹ *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 33; *Lorenz/Rosenau*, JR 2018, 168 (171 f.).

⁹² *Lorenz/Rosenau*, JR 2018, 168 (170).

⁹³ *Wolff*, in: Kubiciel/Hoven, Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 157 (160). *Schroth* (NSTz 2013, 437 [443]) begründet die mangelnde strafrechtliche Absicherung der Allokationsregelungen mit einem fehlenden strafrechtlichen Schutz derivativer Teilhaberechte.

⁹⁴ *Lorenz/Rosenau*, JR 2018, 168 (172); *Rosenau*, in: Kubiciel/Hoven, Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 171 (182).

⁹⁵ So im Ergebnis *Kudlich*, NJW 2013, 917 (918); *Lorenz/Rosenau*, JR 2018, 168 (172); *Rosenau*, in: Kubiciel/Hoven, Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 171 (181 f.); *Wolff*, in: Kubiciel/Hoven, Korruption im Gesundheits-

Im Gegensatz zu einer Strafbarkeit aus den Tötungsdelikten kann hier angenommen werden, dass T zumindest die Möglichkeit der Verlängerung gesundheitlicher Beschwerden der überholten Patienten erkannte und billigend in Kauf nahm. Ein hinreichender Vorsatz der T liegt vor. T hat sich wegen einfacher Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Fall 5a: Tödlicher Pfleger I⁹⁶

G ist die ärztliche Leiterin einer Intensivstation im Klinikum AA, auf der Pfleger P beschäftigt ist. Das Klinikum befindet sich in der Gesellschaftsform einer Anstalt öffentlichen Rechts. Im Klinikum kommt der begründete Verdacht auf, dass P durch die nicht indizierte Hinzugabe von Medikamenten mehrere Patienten in reanimationsbedürftige Zustände versetzt hat, um sich bei der anschließenden Wiederbelebung als Held zu gerieren. Dabei starben einige Patienten infolge der Medikamentenzugabe. Als G Kenntnis von diesen Vorgängen erlangt, beschäftigt sie P noch einige Monate. In dieser Zeit sterben die Patienten A, B und C infolge von nicht indizierten Medikamentenzugaben des P. Dass P nach entdecktem Muster fortfährt, hält G zwar für möglich, vertraut indessen darauf, dass die Todesserie ein Ende gefunden hat.

Strafbarkeit der G?

In Betracht kommt eine fahrlässige Tötung durch Unterlassen nach §§ 222, 13 Abs. 1 StGB.⁹⁷ Indem G nach der Mitteilung der Verdachtsmomente bezüglich P untätig blieb, liegt ein möglicherweise strafbewehrtes Unterlassen vor. Dafür bedarf es einer Garantenstellung der G. Das Wissen um die (besonders schwere) Tat als solche i.S.d. § 138 StGB kann noch keine Garantenstellung begründen.⁹⁸ In Betracht kommt jedoch eine (Beschützer-)Garantenstellung aus dem ärztlichen Behandlungsverhältnis. Dies gilt nicht nur für den unmittelbar behandelnden Arzt, sondern ganz allgemein für denjenigen, der ein Krankenhaus dem hilfeschuchenden Publikum eröffnet.⁹⁹ Als ärztliche Leitung ist G demnach auch Garant für die auf der Intensivstation aufgenommenen Patienten.¹⁰⁰ Ergänzend könnte sich eine (Überwachungs-)Garantenstellung der G aus der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ergeben.¹⁰¹ Demzufolge haben Betriebsinhaber und leitende Funktionäre eines Unternehmens eine Garantenpflicht zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten von Untergebenen.¹⁰² Da-

wesen, 2016, S. 157 (160 ff.). A.A. *Bülte*, StV 2013, 753 (756 ff.); *Schroth*, NStZ 2013, 437 (443); *Verrel*, MedR 2014, 464 (467 f.). In einem ähnlichen Fall lehnte das LG Leipzig unter Berufung auf Art. 103 Abs. 2 GG bereits die Eröffnung des Hauptverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts ab, siehe dazu LG Leipzig medstra 2020, 178 (179 f.); vgl. auch *Lorenz*, medstra 2020, 156 (159 ff.).

⁹⁶ Angelehnt an OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880.

⁹⁷ Der Sachverhalt macht hier deutlich, dass allein eine rein intellektuelle Theorie (m.M.) zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit einen bedingten Vorsatz annehmen würde. Würde man von Eventualvorsatz ausgehen, so wäre zudem die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen neben einem Begehungstäter zu problematisieren. Vgl. dazu instruktiv *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 105.

⁹⁸ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 18; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 138 Rn. 8.

⁹⁹ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 20; zur zivilrechtlichen Haftung eines Krankenhauses BGH NJW 1976, 1145.

¹⁰⁰ In einer Klausur genügt der Hinweis auf eine Garantenstellung aus dem ärztlichen Behandlungsverhältnis. Die nachfolgenden Ausführungen dienen der vollständigen Darstellung des Urteils des OLG Oldenburgs.

¹⁰¹ So vertreten von BGH NJW 2012, 1237 (1238); *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 287 (318). Kritisch zu dieser Garantendogmatik *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 53; zur Streitdarstellung siehe *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 134 ff.

¹⁰² *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 134.

für bedarf es eines inneren Zusammenhangs mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters.¹⁰³ Insofern P im Rahmen seiner Tätigkeit als Pfleger Patienten auf der G unterstehenden Intensivstation tötet,

besteht ein innerer Zusammenhang zur betrieblichen Tätigkeit der G.¹⁰⁴ Eine Garantenstellung lässt sich daher auch aus der Geschäftsherrenhaftung herleiten.¹⁰⁵ Dass G trotz des begründeten Verdachts der durch P verübten Tötungen diesen weiterbeschäftigt, stellt objektiv wie auch subjektiv eine hinreichende Sorgfaltspflichtverletzung dar.

Schließlich müssten die Tötungen durch P der G auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein tatbestandlicher Erfolg, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.¹⁰⁶ Folglich müsste es sich bei der bloßen Weiterbeschäftigung des P um eine unerlaubte Gefahr handeln. Das Wissen der G um das bisherige Arbeitsverhalten des P begründet eine hinreichende Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der auf der Station befindlichen Patienten. Insbesondere in derart gefahrgeneigten Arbeitsbereichen wie einer Intensivstation genügt die bloße Tätigkeit des P bei einem entsprechend begründeten Verdacht.¹⁰⁷ Diese rechtlich missbilligte Gefahr müsste sich auch im Erfolg realisiert haben. Indes hat nicht G, sondern P die Patienten getötet. Ein Dazwischentreten Dritter unterbricht den Zurechnungszusammenhang dann, wenn die Gefahr nicht mehr im Rahmen der von ihm gesetzten Ausgangsgefahr liegt. Das ist regelmäßig bei einem grob sachwidrigen Verhalten des Dritten der Fall.¹⁰⁸ Zwar handelte P vorsätzlich, G war aber die durch P ausgehende Gefährdung ihrer Patienten bekannt. Auch bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass P dieses Verhalten zukünftig einstellt. Der unveränderten Weiterbeschäftigung des P war demnach die Gefahr weiterer Tötungen inhärent. Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs liegt folglich nicht vor. Die Tötungen von A, B und C sind G objektiv zurechenbar. G hat sich nach §§ 222, 13 Abs. 1 StGB der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht.

Fall 5b: Todesengel II¹⁰⁹

Nach einiger Zeit beschließt G, das Arbeitsverhältnis mit P doch zu beenden. Dabei stellt G dem P ein lobendes Arbeitszeugnis aus, worin das Arbeitsverhalten des P als „umsichtig“, „gewissenhaft“ sowie „überlegt und sachlich richtig“ beschrieben wird. Den dringenden Verdacht, dass P Patienten bewusst in reanimationsbedürftige Zustände versetzt, erwähnt G darin nicht, um den Ruf des Klinikums nicht zu schädigen. Kurze Zeit später findet P nach Vorlage des Arbeitszeugnisses eine neue Tätigkeit im Klinikum BB als Krankenpfleger. G verzichtet auch zu diesem Zeitpunkt darauf, die Strafverfolgungsbehörden zu informieren. P versetzt einige Wochen später Patienten im Klinikum BB in reanimati-

¹⁰³ BGH NJW 2012, 1237 (1238); OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 21.

¹⁰⁴ So auch *Brüning*, ZJS 2022, 119 (126); anders aber *Murmann*, AL 2022, 341 (346): „Aber die vorsätzliche Zweckentfremdung seiner berufsbedingten Möglichkeiten aus Motiven, die die professionellen Erwartungen geradezu in ihr Gegenteil verkehren, stellt kein typisches Risiko eines Klinikbetriebs dar.“

¹⁰⁵ Ergänzend ließe sich auf eine Garantenpflicht kraft Amtsträgereigenschaft (Anstalt des öffentlichen Rechts) hinweisen (so auch OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 26). Allgemeiner *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 31a.

¹⁰⁶ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 46.

¹⁰⁷ *Puppe*, JZ 2023, 359 (363).

¹⁰⁸ *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 169.

¹⁰⁹ Angelehnt an OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880.

onsbedürftige Zustände. Dabei sterben die Patienten E, F und H. Wieder vertraut G darauf, dass P nicht nach dem Muster fortfährt.
Strafbarkeit der G?

I. Ausstellung des Arbeitszeugnisses

Es stellt sich hinsichtlich der Ausstellung des sehr positiven Arbeitszeugnisses die Vorfrage, ob es sich um ein aktives Tun oder um ein Unterlassen handelt. Nach st.Rspr. wird zur Abgrenzung eines aktiven Tuns von einem Unterlassen auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abgestellt.¹¹⁰ Die Zeugniserstellung als solche erfüllt die arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers aus § 630 BGB bzw. § 109 GewO und könnte G daher nicht vorzuwerfen sein.¹¹¹ Pflichtwidrig könnte stattdessen die Nichterwähnung etwaiger Verdachtsmomente gegenüber P als strafbegründendes Unterlassen erscheinen.¹¹² Auch wenn auf die Nichterwähnung abgestellt wird, könnte auch dieser ein Erklärungswert beizumessen sein. So erhebt ein Arbeitszeugnis den Anspruch, die für den zukünftigen Arbeitgeber wesentlichen Informationen zu enthalten. Konkulent wird mit der Ausstellung des Arbeitszeugnisses daher auch die Vollständigkeit dessen behauptet.¹¹³ Zudem werden nach dem Bild eines schlüssigen Miterklärens solche Tatsachen behauptet, deren Gegenteil in einem logischen Widerspruch zum Inhalt der Erklärung stünden und die daher nicht *expressis verbis* zu äußern sind.¹¹⁴ G bescheinigte P ein „umsichtiges“, „gewissenhaftes“ sowie „überlegt und sachlich richtiges“ Arbeitsverhalten. Jener Beschreibung widerspricht der dringende Verdacht, Patienten vorsätzlich in lebensgefährdende Zustände zu bringen. Demnach ist die Nichterwähnung der entsprechenden Verdachtsmomente allein die notwendige Ergänzung dessen, was durch die Beschreibung eines „gewissenhaften“ Arbeitsverhaltens aktiv vorgespiegelt wurde. Mithin ist der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem aktiven Tun zu sehen.¹¹⁵

Die Ausstellung des Arbeitszeugnisses ist auch kausal für die Anstellung des P im Klinikum BB und damit für die nächste Tatgelegenheit. In dem Wissen um das Vorgehen des P handelt es sich bei der Ausstellung des Arbeitszeugnisses auch um eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit erneuter Tötungen durch den P.

Fraglich ist letztlich, ob die Tötungen im Klinikum BB der G auch objektiv zurechenbar sind. Fraglich ist nämlich, ob es der Schutzzweck der Wahrheitspflicht bzgl. Arbeitszeugnissen ist, die Sicherheit der Patienten beim neuen Arbeitgeber zu schützen. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Ausstellung eines wahrheitsgemäßen Arbeitszeugnisses lediglich Zwecke erfüllt, die sich auf den Arbeitnehmer und den neuen Arbeitgeber beziehen, nicht aber auf Patienten des neuen Arbeitgebers, wie sich auch aus der arbeitsrechtlichen Verpflichtung aus § 109 GewO, § 630 BGB ergibt.¹¹⁶ Daher

¹¹⁰ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 72. Aufl. 2025, Vor § 13 Rn. 17; BGH NJW 2009, 89 (91); kritisch dazu Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 79 ff.

¹¹¹ Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, GewO § 109 Rn. 1.

¹¹² So OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 11.

¹¹³ Murmann, AL 2022, 341 (343).

¹¹⁴ Kindhäuser/Hoven, in: NK StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 110.

¹¹⁵ Hillenkamp, MedR 2022, 637 (643 f.); Brüning, ZJS 2022, 119 (124 f.); im Ergebnis auch Puppe, JZ 2023, 359 (360 f.), die wiederum nicht auf das Kriterium des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit abstellt.

¹¹⁶ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 39 ff.; Murmann, AL 2022, 341 (346 f.); a.A. Brüning, ZJS 2022, 119 (125); ausführliche Kritik an der Restriktion durch den Schutzzweckzusammenhang bei Bock, wistra 2022, 441 (443 ff.); mit beachtlichen Gründen auch Puppe, JZ 2023, 359 (361 f.); sowie Hillenkamp, MedR 2022, 637 (644 f.).

fehlt es an einem Schutzzweckzusammenhang und eine Begehungsstrafbarkeit scheidet an der objektiven Zurechnung.

II. Unterlassene Meldung bei den Strafverfolgungsbehörden

Auch hinsichtlich der Tötungen im Klinikum BB ist – wie in Fall 5a – an eine fahrlässige Tötung durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 Abs. 1 StGB zu denken. Abweichungen zu Fall 5a könnten sich aber hinsichtlich der Garantspflicht der G ergeben. Hinsichtlich der Beschützergarantpflicht aus vertraglicher und tatsächlicher Übernahme ist aber zu sagen, dass G nur für die stationäre Behandlung im Klinikum AA, nicht im Klinikum BB verantwortlich ist. Gleiches steht auch einer Garantpflicht aus der sog. Geschäftsherrenhaftung entgegen.¹¹⁷ Die Verantwortlichkeit der G erstreckt sich gerade auf solche Mitarbeiter, die Handlungen verüben, während sie dem Herrschaftsbereich des Vorgesetzten angehören.¹¹⁸

Es könnte sich jedoch eine Garantpflicht ähnlich zu der eines Amtsträgers ergeben, wenn G durch Gesetz eine besondere Pflichtenstellung gegenüber der Allgemeinheit eingeräumt ist.¹¹⁹ Insofern ist es von Bedeutung, dass das Klinikum BB als eine Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert ist, was dafür sorgen könnte, dass die Einstandspflicht der G nicht auf den „eigenen Betriebsbereich“ begrenzt ist. Eine solch breit wirkende Einstandspflicht könnte darauf zurückgeführt werden, dass es gerade primärer Zweck einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist, Gesetze zu vollziehen.¹²⁰ Gleichwohl wird zum Teil angenommen, dass es einer Begrenzung der Garantpflicht anhand der Frage bedarf, was die Tätigkeit des Dienstherrn ist. Der Pflichtenumfang bestimme sich nach dem Zuschnitt des konkreten Dienstpostens und der von dem Verpflichteten übernommenen Aufgabe.¹²¹ Diese Aufgabe der G ist aber gerade auf die Versorgung der Patienten in Klinikum AA beschränkt.

Letztlich kommt eine Garantpflicht aus Ingerenz, also pflichtwidrigem Vorverhalten, in Betracht. Die Ausstellung des sehr guten Arbeitszeugnisses hat dabei die Gefahr geschaffen, dass P an einem neuen Arbeitsplatz Patienten in einen reanimierungsbedürftigen Zustand versetzt. Dieses Vorverhalten ist auch pflichtwidrig, verstößt das Arbeitszeugnis doch gegen den Wahrheitsgrundsatz. Eine Ingerenz-Garantpflicht entsteht aber nur dann, wenn zwischen der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und der Gefahr ein Zurechnungszusammenhang besteht. Dieser Zurechnungszusammenhang hätte sodann wieder Schutzzweckerwägungen zu berücksichtigen, sodass sich hier das Problem aus Fall 5a wiederholt: Die Verpflichtung, ein Arbeitszeugnis (wahrheitsgemäß) auszustellen, dient den Interessen des Arbeitgebers, aber nicht dem Schutz weiterer Patienten. Lässt man eine Begehungsstrafbarkeit (Zeugnisausstellung) also an einem fehlenden Schutzzweckzusammenhang scheitern, so fehlt es auch an einem solchen für die Ingerenzgarantstellung. Einer Unterlassungsstrafbarkeit fehlt es daher an einer Garantpflicht.

¹¹⁷ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 20.

¹¹⁸ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 21 f.

¹¹⁹ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 25.

¹²⁰ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 25.

¹²¹ OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880 Rn. 26.

Fortgeschrittenenübungsklausur: „MoPeG in 3D“

Prof. Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs, Ass. iur. Luca Marie Lennartz, Aachen*

Die Klausur mit mittlerem Schwierigkeitsgrad behandelt die Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Schuldrecht. Sie nimmt das am 24.6.2021 verabschiedete und am 1.1.2024 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)¹ in Bezug. Es geht schwerpunktmäßig um Fragen der wirksamen Vertretung der GbR, insbesondere des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Im schuldrechtlichen Teil spielt die Abgrenzung der Waren mit digitalen Elementen von digitalen Produkten und mithin die Bestimmung des maßgeblichen Sachmängelgewährleistungsrechts eine entscheidende Rolle.

Sachverhalt

Die Freunde A und B haben erfolgreich ihr Wirtschaftsinformatikstudium absolviert, wissen nun aber beide nicht, in welche Richtung sie sich beruflich entwickeln wollen. Um erst einmal Geld zu verdienen, schließen sie sich Anfang Januar 2025 zur IT Equipment GbR, die auf den Vertrieb von IT-Zubehör spezialisiert ist, zusammen. Um den Aufwand zunächst gering zu halten, richten sie einen alten Schuppen von As Vater her und bieten dort in der Folgezeit gebrauchtes IT-Zubehör an. Angestellte hat die GbR nicht. A und B haben auch weder einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag geschlossen noch haben sie sich Gedanken über Geschäftsführung und Vertretung gemacht. Nach einigen Wochen hat es sich so eingespielt, dass jeden Tag mindestens einer von ihnen vor Ort ist und in Abwesenheit des anderen die Kunden betreut.

Am 19.2.2025 ist A im Geschäft, als V vorbeikommt, der sich einen gebrauchten 3D-Drucker des Typs XA2024 anschaffen möchte, um seinen Kindern zuhause eine eigene Indoor-Spielwelt herzustellen. Er ist mit einem Preisschild mit der Aufschrift „Auslaufmodell, Preis 2.500 €“ ausgezeichnet. A und V steigen in die Vertragsverhandlungen ein, wobei es ausschließlich um den Preis, nicht dagegen um die gewünschte Verwendung des Druckers geht. Schnell wird klar, dass V nicht ansatzweise bereit ist, den vollen Preis zu zahlen. A hat dafür Verständnis, ist er doch seit längerer Zeit über die Masche des B, die Geräte mit überzogenen Preisen auszuzeichnen, verärgert. Kurz entschlossen bietet er V den Drucker daher für 800 € an, was der Hälfte des üblichen Marktpreises für gebrauchte 3D-Drucker dieses Typs entspricht. V wundert sich über diesen günstigen Preis und hat gewisse Bedenken, ob es sich hierbei noch um ein seriöses Angebot handelt. Dennoch erklärt er sich mit dem Preis einverstanden und nimmt den Drucker mit. Als B kurze Zeit später von dem Geschäft erfährt, ist er wenig begeistert. Da sich dieser spezielle Typ von 3D-Druckern aber immer schlechter verkauft, ist er am Ende froh, den „Ladenhüter“ losgeworden zu sein.

Als V anlässlich des Geburtstags seines Sohnes kurze Zeit später einen ersten Druckauftrag an den 3D-Drucker sendet, funktioniert dieser nicht. Es stellt sich heraus, dass die CAD-Software des

* Prof. Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs ist Professorin für Wirtschaftsrecht, insbesondere Handels-, Gesellschafts- und Internationales Privatrecht an der FH Aachen; Luca Marie Lennartz hat hier von Juni bis einschließlich August 2024 ihre Wahlstation absolviert. Herrn Niklas Maximilian Hausen, Stud. Mitarbeiter am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht der Universität Bonn (Prof. Dr. Nina Dethloff), danken wir für wertvolle Hinweise.

¹ BGBl. I 2021, S. 3436.

Druckers defekt ist. Dies hat zur Folge, dass der Drucker für V gänzlich unbrauchbar ist, da diese Art von Druckern nicht anderweitig eingesetzt werden kann, vor allem nicht für „einfache“ Druckaufträge. V nimmt sofort Kontakt mit der IT Equipment GbR auf und verlangt eine Reparatur bzw. Ersatzlieferung eines funktionierenden Geräts. Beides lehnt die GbR vehement ab. A räumt zwar ein, dass der Drucker durch das „Aufspielen“ einer funktionsfähigen Software vermutlich wieder vollständig einsatzbereit wäre und er dies vom Hersteller wohl auch verlangen könnte. Indes wäre mit Reparaturkosten von ca. 350 € zu rechnen. Die Beschaffung eines vergleichbaren, aber funktionsfähigen Druckers (objektiver Wert: 1.500 €) wäre noch aufwendiger, da Drucker dieses Modells nur noch schwer zu beschaffen seien.

V gibt sich mit dieser Auskunft nicht zufrieden und möchte Schadensersatz für den defekten Drucker geltend machen, indem er die Lieferung eines gleichwertigen, funktionsfähigen Geräts verlangt. Dabei plant er, ausschließlich den Gesellschafter A der IT Equipment-GbR in Anspruch zu nehmen, da ihm dieser am solventesten erscheint.

Fallfrage

Hat V einen Schadensersatzanspruch gegen A?

Lösungsvorschlag

I. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB i.V.m. § 721 S. 1 BGB	687
1. Anspruch entstanden	688
a) Bestehen einer rechtsfähigen GbR	688
aa) Gesellschaftsvertrag	688
bb) Rechtsfähigkeit	688
cc) Entstehung nach außen (§ 719 Abs. 1 BGB)	689
b) Wirksamer Abschluss eines Kaufvertrags mit V	689
aa) Angebot gem. § 145 BGB	690
bb) Wirksame Vertretung der GbR durch A (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB)	690
(1) Eigene Willenserklärung	690
(2) Im fremden Namen	690
(3) Mit Vertretungsmacht	691
(4) Umfang (Missbrauch der Vertretungsmacht)	692
(a) Kollusion	692
(b) Sonstige Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht	692
(c) Zwischenergebnis	694
(5) Annahme es V gem. § 147 BGB	694
(6) Zwischenergebnis	694
cc) Sachmangel	694

(1) Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB	695
(2) Bestimmung des Mangels gem. § 327e BGB?	695
(3) Mangel gem. § 475b BGB	696
(a) Anwendbarkeit der §§ 475b Abs. 1, 434 Abs. 1 BGB	696
(b) Subjektive Anforderungen (§ 475b Abs. 3 BGB)	696
(aa) Beschaffensvereinbarung (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB)	697
(bb) Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB)	697
(cc) Zubehör und Anleitungen (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB)	697
(c) Objektive Anforderungen.....	698
(d) Zwischenergebnis	698
dd) Bei Gefahrübergang	698
ee) Kein Ausschluss.....	699
ff) Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der (ganzen) Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB)	699
(1) Schuldverhältnis und Pflichtverletzung	699
(2) Pflichtverletzung	699
(3) Fristsetzung gem. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 475d BGB	699
(a) Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung	699
(b) Ausnahme gem. § 475d Abs. 2 BGB	700
(4) Vertretenmüssen gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.....	700
(5) Schaden	701
(6) Keine Unerheblichkeit.....	701
gg) Zwischenergebnis	701
c) Persönliche Haftung des A	701
2. Anspruch nicht untergegangen.....	702
3. Anspruch durchsetzbar	702
II. Ergebnis.....	702

I. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB i.V.m. § 721 S. 1 BGB

V könnte gegen den Gesellschafter A der IT Equipment GbR (im Folgenden: GbR) einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung i.H.v. 1.500 € für den 3D-Drucker gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB i.V.m. § 721 S. 1 BGB haben.

1. Anspruch entstanden

Zunächst müsste der Anspruch entstanden sein.

a) Bestehen einer rechtsfähigen GbR

Voraussetzung ist zunächst das Bestehen einer rechtsfähigen GbR.

aa) Gesellschaftsvertrag

Erforderlich ist gem. § 705 Abs. 1 BGB zunächst eine Einigung der Gesellschafter² über einen Gesellschaftsvertrag, in dem sie sich verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.³ A und B haben sich auf die Gründung der GbR mit dem Zweck des Vertriebs von IT-Zubehör verständigt. Dass der Vertrag nur mündlich geschlossen wurde, steht der wirksamen GbR-Gründung nicht entgegen. Vielmehr ist der Abschluss eines GbR-Gesellschaftsvertrags grundsätzlich formfrei möglich.⁴

bb) Rechtsfähigkeit

Die GbR müsste rechtsfähig sein. Rechtsfähigkeit setzt nach der in § 705 Abs. 2 BGB enthaltenen Legaldefinition voraus, dass die Gesellschaft selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Dies ist dann der Fall, wenn die GbR nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Der gemeinsame Wille kann sich ausdrücklich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, aber auch stillschweigend zum Ausdruck kommen.⁵ Sein Bestehen wird gem. § 705 Abs. 3 BGB (unwiderleglich⁶) vermutet, wenn der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen ist.⁷ Der Begriff des „unternehmerischen Betriebs“ umfasst – in Anlehnung an § 14 Abs. 1 BGB – die gemeinsame Ausübung sowohl einer gewerblichen als auch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit.⁸ Der Zweck der GbR war auf den Vertrieb von IT-Zubehör und folglich auf eine gewerbliche Tätigkeit i.S.v. § 14 BGB ausgerichtet. Darauf deutet bereits der gemeinsame Name IT Equipment GbR hin. Die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB zugunsten der Rechtsfähigkeit der GbR greift mithin ein.

Klausurhinweis: Das Erfordernis der „Teilnahme am Rechtsverkehr“ in § 705 Abs. 3 BGB ist insofern problematisch, als die Vorschrift des § 719 Abs. 1 BGB und mithin das tatsächliche Auftreten als eigenständiges Rechtssubjekt im Rechtsverkehr in Bezug genommen wird, obwohl es für § 705 Abs. 3 BGB allein auf das gemeinsame Willenselement ankommt.⁹ Die Verknüpfung der beiden Vorschriften

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform beinhaltet keine Wertung, sondern dient ausschließlich der sprachlichen Vereinfachung.

³ Der Vertragsschluss ist dabei ausdrücklich oder konkludent möglich: *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 705 Rn. 7; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 705 Rn. 5.

⁴ *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 705 Rn. 38 ff.

⁵ *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 705 Rn. 2.

⁶ *Bachmann*, NJW 2001, 3073 (3074).

⁷ Das Erfordernis des „gemeinschaftlichen Namens“ ist nicht mit § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB gleichzusetzen. *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 705 Rn. 54.

⁸ *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 705 Rn. 189.

⁹ *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 705 Rn. 53 m.w.N.

wird als überkomplex und praktisch nur schwer handhabbar kritisiert.¹⁰ Für die Falllösung ergibt sich die Schwierigkeit, in welcher Reihenfolge die Normen geprüft werden sollen. Teilweise wird die Ansicht vertreten, zunächst sei festzustellen, ob die GbR gem. § 719 Abs. 1 BGB als eigenständiges Rechtssubjekt im Rechtsverkehr aufgetreten und damit gegenüber Dritten entstanden sei; erst dann könne gem. § 705 Abs. 3 Hs. 1 BGB vermutet werden, dass die GbR zuvor als Rechtsträger errichtet worden sei.¹¹ Zu beachten ist indes, dass es – ausweislich des Wortlauts – für die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB ausschließlich auf den Gesellschafterwillen bezogen auf die Herbeiführung der Rechtsfähigkeit ankommt. Legt man dies zugrunde, so spricht viel dafür, in einem ersten Schritt das Entstehen der GbR im Innenverhältnis gem. § 705 BGB und, darauf aufbauend, zu prüfen, ob die GbR gem. § 719 Abs. 1 BGB auch nach außen entstanden ist. Ein solches Vorgehen entspricht im Übrigen der herkömmlichen Prüfungsreihenfolge des Entstehens einer OHG gem. § 123 Abs. 1 und 2 HGB.¹²

cc) Entstehung nach außen (§ 719 Abs. 1 BGB)

Fraglich ist, ob die GbR gem. § 719 Abs. 1 BGB auch wirksam nach außen, d.h. gegenüber Dritten, entstanden ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen wurde; die eGbR ist immer rechtsfähig.¹³

Hinweis: Anders als bei OHG (§ 123 Abs. 1 S. 1 HGB) und KG (§§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 1 S. 1 HGB) ist die Eintragung ins Gesellschaftsregister bei der GbR nicht konstitutiv. Vielmehr begründet § 707 Abs. 1 BGB lediglich eine Eintragungsoption („kann“).¹⁴ Es bestehen freilich „positive Anreize“¹⁵ für eine Eintragung, so z.B. die Wahl eines Vertragssitzes (§ 707 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BGB), die Registerpublizität (§ 707a BGB) und das Voreintragungsgebot.¹⁶

Der Sachverhalt enthält keinerlei Anhaltspunkte, die auf eine Eintragung der IT Equipment GbR ins Gesellschaftsregister hindeuten würden, sodass diese Variante ausscheiden muss. Gem. § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB entsteht eine GbR aber auch ohne Eintragung ins Gesellschaftsregister, wenn sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt. Die Vorschrift ist inhaltsgleich mit § 123 Abs. 1 S. 2 HGB. Sie setzt voraus, dass alle Gesellschafter an dem Auftritt der GbR nach außen beteiligt sind oder sich damit zumindest (konkudent) einverstanden erklären.¹⁷ A und B haben unmittelbar nach der Gründung der IT Equipment GbR damit begonnen, gebrauchtes IT-Zubehör zu vertreiben. Die Geschäftstätigkeit der GbR wurde aufgenommen. Die GbR ist gem. § 719 Abs. 1 BGB mithin wirksam nach außen hin entstanden.

b) Wirksamer Abschluss eines Kaufvertrags mit V

Die GbR müsste einen wirksamen Kaufvertrag mit V gem. § 433 BGB abgeschlossen haben. Dies setzt

¹⁰ *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 705 Rn. 47 f.; *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 705 Rn. 53.

¹¹ In diesem Sinne wohl *Schöne*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 705 Rn. 47 f.; *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 705 Rn. 2.

¹² Vgl. dazu nur *Haack/Müller*, Die TOP 55 Klausurfälle, Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2024, S. 89.

¹³ *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 705 Rn. 2.

¹⁴ *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 706 Rn. 1.

¹⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 128.

¹⁶ Im Einzelnen *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 707 Rn. 3; *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 707 Rn. 3.

¹⁷ *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 707 Rn. 4.

zwei miteinander korrespondierende und mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen – Angebot und Annahme – voraus, vgl. §§ 145, 147 BGB.¹⁸

aa) Angebot gem. § 145 BGB

Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche die erforderlichen essentialia negotii (Vertragsparteien, Kaufpreis und Kaufsache) enthält und die so bestimmt ist, dass die Annahme durch ein schlichtes „Ja“ möglich ist.¹⁹ Ein solches Angebot ist hier noch nicht in dem Preisschild für den 3D-Drucker über 2.500 € enthalten. Andernfalls würde sich die GbR gegenüber allen Personen binden, die das Angebot annehmen. Eine solche Verpflichtung könnte sie angesichts des begrenzten Vorrats nicht erfüllen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dem Verkäufer bei derartigen Preisschildern der erforderlich Rechtsbindungswille fehlt, sodass es sich lediglich um eine bloße „Aufforderung“ zu einem noch abzugebenden Angebot (invitatio ad offerendum) handelt.²⁰ Indes war es nicht V als Kunde, der ein Angebot abgegeben hat. Vielmehr lag ein solches in der Erklärung des A, den Drucker für 800 € verkaufen zu wollen. Die Erklärung enthält alle erforderlichen essentialia negotii, sodass das Zustandekommen des Vertrages grundsätzlich nur noch von der Zustimmung des V abhing.

bb) Wirksame Vertretung der GbR durch A (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB)

A müsste die GbR bei Abgabe des Angebots wirksam vertreten haben gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.²¹

(1) Eigene Willenserklärung

Dafür müsste A zunächst eine eigene Willenserklärung abgegeben haben.²² Bei der Erklärung, dass er den 3D-Drucker zu einem Preis von 800 € verkaufen möchte, handelt es sich um eine eigene Willenserklärung des A.

(2) Im fremden Namen

Diese müsste er auch im fremden Namen abgegeben haben (§ 164 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB). Es muss hinreichend deutlich werden, dass die betreffende Person nicht für sich selbst, sondern für die GbR handelt.²³ Im Zweifel ist die Willenserklärung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls auszulegen.²⁴ A hat nicht ausdrücklich im Namen der GbR gehandelt, als er das Angebot abgegeben hat. Da die Vertragsverhandlungen zwischen A und V aber in den Geschäftsräumen der GbR stattfanden, ist davon auszugehen, dass A die GbR verpflichten wollte („unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft“).²⁵ A handelte im fremden Namen.

¹⁸ Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 16 Rn. 5; Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 433 Rn. 1–3, 5.

¹⁹ BGH NJW 2006, 1972; ein Überblick zu den gängigsten Fallgruppen findet sich bei Brockmann/Menting, JA 2024, 885 (886 f.).

²⁰ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 2; Brockmann/Menting, JA 2024, 885 (887).

²¹ Sakowski, Grundlagen des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 2023, S. 84; Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2024, § 164 Rn. 1, 4; Wörlen/Metzler-Müller/Balleis, BGB AT, 16. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 354 f.; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 11 Rn. 2.

²² Wörlen/Metzler-Müller/Balleis, BGB AT, 16. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 354 f.

²³ Offenkundigkeitsprinzip; Servatius, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 16.

²⁴ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 130.

²⁵ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 11 Rn. 20; Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2024, § 164 Rn. 1a, Vorb. §§ 164 ff. Rn. 52.

(3) Mit Vertretungsmacht

Zuletzt müsste A mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vertretung der GbR ist in § 720 Abs. 1 BGB geregelt. Danach gilt, dass immer dann, wenn keine Regelung im Gesellschaftsvertrag enthalten ist, Gesamtvertretungsbefugnis besteht.²⁶ Das bedeutet, dass die Vertretungsbefugnis allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, d.h. für jedes Geschäft muss immer die Zustimmung aller eingeholt werden.²⁷ Überträgt man diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall, so folgt daraus, dass A und B nur gemeinsam hätten handeln dürfen. Zu beachten ist allerdings, dass abweichende Regelungen von diesem Grundsatz, z.B. in Form von Einzelvertretungsmacht, im Gesellschaftsvertrag möglich sind (§§ 720 Abs. 1 Hs. 2, 708 BGB).²⁸ Zudem sieht § 720 Abs. 2 BGB vor, dass einzelne vertretungsbefugte Gesellschafter zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte ermächtigt werden können (Gesamtvertreterermächtigung).²⁹ Auf diese Weise kann der Gesamtvertreter zugleich für alle Übrigen handeln und damit die Gesellschaft wirksam vertreten.³⁰

A und B haben keinerlei ausdrückliche Absprachen hinsichtlich der Vertretungsbefugnis getroffen. Laut Sachverhalt hatte es sich zwischen ihnen aber so abgespielt, dass jeden Tag mindestens einer von ihnen vor Ort war und in Abwesenheit des anderen die Kunden betreute.³¹ Dies kann als *konkludente* Einigung darüber angesehen werden, dass jeder von ihnen befugt sein sollte, alltägliche Geschäfte allein abzuschließen.³² Ob es sich dabei um einen Anwendungsfall des § 720 Abs. 1 Hs. 2 BGB oder des § 720 Abs. 2 BGB handelt, kann letztlich dahinstehen. Denn nach beiden Varianten ist eine derartige konkludente Einräumung von Einzelvertretungsbefugnis als zulässig zu erachten.³³ A handelte demnach mit Vertretungsmacht.

Klausurhinweis: Die Abgrenzung zwischen § 720 Abs. 1 Hs. 2 BGB und § 720 Abs. 2 BGB kann in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Auf den ersten Blick ist der Unterschied zwischen beiden Varianten rein dogmatischer Natur. So erfasst Abs. 1 Hs. 2 *sämtliche* Gesellschafter, die eine gesellschaftsvertragliche Modifizierung der gesetzlich vorgesehenen Gesamtvertretungsmacht vornehmen.³⁴ Demgegenüber adressiert Abs. 2 ausschließlich die *vertretungsberechtigten* Gesellschafter, die einem von ihnen rechtsgeschäftlich die Ermächtigung zum Alleinhandeln erteilen können.³⁵ Entscheidend ist, dass der Umfang der Gesamtvertretungsermächtigung gem. Abs. 2 begrenzt ist auf bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften.³⁶ Die Übertragung einer generellen, faktisch unbegrenzten Einzelvertretungsbefugnis ist dagegen nur durch Gesellschaftsvertrag und folglich nur in der Variante des Abs. 1 Hs. 2 möglich.³⁷ Mit Blick auf den vorliegenden Fall könnte insofern entweder davon ausgegangen werden, dass sich A und B als gesamtvertretungsbefugte Gesellschafter gem.

²⁶ Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 720, Rn. 3 f.

²⁷ Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 720, Rn. 3, 4.

²⁸ Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, BGB § 720 Rn. 2.

²⁹ Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, BGB § 720 Rn. 7; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 705 Rn. 8.

³⁰ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 705 Rn. 18.

³¹ Der Sachverhalt wurde an dieser Stelle inspiriert von Haack, Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2024, Beispiel auf S. 88.

³² Haack, Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2024, S. 88.

³³ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 20; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 705 Rn. 18.

³⁴ Servatius, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 19.

³⁵ Durch einseitige Willenserklärung Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 720 Rn. 18.

³⁶ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 720 Rn. 8.

³⁷ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 720 Rn. 8.

§ 720 Abs. 2 BGB konkludent und gegenseitig eine Ermächtigung zum Alleinhandeln – beschränkt auf alltägliche Geschäfte – erteilt haben. Alternativ könnte in der praktizierten Aufgabeverteilung auch eine konkludente gesellschaftsvertragliche Vereinbarung im Sinne der Einräumung einer umfassenden Einzelvertretungsbefugnis gem. § 720 Abs. 1 Hs. 2 BGB zu sehen sein.³⁸ Da der Abschluss eines Kaufvertrages beim Vertrieb von gebrauchtem IT-Zubehör als alltägliches Geschäft einzuordnen ist, führen beide Varianten im Ergebnis zur Bejahung der Vertretungsmacht des A.

(4) Umfang (Missbrauch der Vertretungsmacht)

Fraglich ist, ob A auch im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt hat. Gem. § 720 Abs. 3 S. 1 BGB erstreckt sich die Vertretungsbefugnis auf alle Geschäfte der Gesellschaft gegenüber Dritten.³⁹ Etwaige Beschränkungen (im Innenverhältnis) des Umfangs der Vertretungsmacht sind Dritten gegenüber unwirksam (S. 2).⁴⁰ Der Abschluss des Kaufvertrages über den 3D-Drucker fällt zweifellos in den Anwendungsbereich der Vorschrift. Problematisch ist allerdings, dass A, laut Sachverhalt, mit 800 € einen Preis angesetzt hat, der der Hälfte des ursprünglichen Marktpreises für Drucker dieses Typs entspricht. A könnte seine Vertretungsmacht daher *missbräuchlich* überschritten haben mit der Folge, dass der Geschäftsgegner aus dem formal durch die Vertretungsmacht gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte herleiten kann.⁴¹

(a) Kollusion

Dies wäre dann der Fall, wenn A und V beim Abschluss des Kaufvertrages *kollusiv* zusammengewirkt hätten.⁴² Eine Kollusion setzt das „bewusste und gewollte Zusammenwirken“ von Vertreter und Vertragspartner voraus, das bezweckt, den Vertretenen zu schädigen.⁴³ Anhaltspunkte dafür, dass A und V bewusst und gewollt zum Nachteil der GbR zusammengewirkt haben, lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

(b) Sonstige Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht

Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liegt des Weiteren vor, wenn das Handeln des Vertreters im Rahmen des „rechtlichen Könnens“ das „rechtliche Dürfen“ überschreitet.⁴⁴ Vorausgesetzt wird das Vorliegen der objektiven *Evidenz* des Pflichtverstoßes, wobei es nicht erforderlich ist, dass der Vertreter zum Nachteil des Vertretenen handelt.⁴⁵ Zudem darf der Dritte nicht schutzwürdig sein.⁴⁶ Dies ist nach h.M. dann der Fall, wenn der Vertragspartner Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom Überschreiten der Vertretungsmacht hatte.⁴⁷ Dies ist anzunehmen, wenn sich nach den Umständen

³⁸ Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 720 Rn. 8.

³⁹ Zur Neuerung aufgrund der Reform des Personengesellschaftsrechts *Servatius*, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 21 ff.

⁴⁰ Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 720 Rn. 8.

⁴¹ BGH NZG 2024, 452 (455); BGH NZG 2021, 239 (240 Rn. 9); BGH NZG 2006, 626 (627 Rn. 2).

⁴² Ellenberger, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 164 Rn. 14.

⁴³ In diesem Fall ist das Rechtsgeschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig: BGH NJW 1999, 2883; Schmidt, BGB Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2022, Rn. 878; Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 167 Rn. 50.

⁴⁴ Schmidt, BGB Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2022, Rn. 725–729, 871.

⁴⁵ BGH NZG 2006, 626; Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 236.

⁴⁶ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 26 Rn. 4 f.

⁴⁷ BGHZ 50, 112 (114); Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 167 Rn. 52; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 116; Servatius, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 24.

das Vorliegen eines Missbrauchs nahezu „aufdrängen“ musste.⁴⁸ Nach Ansicht des BGH besteht auf Seiten des Vertragspartners unter diesen Umständen eine Erkundigungsobliegenheit.⁴⁹

Hinweis: Der Missbrauch der Vertretungsmacht ist eine Fallgruppe des treuwidrigen Verhaltens gem. § 242 BGB.⁵⁰ Insbesondere von der (älteren) Rechtsprechung wurde – zu den handelsrechtlichen Vollmachten – die Ansicht vertreten, dass zumindest der Vertreter⁵¹ vorsätzlich gehandelt haben muss.⁵² Dafür spreche, dass die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht erhöhte Anforderungen zum Schutz des Vertrauens des Geschäftspartners nach sich zieht.⁵³ Zu beachten ist allerdings, dass der Schutzbedürftigkeit mittlerweile durch das Evidenzkriterium Rechnung getragen wird.⁵⁴ Gegen weitergehende Anforderungen an das Vertreterhandeln spricht im Übrigen der Umstand, dass die Grenzen zur Kollusion auf diese Weise verschwimmen würden.⁵⁵ Auch ist ein (beiderseitiges) Verschulden für die Bejahung der Treuwidrigkeit nicht erforderlich.⁵⁶

Indem A mit 800 € einen Preis ansetzte, der unter dem Marktwert für 3D-Drucker liegt, ist zunächst davon auszugehen, dass er die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschritten hat, sodass ein objektiver Pflichtverstoß bejaht werden kann. Auf Seiten des V bestanden aufgrund der erheblichen Unterschreitung des Marktpreises – laut Sachverhalt – auch begründete Zweifel, ob es sich noch um ein „seriöses Angebot“ handelte. Insofern ließe sich einerseits argumentieren, die Überschreitung der Vertretungsmacht habe sich ihm gleichsam „aufgedrängt“, sodass er genauer hätte nachfragen müssen. Andererseits liegt eine 50 %ige Abweichung in der Preisgestaltung noch im Rahmen des dem Vertreter üblicherweise zustehenden Verhandlungsspielraums⁵⁷, zumal A hier in seiner Funktion als Geschäftsführer handelte und zu Preisverhandlungen offensichtlich befugt war. Im Übrigen handelte es sich bei dem 3D-Drucker nicht um einen wesentlichen Vermögensgegenstand der Gesellschaft⁵⁸, sodass eine Erkundigungsobliegenheit seitens des V fernliegend erscheint. Folgt man dieser Argumentation, so liegt kein Missbrauch der Vertretungsmacht vor.

Klausurhinweis: Eine andere Ansicht ist hier mit Verweis darauf, dass dem V die Unterschreitung des üblichen Marktpreises bekannt war, vertretbar. In diesem Fall kommt es zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB analog mit der Folge, dass der Vertrag zunächst schwebend unwirksam ist.⁵⁹ Die Wirksamkeit des Vertrages hängt gem. § 177 Abs. 1 BGB analog von der Genehmigung des Vertretenen ab. Gem.

⁴⁸ Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 167 Rn. 51; Ellenberger, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 164 Rn. 14; Servatius, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 24.

⁴⁹ BGH NJW 2017, 3373 (3374 Rn. 20); BGH NZG 2019, 505 (510 Rn. 42); BGH NZG 2024, 452 (456 Rn. 35).

⁵⁰ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 230.

⁵¹ Zum Vorsatzerfordernis auf Seiten des Geschäftspartners OLG Saarbrücken BeckRS 2025, 09736.

⁵² BGH NJW 1990, 384 (384 f.); BGH NJW 1968, 1379.

⁵³ BGH NJW 1990, 384 (384 f.); BGH NJW 1968, 1379.

⁵⁴ Ellenberger, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 164 Rn. 14; K. Schmidt/Drescher, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 126 Rn. 22.

⁵⁵ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 233 ff.

⁵⁶ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 233 ff.

⁵⁷ Etwas anderes gilt nur, wenn die Preisgestaltung weitgehend dem Vertragspartner überlassen wird; dazu Hillmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 126 a.F. Rn. 22.

⁵⁸ Zur Übertragung einer Immobilie, die wesentlicher Vermögensgegenstand einer GmbH ist, jüngst BGH NZG 2024, 452 (457); siehe auch BGH NZG 2019, 505 (507).

⁵⁹ Ellenberger, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 164 Rn. 14b.

§ 184 Abs. 1 BGB wirkt die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.⁶⁰ Bei Personengesellschaften ist allerdings fraglich, wer genehmigen muss. Für den Fall der Gesamtvertretung hat der BGH insoweit entschieden, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigung der anderen vertretungsberechtigten Person(en) abhängt.⁶¹ Mit Blick auf den vorliegenden Fall wurde bereits festgestellt, dass A und B eine – umfassende bzw. auf alltägliche Geschäfte beschränkte – Einzelvertretungsberechtigung vereinbart haben. Dies würde eigentlich bedeuten, dass A das Rechtsgeschäft allein genehmigen dürfte.⁶² In der Konsequenz könnte er auf diese Weise freilich seinen eigenen Missbrauch der Vertretungsmacht genehmigen, was wiederum gegen § 242 BGB verstoßen dürfte. In den Fällen der Einzelvertretungsbefugnis erscheint es demnach naheliegend, die oben genannten Rechtsprechungsgrundsätze dahingehend zu übertragen, als das Rechtsgeschäft der Genehmigung des *anderen* vertretungsberechtigten Gesellschafters bedarf. Laut Sachverhalt war B, nachdem er von dem Geschäft mit V Kenntnis erlangt hatte, froh, den 3D-Drucker losgeworden zu sein. Dies lässt sich als nachträgliche konkludente Zustimmung zum Vertragsschluss einordnen. Die Voraussetzungen einer nachträglichen Genehmigung lägen demnach vor.

(c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Vertretungsmacht des A (bzw. die nachträgliche Genehmigung durch B) zu bejahen.

(5) Annahme es V gem. § 147 BGB

Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wodurch der Erklärende sich mit dem zuvor erklärten Angebot einverstanden erklärt.⁶³ Indem V sich mit dem Angebot des A einverstanden erklärt, liegt eine Annahme i.S.d. § 147 BGB vor.

(6) Zwischenergebnis

Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und der GbR gem. § 433 BGB liegt vor.

cc) Sachmangel

Aufgrund der defekten Software könnte der 3D-Drucker mangelhaft sein gem. § 434 BGB. Ein Mangel ist grundsätzlich jede Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit.⁶⁴ Fraglich ist allerdings, welches Sachmängelgewährleistungsrecht zur Anwendung kommt. Vor dem Hintergrund, dass es sich um einen digitalen Drucker handelt, der individuelle 3D-Modelle herstellen kann, könnte es sich um eine Ware mit digitalen Elementen i.S.v. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB handeln, sodass sich die Mangelhaftigkeit nach den §§ 475b Abs. 1, 434 BGB richten würde. In Betracht käme allerdings auch die Einordnung als digitales Produkt gem. § 327 Abs. 1 und 2 BGB mit der Folge, dass die Mangelhaftigkeit gem. § 327e BGB bestimmt werden müsste.

⁶⁰ Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 32 Rn.3 f.; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 22 Rn. 6, § 26 Rn. 2.

⁶¹ BGH NJW 2010, 861 (862).

⁶² Aufgrund der Alleinvertretungsermächtigung wäre der Schutzzweck des § 181 BGB nicht tangiert; im Einzelnen Servatius, GbR, Kommentar, 2023, BGB § 720 Rn. 19; ders., in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, BGB § 720 Rn. 9.

⁶³ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 8 Rn. 22.

⁶⁴ Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 18. Aufl. 2023, Rn. 793.

Hinweis: §§ 327 ff. BGB wurden zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie eingeführt.⁶⁵

Sowohl § 327e BGB als auch §§ 434, 475b BGB setzen zunächst einen Verbrauchervertrag voraus (vgl. §§ 327a Abs. 1 und 3 BGB und § 475b Abs. 1 BGB). Einer Abgrenzung zwischen beiden Vorschriften bedürfte es folglich nur dann, wenn ein solcher vorliegen würde.

(1) Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB

Ein Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB setzt einen Vertrag zwischen einem Verbraucher (vgl. § 13 BGB) und einem Unternehmer (vgl. § 14 Abs. 1 BGB) voraus. Nach den Legaldefinitionen in §§ 13 und 14 BGB handelt es sich bei Verbrauchern um natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließen, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, wohingegen Unternehmer juristische Personen bzw. rechtsfähige Personengesellschaften sind, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handeln.

V erwirbt für sich privat von der GbR einen digitalen 3D-Drucker, um seinen Kindern zuhause eine eigene Indoor-Spielwelt herzustellen. Er ist mithin Verbraucher. Die GbR ist rechtsfähige Personengesellschaft (§ 705 Abs. 2 BGB) und handelte bei dem Vertrieb von IT-Zubehör gewerblich.

Ein Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB liegt vor, sodass es der Abgrenzung zwischen §§ 327e und 475b BGB bedarf.

(2) Bestimmung des Mangels gem. § 327e BGB?

Der Mangel könnte gem. § 327e BGB zu bestimmen sein. Dazu müsste es sich um einen Verbrauchervertrag, welcher die Bereitstellung eines digitalen Inhalts oder digitaler Dienstleistung (digitales Produkt) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand hat, handeln (§ 327 Abs. 1 S. 1 BGB). Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB), digitale Dienstleistungen sind solche, die dem Verbraucher unter anderem die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten (vgl. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB) oder die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstiger Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen (vgl. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB).⁶⁶ Laut Erwägungsgrund 26 der Digitale-Inhalte-Richtlinie wird zwar die Bereitstellung elektronischer Dateien im Rahmen eines 3D-Drucks von Waren als digitaler Inhalt angesehen, nicht jedoch die Rechte und Verpflichtungen im Zusammenhang mit Waren, die unter Verwendung der 3D-Druck-Technologie hergestellt wurden.⁶⁷ Danach können z.B. CAD-Dateien für 3D-Drucker ein digitales Produkt sein, der Drucker selbst und die mit ihm produzierten Gegenstände hingegen nicht.⁶⁸

Mit Blick auf den vorliegenden Fall war – laut Sachverhalt – zwar die CAD-Software defekt. Diese hat V indes nicht separat, sondern als notwendigen Bestandteil des 3D-Druckers erworben. Dementsprechend bezieht sich der von V geltend gemachte Mangel auch nicht auf die CAD-Dateien, sondern auf den 3D-Drucker als Gerät. Anhaltspunkte für eine – externe – digitale Dienstleistung bestehen ebenfalls nicht. Somit bemisst sich die Mangelhaftigkeit im vorliegenden Fall *nicht* nach § 327e BGB.

⁶⁵ Richtlinie (EU) 2019/770; Wörten/Metzler-Müller/Balleis, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2023, Kap. 2 Rn. 110.

⁶⁶ Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 6–8.

⁶⁷ Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 7.

⁶⁸ Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 7.

Klausurhinweis: Wollte man dies anders sehen und darauf abstellen, dass die defekten CAD-Dateien ein digitales Produkt (in Form eines digitalen Inhalts) darstellen, so wäre die Anwendung von § 327e BGB gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen, da es sich um einen Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB handelt (siehe sogleich unter (3) (a)).

(3) Mangel gem. § 475b BGB

(a) Anwendbarkeit der §§ 475b Abs. 1, 434 Abs. 1 BGB

Der Mangel könnte sich gem. §§ 475b Abs. 1, 434 Abs. 1 BGB bestimmen. Das wäre nach dem Wortlaut des § 475b Abs. 1 BGB dann der Fall, wenn es sich um einen Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB handeln würde. Gem. der Legaldefinition in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB sind damit Kaufverträge gemeint, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können (Ware mit digitalen Elementen).⁶⁹ Bei dem 3D-Drucker handelt es sich zunächst um einen beweglichen körperlichen Gegenstand i.S.v. Art. 2 Nr. 3 Digitale-Inhalte-Richtlinie und mithin um eine Ware. Um mit dem 3D-Drucker ein 3D-Modell von Grund auf zu entwerfen, ist zudem eine spezielle und nur für diesen Typ des Druckers zugelassene CAD-Software erforderlich. Ohne Verwendung dieser Spezialsoftware ist der Drucker gänzlich unbrauchbar, da ein anderweitiger Einsatz, z.B. für „einfache“ Druckaufträge, ausgeschlossen ist. Somit handelt es sich um einen Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB. Der 3D-Drucker wird auch von der GbR als Unternehmerin bereitgestellt i.S.v. § 475b Abs. 1 S. 1 BGB.

Hinweis: Sofern die Ware ohne das digitale Produkt nicht funktioniert, wie beispielsweise bei Smartphones, PCs oder Smart Watches, ist das Sachmängelgewährleistungsrecht gem. §§ 475b ff. BGB anwendbar, wenn die digitalen Inhalte oder die digitalen Dienstleistungen unter dem Kaufvertrag über die Ware mit digitalen Elementen bereitgestellt werden (vgl. Vermutung des § 327a Abs. 3 S. 2 BGB).⁷⁰ Sofern die Ware ohne das digitale Produkt trotzdem funktioniert, wie z.B. bei einem Kühlschrank samt automatischer Bestellung beim nächsten Supermarkt oder einem Auto samt Navi, greifen §§ 327 ff. BGB ein und das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht findet keine Anwendung.⁷¹

(b) Subjektive Anforderungen (§ 475b Abs. 3 BGB)

Zunächst ist fraglich, ob der 3D-Drucker den subjektiven Anforderungen entspricht gem. §§ 475b Abs. 3, 434 Abs. 2 BGB.

Hinweis: Nach der letzten Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2022 herrscht nun Gleichrang zwischen den subjektiven Anforderungen (§ 434 Abs. 2 BGB), den objektiven Anforderungen (§ 434 Abs. 3

⁶⁹ Dubovitskaya, MMR 2022, 3; BT-Drs. 19/27653, S. 46; Steinrötter, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 327a Rn. 21.

⁷⁰ Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327a Rn. 11–13; Steinrötter, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 327a Rn. 29, 30; Zeres, Bürgerliches Recht, 10. Aufl. 2022, S. 231, 280.

⁷¹ BT-Drs. 19/27424, S. 30, 31; Kirchhefer-Lauber, JuS 2021, 921 (921 f.); Steinrötter, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 327a Rn. 28.

BGB) und den Anforderungen an eine Montageanleitung/Installationsanforderung (§ 434 Abs. 4 BGB).⁷² Dies dient der Umsetzung der sog. Warenkauf-Richtlinie⁷³, welche durch das „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrages“⁷⁴ vom 25.6.2021 umgesetzt wurde.

Die Sache entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB), sich für die für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB) und mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen übergeben wird (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB).

Hinweis: Die drei Voraussetzungen des § 434 Abs. 2 S. 1 BGB müssen grundsätzlich kumulativ vorliegen.⁷⁵

(aa) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB)

Die Parteien könnten zunächst eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB vorgenommen haben. Die Vereinbarung kann ausdrücklich und stillschweigend erfolgen.⁷⁶ An das Vorliegen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen; es soll nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Parteien hätten vereinbart, dass die Sache die normale Beschaffenheit aufweise.⁷⁷ Die Parteien haben keinerlei – auch nicht stillschweigende – Vereinbarung über die konkrete Beschaffenheit des 3D-Druckers getroffen.

(bb) Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB)

Der 3D-Drucker könnte sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB). Vertraglich vorausgesetzt ist eine Verwendung, wenn der Käufer diese dem Verkäufer spätestens bei Vertragsabschluss zu verstehen gegeben hat und der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt.⁷⁸ Von dem Umstand, dass V mittels 3D-Drucker für seine Kinder eine eigene Indoor-Spielwelt durch das Erstellen von individuellen 3D-Modellen herstellen wollte, hatte A keine Kenntnis. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB scheidet somit aus.

(cc) Zubehör und Anleitungen (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB)

Allerdings könnte § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vorliegen, wenn es sich bei der Software um Zubehör handelt. Unter Zubehör werden Gegenstände subsumiert, die nach der vertragsgemäßen Bestimmung für digitale Produkte erforderlich sind.⁷⁹ Das Zubehör ist dann mangelhaft, wenn es selber mangelbehaftet ist oder wenn es zum bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht geeignet ist.⁸⁰ Da es sich bei § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB um eine weitere subjektive Anforderung handelt, ist allerdings eine ver-

⁷² Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 434 Rn. 1; BT-Drs. 14/6040, S. 211; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 3 Rn. 5.

⁷³ RL (EU) 2019/771.

⁷⁴ BGBI. I 2021, S. 2133.

⁷⁵ Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 434 Rn. 41.

⁷⁶ Weidenkaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 434 Rn. 14.

⁷⁷ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 434 Rn. 33.

⁷⁸ Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 3 Rn. 29.

⁷⁹ Weidenkaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 434 Rn. 22.

⁸⁰ Weidenkaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 434 Rn. 23.

tragliche Abrede zwischen den Parteien erforderlich.⁸¹ Selbst wenn man die CAD-Dateien des 3D-Druckers als Zubehör charakterisieren wollte, würde ein Eingreifen von Nr. 3 daran scheitern, dass sich die Parteien über dieses Zubehör nicht geeinigt haben. § 434 Abs. 2 S. 1 BGB scheidet hier in allen Varianten aus.

(c) Objektive Anforderungen

Fraglich ist, ob der 3D-Drucker den objektiven Anforderungen entspricht. Dies bestimmt sich nach §§ 475b Abs. 4, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1–4 BGB, wobei es ausreicht, wenn bereits *eine* der Voraussetzungen des § 434 Abs. 3 BGB nicht vorliegt.⁸²

Die Sache entspricht den objektiven Anforderungen bereits dann nicht, wenn sie sich nicht für die *gewöhnliche Verwendung* eignet (vgl. §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB). § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB bestimmt sich dabei nach der Verkehrsanschauung und Vergleichen zu Gegenständen der gleichen Gattung.⁸³ Die gewöhnliche Verwendung eines 3D-Druckers besteht darin, individuelle 3D-Modelle herzustellen. Dies ist nur mit einer passgenauen und funktionierenden Software möglich. Ohne diese Software ist der Drucker – laut Sachverhalt – unbrauchbar. Insbesondere kann er nicht anderweitig, z.B. für „einfache“ Druckaufträge, eingesetzt werden. Ein Herstellen war von 3D-Modellen angesichts der defekten Software nicht möglich mit der Folge, dass der Drucker für V nicht verbrauchstauglich war.

Klausurhinweis: Sieht man Nr. 1 als nicht erfüllt an, ist nach Nr. 2 zu prüfen, ob die objektiven Anforderungen deswegen nicht erfüllt sind, weil der 3D-Drucker nicht die übliche Beschaffenheit, die der Käufer erwarten kann⁸⁴, aufweist. Dies ist hier der Fall: Bei einem 3D-Drucker dieses Typs darf der Käufer üblicherweise erwarten, dass er damit individuelle 3D-Modelle herstellen kann. Charakterisiert man die Software als Zubehör des 3D-Druckers, so wäre darüber hinaus auch Nr. 3 einschlägig.

(d) Zwischenergebnis

Der 3D-Drucker entspricht jedenfalls nicht den objektiven Anforderungen, die bei einer gewöhnlichen Verwendung erwartet werden können. Ein Mangel gem. § 434 Abs. 1 und 3 S. 1 Nr. 1 BGB liegt demnach vor.

dd) Bei Gefahrübergang

Der Mangel müsste bei Gefahrübergang vorgelegen haben (§§ 446, 447 BGB). Grundsätzlich gilt gem. § 446 Abs. 1 S. 1 BGB, dass mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht. Im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs gelten jedoch Besonderheiten, insbesondere eine Beweislastumkehr bei Waren mit digitalen Inhalten (§ 477 Abs. 1 BGB).⁸⁵ Ist bei Waren mit digitalen Elementen die dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente im Kaufvertrag vereinbart und zeigt sich ein von den vertraglichen Anforderungen nach § 434 BGB oder § 475b BGB abweichender Zustand der digitalen Elemente wäh-

⁸¹ Zum Erfordernis der vertraglichen Abrede *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 434 Rn. 83.

⁸² *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 434 Rn. 90.

⁸³ *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 3 Rn. 32; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 434 Rn. 97.

⁸⁴ *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 434 Rn. 27.

⁸⁵ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 7 Rn. 2.

rend der Dauer der Bereitstellung oder innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren seit Gefahrübergang, so wird vermutet, dass die digitalen Elemente während der bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft waren (vgl. § 477 Abs. 2 BGB). Voraussetzung ist mithin zunächst ein Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen. Dies war hier der Fall (siehe oben 1. b)). Darüber hinaus muss die „dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente“ i.S.v. § 327 Abs. 1 S. 3 BGB vereinbart worden sein. Es ist zwar davon auszugehen, dass die CAD-Spezialsoftware zusammen mit dem 3D-Drucker zur Verfügung gestellt wurde. Dass die GbR als Verkäuferin eine weitergehende Verpflichtung dahingehend, V die Software fortlaufend, z.B. durch regelmäßige Systemupdates, bereitzustellen, übernehmen wollte, lässt sich dem Sachverhalt aber nicht entnehmen.⁸⁶ Es greift mithin § 477 Abs. 1 BGB, wonach zu vermuten ist, dass der Mangel der Software bereits im Zeitpunkt der Übergabe des 3D-Druckers vorhanden war.

ee) Kein Ausschluss

Für einen vertraglichen Ausschluss des Schadensersatzanspruchs gibt es keine Anhaltspunkte.

ff) Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der (ganzen) Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB)

(1) Schuldverhältnis und Pflichtverletzung

Das erforderliche Schuldverhältnis liegt in dem zwischen V und der GbR abgeschlossenen Kaufvertrag.

(2) Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung besteht in der Übergabe des mangelhaften 3D-Druckers (§ 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB).

(3) Fristsetzung gem. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 475d BGB

V müsste der GbR gem. § 281 Abs. 1 BGB erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung bzw. Nacherfüllung gesetzt haben.⁸⁷

(a) Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung

Voraussetzung für die Fristsetzung ist, dass V Schadensersatz *statt der Leistung* i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB – und nicht *neben* der Leistung – geltend macht.⁸⁸ Schadensersatz statt der Leistung kann begehrt werden, wenn das Äquivalenzinteresse und nicht das Integritätsinteresse des Gläubigers beeinträchtigt ist.⁸⁹ Dies ist durch Vornahme einer hypothetischen Betrachtung immer dann der Fall, wenn der Schaden durch eine (fiktive) Nacherfüllung durch den Verkäufer abgewendet werden könnte.⁹⁰ Eine

⁸⁶ Zur Abgrenzung zwischen einmaliger und fortlaufender Bereitstellung siehe *Herresthal*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 327e Rn. 10.

⁸⁷ *Schmidt*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, Rn. 720.

⁸⁸ *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 437 Rn. 68–69; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2024, § 27 Rn. 2; *Jousen*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 572.

⁸⁹ *Sakowski*, Grundlagen des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 2023, S. 111; *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2024, § 437 Rn. 75 f.

⁹⁰ *Schmidt*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, Rn. 734; *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 437 Rn. 68–69.

Nacherfüllung käme in Form einer Ersatzlieferung eines mangelfreien 3D-Druckers, d.h. inklusive einer funktionierenden Software, in Betracht. Indem der Schaden durch eine derartige hypothetische Nacherfüllung hätte vermieden werden können, ist das Äquivalenzinteresse betroffen.

Klausurhinweis: Alternativ wäre denkbar, den 3D-Drucker durch eine entsprechende „Reparatur“ der Software, d.h. Aufspielen einer neuen Software, wieder vollständig einsatzbereit zu machen. V hat hier allerdings explizit eine Ersatzlieferung verlangt.

Somit liegt ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung vor, sodass eine angemessene Fristsetzung gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich ist. Laut Sachverhalt hat V der GbR allerdings keine Frist gesetzt.

(b) Ausnahme gem. § 475d Abs. 2 BGB

Gem. § 475d Abs. 2 BGB i.V.m. § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf es bei einem Verbrauchsgüterkauf der in § 281 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehenen Fristsetzung nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat. Das gleiche gilt gem. § 475d Abs. 2 und 1 Nr. 4 BGB auch dann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung verweigert hat. V hat die GbR unmittelbar, nachdem er Kenntnis von dem Mangel des Druckers erlangt hat, kontaktiert und die Lieferung eines mangelfreien 3D-Druckers verlangt. Dies hat A vehement abgelehnt. Auch eine Reparatur (§ 439 Abs. 1 BGB) hat er nicht angeboten, sodass die Nacherfüllung endgültig verweigert wurde. Führt man sich vor Augen, dass A die GbR hier wirksam vertreten hat, kann man der GbR seine Erklärung gem. § 164 Abs. 1 BGB analog zurechnen.⁹¹ Einer Fristsetzung bedurfte es somit nicht.

(4) Vertretenmüssen gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Die GbR müsste die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Bestehen einer Pflichtverletzung grundsätzlich vermutet. Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, soweit eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Wie gezeigt, bestand die Pflichtverletzung hier in der Bereitstellung eines 3D-Druckers mit einer defekten Software (Schlechtleistung gem. § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB). Allerdings ist zu bedenken, dass die GbR – laut Sachverhalt – den Drucker nur zum Kauf angeboten hat. Weder hat sie den 3D-Drucker hergestellt noch die entsprechende Software aufgespielt. Die defekte Softwareinstallation wurde mithin mutmaßlich durch den (unbekannten) Hersteller des 3D-Druckers verschuldet. Dessen Verschulden müsste sich die GbR möglicherweise gem. § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen.⁹² Auf welche Pflichtverletzung sich das Vertretenmüssen beim Schadensersatz statt der Leistung beziehen muss, ist indes umstritten. Während zum Teil vertreten wird, dass sich das Vertretenmüssen stets auf die Verletzung der Hauptpflicht bezieht⁹³, stellen andere ausschließlich auf den Nacherfüllungsanspruch ab.⁹⁴ Nach h.M. soll es entweder auf den Mangel oder die Nacherfüllungspflicht ankommen.⁹⁵ Dafür spricht, dass

⁹¹ Ebenso *Mittwoch/Elste*, JuS 2023, 487 (491).

⁹² Für einen solchen Fall siehe *Mittwoch/Elste*, JuS 2023, 487 (491).

⁹³ BGH NJW 2015, 2244.

⁹⁴ BGHZ 195, 135; *Ulber*, in: Erman, BGB, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 280 Rn. 71; *Baberske*, JA 2018, 96 (101); für ein kumulatives Abstellen auf beide Pflichten *Tetenberg*, JA 2009, 1 (1 f.).

⁹⁵ *Bach*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 437 Rn. 287.

die Nacherfüllung bloße Folge der Schlechtleistung ist. Außerdem nimmt § 280 Abs. 1 S. 2 BGB pauschal auf eine „Pflichtverletzung“ i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB Bezug, sodass beides gemeint sein kann.⁹⁶ Die GbR hat, wie gezeigt, jedenfalls ihre Pflicht zur Nacherfüllung aus § 475d Abs. 2 BGB i.V.m. § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB ohne erkennbaren Grund und mithin wenigstens fahrlässig verletzt, sodass die Prüfung einer möglichen Verschuldenszurechnung gem. § 278 S. 1 BGB entbehrlich ist.

(5) Schaden

Zuletzt müsste auch ein Schaden i.S.v. §§ 249 ff. BGB entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße und bemisst sich nach der Differenzhypothese.⁹⁷ Für die Bestimmung des Schadens ist relevant, wie der Gläubiger stünde, wenn der Schuldner die Leistung spätestens zum Fristablauf/zum Zeitpunkt, der die Fristsetzung entbehrlich macht, erbracht hätte.⁹⁸ Hätte die GbR im Rahmen ihrer Nacherfüllungspflicht einen anderen 3D-Drucker mit einer funktionsfähigen Software zur Verfügung gestellt – bzw. alternativ die Software neu aufspielen lassen – hätte V einen funktionsfähigen 3D-Drucker im objektiven Wert von 1.500 € gehabt. Es wäre mithin kein Schaden in dieser Höhe entstanden. Die schuldhafte Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht war für die Entstehung des Schadens auch kausal.

(6) Keine Unerheblichkeit

Gem. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB darf die Pflichtverletzung beim Schadensersatz statt der Leistung nicht unerheblich sein. Die Erheblichkeit einer Pflichtverletzung ist dabei im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall zu bestimmen, unter besonderer Berücksichtigung der Mangelintensität und des erforderlichen Mängelbeseitigungsaufwands.⁹⁹ Erheblichkeit wird regelmäßig dann bejaht, wenn die Mängelbeseitigungskosten mind. 5 % der vereinbarten Gegenleistung betragen.¹⁰⁰ Vorliegend würden die Mängelbeseitigungskosten bereits bei einer Reparatur über 10 % des Kaufpreises liegen. Laut Sachverhalt wären die Kosten für eine Ersatzbeschaffung noch höher. Von Erheblichkeit kann daher ausgegangen werden.

gg) Zwischenergebnis

V hat gegen die GbR einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 1.500 € gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Rückgewähr des 3D-Druckers (vgl. § 281 Abs. 5 BGB).

c) Persönliche Haftung des A

Laut Sachverhalt möchte V den Anspruch hier ausschließlich gegen A richten. A war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Gesellschafter der GbR. Gem. § 721 S. 1 BGB haften die Gesellschafter der GbR persönlich und akzessorisch für die Verbindlichkeiten der GbR. Wie zuvor geprüft, hat V gegen die GbR einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB. Somit kann V seinen Schadensersatzanspruch gem. § 721 S. 1 BGB gegen A richten.

⁹⁶ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 58.

⁹⁷ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 29 Rn. 1; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2024, § 28 Rn. 2 f.

⁹⁸ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2024, § 28 Rn. 16.

⁹⁹ Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 281 Rn. 30; Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 281 Rn. 47.

¹⁰⁰ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 281 Rn. 75 m.w.N.

2. Anspruch nicht untergegangen

Der Anspruch ist nicht untergegangen.

3. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist auch durchsetzbar.

Hinweis: Gem. § 476 Abs. 2 BGB besteht die Möglichkeit einer vertraglichen Verjährungsverkürzung, welche in engen Grenzen und nur für gebrauchte Gegenstände zulässig ist. Zu Lasten des Verbrauchers kann die Verjährung auf ein Jahr beschränkt werden.¹⁰¹ Darüber hinaus greift die besondere Vorschrift des § 475e BGB.

II. Ergebnis

V hat gegen A einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 721 S. 1 BGB i.H.v. 1.500 €.

¹⁰¹ Weidenkaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 476 Rn. 11.

Semesterabschlussklausur im Wirtschaftsvölkerrecht: New Tyres for Mesalien

Prof. Dr. Jelena Bäuml, LL.M. (UWC), Wiss. Mitarbeiter Jan Dorwig, Lüneburg

Die folgende Fallkonstellation basiert in weiten Teilen auf der Entscheidung *Brazil – Retreaded Tyres* (2007)¹ des Streitschlichtungsmechanismus der Welthandelsorganisation (WTO – World Trade Organization). Der Entscheidung liegt eine klassische Fallkonstellation einer Verletzung und möglichen Rechtfertigung zugrunde. Im Vergleich zur Originalentscheidung wurde der Fall zu Prüfungszwecken modifiziert und vereinfacht.

Der Fall wurde als Abschlussklausur des Moduls „International Economic Law“ an der Leuphana Universität Lüneburg gestellt. Dieses Modul ist zentraler Bestandteil von zwei englischsprachigen Studiengängen², die sich gleichermaßen an in- und ausländische Studierende richten. Da die beiden Studiengänge vollständig in englischer Sprache angeboten werden, wurde auch die Klausur auf Englisch gestellt. Immer öfter finden sich jedoch auch in den Vorlesungsverzeichnissen sonst deutschsprachiger rechtswissenschaftlicher Studiengänge Lehrveranstaltungen und so auch Prüfungen in englischer Sprache. Dies gilt besonders für das Völkerrecht. Daher erscheint es sinnvoll, die Klausur auch hier auf Englisch zu veröffentlichen. Studierende sollten sich von technischen englischen Begriffen im Sachverhalt nicht abschrecken lassen. Wichtig für die Falllösung ist allein, die Zielrichtung der beschriebenen Maßnahmen zu verstehen.

Die Bearbeitungszeit für den Fall (mit einigen weiteren Wissensfragen, die hier nicht abgedruckt sind) betrug insgesamt 120 Minuten. Der Schwierigkeitsgrad dürfte einer Schwerpunktbereichsklausur entsprechen. Dabei geht der hier veröffentlichte Lösungsvorschlag über das hinaus, was von den Studierenden erwartet wurde, um die Maximalpunktzahl zu erreichen. Insbesondere brauchten die Studierenden die geprüften Vorschriften nicht grundsätzlich zu erläutern. Dies geschieht hier nur aus didaktischen Gründen.

Facts of the Case

Mesalien (M) is a member of the World Trade Organization (WTO). M has had problems with waste tyres for a long time. As a reaction, M prohibited the import of simple used tyres a few years ago. However, the prohibition led to legal uncertainties in M on how to deal with so-called retreaded tyres. Retreaded tyres are produced by reconditioning used tyres by replacing the worn tread.

In order to clarify the matter, the Parliament in M in its new legislation finally also bans the import as well as the sale of all retreaded tyres that are manufactured outside of M. Retreaded tyres that are

* Prof. Dr. Jelena Bäuml, LL.M. (UWC), ist Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht und Völkerrecht mit Schwerpunkt Nachhaltigkeit an der Leuphana Universität Lüneburg. Jan Dorwig war bis vor Kurzem Wiss. Mitarbeiter an dieser Professur.

¹ *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 2.1-12; alle Berichte und Zusammenfassungen der WTO, die diesen Fall betreffen, sind abrufbar unter https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm (24.6.2025).

² Bei den beiden Studiengängen handelt es sich um „International Economic Law (LL.M.)“ und „International Law of Global Security, Peace and Development (LL.M.)“.

manufactured in M, however, are not affected by the new legislation in any way. Accordingly, the sale of retreaded tyres that are manufactured in M is still permitted.

When proposing the new legislation, M's government explained that the reason for the new legislation is the shorter lifespan of retreaded tyres compared to new tyres. This is true: Retreaded tyres cannot be retreaded again; thus, while retreaded tyres are not waste, they do become waste sooner than new tyres. Therefore, M's government argues that the ban is necessary to effectively prevent the unnecessary generation of waste tyres.

Waste tyres may lead to health threats, especially in tropical zones. When discarded and stockpiled, tyres create an ideal breeding ground for mosquitoes that carry dangerous and deadly diseases (malaria, dengue fever, etc.). For that reason, the amount of discarded tyres – so the reasoning of the government – must be kept to an absolute minimum in M.

Another member of the WTO, the Eutanian Union (EtU), is the largest exporter of retreaded tyres to M. When learning about the new legislation in M, the EtU is sceptical whether this legislation complies with WTO law. The EtU argues that there are no differences between retreaded tyres and new tyres from a WTO law perspective. Therefore, the EtU is considering requesting consultations under the Dispute Settlement Understanding of the WTO (DSU).

In order to assess whether dispute resolution might be successful, the EtU poses the following question to you as legal adviser.

Task

Is M's new legislation, as described above, in conformity with the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)?

Proposed solution

I. Applicability of the GATT	705
II. Compliance of the Import Ban with the GATT	707
1. Violation of Art. XI:1 GATT.....	707
2. Violation of Art. III:4 GATT	707
3. Justification under Art. XX(b) GATT.....	708
a) Design Requirement.....	708
b) Necessity Test.....	709
c) Chapeau	711
d) Conclusion	712
III. Compliance of the Sales Ban with the GATT	712
1. Violation of Art. III:4 GATT	712
a) Applicability.....	712
b) Like Products.....	713
c) Less Favourable Treatment.....	713
d) Conclusion	713

2. Justification Under Art. XX(b) GATT	714
a) Design Requirement	714
b) Necessity Test	714
c) Chapeau	714
d) Conclusion	714
IV. Final Result	714

Notice: For the analysis, it is crucial to distinguish the two different measures under M’s new legislation, namely the import ban and the sales ban. Therefore, the following text separately analyses the import ban and the sales ban. Following another structure in an exam is acceptable as well. However, it is important to make clear that the two measures have different legal implications under WTO law.

M’s new legislation is in conformity with the GATT if the GATT is applicable and if M’s new legislation does not violate any obligations arising from the GATT.

I. Applicability of the GATT

All members of the WTO are legally bound by the WTO’s covered multilateral agreements.³ M is a member of the WTO. In consequence, the GATT is applicable to M’s legislation.

Notice: The question of the case only refers to the GATT. If instead the question referred to compliance with WTO law in general, it would have been necessary to also analyse whether any other of the thirteen agreements on trade in goods listed in Annex I of the Marrakesh Agreements were applicable as well. However, it should also be noted that in *Brazil – Retreaded Tyres (2007)*, neither the Panel nor the Appellate Body applied any other agreements to the bans besides the GATT.

Nevertheless, the bans in question could be seen as covered by the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement). According to its Art. 1.1 sentence 1, the SPS Agreement “applies to all sanitary and phytosanitary measures which may, directly or indirectly, affect international trade”. Annex A.1 of the SPS Agreement, which is referred to by Art. 1.2 and 3 SPS Agreement, defines what a sanitary or phytosanitary measure is. The definition focuses on the purpose of the measure in question.⁴ According to Annex A.1(a) of the SPS Agreement, a sanitary or phytosanitary measure is “[a]ny measure applied [...] to protect animal or plant life or health within the territory of the Member from risks arising from the [...] spread of pests [or] diseases [...]”. Furthermore, the definition of sanitary and phytosanitary measures encompasses “[a]ny measure applied

³ In this regard, Art. II:2 of the Marrakesh Agreement states that “[t]he agreements and associated legal instruments included in Annexes 1, 2 and 3 (hereinafter referred to as “Multilateral Trade Agreements”) are integral parts of this Agreement, binding on all Members”. Annex I of the Marrakesh Agreement inter alia includes the “General Agreement on Tariffs and Trade 1994” (GATT 1994). In turn, the GATT 1994 provides in its Art. 1 that “[t]he General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (‘GATT 1994’) shall consist of [...] the provisions in the General Agreement on Tariffs and Trade, dated 30 October 1947 [...]” (GATT 1947). Accordingly, all members of the WTO are legally bound by the GATT 1947. In the following text the acronym “GATT” refers to the GATT 1947.

⁴ For reference, see *Van den Bossche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5th ed. 2022, p. 1023.

[...] to protect human life or health within the territory of the Member from risks arising from diseases carried by animals [...]” (Annex A.1(c) of the SPS Agreement).

Brazil stated that it banned retreaded tyres to avoid creating breeding grounds for mosquitoes that carry dangerous and deadly diseases.⁵ That means that the ultimate purpose of the bans is to protect, inter alia, animals against the risks arising from the spread of diseases, namely against infections with dangerous and deadly diseases through mosquito bites. This purpose falls within the scope of Annex A.1(a) of the SPS Agreement. Furthermore, the bans aim at protecting human life and health against diseases carried by animals, namely mosquitoes. This purpose, in turn, is covered by Annex A.1(c) of the SPS Agreement.

Finally, the last element of the definition sets forth that sanitary and phytosanitary measures “include all relevant laws [...] including, inter alia, end product criteria [...]” (second sentence of Annex A.1 of the SPS Agreement). The bans in question are provided by law. They can also be seen as stating an end product criterion, namely for tyres not to be retreaded. Even if the bans would not be seen as stating an end product criterion, the bans could still fall within the definition, as the second sentence of Annex A.1 of the SPS Agreement only provides for a non-exhaustive, illustrative list.⁶

In conclusion, Brazil’s bans can be seen as sanitary or phytosanitary measures as conceived by the SPS Agreement. Though, a counterargument would be that the protection against mosquito-borne diseases was only an indirect purpose of the bans.⁷ The direct purpose, in contrast, was to avoid unnecessary waste. However, if one still assumes that the bans are sanitary or phytosanitary measures, they directly affect trade as required by Art. 1.1 sentence 1 of the SPS Agreement. Consequently, they would fall within the scope of the SPS Agreement.

The Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement), in turn, does not apply to measures covered by the SPS Agreement (Art. 1.5 TBT Agreement).⁸ In any case, the Appellate Body in general tends to see bans of products as being outside the scope of the TBT Agreement. The TBT Agreement applies to technical regulations (cf. Art. 2.1 TBT Agreement). Technical regulations are inter alia defined as documents which lay down product characteristics (Art. 1.1 of Annex I of the TBT Agreement). In EC - Asbestos (2001)⁹ and in EC - Seal Products (2014)¹⁰, the Appellate Body argued that a ban of a certain product per se does not lay down product characteristics. However, this can also be viewed differently: In Brazil Retreaded Tyres (2007), the bans could also be seen as laying down a product characteristic for imported tyres. The characteristic is that tyres must not be retreaded.

In general, if another WTO multilateral agreement on goods applies besides the GATT, the relationship of the two agreements depends on whether there is a conflict between these two agreements.

⁵ See inter alia, Brazil — Retreaded Tyres, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 4.25.

⁶ For reference, see *Van den Bossche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5th ed. 2022, pp. 1024–1026.

⁷ In *Australia – Apples* (2010), the Appellate Body required “a clear and objective relationship” and an “appropriate nexus” between the measure in question and the purposes listed in Annex A.1(a)-(d) of the SPS Agreement; see *Australia — Apples*, Report of the Appellate Body, WT/DS367/AB/R, 29 November 2010, mn. 176.

⁸ If a measure has different purposes and the purposes are not fully covered by the SPS Agreement, the TBT Agreement can still be applied, though, see *EC — Approval and Marketing of Biotech Products*, Report of the Panel, WT/DS291/R, 29 September 2006, mn. 7.165.

⁹ In *EC – Asbestos* (2001), the Appellate Body explained about an import prohibition on asbestos fibres that “[t]his prohibition on these fibres does not, in itself, prescribe or impose any ‘characteristics’ on asbestos fibres, but simply bans them in their natural state. Accordingly, if this measure consisted only of a prohibition on asbestos fibres, it might not constitute a ‘technical regulation’”, see *EC – Asbestos*, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, mn. 71; however, the vague wording (“might not”) indicates that the Appellate Body was not fully convinced that a ban cannot fall under the TBT Agreement.

¹⁰ *EC – Seal Products*, WT/DS400/AB/R, 22 May 2014, mn. 5.58.

If the GATT and another multilateral agreement on goods contradict each other, the other agreement prevails. This is stated by the Interpretative Note to Annex 1A of the GATT. If there is no conflict between the two agreements, the panels and the Appellate Body apply both agreements in conjunction.¹¹

II. Compliance of the Import Ban with the GATT

1. Violation of Art. XI:1 GATT

M's new legislation is not in compliance with Art. XI:1 GATT as it sets forth an import ban.

The purpose of Art. XI:1 GATT is to guarantee market access.¹² The provision is broad in scope¹³ and reflects the general “tariffs-only approach” of WTO law.¹⁴ WTO law prefers tariffs because tariffs do not provide for absolute limits.¹⁵ Also, in contrast to most non-tariff barriers to trade, tariffs can be gradually lowered over time to liberalize international trade.¹⁶

Art. XI:1 GATT inter alia proscribes any “prohibitions” on importations.¹⁷ That means that the WTO members must generally allow importations.¹⁸ M's new legislation forbids to import retreaded tyres. This import prohibition, accordingly, is not in compliance with Art. XI:1 GATT.¹⁹

2. Violation of Art. III:4 GATT

The import ban of M's new legislation does not fall within the scope of Art. III:4 GATT.

Art. III GATT enshrines the national treatment principle. While paragraph 2 applies to fiscal measures (“internal taxes and other internal charges”), paragraph 4 applies to non-fiscal measures (“laws, regulations and requirements”).²⁰ Accordingly, paragraph 2 is the more specific provision.

¹¹ In *Argentina Footwear (2000)*, the Appellate Body explicitly confirmed the Panel's approach to apply Art. XIX GATT and the Agreement on Safeguards in conjunction; the Appellate Body explained that “the provisions of Article XIX of the GATT 1994 and the provisions of the Agreement on Safeguards are all provisions of one treaty, the WTO Agreement”, see *Argentina – Footwear*, Report of the Appellate Body, WT/DS121/AB/R, 14 December 1999, mn. 81; for the relationship between the multilateral agreements on trade in goods in detail, see inter alia *Van den Bossche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5th ed. 2022, pp. 49–51, 976–978, 1027–1029.

¹² Cf. *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis/Hahn*, *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy*, 3rd ed. 2015, p. 240.

¹³ See in detail *Van den Bossche/Prévost*, *Essential of WTO Law*, 2nd ed. 2021, p. 93.

¹⁴ *Wolfrum*, in: *Wolfrum/Stoll/Hestermeyer*, *WTO – Trade in Goods*, 2011, mn. 3.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ See in detail *Van den Bossche/Prévost*, *Essential of WTO Law*, 2 ed. 2021, pp. 84–86.

¹⁷ See on the prohibited quantitative restrictions under Art. XI:1 GATT in detail *ibid.*, pp. 92–95.

¹⁸ In *Brazil – Retreaded Tyres (2007)*, the Panel aptly concluded “Article XI:1 prohibits both ‘prohibitions’ and ‘restrictions’ with respect to the importation of any goods from other members. There is no ambiguity as to what ‘prohibitions’ on importation means: Members shall not forbid the importation of any product of any other Member into their markets.”, see *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.11.

¹⁹ In *Brazil – Retreaded Tyres (2007)*, Brazil made imports of retreaded tyres subject to licenses and provided that retreaded tyres from outside the MERCOSUR area could not receive such licence; the Panel saw this regulation as an import prohibition in violation of Art. XI:1 GATT, see *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.8, 7.13–15; on the MERCOSUR exemption, see below.

²⁰ *Van den Bossche/Prévost*, *Essential of WTO Law*, 2 ed. 2021, p. 67.

If a domestic measure requires a payment, paragraph 2 applies.²¹ In all other cases, paragraph 4 applies.²² As the import ban in M does not require a payment, it is a regulation that in principle would fall under paragraph 4.

However, according to Art. III:4 GATT, the provision only applies to “internal” measures: The treatment must affect the “internal sale [...]” of already “imported” products. This is further specified by Ad Art. III (Annex I): A regulation is also an internal measure in that sense if it “applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation”.

The import ban of M’s new legislation, however, is not an internal measure in that sense. It is solely a border measure and leaves those tyres unaffected that are already imported. Also, M’s new legislation only applies to products originating from other states. Domestic products, in contrast, are not affected. Accordingly, the import ban is neither an internal measure under the wording of Art. III:4 GATT nor under Ad. Art. III of the Annex of the GATT.

3. Justification under Art. XX(b) GATT

The import ban might be justified under Art. XX(b) GATT.

Justification under the general exception clause, Art. XX GATT,²³ requires a two-tier test. As a first tier, for each of the grounds for justification under paragraph (a) to (j), the measure in question needs to be designed to fulfil the purpose of the respective ground that is invoked (design requirement). In addition, for those of the paragraphs that start with “necessary to” (like paragraph (b)), the measure in question also needs to fulfil the necessity test as part of the first tier.

The second tier of the test under Art. XX(a) GATT requires all measures to also fulfil the conditions of the chapeau of Art. XX GATT. In the dispute settlement practice of the WTO, the chapeau of Art. XX GATT is a highly relevant provision.²⁴ The chapeau focuses rather on the way a measure is applied and less on the measure itself.²⁵

In the case at hand, for Art. XX(b) GATT, the analysis must at first consider whether the measure is designed “to protect human, animal or plant life or health”. In addition, the measure must pass the necessity test. Finally, the measure must be applied in a way to fulfil the requirements of the chapeau.

a) Design Requirement

Firstly, the measure in question, namely the import ban, must be designed “to protect human, animal or plant life or health” (Art. XX(b) GATT). In order to determine the policy objective of a measure, the panels and the Appellate Body usually consider the statement of the respondent in the dispute.

²¹ *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis/Hahn*, *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy*, 3rd ed. 2015, p. 195.

²² On the structure of Art. III GATT see *ibid.*, pp. 192–193.

²³ For an overview of all exception clauses under WTO law, see *Van den Bossche/Prévost*, *Essentials of WTO Law*, 2nd ed. 2021, pp. 106–107.

²⁴ *Van den Bossche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5th ed. 2022, pp. 603, 646.

²⁵ *Ibid.*, p. 647; explicitly also stated by the Appellate Body *inter alia* in *US – Gasoline*, Report of the Appellate Body, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, p. 22 (this report does not provide for marginal numbers).

In addition, they analyse all other evidence available on the structure and operation of the measure in question. This includes documents from the legislative procedure.²⁶

The government of M asserts that one of the purposes of the measure is to prevent dangerous and deadly diseases from spreading. Considering the structure and operation of the import ban, there is no indication to the contrary. Accordingly, the new legislation can be assumed to be designed to protect the life and health of humans and animals from dangerous and deadly diseases.

Notice: In Brazil – Retreaded Tyres (2007), the Panel assessed whether the stockpiling and transporting of waste tyres increased the risk of mosquito-borne diseases. Then, the Panel accepted Brazil’s assertion that the import ban was designed to reduce the amount of waste tyres although the claimant, the European Communities, argued that the ban was imposed to protect the domestic industry.²⁷

b) Necessity Test

Secondly, the import ban needs to fulfil the necessity test. The necessity test requires “the weighing and balancing [of] a series factors”.²⁸ These factors include the importance of the goal pursued, the trade restrictiveness of the measure in question, its contribution to the goal pursued and the availability of alternative, less trade-restrictive measures.²⁹

Notice: The necessity test is required by Art. XX(a), (b) and (d) GATT. Similarly, Art. XX(j) GATT, concerning products in short supply, requires that a measure is “essential”. According to the Appellate Body the term “essential” has a similar meaning and functions as “necessary to”.³⁰

In contrast, Art. XX(g) GATT, covers measures that are “relating to the conservation of exhaustible natural resources”. “[R]elating to” has a different meaning than “necessary to”. “[R]elating to” is less strict than “necessary to”. In order for a measure to relate to a ground, the measure needs to have a real and close relationship. In addition, the measure in question must not be disproportionately wide in scope and reach.³¹

²⁶ *Van den Bossche/Zdouc*, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5th ed. 2022, p. 605; see also (on Art. XX(a) GATT): EC — Seal Products, Report of the Appellate Body, WT/DS400/AB/R, 22 May 2014, mn. 5.144: “A panel should take into account the Member’s articulation of the objective or the objectives it pursues through its measure, but it is not bound by that Member’s characterizations of such objective(s). Indeed, the panel must take account of all evidence put before it in this regard, including “the texts of statutes, legislative history, and other evidence regarding the structure and operation” of the measure at issue. [...]” (further evidence omitted).

²⁷ Brazil — Retreaded Tyres, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.101.

²⁸ Explicitly inter alia: Korea – Various Measures on Beef, Report of the Appellate Body, WT/DS161/AB/R, 11 December 2000, mn. 164.

²⁹ On the development of the current case law, see *Van den Bossche/Zdouc*, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5th ed. 2022, pp. 608–613; Brazil — Retreaded Tyres, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.103-104, 7.209-10.

³⁰ India — Solar Cells, Report of the Appellate Body, WT/DS456/AB/R, 16 September 2016, mn.5.62-63.

³¹ For reference, see *Van den Bossche/Zdouc*, The Law and Policy of the World Trade Organization, 5th ed. 2022, pp. 626–627.

The protection of human health and life against life-threatening diseases is an important goal in this regard.³² In turn, an import ban is the most trade restrictive measure possible.³³ However, the import ban reduces the generation of waste tyres. Less waste tyres mean fewer breeding grounds for mosquitoes, which reduces the number of mosquitoes. A reduced number of mosquitoes lowers the risk of the population getting infected with deadly diseases. Therefore, the import ban contributes significantly to the goal of protecting against life-threatening diseases.³⁴

Several less trade restrictive measures to reduce the amount of waste tyres in M can be conceived. These measures include encouraging retreading of all tyres through education and government procurement, technical requirements for all tyres whether produced in M or outside of M to improve their suitability for retreading, the promotion of public transport in order to reduce wearing and tearing of tyres, the promotion of inspections and more considerate driving habits.³⁵ Also, there are trade restrictive measures to improve the management of waste tyres in order to prevent them from becoming breeding grounds for mosquitoes. Such waste management measures include controlled landfilling, stockpiling, energy recovery and material recycling.³⁶

However, none of the less trade-restrictive measures reduces the amount of waste tyres as effectively as an import ban on retreaded tyres which have a shorter life span than new tyres. While less trade restrictive measures can further reduce the amount of waste tyres, they still leave the contribution of retreaded tyres from outside M to the total amount of waste tyres untouched. Therefore, the measure cannot substitute but only complement a ban as they are less effective.³⁷ Alternative measures of waste management cannot ensure the same level of protection against mosquito-borne diseases. None of these measures can prevent waste tyres from becoming breeding grounds for mosquitoes as effectively as preventing the creation of waste tyres in the first place.³⁸

In conclusion, compared to the important goal of preventing infections with deadly diseases, the import prohibition of a relatively specific group of products, namely retreaded tyres, seems necessary.³⁹

Notice: In Brazil – Retreaded Tyres (2007), the Panel analysed whether the respondent, Brazil, provided sufficient evidence that the accumulation and transporting of waste tyres increased the risk of mosquito-borne life-threatening diseases.⁴⁰ In contrast, in this exam, it sufficed to point to the asser-

³² This was acknowledged by the Panel; it called this objective “vital and important in the highest degree”: Brazil – Retreaded Tyres, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.111-2, 7.210.

³³ The Panel calls it aptly “the heaviest ‘weapon’ in a Member’s armoury of trade measures“ and also “as trade-restrictive as can be”, *ibid.*, mn. 7.114, 7.211.

³⁴ *Ibid.*, mn. 7.146-148.

³⁵ In Brazil -Retreaded Tyres (2007), the respondent, the European Communities, suggested these measures, see *ibid.*, mn. 7.160, 7.212; the students were not expected to come up with an exhaustive list of less trade restrictive measures.

³⁶ *Ibid.*, mn. 7.161.

³⁷ *Ibid.*, mn. 7.768, 7.172.

³⁸ For all of the measures suggested by the complainant, the Panel analysed in detail whether each of them provided a reasonable alternative, see *ibid.*, mn. 7.173-208; as this is beyond the scope of what can be expected in an exam, the students only had to state that no less trade restrictive measure was available with the same level of protection.

³⁹ The Panel came to the same conclusion, see *ibid.*, mn. 7.215; this conclusion was confirmed by the Appellate Body, see Brazil – Retreaded Tyres, Report of the Appellate Body, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, mn. 258.

⁴⁰ Brazil – Retreaded Tyres, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.56-71, 7.84-93.

tion of the government. The final note allowed to “assume that the facts given by M’s government are correct”.

If the students argued that the measures in question do not pass the necessity test, this result was acceptable as well. However, in this case, they were expected to hypothetically continue their analysis.

c) Chapeau

The measure is also applied in a manner that is consistent with the chapeau of Art. XX GATT.

The wording of the chapeau is very broad. Therefore, it is difficult to find a comprehensive description for the content of the different conditions set out by the chapeau.⁴¹ The existing case law provides some guidance, though⁴²:

- An “arbitrary discrimination” takes place if countries where different situations prevail are treated equally or vice versa.
- An “unjustifiable discrimination” takes place if a country applies measures without attempting to find a mutually agreed multilateral solution.
- A “disguised restriction” to international trade takes place if the design or application of a measure reveals a protectionist purpose.

There is no indication that the measure falls under any of those categories.

Notice: If the facts of the case do not provide for information regarding any of the circumstances stated above, then there is generally no indication that the chapeau is violated. Such information to the contrary would inter alia point to a discriminatory or protectionist application of a measure or to the state in question refusing bilateral or plurilateral procedures. Absent of such information in an exam paper, it suffices to state in one sentence that the chapeau of Art. XX GATT is not violated.

The case of Brazil – Retreaded Tyres (2007) was different from the case presented in the exam paper in one important aspect that concerned the chapeau of Art. XX GATT: While in the exam case, the import ban was applied *without* allowing for any exemptions, in contrast, in the original case, Brazil allowed for two types of exemptions. Firstly, Brazil suspended the import ban through court injunctions and secondly, Brazil exempted the other MERCOSUR⁴³ states from the import ban. For the MERCOSUR exemption, the effect on trade of this measure was so small that the Panel saw no violation of the chapeau in this regard.⁴⁴ This, however, was reversed by the Appellate Body. The Appellate Body found the MERCOSUR exemption to be an arbitrary or unjustifiable discrimination.⁴⁵ Consequently, the Appellate Body concluded that because of the MERCOSUR exemption the import ban was applied in a manner that violated the chapeau of Art. XX GATT.⁴⁶ Concerning the court injunctions, both, the Panel and the Appellate Body, saw a violation of the chapeau.⁴⁷ In conclusion, the

⁴¹ *Wolfrum*, in: *Wolfrum/Stoll/Hestermeyer*, WTO – Trade in Goods, 2011, mn. 4.

⁴² See with further reference: *Van den Bossche/Prévost*, *Essential of WTO Law*, 2nd ed. 2021, pp. 118–120.

⁴³ On the Common Market of South America/Mercado Común del Sur (MERCOSUR), see inter alia *Herdegen*, *Principles of International Economic Law*, 2013, pp. 288–290.

⁴⁴ Brazil – Retreaded Tyres, Report of the Panel, mn. 7.354-5.

⁴⁵ Brazil – Retreaded Tyres, Report of the Appellate Body, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, mn. 233.

⁴⁶ *Ibid.*, mn. 252.

⁴⁷ Brazil – Retreaded Tyres, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.356; *ibid.*

Panel and the Appellate Body only denied justification under Art. XX(b) GATT because of the two types of exemptions from the import ban. We can therefore assume that the ban applied as described in the case at hand would have passed the test of the chapeau under Art. XX GATT by the Panel and the Appellate Body.

d) Conclusion

In conclusion, the import ban can be justified under Art. XX(b) GATT.

Notice: The Panel and the Appellate Body in *Brazil – Retreaded Tyres (2007)* only analysed whether the import and the sales ban are justified under Art. XX(b) GATT. Therefore, the students were also only expected to refer to this alternative. If they also analysed whether the measure could be justified under further alternatives of Art. XX GATT, this would not have been a mistake, though.

III. Compliance of the Sales Ban with the GATT

1. Violation of Art. III:4 GATT

Turning to the second measure, M's sales ban under the new legislation might violate Art. III:4 GATT. The ban prohibits the sale of retreaded tyres that were manufactured outside of M, while at the same time, the sale of retreaded tyres that were manufactured in M remains permitted.

a) Applicability

Firstly, Art. III:4 GATT needs to be applicable. The *sales* ban is an internal measure. It concerns the “internal sale” of already imported tyres. Also, the ban is a regulation within the meaning of Art. III:4 GATT (in contrast to taxation that is covered by Art. III:2 GATT).⁴⁸

In conclusion, the sales ban of M's new legislation falls within the scope of Art. III:4 GATT.

Notice: In this case, it seems clear that Art. XI:1 GATT only applies to the *import ban* and Art. III:4 GATT only applies to the *sales ban* of M's new legislation.⁴⁹ In general, while Art. XI:1 applies to measures at the border, Art. III:4 GATT applies to measures behind the border. However, as shown, Art. III:4 GATT also applies to certain *internal* measures that are *enforced at the border*. In these cases, the relationship of the two provisions is subject to academic debate and the case law of the panels and the Appellate Body is inconclusive.⁵⁰

⁴⁸ See above.

⁴⁹ In *Brazil – Retreaded Tyres (2007)*, the Panel only applied Art. XI:1 GATT to the import ban without discussing the application of Art. III:4 GATT, see *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.34; the conclusion that the import prohibition was a *prima facie* violation of Art. XI:1 GATT was not addressed in the appeal, see *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Appellate Body, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007; in turn, the Panel only assessed whether the *sales* ban violated Art. III:4 GATT, see inter alia *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.417-419.

⁵⁰ For reference, see inter alia *Van den Bossche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5th ed. 2022, pp. 382-383; on the academic debate, see in detail *Kling/Rüffer*, *Jura* 2012, 956 (956-958).

b) Like Products

Art. III:4 GATT requires a “treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin”. M’s sales ban only concerns retreaded tyres of foreign origin. In contrast, the sales ban explicitly does not affect retreaded tyres of domestic origin. Accordingly, for a violation of Art. III:4 GATT, retreaded tyres of foreign origin and of domestic origin need to be “like products” in that sense.

In order to determine if products are “like” the panels and the Appellate Body generally apply the following four criteria:⁵¹

- physical characteristics
- end use
- tariff classification
- consumers’ taste and habits

Applying these criteria to imported and domestic retreaded tyres, it becomes clear that these two products are “like”: They have the same physical characteristics, and they are intended for the same end-use, namely to be installed on different vehicles. Furthermore, they have the same tariff classification and there is no indication of any difference in consumers’ tastes and habits. Accordingly, imported and domestically retreaded tyres are “like” in the sense of Art. III:4 GATT.⁵²

Notice: Usually, the assessment of likeness is one of the main issues when analyzing whether a measure violates Art. I or III GATT. However, because it is “obvious”, as the Panel in *Brazil – Retreaded Tyres (2007)* observed, that the same products are also “like” products within the meaning of Art. III:4 GATT, the students were not expected to apply the criteria of likeness stated above. Instead, it was sufficient to state that the same products are also “like” products.

c) Less Favourable Treatment

M treats retreaded tyres of foreign origin less favourably than retreaded tyres of domestic origin. While retreaded tyres that are produced outside of M may not enter the country, retreaded tyres that are produced in M may be sold and used in M.⁵³

d) Conclusion

In conclusion, the sales ban of M’s new legislation violates Art. III:4 GATT.

⁵¹ Four further explanation and reference on the criteria of likeness, see inter alia *Van den Bossche/Prévost*, *Essentials of WTO Law*, 2nd ed. 2021, pp. 58–59, 70–71.

⁵² The application of the four criteria in the original case reads as follows: “The Panel also considers that imported retreaded tyres and domestic retreaded tyres, either made with domestic used tyre carcasses or with imported used tyre carcasses, are indeed “like”: the same physical characteristics (produced by reconditioning used tyres through one of the three types of processes); the same end uses (to be used for respective vehicle types, such as passenger cars, buses and trucks, and air planes); the same tariff headings (i.e. NCM headings 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 or 4012.19.00); and no evidence of any difference in consumers’ perceptions and behaviour in respect of imported and domestic retreaded tyres. If a measure concerns the same product and only refers to a product’s origin, however, it is obvious that the same products are also ‘like’.”, see *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.415.

⁵³ The Panel in *Brazil – Retreaded Tyres (2007)*, came to same conclusion, see *Brazil – Retreaded Tyres*, Report of the Panel, WT/DS332/R, 12 June 2007, mn. 7.420-2.

2. Justification Under Art. XX(b) GATT

The sales ban might as well be justified under Art. XX(b) GATT.

a) Design Requirement

Firstly, the sales ban has the same purpose as the import ban. Therefore, the sales ban is also designed to protect the life and health of humans and animals from dangerous and deadly diseases. Consequently, the sales ban also fulfils the design requirement of Art. XX(b) GATT.

b) Necessity Test

Secondly, the sales ban also needs to fulfil the necessity test. Generally, the same factors need to be considered as with the import ban. A sales ban is as trade restrictive as an import ban, as the product cannot be sold on the market. In the case at hand, the sales ban serves the same highly important goal. It should be noted, though, that the sales ban can only affect those retreaded tyres that were already imported to M before the import ban entered into force. This fact influences the question to what extent a sales ban can contribute to the goal pursued.

If already imported tyres cannot be sold in M anymore, the relevant question is whether this would reduce the amount of waste tyres. If the tyres affected by the sales ban were wasted instead of sold, the sales ban would not contribute to the goal of reducing the amount of waste tyres in any way. Rather the contrary, the sales ban would lead to a higher amount of waste tyres. However, it can be expected that retreaded tyres affected by the ban will likely be exported and sold elsewhere. There is no export ban and wasting newly retreaded tyres in most cases seems uneconomical.

In conclusion, compared to the important ultimate goal of preventing infections with deadly diseases, the sales ban of a very specific and small group of products, namely imported retreaded tyres before the import ban entered into force, seems necessary based on the assumption that those tyres would be resold outside the country instead of being wasted in M.

c) Chapeau

The measure is also applied in a manner that is consistent with the chapeau of Art. XX GATT.

d) Conclusion

In conclusion, the sales ban can be justified under Art. XX(b) GATT.

IV. Final Result

The import ban violates Art. XI:1 and the sales ban violates Art. III:4 GATT. Both measures can be justified under Art. XX(b) GATT, though. In conclusion, the bans are in conformity with the GATT.

Examenübungsklausur: Ein Bebauungsplan mit Komplikationen

*Akad. Rat a.Z. Dr. Robert Pracht, Stud. iur. Sophia Rapp, Heidelberg**

Die dem Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald angehörige Gemeinde G (ca. 12.000 Einwohner) ist idyllisch zwischen Freiburg und Titisee-Neustadt gelegen. Die Bebauung des Ortsteils O (ca. 2.000 Einwohner, Fläche etwa 40 ha) der Gemeinde G weist eine einheitliche und geschlossene Siedlungsstruktur überwiegend mit Wohngebäuden auf. Es finden sich im Ortsteilkern neben den vielen Wohngebäuden auch ein kleiner Lebensmittelladen, ein Friseurgeschäft sowie ein Jugendzentrum, zwei Arztpraxen und eine kleine Tankstelle. Ein Bebauungsplan existiert für O bisher nicht.

Die G will von ihrer Planungshoheit nunmehr Gebrauch machen, damit der Ortsteil O attraktiver wird und der Gewerbeschwund in der Gesamtgemeinde bekämpft wird. Dazu sollen in O insbesondere Geschäfts- und Bürogebäude sowie perspektivisch die Ansiedlung eines Hotels, einer Diskothek sowie einer größeren Sportanlage ermöglicht werden; Wohnen und Gewerbe sollen künftig „Hand in Hand“ gehen. Daher fasst der Gemeinderat von G am 10.1.2023 den Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans, der das Gebiet rund um den Dorfplatz von O betrifft. Schon bei der ordnungsgemäß durchgeführten frühzeitigen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung regt sich allerdings erheblicher Widerstand gegen die „Umwidmung“ des Ortsteils O. Nach einer internen Auswertung nimmt die Gemeindeverwaltung von ihren ursprünglichen Plänen Abstand. Um zugleich eine unerwünschte Umgestaltung von O durch Investoren zu verhindern, strebt die Gemeindeverwaltung nun eine Ausweisung des gesamten Gebiets des Ortsteils von O als Dorfgebiet an. Dadurch wird der Entwurf des qualifizierten Bebauungsplans deutlich umfangreicher und komplexer.

Kurz nach der Entscheidung für dieses veränderte Konzept stellt die Gemeindeverwaltung den Entwurf vom 31.7.2023 bis einschließlich 30.8.2023 im Internet zur Verfügung und legt ihn zugleich zu den gewöhnlichen Geschäftszeiten (Montag bis Freitag: 09.00 bis 12.00 Uhr; Donnerstag zusätzlich: 15.00 bis 18.00 Uhr) im Rathaus aus. Eine längere Auslegung komme nicht in Betracht, damit interessierte Gewerbetreibende möglichst rasch Investitionssicherheit erhalten.

Zeitgleich hierzu wird die förmliche Beteiligung der Behörden und der sonstigen Träger öffentlicher Belange ordnungsgemäß durchgeführt. Die Umweltprüfung und der dazugehörige Umweltbericht sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach Sichtung der Einwendungen der Öffentlichkeit zeichnet sich im Gemeinderat von G keine sichere Mehrheit für den Bebauungsplan ab. Verschiedene Ratsmitglieder betonen das Interesse an gesunden und ruhigen Wohnverhältnissen, die bisher eher vernachlässigt worden seien. Obwohl man sich seit langem um neue Arbeitsplätze mühe und auch einige Gemeindegewohnerinnen und -einwohner gerade im etwas abgelegenen Ortsteil O die Ansiedlung jedenfalls von Büro- und Geschäftsgebäuden befürworten, seien die Interessen des Gewerbes zurückzustellen. Vor diesem Hintergrund kommt es zu einem interfraktionellen Kompromiss: An der Ausweisung eines Dorfgebiets wird zwar festgehalten, aber gerade die Wohnnutzung soll noch weiter gestärkt werden, auch weil Land- und Forstwirtschaft in O keine Rolle spielen. Daher werden bauliche Anlagen nach

* *Dr. Robert Pracht* ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Steuerrecht von Prof. *Dr. Ekkehart Reimer* an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, *Sophia Rapp* ist Stud. Hilfskraft an demselben Lehrstuhl. Der Autor und die Autorin danken Herrn Prof. *Dr. Ekkehart Reimer* für wertvolle Hinweise.

§ 5 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 4 und 5 BauNVO für nicht zulässig und Anlagen nach § 5 Abs. 2 Nrn. 6–9 BauNVO nur für ausnahmsweise zulässig erklärt.

Die Bürgermeisterin B der Gemeinde G will den Bebauungsplan nun schnell beschlossen wissen und beruft daher am 18.9.2023 eine Gemeinderatssitzung für den 26.9.2023 ein, als deren einziger Tagesordnungspunkt der Beschluss über den Bebauungsplan angegeben ist. Die erforderlichen Unterlagen sind beigefügt. Den Ort der Sitzung lässt B zunächst offen, weil sie vor der Schwierigkeit steht, dass der eigentliche Ratssaal von G aufgrund dringend notwendiger Reparatur- und Wartungsarbeiten im September gesperrt ist. Auf die Turnhalle der örtlichen Schule will B „zur Wahrung der Würde des Gemeinderats“ nicht ausweichen. Daher entschließt sie sich dazu, eine Videokonferenz anzuberaumen, was die Hauptsatzung der G auch zulässt. Dass die Gemeinderatssitzung in Form einer Videokonferenz stattfinden wird, gibt B am 20.9.2023 allen Gemeinderäten und – in ortsüblicher Weise – auch erstmals mit der Tagesordnung der Öffentlichkeit bekannt. Dabei weist B auch darauf hin, dass die Videokonferenz für die interessierte Öffentlichkeit zwar nicht online, aber in ein kleineres Rathauszimmer übertragen wird.

Bei der Gemeinderatssitzung am 26.9.2023 wird der qualifizierte Bebauungsplan mit dem Inhalt des zuvor ausgehandelten Kompromisses mit überwältigender Mehrheit beschlossen.

Der Bebauungsplan wird am 26.10.2023 ordnungsgemäß ausgefertigt und ortsüblich bekannt gemacht. Im Februar 2024 ringt sich die Eigentümerin E eines zwischen zwei bebauten Grundstücken in O gelegenen unbebauten Grundstücks dazu durch, sich selbstständig zu machen und eine Gaststätte für die Bewohner von O (Kapazität maximal 80 Gäste) zu eröffnen. Zu diesem Zweck beantragt sie beim Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald eine Baugenehmigung. Als G das Ersuchen des Landratsamts vom 8.4.2024 um Mitteilung über das gemeindliche Einvernehmen unbeantwortet lässt, erteilt das Landratsamt der E nach intensiver Prüfung am 23.7.2024 die Baugenehmigung. B kann dies nicht nachvollziehen. Sie hält die Frage nach dem gemeindlichen Einvernehmen für unnötig, nachdem doch inzwischen ein Bebauungsplan existiere.

Die Baugenehmigung wird nicht nur E, sondern auch dem unmittelbar seitlich an das Grundstück der E angrenzenden Nachbarn N am 25.7.2024 zugestellt. N ist empört, spricht bereits am folgenden Tag persönlich beim Regierungspräsidium Freiburg vor und legt dort mündlich einen protokollierten „Einspruch“ gegen die Baugenehmigung ein, ohne diesen näher zu begründen.

Mit der Zeit kommen N aber Zweifel, ob die Verwaltung ihm effektiv Hilfe leisten wird. Mit Sorge beobachtet N, dass E bereits im Laufe des Augusts 2024 mit Bauvorbereitungen begonnen hat. Daher wendet sich N am 2.9.2024 per Telefax an das Verwaltungsgericht Freiburg und fordert dieses auf, ihm „sofort Rechtsschutz gegen die der E erteilte Baugenehmigung zu gewähren“.

Aufgabe 1

Hat das Rechtsschutzbegehren des N vor dem Verwaltungsgericht Freiburg Erfolg?

Aufgabe 2

Prüfen Sie, ob die Vorgehensweise des Landratsamts bei der Erteilung der Baugenehmigung an E rechtlichen Bedenken ausgesetzt ist.

Bearbeitungshinweise

1. Es ist auf alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – einzugehen.

2. Bearbeitungszeitpunkt ist der 11.10.2024.
3. Die Angrenzerbeteiligung des N wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1	718
A. Zulässigkeit	718
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO	718
II. Statthafte Antragsart	718
III. Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO	719
IV. Passive Prozessführungsbefugnis	720
V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit	720
VI. Zuständiges Gericht	720
VII. Form	720
VIII. Rechtsschutzbedürfnis	721
B. Beiladung	722
C. Begründetheit	722
I. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung	723
1. Ermächtigungsgrundlage.....	723
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	723
a) Zuständigkeit.....	723
b) Verfahren	723
c) Form.....	723
3. Materielle Rechtmäßigkeit.....	724
a) Genehmigungspflicht	724
b) Genehmigungsfähigkeit	724
aa) Bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB	724
bb) Vereinbarkeit mit § 30 Abs. 1 BauGB	724
(1) EGL für den Bebauungsplan.....	724
(2) Formelle Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans.....	725
(a) Veröffentlichung nach § 3 Abs. 2 BauGB.....	725
(aa) Internetveröffentlichung, § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB	725
(bb) Öffentliche Auslegung, § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB.....	726
(cc) Erneute Auslegung, § 4a Abs. 3 S. 1 BauGB.....	727
(b) Ordnungsgemäße Ermittlung und Bewertung, § 2 Abs. 3 BauGB	727

(c) Ordnungsgemäßer Gemeinderatsbeschluss.....	728
(3) Materielle Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans.....	730
(4) Zwischenergebnis.....	730
cc) Vereinbarkeit mit § 34 BauGB.....	731
dd) Gemeindliches Einvernehmen nach § 36 BauGB.....	731
ee) Zwischenergebnis.....	732
II. Verletzung des N in eigenen Rechten.....	732
III. Interessenabwägung.....	732
D. Ergebnis.....	732
Aufgabe 2.....	732

Aufgabe 1

Das Rechtsschutzbegehren des N vor dem Verwaltungsgericht hat Erfolg, wenn es zulässig und soweit es begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Streitentscheidend sind hier Normen des öffentlichen Baurechts – § 58 LBO-BW¹ und §§ 29 ff. BauGB –, die einen Hoheitsträger einseitig berechtigen und daher dem öffentlichen Recht angehören (sog. modifizierte Subjekttheorie²). Die Streitigkeit ist infolge fehlender doppelter Verfassungsunmittelbarkeit auch nicht-verfassungsrechtlicher Art und eine abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor.

II. Statthafte Antragsart

N geht es darum, „sofort“ Rechtsschutz zu erhalten. Sein Begehren ist damit auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gerichtet. Die diesbezüglich statthafte Antragsart ist nach dem tatsächlichen Begehren des Antragstellers zu ermitteln, vgl. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO.

Einstweiligen Rechtsschutz sieht die VwGO insbesondere³ in §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO einerseits und § 123 VwGO andererseits vor. Das Verhältnis untereinander bestimmt § 123 Abs. 5 VwGO, wonach §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO *leges speciales* sind. Ist also in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft, richtet sich der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO; in allen anderen Fällen

¹ Vgl. in anderen Bundesländern: Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO; § 70 Abs. 1 S. 1 NBauO; § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

² Vgl. hierzu anstatt vieler *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 302.

³ Hinzu kommt noch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes im Normenkontrollverfahren (vgl. § 47 Abs. 6 VwGO).

nach § 123 VwGO.⁴ Die Unterscheidung zwischen § 80 Abs. 5 VwGO und § 80a VwGO erfolgt danach, ob es sich um ein klassisches bipolares Verhältnis (Bürger/-in ↔ Verwaltung) oder um ein tripolares Verhältnis (Bürger/-in ↔ Nachbar/-in ↔ Verwaltung) handelt.

Bei der hier an E erteilten Baugenehmigung handelt es sich um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, der eine Doppelwirkung (vgl. § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO) aufweist. Die Baugenehmigung begünstigt nämlich E und belastet zugleich N. In der Hauptsache ist daher die Anfechtungsklage des N die statthafte Klageart, sodass sich der einstweilige Rechtsschutz nach der Bestimmung des § 80a VwGO richtet.

Die Baugenehmigung ist nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a Abs. 1 BauGB sofort vollziehbar; einem Widerspruch kommt also entgegen § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung zu. Dies gilt auch im Fall der Doppelwirkung eines Verwaltungsakts, vgl. § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Statthaft ist daher ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 VwGO respektive auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO. Die zutreffende Normenkette ist dabei zwar im Einzelnen umstritten⁵; im Ergebnis aber unerheblich, da über das gerichtliche Prüfprogramm Einigkeit besteht.⁶

III. Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO

Auch im einstweiligen Rechtsschutz müssen Popularklagen ausgeschlossen werden, weil es sich bei der in der VwGO zum Ausdruck kommenden Verletztenklage um eine grundlegende Systementscheidung handelt. N muss also analog § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, durch die Baugenehmigung möglicherweise in eigenen Rechten verletzt zu sein. N kann sich nur auf möglicherweise verletzte drittschützende Normen berufen. Das ist bei der Drittanfechtung einer Baugenehmigung wiederum dann der Fall, wenn diese drittschützende Normen verletzt. Eine Norm ist drittschützend, wenn sie nicht nur den Interessen der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist, sondern darüber hinaus einem abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis eigene Rechte vermitteln will und der Antragsteller diesem geschützten Personenkreis auch angehört.⁷

Eine Verletzung drittschützender bauordnungsrechtlicher Vorschriften ist nicht ersichtlich, sodass es hierbei nur um Normen des Bauplanungsrechts (§§ 29 ff. BauGB und §§ 1 ff. BauNVO) gehen kann.

Im Fall der Gültigkeit des von G beschlossenen Bebauungsplans kann sich N möglicherweise auf die Verletzung des sog. Gebietserhaltungsanspruchs⁸ berufen. Danach bilden alle Planeigentümer eine „bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft“⁹ und stehen in einem „wechselseitigen Austauschverhältnis“¹⁰, sodass jeder vom anderen verlangen kann, dass er sich an die Festsetzungen des Bebauungsplans hält. Eine Verletzung des Gebietserhaltungsanspruchs ist hier nicht schlechterdings ausgeschlossen – ebenso wenig wie eine Außerachtlassung des baunachbarlichen Rücksichtnahmegebots (insbesondere durch die zu erwartenden Geräuschemissionen) aus § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO.

⁴ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 123 Rn. 4.

⁵ Dazu m.w.N. Schoch, in: Schneider/Schoch, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 49 ff.

⁶ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80a Rn. 17.

⁷ BVerwG NJW 1990, 1192 (1192); Schmidt-Kötters, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2024, § 42 Rn. 151.

⁸ Allgemein anerkanntes Rechtsinstitut, vgl. BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28/91 Ls. 6; Fricke/Menges, NVwZ 2024, 200 (200).

⁹ BVerwG, Beschl. v. 18.12.2007 – 4 B 55/07, Rn. 6; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Kommentar, 15. Aufl. 2022, vor § 29 Rn. 36.

¹⁰ BVerwG NVwZ 1989, 1163 (1167).

Im Fall der Ungültigkeit des Bebauungsplans kann sich N möglicherweise auf die Verletzung des besonderen Gebietserhaltungsanspruchs¹¹ im Rahmen eines faktischen Baugebiets über § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 BauNVO berufen. Jedenfalls könnte er sich aufgrund der drittschützenden Wendung des „Einfügens“ in § 34 Abs. 1 BauGB¹² auf eine Verletzung des dort ausgeprägten Rücksichtnahmegebots berufen.¹³ Dem Gebot der Rücksichtnahme kommt insoweit drittschützende Wirkung zu, wie in qualifizierter und individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines abgrenzbaren Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.¹⁴

Hinweis: Eine umfassende Inzidentprüfung der Rechtswirksamkeit des Bebauungsplans sollte hier zur Vermeidung der Kopflastigkeit des Gutachtens unterbleiben.

IV. Passive Prozessführungsbefugnis

Passiv prozessführungsbefugt ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Baden-Württemberg als Rechtsträger des Landratsamts, das hier als Baurechtsbehörde und damit staatliche Behörde (vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 LKrO-BW¹⁵) agierte.

Hinweis: Unter dem Stichwort der „Passivlegitimation“ kann diese Voraussetzung auch in der Begründetheit geprüft werden.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

N ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Baden-Württemberg richtet sich nach §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 62 Abs. 3 VwGO.

VI. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht Freiburg ist nach §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 1 Abs. 2 Var. 3 AGVwGO-BW und § 12 Abs. 3 LVG-BW als „Gericht der Hauptsache“ (vgl. § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO) sachlich und örtlich zuständig.

VII. Form

Das von N verschickte Telefax wahrt die Anforderungen der Schriftform aus § 81 Abs. 1 S. 1 VwGO, weil Ernstlichkeits- und Authentifikationsfunktion erfüllt sind.¹⁶ Die Pflicht zur Übersendung von Schriftsätzen durch elektronisches Dokument (vgl. § 55a VwGO) trifft nach § 55d S. 1 VwGO nur

¹¹ Berkemann, ZfBR 2021, 699 (704).

¹² BVerwG NVwZ 1999, 523 (525); Söfker/Hellriegel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Kommentar, Bd. 2, 150. Lfg., Stand: Mai 2023, § 34 Rn. 30, 48.

¹³ BVerwG, Beschl. v. 5.12.2019 – 4 B 21.19, Rn. 5.

¹⁴ St.Rspr. seit BVerwG NVwZ 1978, 62 (62 Ls. 4).

¹⁵ Vgl. in anderen Bundesländern: Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO Bayern und § 59 Abs. 3 KrO NRW.

¹⁶ Zur Wahrung der Schriftformfunktion vgl. schon BVerfG, Beschl. v. 11.2.1987 – 1 BvR 475/85; Peters, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 81 Rn. 23.

Behörden und Rechtsanwälte, nicht jedoch auch Naturalparteien. Vor dem Verwaltungsgericht kann N seinen Rechtsstreit auch selbst führen; er ist also postulationsfähig (vgl. § 67 Abs. 1 VwGO). Der Gegenstand des Antragsbegehrens i.S.d. § 82 Abs. 1 S. 1 VwGO lässt sich durch Auslegung (siehe oben) ermitteln.

Hinweis: Eine Frist ist für den einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich¹⁷ nicht zu beachten. Davon zu unterscheiden ist die (vorzugswürdig) im Rechtsschutzbedürfnis zu behandelnde Voraussetzung, dass der in der Hauptsache angegriffene Verwaltungsakt nicht bestandskräftig sein darf.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Schließlich müsste für den einstweiligen Rechtsschutzantrag des N auch das notwendige Rechtsschutzbedürfnis vorliegen.

Dazu darf die der E erteilte Baugenehmigung insbesondere nicht bestandskräftig sein, weil in diesem Fall der Hauptsacherechtsbehelf bereits unzulässig wäre und dann auch ein einstweiliger Rechtsschutzantrag keinen Erfolg haben kann.¹⁸ Des Weiteren darf ein einzulegender Rechtsbehelf nicht von Anfang an erfolglos erscheinen; er hat hierfür also insbesondere nicht (offensichtlich) unzulässig zu sein.¹⁹

N hat bereits am auf die Zustellung der Baugenehmigung folgenden Tag „Einspruch“ eingelegt. Dieser ist analog §§ 133, 157 BGB als Widerspruch i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO auszulegen, weil das Rechtsschutzziel des N klar zum Ausdruck kommt.²⁰ Ein Widerspruch muss nicht zwingend schriftlich erhoben werden, sondern kann – wie hier – auch durch persönliche Vorsprache, die protokolliert wurde, „zur Niederschrift“ erfolgen. Der Widerspruch muss auch nicht zwingend bei der Ausgangsbehörde, sondern kann auch bei der Widerspruchsbehörde (vgl. § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO) erfolgen. Dies ist hier das Regierungspräsidium Freiburg, vgl. § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO-BW und §§ 11, 12 Abs. 3 LVG-BW. Auch bedarf es keiner Begründung.²¹

Hinweis: Diese Voraussetzung gilt freilich nur, wenn der Widerspruch im Landesrecht vorgesehen ist. In Baden-Württemberg ist das Erfordernis der Einlegung eines Widerspruchs im Anwendungsbereich der Landesbauordnung mit Wirkung vom 28.6.2025 entfallen, vgl. § 15 Abs. 5 S. 1 AGVwGO.

Umstritten ist, ob N vor seinem Rechtsschutzantrag an das Gericht zuvor einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung an die Behörde hätte stellen müssen. Nach § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO kann die Behörde, die den Ausgangsverwaltungsakt erlassen hat oder die über den Widerspruch zu entscheiden hat, die Vollziehung aussetzen. § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO normiert, dass ein einstweiliger Rechtsschutzantrag vor Gericht nur zulässig ist, wenn in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO die Behörde zuvor den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung abgelehnt hat.

Teilweise wird dieser vorherige behördliche Aussetzungsantrag bei Drittbeteiligungsfällen stets gefordert.²² § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO sei als Rechtsfolgenverweis auf § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO zu verstehen;

¹⁷ Eine Ausnahme findet sich zum Beispiel in § 17e Abs. 2 FStrG.

¹⁸ Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 32 Rn. 35.

¹⁹ *Buchheister*, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 80 Rn. 44.

²⁰ Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 24.

²¹ *Hüttenbrink*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 70 Rn. 15.

²² OVG Koblenz NVwZ 1994, 1015; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 69 (69 Ls. 1).

anderenfalls käme der Vorschrift mangels denkbarer Drittbeteiligung von sofort vollziehbaren Verwaltungsakten i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO (Anforderung öffentlicher Abgaben oder Kosten) kein Anwendungsbereich zu.

Die überzeugende herrschende Meinung²³ versteht den Verweis in § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO hingegen als Rechtsgrundverweis und beruft sich diesbezüglich insbesondere auf die Gesetzesgenese²⁴. Außerdem sei nicht einzusehen, warum im Drittbeteiligungsfall stets eine vorherige Einschaltung der Behörde notwendig sein soll, obwohl dies im bipolaren Verhältnis der seltene Ausnahmefall ist.

Folgt man letzterem, ist es unschädlich, dass N zuvor keinen behördlichen Aussetzungsantrag gestellt hat.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, den Streit mit dem Argument dahin stehen zu lassen, dass infolge der Bauvorbereitungen durch E i.S.d. § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 VwGO in einem untechnischen Sinne die „Vollstreckung droht“.²⁵

B. Beiladung

E ist im gerichtlichen Verfahren nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen, weil eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung nur einheitlich ergehen kann. Die Beiladungsvorschriften gelten auch im einstweiligen Rechtsschutz.²⁶

Daneben kann eine einfache Beiladung der Gemeinde G nach § 65 Abs. 1 VwGO stattfinden, weil durch die inzidente Überprüfung des Bebauungsplans rechtliche Interessen von G betroffen sind.²⁷

Hinweis: Bei der Beiladung handelt es sich um keine Sachentscheidungsvoraussetzung, sodass sie zwischen Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags kurz anzusprechen ist.

C. Begründetheit

Der Antrag des N auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 VwGO respektive auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist begründet, wenn das Aussetzungsinteresse des N das sofortige Vollzugsinteresse überwiegt. Dies richtet sich nach einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache.²⁸ Das Aussetzungsinteresse des N überwiegt insbesondere, wenn der Hauptsache-rechtsbehelf voraussichtlich Erfolg hat, da am Vollzug eines (jedenfalls: offensichtlich) rechtswidrigen Verwaltungsakts kein überwiegendes Interesse besteht. Da der Widerspruch des N zulässig ist (vgl. oben A. VIII.), kann hier direkt in die Begründetheitsprüfung – die Frage der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung und einer etwaigen Verletzung des N in eigenen Rechten – eingestiegen werden.

²³ VGH Mannheim NVwZ 1998, 766 (767); VGH Mannheim NVwZ 1995, 292 (293); *W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80a Rn. 21.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 11/7030, S. 20, 24 f.

²⁵ So z.B. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 69 (70), das als frühestmöglichen Zeitpunkt der drohenden Vollstreckung die Erteilung der Baugenehmigung nennt.

²⁶ Vgl. *Bier/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 37. Lfg., Stand: Juli 2019, § 65 Rn. 8.

²⁷ Vgl. *Kintz*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2025, § 65 Rn. 9.

²⁸ *Buchheister*, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 80a Rn. 16.

Hinweis: Die Rspr. wendet als Begründungsmaßstab fast durchgehend das sog. Stufenmodell an. Dies bedeutet, dass, wenn sich die Erfolgsaussichten bei summarischer Prüfung im Eilrechtsschutz noch nicht hinreichend einschätzen lassen, auf einer zweiten Stufe eine allgemeine Interessenabwägung stattfindet.²⁹

I. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

1. Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung bildet § 58 Abs. 1 LBO-BW.³⁰

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Das Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald ist – weil es sich bei G um eine kreisangehörige Gemeinde handelt – nach §§ 48 Abs. 1, 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO-BW³¹ i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG-BW als untere Baurechtsbehörde sachlich und i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 LVwVfG auch örtlich zuständig.

b) Verfahren

Eine Angrenzerbeteiligung des N wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

Hinweis: An dieser Stelle ließe sich auch bereits das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB erläutern. Um eine Inzidentprüfung aber auch an dieser Stelle (noch) zu vermeiden – ein Einvernehmen ist nicht erforderlich, wenn ein Bebauungsplan gilt – spricht aufbautechnisch mehr dafür, dieses erst nach Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens zu erörtern. Alternativ ließe sich auch an dieser Stelle bereits konstatieren, dass das gemeindliche Einvernehmen infolge der Fiktion in § 36 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB jedenfalls vorliegt.

c) Form

Die Baugenehmigung ist schriftlich und damit in der Form des § 58 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 LBO-BW erteilt worden.

²⁹ Vgl. Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80 Rn. 187 m.w.N. aus der einschlägigen Rspr.

³⁰ Vgl. in anderen Bundesländern: Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBauO; § 70 Abs. 1 S. 1 NBauO; § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

³¹ Vgl. in anderen Bundesländern: Art. 53 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BayBauO die Kreisverwaltungsbehörden; § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit b BauO NRW die Kreise; § 57 Abs. 1 S. 1 NBauO auch die Landkreise.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Genehmigungspflicht

Die Errichtung einer Gaststätte als baulicher Anlage nach § 2 Abs. 1 S. 1 LBO-BW bedarf nach § 49 LBO-BW³² einer Baugenehmigung.

b) Genehmigungsfähigkeit

Die Baugenehmigung ist nach § 58 Abs. 1 S. 1 LBO-BW zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Grundsätzlich sind nach § 58 Abs. 1 S. 2 LBO-BW alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen, die Anforderungen an das Bauvorhaben enthalten und über deren Einhaltung nicht eine andere Behörde in einem gesonderten Verfahren durch Verwaltungsakt entscheidet.

Hier kommt allein eine Prüfung des Bauplanungsrechts in Betracht, da der Sachverhalt keine Verstöße gegen Bauordnungsrecht oder sonstiges öffentliches Recht nahelegt.

aa) Bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB

Bei der Gaststätte handelt es sich um eine auf Dauer angelegte, mit dem Erdboden verbundene, künstliche Anlage, die – vor dem Hintergrund der beschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG für das „Bodenrecht“ – auch von boden- und planungsrechtlicher Relevanz ist.³³

bb) Vereinbarkeit mit § 30 Abs. 1 BauGB

Soweit der Bebauungsplan wirksam ist, müsste das Vorhaben der E mit den Festsetzungen der Gemeinde G im Bebauungsplan nach § 30 Abs. 1 BauGB vereinbar sein. Zwar ist in dem schlussendlich festgesetzten Dorfgebiet grundsätzlich auch eine Schank- und Speisewirtschaft nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 BauNVO allgemein zulässig. Die Gemeinde G hat aber im Bebauungsplan – was nach § 1 Abs. 5 BauNVO auch grundsätzlich möglich ist – u.a. Schank- und Speisewirtschaften für nicht zulässig erklärt. Die von E avisierte Gaststätte ist mithin nicht mit dem beschlossenen Bebauungsplan vereinbar; widerspricht also den Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB.

Es ist folglich – auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nach § 80a VwGO³⁴ – eine Inzidentprüfung der Wirksamkeit des Bebauungsplans vorzunehmen. Eine solche Inzidentprüfung ist neben der Möglichkeit der Erhebung einer sog. prinzipalen Normenkontrolle möglich.³⁵

(1) EGL für den Bebauungsplan

Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass eines Bebauungsplans als Satzung bilden §§ 1 Abs. 3 S. 1, 2 Abs. 1, 10 Abs. 1 BauGB.

³² Vgl. in anderen Bundesländern: Art. 55 Abs. 1 BayBauO; § 59 Abs. 1 NBauO; § 60 Abs. 1 BauO NRW.

³³ Vgl. BVerwG VerwRspr 1974 Nr. 194, 850.

³⁴ Vgl. VGH München, Beschl. v. 10.12.2020 – 9 CS 20.892, Rn. 37.

³⁵ Wurster, in: Hoppenmann/de Witt, Handbuch des öffentlichen Rechts, 49. Lfg., Stand: Januar 2018, Kap. K 1. Teil Rn. 25 ff.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans

(a) Veröffentlichung nach § 3 Abs. 2 BauGB

Die förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung i.S.d. § 3 Abs. 2 BauGB müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein.

(aa) Internetveröffentlichung, § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB sind die Entwürfe der Bauleitpläne für die Dauer eines Monats, mindestens jedoch für die Dauer von 30 Tagen, oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Dauer einer angemessenen längeren Frist im Internet zu veröffentlichen.

Die Auslegung vom 31.7.2023 bis 30.8.2023 wahrt analog §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 BGB³⁶ die einmonatige Frist des § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB. Fraglich ist aber, ob „ein wichtiger Grund“ im Sinne der Vorschrift vorlag, sodass eine längere Auslegung notwendig gewesen wäre.

Man könnte bereits überlegen, ob die Veröffentlichung im Monat August nicht aufgrund der Sommerferien und der damit mutmaßlich verbundenen Ortsabwesenheit einer Vielzahl von Gemeindevorstandmitgliedern und Gemeindevorstandmitgliedern einen derartigen wichtigen Grund darstellt.³⁷ Allerdings ist durch § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB gerade eine Internetveröffentlichung vorgesehen; die Bauleitpläne können also auch bei Ortsabwesenheit und in den Ferien zur Kenntnis genommen werden.

Nichtsdestotrotz scheint die Einhaltung lediglich der Mindestfrist von einem Monat hier verfehlt. Nach den ursprünglichen Planungen sollte ein Mischgebiet (vgl. § 6 BauNVO) – Wohnen und Gewerbe sollen „Hand in Hand“ miteinander gehen – festgesetzt werden. Vor der Auslegung löste sich die Gemeindeverwaltung indes von dieser Idee und sah die Ausweisung eines Dorfgebiets (§ 5 BauNVO) vor, das zwar gewisse Ähnlichkeiten mit einem Mischgebiet hat, aber doch wegen der notwendigen besonderen Rücksichtnahme auf die Belange der Land- und Forstwirtschaft (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 BauNVO) eine ganz andere und besondere Gebietsart darstellt. Hinzu kommt die im Sachverhalt geschilderte Komplexität des gesamten Planungskonzepts und die Ausweitung vom Ortskern auf das gesamte Gebiet des Ortsteils von O.³⁸ Insofern lag hier ein „wichtiger Grund“ i.S.d. § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB vor und die bloße Einhaltung der Monatsfrist für die Internetveröffentlichung ist ungenügend.

Zu prüfen ist, welche Folge dieser Fehler hat. In Abwendung vom Nichtigkeitsdogma³⁹ für Rechtsnormen, nach dem bereits ein formeller Fehler zur Unwirksamkeit der Norm führt, sehen die §§ 214, 215 BauGB recht weitgehende Planerhaltungsvorschriften vor. Die Verletzung von § 3 Abs. 2 BauGB stellt zwar nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 BauGB grundsätzlich einen beachtlichen Verfahrensfehler dar. Nach der sog. internen Unbeachtlichkeitsklausel⁴⁰ des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. d BauGB ist aber wiederum unbeachtlich, wenn der Bauleitplan trotz Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB nicht für die Dauer einer angemessenen längeren Frist im Internet veröffentlicht worden ist, wenn die Begründung für die Annahme des Nichtvorliegens eines wichtigen Grundes nachvollziehbar ist.

Hier sei nach den Angaben der Gemeinde eine längere Auslegungsfrist – mit der Möglichkeit einer solchen hat sich G also beschäftigt – deshalb nicht in Betracht gekommen, weil man interessierten

³⁶ Dazu *Korbmacher*, in: Brügelmann, BauGB, Kommentar, 130. Lfg., Stand: April 2024, § 3 Rn. 52 m.w.N.

³⁷ Vgl. *Korbmacher*, in: Brügelmann, BauGB, Kommentar, 130. Lfg., Stand: April 2024, § 3 Rn. 51: „nicht unzulässig, aber auch nicht sehr bürgerfreundlich“.

³⁸ Siehe auch *Korbmacher*, in: Brügelmann, BauGB, Kommentar, 130. Lfg., Stand: April 2024, § 3 Rn. 51.

³⁹ Dazu *Uechtritz*: in: BeckOK BauGB, Stand: 1.5.2025, § 214 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁰ Vgl. *Battis*, in: Krautzberger/Löhr/Battis, BauGB, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 214 Rn. 6.

Gewerbetreibenden möglichst schnell Investitionssicherheit geben wollte. Zwar ist dieser Grund vermutlich austauschbar; dies ändert jedoch nichts an seiner Nachvollziehbarkeit.⁴¹ Der Vorschrift geht es vor allem darum, dass sich die Gemeinde mit der Möglichkeit einer längeren Frist überhaupt beschäftigt. Das Unterlassen einer längeren Veröffentlichung im Internet ist daher nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 lit. d BauGB unbeachtlich.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist hier selbstverständlich vertretbar. Dann müsste noch kurz auf eine etwaige Unbeachtlichkeit nach § 215 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB – hier erst unter (cc) – eingegangen werden.

(bb) Öffentliche Auslegung, § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB

Neben der Internetveröffentlichung sieht § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB vor, dass die Gemeinde zudem eine oder mehrere weitere leicht zu erreichende Zugangsmöglichkeiten, etwa durch öffentlich zugängliche Lesegeräte oder durch eine öffentliche Auslegung der Planunterlagen, zur Verfügung stellt. Hier hat sich die Gemeinde für eine öffentliche Auslegung zu den gewöhnlichen Geschäftszeiten im Rathaus (Montag bis Freitag: 09.00 bis 12.00 Uhr; Donnerstag zusätzlich 15.00 bis 18.00 Uhr) entschieden.

Fraglich ist, ob diese Zeiten für die öffentliche Auslegung genügen. Zwar wurden in der Rechtsprechung 18 Stunden in der Woche bisweilen als unbedingt einzuhaltende „Untergrenze“ verstanden.⁴² Allerdings stammt diese Rechtsprechung noch aus einer Zeit, in der die öffentliche Auslegung die einzige Modalität der formellen Beteiligung der Öffentlichkeit darstellte. Durch die Digitalisierungsnovelle von 2023 kommt der öffentlichen Auslegung nur noch eine ergänzende Funktion zur Auslegung im Internet zu, sodass die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen. Insbesondere war auch ein Nachmittagstermin für interessierte Einwohnerinnen und Einwohner verfügbar.

Diese Auslegung fand parallel zur Internetveröffentlichung nur genau einen Monat statt, obwohl infolge der Komplexität der Planung und des Übergangs von einem avisierten Misch- zu einem Dorfgebiet eine längere Auslegung notwendig gewesen wäre (siehe oben). Dieser Fehler ist auch nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 BauGB beachtlich (siehe oben). Dem ersten Anschein nach greift hier die interne Unbeachtlichkeitsklausel des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 lit. d BauGB nicht, da sie nur § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB, nicht aber auch § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB in Bezug nimmt. Nichtsdestotrotz spricht vieles für eine analoge Anwendung von § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 lit. d BauGB.⁴³ Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor, weil der Gesetzgeber bei der Novellierung von § 3 Abs. 2 BauGB eine entsprechende Anpassung von § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 lit. d BauGB wohl übersah. Und auch eine vergleichbare Interessenlage lässt sich wegen des engen inneren Zusammenhangs zwischen § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB und § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB – dem wie dargestellt eine ergänzende Funktion zu S. 1 zukommt – annehmen. Folgt man der obigen Argumentation, ist also die fehlende öffentliche Auslegung über den Monatszeitraum hinaus analog § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 lit. d BauGB unbeachtlich.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist auch hier selbstverständlich vertretbar.

⁴¹ Vgl. Battis, in: Krautzberger/Löhr/Battis, BauGB, Kommentar, 15. Aufl. 2022, § 214 Rn. 17.

⁴² VGH Kassel, Urt. v. 28.2.2013 – 3 C 297/12, Rn. 24.

⁴³ Hüther/Lepej, Jura 2023, 1385 (1391) unter Bezugnahme auf [BT-Drs. 20/7248](#), S. 32.

(cc) Erneute Auslegung, § 4a Abs. 3 S. 1 BauGB

Nach der Öffentlichkeitsbeteiligung im August 2023 wurden am Bebauungsplan Änderungen vorgenommen. Zwar wurde an der Ausweisung eines Dorfgebiets festgehalten, aber bauliche Anlagen nach § 5 Abs. 2 BauNVO sind weitgehend für unzulässig oder nur ausnahmsweise zulässig erklärt worden. Für diesen Fall sieht § 4a Abs. 3 S. 1 BauGB vor, dass der Bauleitplan erneut im Internet zu veröffentlichen ist und die Stellungnahmen der von der Planung berührten Träger öffentlicher Belange einzuholen sind, es sei denn, die Änderung führt offensichtlich nicht zu einer erstmaligen oder stärkeren Berührung von Belangen.

Diese Ausnahme greift hier aufgrund der weitgehenden Änderungen beim Dorfgebiet nicht;⁴⁴ zumal ausdrücklich der Wohnaspekt stärker und die Interessen des Gewerbes nun schwächer gewichtet wurden. Dieser Fehler des Unterlassens einer erneuten förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung ist auch nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 BauGB beachtlich.

Der Fehler ist darüber hinaus nicht nach § 215 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB unbeachtlich geworden. Hiernach wird unter anderem eine nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB beachtliche Verletzung von Verfahrensvorschriften unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung der Satzung schriftlich gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht wurde. Der Bebauungsplan wurde hier am 23.10.2023 bekanntgemacht, sodass die Jahresfrist zum Bearbeitungszeitpunkt – 11.10.2024 – noch nicht abgelaufen ist. Während der noch laufenden Jahresfrist tritt auch ohne Rüge keine Unbeachtlichkeit ein;⁴⁵ eine solche ist also nicht notwendig.

(b) Ordnungsgemäße Ermittlung und Bewertung, § 2 Abs. 3 BauGB

Nach der sog. „Verfahrensgrundnorm“ des § 2 Abs. 3 BauGB – eingefügt durch das EAG-Bau von 2004⁴⁶ – sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten. Zwar herrschte anfänglich über den genauen Anwendungsbereich dieser Vorschrift Unsicherheit und Streit. Mittlerweile ist man sich aber weitgehend einig, dass drei der vier Fehler der sog. Abwägungsfehlerlehre an dieser Stelle als Anforderung an die formelle Rechtmäßigkeit zu prüfen sind. Das betrifft den Abwägungsausfall (= Ermittlungsausfall/Bewertungsausfall), das Abwägungsdefizit (= Ermittlungsdefizit) sowie die Abwägungsfehlgewichtung (= Bewertungsfehleinschätzung).

Ein Abwägungsausfall liegt vor, wenn eine sachgerechte Abwägung der unterschiedlich betroffenen Belange überhaupt nicht stattgefunden hat. Ein Abwägungsdefizit ist anzunehmen, wenn ein für die Planung erheblicher Belang nicht ermittelt wurde oder sachfremde Belange in die Abwägung eingeflossen sind. Eine Abwägungsfehleinschätzung liegt schließlich dann vor, wenn ein für die Abwägung erheblicher Belang zwar zutreffend ermittelt wurde, aber ihm isoliert betrachtet ein objektiv zu geringes Gewicht beigemessen wurde.⁴⁷

Hier ist – wenn überhaupt – an eine Abwägungsfehlgewichtung respektive Bewertungsfehleinschätzung zu denken, weil die Interessen des Gewerbes hintangestellt wurden. Dies geschah allerdings im Rahmen des Planungsprozesses und erst nach der förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung, vermutlich als Reaktion auf die erhobenen Einwendungen. Die Aufstellung eines Bauleitplans

⁴⁴ Vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 8.3.2010 – 4 BN 42/09; *Stüer*, Der Bebauungsplan, Handbuch, 6. Aufl. 2022, Rn. 770.

⁴⁵ *Petz*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 28. Lfg., Stand: 1.7.2014, § 215 Rn. 26; *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Kommentar, Bd. 5, 136. Lfg., Stand: Oktober 2019, § 215 Rn. 48.

⁴⁶ Vgl. [BT-Drs. 15/2250](#).

⁴⁷ Zu allem *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 237 ff.

erfordert keine starre Planung und Bindung an Belange von Anfang an, sondern stellt einen lebendigen Prozess dar, bei dem es notwendigerweise schlussendlich zu der Bevorzugung des einen und der Zurückstellung eines anderen Belangs kommt. Vor diesem Hintergrund ist es hier unerheblich und stellt keine Abwägungsfehleinschätzung dar, dass die G ein modifiziertes Dorfgebiet beschlossen und dabei das Interesse an einer Ansiedlung von Gewerbe als Ergebnis dieses Abwägungsprozesses zurückgestellt hat.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist nur mit guter Argumentation vertretbar. In diesem Fall müsste sodann auf §§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 215 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB eingegangen werden.

(c) Ordnungsgemäßer Gemeinderatsbeschluss

Der Gemeinderatsbeschluss vom 26.9.2023 hinsichtlich des qualifizierten Bebauungsplans müsste ordnungsgemäß gefasst worden sein.

Die beschlussfassende Gemeinderatssitzung am 26.9.2023 wurde per Videokonferenz abgehalten, was grundsätzlich nach § 37a Abs. 1 GemO-BW⁴⁸ möglich ist, weil die Gemeinde G dies gem. § 37a Abs. 1 S. 1 GemO-BW in ihrer Hauptsatzung zugelassen hat. Allerdings lässt § 37a Abs. 1 GemO-BW diese Abweichung von dem ansonsten in der GemO verankerten Grundsatz der Präsenzsitzung (vgl. §§ 37 Abs. 1, 34, 35 GemO-BW) nicht uneingeschränkt zu.

Grundsätzlich darf die Form der Videokonferenz nach § 37a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GemO-BW nur für Gegenstände einfacher Art gewählt werden.⁴⁹ Fraglich ist also, ob der Beschluss über den qualifizierten Bebauungsplan, der den einzigen Gegenstand der Gemeinderatssitzung bildet, einen solchen Gegenstand einfacher Art darstellt. Gegenstände einfacher Art sind solche, für die gerade keine mündliche Erörterung in Präsenz erforderlich ist, weil sie für die Gemeinde oder den betroffenen Bürger nur von unerheblicher Auswirkung sind.⁵⁰ Insbesondere Angelegenheiten, die nach § 39 Abs. 2 GemO-BW nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden können, stellen generell keine

⁴⁸ Vgl. kommunalrechtliche Vorschriften anderer Bundesländer:

Art. 47a GO Bayern: Zentraler Unterschied zu § 37a Abs. 1 GemO BW ist dabei, dass die Möglichkeit der digitalen Sitzungsteilnahme allen Ratsmitgliedern *außer der Sitzungsleitung* zusteht. Weiter kann die Sitzungsleitung auch keine Videositzung anberaumen, sondern es ist die individuelle Entscheidung eines jeden Ratsmitglieds, ob es per Bild-Ton-Übertragung an der Sitzung teilnehmen möchte (vgl. Jung, in: BeckOK GO Bay, Stand: 1.2. 2025, Art. 47a Rn. 10).

§ 47a GO NRW ermöglicht grundsätzlich sowohl digitale Sitzungen (Abs. 1) d.h. die digitale Anwesenheit aller Teilnehmer - wie im vorliegenden Fall - als auch hybride (Abs. 2 S. 3).

§ 64 Abs. 3–8 NKomVG: In Niedersachsen können vergleichbar zu Bayern alle Teilnehmer an Sitzungen digital teilnehmen, allerdings sind auch hier Hauptverwaltungsbeamte und Vorsitzende von dieser Regelung ausgeschlossen, vgl. § 64 Abs. 3 S. 1 NKomVG.

⁴⁹ Vgl. in anderen Bundesländern:

Gem. Art. 47a Abs. 2 GO Bayern ist grundsätzlich jeder Verhandlungsgegenstand zur hybriden Teilnahme tauglich, soweit dieser nicht der Geheimhaltung unterliegt (Art. 56a GO Bayern) und den Voraussetzungen der Hauptsatzung genügt, die der Gemeinderat selbst frei bestimmen kann.

§ 47a Abs. 1 GO NRW lässt digitale Sitzungen nur in „besonderen Ausnahmefällen“ zu. Trotz nicht abschließend normierter Aufzählung der Ausnahmefälle ist wohl ein strenger Maßstab anzulegen, der im vorliegenden Fall wohl nicht gewahrt wäre.

Nach § 64 Abs. 3 NKomVG ist in Niedersachsen eine hybride Sitzung gem. § 64 Abs. 3 S. 6 NKomVG allein in Bezug auf Wahlen, geheime Abstimmungen und die Beratung von geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten nicht zulässig.

⁵⁰ Brenndörfer, in: BeckOK GemO, Stand: 1.5.2025, § 37a Rn. 9; Armbruster, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 28. Lfg., Stand: Juli 2020, § 37a Rn. 3.

Gegenstände „einfacher Art“ i.S.d. § 37a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GemO-BW dar.⁵¹ Ein Bebauungsplan wird gem. § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung durch die planende Gemeinde erlassen und kann daher gem. § 39 Abs. 2 Nr. 3 Var. 1 GemO-BW nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden. Dies entspricht auch der besonderen Komplexität der Aufstellung eines qualifizierten Bebauungsplans, welcher außerdem erhebliche Auswirkungen für die Gemeinde und die Bürgerinnen und Bürger im betroffenen Plangebiet hat. Ein Bebauungsplan ist folglich kein Gegenstand einfacher Art i.S.d. § 37a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GemO-BW.

Die gewählte Form der Videokonferenz wäre für die Sitzung am 26.9.2023 daher nur insoweit zulässig, als die Sitzung gem. § 37a Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GemO-BW aus schwerwiegenden Gründen nicht ordnungsgemäß in Präsenz durchgeführt werden konnte. Über das Vorliegen der schwerwiegenden Gründe entscheidet grundsätzlich der Bürgermeister, dem die Vorbereitung der Sitzung gem. § 34 Abs. 1 S. 1 GemO-BW obliegt.⁵² Die Bürgermeisterin führt zur Begründung an, dass das Rathaus erst wieder Anfang Oktober zur Nutzung durch den Gemeinderat bereitstehe und die Nutzung der Turnhalle der örtlichen Schule als Sitzungsort „zur Wahrung der Würde des Gemeinderats“ nicht in Frage komme. Ein Abwarten bis Oktober scheide aus, weil der Bebauungsplan nun „schnell beschlossen“ werden solle. Allerdings steht der Bürgermeisterin bezüglich der Feststellung über das Vorliegen der schwerwiegenden Gründe kein unbegrenzter Beurteilungsspielraum zu.⁵³ Anhand der genannten Regelbeispiele in § 37a Abs. 1 S. 3 GemO-BW wie Seuchenschutz oder außergewöhnlicher Notsituationen ist zu erkennen, dass ein strenger Maßstab an das Vorliegen schwerwiegender Gründe anzulegen und der Beurteilungsspielraum entsprechend eng ist.⁵⁴ Hier kommt es also darauf an, ob das einmalige Ausweichen des Gemeinderats auf die örtliche Turnhalle – wie von der Bürgermeisterin angeführt – unzumutbar i.S.d. § 37a Abs. 1 S. 3 GemO-BW wäre. Die Wahrung einer etwaigen „Würde des Gemeinderats“ stellt keine mit den Regelbeispielen vergleichbare Notsituation dar, der unbedingt durch eine Videokonferenz zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Gemeinderats abgeholfen werden muss. Eine schulisch genutzte Turnhalle ist zwar kein besonders exponierter Ort für eine Gemeinderatssitzung, allerdings ist das ausnahmsweise Ausweichen des Gemeinderates auf die Turnhalle gerade im Hinblick auf die Komplexität des Beratungsgegenstandes vorliegend durchaus zumutbar. Die Videokonferenz ist also gerade nicht für die Handlungsfähigkeit des Gemeinderates unbedingt erforderlich, da die Turnhalle als Ausweichmöglichkeit zur Verfügung stand. Folglich liegen keine schwerwiegenden Gründe vor, die zur ausnahmsweisen Zulässigkeit einer Videokonferenz gem. § 37a Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GemO-BW führen würden. Die Bürgermeisterin hat ihren Beurteilungsspielraum überschritten, sodass ein Verstoß gegen § 37a Abs. 1 GemO-BW vorliegt. Eine Heilung nach § 4 Abs. 4 S. 1 GemO-BW scheidet mangels Ablaufs der Jahresfrist ebenfalls aus.

⁵¹ Dazu *Brenndörfer*, in: BeckOK GemO, Stand: 1.5.2025, § 37 Rn. 2; *Armbruster*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 28. Lfg., Stand: Juli 2020, § 37a Rn. 3.

⁵² *Armbruster*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 28. Lfg., Stand: Juli 2020, § 37a Rn. 5. Anders nach § 47a Abs. 3 GO NRW: Hier obliegt es dem Rat selbst, den „besonderen Ausnahmefall“ bzw. die „außergewöhnliche Notlage“ festzustellen. Daher wäre diesbezüglich die Einberufung der Sitzung jedenfalls mangels Gemeinderatsbeschlusses, wohl aber auch wegen der fehlenden vergleichbaren Notlage, rechtswidrig.

⁵³ *Armbruster*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 28. Lfg., Stand: Juli 2020, § 37a Rn. 4.

⁵⁴ *Armbruster*, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 28. Lfg., Stand: Juli 2020, § 37a Rn. 4; vgl. auch zur Parallelvorschrift in der LKrO *Trumpp/v. Komorowski*, in: Landkreisordnung für Baden-Württemberg, Kurzkomentar, 8. Aufl. 2024, § 32a Rn. 2.

Anmerkung: Für eine etwaige Heilung ist hier ausschließlich auf § 4 Abs. 4 GemO-BW zurückzugreifen und nicht auf §§ 214 f. BauGB, da letztere nur für die Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften des BauGB gelten.

Der Gemeinderatsbeschluss hinsichtlich des Bebauungsplans ist ansonsten nicht zu beanstanden. Aufgrund des Verstoßes gegen § 37a Abs. 1 GemO-BW ist er dennoch rechtswidrig und der Bebauungsplan damit formell rechtswidrig.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans

Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans ist einzig die konkrete Festsetzung als modifiziertes Dorfgebiet zu prüfen. Bei der Festsetzung der Art der baulichen Nutzung hat die Gemeinde nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 9a Abs. 1 Nr. 1 lit. a BauGB auf die Baugebiete der BauNVO zurückzugreifen. Durch die Festsetzung eines Dorfgebiets (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5 BauNVO) wird die Bestimmung des § 5 BauNVO grundsätzlich unverändert Bestandteil des Bebauungsplans, wenn nicht § 1 Abs. 4 bis 10 BauNVO etwas anderes bestimmen (vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 BauNVO). Nach § 1 Abs. 5 BauNVO kann im Bebauungsplan festgesetzt werden, dass bestimmte Arten von Nutzungen, die eigentlich allgemein zulässig sind, nicht zulässig sind, sofern die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleibt. Des Weiteren sieht § 1 Abs. 6 BauNVO die Möglichkeit vor, dass alle oder einzelne eigentlich vorgesehene Ausnahmen nicht Bestandteil des Bebauungsplans werden.

Fraglich ist allerdings, ob auch der weitgehende Ausschluss der allgemein zulässigen Bauten durch die Gemeinde G – allgemein zulässig sind nach dem Willen der Gemeinde nur noch Wohngebäude i.S.d. § 5 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO – von § 1 Abs. 5 BauNVO erfasst wird. Diesbezüglich lässt sich schon daran zweifeln, ob wirklich nur noch „bestimmte“ oder nicht vielmehr „weitgehend alle“ zulässigen Nutzungsarten ausgeschlossen wurden. Jedenfalls ist die allgemeine Zweckbestimmung des Dorfgebiets nicht mehr gewahrt (vgl. § 1 Abs. 5 BauNVO a.E.): Wenn nur noch Wohngebäude allgemein zulässig sind, dient das Gebiet nicht (gleichermaßen) der Unterbringung der Wirtschaftsstellen land- und forstwirtschaftlicher Betriebe, dem Wohnen und der Unterbringung von Gewerbe- und Handwerksbetrieben (vgl. § 5 Abs. 1 BauNVO), sondern vorwiegend dem Wohnen i.S.d. § 4 Abs. 1 BauNVO. Dann hätte die Gemeinde aber ein allgemeines Wohngebiet nach § 4 BauNVO festsetzen müssen. Hier sind nicht störende Gewerbebetriebe, Gartenbaubetriebe und Tankstellen ausnahmsweise, Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke allgemein zulässig (vgl. § 4 Abs. 2 und 3 BauNVO). Eine derart verschleierte Festsetzung eines Dorfgebiets mit weitreichendem Ausschluss der hiernach zulässigen Arten baulicher Nutzung bei völligem Fehlen insbesondere der gerade gebietsprägenden land- und forstwirtschaftlichen Betriebe (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 BauNVO) in O stellt einen Missbrauch des Festsetzungsrechts der Gemeinde dar.⁵⁵ § 1 Abs. 5 und 6 BauNVO sind nur Instrumente zur Feinjustierung innerhalb eines Baugebiets, können aber nicht zur Verschleierung des wahren Gebietscharakters genutzt werden. Die Festsetzung des Dorfgebiets durch G ist also unwirksam und der Bebauungsplan (auch) materiell rechtswidrig.

(4) Zwischenergebnis

Der Bebauungsplan ist (aus mehreren Gründen) unwirksam. Er kann der Baugenehmigung nicht zugrunde gelegt werden.

⁵⁵ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.12.1989 – 4 NB 32/89; Ziegler, in: Brügelmann, BauGB, Kommentar, 98. Lfg., Stand: April 2016, BauNVO § 1 Rn. 300.

cc) Vereinbarkeit mit § 34 BauGB

Aufgrund der Unwirksamkeit des Bebauungsplans handelt es sich bei dem Ortsteil O um ein unbeplantes Gebiet, sodass sich die Zulässigkeit der Bebauung nach §§ 34 und 35 BauGB richtet. Vordergründig ist hier zu ermitteln, ob die Bebauung im Ortsteil O einem Baugebiet in der BauNVO entspricht (vgl. § 34 Abs. 2 BauGB). In diesem Fall beurteilt sich die Zulässigkeit der Art der baulichen Nutzung allein danach, ob das Vorhaben in dem faktischen Baugebiet zulässig ist.

Der Ortsteil ist bisher überwiegend mit Wohngebäuden bebaut. Es finden sich in O ausweislich des Sachverhalts aber auch ein kleiner Lebensmittelladen, ein Friseurgeschäft sowie ein Jugendzentrum und mehrere Arztpraxen sowie eine Tankstelle. Die tatsächliche Bebauung gleicht damit einem allgemeinen Wohngebiet, das vorwiegend dem Wohnen dient (vgl. § 4 Abs. 1 BauNVO): Neben den Wohngebäuden (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) sind der kleine Lebensmittelladen und der Friseur (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO) sowie das Jugendzentrum und die Arztpraxen als Anlagen für soziale und gesundheitliche Zwecke (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO) allgemein zulässig. Bei der Tankstelle handelt es sich um eine zulässige Ausnahmebebauung (§ 31 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO).

Das Vorhaben der E zur Errichtung einer Gaststätte ist damit nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO allgemein zulässig. Von § 1 Abs. 5 BauNVO kann im faktischen Wohngebiet nach § 34 Abs. 2 BauGB kein Gebrauch gemacht werden,⁵⁶ sodass der Ausschluss der Gaststätten durch den (unwirksamen) Bebauungsplan unbeachtlich ist.

Anhaltspunkte dafür, dass die Gaststätte der E nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des (faktischen) Baugebiets i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO widersprechen würde, liegen nicht vor. Auch liefert der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots aus § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO: Zwar können durch Gaststätten insbesondere Lärmbelästigungen auftreten, die schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG zur Folge haben können. Allerdings sind Gaststätten in einem allgemeinen Wohngebiet grundsätzlich allgemein zulässig, § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO. Es bedarf also besonderer – hier (im Eilverfahren noch) nicht vorliegender – Anhaltspunkte, dass die Emissionen der Gaststätte über das normale Maß hinausgehen, um eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots nach § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO annehmen zu können.

dd) Gemeindliches Einvernehmen nach § 36 BauGB

Zwar hat G nicht ausdrücklich ihr nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderliches Einvernehmen erteilt. Allerdings wird dieses nach § 36 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB fingiert, weil die Gemeinde sich nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens durch das Landratsamt geäußert hat. Dass G die Erforderlichkeit der Einvernehmenserteilung nicht hat nachvollziehen können, ist insofern unbeachtlich.

Hinweis: Es muss auf das Ersuchen des Landratsamts als Genehmigungsbehörde i.S.d. § 36 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB abgestellt werden und nicht auf § 36 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BauGB, da der Bauantrag seit der Baurechtsnovelle 2023 nicht mehr bei der Gemeinde, sondern der Baurechtsbehörde einzureichen ist (vgl. § 53 Abs. 1 S. 1 LBO-BW).

⁵⁶ Vgl. Ziegler, in: Brügelmann, BauGB, Kommentar, 98. Lfg., Stand: April 2016, BauNVO § 1 Rn. 300.

ee) Zwischenergebnis

Das Vorhaben der E widerspricht nicht öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Es ist daher genehmigungsfähig und die Baugenehmigung wurde zu Recht erteilt.

II. Verletzung des N in eigenen Rechten

Eine Verletzung des N in eigenen Rechten kommt wegen der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung nicht in Betracht.

III. Interessenabwägung

Da die Baugenehmigung rechtmäßig erteilt wurde, überwiegt – in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Wertung aus § 212a Abs. 1 BauGB – das sofortige Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse des N. Der Antrag ist mithin unbegründet.

D. Ergebnis

Der Antrag des N ist zulässig, aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

Aufgabe 2

Das Landratsamt hat die Gemeinde G am 8.4.2024 aufgefordert, ihr Einvernehmen i.S.d. § 36 Abs. 1 BauGB zum Bauvorhaben der E zu erteilen, obwohl G zuvor einen qualifizierten Bebauungsplan erlassen hat. Das Einvernehmen der Gemeinde i.S.d. § 36 Abs. 1 BauGB ist jedoch nur dann einzuholen, wenn über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens außerhalb eines Bebauungsplans entschieden wird, um die kommunale Planungshoheit der Gemeinde nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu schützen.⁵⁷ Einer Einvernehmenserteilung bedarf es also nur bei Ausnahmen und Befreiungen von einem Bebauungsplan i.S.d. § 31 BauGB, bei einer Baugenehmigung noch während des Planaufstellungsverfahrens (§ 33 BauGB) sowie im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) und Außenbereich (§ 35 BauGB).

Aus der Vorgehensweise lässt sich schlussfolgern, dass das Landratsamt – wie oben dargestellt zutreffend – von der Rechtswidrigkeit des qualifizierten Bebauungsplans der Gemeinde G ausgegangen ist und diesen daher nicht angewendet, sondern die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens der E nach § 34 BauGB geprüft hat.

Diese Vorgehensweise könnte deshalb rechtlichen Bedenken ausgesetzt sein, weil das Landratsamt damit eine materiell-rechtliche Norm – den gem. § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung erlassenen qualifizierten Bebauungsplan – eigenmächtig nicht angewendet hat. Daher stellt sich hier die Frage nach (der Reichweite) der Normverwerfungskompetenz respektive – terminologisch präziser – der Normnichtenanwendungskompetenz der Behörde.⁵⁸

Grundsätzlich ist die Verwaltung als Ausfluss von Art. 20 Abs. 3 GG dazu gehalten, Rechtsvorschriften anzuwenden. Eine Nichtanwendung von formellen (Parlaments-)Gesetzen kommt wegen des in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts nicht in Betracht: Wenn schon „einfache“ Gerichte die Norm nicht verwerfen dürfen, muss

⁵⁷ Hofmeister, in: BeckOK BauGB, Stand: 1.5.2025, § 36 Rn. 1.

⁵⁸ Dazu Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 124 ff. und Engel, NVwZ 2000, 1258 (1258).

dies erst recht für die gesetzesvollziehende Verwaltung gelten.⁵⁹ Bei dem Bebauungsplan handelt es sich nach § 10 Abs. 1 BauGB aber um eine Satzung und damit um eine bloß materiell-rechtliche Norm, bei der dieser Gedanke nicht greift. Ob Behörden eine Nichtanwendungskompetenz in Bezug auf materiell-rechtliche Normen zusteht, ist umstritten.

Dabei ist zu unterscheiden: Eine rechtsverbindliche generelle Normverwerfungskompetenz kommt der Behörde auch hier unstreitig nicht zu.⁶⁰ Diese Kompetenz ist durch das Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO eindeutig den Oberverwaltungsgerichten respektive Verwaltungsgerichtshöfen (vgl. § 184 VwGO) zur Entscheidung zugewiesen.

Andererseits ergibt sich eine reine Normprüfungskompetenz der Behörde hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der materiell-rechtlichen Norm schon aus Art. 20 Abs. 3 GG.⁶¹ Die Verwaltung ist an Recht und Gesetz gebunden und die Amtswalter trifft darüber hinaus die Pflicht zum rechtmäßigen Verhalten.⁶² Es bestehen also keine rechtlichen Bedenken, wenn die Norm durch eine Behörde auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft wird. Allerdings stellt sich die Frage, welche Konsequenzen die Behörde nach Ausübung ihrer Normprüfungskompetenz ziehen darf, soweit sie von der Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit der Norm überzeugt ist.

Einer ersten Ansicht nach steht der Behörde in diesen Fällen nicht nur eine Normnichtenanwendungskompetenz zu, sondern sie trifft sogar eine *Nichtanwendungspflicht*.⁶³ Danach hat das Landratsamt hier rechtlich unbedenklich gehandelt.

Einer zweiten Ansicht nach besteht eine solche Nichtanwendungspflicht jedenfalls bei evidenter Rechtswidrigkeit und damit Unwirksamkeit der materiell-rechtlichen Norm.⁶⁴ Diese lässt sich hier aufgrund der Vielzahl an Fehlern, insbesondere der materiellen Rechtswidrigkeit aufgrund der Entkleidung des Wesensgehalts des Dorfgebiets gut vertretbar bejahen.

Einer dritten Ansicht nach trifft die Behörde eine Normanwendungspflicht, soweit deren Unwirksamkeit nicht durch den Verwaltungsgerichtshof gem. § 47 VwGO verbindlich festgestellt wurde.⁶⁵ Dies wird damit begründet, dass insbesondere die Zuständigkeitsverteilung und die Rechtssicherheit – die Gewaltenteilung – es verbieten, dass sich Verwaltungsbeamte über eine Rechtsnorm hinwegsetzen und sie im Einzelfall unangewendet lassen.⁶⁶ Hiernach hätte das Landratsamt gegen diese Anwendungspflicht verstoßen, indem die Zulässigkeitsprüfung auf § 34 BauGB gestützt wurde. Eine Normanwendungspflicht könnte sich auch aus der „Gerichtsgedrängtheit“ der Gewaltenteilung ergeben, sodass allgemein Verwerfungs- und Nichtanwendungskompetenzen ausschließlich den Gerichten zustehen.⁶⁷

⁵⁹ Vgl. *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 10.

⁶⁰ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 126; *Panzer*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 30. Lfg., Stand: Februar 2016, Vorb. § 47 Rn. 9.

⁶¹ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 125; *Panzer*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 30. Lfg., Stand: Februar 2016, Vorb. § 47 Rn. 9.

⁶² Vgl. BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 125.

⁶³ Vgl. *Arndt*, DÖV 1959, 81 ff. mit Bezug auf die Verwerfungskompetenz formeller Gesetze, was sich aber auch auf materielle Gesetze übertragen lässt.

⁶⁴ BVerwGE 156, 180 (193 Rn. 39) fordert „positive Kenntnis“; vgl. auch BVerwG NJW 1987, 1344 (1345) und OVG Münster, Urte. v. 30.6.2005 – 20 A 3988/03, Rn. 67.

⁶⁵ BVerwGE 156, 180 (193 Rn. 39).

⁶⁶ OVG Münster, Urte. v. 30.6.2005 – 20 A 3988/03, Rn. 64; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 4 Rn. 67.

⁶⁷ Angedacht, aber offengelassen von BVerwG NVwZ 2001, 1035 (1037).

Eine vierte Ansicht geht in einem solchen Fall von einer verfahrensrechtlichen Aussetzungs- und Vorlagepflicht aus.⁶⁸ Hiernach hat der jeweilige zuständige Sachbearbeiter in der Behörde das Verfahren auszusetzen und die für bedenklich erachtete Norm damit zumindest vorläufig nicht anzuwenden.⁶⁹ Die fragliche Norm und die Bedenken sollen dann dem Vorgesetzten vorgelegt werden. Dieser soll wiederum die Norm entweder dem Normgeber, der jeweiligen Aufsichtsbehörde oder seinem Vorgesetzten vorlegen.⁷⁰ Dabei ist die behördliche „Kette“ so weit zu verfolgen, bis die jeweils befugte Stelle oder der Normgeber selbst eine allgemeinverbindliche Entscheidung herbeiführen können.⁷¹ Dafür spricht auch ein Vergleich zum Vorgehen bei dienstlichen Anordnungen gem. § 63 Abs. 2 BBG.⁷²

Dementsprechend geht das BVerwG für die Frage eines unwirksamen Bebauungsplans davon aus, dass die Baugenehmigungsbehörde die Gemeinde zur angenommenen Unwirksamkeit mit Rücksicht auf die gemeindliche Planungshoheit anhören muss und ihr Gelegenheit zu geben ist, den Bebauungsplan bei Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften entweder mit Rückwirkung zu heilen oder den Satzungsbeschluss im Sinne eines *actus contrarius* aufzuheben.⁷³ Tut die Gemeinde dies nicht, sollen der Bauaufsichtsbehörde entsprechende Rechtsaufsichtsmaßnahmen zustehen.⁷⁴ Das Landratsamt hat als zuständige Bauaufsichtsbehörde zwar die Gemeinde zur Einvernehmenserteilung aufgefordert. Um eine hiernach zu fordernde Anhörung zu gewährleisten, hätte sie der Gemeinde jedoch in jedem Fall mitteilen müssen, dass das Landratsamt von der Rechtswidrigkeit des Bebauungsplans überzeugt ist.

Eine andere Möglichkeit der Rechtsaufsichtsbehörde, durch Aussetzung und Vorlage eine allgemeinverbindliche Entscheidung herbeizuführen, ist es nach § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO ein Antrag zur Normenkontrolle zu stellen. Denn im Normenkontrollverfahren ist eine mit dem Vollzug der Rechtsnorm betraute Behörde – wie hier das Landratsamt – nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO grundsätzlich zur Erhebung des Antrags berechtigt.⁷⁵ Macht die Behörde von ihrer Antragsbefugnis aus § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO keinen Gebrauch, trifft sie eine Anwendungspflicht.⁷⁶ Dies gilt aber nach herrschender Ansicht nur dann, wenn sich das Landesrecht nicht für die umfassende Geltung des Rechtsträgerprinzips entschieden hat, wie es Baden-Württemberg indes tat.⁷⁷ Hier kann also nicht das Landratsamt, sondern nur der Rechtsträger – also das Land Baden-Württemberg nach § 15 Abs. 1 LVG – den Normenkontrollantrag erheben.

⁶⁸ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 126; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 4 Rn. 67.

⁶⁹ Vgl. BVerwG, *Beschl. v. 22.8.2005 – 6 BN 1/05*, Rn. 5; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 4 Rn. 67; *Panzer*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 30. Lfg., Stand: Februar 2016, Vorb. § 47 Rn. 10.

⁷⁰ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 129.

⁷¹ Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 4 Rn. 67; *Panzer*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 30. Lfg., Stand: Februar 2016, Vorb. § 47 Rn. 10.

⁷² Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 129.

⁷³ BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); BVerwG NVwZ 2001, 1035 (1037); BVerwG NJW 1987, 1344 (1345); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 4 Rn. 68 f; *Nonnenmacher/Feickert*, VBIBW 2007, 328 (329).

⁷⁴ Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 4 Rn. 68 f.

⁷⁵ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 126 und Rn. 133.

⁷⁶ *Panzer*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 30. Lfg., Stand: Februar 2016, Vorb. § 47 Rn. 10.

⁷⁷ *Redeker*, in: *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 47 Rn. 33.

Das Landratsamt hätte jedoch das Verfahren aussetzen können und seine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Norm durch das Ergreifen von Rechtsaufsichtsmaßnahmen an das Land Baden-Württemberg weiterleiten können. Außerdem war es dem Landratsamt – in Vertretung des Landes Baden-Württemberg – nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO sogar zumutbar und möglich, einen Normenkontrollantrag zu stellen, da insbesondere die Jahresfrist im Juli 2024 jedenfalls noch nicht abgelaufen war.

Damit trifft das Landratsamt im vorliegenden Fall – nach überzeugender Ansicht – eine Normanwendungspflicht in Bezug auf den Bebauungsplan. Hiergegen hat das Landratsamt durch die Aufforderung an die Gemeinde G, nach § 36 Abs. 1 BauGB das Einvernehmen zu erteilen, im konkreten Fall verstoßen.

Zwischenprüfungsklausur: Rund um die WG-Party

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Wiss. Mitarbeiter und Ref. iur. Florian Nazli, Düsseldorf*

Die Klausur wurde im WS 2024/25 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Zwischenprüfungsklausur i.S.d. § 28 JAG NRW gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 180 Minuten. Von den 254 Teilnehmern bestanden 17,72 % die Klausur nicht, 16,54 % erreichten eine Prädikatsnote. Die Durchschnittspunktzahl waren 6,49 Punkte. Der Sachverhalt wurde für die Veröffentlichung insoweit angepasst, als die Sporttasche in der Originalklausur von B auf den Müll geworfen wurde, was dazu geführt hat, dass die Studierenden zum Teil ausführlich Sachbeschädigung geprüft und dabei viel Zeit verloren haben. Die in der jetzigen Fassung in Betracht kommende Unterschlagung ist laut Bearbeitungsvermerk nicht zu prüfen.

Sachverhalt

Bianca (B) möchte gerne ihre Freunde in ihre WG einladen, um eine Party zu feiern. Leider ist sie knapp bei Kasse und kann diesen Plan nicht finanzieren. Sie beschließt deshalb, die notwendigen Lebensmittel in einem Supermarkt „mitgehen“ zu lassen.

Am folgenden Tag begibt sich B zu diesem Zweck in ihren nahegelegenen Stammsupermarkt, der der S-GmbH gehört. Dort nimmt sie einen für die Kunden des Supermarkts bereitstehenden Einkaufskorb und schlendert durch die Regale. Sie legt zwei Tüten „Taki-Chips“ (je 6 €) und eine Dose gesalzene Erdnüsse (1,50 €) in den Korb. Nun braucht sie nur noch etwas zum Trinken. Allerdings steht ihre Lieblingsspirituose – im Gegensatz zu „billigen“ alkoholischen Getränken – in einem verschlossenen Glasschrank, der einige höherpreisige Spirituosen enthält. Das Personal öffnet diesen zwar auf Nachfrage von Kunden, aber B möchte keine unnötige Aufmerksamkeit auf sich lenken. Sie nimmt daher eine Büroklammer aus ihrer Hosentasche und öffnet damit geschickt die Tür des Schrankes, ohne das Schloss oder den Schrank zu beschädigen. B legt eine Flasche Rum im Wert von 40 € in den Einkaufskorb und verschließt den Schrank wieder.

Da B keinen Rucksack dabei hat, geht sie zum Tisch mit wöchentlich wechselnden Angebotswaren und nimmt eine Sporttasche, die laut Etikett 20 € kostet. Mit Kraft reißt sie das Etikett von der Tasche und lässt es zu Boden fallen, damit es so aussieht, als gehöre die Sporttasche ihr. Sodann packt B die Chipstüten und die Flasche Rum aus dem Korb in die Sporttasche. Lediglich die Erdnüsse lässt sie im Korb. Anschließend verschließt B die Sporttasche. Ihr Plan ist es, die Sachen so unauffällig an der Kasse vorbeizuschmuggeln, ohne diese zu bezahlen. Die Tasche hängt sie über ihre Schulter, als käme sie gerade vom Sport. Tatsächlich hasst B Sport abgrundtief und will die Tasche nur verwenden, um die Lebensmittel nach Hause zu transportieren. Die Tasche will sie am folgenden Tag zurückbringen und wieder auf den Warentisch legen. An der Kasse bezahlt sie nur die im Einkaufskorb liegenden Erdnüsse. Anschließend verlässt B den Supermarkt unbehelligt. Zuhause stellt sie fest, dass eine der Chipstüten aufgegangen ist. Die Tasche ist jetzt mit Flecken und Krümeln verunreinigt. Dies hatte B nicht vorhergesehen. Da sie schon die ersten Gäste erwartet und sie eigentlich

* Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität. Florian Nazli ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl und Rechtsreferendar am LG Düsseldorf.

auch keine Lust hat, die Tasche zu reinigen, verzichtet sie auf die Rückgabe und legt die Tasche in ihren Schrank.

Die Party von B ist ein voller Erfolg. Es ist deshalb schon früher Morgen, als sich einige der Gäste, Bs Freundin Alexandra (A) mit ihrem Freund Fabian (F), auf den Heimweg machen. F, der nichts getrunken hat, fährt die beiden mit seinem Auto nach Hause. Während der Fahrt sehen F und A auf dem Gehweg den reinrassigen schwarzen Pudel Mephisto (M), der dem Rentner Raimund (R) gehört. M hat mehrere Hundezuchtwettbewerbe gewonnen und einen Wert von 3.000 €. M ist vor einer Bäckerei angeleint, während R Brötchen kauft. Da A Hunde mit Locken nicht mag und findet, dass in der Stadt viel zu viele Hunde gehalten werden, ruft sie F zu, er solle den „blöden Pudel“ überfahren. Seiner Freundin zuliebe will F diesen Plan umsetzen und hält zielgerichtet mit dem Auto auf M zu. Nur weil M plötzlich zur Seite läuft, verfehlt das Auto ihn in letzter Sekunde. F geht zwar davon aus, dass er M durchaus doch noch überfahren könnte, indem er zurücksetzt und wieder anfährt. Das ist ihm aber zu viel Aufwand, weshalb er – trotz der Proteste von A, die M tot sehen will – nach Hause fährt.

Aufgabe

Wie haben sich A, B und F nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis

- §§ 123, 142, 240, 244, 246, 263, 263a, 267, 315 und 315c StGB sind nicht zu prüfen.
- Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Im Supermarkt	740
I. § 242 Abs. 1 StGB an der Sporttasche durch das Entfernen des Etiketts, das Über- der-Schulter-Tragen und das Verlassen des Supermarkts	740
1. Tatbestand.....	740
a) Objektiver Tatbestand.....	740
aa) Fremde bewegliche Sache	740
bb) Wegnahme	740
b) Subjektiver Tatbestand	742
aa) Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale	742
bb) Zueignungsabsicht.....	742
c) Ergebnis	743
II. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB durch In-die-Sporttasche- Stecken und das Verlassen des Supermarktes	743
1. Tatbestand.....	743
a) Objektiver Tatbestand.....	743
aa) Fremde bewegliche Sache.....	743

bb) Wegnahme	743
b) Subjektiver Tatbestand	744
2. Rechtswidrigkeit	744
3. Schuld	744
4. Strafzumessung, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB	745
a) Objektive Voraussetzungen	745
b) Subjektive Voraussetzungen	745
c) Geringwertigkeit, § 243 Abs. 2 StGB	746
d) Ergebnis	746
III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Abreißen des Etiketts	746
1. Tatbestand	746
a) Objektiver Tatbestand	746
aa) Urkunde	746
bb) Gehören	747
cc) Tathandlung	747
b) Subjektiver Tatbestand	747
2. Rechtswidrigkeit	747
3. Schuld	747
4. Ergebnis	747
IV. § 303 Abs. 1 StGB durch das Hineinlegen der Chips in die Tasche	748
V. Konkurrenzen des ersten Tatkomplex	748
Zweiter Tatkomplex – Die Heimfahrt	748
A. Strafbarkeit des F	748
I. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB durch Zufahren auf M	748
1. Tatbestand	748
a) Handlungsteil	748
aa) Grobe Einwirkung von einigem Gewicht	749
bb) „Pervertierungsabsicht“	749
cc) Schädigungsvorsatz	749
b) Gefährdungsteil	749
c) Konkreter Gefahrzusammenhang	749
d) Vorsatz	750
2. Ergebnis	750
II. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB durch Zufahren auf M	750

1. Strafbarkeit des Versuches.....	750
2. Subsidiarität des Versuches	750
3. Tatbestand.....	750
a) Tatentschluss	750
b) Unmittelbares Ansetzen.....	750
4. Rechtswidrigkeit.....	751
5. Schuld	751
6. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	751
a) Kein Fehlschlag.....	751
b) Unbeendeter Versuch, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB.....	752
c) Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat.....	752
d) Freiwilligkeit	752
e) Zwischenergebnis.....	752
7. Ergebnis	752
B. Strafbarkeit der A.....	752
I. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 26 StGB durch den Zuruf.....	752
1. Tatbestand.....	753
a) Objektiver Tatbestand.....	753
aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat.....	753
bb) Bestimmen	753
b) Subjektiver Tatbestand	754
2. Rechtswidrigkeit.....	754
3. Schuld	754
4. Ergebnis	754
II. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 26 durch das Zurufen	754
1. Tatbestand.....	754
a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat	754
b) Bestimmen.....	754
c) Subjektiver Tatbestand	754
2. Rechtswidrigkeit.....	755
3. Schuld	755
4. Ergebnis	755
Konkurrenzen und Gesamtergebnis	755

Erster Tatkomplex: Im Supermarkt

Hinweis: Die anderen Gegenstände werden später in die Sporttasche gesteckt. Es ist deshalb praktischer, erst den Diebstahl an der Sporttasche zu prüfen. Eine chronologische Reihenfolge ist aber ebenso gut möglich.

I. § 242 Abs. 1 StGB an der Sporttasche durch das Entfernen des Etiketts, das Über-der-Schulter-Tragen und das Verlassen des Supermarkts

B könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Etikett von der Sporttasche abriss, die Sporttasche über der Schulter trug und anschließend den Supermarkt verließ.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Die Sporttasche ist ein körperlicher Gegenstand i.S.d. § 90 BGB und beweglich. Sie ist fremd, wenn sie im zivilrechtlichen (Mit-)Eigentum einer anderen Person steht.¹ Die Sporttasche steht im Eigentum der S-GmbH und ist damit für B fremd. Also handelt es sich bei der Sporttasche um eine für B fremde bewegliche Sache.

bb) Wegnahme

B müsste die Sporttasche weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.² Gewahrsam ist das von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache, wobei für die Zuordnung die Anschauungen des täglichen Lebens maßgeblich sind.³ Die Sporttasche lag ursprünglich auf einem Tisch mit Aktionswaren. Bei Sachen, die sich in Geschäftsräumen befinden, hat das Unternehmen, vertreten durch das Personal in der Filiale, den generellen Gewahrsam.⁴ Also hatte der Ladeninhaber ursprünglich Gewahrsam an der Sporttasche.

Hinweis: Nur natürliche Personen können einen Herrschaftswillen bilden und Gewahrsamsinhaber sein.⁵ Wenn die Studierenden an dieser Stelle den Gewahrsam der S-GmbH zuordnen, ist das aber kein großer Fehler.

¹ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, Rn. 286.

² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 22.

³ BGHSt 16, 271 (273); Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, Rn. 299; teilweise auch als Verkehrsauffassung bezeichnet, siehe Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 23.

⁴ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 242 Rn. 13; Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 66.

⁵ Siehe Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 43.

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt B Gewahrsam an der Sporttasche erlangt hat. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalles und ebenfalls nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen.⁶ Neuer Gewahrsam liegt vor, wenn der neue Gewahrsamsinhaber die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung des bisherigen Inhabers ausüben kann und dieser nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen.⁷

Zunächst riss B das Etikett der Sporttasche ab. Dass ein zum Verkauf bereitliegender Gegenstand kein Etikett mehr hat, kommt immer wieder in Supermärkten oder anderen Geschäften vor. Nach der Verkehrsanschauung wird durch den Verlust des Etiketts allein keine andere Betrachtung des Gewahrsams an der Tasche gerechtfertigt. Der Gewahrsam liegt immer noch beim Ladeninhaber. Anschließend hing B sich Tasche über die Schulter und trug diese, als ob sie gerade vom Sport käme. Durch das Überhängen könnte B eine Gewahrsamsenkclave geschaffen haben. Eine Gewahrsamsenkclave entsteht, wenn der Täter den Gegenstand so eng in seine höchstpersönliche Sphäre bringt, dass nach der Verkehrsauffassung selbst im fremden Machtbereich der alte Gewahrsam schon beseitigt wird, da der alte Gewahrsamsinhaber zur Wiedererlangung in den „Tabubereich“ eindringen müsste und dies rechtfertigungsbedürftig wäre.⁸ Dies gilt vor allem für kleinere Gegenstände, die unter der Kleidung oder in einem Behältnis verborgen werden können.⁹ Bei handlichen, unauffälligen Sachen wie Geldscheine oder Schmuckstücke reicht regelmäßig bereits das Ergreifen und Festhalten bzw. das offene Wegtragen aus.¹⁰ Die Sporttasche ist zwar kein besonders kleiner Gegenstand, der in der Kleidung versteckt werden kann, aber sie ist leicht und einfach zu transportieren. Durch das Entfernen des Etiketts und das Über-der-Schulter-Tragen will B bei einem Dritten den Eindruck erwecken, dass es ihre eigene Sporttasche sei. Andererseits trägt sie die Sporttasche offen, sodass der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber (noch) nicht in einen Tabubereich eindringen muss, um sie wiederzuerlangen. Gerade das offene Wegtragen von (kleineren) Gegenständen begründet in der Regel noch keinen neuen Gewahrsam.¹¹ Folglich hat B keine Gewahrsamsenkclave geschaffen.

Des Weiteren erscheint es nach der Verkehrsauffassung nicht völlig unüblich, eine Sporttasche, die man kaufen möchte, ihrem Verwendungszweck nach über der Schulter zu tragen, und nicht in einen Einkaufskorb zu legen, oder mit beiden Händen vor sich herzutragen. Dies mag ungewöhnlich sein, allerdings könnte das Personal jederzeit noch kontrollieren, ob die Tasche zum Sortiment gehört oder nicht.¹² Etwas anderes könnte allerdings gelten, da B das Etikett entfernt hat. Es ist nun nicht mehr erkennbar, ob die Sporttasche aus dem Sortiment stammt oder von B mitgebracht wurde.¹³ Nach der Verkehrsanschauung wirkt es nun so, als ob es sich um die eigene Sporttasche der B handelt. Folglich hat B durch das Abreißen des Etiketts und das Über-der-Schulter-Tragen der Tasche bereits den Gewahrsam an ihr erlangt.

⁶ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 44.

⁷ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 44; Fischer, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 242 Rn. 17; vgl. BGHSt 16, 271 (273 ff.).

⁸ BGH NStZ 2019, 613 (614); Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 47.

⁹ Fischer, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 242 Rn. 20.

¹⁰ BGH NStZ 2008, 624 (625); BGH NStZ 2019, 613 (Zielseite Rn. 4).

¹¹ KG BeckRS 2018, 31492 Rn. 3; BGH BeckRS 2016, 115450 Rn. 11; Böse/Kindhäuser, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 52.

¹² Vgl. Dürr, *Jura* 2014, 352 (354).

¹³ Vgl. Dürr, *Jura* 2014, 352 (354); BGH bei Dallinger, MDR 1969, 902 – hier scheidet die Wegnahme einer angezogenen Jacke daran, dass das Preisetikett noch erkennbar daran hängt; OLG Köln NJW 1973, 1807 (1807 f.).

Hinweis: Eine andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar. Entscheidend ist, dass die Studierenden den Sachverhalt ordentlich auswerten und entsprechend argumentieren. Man könnte auch darauf abstellen, dass das Vorhandensein eines Etiketts bzw. die Erkennbarkeit des Etiketts eine Zufälligkeit ist, die nicht über den Gewahrsam entscheiden kann. Außerdem kann das Ladenpersonal jederzeit B ansprechen und so kontrollieren, ob die Sporttasche aus dem Sortiment stammt oder nicht. Dass B die Sporttasche über der Schulter trägt, mag ungewöhnlich sein, aber sie trägt die Tasche immer noch im Supermarkt herum. Die Kasuistik zur Wegnahme ist umfassend und stark einzelfallbezogen, weshalb vor allem der Argumentationsweg und nicht das Ergebnis wichtig sind. Jedenfalls mit dem Verlassen des Supermarkts hat B Gewahrsam an der Tasche erlangt.

Weiterhin müsste B den Gewahrsam gebrochen haben. Der Gewahrsam wird gebrochen, wenn er ohne den Willen, d.h. ohne das Einverständnis, seines Inhabers aufgehoben wird.¹⁴ Der Supermarktinhaber, vertreten durch das (Kassen-)Personal, hat keine Kenntnis davon, dass B den Gewahrsam an der Sporttasche erlangt hat. Folglich fehlt es auch an einem Einverständnis diesbezüglich. B hat den Gewahrsam an der Sporttasche gebrochen. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bezüglich der objektiven Tatumstände

B müsste vorsätzlich gehandelt haben, § 15 StGB. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.¹⁵ B wusste, dass es sich bei der Sporttasche um eine fremde bewegliche Sache handelt. Außerdem war ihr bewusst, dass sie durch das Entfernen des Etiketts und das Über-der-Schulter-Tragen der Tasche die tatsächliche Sachherrschaft des Supermarktinhabers aufhebt und eine eigene begründet. Ferner hatte B Kenntnis davon, dass dies ohne Einverständnis geschah. Somit handelte B vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatumstände.

Hinweis: Sofern man zuvor für den Gewahrsamsübergang auf einen anderen Zeitpunkt abgestellt hat, muss sich der Vorsatz auf diesen Zeitpunkt beziehen.

bb) Zueignungsabsicht

Des Weiteren müsste B mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter die Sache selbst oder den in ihr verkörperten funktionsspezifischen Wert seinem Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten wenigstens vorübergehend einverleiben (Aneignungskomponente) und den Berechtigten auf Dauer aus seiner wirtschaftlichen Position verdrängen will (Enteignungskomponente).¹⁶

Fraglich ist, ob B den Berechtigten dauerhaft verdrängen möchte. An einer dauernden Enteignung fehlt es, wenn der Täter bereits zum Zeitpunkt der Wegnahme den Willen hat, die Sache dem Eigentümer unverändert (oder ohne wesentliche Wertminderung) zurückzugeben.¹⁷ Zum Zeitpunkt

¹⁴ Böse/Kindhäuser, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 43.

¹⁵ Jäger, *Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, Rn. 80.

¹⁶ Jäger, *Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil*, 10. Aufl. 2024, Rn. 323.

¹⁷ Fischer, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 72. Aufl. 2025, § 242 Rn. 38; Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 114.

des Gewahrsamsbruchs, § 8 S. 1 StGB, wollte B die Sporttasche nur zum Transport benutzen und am nächsten Tag zurückbringen. Somit fehlt ihr grundsätzlich der Vorsatz zur dauerhaften Enteignung. Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass B, als sie Zuhause ankommt, die Tasche wegwirft. Allerdings muss der Enteignungsvorsatz zum Zeitpunkt der Tat, d.h. des Gewahrsamsbruchs, § 8 StGB, vorliegen. Zu diesem Zeitpunkt – beim Über-der-Schulter-Tragen der Tasche – fehlte bei B der Enteignungsvorsatz. Dass B den Eigentümer später (sogar) tatsächlich enteignet, ist deshalb nicht relevant.¹⁸ Also handelte B ohne Enteignungsvorsatz und damit auch ohne Zueignungsabsicht. Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

c) Ergebnis

B hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Etikett von der Sporttasche abriss, die Sporttasche über der Schulter trug und anschließend den Supermarkt verließ.

Hinweis: Eine Unterschlagung war laut Bearbeitungsvermerk nicht zu prüfen.

II. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB durch In-die-Sporttasche-Stecken und das Verlassen des Supermarktes

B könnte sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die zwei Chipstüten und die Flasche Rum in die Sporttasche legte, diese verschloss und den Supermarkt verließ.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Die zwei Chipstüten und die Flasche Rum stehen im Eigentum der S-GmbH und sind bewegliche körperliche Gegenstände. Es handelt sich daher um für B fremde bewegliche Sachen.

bb) Wegnahme

Weiterhin müsste B die zwei Chipstüten und die Flasche Rum weggenommen haben. Ursprünglich standen die Gegenstände im Supermarkt – die Chips im Regal und die Flasche in einem Schrank. Den Gewahrsam hatte zu diesem Zeitpunkt der Geschäftsinhaber.

B legte die drei Gegenstände in die Sporttasche und verschloss diese anschließend. Hierdurch könnte B eine Gewahrsamsenklave geschaffen haben. Eine solche Enklave wird geschaffen, wenn der Täter die Sachen in oder unter seiner Kleidung oder in einer mitgeführten Tasche versteckt.¹⁹ Denn auch hier wäre ein Eingriff durch den ursprünglichen Inhaber rechtfertigungsbedürftig. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn die Tasche dem sichtbaren Transport der Ware dient und einseh-

¹⁸ Vgl. Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 242 Rn. 33; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 45.

¹⁹ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 242 Rn. 20; BGH NStZ 2019, 613 (Zielseite Rn. 5).

bar ist, weil sie nicht verschlossen ist.²⁰ Versteckt der Täter allerdings die Sachen im Herrschaftsbereich des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers, dann reicht dies noch nicht aus, um Gewahrsam zu begründen.²¹ Dies gilt sogar dann, wenn der Täter die Gegenstände in der Verpackung anderer Ware verbirgt.²²

Die Sporttasche der B ist verschlossen. Weiterhin verhält sich B so, als ob es ihre eigene Sporttasche wäre. Das Öffnen der Tasche und das Hineingreifen durch Mitarbeitende des Supermarktes wäre ein möglicher Eingriff in die Tabusphäre der B, da sich in der Sporttasche Kleidung oder Unterwäsche der B befinden könnte, und damit rechtfertigungsbedürftig. Dies unterscheidet die Situation von dem Verbergen der Gegenstände in der Verpackung anderer Ware. Folglich hat B durch das Einstecken der Sachen und dem Verschließen der Sporttasche den Gewahrsam an den zwei Chipstüten und der Flasche Rum begründet. Dies geschah auch ohne ein Einverständnis und war somit ein Bruch. Also hat B die zwei Chipstüten und die Flasche Rum weggenommen.

Hinweis: Die andere Ansicht ist bei entsprechender Argumentation ebenfalls vertretbar. Wichtig ist, dass die Studierenden stringent argumentieren und sich nicht widersprüchlich äußern mit Blick auf die Wegnahme der Sporttasche. Wird die Wegnahme oben erst beim Verlassen des Supermarkts angenommen, so scheint der Vergleich mit dem Verstecken innerhalb der Verpackung einer anderen Ware eine mögliche Argumentationslinie zu sein. Auch hier muss die Wegnahme spätestens mit dem Verlassen des Supermarktes bejaht werden.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Tatumstände. Außerdem wollte sie die S-GmbH dauerhaft aus ihrer wirtschaftlichen Position verdrängen. Weiterhin möchte B die Chipstüten und die Flasche Rum konsumieren und so ihrem Vermögen einverleiben. Folglich handelte B mit Zueignungsabsicht.

Des Weiteren muss die von B beabsichtigte Zueignung rechtswidrig sein. Die beabsichtigte Zueignung ist rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat.²³ Die Auslage im Supermarkt stellt nur eine invitatio ad offerendum (zumindest nach h.M.) dar und ein Übereignungsvertrag zwischen der S-GmbH und B ist nicht zustande gekommen. Folglich hatte B keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung. Dessen war sie sich auch bewusst. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

B handelte rechtswidrig.

3. Schuld

B handelte schuldhaft.

²⁰ BGH, Beschl. v. 8.12.2016 – 5 StR 512/16, Rn. 11; *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 102.

²¹ *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 21.

²² *Dürr*, Jura 2014, 352 (353 f.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 54.

²³ *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, Rn. 358.

4. Strafzumessung, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB

B könnte das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB verwirklicht haben, indem sie den Glasschrank mit einer Büroklammer öffnete.

a) Objektive Voraussetzungen

Der Schrank könnte ein verschlossenes Behältnis darstellen. Ein Behältnis ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden.²⁴ Verschlossen ist das Behältnis, wenn es gegen ordnungswidrigen Zugriff gesichert ist.²⁵

Der Glasschrank dient der Aufnahme von Sachen und ist nicht dazu bestimmt, von Menschen betreten zu werden. Dieser ist auch verschlossen. Somit stellt der Glasschrank ein verschlossenes Behältnis dar.

Der Glasschrank müsste die Sachen gegen die Wegnahme besonders sichern. Das Behältnis muss somit ein objektiv besonderes Hindernis für die Wegnahme darstellen und diese nicht unwesentlich erschweren.²⁶ Außerdem muss die Schutzvorrichtung vom Täter überwunden und nicht umgangen werden.²⁷ Im Glasschrank stehen gerade höherpreisige Spirituosen. Diese können, ohne dass der Schrank durch das Personal geöffnet wird, nicht eingesteckt oder mitgenommen werden. Man könnte daran denken, dass der Schrank dem Jugendschutz (siehe § 9 JSchG) dienen könnte. Allerdings stehen nur besonders teure Spirituosen in dem Schrank, während günstigere alkoholische Getränke im Regal stehen. Außerdem wird der Jugendschutz an den Kassen sichergestellt. Folglich dient der Glasschrank dem Schutz vor der Wegnahme und hat keinen weiteren Zweck. Weiterhin war der Schrank verschlossen und konnte nicht ohne Weiteres geöffnet werden. B musste eine Büroklammer verwenden, um das Schloss zu öffnen. Dies stellt grundsätzlich ein wesentliches Hindernis für die Wegnahme dar. Andererseits wird der Glasschrank für Kunden geöffnet. Eine Wegnahme kann auch nach dem ordnungsgemäßen Öffnen des Schrankes durch das Personal noch stattfinden. Allerdings werden die meisten verschlossenen Behältnisse eine ordnungsgemäße Öffnungsweise haben. Ferner weiß das Personal dann auch, dass der Kunde eine höherpreisige Flasche dabei hat und diese bezahlen muss. Die Wegnahme der B wird durch den verschlossenen Schrank deutlich erschwert im Vergleich zu der Wegnahme einer Flasche, die einfach im Regal steht. Der verschlossene Glasschrank stellt ein objektives Hindernis für die Wegnahme dar und sichert die Sachen damit besonders gegen die Wegnahme. Die objektiven Voraussetzungen des Regelbeispiels liegen vor.

b) Subjektive Voraussetzungen

B handelte in Kenntnis aller objektiven Voraussetzungen des Regelbeispiels und hatte somit das erforderliche vorsatzähnliche Bewusstsein, §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog.

²⁴ BGHSt 1, 158 (163).

²⁵ Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 27. Aufl. 2025, § 3 Rn. 23.

²⁶ Vogel/Brodowski, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 243 Rn. 29.

²⁷ Fischer, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 72. Aufl. 2025, § 243 Rn. 16.

c) Keine Geringwertigkeit, § 243 Abs. 2 StGB

Die Anwendung des Regelbeispiels könnte aufgrund der Geringwertigkeit der Sachen ausgeschlossen sein, § 243 Abs. 2 StGB. Eine Ansicht sieht die Grenze bei 25 €²⁸, eine andere Ansicht bei 50 €²⁹. Die Flasche Rum hat einen Wert von 40 € und die zwei Chipstüten haben einen Wert von 12 €. Beim Diebstahl mehrerer Sachen in natürlicher Handlungseinheit ist deren Wert zusammenzurechnen.³⁰ Der Rum und die Chips haben zusammen einen Wert von 52 €. Folglich ist die Grenze der Geringwertigkeit nach beiden Ansichten überschritten. Die Anwendung des Regelbeispiels ist nicht gem. § 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen.

Hinweis: Die Studierenden sollen hier keinen Streit bzgl. der Wertgrenze führen, sondern erkennen, dass die Werte zusammengerechnet werden müssen. Wer allerdings im 2. Tatkomplex der Einzelakttheorie folgt, müsste konsequenterweise drei einzelne Diebstahlstaten zu Grunde legen und dann entscheiden, ob im Fall des Rums eine geringwertige Sache vorliegt.

d) Ergebnis

B hat sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die zwei Chipstüten und die Flasche Rum in die Sporttasche legte, diese verschloss und den Supermarkt verließ.

III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Abreißen des Etiketts

B könnte sich wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Etikett abbriss.

1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand****aa) Urkunde**

Es könnte sich bei dem Etikett um eine Urkunde handeln. Eine Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung („Perpetuierungsfunktion“), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist („Beweisfunktion“) und ihren Aussteller erkennen lässt („Garantiefunktion“).³¹ Das Etikett allein hat keinen eigenen Aussagewert und erfüllt damit nicht die Perpetuierungsfunktion.

Aber das Etikett in Verbindung mit der Sporttasche könnte eine zusammengesetzte Urkunde darstellen. Eine zusammengesetzte Urkunde liegt vor, wenn eine Gedankenerklärung mit einem Bezugsobjekt räumlich fest zu einer Beweiseinheit verbunden ist.³² Das Etikett ist fest mit der Sporttasche verbunden und konnte nur mit Kraft abgerissen werden. Die verkörperte Gedankenerklärung stellt der Preis der Sporttasche dar. Das Etikett ist in Verbindung mit der Sporttasche zum Beweis geeignet

²⁸ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 243 Rn. 25.

²⁹ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 67 m.w.N.

³⁰ Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 243 Rn. 60 m.w.N.

³¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 32 Rn. 1.

³² OLG Köln NJW 1979, 729; OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 12710 Rn. 26 ff.

und bestimmt und lässt den Aussteller erkennen. Folglich handelt es sich um eine zusammengesetzte Urkunde.

bb) Gehören

Das Beweisführungsrecht liegt bei der S-GmbH und nicht bei B.

cc) Tathandlung

B könnte die Urkunde vernichtet haben. Eine Urkunde wird vernichtet, wenn sie so zerstört wird, dass anschließend das ursprüngliche Beweismittel nicht mehr existiert.³³ B reißt das Etikett von der Sporttasche ab und lässt es zu Boden fallen. Dadurch hat die zusammengesetzte Urkunde aufgehört als Beweismittel zu existieren.³⁴ Also hat B die Urkunde vernichtet.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Tatumstände. Darüber hinaus müsste sie auch mit Nachteilszfügungsabsicht gehandelt haben, wobei *dolus directus* 2. Grades ausreichend ist.³⁵ Nachteil ist jede Beeinträchtigung eines fremden Beweisführungsrechts.³⁶ B weiß, dass die S-GmbH ohne das Etikett Probleme hat, nachzuweisen, dass die Sporttasche aus ihrem Sortiment stammt, und will gerade diesen Effekt erzeugen. Andererseits kommt es ihr vor allem darauf an, durch das Entfernen den Diebstahl zu ermöglichen. Diese weitergehende Absicht schließt allerdings sicheres Wissen bezüglich des fremden Beweisführungsrechts nicht aus. Folglich handelte B auch mit Nachteilszfügungsabsicht.

2. Rechtswidrigkeit

B handelte rechtswidrig.

3. Schuld

B handelte schuldhaft.

4. Ergebnis

B hat sich wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie das Etikett abbriss.

Hinweis: Eine Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) durch Abreißen des Etiketts kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil nicht ersichtlich ist, dass dabei etwas beschädigt wurde. Das Etikett ist kein wesentlicher Bestandteil der Tasche, sodass hier zwei miteinander verbundene Sachen vorliegen.

³³ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 36 Rn. 9.

³⁴ Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 12710 Rn. 33.

³⁵ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 36 Rn. 12.

³⁶ BGHSt 29, 192 (196).

IV. § 303 Abs. 1 StGB durch das Hineinlegen der Chips in die Tasche

B könnte sich gem. § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht haben, indem sie die Chips in die Sporttasche legte. Allerdings wäre die Tasche leicht zu reinigen gewesen, sodass keine Substanzverletzung und damit keine Beschädigung vorliegt. Auch handelte B offensichtlich ohne Vorsatz. Eine Sachbeschädigung durch das Hineinlegen der Chips liegt daher nicht vor.

Hinweis: Das ist so offensichtlich, dass dieses Delikt nicht geprüft werden musste.

V. Konkurrenzen des ersten Tatkomplex

B hat sich wegen eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB an den Tüten Chips und dem Rum und wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Die Taten der B sind durch einen gemeinsamen Vorsatz verbunden, stehen in einem räumlich-zeitlichen Zusammenhang, und stellen sich als ein einheitliches zusammengehöriges Tun dar.³⁷ Die Taten stehen daher in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB.

Hinweis: Der besonders schwere Fall wird als reine Strafzumessungsregel nicht im Urteilstenor aufgeführt und fehlt deshalb bei den Konkurrenzen. Es ist aber nicht als falsch zu bewerten, wenn die Studierenden hier auf §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB abstellen.

Zweiter Tatkomplex – Die Heimfahrt

A. Strafbarkeit des F

I. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB durch Zufahren auf M

F könnte sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf M zufuhr.

1. Tatbestand

a) Handlungsteil

Das Zufahren auf M könnte einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB des F darstellen. Aber § 315b StGB soll grundsätzlich verkehrsfremde Eingriffe erfassen, während § 315c StGB Fehler im fließenden oder ruhenden Verkehr pönalisiert.³⁸ F fuhr im fließenden, öffentlichen Straßenverkehr auf M zu. Somit wäre die Anwendung des § 315b StGB eigentlich ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt, wenn der Fahrzeugführer das Fahrzeug bewusst zweckwidrig als Mittel zur Verletzung von Menschen oder zur Beschädigung von Sachen einsetzt (sog. verkehrsfeindlicher Inneneingriff).³⁹

³⁷ Vgl. BGH NStZ 2020, 345 (346).

³⁸ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, Rn. 707.

³⁹ BGHSt 48, 233 (237); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 45 Rn. 16.

aa) Grobe Einwirkung von einigem Gewicht

Erste Voraussetzung ist eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht.⁴⁰ F fährt auf den Gehweg und hält zielgerichtet auf M zu, um diesen zu überfahren. Dies stellt eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht dar.

bb) „Pervertierungsabsicht“

F müsste mit „Pervertierungsabsicht“ gehandelt haben. Der Führer muss das von ihm gesteuerte Fahrzeug in verkehrsförderlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzen und insoweit in der Absicht handeln, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu „pervertieren“ und dadurch in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.⁴¹ F möchte M überfahren und somit töten. Er setzt sein Kfz bewusst zweckwidrig als „Waffe“ ein, und pervertiert so den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr. Folglich handelte F mit Pervertierungsabsicht.

cc) Schädigungsvorsatz

Außerdem müsste F mit (zumindest bedingtem) Schädigungsvorsatz gehandelt haben.⁴² F wollte M überfahren und töten. Er handelte mit *dolus directus* 1. Grades und hatte somit Schädigungsvorsatz.

b) Gefährdungsteil

Weiterhin müsste es zu einer konkreten Gefahr für eine für F fremde Sache von bedeutendem Wert gekommen sein. Zunächst müsste M eine fremde Sache von bedeutendem Wert sein. Tiere sind Sachen im strafrechtlichen Sinne. Dies kann mit § 90a S. 3 BGB zivilrechtlich-akzessorisch oder eigenständig strafrechtlich durch §§ 324a Abs. 1 Nr. 1, 325 Abs. 1, 5 Nr. 1 StGB begründet werden.⁴³ Der Pudel M hat einen Wert von 3.000 € und überschreitet die Wertgrenze von 750 €⁴⁴ oder 1.000 €⁴⁵. Weiterhin steht M im Eigentum des R und ist somit eine für F fremde Sache von bedeutendem Wert.

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn die Sicherheit einer Sache so stark beeinträchtigt war, dass es im Sinne eines „Beinahe-Unfalls“ nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.⁴⁶ M läuft plötzlich zur Seite, weshalb das Auto ihn in letzter Sekunde verfehlt. Es hing somit nur noch vom Zufall ab, ob M verletzt wird oder nicht. Eine konkrete Gefahr liegt vor.

c) Konkreter Gefahrzusammenhang

Außerdem ist ein konkreter Gefahrzusammenhang zwischen dem verkehrsförderlichen Inneneingriff und der Gefährdung notwendig. Im konkreten Gefährdungserfolg des M hat sich gerade die Gefahr des Eingriffs durch F realisiert. Der konkrete Gefahrzusammenhang liegt damit vor.

⁴⁰ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 45 Rn. 17.

⁴¹ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 45 Rn. 17.

⁴² Vgl. BGHSt 48, 233 (237).

⁴³ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 7.

⁴⁴ Fischer, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 315b Rn. 16b.

⁴⁵ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 55.

⁴⁶ BGH NStZ 2020, 255 (226).

d) Vorsatz

F hatte Kenntnis aller Umstände des gesetzlichen Tatbestandes und wollte M sogar töten (siehe oben). Folglich handelte er vorsätzlich.

2. Ergebnis

F hat sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf M zu fuhr.

Hinweis: Die Prüfung von § 315 StGB war laut Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen, sodass auf § 315b Abs. 3 StGB i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a StGB nicht eingegangen werden musste.

II. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB durch Zufahren auf M

Durch dieselbe Handlung könnte sich F wegen versuchter Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB strafbar gemacht haben.

1. Strafbarkeit des Versuches

Die versuchte Sachbeschädigung ist gem. § 303 Abs. 3 StGB strafbar.

2. Subsidiarität des Versuches

Die Versuchsstrafbarkeit tritt nur dann nicht aus Gründen der Subsidiarität zurück, wenn die Tat nicht vollendet ist. M wurde nicht getroffen und damit auch nicht verletzt oder getötet.

3. Tatbestand**a) Tatentschluss**

F müsste einen Tatentschluss gefasst haben. Tatentschluss ist der Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatumstände und das Vorliegen sonstiger subjektiver Tatbestandsmerkmale. F müsste den Vorsatz gehabt haben, eine fremde Sache zu beschädigen oder zu zerstören. F wusste, dass M eine für ihn fremde Sache ist. Fraglich ist, ob er die Vorstellung hatte, diese Sache zu beschädigen oder zerstören. Eine Sache ist zerstört, wenn infolge einer körperlichen Einwirkung entweder ihre Existenz vernichtet wird oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben wird.⁴⁷ Bei Tieren ist das Töten auch ein Zerstören i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB. F wollte M überfahren und damit töten. Folglich wollte er eine fremde Sache zerstören.

b) Unmittelbares Ansetzen

Außerdem müsste F unmittelbar zur Sachbeschädigung angesetzt haben. Der Täter setzt unmittelbar an, wenn er nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan ohne wesentlich Zwischenakte auf

⁴⁷ Saliger/Lienert, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 303 Rn. 4.

eine Weise zur Tatbestandsverwirklichung führen, dass die Rechtsgüter des Opfers bereits konkret gefährdet erscheinen.⁴⁸ F fuhr hier auf M zu und verfehlte diesen nur, weil M zur Seite trat. Nach seiner Vorstellung der Tat hat F bereits alle erforderlichen Handlungen vorgenommen, die nach seinem Tatplan zur Tatbestandsverwirklichung führen sollten. Er hat auch die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten und die Rechtsgüter waren auch konkret gefährdet. F hat unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit

F handelte rechtswidrig.

5. Schuld

F handelte schuldhaft.

6. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

F könnte gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB von der versuchten Sachbeschädigung zurückgetreten sein, indem er darauf verzichtete, den Hund im zweiten Anlauf zu überfahren.

a) Kein Fehlschlag

Der Versuch dürfte nicht fehlgeschlagen sein. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach seiner subjektiven Vorstellung die Tat mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.⁴⁹ Umstritten ist, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

Nach der Einzelaktstheorie ist jede auf den Erfolg abzielende Handlung einzeln zu betrachten.⁵⁰ F verfehlte M hier und F weiß, dass er den Erfolg durch das erste Anfahren nicht mehr herbeiführen kann. Folglich wäre der Versuch fehlgeschlagen. Nach der Gesamtbetrachtungslehre ist auf den Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung abzustellen und zu fragen, ob der Täter zu diesem Zeitpunkt den Tatbestand mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur verwirklichen kann.⁵¹ Nach seiner Vorstellung von der Tat geht F davon aus, dass er M noch überfahren könnte, indem er zurücksetzt und wieder anfährt. Folglich denkt F, dass er den Tatbestand ohne relevante zeitliche Zäsur verwirklichen könnte, und der Versuch ist nicht fehlgeschlagen.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen und der Streit muss entschieden werden. Gegen die Einzelaktstheorie spricht, dass sie einen natürlichen Lebensvorgang künstlich auseinanderreißt.⁵² Des Weiteren spricht der Wortlaut des § 24 StGB dagegen, der vom Täter nur das Aufgeben der weiteren Tatausführung verlangt.⁵³ Außerdem wird durch die Gesamtbetrachtungslehre dem Täter ein Anreiz zum Rücktritt gegeben, was wiederum dem Opferschutz dient.⁵⁴ Dementsprechend wird der Gesamtbetrachtungslehre gefolgt. Der Versuch ist nicht fehlgeschlagen.

⁴⁸ BGHSt 30, 363 (364).

⁴⁹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 15.

⁵⁰ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 459.

⁵¹ BGHSt 34, 53 (56 f.).

⁵² Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 46.

⁵³ Cornelius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 24 Rn. 20.

⁵⁴ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 459.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation ist eine a.A. vertretbar. Dann wäre der Rücktritt ausgeschlossen.

b) Unbeendeter Versuch, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB

Der Versuch des F müsste unbeendet sein. Ein Versuch ist unbeendet, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung davon ausgeht, noch nicht alles Erforderliche für die Tatbestandsverwirklichung getan zu haben, dies aber im unmittelbaren Fortgang noch für möglich hält.⁵⁵ F weiß, dass er noch nicht alles Erforderliche getan hat, und hält die Tatbestandsverwirklichung noch für möglich (siehe oben). Es handelt sich somit um einen unbeendeten Versuch.

c) Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat

Die Voraussetzungen für den Rücktritt vom unbeendeten Versuch ist die Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB. F fährt weiter und verzichtet darauf, den Hund zu überfahren. Dies ist ihm auch bewusst. Er gibt damit die weitere Ausführung der Tat auf.

d) Freiwilligkeit

Ferner müsste F freiwillig zurückgetreten sein. Der Rücktritt ist freiwillig, wenn die Entscheidung auf autonomen Motiven beruht und der Täter „Herr seiner Entschlüsse“ ist.⁵⁶ F gibt den Versuch auf, weil es ihm zu viel Aufwand ist. Dies ist eine autonome Entscheidung. Folglich handelte F freiwillig.

e) Zwischenergebnis

F ist strafbefreiend vom Versuch zurücktreten, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB.

7. Ergebnis

F hat sich nicht wegen versuchter Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf M zu fuhr.

B. Strafbarkeit der A

I. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 26 StGB durch den Zuruf

A könnte sich wegen Anstiftung zum gefährlichen Eingriff im Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie F zurief, dass er M überfahren solle.

⁵⁵ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 460.

⁵⁶ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 91; vgl. auch BGHSt 7, 296 (299).

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist die Verwirklichung des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB durch F (siehe oben).

bb) Bestimmen

A müsste F zur Tat bestimmt haben. Bestimmen bedeutet das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter.⁵⁷ Die genauen Anforderungen an das Bestimmen sind umstritten.

Nach einer Ansicht (Verursachungstheorie) genügt die Verursachung des Tatentschlusses durch jedes Mittel.⁵⁸ A hat F zugerufen, er solle den Pudel überfahren. Dadurch hat sie den Tatentschluss bei F verursacht. Also hat nach dieser Ansicht A den F zur Tat bestimmt.

Eine andere Ansicht (Kommunikationstheorie) fordert eine Willensbeeinflussung durch einen offenen geistigen Kontakt.⁵⁹ Der Zuruf durch A stellt einen offenen geistigen Kontakt dar. Auch nach dieser Ansicht hat A den F zur Tat bestimmt.

Einschränkend fordert eine dritte Ansicht das Vorliegen eines „Unrechtspaktes“. Der Anstifter muss dem Angestifteten ein Versprechen abnehmen, die Tat auszuführen, und dieser muss sich unterordnen.⁶⁰ F will seiner Freundin zuliebe den Pudel überfahren. Es kommt aber zu keinem Versprechen und F ordnet sich der A auch nicht unter. Ein Unrechtspakt liegt nicht vor und folglich hat A den F nach dieser Ansicht nicht zur Tat bestimmt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hinsichtlich des Unrechtspakt mit entsprechender Argumentation vertretbar.

Die Ansicht, die einen Unrechtspakt fordert, kommt zu einem anderen Ergebnis als die beiden anderen Ansichten. Der Streit muss diesbezüglich entschieden werden. Für einen restriktiven Ansatz („Unrechtspakt“) spricht, dass der Anstifter wie der Täter bestraft werden soll.⁶¹ Gegen diese Ansicht spricht der Wortlaut des § 26 StGB, der ein „Bestimmen“ und kein „Verpflichten“ des Täters fordert.⁶² Außerdem werden zu hohe Anforderungen an die Anstiftung gestellt, was die Strafbarkeit der Anstiftung erheblich einschränkt.⁶³ Ferner werden die Grenzen zwischen Anstiftung und Mittäterschaft unklar.⁶⁴ Deshalb ist die Ansicht, die einen Unrechtspakt verlangt, abzulehnen. Nach den anderen beiden Ansichten hat A den F zur Tat bestimmt.

⁵⁷ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 24.

⁵⁸ BGHSt 45, 373 (374).

⁵⁹ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 885.

⁶⁰ Puppe, GA 1984, 101 (112).

⁶¹ Puppe, GA 1984 101 (123); Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 26 Rn. 15.

⁶² Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 73.

⁶³ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 89; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 885.

⁶⁴ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 89; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 885; Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 28 Rn. 23.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste Vorsatz bezüglich der Haupttat sowie des Bestimmens gehabt haben. Für die Haupttat muss der Anstifter die Tat zumindest in ihren Grundzügen – Unrechtsgehalt und wesentliche Angriffsrichtung – erfasst haben.⁶⁵ A wollte, dass F den M überfährt. Sie kannte den Unrechtsgehalt der Tat und ihre Angriffsrichtung. Also hatte A Vorsatz hinsichtlich der Haupttat. Außerdem wusste A, dass sie den Tatentschluss bei F hervorgerufen hatte, und hatte somit auch Vorsatz hinsichtlich des Bestimmens.

2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Anstiftung zum gefährlichen Eingriff im Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie F zurief, dass er M überfahren solle.

II. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 26 durch das Zurufen

Durch dieselbe Handlung könnte sich A wegen Anstiftung zur versuchten Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand**a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat**

Als Haupttat kommt die versuchte Sachbeschädigung durch F in Betracht. Dieser ist zwar strafbefreiend zurückgetreten, die versuchte Sachbeschädigung stellt aber dennoch eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat dar.⁶⁶

b) Bestimmen

Zu dieser Tat bestimmte A den F auch (siehe oben).

c) Subjektiver Tatbestand

A hatte sowohl Vorsatz bezüglich der Haupttat als auch bezüglich des Bestimmens (siehe oben).

⁶⁵ BGHSt 34, 63 (66); Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 26 Rn. 8; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 50.

⁶⁶ Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 45 Rn. 15.

2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte schuldhaft.

Hinweis: Anhaltspunkte für einen Rücktritt der A nach § 24 Abs. 2 S. 2 StGB sind nicht ersichtlich, weshalb dies nicht angesprochen werden musste.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Anstiftung zur versuchten Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie F zurief, dass er M überfahren solle.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

B hat sich im ersten Tatkomplex wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB und wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB, strafbar gemacht.

Im zweiten Tatkomplex hat F sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben. A hat sich wegen Anstiftung zum gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 26 StGB und Anstiftung zur versuchten Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 26 StGB strafbar gemacht. Die beiden Taten der A wurden durch die gleiche Handlung verursacht und stehen in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB, zueinander.

Entscheidungsbesprechung

BVerwG, Urt. v. 10.10.2024 – 2 C 15.23¹

Verfassungstreue von Referendaren

Auch Bewerber für einen nicht im Beamtenverhältnis ausgestalteten juristischen Vorbereitungsdienst müssen Mindestanforderungen an eine Verfassungstreuepflicht erfüllen. Daran fehlt es, wenn sie sich aktiv gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung betätigen (bejaht für ein Mitglied und Funktionär der Partei „Der III. Weg“).

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 12 Abs. 1, Art. 21 Abs. 2, Art. 33 Abs. 5
BRAO § 7 Nr. 6

Wiss. Mitarbeiter Ole Becker, Osnabrück*

I. Einführung, Grundlagen, Kontextualisierung

Am 10.10.2024 entschied das BVerwG, dass ein Bewerber nicht zum juristischen Vorbereitungsdienst (Rechtsreferendariat) zuzulassen ist, wenn er Mitglied in der rechtsextremen Partei „Der III. Weg“ ist. Der Bewerber verfehle aufgrund seiner Mitgliedschaft und seiner Funktionärsfunktion in der Partei die Anforderungen der Verfassungstreuepflicht.² Dieser beschäftigt die Rechtsprechung bereits seit einiger Zeit: Er bewarb sich (erfolglos) in Thüringen und Bayern für den juristischen Vorbereitungsdienst, bis er – nach Entscheidungen des sächsischen Verfassungsgerichtshofs³ – in Sachsen zum Referendariat zugelassen wurde.⁴ Mit seinem Antrag vor dem BVerwG begehrte er nicht mehr die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst in Bayern (die er aufgrund der Zulassung in Sachsen nicht mehr benötigte), sondern die Feststellung der Rechtswidrigkeit der dort erfolgten Ablehnung. Sowohl die Entscheidung des BVerwG als auch die Entscheidungen der Vorinstanzen wurden im juristischen Schrifttum rezipiert⁵; die Entscheidung des BVerwG wurde auch medial aufbereitet.⁶

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht von Professorin Dr. Johanna Wolff an der Universität Osnabrück.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2025, 1068.

² BVerwG NJW 2025, 1068; zur Verfassungstreuepflicht grundlegend BVerfG 39, 334; aus dem neueren Schrifttum Nöcker, Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025; Schürmann, Verfassungstreue, 2025.

³ VerfGH, Beschl. v. 21.10.2022 – Vf. 95-IV-21; die Entscheidung im Eilverfahren kann in VerfGH Sachsen NJW 2021, 3779 nachgelesen werden.

⁴ Zum Verfahrensgang etwa Gerster, GSZ 2022, 83.

⁵ Eibenstein, NJW 2025, 1068; Kingreen, Jura 2025, 485 (497 f.); Lauenstein/Gerhold, NVwZ 2025, 596; Muckel, JA 2025, 521; Schürmann, Verfassungstreue, 2025, S. 167 f.; kritisch zu der Entscheidung Böttner, JuWissBlog Nr. 21/2024 vom 22.10.2024 (15.7.2025); zur Bedeutung der Entscheidung für Beamte, die Mitglied der AfD sind: Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025 (15.7.2025); zu den Folgen der Entscheidung etwa Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025 (15.7.2025); zu den Entscheidungen des Sächsischen Verfassungsgerichtshofs etwa Gerster, GSZ 2022, 83; Deyda, Verfassungsblog v. 4.1.2022 (15.7.2025), oder Gärditz, LTO v. 7.6.2023 (15.7.2025).

⁶ Etwa in der Zeit (15.7.2025) oder Süddeutschen (15.7.2025) oder Tageschau (15.7.2025) oder LTO (15.7.2025) oder Amos, Redaktion beck-aktuell, 10.10.2024 (15.7.2025).

Mit Blick auf die juristische Prüfung ist die Entscheidung interessant, weil sowohl die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG als auch das Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG Gegenstand der Entscheidung sind. Die Entscheidung ist aber noch aus (mindestens) einem weiteren Grund spannend: Der Sachverhalt – ein aufgrund seiner Parteimitgliedschaft nicht zum juristischen Vorbereitungsdienst zugelassener Bewerber – ähnelt dem der Grundsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1975 zum „Radikalenerlass“.⁷ Die Entscheidung des BVerwG ist gut nachvollziehbar, setzt allerdings Grundverständnis der Verfassungstreuepflicht und des Parteienprivilegs voraus; daher zunächst einige Grundlagen.

1. Verfassungstreue: Wer ist warum zu was verpflichtet?

Zunächst zur Verfassungstreue: Woraus ergibt sich die Pflicht und wen trifft sie? Was ist darunter zu verstehen? In was für einem (verfassungsrechtlichen) Kontext steht die Verfassungstreue? Die Verpflichtung zur Verfassungstreue ergibt sich sowohl aus dem Verfassungsrecht als auch aus dem einfachen Recht: Verfassungsrechtlich besteht zwar (mit Ausnahme des auf Hochschullehrer zugeschnittenen Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG⁸) keine ausdrückliche Regelung; die Verfassungstreue wird aber sowohl als Eignungsmerkmal i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG als auch als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG interpretiert.⁹ Sie ist damit bereits verfassungsrechtlich zum einen beim Zugang zum Amt, zum anderen während der Amtsausübung von Bedeutung.¹⁰ Die Frage der einfachrechtlichen Positivierung leitet direkt zu der Frage über, wer zu Verfassungstreue verpflichtet ist: Verpflichtet sind vorderhand Beamte (§§ 7 Abs. 1 Nr. 2, 60 Abs. 1 S. 3 BBG, §§ 7 Abs. 1 Nr. 2, 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG), Richter (§ 9 Nr. 2 DRiG) und Soldaten (§§ 8, 37 Abs. 1 Nr. 2 SG), aber auch Angestellte im öffentlichen Dienst.¹¹ Ähnliche Regelungen bestehen auch für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (§ 7 Nr. 6 BRAO) und sogar für die Finanzierung parteinaher politischer Stiftungen (§ 2 Abs. 4 StiftFinG).¹² Was ist nun Inhalt der Verfassungstreuepflicht? Mit Verfassungstreue ist gemeint, dass der Verpflichtete dazu bereit ist, „sich mit der Idee des Staates [...], mit der freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren.“¹³ Der Verpflichtete muss die geltende Verfassungsordnung bejahen; was er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit vor allem dadurch umsetzt, in dem er die „bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachtet und sein Amt aus dem Geist dieser Vorschriften heraus führt“¹⁴. Gefordert ist mehr als eine „formal korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte

⁷ BVerfGE 39, 334; *Kingreen*, Jura 2025, 485 (497 f.); zum Radikalenerlass umfassend *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 39 ff.; siehe auch [Maurer, Verfassungsblog v. 22.5.2025](#) (15.7.2025); *Voßkuhle*, NVwZ 2022, 1841 (1843 f.).

⁸ Dazu *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 225; *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 5 Rn. 189 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 140; *Kempfen*, in: BeckOK GG, Stand: 15.3.2025, Art. 5 Rn. 200; *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 13 f.; v. *Coelln*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 124 Rn. 114 ff.

⁹ Grundlegend BVerfGE 39, 334 (346 ff.); *Hebeler*, JA 2023, 617 (617 f.); *Honer*, NVwZ 2024, 705 (710); *Hufen*, JuS 2023, 521 (523); *Battis*, in: Battis, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2022, § 7 Rn. 10; *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 15 ff.

¹⁰ *Hebeler*, JA 2023, 617 (617 f.).

¹¹ Dazu *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 92 f.; siehe auch [Schmidt, ZJS 2022, 172](#) (173 f.) zu der Frage, ob Abgeordnete, Parteien oder sogar Bürger eine Verfassungstreuepflicht trifft.

¹² Zum Stiftungsfinanzierungsgesetz [Neelen, Verfassungsblog v. 19.10.2023](#) (15.7.2025) sowie *dies.*, DÖV 2023, 504 (510 f.).

¹³ BVerfGE 39, 334 (347 f.).

¹⁴ BVerfGE 39, 334 (348).

Haltung gegenüber Staat und Verfassung“¹⁵; der Staat und seine Verfassung sollen als hohe positive Werte erkannt und anerkannt werden.¹⁶ Vom Verpflichteten wird insbesondere gefordert, dass er „sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die diesen Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren“¹⁷. Treue zur gesamten Verfassung ist allerdings – anders als der Begriff suggeriert – nicht geschuldet.¹⁸ Bezugssubjekt der Verfassungstreuepflicht ist die freiheitliche demokratische Grundordnung; was sich in den oben benannten Vorschriften zeigt. Die freiheitliche demokratische Grundordnung, deren Auslegung wesentlich durch die Rechtsprechung des BVerfG geprägt ist, umfasst die Menschenwürde, das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip.¹⁹ Dieser Maßstab ist sehr abstrakt, daher zunächst zwei Beispielfälle: Ein Polizeibeamter verstößt etwa gegen die Pflicht zur Verfassungstreue, wenn er den Hitlergruß zeigt und in eine Chatgruppe Bilddateien mit NS-Bezug und antisemitischem sowie rassistischem Gehalt einstellt.²⁰ Ein Verstoß gegen die Verfassungstreue ist auch dann gegeben, wenn ein Soldat den Holocaust leugnet.²¹ Rassistische Äußerungen sind mit der egalitären Menschenwürde unvereinbar.²² Das Zeigen des Hitlergrußes und das Leugnen des Holocausts zeugen von einer Identifikation mit dem Nationalsozialismus.²³ Die Ideologie des Nationalsozialismus steht zu Menschenwürde, Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip in einem diametralen Verhältnis.²⁴ Derartige Verhaltensweisen stellen also einen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht dar. Klarstellend sei hinzugefügt, dass es Beamten und anderen zur Verfassungstreue Verpflichteten nicht untersagt ist, sich staats- und regierungskritisch zu äußern. Die Kritik darf nur den Rahmen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht verlassen.²⁵ Welcher Gedanke steht nun hinter der Verfassungstreue, was ist also Zweck dieser Verpflichtung? Das BVerfG beschreibt ihn mit Blick auf das Beamtentum folgendermaßen:

„Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.“²⁶

Es soll also verhindert werden, dass Personen für den Staat arbeiten, die diesen ablehnen und

¹⁵ BVerfGE 39, 334 (348).

¹⁶ BVerfGE 39, 334 (348).

¹⁷ BVerfGE 39, 334 (348).

¹⁸ Kritisch zum Begriff der Verfassungstreuepflicht und zum Begriff der politischen Treuepflicht daher *Groß*, Jura 2023, 549 (557); kritisch zum Begriff der politischen Treuepflicht auch *Wagner*, öAT 2021, 183.

¹⁹ Grundlegend BVerfGE 2, 1 (12 f.) sowie BVerfGE 5, 85 (140 f.); Anpassung der Auslegung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch BVerfGE 144, 20 (202 ff.); Synonym zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung sind die „verfassungsmäßige Ordnung“ i.S.d. Art. 9 Abs. 2 GG sowie „diese Ordnung“ i.S.d. Art. 20 Abs. 4 GG, dazu: *Barczak*, JuS 2025 97, (99); *Dürig/Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 21 Rn. 519; zur Begriffsentstehung umfassend *Schulz*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, 2019.

²⁰ OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2025, 295.

²¹ BVerwG NVwZ 2025, 425; BVerwG NVwZ 2023, 1591.

²² OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2025, 295 (296); dazu auch BVerfG NJW 2024, 645 (658).

²³ BVerwG NVwZ 2023, 1591 (1593); OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2025, 295 (296).

²⁴ BVerwG NVwZ 2023, 1591 (1593); siehe auch BVerfGE 124, 300 (328): „Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden und ist von seinem Aufbau bis in viele Details hin darauf ausgerichtet, aus den geschichtlichen Erfahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen“.

²⁵ BVerfGE 39, 334 (348): „An einer „unkritischen“ Beamtenschaft können Staat und Gesellschaft kein Interesse haben“.

²⁶ BVerfGE 39, 334 (349).

bekämpfen.²⁷ Inhaltlich steht die Pflicht zur Verfassungstreue damit im Kontext der wehrhaften Demokratie.²⁸ Mit wehrhafter Demokratie wird der Schutzmechanismus beschrieben, der sicherstellen soll, dass die grundgesetzlich gewährten Freiheiten nicht dazu genutzt werden, die Demokratie zu zerstören.²⁹ Historisch belastet und inhaltlich verkürzt wird die wehrhafte Demokratie vielfach in der Formel „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit“ konzentriert.³⁰ Zu ihren Instrumenten gehören neben der Verfassungstreuepflicht etwa das Parteiverbot gem. Art. 21 Abs. 2, 4 GG, das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und die Verwirkung von Grundrechten gem. Art. 18 GG.³¹ So viel zunächst zu Inhalt und Zweck der Verfassungstreuepflicht: Es drängt sich nun die Frage auf, welche Relevanz die Verfassungstreue für im juristischen Vorbereitungsdienst befindliche Personen hat; konkreter gesprochen: Gilt die Verfassungstreuepflicht auch für Referendare? Die Antwort ist: ja, aber nicht in gleicher Weise wie für Richter oder Beamte.³² Zwar ist Art. 33 Abs 2 GG auf den juristischen Vorbereitungsdienst nicht anwendbar.³³ Da der juristische Vorbereitungsdienst überwiegend nicht mehr als

²⁷ BVerfGE 39, 334 (349).

²⁸ So bereits BVerfGE 39, 334 (349); [Lübbe-Wolff, Verfassungsblog v. 13.10.2023](#) (15.7.2025); *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 81 ff.; *Volp*, NJW 2016, 459 (461); *Voßkuhle*, NVwZ 2022, 1841 (1842 f.); *Voßkuhle/Flaig*, JuS 2024, 617 (626); Die Verfassungstreue wird von einer Minderheitsauffassung nicht dem Instrumentarium der wehrhaften Demokratie zugeordnet. Die Instrumente wehrhafter Demokratie – gemeint sind vorderhand Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 Abs. 2 GG – seien gekennzeichnet durch ein „aktives verfassungsfeindliches, kämpferisch aggressives Verhalten“, woran es bei der Verfassungstreue jedoch fehle. So etwa *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 34; *ders.*, in: Battis, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2022, § 7 Rn. 12; überzeugend ist diese Auffassung nicht, dazu mit guten Argumenten *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 84 f.

²⁹ BVerfGE 144, 20 (164): „[...] des Prinzips der „streitbaren“ oder „wehrhaften Demokratie“, das vor allem in Art. 9 Abs. 2 GG, Art. 18 GG und Art. 21 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankert ist und gewährleisten soll, dass Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören.“; dazu [Lübbe-Wolff, Verfassungsblog v. 13.10.2023](#) (15.7.2025); sowie *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154; allgemein zur wehrhaften Demokratie *Beaucamp*, JA 2021, 1; *Schwarz*, JA 2024, 353; *Shirvani*, AöR 134 (2009), 572 (579 ff.); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154; umfassend *Kruse*, AöR 150 (2025), 137; *Papier/Durner*, AöR 128 (2003), 340; siehe dazu auch *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 13, 114 ff.; *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 21 Rn. 490 ff.; *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 277.

³⁰ Die Formulierung „Keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit“ findet sich etwa in der Entscheidung des BVerfG zum Verbot der NPD aus dem Jahr 2017, BVerfGE 144, 20 (195), aber auch bereits in der Entscheidung des BVerfG zum Verbot der KPD aus dem Jahr 1956, BVerfGE 5, 85 (138); dazu *Boehme-Neßler*, NVwZ-Beilage 2024, 89; *Merkel*, MIP 2024 Heft 2, 156; *Müller*, in: Rosenfeld/Sajó, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, S. 1253; ablehnend *Baumann*, JZ 1966, 329; sehr kritisch *Hartmann*, AöR 95 (1970), 567, (570): „Dem GG wird nicht die Frage nach den Feinden der Freiheit gerecht, sondern die Erinnerung: ‚Die Mörder sind unter uns‘.“; *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777 (2781 f.); *Picker*, RdA 2020, 317 (322); *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, 1968, S. 22 Fn. 4; *Schrader*, Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, 1985, S. 41; *Vöneky*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 6, 177. Lfg., Stand: Februar 2016, Art. 18 Rn. 20; *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 28, spricht von „Freiheit zumindest für gewaltlose Feinde der Freiheit“; *Sattler*, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982, S. 109 Fn. 205 von „Keine Freiheit zur Beseitigung der Freiheit“; *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 18 Rn. 10.

³¹ BVerfGE 39, 334 (349) benennt mit Blick auf die wehrhafte Demokratie die Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91, 98 Abs. 2.

³² BVerwG NJW 2025, 1068 (1071).

³³ Grund dafür ist, dass Art. 33 Abs. 2 GG nur den Zugang zu solchen Ausbildungsstätten in öffentlicher Trägerschaft umfasst, die ausschließlich auf den öffentlichen Dienst vorbereiten (z.B. Polizeischulen); *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 33 Rn. 23; *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 25; *Leisner*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 5; *Kenntner*, NVwZ 2025, 9 (14); a.A. *Baunack/Deyda*, ZBR 2022, 102.

Beamtenverhältnis ausgestaltet ist³⁴, findet auch Art. 33 Abs. 5 GG keine Anwendung.³⁵ Gleichwohl trifft auch den juristischen Vorbereitungsdienst nicht im Beamtenverhältnis ableistende Referendare eine aus dem Grundgesetz folgende Pflicht zur Verfassungstreue.³⁶

2. Das Parteienprivileg

Was hat das nun mit Art. 21 GG zu tun? Nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG kann nur das BVerfG über ein Parteiverbot entscheiden. Daraus folgt, dass – bevor das BVerfG eine Partei für verfassungswidrig erklärt hat – „niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei rechtlich geltend machen kann“³⁷. Gemeint ist damit, dass die politischen Aktivitäten einer Partei nicht behindert werden dürfen; selbst dann nicht, wenn sich die Partei gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richtet (sog. Parteienprivileg³⁸).³⁹ Bis zu einem Parteiverbot ist ein administratives Einschreiten gegen die Partei – also ein Einschreiten unterhalb der Schwelle des Parteiverbots – ausgeschlossen.⁴⁰ Zurecht könnte man sich nun fragen, was dies mit einem nicht zum Referendariat zugelassenen Bewerber zu schaffen hat. Die Antwort erschließt sich, wenn man bedenkt, dass eine Partei durch ihre Mitglieder lebt.⁴¹ Müssten Mitglieder einer Partei mit Nachteilen durch die Parteimitgliedschaft rechnen, würde die Mitgliedschaft weniger attraktiv.⁴² Auch potenzielle Mitglieder könnten abgeschreckt werden, der Partei beizutreten. Könnten Parteimitglieder und Parteifunktionäre mit Straf- und sonstigen Verfahren überzogen werden, bestünde letztlich die Möglichkeit, eine Partei auch ohne Parteiverbot so zu schwächen, dass sie aus dem politischen Leben ausscheidet, sog. „kaltes Parteiverbot“.⁴³ Aus diesem Grund schützt das Parteienprivileg nicht nur die Partei selbst, sondern auch die Mitglieder einer Partei vor aus der Parteimitgliedschaft herrührenden rechtlichen Nachteilen.⁴⁴ Einen ebensolchen Nachteil könnte die Versagung des Zugangs zum öffentlichen Dienst darstellen, wenn diese an die Mitgliedschaft in einer Partei angeknüpft wird. Die Frage ist also, ob das Parteienprivileg so verstanden wer-

³⁴ [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025); eine Ausnahme dazu besteht etwa gem. § 26 Abs. 2 JAG in Hessen, wo der juristische Vorbereitungsdienst noch im Beamtenverhältnis auf Widerruf abgeleistet werden kann.

³⁵ *Kenntner*, NVwZ 2025, 9 (14); Die Länder sind zudem verpflichtet, zumindest die Möglichkeit zu eröffnen, den juristischen Vorbereitungsdienst außerhalb des Beamtenverhältnisses absolvieren zu können, BVerfGE 39, 334 (374).

³⁶ BVerfGE 46, 43 (52); Das vorliegende Hamburgische Oberverwaltungsgericht hatte sich einerseits auf die Art. 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4 und 21 Abs. 2 GG und die in den Vorschriften ausgeprägte wehrhafte Demokratie und andererseits auf die Art. 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 20 Abs. 1, 3 und Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GG berufen, aus denen sich ergebe, dass vorderhand der Staat dazu berufen sei, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu verwirklichen und zu schützen. Das BVerfG stützte das Ergebnis auf die „in diesen Konstitutionsprinzipien unserer Verfassung enthaltenen Wertentscheidungen“; ohne Begründung BVerwG NJW 2025, 1068 (1072), das auf die „dem Grundgesetz inhärenten Wertentscheidungen“ rekurriert.

³⁷ BVerfGE 47, 130 (139).

³⁸ BVerfGE 12, 296 (304); 40, 287 (291).

³⁹ BVerfGE 5, 85 (140); 12, 296 (304); 39, 334 (357); *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 21 Rn. 571 ff.; *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 91.

⁴⁰ BVerfGE 40, 287 (291); 47, 198 (228); 107, 339 (362); 144, 20 (201); dazu etwa *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 91; *Honer*, NVwZ 2024, 705.

⁴¹ BVerfGE 39, 334 (357); *Streinz*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 219.

⁴² *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 155.

⁴³ *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 92; *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 21 Rn. 581; *Streinz*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 220.

⁴⁴ *Isensee*, JuS 1973, 340, nennt dies „individualrechtliche Ausstrahlung“ des Parteienprivilegs; zum Parteienprivileg auch *Streinz*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 219.

den muss, dass es die Berücksichtigung einer Mitgliedschaft in einer Partei im Rahmen der Prüfung der Verfassungstreue untersagt. Genau diese Frage wurde – neben weiteren – nun in der Entscheidung des BVerwG virulent; konkret gesprochen: Kann die Mitgliedschaft in der rechtsextremen Partei „Der III. Weg“ zu einem durch mangelnde Verfassungstreue begründeten Ausschluss vom juristischen Vorbereitungsdienst führen?

II. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Der Kläger beantragte die Feststellung, dass die Ablehnung seiner Zulassung zum – nicht im Beamtenverhältnis ausgestalteten – juristischen Vorbereitungsdienst in Bayern rechtswidrig gewesen sei. Sein nach dem Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften gestellter Antrag auf Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst in Bayern wurde durch den Präsidenten des OLG mit der Begründung abgelehnt, dass er Mitglied in der Partei „Der III. Weg“ sei, ihm in der Partei Funktionsverantwortung zukomme und er seine „verfassungsfeindliche“ Gesinnung bereits durch gehaltene Reden zur Schau gestellt habe. Demnach sei er ungeeignet für den juristischen Vorbereitungsdienst. Der vom Kläger im einstweiligen Rechtsschutz sowie im Klage- und Berufungsverfahren ersuchte Rechtsschutz blieb insgesamt erfolglos – ebenso wie eine von ihm erhobene Verfassungsbeschwerde. Zwischenzeitlich stellte der Kläger in einem anderen Bundesland einen Antrag auf Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst, der ihm nach einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs auch gewährt wurde. Der Kläger ist nach Ableistung des Vorbereitungsdiensts mittlerweile als Rechtsanwalt zugelassen, sodass die Beteiligten den Rechtsstreit hinsichtlich der Zulassung für erledigt erklärt haben und das Verfahren insoweit eingestellt wurde. Der Kläger verfolgte das Verfahren hinsichtlich der Fragestellung, ob im entscheidungserheblichen Zeitpunkt ein Anspruch auf Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst bestanden habe, mittels eines Fortsetzungsfeststellungsantrags weiter. Diese Frage wurde im Berufungsverfahren verneint. Gegen diese Entscheidung richtete sich der Kläger mit seiner Revision. Er machte geltend, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für die Ablehnung seines Antrags gefehlt habe. Zudem habe das Berufungsgericht die Reichweite der Treuepflicht fehlerhaft beurteilt. Überdies verletzte die Entscheidung das Parteienprivileg und führe zu einem Widerspruch zwischen Zulassungsvoraussetzungen zum juristischen Vorbereitungsdienst und Zulassungsvoraussetzungen nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Schlussendlich sei er auch in seinen Rechten aus der EMRK verletzt.

III. Entscheidung des BVerwG

Das BVerwG erachtet die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog für zulässig. Insbesondere sei das notwendige Fortsetzungsfeststellungsinteresse gegeben – einschlägig sei die Fallgruppe des Rehabilitationsinteresses. Der Kläger sei aufgrund des Ausschlusses vom juristischen Vorbereitungsdienst mit dem Stigma des „Verfassungsfeindes“ versehen. Die mit Stigmatisierungswirkung verbundene Charakterisierung als „Verfassungsfeind“ wirke jedenfalls im räumlichen Bereich des Klägers – gemeint sind Wohnort und Rechtsanwaltssitz – fort. Sie sei nicht dadurch ausgeräumt worden, dass der Kläger inzwischen den Vorbereitungsdienst in einem anderen Bundesland abgeleistet habe und zur Rechtsanwaltschaft zugelassen sei. Die Klage sei also zulässig. Der Anspruch auf Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst sei jedoch zurecht verneint worden, die Klage also im Ergebnis unbegründet. Die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst sei auch dann an (Mindest-)Anforderungen an die Verfassungstreue geknüpft, wenn dieser nicht im Rahmen eines Beamtenverhältnisses absolviert würde. Ein Bewerber sei abzulehnen, wenn dieser darauf ausgehe, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseiti-

gen. Die Verfassungstreueanforderungen müssten auch nicht aus dem Grund herabgesetzt werden, dass die Zulassungsanforderungen zur Rechtsanwaltschaft gem. § 7 Nr. 6 BRAO auf einem weniger strengen Niveau lägen. Nach diesen Maßstäben erfülle der Kläger die Voraussetzungen der Verfassungstreue nicht. Die Nichtzulassung zum Referendariat verletze auch nicht dessen Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die Versagung der Zulassung stelle zwar eine subjektive Berufswahlregelung dar. Jedoch könne der Eingriff zum Schutz der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gerechtfertigt werden. Das Parteienprivileg stehe der Berücksichtigung der Mitgliedschaft und Aktivität in der Partei im Rahmen der Ablehnungsentscheidung nicht entgegen – die Mitgliedschaft und die Funktionärstätigkeit des Klägers in der Partei „Der III. Weg“ könnten also berücksichtigt werden. Das Parteienprivileg sperre zwar bis zum Verbotsausspruch die Rechtsfolgen des Parteiverbots; mittelbar-faktische Nachteile für die Partei seien vom Schutzgehalt des Parteienprivilegs allerdings nicht erfasst. Um einen ebensolchen Nachteil handele es sich bei der Berücksichtigung einer Parteiliederschaft im Rahmen einer Eignungsprüfung. Diese Auslegung der Verfassungstreuepflicht verstoße auch nicht gegen die EMRK. Die Partei „Der III. Weg“ verfolge ein Programm, das mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – insbesondere der Menschenwürde – unvereinbar sei. Die interne Strukturierung der Partei folge dem „Führerprinzip“. Ihr Programm beruhe auf der Vorstellung der Ungleichwertigkeit von Menschen, an die eine Ungleichbehandlung in Form der Verweigerung elementarer Rechtsgleichheit angeknüpft werden könne. Diese Ziele habe der Kläger durch seine Funktionärsfunktion auch aktiv unterstützt und so gegen die Pflicht zur Verfassungstreue verstoßen. Ausreichend sei aber bereits seine Mitgliedschaft in der Partei gewesen. Dies sei der besonderen Parteistruktur der Partei „Der III. Weg“ geschuldet: Eine passive Mitgliedschaft sei in der Partei nicht vorgesehen. Vielmehr sei die Forderung an Mitglieder der Partei, aktiv für Ziele der Partei einzutreten. Aus diesem Grund reiche auch die bloße Mitgliedschaft in der Partei aus, um den Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht zu begründen. Eine Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst verböte sich demnach.

IV. Rechtliche Bewertung

Die Entscheidung des BVerwG hat mit Blick auf die Verfassungstreue von Rechtsreferendaren Kritik erfahren: Es sei zu unscharf geblieben, welche Anforderungen an Rechtsreferendare gestellt werden könnten.⁴⁵ Eine kritische Würdigung verdient die Entscheidung aber auch mit Blick auf weitere Fragen der Verfassungstreue: insbesondere, wie sich die Regelungen der BRAO auf die Treuepflicht der Referendare auswirken, wie sich die Verfassungstreuepflicht zum Parteienprivileg verhält und welche Bedeutung der EMRK in diesem Zusammenhang zukommt. Eingedenk der Examensrelevanz soll aber auch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in den Blick genommen werden.

1. Verfassungstreuepflicht

a) Divergierende Verfassungstreueanforderungen bei Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst und zur Rechtsanwaltschaft

Dass die Regelungen der BRAO über die Zulassung von Rechtsanwälten die Zulassungsanforderungen für den juristischen Vorbereitungsdienst beeinflussen könnten, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Das Argument ist folgendes: § 7 Nr. 6 BRAO normiert, dass die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft

⁴⁵ Eibenstein, NJW 2025, 1075; etwas weniger kritisch Muckel, JA 2025, 521 (523).

schaft zu versagen ist, wenn die antragstellende Person die freiheitliche demokratische Grundordnung in strafbarer Weise bekämpft. Der Gesetzgeber stellt also an die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mit Blick auf die Verfassungstreue vergleichsweise geringe Anforderungen. Diese geringen Anforderungen würden konterkariert, stellte man an die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst höhere Anforderungen; wenn also ein Bewerber bereits dann abgelehnt werden könnte, wenn dieser darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Wer nicht zum juristischen Vorbereitungsdienst zugelassen wird, hat gem. § 4 Nr. 1 BRAO anschließend keine Möglichkeit, zur Rechtsanwaltschaft zugelassen zu werden. Über die Anforderungen der Zulassung zum Referendariat würden demnach – entgegen § 7 Nr. 6 BRAO – die Voraussetzungen für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft heraufgesetzt. Der Sächsische Verfassungsgerichtshof erachtete ebendies für unverhältnismäßig: Der Zugang zu der Berufsausbildung könne nicht wegen eines Verhaltens verwehrt werden, das für den späteren Zugang zum Anwaltsberuf unschädlich wäre.⁴⁶ Die Voraussetzungen für den Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst müssten geringer sein als die Voraussetzungen der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft.⁴⁷ Das BVerwG lehnt eine solche „Vorwirkung“ der BRAO ab.⁴⁸ Die Verfassungstreuepflicht für Rechtsreferendare ergäbe sich direkt aus der Verfassung und könne daher nicht durch das einfache Recht determiniert werden.⁴⁹ Überdies gäben andernfalls die Regelungen der BRAO die Zulassungsvoraussetzungen für den juristischen Vorbereitungsdienst vor. Für eine solche Regelung fehle dem Gesetzgeber der BRAO die Gesetzgebungskompetenz.⁵⁰ Der Ansicht des BVerwG ist in dieser Hinsicht zuzustimmen. Ein etwaiger – durch diese Lösung verbleibender – Widerspruch zwischen Zulassungsvoraussetzungen zur Anwaltschaft und Zulassungsvoraussetzungen zum juristischen Vorbereitungsdienst muss durch den Gesetzgeber aufgelöst werden.⁵¹

b) Die Verfassungstreuepflicht und ihr Verhältnis zum Parteienprivileg

Die Frage, wie sich eine Parteimitgliedschaft auf im öffentlichen Dienst befindliche Mitglieder dieser Partei auswirkt, ist keine neue. Im Gegenteil: Bereits 1930 entschied das Preußische Oberverwaltungsgericht über die Frage, ob Beamten die Mitgliedschaft in NSDAP und KPD untersagt werden könne.⁵² Die Frage der Parteimitgliedschaft wurde – vorderhand mit Blick auf Beamte – seitdem immer wieder diskutiert; entsprechend umfangreich ist das juristische Schrifttum.⁵³ Unstreitig sind

⁴⁶ VerfGH, Beschl. v. 21.10.2022 – Vf. 95-IV-21.

⁴⁷ VerfGH, Beschl. v. 21.10.2022 – Vf. 95-IV-21.

⁴⁸ BVerwG NJW 2025, 1068 (1072).

⁴⁹ BVerwG NJW 2025, 1068 (1072).

⁵⁰ BVerwG NJW 2025, 1068 (1073); Die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass der BRAO ergibt sich aus Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 74 Rn. 135.

⁵¹ So auch Kenntner, NVwZ 2025, 9 (14 f.); zu den verschiedenen Optionen Lauenstein/Gerhold, NVwZ 2025, 602 (603 f.).

⁵² PrOVGE 89, 391 (397); dazu Jachmann, in: 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999, S. 155 (161); Schlink, Der Staat 15 (1976), 335 (339 f.).

⁵³ Appuhn/Appuhn, BWV 2020, 56; Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 33 Rn. 33; Battis, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 33; ders., JZ 1972, 384 (385 f.); Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025 (15.7.2025); Denninger, VVDStRL 37 (1979), 7 (33 f.); Hebel, JA 2023, 617 (623); Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 92; Honer, NVwZ 2024, 705 (709 ff.); Isensee, JuS 1973, 265; Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 47; Klein, VVDStRL 37 (1979), 53 (75 f.); Koelreutter, VVDStRL 8 (1932), 116; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397; Lindner, Verfassungsblog v. 15.2.2019 (15.7.2025); ders., ZBR 2006, 402; ders., ZBR 2020, 1 (6 f.); Lorse, ZBR 2021, 1 (6 f.); Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025 (15.7.2025); mit Blick auf die AfD ders., ZBR 2022, 361; Nöcker, Die Gewähr der Verfassungstreue,

dabei wohl zwei Konstellationen: Ein Beamter verstößt zum einen nicht gegen die Verfassungstreuepflicht, wenn er Mitglied in einer verfassungskonformen Partei ist.⁵⁴ Ein Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht ist zum anderen stets gegeben, wenn ein Beamter Mitglied in einer vom BVerfG verbotenen, respektive einer ausschließlich mangels Potentialität⁵⁵ nicht verbotenen Partei betätigt.⁵⁶ Einer dieser Fälle stand in der Entscheidung des BVerwG gerade nicht in Rede. Vielmehr ging es um die Mitgliedschaft in einer sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richtenden, aber noch nicht verbotenen (sog. „verfassungsfeindlichen“⁵⁷) Partei. Diese Konstellation ist umstritten.⁵⁸ Nach der herrschenden Meinung reicht allein die Mitgliedschaft in einer solchen Partei nicht aus; die Parteimitgliedschaft kann allerdings als Indiz im Rahmen der Prüfung berücksichtigt werden.⁵⁹ Maßgeblich sei schlussendlich aber das Verhalten des Verfassungstreueverpflichteten, wobei auch das Engagement für die Partei in die Bewertung eingestellt werden könne.⁶⁰ Ein Verstoß gegen das Parteienprivileg gehe damit nicht einher. Dieses gewährleiste zwar, dass an die Parteimitgliedschaft keine Nachteile geknüpft würden, schirme aber nicht das Parteimitglied als solches vor Nachteilen ab.⁶¹ Von dieser herrschenden Meinung weicht das Bundesverwaltungsgericht scheinbar ab, indem es bereits die Mitgliedschaft in der Partei für ausreichend erachtet. Das BVerwG ist aber wohl nicht so zu verstehen, dass es sich damit außerhalb der herrschenden Meinung positioniert; vielmehr berücksichtigt es die Besonderheiten der Parteistruktur der Partei „Der III. Weg“, in der keine „Karteileichen“ – also „einfache“ passive Mitgliedschaften – denkbar sind.⁶² Die Entscheidung ist aus diesem Grund wohl nicht ohne Weiteres auf andere Parteien übertragbar.⁶³ Einen kritischen Einwand könnte man mit Blick auf die Begründung des BVerwG erheben: Das Argument, das Parteienprivileg schütze nicht vor mittelbar-faktischen Nachteilen, ist eingedenk des ansonsten anerkannten faktischen Eingriffs überdenkenswert.⁶⁴ Es lässt sich auch darüber spekulieren, warum das BVerwG sich überhaupt zu der Frage äußert, wie eine „einfache“ Parteimitgliedschaft im Rahmen der Eignungsprüfung zu

2025, S. 135 ff.; Schürmann, Verfassungstreue, 2025, S. 153 ff. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; Papier/Durner, AöR 128 (2003), 340 (364 f.); Picker, RdA 2020, 317 (325 f.); Siegel/Hartwig, NVwZ 2017, 590 (597); Shirvani, AöR 134 (2009), 572 (581 f.); Siems, DÖV 2014, 338 (340); Voßkuhle, NVwZ 2022, 1841 (1843).

⁵⁴ Nitschke, ZBR 2022, 361 (364).

⁵⁵ Das Erfordernis der Potentialität wurde vom BVerfG in der Entscheidung zum Verbot der NPD 2017 entwickelt, BVerfGE 144, 20 (224 ff.); dazu etwa Gärditz, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 128; Schwarz, JA 2024, 353 (355); Uhle, NVwZ 2017, 583 (587).

⁵⁶ Lindner, ZBR 2020, 1 (6); Nitschke, ZBR 2022, 361 (364).

⁵⁷ Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 91.; Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.3.2025, Art. 21 Rn. 211; Koch, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 200; Streinz, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 115, 219; zum Begriff „Verfassungsfeind“ Meinel, in: Vom Reichsbewusstsein zum Verfassungspatriotismus, Der Staat Beiheft 27, 2021, S. 243 ff.; Isensee, JuS 1973, 265 (266), differenziert dagegen zwischen formell und materiell verfassungswidrigen Parteien.

⁵⁸ Zum Meinungsstand Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397 (398 f.); Lindner, ZBR 2006, 402 (410); Nitschke, ZBR 2022, 361 (365 f.).

⁵⁹ [Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025](#) (15.7.2025); [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025); Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 47; Voßkuhle, NVwZ 2022, 1841 (1844).

⁶⁰ [Lindner, Verfassungsblog v. 15.2.2019](#) (15.7.2025).

⁶¹ Streinz, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 219; [Lindner, Verfassungsblog v. 15.2.2019](#) (15.7.2025): „Das Grundgesetz kennt ein Parteienprivileg, aber kein Beamtenprivileg“.

⁶² So auch [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025); a.A. wohl [Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025](#) (15.7.2025).

⁶³ So auch [Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025](#) (15.7.2025); Eibenstein, NJW 2025, (1076); Lauenstein/Gerhold, NVwZ 2025, (603); [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025).

⁶⁴ Streinz, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 219; [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025).

berücksichtigen ist. Schließlich war der Kläger gerade als Parteifunktionär aktiv, sodass das BVerwG auch auf sein konkretes Verhalten hätte abstellen können.⁶⁵

c) Verfassungstreue und EMRK

Auch Bestimmungen der EMRK sind bei der Auslegung der Verfassungstreuepflicht von Relevanz. Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der im Wege des Zustimmungsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG den Rang eines einfachen Bundesgesetzes erhalten hat.⁶⁶ Der EMRK kommt aber eine darüber hinausgehende Wirkung zu: Zwar sind die Rechte aus der EMRK nicht mit Verfassungsrang versehen und unmittelbar verfassungsbeschwerdefähig.⁶⁷ Gleichwohl müssen diese bei der Auslegung der Grundrechte berücksichtigt werden.⁶⁸ Mittelbar fließen die Rechte der EMRK über die Grundrechte des Grundgesetzes in das Verfassungsrecht ein.⁶⁹ Das BVerwG spricht von der EMRK als „Auslegungshilfe“.⁷⁰ Die besondere Bedeutung der EMRK kann mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes begründet werden.⁷¹ Die Verfassungstreueanforderungen an Referendare verstoßen nach Auffassung des BVerwG nicht gegen die EMRK – insbesondere Art. 10 (Recht auf freie Meinungsäußerung) und Art. 11 (Vereinigungsfreiheit).⁷² Nach Auffassung des EGMR kann zwar die Entlassung eines Beamten aus dem Dienstverhältnis aufgrund seiner Mitgliedschaft in einer „verfassungsfeindlichen“ Partei in die Rechte aus Art. 10, 11 EMRK eingreifen.⁷³ Ein generelles Verbot der Berücksichtigung der Parteimitgliedschaft ergibt sich nach Auffassung des BVerwG daraus jedoch nicht.⁷⁴ Zudem sei der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung legitimer Zweck i.S.d. Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 EMRK.⁷⁵ Zu der EMRK-Vereinbarkeit wurde sich bisher nur vereinzelt, dem BVerwG zustimmend geäußert.⁷⁶

⁶⁵ Dazu [Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025](#) (15.7.2025).

⁶⁶ Gesetz über die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7.8.1952, [BGBl. II 1952, S. 685](#); zum Rang der EMRK in der deutschen Rechtsordnung BVerfGE 82, 106 (115); 111, 307 (317); *Herdegen*, Europarecht, 25. Aufl. 2025, § 3 Rn. 70 ff.; *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (386 f.); *Mayer*, in: *Karpensteyn/Mayer*, EMRK, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 68 ff.; *Voßkuhle*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 86 ff.; *ders.*, NVwZ 2010, 1 (3 f.); [Zehetgruber, ZJS 2016, 52](#); andere europäische Staaten haben der EMRK etwa einen Rang zwischen Gesetz und Verfassung oder sogar Verfassungsrang eingeräumt, dazu *Grabenwarter*, VVDStRL 60 (2001), 290 (299 ff.); *Nußberger*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2012, Bd. 10, § 209 Rn. 7 Fn. 23.

⁶⁷ BVerfGE 10, 271 (274); 34, 384 (395); 41, 126 (149); 64, 135 (157); 74, 102 (128); 111, 307 (317); dazu und zum Meinungsstand *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 8 ff.

⁶⁸ BVerfGE 111, 307 (316 ff.); 128, 326 (366 ff.); 131, 268 (295 f.); 137, 273 (320 f.); 138, 296 (356); dazu *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 173 ff.

⁶⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 8 ff.; *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 93 Rn. 173 ff.

⁷⁰ BVerfGE 111, 307 (317); 128, 326 (369); 148, 296 (351); BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1427).

⁷¹ BVerfGE 111, 307 (317); dazu *Voßkuhle*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 88.

⁷² BVerwG NJW 2025, 1068 (1073); so auch [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025).

⁷³ EGMR NJW 1996, 375; *Voßkuhle* (NVwZ 2010, 1 [4]) weist darauf hin, dass die Vogt-Entscheidung eine der wenigen Entscheidungen ist, in denen ein vom BVerfG als verfassungsgemäß eingestuftes Hoheitsakt als konventionswidrig beurteilt wurde.

⁷⁴ BVerwG NJW 2025, 1068 (1073 f.).

⁷⁵ BVerwG NJW 2025, 1068 (1073 f.).

⁷⁶ [Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025](#) (15.7.2025).

2. Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG

Die Berufsfreiheit dürfte eine in den Grundzügen bekannte Materie darstellen. In Rede stand vorliegend aber Art. 12 Abs. 1 GG in der etwas unbekannteren Ausprägung als derivatives Teilhaberecht.⁷⁷ Dies rührt daher, dass der juristische Vorbereitungsdienst allein in staatlicher Verantwortung betrieben wird – es besteht also ein staatliches Ausbildungsmonopol.⁷⁸ Im Rahmen staatlicher Ausbildungsmonopole vermittelt Art. 12 Abs. 1 GG ein derivatives Teilhaberecht – also einen Anspruch darauf, an einem bestehenden⁷⁹ Leistungsangebot (hier dem Referendariat) zu partizipieren.⁸⁰ Der Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst als Ausbildungsstätte ist also von der Berufsfreiheit geschützt.⁸¹ Dass die Versagung der Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst in die Berufsfreiheit eingreift, leuchtet unmittelbar ein: Gem. § 5 Abs. 1 DRiG kann nur Richter werden, wer den juristischen Vorbereitungsdienst mit der zweiten Prüfung abschließt. Gleiches gilt gem. § 122 Abs. 1 DRiG für Staatsanwälte, gem. § 4 Nr. 1 BRAO für Rechtsanwälte und gem. § 5 Abs. 5 BNotO auch für Notare. Wird ein Bewerber nicht zum juristischen Vorbereitungsdienst zugelassen und kann er infolgedessen die zweite Prüfung nicht ablegen, kann er also weder den Beruf des Richters noch den des Staatsanwalts noch den des Rechtsanwalts noch den des Notars ergreifen, in seine Berufsfreiheit wird eingegriffen.⁸² In der Terminologie der Drei-Stufen-Lehre gesprochen: Die Versagung der Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst stellt eine subjektive Berufswahlregelung dar⁸³; die Wahl des Berufs wird von Faktoren abhängig gemacht, die in der Person liegen – hier die fehlende Verfassungstreue. Eine subjektive Berufswahlregelung kann zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt sein.⁸⁴ Das BVerwG bringt als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege⁸⁵ als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips⁸⁶ in Stellung.⁸⁷ Dies kann folgendermaßen begründet werden: Funktionsfähigkeit der Rechtspflege setzt Akzeptanz

⁷⁷ BVerfGE 33, 303 (331); 43, 291; 147, 253; zum Begriff etwa *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 5, 196. Lfg., Stand: Februar 2019, Art. 12 Rn. 67; *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, § 3 Rn. 69 ff.; *ders.*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 8 ff.; *Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 208 f.

⁷⁸ *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 18.

⁷⁹ Originäre Leistungsrechte sind dagegen nicht abhängig von bestehenden Leistungssystemen, sind also vielmehr auf die Schaffung einer bestimmten Leistung gerichtet, *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.3.2025, Art. 12 Rn. 25; *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Vor. Art. 1 Rn. 14; *Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 209.

⁸⁰ *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 18, 160; *Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 209.

⁸¹ VGH München BayVBl. 2023, 197 (198).

⁸² BVerwG NJW 2025, 1068.

⁸³ BVerwG NJW 2025, 1068; die Drei-Stufen-Lehre entwickelte das BVerfGE in der sog. Apothekenentscheidung, BVerfGE 7, 377 (397 ff.); letztlich handelt es sich um eine konkretisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung, *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, § 26 Rn. 669; zur Kritik an der Stufenlehre etwa *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 12 Rn. 56 ff.; *Britz*, JuS 2024, 905 (912), konzidiert, dass die Drei-Stufen-Lehre mittlerweile aus der Rechtsprechung des BVerfG verschwunden sei.

⁸⁴ BVerfGE 7, 377 (405).

⁸⁵ *Bauckmann*, in: Weyland, BRAO, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 1 Rn. 5: „Rechtspflege ist die Pflege des Rechts, seine Verwirklichung und Vollziehung.“

⁸⁶ BVerfGE 106, 28 (49); 117, 163 (186 f.); 141, 121 (134); 153, 1 (40).

⁸⁷ BVerwG NJW 2025, 1068 (1072); die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege ist in der Rechtsprechung des BVerfG als Gemeinschaftsgut anerkannt, BVerfGE 34, 238 (248 f.); 77, 65 (76); 80, 367 (375); 106, 28 (49); 117, 163 (186 f.); 118, 1 (17); 122, 190 (207); 135, 90 (115); 141, 121 (134 f.); 153, 1 (40); zu Funktionsfähigkeit als Grundrechtsschranke *Kriele*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 188 Rn. 94 ff.

des Verfahrens und des Personals voraus.⁸⁸ Akzeptanz ist die Voraussetzung für Rechtsfrieden.⁸⁹ Akzeptanz (und demnach auch Rechtsfrieden) können nicht entstehen, wenn kein Vertrauen in die Justiz respektive ihr Personal besteht.⁹⁰ Dieses Vertrauen könnte tangiert werden, wenn ein Rechtsreferendar an Entscheidungen mitwirkt, der sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung betätigt. Bei einem solchen Referendar wird (jedenfalls) bei Verfahrensbeteiligten der Eindruck entstehen können, dieser treffe eine Entscheidung unter unsachgemäßer Einflussnahme und mithin nicht allein nach den gesetzlichen Vorschriften, was letztlich deren Vertrauen in die Richtigkeit der Entscheidung und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege unterminiert.⁹¹ Der Eingriff in die Berufsfreiheit kann also gerechtfertigt werden.

V. Lernziele und Resümee

Nach der Lektüre der Entscheidungsbesprechung sollten die Grundlagen der Verfassungstreue und des Parteienprivilegs sowie die Auswirkungen des Parteienprivilegs auf die Verfassungstreue bekannt sein. Ergänzend sei hinzugefügt, dass das Parteienprivileg nicht nur beim Zugang zum Referendariat oder Beamtentum von Bedeutung sein kann; ein ähnliches Problem kann sich auch in einer waffenrechtlichen Konstellation stellen.⁹² Zudem sollte die berufsfreiheitliche Dimension des Zugangs zum Referendariat verinnerlicht sein. Zum Abschluss ein Blick in die Zukunft: Nach der Entscheidung des BVerwG liegt die Frage nahe, wie künftig mit Mitgliedern anderer Parteien – insbesondere der AfD – umzugehen sein wird, die Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst begehren.⁹³ Vieles spricht dafür, dass die Entscheidung des BVerwG nicht ohne Weiteres auf die AfD übertragen werden kann.⁹⁴ Dass rechtsextreme Referendare die Gerichte auch weiterhin beschäftigen werden, ist allerdings zu prognostizieren; der nächste Fall liegt bereits vor.⁹⁵

⁸⁸ Eckertz-Höfer, DVBl 2018, 537 (543); dazu auch Benda, DÖV 1983, 305; Limbach, in: Limbach, Im Namen des Volkes, 1999, S. 165 ff.; Weidemann, ZJS 2016, 286 (294).

⁸⁹ Eckertz-Höfer, DVBl 2018, 537 (543).

⁹⁰ Eckertz-Höfer, DVBl 2018, 537 (543).

⁹¹ Groh, NVwZ 2006, 1023 (1024 Fn. 17); Weidemann, ZJS 2016, 286 (294).

⁹² Dazu Honer, NVwZ 2024, 705 (709); Nitschke, NJW 2023, 3261; Wiegand, NVwZ 2023, 1211; siehe auch Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.3.2025, Art. 21 Rn. 212.

⁹³ Dazu Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025 (15.7.2025).

⁹⁴ So auch Eibenstein, NJW 2025, 1068 (1076); Lauenstein/Gerhold, NVwZ 2025, 596 (603); Benamor, Verfassungsblog v. 15.5.2025 (15.7.2025); Nitschke, Verfassungsblog v. 11.3.2025 (15.7.2025).

⁹⁵ Siehe LTO (15.7.2025).

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22¹

Polizeikosten bei Hochrisikospiele – Berufsfreiheit, allgemeiner Gleichheitssatz, Bestimmtheitsgebot, Finanzverfassung, individuelle Zurechnung

1. Als Gebühren lassen sich öffentlich-rechtliche Geldleistungen verstehen, die aus Anlass individuell zurechenbarer Leistungen durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder eine sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und insbesondere dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistungen deren Kosten ganz oder teilweise zu decken oder deren Vorteil oder deren Wert auszugleichen. Sie beruhen auf dem Aspekt der Gegenleistung, also des Ausgleichs von Vorzügen und Lasten.
2. Die Verfassung kennt keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem die polizeiliche Sicherheitsvorsorge durchgängig kostenfrei zur Verfügung gestellt werden muss. Sie ist keine allgemeine staatliche Tätigkeit, die zwingend ausschließlich aus dem Steueraufkommen zu finanzieren ist. Die Verfassung verlangt auch nicht, Polizeikosten nur Störerinnen und Störern oder solchen Personen aufzuerlegen, die nach den Vorschriften des Polizeigesetzes anstelle der Störerinnen und Störer in Anspruch genommen werden können oder die sich rechtswidrig verhalten.
3. Eine Gebühr ist nur dann angemessen, wenn sie auch tatsächlich als Gegenleistung für eine individuell zurechenbare Leistung erhoben wird. Dabei hat der Gebührengesetzgeber zwar einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, welche individuell zurechenbaren öffentlichen Leistungen er einer Gebührenpflicht unterwerfen will. Dieser Spielraum ist aber dann überschritten, wenn kein konkreter Bezug zwischen dem gesetzlich definierten Vorzug und dem Abgabepflichtigen mehr erkennbar ist.
4. Die individuell-konkrete Zurechenbarkeit kann insbesondere gegeben sein, wenn die öffentliche Leistung mit konkreten Vorteilen verbunden ist oder individuell veranlasst wurde, insbesondere bei einer das übliche Maß überschreitenden „Sondernutzung“ öffentlicher Sachen mit einer besonderen Inanspruchnahme begrenzter staatlicher Ressourcen.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 3, 20 Abs. 3, 70 Abs. 1, 104a ff.

BremGebBeitrG § 4 Abs. 4

Wiss. Mitarbeiter David Selbertinger, Passau*

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Rainer Wernsmann) an der Universität Passau.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2025, 1037 und abrufbar auf der [Website des BVerfG](#) (2.5.2025).

I. Hintergrund und Sachverhalt

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.1.2025 stellt das Ende eines über viele Jahre geführten Rechtsstreits dar. Im Kern geht es um die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Gebührenerhebung für den polizeilichen Mehraufwand bei kommerziellen Großveranstaltungen mit erfahrungsgemäß erhöhtem Gewaltpotenzial. Großveranstaltungen wie die Spiele der Fußball-Bundesliga ziehen regelmäßig große Menschenmassen an. Während die Sicherheitskonzepte innerhalb des Veranstaltungsbereichs immer weniger Eskalationen zulassen, erstrecken sich diese Sicherheitsmaßnahmen gerade nicht auf dessen räumliche Umgebung. Die Gefahrenabwehr außerhalb der Veranstaltung zählt nicht zu den Rechtspflichten der Veranstalter, geschweige denn könnten diese den Gefahren mangels hoheitlicher Befugnisse im öffentlichen Raum überhaupt begegnen. Die Zahl eskalierender Gewalthandlungen erhöht sich zum Teil drastisch, im Kontext der Fußball-Bundesliga wird insoweit von sog. Hochrisikospielen gesprochen. Um weiterhin die infrastrukturellen Begebenheiten sowie die Sicherheit der Veranstaltungsbesucher zu gewährleisten und somit die staatliche Pflicht zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit zu erfüllen, erfordern diese Veranstaltungen regelmäßig einen deutlich erhöhten Polizeiaufwand.

Der Entscheidung des BVerfG liegt eine landesgesetzliche Regelung des Bundeslandes Bremen zugrunde, die der bremische Gesetzgeber im Jahr 2014 eingeführt hatte. Wörtlich lautet § 4 Abs. 4 des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes (BremGebBeitrG)²:

„Eine Gebühr wird von Veranstaltern oder Veranstalterinnen erhoben, die eine gewinnorientierte Veranstaltung durchführen, an der voraussichtlich mehr als 5000 Personen zeitgleich teilnehmen werden, wenn wegen erfahrungsgemäß zu erwartender Gewalthandlungen vor, während oder nach der Veranstaltung am Veranstaltungsort, an den Zugangs- oder Abgangswegen oder sonst im räumlichen Umfeld der Einsatz von zusätzlichen Polizeikräften vorhersehbar erforderlich wird. Die Gebühr ist nach dem Mehraufwand zu berechnen, der aufgrund der zusätzlichen Bereitstellung von Polizeikräften entsteht. Der Veranstalter oder die Veranstalterin ist vor der Veranstaltung über die voraussichtliche Gebührenpflicht zu unterrichten. Die Gebühr kann nach den tatsächlichen Mehrkosten oder als Pauschalgebühr berechnet werden.“

Im Hinblick auf ein für den 19.4.2015 angesetztes Spiel der Fußball-Bundesliga zwischen dem SV Werder Bremen und dem Hamburger SV im Bremer Weserstadion unterrichtete die Polizei Bremen die Deutsche Fußball Liga e.V. (DFL) unter Verweis auf § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG über ihre voraussichtliche Gebührenpflicht als Veranstalterin.³ Nach den damaligen Erkenntnissen und Informationen sei am Spieltag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Fans der beiden Vereine zu rechnen, wenn dem nicht durch den Einsatz von starken Polizeikräften und durch entsprechende Einsatzmaßnahmen effektiv begegnet werde.⁴ Am Spieltag selbst verlief der Gesamteinsatz, bei dem die Bremer Polizei von Einsatzkräften aus Schleswig-Holstein, Hamburg, Hessen und der Bundespolizei unterstützt wurde, nach Bewertung der Polizeiführung insgesamt reibungslos.⁵ Dabei waren 969 Polizeibeamte im Einsatz. Es kam zu einer Reihe von polizeilichen Maßnahmen; unter anderem wurden circa 90 Personen in Gewahrsam genommen

² BremGBL 2014, S. 457.

³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 7.

⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 7.

⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 8.

und circa 150 Platzverweise für das gesamte Stadtgebiet erteilt.⁶ Die Polizei Bremen erließ gegenüber der DFL als Veranstalterin des Spiels einen Bescheid über die Erhebung von Gebühren in Höhe eines mittleren sechsstelligen Eurobetrags für den erforderlichen Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte.⁷

Nachdem der hiergegen erhobene Widerspruch erfolglos geblieben war, hob das VG den angefochtenen Gebührenbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids auf die Klage der DFL auf.⁸ Auf die Berufung der Freien Hansestadt Bremen hat das OVG das Urteil des VG aufgehoben und die Klage abgewiesen.⁹ Die Gebührenregelung des § 4 Abs. 4 S. 1 und 2 BremGebBeitrG sei verfassungsgemäß. In der gegen dieses Urteil gerichteten Revision hat das BVerwG das Urteil des OVG zwar aufgehoben, in der Sache dessen Rechtsauffassung aber weitgehend bestätigt.¹⁰ Nach der Zurückverweisung hat das OVG das Urteil des VG erneut aufgehoben und die Klage der Beschwerdeführerin abgewiesen.¹¹

Mit der Verfassungsbeschwerde wandte sich die DFL nun gegen die Entscheidungen des OVG und des BVerwG sowie mittelbar gegen die Gebührenregelung selbst und rügte unter anderem eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.¹²

Hinweis: Es sei darauf hingewiesen, dass das Finanzverfassungsrecht in der Ersten Juristischen Staatsprüfung nicht vom Pflichtfachstoff umfasst ist. Allerdings weist die vorliegende Entscheidung neben den finanzverfassungsrechtlichen Aspekten auch Bezüge zu prüfungsrelevanten Inhalten des Polizei- und Sicherheitsrechts sowie insbesondere zu den Grundrechten auf. So hat das Bundesverfassungsgericht Art. 12 Abs. 1 GG ausführlich und detailliert geprüft und dabei aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen die Auferlegung einer Geldleistungspflicht einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen kann und nach welchen Maßstäben dieser zu rechtfertigen ist. Die Entscheidung eignet sich (ggf. mit einigen Hilfestellungen) auch gut für eine mündliche Prüfung. Besondere Relevanz hat sie vor allem für Studierende, die einen steuer- oder finanzrechtlichen Schwerpunktbereich gewählt haben.

II. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der *Erste Senat* des BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde mit seinem Urteil vom 14.1.2025 nun zurückgewiesen. Die Erhebung einer Gebühr für den polizeilichen Mehraufwand bei „Hochrisikospielen“ der Fußball-Bundesliga sei mit dem Grundgesetz vereinbar. Das BVerfG folgt in seiner Prüfung dem bekannten Schema, indem es zunächst die Zulässigkeit und anschließend die Begründetheit der Urteilsverfassungsbeschwerde prüft.

1. Zulässigkeit

Das BVerfG hält die Verfassungsbeschwerde nur insoweit für zulässig, als die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG, geltend macht.¹³ Im Übrigen sei die Verfassungsbeschwerde unzulässig, da sie insbesondere nicht

⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 8.

⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 9.

⁸ VG Bremen, Urt. v. 17.5.2017 – 2 K 1191/16 = SpuRt 2017, 261.

⁹ OVG Bremen, Urt. v. 5.2.2018 – 2 LC 139/17 = NordÖR 2018, 157 = SpuRt 2018, 122.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 29.3.2019 – 9 C 4/18 = NVwZ 2019, 1444.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 20.

¹² Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 24.

¹³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 36.

den aus §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG resultierenden Begründungsanforderungen genüge.¹⁴ Im Rahmen der Begründung müsse sich die Verfassungsbeschwerde gem. §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG mit dem zugrunde liegenden Fachrecht sowie mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts auseinandersetzen und hinreichend substantiiert darlegen, dass eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint.¹⁵ Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung, sei darzulegen, dass sie auf der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm beruht oder dass bei der Anwendung von Fachrecht spezifisches Verfassungsrecht oder das Willkürverbot verletzt wurde.¹⁶

a) Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 GG

Nach diesen Maßstäben genüge die Verfassungsbeschwerde nicht den Darlegungsanforderungen, soweit sie eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG geltend macht.¹⁷ Hinsichtlich der Rüge, § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei ein unzulässiges Einzelfallgesetz, fehle es an einer Auseinandersetzung mit den in den angegriffenen Entscheidungen enthaltenen Hinweisen auf den allgemeinen Charakter des Gesetzes.¹⁸

Die Rüge, die Auferlegung der Gebühr verletze die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, bleibe wegen deren Charakters als Geldforderung unsubstantiiert.¹⁹ Nach gefestigter verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung fällt das Vermögen als solches nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.²⁰ Demzufolge stellt die Auferlegung einer Geldleistungspflicht grundsätzlich keinen Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar.

Auf die von der Beschwerdeführerin gerügte Verletzung ihres Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geht das BVerfG in seiner Entscheidung nicht explizit ein.²¹ In der BVerfG-Rechtsprechung ist schon unklar, ob dieses im Zivilrecht gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht überhaupt in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG fällt.²² Eine Verletzung könnte jedoch allenfalls dann angenommen werden, wenn die konkrete Veranstaltung nicht mehr gewinnbringend durchgeführt werden könnte – die Geldleistungspflicht also erdrosselnde Wirkung entfalten würde – oder der Veranstalter wegen der hohen finanziellen Belastung auf die Substanz seines Gewerbebetriebs zurückgreifen müsste.²³ Bei kommerziellen Großveranstaltungen wie Profifußballspielen dürfte dies in der Praxis kaum vorkommen, zumal der finanziellen Belastungswirkung durch eine entsprechende Preisgestaltung der Eintrittskarten entgegengewirkt werden kann.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 36.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 37; BVerfG, Urt. v. 26.3.2025 – 2 BvR 1505/20, Rn. 41.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 37. Hier kommt der für Urteilsverfassungsbeschwerden geltende Grundsatz zum Ausdruck: „Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz“, ausführlich dazu *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 40. Aufl. 2024, Rn. 1519 ff.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 42.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 42.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 42.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 20.7.1954 – 1 BvR 459/52 = BVerfGE 4, 7 (17); BVerfG, Urt. v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 = BVerfGE 95, 267 (300).

²¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 31.

²² Diese Frage wurde vom BVerfG bisher offengelassen, vgl. BVerfG NVwZ 2009, 1426 (1427); *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 14 Rn. 200 m.w.N.

²³ *Schenke*, NJW 1983, 1882 (1887); *Habermann*, Gebühren für Gefahrenabwehr, 2011, S. 324.

b) Art. 19 Abs. 4 GG

Das Gericht hält die Verfassungsbeschwerde auch hinsichtlich einer möglichen Verletzung von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG für unzulässig. Die Rüge, dass die Gerichte die polizeiliche Prognose des Gewaltpotenzials nicht angemessen geprüft hätten, genüge den Darlegungsanforderungen nicht.²⁴ Zwar garantiert Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG effektiven und möglichst lückenlosen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt, doch lässt dieser je nach Maßnahme unterschiedliche Kontrolldichten zu, insbesondere bei Gestaltungs- und Beurteilungsspielräumen.²⁵

Nach allgemeinen Regeln ist die Auslegung und Anwendung auch unbestimmter Rechtsbegriffe gerichtlich voll überprüfbar, sofern nicht besondere Gründe für eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle sprechen.²⁶ Solche Ausnahmen von der gerichtlichen Kontrolle darf der Gesetzgeber vorsehen, wenn es hinreichende Gründe für die Freistellung gibt, etwa soweit die Verwaltung aufgrund ihrer organisatorischen, personellen und sachlichen Ausgangsbedingungen über eine den Gerichten fachlich überlegene Beurteilungskompetenz verfügt bzw. den benötigten Sachstand in ihren Entscheidungsprozessen besonders gut oder gar besser als ein Gericht einbeziehen kann.²⁷ Würde die Rechtsprechung bei der Kontrolle von Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe an ihre Funktionsgrenzen stoßen, ist eine volle gerichtliche Überprüfung nicht möglich.²⁸

§ 4 Abs. 4 BremGebBeitrG enthalte zwar abstrakte Begriffe wie „Mehrbedarf“ und „erforderlich“ und basiere auf einer polizeilichen Prognose („voraussichtlich“, „erfahrungsgemäß“, „teilnehmen werden“), doch begrenze dies, so das BVerfG, die gerichtliche Kontrolle nicht.²⁹ Vielmehr sei eine effektive richterliche Überprüfung als Ausgleich zu den Handlungsspielräumen des Bürgers notwendig.³⁰ Dennoch bleibe die Verfassungsbeschwerde unsubstantiiert, da nicht ersichtlich sei, warum die Auffassung des OVG, nach der Gerichte nicht für die Festlegung der konkreten Zahl der erforderlichen Polizeibeamten zuständig seien, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verletzen soll.³¹

2. Begründetheit

Soweit die Verfassungsbeschwerde zulässig sei, sei sie unbegründet. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verletze weder die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 GG, noch verstoße die Regelung gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Auch Auslegung und Anwendung der Norm ließen keinen Verstoß gegen das Grundgesetz erkennen.

a) Art. 12 Abs. 1 GG**aa) Schutzbereich**

Das BVerfG prüft zunächst, ob der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist. Art. 12 Abs. 1 GG schütze die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht.³² Die Berufsfreiheit gewähre das Recht, eine

²⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 47.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 48.

²⁶ Wernsmann, NVwZ 2024, 694 (697).

²⁷ Hoffmann-Riem/Pilniok, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 12 Rn. 154.

²⁸ Wernsmann, NVwZ 2024, 694 (697).

²⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 50.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 50.

³¹ OVG Bremen, Urt. v. 11.11.2020 – OVG 2 LC 294/19, Rn. 72 (juris); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 51.

³² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 54.

Tätigkeit als Beruf zu ergreifen und frei auszuüben.³³ Unter einem Beruf versteht der *Erste Senat* dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, ohne dass der Schutz der Berufsfreiheit auf traditionell oder gesetzlich fixierte Berufsbilder und erlaubte Tätigkeiten beschränkt wäre.³⁴ Grundrechtsträger können gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen sein, soweit das jeweilige Grundrecht seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist. Die Organisation von Spielen der Fußball-Bundesliga ist hieran gemessen eine berufliche Tätigkeit, da die Veranstalter diese dauerhaft zwecks Gewinnerzielung ausüben.³⁵

bb) Eingriff

Geldleistungspflichten greifen nach Auffassung des BVerfG in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen.³⁶ Die auferlegten Geldleistungspflichten müssen dabei einen spezifischen Einfluss auf die berufliche Tätigkeit haben und zu einer Veränderung der Rahmenbedingungen der Berufsausübung führen.³⁷ § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG knüpfe mit seiner Gebührenpflicht für Hochrisikospiele an einen bestimmten Ausschnitt der Organisation der Bundesliga-Spiele an, erhöhe die finanzielle Belastung erheblich und beeinflusse dadurch die berufliche Tätigkeit spezifisch.³⁸

cc) Rechtfertigung

Eingriffe in die Berufsfreiheit genügen dem in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegten Gesetzesvorbehalt nur dann, wenn die gesetzliche Regelung in formeller und materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist.³⁹

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit prüft das BVerfG die Gesetzgebungskompetenz des Landes. Grundsätzlich sind die Länder gem. Art. 30, 70 Abs. 1 GG für die Gesetzgebung zuständig, soweit das Grundgesetz diese Befugnis dem Bund nicht ausdrücklich zuweist oder Regelungen bestehen, die einen solchen Zuweisungsgehalt implizit enthalten.⁴⁰

Die Finanzverfassung enthält mit Art. 105 GG für Steuern eine besondere, vom Grundsatz der Art. 70 ff. GG abweichende Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen. Ob Geldleistungspflichten dem Anwendungsbereich des Art. 105 GG oder den Art. 70 ff. GG unterfallen, richtet sich danach, ob es sich um eine Steuer oder um eine sonstige Abgabe – etwa eine Gebühr – handelt. Das Grundgesetz definiert den Steuerbegriff nicht, jedoch findet sich eine einfachrechtliche Legaldefinition in § 3 Abs. 1 AO. Obwohl diese als rangniedrigeres Recht die Auslegung des verfassungsrechtlichen Steuerbegriffs nicht verbindlich vorgeben kann, ist heute weitgehend anerkannt, dass § 3 Abs. 1 AO den

³³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 54.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 54.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 56.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 55, mit Verweis auf BVerfGE 98, 83 (97); 113, 128 (145); 124, 235 (242); 161, 63 (89 Rn. 43); 162, 325 (346 Rn. 79).

³⁷ St.Rspr. BVerfGE 95, 267 (302) = NJW 1997, 1975; BVerfGE 98, 218 (258) = NJW 1998, 2515; BVerfGE 111, 191 (213) = NJW 2005, 45.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 56.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 57.

⁴⁰ Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 70 Rn. 62.

verfassungsrechtlichen Steuerbegriff zutreffend abbildet.⁴¹ § 3 Abs. 1 AO in seiner heutigen Fassung ist im Wesentlichen inhaltsgleich mit § 1 Abs. 1 der Reichsabgabenordnung aus dem Jahre 1919, sodass davon auszugehen ist, dass sich auch der Verfassungsgeber bzw. verfassungsändernde Gesetzgeber an dieser Definition orientiert hat (sog. Rezeption).⁴²

Auch das BVerfG geht somit seit jeher davon aus, dass das Grundgesetz für den Begriff „Steuer“ an die Definition in § 3 Abs. 1 AO anknüpft.⁴³ Danach sind Steuern „Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft“. Kennzeichnend für eine Steuer ist, dass sie *ohne* individuelle Gegenleistung und unabhängig von einem bestimmten Zweck zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben wird.⁴⁴ Im Unterschied dazu lassen sich Gebühren als öffentlich-rechtliche Geldleistungen verstehen, die aus Anlass *individuell zurechenbarer Leistungen* durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder eine sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und insbesondere dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistungen deren Kosten ganz oder teilweise zu decken oder deren Vorteil oder deren Wert auszugleichen.⁴⁵

Die Gebühr unterscheidet sich damit von der Steuer durch ihren Gegenleistungsbezug. Nach der Auffassung des *Ersten Senats* stellt die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte gerade eine *besondere staatliche Leistung* dar.⁴⁶ Der Mehraufwand sei – zumindest quantitativ – klar abgrenzbar von einem regulären Polizeieinsatz an Tagen ohne gefahrträchtige Veranstaltungen.⁴⁷

Nach diesen Maßstäben stelle die vorliegende Geldleistungspflicht keine Steuer, sondern eine Gebühr und somit eine nichtsteuerliche Abgabe dar. Im Gegensatz zu Steuern, deren Kompetenzgrundlagen in Art. 105 ff. GG geregelt sind, ergibt sich die Zuständigkeit für nichtsteuerliche Abgaben aus der jeweiligen Sachmaterie.⁴⁸ Für die allgemeine Gefahrenabwehr existiert keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung an den Bund; sie fällt traditionell in die Zuständigkeit der Länder.⁴⁹ Daher liegt die Gesetzgebungskompetenz für das allgemeine Polizeirecht – einschließlich des „Polizeikostenrechts“ – gem. Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern.

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

§ 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei auch materiell verfassungsgemäß.⁵⁰ Die Norm genüge als Berufsausübungsregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit.⁵¹ Das BVerfG

⁴¹ Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 214 m.w.N.

⁴² Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 214.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 60, mit Verweis auf BVerfGE 67, 256 (282); 93, 319 (346); 149, 222 (249).

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.2.1979 – 2 BvL 5/76, BVerfGE 50, 217 (225); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 60.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 61; Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, Kommentar, 276. Lfg., Stand: Oktober 2023, AO § 3 Rn. 276; Koenig, in: Koenig, Abgabenordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2024, § 3 Rn. 40; Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 270.

⁴⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 62.

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 62.

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 59; Tappe/Wernsmann, Öffentliches Finanzrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 276.

⁴⁹ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 24.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 63.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 63.

verzichtet hier im Einklang mit seiner jüngeren Rechtsprechungsentwicklung auf die Anwendung der „Drei-Stufen-Lehre“.⁵²

Vorliegend sei das legitime Ziel in der Herstellung von Lastengerechtigkeit zu sehen, indem die finanzielle Verantwortung dorthin verlagert werden soll, wo auch die wirtschaftlichen Gewinne anfallen.⁵³ Dadurch wird verhindert, dass die Mehrkosten allein von der Allgemeinheit getragen werden, und stattdessen sichergestellt, dass auch die (un-)mittelbaren wirtschaftlichen Nutznießer der Polizeieinsätze zur Finanzierung beitragen.⁵⁴

Das BVerfG stellt zudem klar, dass der Legitimität des mit § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG verfolgten Ziels kein verfassungsrechtlich verankertes generelles Verbot der Gebührenerhebung im Bereich der öffentlichen Sicherheit und/oder des staatlichen Gewaltmonopols entgegensteht.⁵⁵ Es existiere kein allgemeiner Grundsatz, wonach polizeiliche Sicherheitsvorsorge grundsätzlich kostenfrei bereitzustellen wäre.⁵⁶ Die Gefahrenabwehr sei keine staatliche Aufgabe, die zwingend ausschließlich aus Steuermitteln finanziert werden müsse.⁵⁷ Selbst wenn dies der Fall wäre, bestünde kein absolutes verfassungsrechtliches Verbot einer Gebührenpflicht, wie beispielsweise die als verfassungsrechtlich zulässig anerkannten Gerichtsgebühren belegen würden.⁵⁸

Die Gebührenpflicht sei zur Erreichung des Ziels auch geeignet und erforderlich.⁵⁹

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordert, dass der verfolgte Zweck und die zu erwartende Zielerreichung nicht in einem unangemessenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen.⁶⁰

Zwar könne die Gebühr eine beträchtliche Höhe erreichen und die Veranstalter finanziell stark belasten. Zudem liege das Gefahrenpotenzial eines Spiels teilweise außerhalb ihres Einflussbereichs, sodass sie nur begrenzt beeinflussen könnten, ob eine Gebühr erhoben wird.⁶¹ Allerdings würden sog. Hochrisikospiele, die erfahrungsgemäß ein erhöhtes Gefahrenpotenzial aufwiesen, gerade auch im Interesse der Veranstalter durchgeführt, da sie besonders publikumswirksam seien und hohe wirtschaftliche Erträge generierten.⁶² Dagegen abzuwägen sei das legitime Ziel, die wirtschaftlichen Nutznießer bzw. Veranlasser an den Kosten der Polizeieinsätze zu beteiligen.⁶³ Dieses diene dem wichtigen Gemeinwohlinteresse, die Allgemeinheit nicht mit den Mehrkosten umfangreicher Polizeieinsätze bei Hochrisikospiele zu belasten. Stattdessen sollen diese Kosten, die über den regulären Polizeiaufwand hinausgehen, von denjenigen getragen werden, die durch solche Veranstaltungen wirtschaftliche Gewinne erzielen. Eine gerechte Lastenverteilung sei essenziell für ein Gemeinwesen und den sozialen Frieden.⁶⁴

⁵² Lang, NJW 2025, 1013 (1014); Britz, JuS 2024, 905 (912).

⁵³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 69 f.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 69.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 71.

⁵⁶ Ebenso schon Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, Kommentar, 276. Lfg., Stand: Oktober 2023, AO § 3 Rn. 282; a.A. P. Kirchhof/G. Kirchhof, Das Recht auf unentgeltliche Sicherheit, 2020, S. 90 ff.; Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2017, S. 285.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 71.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 71; Braun, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung, 2009, S. 104.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 77 ff.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 81.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 83.

⁶² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 84.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 84.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 84.

Nach diesen Maßstäben stehe die Veranstaltungsgebühr in einem angemessenen Verhältnis zur damit verbundenen Einschränkung der Berufsfreiheit.⁶⁵ Weder fehle es ihr an einem materiellen Gegenleistungscharakter noch sei ihre Ausgestaltung unzumutbar.⁶⁶

(a) Materieller Gegenleistungscharakter

Im vorliegenden Fall werde die Gebühr insbesondere auch tatsächlich als Gegenleistung für eine individuell zurechenbare Leistung erhoben.⁶⁷ Die individuelle Zurechenbarkeit einer staatlichen Leistung rechtfertigt es, ausnahmsweise anstatt der Allgemeinheit einen Einzelnen zur Finanzierung einer öffentlichen Aufgabe heranzuziehen.⁶⁸

Nach der Rechtsprechung des BVerfG bedarf die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben mit Blick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) und zur Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen einer über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung.⁶⁹ Für eine Gebührenerhebung muss daher gerade eine besondere Beziehung zwischen der kostenverursachenden Amtshandlung und dem Gebührenschuldner bestehen, die es erlaubt, die Verwaltungstätigkeit und deren Kosten individuell zuzurechnen und sodann aufzuerlegen.⁷⁰ Für die erforderliche individuelle Zurechnung kann einerseits an die Verursachung der besonderen staatlichen Leistung angeknüpft werden (Veranlasserprinzip).⁷¹ Andererseits kommt als Legitimationsgrund für eine Gebühr die Vorteilsabschöpfung in Betracht, also der Ausgleich des dem Einzelnen durch die besondere Amtshandlung erwachsenen Vorteils (Vorteilsprinzip).⁷² Danach kann der Nutznießer staatlicher Maßnahmen zum Kostenersatz verpflichtet werden, damit wenigstens ein Teil der für den Schutz der Großveranstaltung entstehenden staatlichen Ausgaben durch den Begünstigten übernommen wird.⁷³

(b) Individuelle Zurechenbarkeit des polizeilichen Mehraufwands

Hieran gemessen bestehe ein hinreichendes Näheverhältnis der Gebührenpflichtigen zur öffentlichen Leistung, also dem polizeilichen Mehraufwand.⁷⁴ Die Zurechenbarkeit rechtfertigt sich dabei aus einer Gesamtschau mehrerer Gesichtspunkte, die überwiegend dem Veranlasserprinzip zuzuordnen seien.⁷⁵

Die Veranstalter würden durch die Durchführung einer Hochrisikoveranstaltung, bei der erfahrungsgemäß erhebliche Gewalthandlungen zu erwarten sind, eine deutlich gesteigerte staatliche Sicherheitsvorsorge auslösen, die ohne die Veranstaltung nicht erforderlich wäre.⁷⁶ Dadurch bean-

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 86.

⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 86.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 87.

⁶⁸ Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 194; *Wienbracke*, JuS 2019, 1070 (1072).

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88 = BVerfGE 93, 319 (342 f.); BVerfG, Urt. v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98 = BVerfGE 108, 1 (16 f.); BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01 = BVerfGE 123, 132 (141); BVerfG, Beschl. v. 6.11.2012 – 2 BvL 51/06 = BVerfGE 132, 334 (349 Rn. 48); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 66.

⁷⁰ *Leisner-Egensperger*, jM 2019, 290 (292).

⁷¹ *Vogel*, in: FS Geiger, 1989, S. 518 (533).

⁷² *Vogel*, in: FS Geiger, 1989, S. 518 (533); *Leisner-Egensperger*, jM 2019, 290 (292).

⁷³ *Leisner-Egensperger*, jM 2019, 290 (292); *Weill*, NVwZ 2018, 846 (852).

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 92.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 92.

⁷⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 94.

spruchen sie begrenzte öffentliche Ressourcen in außergewöhnlichem Maße und begründen ein Näheverhältnis zur staatlichen Leistung.⁷⁷

Dieses Näheverhältnis bestehe auch bei wertender Betrachtung, da der erhebliche Mehraufwand der Polizei klar abgrenzbar auf die Veranstaltung zurückzuführen sei und nicht von der Allgemeinheit verursacht werde (Aspekt der Veranlassung).⁷⁸ Die sicherheitsrechtliche Lage in einer Stadt, in der eine Hochrisikoveranstaltung durchgeführt wird, unterscheide sich deutlich von der Normalsituation.⁷⁹ So wurden im vorliegenden Fall für das betroffene Hochrisikospiele wesentlich mehr Polizeikräfte eingesetzt als bei regulären Spielen (Aspekt der „quantitativen Sondernutzung“). Die enge Verbindung zum kostenverursachenden polizeilichen Mehraufwand ergebe sich auch aus der besonderen Gefahrträchtigkeit von Hochrisikoveranstaltungen, die zu einer übermäßigen Bindung begrenzter öffentlicher Ressourcen führe.⁸⁰ Insbesondere bei Hochrisikospiele sei der zusätzliche Polizeieinsatz aufgrund der erhöhten Sicherheitsrisiken nachvollziehbar und durch langjährige Erfahrungen belegt.⁸¹

Weiterhin würden die von § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG erfassten staatlichen Maßnahmen deshalb einen spezifischen Bezug zu den in der Vorschrift genannten Veranstaltungen besitzen, weil sie gerade deren Durchführung ermöglichen.⁸² Die Veranstalter seien objektiv, ohne es beantragt oder ausdrücklich erwünscht zu haben, Nutznießer dieser Bereitstellung von Polizeikräften.⁸³ Die hierdurch ermöglichte Risikominimierung komme ihnen zugute, weil sie ohne diese ihre Veranstaltung nicht oder zumindest nicht in der gewählten Form ausrichten könnten (Aspekt des Vorteils).⁸⁴

(c) Keine polizeirechtliche Verantwortlichkeit erforderlich

Die individuelle Zurechnung setze auch nicht die polizeiliche Verantwortlichkeit der Veranstalter voraus. Das Grundgesetz kennt keinen entsprechenden Grundsatz, der es geböte, Polizeikosten nur Störern oder solchen Personen aufzuerlegen, die nach den Vorschriften des Polizeigesetzes anstelle der Störer in Anspruch genommen werden können oder die sich rechtswidrig verhalten.⁸⁵

(d) Keine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch Dritte

Ferner bleibe die gebührenrechtliche Zurechenbarkeit des polizeilichen Mehraufwands selbst dann bestehen, wenn dieser auf dem eigenverantwortlichen, möglicherweise rechtswidrigen Handeln Dritter beruht.⁸⁶ Ein vorsätzliches Dazwischentreten Dritter unterbreche die Zurechnung nicht, sofern die Veranstaltung – wie im vorliegenden Fall der Hochrisikospiele – in Kenntnis ihrer Gefahrträchtigkeit durchgeführt wird.⁸⁷ Die erhöhte Sicherheitsvorsorge bleibe den Veranstaltern zurechenbar, da die Bereitstellung von Polizeikräften gerade auch der Durchführung der Hochrisikoveranstaltung diene.⁸⁸

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 94.

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 96.

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 97.

⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 98.

⁸¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 98.

⁸² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 99.

⁸³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 99.

⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 99.

⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 101.

⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 102.

⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 102.

⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 102.

(e) Bestimmtheitsgebot und Normenklarheit

Nach der Auffassung des *Ersten Senats* genügt § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG zudem dem Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit.⁸⁹ Dieses Gebot erfordere zum einen eine effektive Begrenzung der Befugnisse der Verwaltung, eine explizite Handlungsanleitung für die Verwaltung sowie die Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte (Bestimmtheit).⁹⁰ Zum anderen verlange es die Vorhersehbarkeit von Eingriffen für den Bürger (Normenklarheit).⁹¹ Das Bestimmtheitsgebot fordert im Bereich des Gebühren- und Beitragsrechts eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regelungsdichte, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt.⁹²

Die in der Verfassungsbeschwerde bezeichneten Merkmale auf Tatbestands- und Rechtsfolgen-seite werfen nach Auffassung des *Ersten Senats* keine Auslegungsprobleme auf, die nicht mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden könnten.⁹³ Auch der Umstand, dass die Gebührenhöhe von den Veranstaltern selbst im Voraus nicht genau berechnet werden konnte, ändere hieran nichts. Das Bestimmtheitsgebot verlange nicht, dass sich aus den Regelungen zur Bemessung der Gebühr vorab deren exakte Höhe ermitteln lässt.⁹⁴ Den Veranstaltern seien mithilfe der konkretisierenden Kostenverordnung und aufgrund der Daten des tatsächlichen Einsatzes die Bemessungsfaktoren für die Vorabberechnung der auf Kostendeckung ausgerichteten Veranstaltungsgebühr des § 4 Abs. 4 S. 2 BremGebBeitrG bekannt.⁹⁵ Auf diese Weise sei hinsichtlich der Berechnung der Mehrkosten von Hochrisikospiele eine angemessene Regelungsdichte erreicht, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließe.⁹⁶

b) Art. 3 Abs. 1 GG

Die Regelung des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei ferner mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.⁹⁷

aa) Ungleichbehandlung

Indem die Norm die Gebührenlast für die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte nicht allen Veranstaltern, sondern nur denjenigen auferlegt, die die in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG genannten Kriterien erfüllen, differenziere die Norm zwischen verschiedenen Gruppen.⁹⁸ Als Vergleichsgruppen kommen demnach nicht-kommerzielle Großveranstaltungen mit erfahrungsgemäß zu erwartenden Gewalt-handlungen sowie kommerzielle Veranstaltungen mit weniger als 5.000 Teilnehmern in Betracht.⁹⁹

⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 109 f.

⁹⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 110.

⁹¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 110.

⁹² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.5.2018 – 1 BvR 45/15 = BVerfGE 108, 186 (235 f.); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 112; *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, Kommentar, 276. Lfg., Stand: Oktober 2023, AO § 3 Rn. 283.

⁹³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 113.

⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 114.

⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 114.

⁹⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 114.

⁹⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 116.

⁹⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 118.

⁹⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 119 f.

bb) Rechtfertigung

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für Belastungen und Begünstigungen gleichermaßen.¹⁰⁰ Dabei verwehre Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch sachliche Gründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.¹⁰¹ Die verfassungsrechtliche Prüfung folgt dabei einem stufenlosen Maßstab, der sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientiert.¹⁰² Dessen konkrete Ausgestaltung und Grenzen lassen sich jedoch nicht abstrakt bestimmen, sondern ergeben sich aus den jeweiligen Sach- und Regelungsbereichen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen variieren die verfassungsrechtlichen Bindungen für den Gesetzgeber – sie können von einem bloßen Willkürverbot bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen.¹⁰³ Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem steigen die verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn die für die Differenzierung herangezogenen Merkmale für den Einzelnen nicht frei verfügbar sind oder eine Nähe zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverboten aufweisen.¹⁰⁴

Daran gemessen nimmt das BVerfG im vorliegenden Fall eine gelockerte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.¹⁰⁵ Zwar unterlägen Gebührentatbestände aufgrund des sie als Vorzugslast prägenden Ausgleichscharakters grundsätzlich keinen hohen Rechtfertigungsanforderungen.¹⁰⁶ Aufgrund der bestehenden Eingriffsintensität in die Berufsfreiheit bedürfe es für die hier maßgeblichen Ungleichbehandlungen allerdings nicht nur eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes. Vielmehr müsse der angestrebte Gemeinwohlgewinn in einem angemessenen Verhältnis zur damit verbundenen Ungleichbehandlung stehen.¹⁰⁷

(1) Gewinnorientierung

Nach Auffassung des Gerichts dienen die Differenzierungen gerade dazu, den mit der Regelung verfolgten Zweck zu realisieren.¹⁰⁸ Die finanzielle Belastung soll gezielt dorthin verlagert werden, wo die Gewinne erzielt werden und typischerweise vorhanden sind.¹⁰⁹ Durch die Anknüpfung an die Gewinnorientierung werde sichergestellt, dass die Betroffenen entsprechend ihres wirtschaftlichen Vorteils herangezogen werden. Da der Unterschied zwischen gewinnorientierten Veranstaltungen, die einen monetären Vorteil erzielen, und nicht gewinnorientierten Veranstaltungen so groß sei, sei es gerechtfertigt, Letztere von der Regelung auszunehmen.¹¹⁰

¹⁰⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 117.

¹⁰¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 117.

¹⁰² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 117.

¹⁰³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 117; zu Art. 3 GG in der Fallbearbeitung [Gentsch, ZJS 2010, 596](#).

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 117.

¹⁰⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 121.

¹⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 122.

¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 124.

¹⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 126.

¹⁰⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 126.

¹¹⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 126.

(2) Teilnehmeranzahl

Die Begrenzung auf Veranstaltungen mit mehr als 5.000 gleichzeitig anwesenden Personen diene dazu, nur solche Veranstaltungen zu erfassen, die auch tatsächlich einen erheblichen polizeilichen Mehraufwand erfordern.¹¹¹ Dieses Kriterium überschneide sich teilweise mit dem der besonderen Gefahrträchtigkeit und zielt darauf ab, lediglich solche Veranstaltungen zu erfassen, die eine administrativ und finanziell erhebliche Sonderbelastung der Sicherheitsbehörden verursachen.¹¹² Die Grenzziehung trage somit dem Zweck der Regelung Rechnung, ohne eine unverhältnismäßige Belastung zu schaffen.¹¹³

III. Einordnung und Würdigung

1. Kernaussagen

Das BVerfG präzisiert mit seinem Urteil die Maßstäbe für eine Gebührenerhebung im Bereich des Sicherheitsrechts und positioniert sich dabei zu grundlegenden rechtlichen Fragen, die zuvor teilweise heftig umstritten waren.¹¹⁴ So stellt es klar, dass der Staat nicht verpflichtet ist, die Gewährleistung öffentlicher Sicherheit ausnahmslos unentgeltlich zu erbringen.¹¹⁵ Auch im Bereich staatlicher Kernaufgaben – namentlich im Bereich der öffentlichen Sicherheitsvorsorge – existiert demnach kein generelles Verbot der Gebührenerhebung.¹¹⁶ Weiterhin besteht im vorliegenden Fall der Hochrisikospiele gerade ein für die Inanspruchnahme erforderliches hinreichendes Näheverhältnis der Veranstalter zur öffentlichen Leistung.¹¹⁷ Die Zurechenbarkeit rechtfertigt sich dabei aus einer Gesamtschau mehrerer Gesichtspunkte, die überwiegend dem Veranlasserprinzip zuzuordnen sind, wobei die individuelle Zurechnung nicht die polizeiliche Verantwortlichkeit der Veranstalter voraussetzt.¹¹⁸

2. Genauere Betrachtung des Veranlasserprinzips

Insbesondere unter dem Gesichtspunkt eines gebührenrechtlichen Veranlasserprinzips wäre eine Auseinandersetzung mit der Frage wünschenswert gewesen, ob dieses aufgrund des spezifisch normativen Zusammenhangs des Rechts der inneren Sicherheit und des Finanzverfassungsrechts in der vorliegenden Fallkonstellation einer restriktiven Auslegung bedarf.¹¹⁹ Das Veranlasserprinzip ist das umfassendste der Gebührenprinzipien und besagt in seiner weitesten Auslegung lediglich, dass die gebührenpflichtige Leistung durch ein Verhalten des Gebührenschuldners verursacht sein muss.¹²⁰ Im Grunde genügt die schlichte Verursachung der Leistung im Sinne einer reinen *conditio sine qua*

¹¹¹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 127.

¹¹² BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 127.

¹¹³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 127.

¹¹⁴ Meyer, NVwZ 2025, 411 (411).

¹¹⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 71.

¹¹⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 74.

¹¹⁷ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 92.

¹¹⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 92, 94, 101.

¹¹⁹ Zum spezifisch normativen Zusammenhang: *Leisner-Egensperger*, jM 2019, 290 (291).

¹²⁰ *Wahlen*, Polizeikostenerstattung kommerzieller Großveranstalter, 2008, S. 50.

non Formel.¹²¹ Dies dürfte bei Großveranstaltungen wie den Hochrisikospiele der Fußball-Bundesliga regelmäßig der Fall sein, da das Veranstaltungsereignis eine nicht hinwegdenkbare Bedingung für das polizeiliche Tätigwerden darstellt.¹²² Das würde bedeuten, dass bereits das bloße Abhalten einer Hochrisikoveranstaltung, die aufgrund der mit ihr einhergehenden Risiken für die öffentliche Sicherheit einen polizeilichen Mehraufwand erfordert, zu einer gebührenrechtlichen Verantwortlichkeit der Veranstalter führt. Jedoch bedarf die Gebühr als nichtsteuerliche Abgabe im Hinblick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung gerade einer *besonderen sachlichen Rechtfertigung*.¹²³ Will man eine Finanzierungsverantwortung der Veranstalter durch das Veranlasserprinzip konstruieren, so sind hieran grundsätzlich erhöhte, über eine rein formal-kausale Beziehung hinausgehende Anforderungen zu stellen.¹²⁴ Dies erfordert, dass die Veranstalter gerade eine besondere Verantwortlichkeit für den polizeilichen Mehraufwand trifft, die nach dem BVerfG „aus der Sache selbst ableitbar sein muss“.¹²⁵

Dies könnte bedeuten, dass im hier einschlägigen Bereich der öffentlichen Sicherheitsvorsorge die für eine Gebührenerhebung erforderliche besondere Verantwortlichkeit mit der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit korreliert. Deshalb sprachen sich in der Literatur wiederholt einige Stimmen dafür aus, den gebührenrechtlichen Veranlassermaßstab im Bereich der Gefahrenabwehr an den Wertungen des Polizeirechts auszurichten.¹²⁶ So wurde teilweise dafür plädiert, die Zurechnungskriterien des Polizeirechts unmittelbar anzuwenden; jedenfalls sei jedoch eine Gebührenerhebung nach dem Veranlasserprinzip in Fällen polizeirechtlicher Nichtverantwortlichkeit als unverhältnismäßig anzusehen.¹²⁷

a) Polizeirechtliche Verantwortlichkeit der Veranstalter?

Fraglich war somit, ob die Veranstalter polizeirechtlich für Ausschreitungen im Umfeld der Veranstaltung verantwortlich sind. Nach polizeirechtlicher Dogmatik gilt als Verhaltensstörer¹²⁸, wer unmittelbar eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verursacht.¹²⁹ Die Veranstalter selbst lösen jedoch keine Unruhen oder Ausschreitungen im öffentlichen Raum aus.¹³⁰ Vielmehr sind sie als potenziell „Gestörte“ anzusehen, die durch polizeiliches Handeln in der Ausübung ihrer grundrecht-

¹²¹ Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 193; Braun, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung, 2009, S. 264.

¹²² Vgl. Heise, NVwZ 2015, 262 (264).

¹²³ BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88 = BVerfGE 93, 319 (342 f.); BVerfG, Urt. v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98 = BVerfGE 108, 1 (16 f.); BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01 = BVerfGE 123, 132 (141); BVerfG, Beschl. v. 6.11.2012 – 2 BvL 51/06 = BVerfGE 132, 334 (349 Rn. 48); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 66.

¹²⁴ Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 195.

¹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 12.10.1994 – 1 BvL 19/90 = BVerfGE 91, 207 (223); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 89 (Hervorhebungen im Original?).

¹²⁶ Vgl. Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2017, S. 151 f.; Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 195 m.w.N.

¹²⁷ Leisner-Egensperger, jM 2019, 290 (292); Heise, NVwZ 2015, 262 (264); Braun, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung, 2009, S. 183; Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2017, S. 152; Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 195 m.w.N.

¹²⁸ Vgl. die Bestimmungen in den jeweiligen Landesgesetzen, z.B. Art. 7 BayPAG; § 4 PolG NRW; § 6 NPOG; § 5 BremPolG.

¹²⁹ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 314; Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, 3. Aufl. 2025, § 4 Rn. 226.

¹³⁰ So auch Schiffbauer, NVwZ 2014, 1282 (1283).

lich geschützten Tätigkeit geschützt werden.¹³¹ Allerdings könnte eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit der Veranstalter möglicherweise über die Figur des sog. *Zweckveranlassers* begründet werden.

Danach kann auch derjenige als Störer im polizeirechtlichen Sinne qualifiziert werden, der sich zwar selbst ordnungsrechtlich neutral verhält, aber dadurch ein gefahrverursachendes Verhalten Dritter unmittelbar auslöst.¹³² Umstritten ist, wie beim sog. *Zweckveranlasser* der Zusammenhang zu bestimmen ist, der die polizeirechtliche Verantwortlichkeit begründet. Nach der subjektiven Theorie müsste der Veranstalter beabsichtigen oder zumindest billigend in Kauf nehmen, dass andere Personen unmittelbar zu einem gefahrverursachenden Verhalten veranlasst werden.¹³³ Die objektive Theorie fordert hingegen eine derart enge Verbindung zwischen dem Verhalten des „Hintermanns“ und der tatsächlichen Gefahrenverursachung, dass Veranlassung und Erfolg eine typische Einheit bilden.¹³⁴

Auf subjektiver Seite lässt sich weder nachweisen noch unterstellen, dass Veranstalter Hochrisikoveranstaltungen mit der Absicht durchführen, Gefahren hervorzurufen oder Anreize für gewalttätige Eskalationen zu schaffen. Im Gegenteil: Die DFL und die Vereine der Fußball-Bundesliga investieren erhebliche Ressourcen in Sicherheitsmaßnahmen, um Störungen zu vermeiden. Sie haben selbst ein großes Interesse an einem reibungslosen und sicheren Ablauf ihrer Veranstaltungen.

Auch aus objektiver Sicht ergibt sich kein anderes Ergebnis. Das bloße Ausrichten einer Hochrisikoveranstaltung führt nicht zwangsläufig zu Ausschreitungen oder Gefahren für die öffentliche Sicherheit. Dies zeigt auch der vorliegende Fall: Am Spieltag selbst verlief der Gesamteinsatz insgesamt reibungslos. Vielmehr sind es wenige gewaltbereite Individuen, die diese Veranstaltungen für ihre eigenen Zwecke instrumentalisieren – sei es durch Auseinandersetzungen im räumlichen Umfeld der Veranstaltung oder innerhalb des Stadions.

Die Veranstalter sind somit keine Störer im polizeirechtlichen Sinne, sodass nach einigen Stimmen in der Literatur auch eine gebührenrechtliche Inanspruchnahme unter Heranziehung des Veranstalterprinzips ausscheiden müsste.¹³⁵

b) Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

Nach der Auffassung des BVerfG kommt es vorliegend auch im Rahmen des Veranstalterprinzips auf eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit der Veranstalter nicht entscheidend an. Zwar begnügt es sich mit der etwas nüchternen Feststellung, dass die Veranstalter den polizeilichen Mehraufwand veranlassen, ohne notwendigerweise Zweckveranlasser im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne sein zu müssen.¹³⁶ Gleichwohl überzeugt die Auffassung des Gerichts. Das Grundgesetz kennt in der Tat keinen Grundsatz, der es geböte, Polizeikosten nur Störern oder solchen Personen aufzuerlegen, die nach den Vorschriften des Polizeigesetzes anstelle der Störer in Anspruch genommen werden kön-

¹³¹ P. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 119 Rn. 34; Buchberger, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Kap. L Rn. 147.

¹³² Schoch, Jura 2009, 360 (361); Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, 3. Aufl. 2025, § 4 Rn. 228.

¹³³ Selmer, JuS 1992, 97 (99 f.); Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 316 f.

¹³⁴ Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, 3. Aufl. 2025, § 4 Rn. 228; Schoch, Jura 2009, 360 (363); Beutel, Wirtschaftlich vorteilhafte Gefahrenverursachung, 2014, S. 164.

¹³⁵ Heise, NVwZ 2015, 262 (264); Leisner-Egensperger, jM 2019, 290 (292); Braun, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung, 2009, S. 183; P. Kirchhof/G. Kirchhof, Das Recht auf unentgeltliche Sicherheit, 2020, S. 38 f.; Leines, Die Kostentragung für Polizeieinsätze anlässlich von Fußballspielen, 2017, S. 168 f.; Mayer, Polizeikosten im Profifußball, 2018, S. 195.

¹³⁶ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 94.

nen oder die sich rechtswidrig verhalten.¹³⁷ Bei dem Gebührenrecht einerseits und dem Polizeirecht andererseits handelt es sich um voneinander unabhängige Rechtsräume, die sich maßgeblich durch ihre jeweiligen Zweckrichtungen unterscheiden.¹³⁸

Anders als beim polizei(kosten)rechtlichen Ansatz, der auf polizeirechtlicher Primärebene unter dem bestimmenden Gesichtspunkt effektiver Gefahrenabwehr zuvorderst die Gefahrenzurechnung zum Gegenstand hat, zielt die gebührenrechtliche Zurechnungsfrage unter dem Aspekt gerechter Lastenverteilung auf die individuelle Verantwortlichkeit und/oder Vorteilhaftigkeit in Bezug auf die polizeilichen Leistungen zur Abwehr eben dieser Gefahren ab.¹³⁹ Dass das Polizeirecht einerseits und das Gebührenrecht andererseits unterschiedliche Ziele verfolgen, ergibt sich auch bei einer wertenden Betrachtung. Während das Polizeirecht im Rahmen der effektiven Gefahrenabwehr darauf abzielt, einen konkreten Störer zu individualisieren, setzt das Gebührenrecht das Individuum stets in Relation zur Allgemeinheit und untersucht, warum die Finanzierungsverantwortung gerade dieses konkrete Individuum und nicht die Allgemeinheit treffen soll. Dafür bedarf es gerade einer hinreichenden Nähebeziehung zur besonderen staatlichen Leistung.

In der vorliegenden Fallkonstellation besteht ein solches Näheverhältnis zwischen der Veranstaltung und dem polizeilichen Mehraufwand. Der zusätzliche Mehraufwand entsteht nicht zufällig, sondern ist unmittelbar auf die Veranstaltung zurückzuführen. Im Kern geht es um die übermäßige Inanspruchnahme und somit Bindung nur begrenzt vorhandener staatlicher Ressourcen zur Durchführung gewinnbringender Veranstaltungen.¹⁴⁰ Das dadurch zum Ausdruck kommende besondere Näheverhältnis grenzt die Veranstalter entscheidend von der Allgemeinheit ab und rechtfertigt es, die Kosten für den polizeilichen Mehraufwand nicht aus allgemeinen steuerlichen Mitteln zu finanzieren, sondern gerade den Veranstaltern aufzuerlegen.

Die Sichtweise des BVerfG führt im Ergebnis dazu, dass das Veranlasserprinzip auch im gefahrenabwehrrechtlichen Kontext weit verstanden wird und für den Fall der Hochrisikospiele das zentrale Zurechnungskriterium abbildet.¹⁴¹ Gleichwohl führt dies über den Bereich der Hochrisikospiele hinaus nicht zu einer unbegrenzten Ausweitung der Möglichkeit, für die Wahrnehmung staatlicher Kernaufgaben – insbesondere die öffentliche Sicherheitsvorsorge – Gebühren zu erheben. Die Entscheidung bezieht sich ausdrücklich auf den besonderen Fall der Hochrisikospiele und ist durch sachliche Kriterien wie die Gewinnorientierung, das erfahrungsgemäß erhöhte Gewaltpotenzial sowie den zusätzlich erforderlichen polizeilichen Mehraufwand klar begrenzt.¹⁴²

3. Vorteilsprinzip

Darüber hinaus stellt das BVerfG zur Begründung der individuellen Zurechnung zwar auch auf den durch die Risikominimierung vermittelten individuellen Vorteil für die Veranstalter ab („Vorteilsprinzip“), misst diesem Argument jedoch eine lediglich unterstützende Rolle bei.¹⁴³ Dem Vorteilsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass diejenigen, die aus einer besonderen staatlichen Leistung wirtschaftlichen Nutzen ziehen, diesen teilweise im Wege der Vorteilsabschöpfung an den Staat weiter-

¹³⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 101.

¹³⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 101.

¹³⁹ Heise, NVwZ 2015, 262 (264).

¹⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 98.

¹⁴¹ Deshalb kritisch [Koch, Verfassungsblog v. 24.1.2025](#) (2.5.2025).

¹⁴² Vgl. Lang, NJW 2025, 1013 (1016).

¹⁴³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 92: „[...] aus Gesamtschau mehrerer Gesichtspunkte, die überwiegend dem Veranlasserprinzip zuzuordnen sind“; BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 99: „[...] besitzen weiter deshalb einen spezifischen Bezug [...]“.

geben müssen.¹⁴⁴ Wie das BVerfG zutreffend ausführt, sind die Veranstalter objektiv, ohne dies beantragt oder ausdrücklich gewünscht zu haben, Nutznießer der Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte.¹⁴⁵ Denn unabhängig davon, ob die polizeilichen Maßnahmen auf dem Veranstaltungsgelände oder im Vor- und Nachgang der Veranstaltung im öffentlichen Raum stattfinden, dürfte feststehen: Ohne den zusätzlichen Polizeiaufwand am Tag der Veranstaltung könnte diese kaum geregelt ablaufen.¹⁴⁶ Das Verkehrsnetz wäre überlastet, die Besucher gelangten nicht oder nur unter großem Aufwand zur Veranstaltung bzw. nach Hause.¹⁴⁷ Durch die Polizeikräfte wird die Großveranstaltung in Gänze ermöglicht und das Risiko reduziert, dass ihre Durchführung in chaotische Zustände verfällt.¹⁴⁸ Ohne eine Gefahreineinhegung könnten die Spiele wegen Ausmaß und Schwere der drohenden Schäden gegebenenfalls nicht zugelassen werden.¹⁴⁹ Die polizeilichen Maßnahmen dienen unzweifelhaft dem geregelten Ablauf und setzen mitunter eine Ursache für den (wirtschaftlichen) Erfolg der Veranstaltung.

Im Ergebnis wäre es wohl schon ausreichend gewesen, für die Begründung der individuellen Zurechenbarkeit allein das Vorteilsprinzip heranzuziehen, da die besondere Nähebeziehung hier ohne weiteres in dem Sondervorteil gesehen werden kann, der den Veranstaltern aus der Bereitstellung des zusätzlichen Polizeiaufwands erwächst und sie entscheidend von der Allgemeinheit abgrenzt. Im Bereich des Vorteilsprinzips hätte sich auch die Frage nach der Determination¹⁵⁰ durch polizeirechtliche Wertungen nicht gestellt; eine Vorteilsabschöpfung ist dem Polizeirecht systematisch fremd.

Allerdings dürfte feststehen: Die Veranstalter stehen dem Polizeieinsatz jedenfalls näher als die Allgemeinheit¹⁵¹, sei es durch „Veranlassung“ der besonderen staatlichen Leistung und/oder individuelle „Begünstigung“. Damit liegt es im politischen Gestaltungsspielraum des sachlich hierfür zuständigen Landesgesetzgebers sowie des von ihm ermächtigten Verordnungsgebers, darüber zu befinden, ob für eine amtliche Leistung Gebühren erhoben werden.¹⁵²

IV. Ausblick

Abschließend stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Entscheidung des BVerfG auf andere Veranstaltungen hat, insbesondere auch solche, die der Ausübung ideeller Freiheitsgrundrechte wie Art. 5 Abs. 1 GG oder Art. 8 Abs. 1 GG dienen. Das BVerfG konstatiert in seiner Entscheidung, dass die Gebührentatbestände aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne den Freiheitsgebrauch nicht unzumutbar beeinträchtigen dürfen.¹⁵³ Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Gebühr von dem Gebrauch der grundrechtlich geschützten Freiheit abschrecken, diese unzumutbar erschweren würde oder in sonstiger Weise erdrosselnde Wirkung hätte.¹⁵⁴

¹⁴⁴ Koch, Verfassungsblog v. 24.1.2025 (2.5.2025).

¹⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 99.

¹⁴⁶ Vgl. Konrath, StudZR – WissOn 2016, 162 (173).

¹⁴⁷ Konrath, StudZR – WissOn 2016, 162 (173).

¹⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 100.

¹⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 100.

¹⁵⁰ Zum Begriff der „Determinations“ Braun, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung, 2009, S. 273.

¹⁵¹ Vgl. Leisner-Egensperger, jM 2019, 290 (295).

¹⁵² Leisner-Egensperger, jM 2019, 290 (295).

¹⁵³ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 107.

¹⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 107; zur erdrosselnden Wirkung Wernsmann, NJW 2006, 1169 (1172 ff.).

Wenngleich dies eine Gebührenerhebung über den Anwendungsfall der Hochrisikospiele hinaus nicht generell ausschließt, kommt eine solche nur in sehr eng definierten Ausnahmefällen in Betracht. Grund dafür ist einerseits, dass das BVerfG in Anlehnung an die Bremer Gebührenregelung die Gebührenerhebung schon durch die sachlichen Kriterien der Gewinnorientierung, des zusätzlich erforderlichen Mehraufwands und der Gefahrträchtigkeit deutlich begrenzt (siehe oben).¹⁵⁵ Gerade angesichts des Merkmals des erfahrungsgemäß erhöhten Gewaltpotenzials dürfte eine Gebührenerhebung für Großveranstaltungen wie Festivals, Volksfeste und Weihnachtsmärkte in aller Regel ausscheiden. Andererseits ist im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Veranstaltungen, die im Zusammenhang mit den angesprochenen, ideellen Grundrechten stehen, der hohe Stellenwert dieser Freiheitsgrundrechte für die freiheitliche demokratische Grundordnung¹⁵⁶ in besonderem Maße zugunsten der Veranstalter zu berücksichtigen.¹⁵⁷

Überdies liegt ein wesentlicher Grund dafür, dass solche Veranstaltungen (auch weiterhin) keiner Gebührenerhebung unterliegen, in der unterschiedlichen Art und Weise, wie sich die Begünstigung beim Veranstalter auswirkt. Während Versammlungen i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG typischerweise Belange der Allgemeinheit betreffen, adressiert Art. 12 Abs. 1 GG eher partikulare Interessen.¹⁵⁸ Die Bereitstellung zusätzlicher Polizeikräfte verschafft den Veranstaltern der Hochrisikospiele gerade einen konkret-individuellen – vor allem wirtschaftlichen – Vorteil. Bei (nicht-kommerziellen) Veranstaltungen, die der Ausübung ideeller Freiheitsgrundrechte dienen, wird hingegen im Regelfall kein vergleichbarer, abschöpfbarer Vorteil vorhanden sein.

Eine absolute Zumutbarkeitsgrenze ist schließlich (auch bei kommerziellen Hochrisikoveranstaltungen) erreicht, wenn die Ausübung der Grundrechte aufgrund der – von der finanziellen Belastung ausgehenden – erdrosselnden Wirkung faktisch unmöglich wird.¹⁵⁹ Eine Gebühr, die faktisch auf das Verbot einer Veranstaltung abzielt, ist nicht nur unverhältnismäßig, sondern verstößt auch gegen das Gebot der Normenwahrheit.¹⁶⁰

Es bleibt abzuwarten, wie die künftige (rechts-)politische Entwicklung aussehen wird. Wie auch das BVerfG betont hat, sagt das Urteil nichts darüber aus, ob eine Gebühr – wie sie in § 4 Abs. 4 Brem-GebBeitrG vorgesehen ist – politisch klug, vernünftig oder gar wünschenswert ist. Auch wenn eine Gebührenerhebung in der Gesellschaft überwiegend auf Zustimmung trifft, obliegt es nun der politischen Entscheidung der Landesgesetzgeber, ob sie dem Beispiel Bremens folgen wollen.¹⁶¹ Werden entsprechende Gebührentatbestände in das Landesrecht aufgenommen, sind weitere Rechtsstreitigkeiten mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, nur dann nicht mehr wegen des „Ob“ der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, sondern in Bezug auf die Ausgestaltung des konkreten Gebührenbescheids, sei es, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, sei es, ob die Rechtsfolge – also insbesondere die Gebührenhöhe – ordnungsgemäß gewählt wurde.

¹⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 108, 126; *Lang*, NJW 2025, 1013 (1016).

¹⁵⁶ Zur freiheitlich demokratischen Grundordnung jüngst *Barczak*, JuS 2025, 97.

¹⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81 = BVerfGE 69, 315 (343 f.); BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 = BVerfGE 93, 266 (292 f.); *Braun*, Die Finanzierung polizeilicher Aufgabenwahrnehmung, 2009, S. 112 ff.; *Habermann*, Gebühren für Gefahrenabwehr, 2011, S. 324 ff.; *P. Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 119 Rn. 34.

¹⁵⁸ *Koch, Verfassungsblog v. 24.1.2025* (2.5.2025).

¹⁵⁹ Vgl. *Lang*, NJW 2025, 1013 (1016).

¹⁶⁰ Zur Normenwahrheit *Wernsmann*, NVwZ 2024, 694 (696).

¹⁶¹ *WDR-Umfrage: Bundesliga-Clubs sollen sich an Polizei-Kosten bei Risikospiele teilnehmen* (3.7.2025).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24¹

Die Verwirklichung eines Qualifikationstatbestands zwischen Vollendung und Beendigung

1. Eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist auch zwischen Vollendung und Beendigung der Raubtat möglich.
2. Erforderlich ist jedoch, dass der Täter das gefährliche Werkzeug zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes zur weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht und in diesem Abschnitt der Tat insbesondere zur Beutesicherung eingesetzt hat.

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 252

Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. (Athen), Vaduz,
Ref. iur. Christoph Bauch, B.A., Frankfurt a.M.*

I. Einführung

Der Begriff der „Tatbeendigung“ beschreibt die zeitliche Phase nach der Vollendung einer Straftat – d.h. dem Zeitpunkt, zu dem erstmals sämtliche gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind² – bis zum tatsächlichen Abschluss des Tatgeschehens und dem Ende des Angriffs auf das geschützte Rechtsgut.³ Die Tat gilt als beendet, wenn das Tatgeschehen seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat.⁴ Ob ein solches Beendigungsstadium überhaupt existiert, hängt vom Aufbau des jeweiligen Straftatbestandes ab; nicht jedes Delikt kennt eine solche Phase.⁵

Besonders bedeutsam ist die Tatbeendigung bei den Delikten des Diebstahls (§ 242 StGB) und des Raubs (§ 249 StGB). Dies gilt insbesondere für den Qualifikationstatbestand des § 250 StGB, der regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist und auch in Klausuren sowie Hausarbeiten immer wieder besondere Relevanz besitzt.⁶ Dies gilt umso mehr, als durch die Verweisungsnormen der §§ 252, 255 StGB – mit der Formulierung „gleich einem Räuber zu bestrafen“ – sowohl der räuberische Diebstahl als auch die räuberische Erpressung über § 250 StGB zu einem „schweren Raub“

* Die Autorin *Papathanasiou* ist Inhaberin der Professur für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung an der Universität Liechtenstein; der Autor *Bauch* studierte Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und ist Teilnehmer des Executive Master of Laws (LL.M.) im Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Liechtenstein.

¹ Die **Entscheidung** ist veröffentlicht in BeckRS 2024, 26327.

² Zu den Verwirklichungsstufen des Vorsatzdelikts *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 33 Rn. 7 ff.

³ Vgl. *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2019, 970 (970); *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 33 Rn. 13.

⁴ *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 33 Rn. 13.

⁵ *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2019, 970 (970); *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 33 Rn. 13, mit dem Beispiel, dass bei einem Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB und bei einem einzelnen Stich mit einem Messer (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) der Erfolgseintritt und zugleich die Beendigung der Tat zusammenfallen.

⁶ *Geppert*, *Jura* 1999, 599 (599); *Kiworr*, *JuS* 2018, 424 (424).

qualifiziert werden können. Nach allgemeiner Meinung gilt dabei jedenfalls der Zeitraum vom Versuchsbeginn bis zur Vollendung als qualifikationsgeeignete Phase.⁷ Dagegen ist eine Qualifikation im bloßen Vorbereitungsstadium ausgeschlossen.⁸

Der Täter⁹ oder ein anderer Tatbeteiligter verwirklicht gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB den Qualifikationstatbestand, wenn er *bei der Tat* eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet. Umstritten ist, ob eine solche „Verwendung“ auch dann noch vorliegt, wenn sie *nach Vollendung*, jedoch *vor Beendigung* der Tat erfolgt.¹⁰ Kernfrage ist somit die Möglichkeit einer sog. „sukzessiven Qualifikation“.¹¹

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) hat sich bereits im Jahr 1965 zu dieser Frage geäußert und entschieden, dass die Verwirklichung qualifizierender Umstände auch zwischen Vollendung und Beendigung der Tat möglich ist.¹² Lediglich ein kleiner Teil des Schrifttums hat sich dieser Auffassung angeschlossen.¹³ Die herrschende Lehre hingegen lehnt dies entschieden ab.¹⁴

Zuletzt hat sich der 4. Strafsenat des BGH mit Urteil vom 12.9.2024 erneut mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt.¹⁵ Die Entscheidung ist von *hoher Prüfungsrelevanz*, da die zugrundeliegenden Delikte (§§ 249 ff. StGB) regelmäßig in Klausuren behandelt und klassische Standardprobleme – etwa zum Umgang mit Scheinwaffen¹⁶ – üblicherweise auch mit Fragestellungen des Allgemeinen Teils¹⁷ verbunden werden.¹⁸

II. Sachverhalt¹⁹

Der Angeklagte (A) wollte mit zwei weiteren Beteiligten ein Juweliergeschäft überfallen und hochpreisige Uhren erbeuten. Der zwischen ihnen gefasste Tatplan sah vor, dass A und ein Mittäter mithilfe einer Axt, mit der sie die Schaufenster zerschlagen wollten, die Uhren wegnehmen. Der gesondert Verfolgte (B) sollte am Eingang des Geschäfts den Tatort sichern und für die Dauer des Überfalls überwachen. Zur späteren Beutesicherung sollte er Reizgas – ggf. auch gegen Personen – einsetzen. Die Beteiligten gingen davon aus, dass der „starke körperliche Einsatz beim Benutzen der Axt“ sie

⁷ Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 44; Wessels/Hillenkamp/Schur, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 278; Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 250 Rn. 54.

⁸ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 21; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 44 m.w.N.; Wessels/Hillenkamp/Schur, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 278.

⁹ Zur besseren Lesbarkeit wird nachfolgend das generische Maskulinum verwendet.

¹⁰ Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 250 Rn. 54.

¹¹ Vgl. Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 2a.

¹² BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 13 f.; BGH, Beschl. v. 11.10.2017 – 4 StR 322/17 = NStZ 2018, 148 (148); BGH, Urt. v. 6.4.1965 – 1 StR 73/65 = NJW 1965, 1235.

¹³ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, § 244 Rn. 18, 26; Schmidt, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 7.

¹⁴ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 2a; Wessels/Hillenkamp/Schur, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 278; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 49, § 8 Rn. 41; Kühl, in: FS Roxin, 2001, S. 665 (683 ff.); Geilen, Jura 1979, 222 (277).

¹⁵ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327.

¹⁶ Dazu Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 250 Rn. 56.

¹⁷ Beispielhaft seien an dieser Stelle Probleme aus der Beteiligungslehre genannt.

¹⁸ Selbst geringfügige Abwandlungen des Sachverhalts bereichern die Auseinandersetzung mit den einschlägigen Delikten; vgl. Kudlich, JA 2024, 1042 (1044).

¹⁹ Der Sachverhalt wird hier aus didaktischen Gründen vereinfacht wiedergegeben; hierzu im Original BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 3 ff.

derart bedrohlich wirken lassen werde, dass anzutreffende Personen im Verkaufsraum eingeschüchtert und ein Dazwischentreten unterlassen würden.

Kurz vor Geschäftsöffnung legte die Filialleiterin (F) hochpreisige Uhren in besonders gesicherte Schaufenstern im Eingangsbereich. Als sie und eine Verkäuferin Kunden bedienten, betraten die Täter das Geschäft. A und sein Mittäter zerstörten plangemäß mit einer aus dem Rucksack geholten Axt mehrere Schaufenster und entnahmen Uhren im Gesamtwert von 15.508,45€, die sie in ihre Rucksäcke steckten. Einer der Täter schrie „Raus!“, woraufhin sich Kunden und Mitarbeiter, beeindruckt „durch die Wucht des Überfalls, der aufgewendeten rohen Zerstörungskraft der Täter und aus Sorge um sich“, in angrenzende Räume zurückzogen.

Nach etwa 55 Sekunden verließen die Täter das Geschäft und ließen dabei die Axt zurück, während B – wie geplant – mehrfach und in verschiedene Richtungen Reizgas versprühte, um eine Verfolgung zu verhindern. Kurze Zeit später kamen die geflüchteten Mitarbeiter und Kunden mit dem versprühten Reizgas in Kontakt, das zu Atembeschwerden und Reizungen der Augen führte.

III. Entscheidung des Gerichts

Der 4. *Strafsenat* des BGH hatte über Revisionen sowohl der Verteidigung als auch der Staatsanwaltschaft zu entscheiden. Neben Aspekten der Einziehung²⁰ und der Sicherungsverwahrung²¹ wurde insbesondere die Frage nach der strafrechtlichen Bewertung des Raubgeschehens erörtert. Der *Senat* unterschied dabei zwei Zeitpunkten:

- (1) Das Mitführen einer Axt und des Reizgases sowie die (konkludente) Drohung mit Gewalt gegen die Mitarbeiter und Kunden, um die hochpreisigen Uhren in ihre mitgeführten Rucksäcke zu verbringen;
- (2) Der spätere Einsatz des Reizgases zur Beutesicherung.

Im Zeitpunkt (1) wurde der Tatbestand des schweren Raubes nach §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB als erfüllt angesehen.²² Die Voraussetzungen der Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB sah der *Senat* zu diesem Zeitpunkt hingegen nicht als gegeben an. Den Urteilsgründen der Vorinstanz könne nämlich nicht eindeutig entnommen werden, dass die Drohungen auch einen gegen die Mitarbeiter oder Kunden gerichteten Einsatz der Axt umfasst hätten.²³ Der *Einsatz des Reizgases* – vom *Senat* als gefährliches Werkzeug klassifiziert – erfolgte vielmehr *nach der Vollendung der Wegnahme*.²⁴

Somit ist der Zeitpunkt (2) für die Überprüfung des Qualifikationsmerkmals des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB maßgeblich:

„Unter Tathergang ist nicht nur die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bis zur Vollendung des Raubes zu verstehen, sondern das gesamte Geschehen bis zu dessen tatsächlicher Beendigung“.²⁵

²⁰ Dazu BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 16 ff.

²¹ Dazu BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 20 ff.

²² BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 13.

²³ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 13.

²⁴ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 13.

²⁵ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14.

Insbesondere befand der *Senat*, dass die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs auch in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung tatbestandlich relevant sei.²⁶ Voraussetzung sei jedoch, dass der Einsatz der Sicherung der Beute diene und mithin der weiteren Verwirklichung der Zueignungsabsicht.²⁷ Diese Voraussetzungen sah der *Senat* im vorliegenden Fall als erfüllt an.²⁸

IV. Streitstand und Umgang in Prüfungsleistungen

Vor einer Auseinandersetzung mit der sukzessiven Qualifikation sollte bei Prüfungsleistungen auf Folgendes eingegangen werden:

- Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) aufgrund gemeinsamen Tatplans und bei gegenseitiger Zurechnung einzelner Tathandlungen.
- Sofern entsprechende Tatbestände nach dem Bearbeitungsvermerk nicht ausgeschlossen sind: Sachbeschädigung (§ 303 StGB) wegen der Zerstörung der Schaufenster und gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 StGB) durch das Versprühen von Reizgas.²⁹
- Wegnahmeproblematik: insbesondere, ob bereits durch das Einstecken der Uhren eine neue Gewahrsamsenkclave entstanden ist.³⁰
- Präzise Subsumtion des erforderlichen Nötigungsmittels i.S.d. § 249 StGB, der eine qualifizierte Nötigung verlangt³¹: Dieses liegt hier nicht in der Zerstörung von Schaufenstern. Erst der Schrei („Raus“) eines der Täter und Reaktionen in Gestalt des Fortbewegens der Tatopfer („durch die Wucht des Überfalls, der aufgewendeten rohen Zerstörungskraft der Täter und aus Sorge um sich“) stellen die erforderliche (konkludente) Drohung für eine qualifizierte Nötigung dar.³²

Hinsichtlich der möglichen Verwirklichung der Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB bietet sich eine Auseinandersetzung hinsichtlich der Axt an. Allerdings sind zumindest in dem vorliegenden Sachverhalt zu wenige Informationen darüber gegeben, ob schon zu Beginn der Täterhandlung mit der mitgeführten Axt gedroht wurde.³³ Es stellt sich vielmehr die Frage, ob der Einsatz des Reizgases die Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt. Das Reizgas stellt – sofern es eingesetzt wird – unstreitig ein gefährliches Werkzeug dar.³⁴ Problematisch ist jedoch die zeitliche Komponente – konkret die Frage, ob von einer „Verwendung bei der Tat“ gesprochen werden kann, wenn das Versprühen des Reizgases erst zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem die Wegnahme bereits vollendet war.³⁵ Entscheidende Bedeutung kommt hierbei der sog. *Gewahrsamsenkclave* zu: Nur wenn durch das Ein-

²⁶ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14; mit Verweis unter anderem auf BGH, Beschl. v. 31.7.2019 – 5 StR 345/19 = BeckRS 2019, 21209 Rn. 4; BGH, Beschl. v. 1.10.2013 – 3 StR 299/13, Rn. 7; BGH, Urt. v. 6.4.1965 – 1 StR 73/65 = NJW 1965, 1235.

²⁷ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14; mit Verweis auf BGH, Urt. v. 25.3.2009 – 5 StR 31/09 = BGHSt 53, 234 (236).

²⁸ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14.

²⁹ Hierzu vgl. bereits *Kudlich*, JA 2024, 1042 (1043).

³⁰ Dazu *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 56, 72.

³¹ Eine Einwirkung auf Sachen genügt insoweit nicht; dazu *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn.19.

³² Hierzu vgl. bereits *Kudlich*, JA 2024, 1042 (1043).

³³ Hierzu mit weiteren Nachweisen *Kudlich*, JA 2024, 1042 (1043).

³⁴ Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB siehe *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 28.

³⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 4, 13. Diese Problematik stellt sich auch bei § 244 StGB.

stecken der Uhren in die mitgeführten Rucksäcke neuer Gewahrsam begründet wurde, ist die Wegnahme vollendet. Ohne eine solche Gewahrsamsenklaue läge noch keine Vollendung vor, sodass sich das Problem der sukzessiven Qualifikation nicht stelle.

Nach der Rechtsprechung,³⁶ die auf das Jahr 1965 zurückgeht, und Teilen der Literatur³⁷ ist – so wie oben dargestellt – in dem Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung eine Verwirklichung qualifizierender Umstände möglich. Demnach wird das Merkmal „bei der Tat [...] verwenden“ dahingehend extensiv ausgelegt, dass der Täter die Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug „zu irgendeinem Zeitpunkt des Tathergangs zur Verfügung gestanden hat.“³⁸ Dabei wird unter „Tathergang“ das gesamte Geschehen bis zur tatsächlichen Beendigung verstanden, sodass auch die zeitliche Phase nach der Vollendung bis zur (tatsächlichen) Beendigung umfasst sei.³⁹ Das tragende Argument dieser Ansicht ist die vom Täter (Räuber) ausgehende Gefährlichkeit. Insofern könne es danach keinen qualitativen Unterschied machen, ob der Täter eine Waffe (bzw. ein gefährliches Werkzeug) bei der Wegnahme selbst – also bis zur Vollendung – oder erst „bei der mit der Wegnahme in örtlichen und zeitlichen Zusammenhang stehenden weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht mit sich“⁴⁰ verwendet.⁴¹ So lasse sich keine ausreichende Begründung erkennen, „einen sich den Fluchtweg freischießenden Täter besser zu stellen als einen, der die Schußwaffe zur Wegnahme einsetzt“.⁴² Ferner wird argumentiert, dass sich der Vollendungszeitpunkt regelmäßig nicht genau bestimmen lasse, da dieser und die Beendigungsphase häufig nahtlos ineinander übergingen.⁴³ Eine exakte Abgrenzung sei somit nicht möglich.⁴⁴

Die überwiegende Meinung in der Literatur übt erhebliche Kritik an dieser Auffassung.⁴⁵ Erstens spreche der Wortlaut des § 250 StGB („bei der Tat“) gegen die Annahme, dass qualifizierende Umstände auch in der Phase zwischen Vollendung und tatsächlicher Beendigung der Tat verwirklicht werden können.⁴⁶ Zweitens sei die Zeitspanne bis zur Beendigung unbestimmt; insbesondere sei der Begriff der Beendigung inhaltlich unscharf und schwer abgrenzbar.⁴⁷ Drittens führe eine Ausdehnung der Tatbestandsverwirklichung auf die Phase nach der Vollendung zu einer unter dem Gesichtspunkt

³⁶ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 13 f.; BGH, Beschl. v. 31.7.2019 – 5 StR 345/19 = BeckRS 2019, 21209 Rn. 4; BGH, Beschl. v. 11.10.2017 – 4 StR 322/17 = NSTZ 2018, 148 (148); BGH, Beschl. v. 8.7.2008 – 3 StR 229/08 = BeckRS 2008, 16664 Rn. 3; BGH, Urt. v. 6.4.1965 – 1 StR 73/65 = NJW 1965, 1235 (1236).

³⁷ Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 44; Haft, JuS 1988, 364 (367 f.); Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 10.

³⁸ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14; BGH, Beschl. v. 8.7.2008 – 3 StR 229/08 = BeckRS 2008, 16664 Rn. 3.

³⁹ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14; BGH, Beschl. v. 8.7.2008 – 3 StR 229/08 = BeckRS 2008, 16664 Rn. 3; BGH, Urt. v. 6.4.1965 – 1 StR 73/65 = NJW 1965, 1235 (1236).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 6.4.1965 – 1 StR 73/65 = NJW 1965, 1235 (1236).

⁴¹ Vgl. auch Rönau/Wegner, JuS 2019, 970 (972).

⁴² So zu § 251 StGB BGH, Urt. v. 15.5.1992 – 3 StR 535/91 = NJW 1992, 2103 (2103).

⁴³ Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 10.

⁴⁴ Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 10.

⁴⁵ Die Darstellung erfolgt hier lediglich auszugsweise; siehe u.a. Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 34 f.; Wessels/Hillenkamp/Schur, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 278; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 49, § 8 Rn. 41; Kühl, in: FS Roxin, 2001, S. 665 (683 ff.); Geilen, Jura 1979, 222 (277); Bachmann/Goeck, Jura 2012, 133 (133 f.).

⁴⁶ Bachmann/Goeck, Jura 2012, 133 (133); Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 251 Rn. 11. Dieses kritische Argument fügt sich auch systematisch in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs ein: Nach § 8 S. 1 StGB kommt es auf die konkrete Tathandlung an, die zur Vollendung des Tatbestandes führt (hier: Gewahrsamsbruch). Eine Übersicht über die in der Literatur vertretenen Argumente findet sich auch bei Kühl, in: FS Roxin, 2001, S. 665 (683 ff.).

⁴⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 49; Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 35; Schünemann, JA 1980, 393 (394).

des Art. 103 Abs. 2 GG unzulässigen Erweiterung des Straftatbestandes über die eigentliche Tathandlung der Wegnahme hinaus.⁴⁸ Viertens gebiete die hohe (Mindest-)Strafandrohung des § 250 StGB (und des § 251 StGB), dass die Normen restriktiv ausgelegt werden müssen.⁴⁹ Fünftens greife auch das Argument der vergleichbaren Gefährlichkeit der Rechtsprechung nicht durch, da der Grund für die Anhebung des Strafmaßes durch eine Verwirklichung des § 250 StGB nicht auf einer gesteigerten Gefährlichkeit des Täters, sondern auf der Tat selbst beruhe.⁵⁰

Als sechstes und abschließendes Argument, das von vielen Autoren als besonders gewichtig angesehen wird, wird auf die Existenz des Tatbestands des räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB verwiesen.⁵¹ Diese Norm stellt für eine Berücksichtigung qualifizierender Umstände im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung besondere Voraussetzungen auf – insbesondere die Betroffenheit auf frischer Tat und die Absicht zur Besitzerhaltung –, diese würden von der Rechtsprechung jedoch faktisch umgangen.⁵²

Rechtsprechung und Teile der Literatur wenden hingegen ein, dass die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG durch die weite Auslegung des § 250 StGB konsequenterweise auch zur Verfassungswidrigkeit des räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB führen müsste – insbesondere, weil es vom Zufall abhänge, wann die Tatbeendigung (Wegnahme) vorlege.⁵³ Zudem dürfe der systematische Vergleich im Verhältnis zu § 252 StGB nicht überbewertet werden: Zum einen sei nicht in jeder qualifizierten Beendigungskonstellation eine Verwirklichung des räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB anzunehmen – nicht immer lägen eine Betroffenheit auf frischer Tat und die Absicht der Besitzerhaltung vor –; zum anderen handle es sich um ein Konkurrenzproblem, das auf derselben Ebene gelöst werden könne.⁵⁴

Weiterhin stellt sich nach Ansicht der Rechtsprechung und Teilen der Literatur die Frage, ob ein bloßer örtlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Grunddelikt und der Qualifikation in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung bereits für eine Strafbarkeit nach § 250 StGB ausreiche.⁵⁵ Der BGH verneint dies in jüngerer Zeit ausdrücklich: Die Qualifikation sei nur verwirklicht, wenn die Handlung in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung der (weiteren) Verwirklichung der Beutesicherungs-, Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht diene.⁵⁶ Diese Auffassung wird in der besprochenen Entscheidung bestätigt.⁵⁷ Durch das Erfordernis einer solchen subjektiven

⁴⁸ Rengier, NStZ 1992, 590 (590); Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 49; Schönemann, JA 1980, 393 (394); Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 35; Bachmann/Goeck, Jura 2012, 133 (133).

⁴⁹ Nestler, JR 2010, 100 (101); dazu auch Habetha, NJW 2010, 3133 (3135).

⁵⁰ Nestler, JR 2010, 100 (106); Bachmann/Goeck, Jura 2012, 133 (134).

⁵¹ So als einer von vielen Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 35 und Rengier, NStZ 1992, 590 (590).

⁵² Wessels/Hillenkamp/Schur, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, Rn. 278; Nestler, JR 2010, 100 (103); Bachmann/Goeck, Jura 2012, 133 (134); Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 35; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 49.

⁵³ Vgl. Bosch, in: Tübinger Kommentar, *Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 10.

⁵⁴ Vgl. Maier, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 46; Bosch, in: Tübinger Kommentar, *Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 11; zur Konkurrenzebene BGH, Urt. v. 18.4.2002 – 3 StR 52/02 = NStZ 2002, 542 (544).

⁵⁵ Hierzu ausführlich Bachmann/Goeck, Jura 2012, 133 (134).

⁵⁶ BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14; BGH, Beschl. v. 1.10.2013 – 3 StR 299/13 = BeckRS 2013, 19681 Rn. 7; BGH, Beschl. v. 28.9.2011 – 4 StR 403/11 = BeckRS 2011, 25179 Rn. 4. Zust. Bosch, in: Tübinger Kommentar, *Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 250 Rn. 10; Maier, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 47.

⁵⁷ Siehe BGH, Urt. v. 12.9.2024 – 4 StR 23/24 = BeckRS 2024, 26327 Rn. 14 (mit Verweis auf BGH, Urt. v. 25.3.2009 – 5 StR 31/09 = BGHSt 53, 234 [236]).

Restriktion greift diese Auffassung die von der überwiegenden Literatur geäußerten systematischen Bedenken im Hinblick auf § 252 StGB auf und nähert sich deren Position an.⁵⁸

V. Zusammenfassung

Es ist festzuhalten, dass der 4. Strafsenat des BGH die Rechtsprechung zur sukzessiven Qualifikation weiter gefestigt hat. Für die Klausurbearbeitung sollten die wesentlichen Argumente dieses häufig auftretenden Problems bekannt sein und in die Lösung einfließen. Das Problem ist im Rahmen der Prüfung der Qualifikation anzusprechen und dort ausführlich darzustellen; regelmäßig ist in diesem Zusammenhang auch der Meinungsstreit zu entscheiden. Für welche Auffassung sich der Prüfling letztlich entscheidet, ist – jedenfalls im Rahmen der Ersten Staatsexamens – zweitrangig, solange die Argumentation in sich stimmig und gut begründet ist.

⁵⁸ Siehe bereits *Rönnau/Wegner*, JuS 2019, 970 (972); *Habetha*, NJW 2010, 3133 (3135 f.), hält dagegen, dass hierdurch die „Defizite“ der Rechtsprechung dennoch nicht ausgeglichen würden.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 4.3.2024 – 3 StR 551/24¹

Kein Versuch bei vorzeitigem Tataabbruch vor Angriffsbeginn

Bricht ein Täter sein Vorhaben vor dem unmittelbaren Ansetzen zur Ausführungshandlung ab, liegt kein strafbarer Versuch (§ 22 StGB), sondern lediglich eine straflose Vorbereitung oder gegebenenfalls eine Verabredung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 StGB) vor – selbst dann, wenn bereits konkrete Vorkehrungen am Tatort getroffen wurden.

(Leitsatz des *Verf.*)

StGB § 22

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau*

I. Einleitung

Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch gehört zu den zentralen Fragen des Strafrechts. Insbesondere bei geplanten Gewaltdelikten, die vor der eigentlichen Tatausführung aufgegeben werden, ist die Bestimmung des „unmittelbaren Ansetzens“ i.S.d. § 22 StGB – allein wegen der hohen Strafrahmen – von entscheidender Bedeutung. In einer aktuellen Entscheidung konkretisiert der BGH die Anforderungen an den Versuchsbeginn und stellt klar, dass auch eine weit fortgeschrittene Tatausführung – wie Kontaktaufnahme mit dem Opfer und Anreise zum Tatort – nicht automatisch ein unmittelbares Ansetzen begründet.

Bemerkenswert ist das Urteil auch deshalb, weil es sich gegen eine oftmals bei den Instanzgerichten zu beobachtende Tendenz stellt, den Versuchsbeginn eher großzügig zu bejahen. Das Landgericht hatte diese Linie verfolgt und die Schwelle zur Strafbarkeit frühzeitig als überschritten angesehen – zu Unrecht, wie der BGH als Revisionsinstanz entschieden hat.

II. Sachverhalt

M und E planten gemeinschaftlich, Personen unter einem Vorwand an abgelegene Orte zu locken, um sie dort zu überfallen und ihnen Bargeld zu rauben. Zu diesem Zweck inserierte E, entsprechend dem gemeinsamen Tatplan, auf der Online-Plattform „mobile.de“ unter falschen Personalien einen BMW mit angeblichem Motorschaden für 15.000 Euro. Die Anzeige sollte potenzielle Kaufinteressenten ansprechen, die mit Bargeld zur Besichtigung erscheinen würden.

Ein Interessent meldete sich auf die Anzeige hin telefonisch bei E, woraufhin dieser ihn zu einer abgelegenen Adresse bestellte. M und E reisten mit einem zuvor angemieteten Fluchtfahrzeug zum Treffpunkt. Nach ihrem Plan sollte E das Opfer mit Pfefferspray angreifen, sobald dieses am Treff-

* Der *Verf.* ist Professor für Strafrecht an der Universität Passau, zudem Inhaber einer Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht sowie Gastprofessor an der Bahçeşehir Universität in Istanbul. Außerdem ist er als Strafverteidiger tätig.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2025, 13109.

punkt erscheine, und M sollte sich in unmittelbarer Nähe bereithalten, um bei Bedarf unterstützend einzugreifen. Der Überfall sollte unmittelbar nach Kontaktaufnahme mit dem Opfer erfolgen.

Zum verabredeten Zeitpunkt erschienen jedoch unerwartet zwei Männer in einem Fahrzeug, das keinen Autotransportanhänger mitführte. M und E beobachteten die Ankunft und schätzten die Lage neu ein. Da zwei statt einer Person erschienen waren, äußerten sie Bedenken, ob der Überfall wie geplant durchführbar sei. Hinzu kam die Unsicherheit, ob die Männer tatsächlich Kaufinteressenten seien und ob sie überhaupt Bargeld mitführten. Aus diesen Gründen brachen M und E ihr Vorhaben ab.

E wurde von einem der Männer angesprochen, leugnete jedoch jede Verbindung zu dem inserierten Fahrzeug. M trat hinzu und verwies die Männer auf Werkstätten in der Nähe. Anschließend entfernten sich M und E mit dem Fluchtfahrzeug vom Ort.

Das Landgericht hat die Tat als versuchten besonders schweren Raub in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung gewürdigt und unter Anwendung des Strafrahmens aus § 250 Abs. 2 StGB Einzelfreiheitsstrafen von fünf Jahren und zwei Monaten (M) beziehungsweise fünf Jahren und vier Monaten (E) verhängt. Eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB hat die Strafkammer für M und E abgelehnt und dabei ausgeführt, dass „eine enorme Nähe zur Tatvollendung“ gegeben sei. Der BGH hob das Urteil im Hinblick auf die Versuchstrafbarkeit auf und verwies die Sache zurück an eine andere Strafkammer des Landgerichts.

III. Allgemeines zum strafbaren Versuch (§ 22 StGB) – insbesondere zum unmittelbaren Ansetzen

1. Versuchsaufbau

Der Versuchsaufbau richtet sich im Wesentlichen nach § 22 StGB. Für den subjektiven Tatbestand ist – historisch bedingt – der Begriff „Tatentschluss“ gebräuchlich.² Der objektive Tatbestand erfordert das „unmittelbare Ansetzen“ zur Verwirklichung des Delikts.

a) In einer Klausur beginnt die Prüfung üblicherweise mit der Feststellung, dass die Tat nicht vollendet ist und der Versuch strafbar ist. Bei Verbrechen lautet die Formulierung z.B.:

„A lebt noch, weshalb die Tat nicht vollendet ist. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des Totschlags (§§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB).“

Bei Vergehen etwa:

„A hat keinen neuen Gewahrsam begründet, weshalb die Tat nicht vollendet ist. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 242 Abs. 2 StGB.“

b) Anschließend sind die Merkmale des § 22 StGB zu prüfen: Der Versuchstäter muss sich erstens die Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale beim vollendeten Delikt vorstellen („Tatentschluss“). Maßgeblich ist seine Vorstellung von den tatsächlichen Umständen, die den Tatbestand

² Für die Klausur ist empfehlenswert, die (übliche) Bezeichnung „Tatentschluss“ allein der Überschrift oder einem Klammerzusatz vorzubehalten und sonst mit dem geltenden Gesetzestext zu arbeiten: „A müsste sich vorgestellt haben, einen Menschen zu töten“; siehe dazu *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 752.

erfüllen würden. Er braucht also vollen Vorsatz sowie – soweit deliktsspezifisch vorhanden – besondere subjektive Unrechtsmerkmale. Der einzige Unterschied zum vollendeten Vorsatzdelikt: Der Täter muss nicht tatsächlich richtig liegen. Während § 16 Abs. 1 StGB „Kenntnis“ verlangt, reicht in § 22 StGB die bloße „Vorstellung“. Das ist sprachlich bewusst differenziert.³

c) Die bloße „böse“ Vorstellung genügt nicht für eine Strafbarkeit. Es braucht zusätzlich das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung – die zweite zentrale Voraussetzung des Versuchs. Diese Schwelle ist nicht rein objektiv zu bestimmen. § 22 StGB koppelt das unmittelbare Ansetzen an die Tätervorstellung: Er muss „nach seiner Vorstellung von der Tat“ unmittelbar zur Verwirklichung ansetzen.

2. Prüfschema

Aus dem Gesagten ergibt sich folgendes Prüfschema:⁴

Nichtvollendung und Strafbarkeit des Versuchs

- I. Tatbestand
 1. Tatentschluss
 2. Unmittelbares Ansetzen
- II. Rechtswidrigkeit und Schuld
- III. Ggf. (kein) Rücktritt gem. § 24 StGB
- IV. Fakultative Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 und Abs. 3 StGB

3. Speziell: unmittelbares Ansetzen

In der Entscheidung des BGH geht es im Kern um das unmittelbare Ansetzen zum Versuch. Dazu vorab einige grundsätzliche Anmerkungen:

Die Grenze zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch lässt sich nicht rein objektiv bestimmen. § 22 StGB knüpft das unmittelbare Ansetzen an die Vorstellung des Täters: Er muss *nach seiner Vorstellung* zur Tat unmittelbar ansetzen. Es handelt sich also um ein objektiv-subjektives Mischmerkmal. Diesen Aspekt kann man nicht deutlich genug betonen – gerade, weil viele Studenten sich blind auf scheinbar klare Aufbauschemata verlassen, die den Versuch in einen „subjektiven“ und einen „objektiven Tatbestand“ aufspalten. Das ist zwar grundsätzlich nicht falsch, führt aber in der Praxis oft zu groben Fehlern.

Was sich der Täter zum Versuchsbeginn vorstellt, ist einerseits so lange irrelevant, wie seine Vorstellung nicht mit denjenigen Kriterien übereinstimmt, die den Versuchsbeginn objektiv näher bestimmen.⁵ Wer etwa glaubt, unmittelbar zum Tötungsversuch anzusetzen, wenn er sein Vorhaben in seinem Tagebuch notiert, der setzt nach den (von Rechtsprechung und Literatur) entwickelten Maßstäben nicht unmittelbar an. Wer sich andererseits irrig Umstände vorstellt, die nach den von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Maßstäben als unmittelbares Ansetzen gelten, der setzt unmittelbar an, mag auch die eigentliche Tatbestandsverwirklichung noch gar nicht in Sicht sein.⁶

³ Siehe *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1125.

⁴ *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 749.

⁵ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 15 Rn. 77.

⁶ Wäre es anders, gäbe es keine untauglichen Versuche, weil deren Untauglichkeit allein daraus resultiert, dass es objektiv an einer Rechtsgutsgefährdung fehlt.

Wann genau jemand unmittelbar zu einem Versuch ansetzt, dazu haben sich schon viele kluge Köpfe Gedanken gemacht. Nicht immer ist dabei etwas herausgekommen, mit dem sich wirklich etwas anfangen lässt. Als unbrauchbar erweist sich etwa, die Bejahung eines Versuchs daran zu orientieren, ob „der Verbrechensvorsatz die Feuerprobe der kritischen Situation bestanden“⁷ oder ob der Täter „subjektiv die Schwelle zum ‚Jetzt geht es los‘ überschritten“⁸ habe. Beide Umschreibungen eignen sich nicht für eine überzeugende Subsumtion.⁹ Nichtsdestotrotz greift vor allem der BGH gern auf die zuletzt genannte Formulierung zurück. Allerdings kombiniert er sie mit weiteren Kriterien. So heißt es etwa:

„Das Versuchsstadium erstreckt sich [...] auf Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.“¹⁰

Als Indiz für das Überschreiten der Versuchsschwelle wertet der BGH in einigen Entscheidungen auch, ob es nach der Vorstellung des Täters bereits zu einer konkreten Gefährdung des Rechtsguts gekommen ist.¹¹

Wer eine Versuchsstrafbarkeit prüfen will, muss diese Umschreibung kennen. Es reicht allerdings auch, sich die entscheidenden Kriterien einzuprägen: den räumlich-zeitlichen Zusammenhang, etwaige (wesentliche) Zwischenakte und die Gefährdung des Rechtsguts. Diese Gesichtspunkte lassen sich in der Argumentation gezielt und sinnvoll einsetzen.

In der Strafrechtswissenschaft wird etwa darauf abgestellt,

- ob das Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet ist („Gefährdungstheorie“),¹²
- ob der Täter nach seiner Vorstellung eine unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung schafft, die Tatbestandsverwirklichung m.a.W. sekundennah, wahrhaft „unmittelbar“ bevorsteht („Unmittelbarkeitstheorie“)¹³,

⁷ Bockelmann, JZ 1954, 468 (473); zustimmend Otto, NJW 1976, 578 (579).

⁸ BGHSt 26, 201 (203); 28, 162 (163); BGH NStZ 2008, 465 (466); dazu Hardtung, NStZ 2003, 261 (262).

⁹ Ausführlich dazu Putzke, JuS 2009, 985 (986).

¹⁰ BGH NStZ 2001, 415 (416); BGH NJW 2002, 1057; ähnlich BGHSt 48, 34 (35 f.) = NJW 2003, 150 (152 f.); BGHSt 40, 257 (268) = NJW 1995, 204 (206); BGH NStZ 2008, 209; BGH NStZ 2008, 409 (410); dazu Miebach/Feilcke, NStZ 2007, 496 (497 f.).

¹¹ Vgl. BGHSt 40, 257 (269) = NJW 1995, 204 (206); BGHSt 43, 177 (180) = NStZ 1998, 241 (242); BGH NJW 2002, 1057.

¹² Vgl. Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 22 Rn. 31, 42; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 18 Rn. 30, 38 ff.; alle Theorien kumulativ heranziehend Kaspar, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 23 ff.

¹³ So Herzberg/Putzke, in: FS Szwarc, 2009, S. 215 ff.; grundlegend dazu Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 124 ff.; Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 10.

- ob der Täter eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert ist und im Falle des ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll („Zwischenaktstheorie“)¹⁴ oder
- ob es nach der Vorstellung des Täters zwischen dem Verhalten und der Tatbestandsverwirklichung einen engen zeitlichen Zusammenhang gibt und der Täter auf die Opfer- oder Tatbestandssphäre einwirkt („Sphärentheorie“ oder „konkretisierte Teilaktstheorie“).¹⁵

Wer im Studium einen juristischen Sachverhalt in einer Klausur zu bearbeiten hat, sollte – jedenfalls nicht in einer gutachterlichen Prüfung in einer Juraklausur – angesichts der vielen unterschiedlichen Ansätze keinen Meinungsstreit ausfechten. Vielmehr kann er es wie der BGH machen, der alle Kriterien – manchmal kumulativ – aufgreift und damit gewissermaßen Schöpfer und Vertreter einer „Vereinigungslehre“ ist. Folgende Formulierung empfiehlt sich für eine Klausur:

A müsste nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Dies ist zu bejahen, wenn er subjektiv die „Schwelle zum ‚Jetzt geht es los‘“ überschritten hat, was dann der Fall ist, wenn nach seiner Vorstellung bis zur Tatbestandsverwirklichung keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sind (sog. Zwischenaktstheorie) oder sich – nach seiner Vorstellung – das Rechtsgut in unmittelbarer Gefahr befindet (Gefährdungstheorie). [...]

Die allgemeinen Maßstäbe sind damit umrissen. Wie diese im konkreten Fall angewendet werden und ob die Entscheidung des Gerichts sich überzeugend in diesen Rahmen einfügt, ist nun Gegenstand der folgenden Analyse.

IV. Darstellung der Entscheidung

Der BGH hob den Freispruch des Landgerichts teilweise auf, weil dessen rechtliche Würdigung nicht tragfähig sei. Insbesondere genügten die Feststellungen des Landgerichts nicht, um ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch i.S.d. § 22 StGB zu bejahen. Wörtlich heißt es dazu:

„Die Würdigung des Landgerichts hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Die getroffenen Feststellungen belegen nicht, dass die Angeklagten die Schwelle zum Versuch überschritten. Dies versteht sich angesichts der Gesamtumstände auch nicht von selbst.“¹⁶

Der BGH stellt klar, dass das Versuchsstadium nicht bereits mit bloßen Vorbereitungshandlungen beginne. Entscheidend sei, ob der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Dies bedeutet:

¹⁴ Grundlegend *Rudolphi*, JuS 1973, 20 (23 ff.); *Hardtung*, NSTZ 2003, 261 (262); wohl auch *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 31 Rn. 18; *Valerius/Ruppert*, Examenskurs Strafrecht, 2023, § 10 Rn. 21 ff.; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, § 42 Rn. 1219 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 34 Rn. 21 ff.

¹⁵ Siehe *Roxin*, in: FS Herzberg, 2008, S. 341 (347 ff.) m.w.N.; ebenso etwa *Jäger*, Examensrepetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, Rn. 442; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25/68 f.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 86 f.

¹⁶ BGH BeckRS 2025, 13109 Rn. 8 – auch zu den folgenden Zitaten.

„Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Dafür ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden, die mithin – aus der Sicht des Täters – das geschützte Rechtsgut in eine konkrete Gefahr bringen.“

In diesem Zusammenhang betont der 3. *Strafsenat* erneut die gefestigte Rechtsprechung:

„Dementsprechend erstreckt sich das Versuchsstadium auf Handlungen, die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.“

Diese Maßstäbe seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. M und E hätten zwar verschiedene Vorbereitungshandlungen unternommen, etwa das Anlocken des Opfers und das Bereitstellen eines Fahrzeugs, jedoch lasse das Urteil offen, ob sich das Opfer bereits in unmittelbarer Nähe befand oder ob es weiterer Zwischenschritte bedurft hätte. Wörtlich heißt es dazu:

„Hieran gemessen können die Aktivitäten der Angeklagten lediglich Vorbereitungshandlungen gewesen sein, die den Tatbestand der Verabredung eines Verbrechens erfüllen mögen (§ 30 Abs. 2 StGB), nicht aber dessen Versuch. Denn nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen bleiben die zeitlichen und räumlichen Verhältnisse sowie das Vorstellungsbild der Angeklagten letztlich unklar.“

Insbesondere sei zu wenig dazu festgestellt worden, wie weit das potenzielle Opfer dem geplanten Überfallort bereits genähert war und ob es nach dem Tatplan der Angeklagten überhaupt schon in die Gefahrenzone geraten war. Auch in subjektiver Hinsicht sei unklar geblieben, ob E bereits zur Tatausführung entschlossen war. Der BGH führt aus:

„So bleibt unklar, ob E. nach seiner Vorstellung zum Zeitpunkt des Abbruchs bereits die Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschritten hatte. Dagegen spricht, dass er durchgehend mit M. telefonierte, für einen sofortigen Angriff also offenbar noch nicht präpariert war.“

Zudem sei bemerkenswert, dass E nicht sicher wusste, wer von den beiden Männern überhaupt das Ziel des Überfalls sein sollte. Dies spreche dafür, dass eine Entscheidung zur konkreten Tatausführung noch ausstand.

Die Einschätzung des Landgerichts, wonach keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich gewesen seien, weist der BGH mit deutlicher Kritik zurück:

„Soweit das Landgericht die Kontaktaufnahme des einen Mannes mit E. als Beleg dafür angeführt hat, dass es ‚nach dem Plan der Angeklagten ... in diesem Moment keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte geben‘ sollte, mithin die Schwelle zum ‚jetzt geht’s los‘ bereits überschritten war [...],

hat es verkannt, dass die Angeklagten ihren Tatplan verworfen hatten, bevor der Interessent E. ansprach.“

Insgesamt macht der BGH deutlich, dass die Schwelle zum Versuch in dieser Situation weder objektiv noch subjektiv überschritten worden sei. Damit lag – soweit feststellbar – keine Versuchsstrafbarkeit vor, wohl aber möglicherweise eine Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 StGB.

V. Abschließende Bewertung der Entscheidung

Zu Recht überspringt der BGH die Frage, ob E und M überhaupt schon den nötigen „Tatentschluss“ hatten. Dem bloß zur Tat Geneigten soll nämlich – so die übliche Sicht – der „unbedingte Handlungswille“ und also die „Vorstellung von der Tatbestandsverwirklichung“ fehlen. Das kann man mit guten Gründen infrage stellen.¹⁷ Denn auch bei einer bloßen Tagneigung lässt sich ja die „Vorstellung von der Tatbestandsverwirklichung“ schon bejahen. Richtig ist, dieses „Problem“ beim unmittelbaren Ansetzen zu verorten, nämlich den bei bloßer Tatneigung fehlenden nötigen „Willensimpuls“ als fehlenden notwendigen Zwischenakt festzustellen.

Zutreffend ist der „unbedingte Handlungswille“ keine eigenständige Voraussetzung im Rahmen der Tätervorstellung zur Tatbestandsverwirklichung. Vielmehr ist dieses Merkmal integraler Bestandteil der Prüfung, ob der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. Maßgeblich ist dabei, wie nah und wahrscheinlich der entscheidende Ausführungsschritt aus Tätersicht bereits war.

Bezogen auf das unmittelbare Ansetzen betritt der BGH mit seiner Entscheidung kein Neuland, sondern orientiert sich an den von der Rechtsprechung üblicherweise herangezogenen Grundsätzen zum unmittelbaren Ansetzen. Der 3. *Strafsenat* stellt klar, dass weder bloße Vorbereitungshandlungen noch ein allgemeiner Tatentschluss genügen, um das Versuchsstadium zu eröffnen. Entscheidend ist, ob der Täter nach seiner Vorstellung die Schwelle zur Tatbestandsverwirklichung überschritten hat, und zwar so, dass sein Tun – auf Basis seiner Vorstellung (!) – im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Rechtsgutsverletzung führen soll oder das Rechtsgut unmittelbar gefährdet.

Der BGH betont zu Recht: Die Kriterien (keine Zwischenakte, räumlich-zeitlicher Zusammenhang, unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts) dürfen nicht isoliert betrachtet werden, sondern sind stets im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Einzelfalls zusammenzuführen. Diese Gesamtschau schützt davor, einzelne Indizien überzubewerten oder vorschnell eine strafbare Handlung anzunehmen, wo lediglich Tatgeneignheit oder Planung vorlag.

Für die strafrechtliche Praxis – insbesondere für die Verteidigung – ergibt sich daraus eine klare Linie: In Fällen, in denen die Schwelle zum Versuch in Rede steht, sollte systematisch herausgearbeitet werden, welche Zwischenschritte nach der Vorstellung des Mandanten noch offen waren und welche Distanz zwischen Planung und Ausführung bestand. Hätte es noch eines zusätzlichen Willensimpulses bedurft, um das Rechtsgut in unmittelbare Gefahr zu bringen? Bei mehreren Beteiligten ist zudem zu prüfen, ob wirklich einer von ihnen bereits zur Ausführungshandlung angesetzt hat und ob dieses Ansetzen den anderen überhaupt zugerechnet werden kann. Denn obwohl Mittäter (auf Basis der Gesamtbetrachtungslehre)¹⁸ grundsätzlich gemeinsam ins Versuchsstadium eintreten,

¹⁷ Siehe *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1143.

¹⁸ BGH BeckRS 2025, 13109 Rn. 8: „Mittäter treten einheitlich in das Versuchsstadium ein, sobald einer von ihnen zur tatbestandlichen Ausführungshandlung ansetzt.“

setzt dies ein eindeutiges Verhalten voraus, welches die Schwelle objektiv und subjektiv überschreitet.

Für Studenten gilt: Wer in einer Klausur die Versuchsstrafbarkeit prüft, sollte sich nicht vorschnell auf schematische Formeln wie das Überschreiten der Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ verlassen. Diese Formel hat als „Aufhänger“ zwar ihren Platz, trägt aber nur im Zusammenhang mit „echten“ Kriterien und den konkreten Umständen des Falles dem Tatbestandmerkmal des unmittelbaren Ansetzens Rechnung. Entscheidend ist die saubere Subsumtion unter die „echten“ Kriterien – fehlende Zwischenschritte, räumlich-zeitlicher Zusammenhang, unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts – eingebettet in eine Gesamtwürdigung des Geschehens aus Tätersicht.

Meinungsstreitigkeiten zu Theorien (Gefährdungstheorie, Zwischenakttheorie etc.) müssen nicht ausgewälzt werden. Es reicht, wenn die einschlägigen Kriterien benannt und in der Argumentation zielgerichtet eingesetzt werden. Wer dann zeigt, dass er die maßgeblichen Indikatoren nicht isoliert, sondern im Gesamtzusammenhang betrachtet, liegt methodisch richtig und punktet.

Buchrezension

Willers, Sönke M.: Die wichtigsten Schemata, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Handelsrecht, StPO, ZPO, 13. Aufl., niederle media – Fachverlag für Studienliteratur, Altenberge 2025, 194 S., 16,90 €.

Wiss. Mitarbeiter Paul Kluth, LL.M., Schmalkalden*

I. Einführung und Überblick

Beim Studium rechtswissenschaftlicher Fächer kommt man – auch noch in Zeiten künstlicher Intelligenz – mit zahlreichen Arten von Literatur in Kontakt. Werden zuerst Lehrbücher und Ratgeber zur Bewältigung der Stoffmasse in verschiedenen Fächern konsultiert, steigt mit dem Fortschritt des Studiums die Häufigkeit, mit der z.B. für Haus- oder Seminararbeiten auch Kommentare, Festschriften oder gar Dissertationen zur Lektüre herangezogen werden müssen. Der Grad, zu welchem Literatur bei der Bearbeitung von Fällen oder anderen juristischen Fragestellungen benötigt wird, schwankt im Laufe der Zeit. Eines aber bleibt in der gesamten Ausbildung gleich – es ist der stete Bedarf nach guten Zusammenfassungen, nach Übersichten zu wesentlichen Punkten des Lernstoffs und nach Systematisierung. Eine ganz besondere, zu diesem Anspruch passende Kategorie an Studienliteratur bilden die mittlerweile häufig anzutreffenden Sammlungen von Aufbau- bzw. Prüfungsschemata. Ihre Vorteilhaftigkeit wurde schon früh erkannt, liegen doch spätestens seit der Gründungszeit der Bundesrepublik entsprechende Kollektionen an Lernmaterial vor, die auch jetzt noch in Bibliotheken auf ihre Entdeckung warten.¹ Rechtswissenschaftliche Abhandlungen über die Hintergründe von Schemata und ihre Bedeutung bleiben aber bis heute erstaunlich rar; mittlerweile ist nur das Angebot an zu dem speziellen Genre zählender Literatur selbst deutlich vielfältiger geworden.² Auch das 2025 in 13. Auflage erschienene Werk „Die wichtigsten Schemata. Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Handelsrecht, StPO, ZPO“ von Willers gehört in diese Gruppe und soll im Folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Dazu gibt dieser Beitrag zunächst einen Überblick zur generellen Bedeutung des schematischen Denkens und der Schemata für die juristische Ausbildung (II.), untersucht dann das genannte Werk von Willers nach Aufbau, Inhalt sowie Stil (III.) und endet schließlich mit einer kurzen Gesamtwürdigung (IV.).

II. Schematisches Denken, Schemata und die juristische Ausbildung

Juristisches Denken ist – auf den Kern beschränkt – wenig sonst als das Denken in Voraussetzungen und Rechtsfolgen, mit denen konkret-individuelle Einzelfälle unter Anwendung abstrakt-genereller Vorschriften gelöst werden.³ Dies verleitet dazu, als Jurist sehr schematisch zu überlegen und gar in

* Paul Kluth LL.M. ist Wiss. Mitarbeiter an der Fakultät Wirtschaftsrecht der Hochschule Schmalkalden.

¹ Siehe als wohl eines der ältesten Werke in dieser Art Weimar, Klausurhilfe für die Referendar- und Assessorprüfung: Schemata, Übersichten, typische Rechtsprobleme, Rechtsfälle u. Winke, Bd. 1, 1949. Das Werk ist beispielsweise noch in der DNB verfügbar.

² Mit ähnlichem Befund in einer solchen – seltenen – wiss. Untersuchung bereits: Naeve, HRN 4 (2014), 1 (2). Nach ihm befasste sich insbesondere noch Rosenkranz, JuS 2016, 294 grundlegend und exklusiv mit dem Problemfeld der Schemata. Beide Autoren zitieren bei allgemeinen Aussagen insbesondere Ratgeber-/Ausbildungsliteratur, die sich oft eher am Rande zum Schemata-Umgang äußert.

³ Im Kontext der Schemata spielt dieser scheinbar unbedeutende Befund eine große Rolle, wie ähnlich einleitend beispielsweise auch bereits Naeve, HRN 4 (2014), 1, zeigte.

vorgefertigten Automatismen vorzugehen – liegen die Voraussetzungen vor, kommt die Rechtsfolge ins Spiel. Allerdings muss man eingestehen, dass die juristische Arbeit selten so unproblematisch zu leisten ist, wie es zunächst scheint. Schon früh in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung lässt sich erfahren, dass eine ganze Reihe an Problemen mal mehr, mal weniger deutlich hervortritt. Es wird schnell klar, dass sich die Inhalte der Rechtsordnung selten ganz simpel ablesen lassen.

Jene Probleme bilden den Ansatzpunkt sogenannter Prüfungs- oder Aufbauschemata, wenn man sie als Entstehungsfaktoren dieser Übersichten begreift: So ergeben sich entsprechende Schemata nicht nur aus dem einfachen Normenwortlaut, sondern darüber hinaus auch aus dem komplexen Systemzusammenhang unterschiedlicher, verteilter Vorschriften sowie – gerade mit Blick auf ungeschriebene Tatbestandmerkmale – auch aus den Aussagen von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft; schließlich wirken sich auch didaktische Erwägungen auf die Schemata aus.⁴ Dazu passt die allgemeine Erfahrung beim Studium rechtlicher Fächer: Ohne die Nutzung von Schemata scheint man sich bei Falllösungen einer größeren Gefahr auszusetzen, die Vollständigkeit einer juristischen Prüfung zu verfehlen oder die Vielschichtigkeit rechtlicher Einschätzungen zu unterschätzen. Wie oft stellt man beispielsweise fest, dass nach dem Auffinden der richtigen Einstiegsnorm zur Hauptfrage eines Falls längst nicht nur Voraussetzungen dieser Norm eine Rolle spielen, sondern jene Erfordernisse ihrerseits wiederum kaskadenartig Untervoraussetzungen, Unteruntervoraussetzungen usw. haben können. Auch folgen die zu prüfenden Voraussetzungen oft einer nicht immer auf den ersten Blick erkennbaren Logik; es macht schlicht keinen Sinn, für einen kaufvertraglichen Gewährleistungsanspruch das Vorliegen eines Mangels zu prüfen, ohne zu wissen, dass überhaupt ein wirksamer Vertrag vorliegt. Also ist mitunter auch die richtige, von der Nummerierung der Paragraphen möglicherweise abweichende Reihenfolge der Prüfungsschritte entscheidend und kann mit Schemata besser erfasst werden.⁵ Schließlich treten weitere Aspekte wie die Gefahr der falschen Problemidentifizierung bzw. Schwerpunktsetzung hinzu.⁶

Definitionsmäßig wird damit klarer, worum es bei den Prüfungs- oder Aufbauschemata geht: Bei ihnen handelt es sich um geordnete Veranschaulichungen der Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Normen, die verkürzt und fallorientiert aufgezeigt werden.⁷ Sie stellen eine auch für den Gutachtenstil empfehlenswerte Prüfungsreihenfolge der Normen und ihrer Voraussetzungen dar, die das komplexe System der Vorschriften logisch korrekt verdeutlicht und zugleich hilft, nichts Wesentliches zu übersehen.⁸ Es sind funktionell in erster Linie Lern- und Verständnishilfen für die zügige, anwendungsorientierte und sortierte Erfassung der Rechtsmaterie.⁹

Die Haltung der Rechtswissenschaft gegenüber schematischem Denken allgemein bzw. auch speziell in Bezug auf Prüfungsschemata bleibt indes durchaus kritisch:¹⁰ Teils finden sich in der kommentierenden Literatur einzelner Vorschriften gar Aussagen, nach denen Schematismus in der

⁴ Ausführlich Naeve, HRN 4 (2014), 1 (2–3).

⁵ Ähnlich Rosenkranz, JuS 2016, 294 (295). Jedoch im zutreffenden Hinweis auf Ausnahmen ohne zwingende Prüfungsreihenfolge und damit bloße „Checklisten“ als Schemata-Typ definierend Naeve, HRN 4 (2014), 1 (4–5).

⁶ Ob Schemata hier helfen können, wird diskutiert. Wohl dafür, jedoch nur bei der „richtigen Anwendung“ Rosenkranz, JuS 2016, 294 (296, 297 dann zur „falsche[n] Verwendung“). Wohl eher dagegen beispielsweise Naeve, HRN 4 (2014), 1 (4, 6).

⁷ Ähnlich Rosenkranz, JuS 2016, 294 (294–295, auch resümierend „Abbild des geltenden Rechts“).

⁸ Ähnlich sprechen auch Schmalz/Schmalz-Brüggemann (27.5.2025) zutreffend von einer „Anleitung“ und einer „Checkliste“. Nach Naeve, HRN 4 (2014), 1, handelte es sich hierbei gar um die „eine einzige Definition“, die sich seinerzeit auffinden ließ.

⁹ Rosenkranz, JuS 2016, 294 (295).

¹⁰ Mit ähnlichem Befund bereits Naeve, HRN 4 (2014), 1 (Schemata „von Professorinnen und Professoren meist skeptisch betrachtet“). Rosenkranz, JuS 2016, 294, sieht dagegen „einseitige Darstellungen“ sowohl contra als auch pro Schemata.

Rechtsanwendung „gefährlich“ sei.¹¹ Ratgeber-Artikel für die juristische Ausbildung raten zuweilen davon ab, dass man beim Lernen zu stark auf das Pauken von Schemata setze,¹² oder betonen zumindest die nötige Flexibilität in der Anwendung der Schemata, die nicht als festes Korsett zu verstehen seien.¹³ Im Ergebnis geht es diesen Ansätzen wohl weniger um ein Abstreiten der Nützlichkeit von Schemata insgesamt, sondern eher um die nicht entfallende Wichtigkeit eigenen Denkens.¹⁴ Mag diese Schlussfolgerung auch völlig unstrittig sein, kommt mit ihr die eigentlich hervorragende Eignung von Prüfungsrastern für die juristische Arbeit so kaum voll zur Geltung.¹⁵ Denn wer geeignete Schemata richtig gelernt hat, kann sich bei der Lösung von Fällen erfahrungsgemäß viel Ärger, Arbeit und vor allem Zeit sparen.¹⁶ Mit dem wertigen Schema im Kopf lässt sich ein Fall geradlinig angehen. Wertvoll ist es für die Anfertigung einer Lösungsskizze,¹⁷ die damit schnell auf einem Konzeptpapier erarbeitet ist und das fertige Gutachten in greifbare Nähe schiebt. Das Leistungsvermögen eines guten Schemas besteht insbesondere darin, keine Prüfungspunkte zu vergessen, das Gutachten richtig aufzubauen und zu gliedern sowie allgemein die Rechtslernenden methodisch zu unterstützen.¹⁸

Es bleibt so nur zu fragen, was ein „gutes“ Schema eigentlich sein soll. Zutreffenderweise sind die an diese Strukturdarstellungen zu stellenden Anforderungen¹⁹ enorm vielseitig denkbar und nie frei von persönlichen Vorlieben. Selbst wenn die Typisierung verschiedener Schemata-Arten eher der Vermeidung von Anwendungsfehlern dienen mag,²⁰ ergeben sich auch je nach Art der Zusammenstellung unterschiedliche Bedarfe. Grosso modo sollte sich jedoch allgemeiner darauf zu verständigen sein, dass sich der Gegenstand (die „Überschrift“) des Schemas an genau den Fragen und Aspekten orientieren muss, die auch in der gutachtlichen Prüfung Relevanz besitzen. Ein Schema hat besonders mit dem Aufzeigen der nicht nur direkt aus dem Gesetz abzulesenden Voraussetzungen ein Verständnis für das rechtliche System zu schärfen²¹ – wenn man so will, also vollständig zu sein –,

¹¹ So exemplarisch zur nötigen Einzelfallprüfung bei der Verkehrswesentlichkeit im Eigenschaftsirrtum: *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 15. In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit bei der Einziehung von Gegenständen im Ordnungswidrigkeitenrecht werden schematische Herangehensweisen zumindest für „unmöglich“ gehalten, so *Krenberger/Krumm*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 24 Rn. 4.

¹² So exemplarisch *Hufen*, JuS 2013, 1 (7); dem explizit folgend, aber konkreter *Lammers*, JuS 2015, 289 (294 Fn. 55). Kritisch zum Auswendiglernen von Prüfungsschemata final auch *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (6).

¹³ So am Beispiel der Verfassungsbeschwerde *Krüger*, JuS 2014, 790. Abstrakter auch *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (295; „selten zwingend“); *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 et passim (beispielsweise „keine mathematischen Algorithmen“; „keine ‚Schreibanleitungen‘“; „loses [...] Gerüst“).

¹⁴ Sehr plakativ ist dies bei *Hufen*, JuS 2013, 1, schon an der Überschrift zu erkennen; geschlossen wird der Aufsatz am Ende mit den Worten „Denken Sie selbst!“ (S. 7). Ähnlich schließt *Lammers*, JuS 2015, 289 (294), mit den Worten „denkendes Lernen lohnt sich!“. Durchweg kritisch zur schematischen Arbeitsweise im Öffentlichen Recht wünscht *Bull*, JuS 2000, 778 (779), die „Förderung der Denk- und Artikulationsfähigkeit“. Auch *Konertz*, JuS 2020, 297 (298), betont das Durchdenken der Schemata nach Verstehen eines Sachverhalts.

¹⁵ Ähnlich erkennt *Rosenkranz*, JuS 2016, 294, eingangs das selten komplett ausgeschöpfte Potenzial der Schemata und sieht in ihnen „wertvolle [...] Hilfsmittel der Wissensaneignung und Wissensanwendung“ (siehe genauer auch sein Fazit, S. 297).

¹⁶ Ähnlich insbesondere *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (296–297; vor allem betonend im Fazit: „Zeitersparnis und Übereilungsschutz“).

¹⁷ Ähnlich, jedoch noch entschlossener auch *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (297; „erschöpft sich [...] im Stadium der Erstellung der Lösungsskizze“).

¹⁸ Ähnlich, jedoch ausführlicher und differenzierter *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (5–6).

¹⁹ Anders *Schmalz/Schmalz-Brüggemann* (27.5.2025), welche die Probleme unpassender und unangepasster Schemata weniger über Anforderungen an die Schemata lösen, sondern vielmehr vor entsprechenden Fehlern bei den Anwendern warnen.

²⁰ *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (3). Dort findet sich auf S. 3–5 dann auch ein Vorschlag zur Typisierung der Schemata-Arten, bei dem typische Merkmale der Arten auch als Anforderungen verstanden werden könnten.

²¹ So recht deutlich *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (295). Die Üblichkeit des Einbezugs ungeschriebener Tatbestands-

einem nicht nur reihenfolgemäßig logischen Aufbau zu folgen, die Komplexität zumindest an den entscheidenden Stellen tiefgründig auch mit den Voraussetzungen anderer, systematisch zusammenhängender Normen sowie Normen auf niedrigeren Ebenen darzustellen²² und kritische Punkte kurz zu erläutern. Es darf aber auch nicht zu ausführlich sein, da es – beispielsweise durch die Nutzung von Stichpunkten statt Sätzen²³ – auf den ersten Blick zu erfassen sein muss und auch eine gewisse Flexibilität, eine Eignung für möglichst viele Fallvarianten²⁴ zeigen sollte. Die genaue Zitierung der einschlägigen Vorschriften zu den jeweiligen Prüfungsschritten bleibt unerlässlich.²⁵

An alledem – in der Gesamtschau zugegebenermaßen nicht gerade wenig und auch nicht einfach umzusetzende Kriterien – müssen sich die mittlerweile häufig anzutreffenden Bücher mit Sammlungen von Prüfungsschemata messen lassen. Dies gilt auch für das hier untersuchte Exempel, das Werk von *Willers*.

III. Aufbau, Inhalt und Stil des Werks

Für den Einstieg in den Stoff wählt der *Autor* einen sehr unvermittelten Weg – ein Vorwort, eine Einführung oder zumindest ausführlichere Hinweise zur Benutzung vermisst man zu Beginn etwas. Aus dem Inhaltsverzeichnis wird jedoch schnell der Aufbau des Werks mit sieben Kapiteln deutlich, welche den im Untertitel genannten Rechtsgebieten folgen, sich jedoch einer etwas anderen Reihenfolge bedienen und sich teilweise erst durch eine weitere sachgerechte Aufteilung in verschiedene Unterkategorien²⁶ ergeben. So kommen nacheinander das Handelsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Zivilprozessrecht – erst mit Blick auf das Erkenntnisverfahren, dann in Bezug auf die Zwangsvollstreckung –, das Strafprozessrecht, das Individualarbeitsrecht und das Kollektivarbeitsrecht zur Sprache. Strukturell fällt außerdem auf, dass innerhalb der einzelnen Kapitel die behandelten Gegenstände meist von den allgemeinen, einfachen Fragen²⁷ zu den speziellen, komplizierten Materien hin sortiert sind. Es erfolgt dabei keine durchgängige Auflistung der Probleme nach Anspruchsgrundlagen, sondern die einzelnen Gegenstände werden eher in einer an ein Lehrbuch erinnernden Herangehensweise verschlagwortet: Sehr deutlich wird dieses Vorgehen im Kapitel zum Gesellschaftsrecht, in dem zu den behandelten Rechtsformen GbR, oHG, KG und GmbH zunächst Darstellungen hinsichtlich ihrer Entstehung erfolgen und erst danach typische Anspruchskonstellationen erläutert werden.²⁸ Die Orientierung im Buch fällt manchmal etwas schwer, da nur Kapitel konsequent auf neuen Seiten begonnen werden; gut wäre dies aber auch immer schon für die einzelnen Themen

merkmale erkennt auch *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (2, 5).

²² Schemata ergeben sich auch aus der Gesetzessystematik verflochtener Vorschriften, so mit Beispielen *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (2). Siehe zu den Entstehungsfaktoren auch bereits oben, Fn. 4. Unterpunkte auf niedrigeren Ebenen spricht *Naeve* vorrangig bei einzelnen Typen der Schemata-Arten an; siehe zur Typisierung allgemein oben, Fn. 20.

²³ Diese erkennt auch *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (294, 295), als typisch.

²⁴ *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (295), stellt demgemäß auf die Anwendbarkeit „im Regelfall – oder zumindest in einer Vielzahl von Fällen“ ab.

²⁵ *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (296), befürwortet „Rückanknüpfungen an die einschlägigen Vorschriften“.

²⁶ Siehe dazu für das Zivilprozessrecht (im Untertitel: „ZPO“): *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 61 ff. („Drittes Kapitel: ZPO I – Erkenntnisverfahren“) sowie S. 98 ff. („Viertes Kapitel: ZPO II – Zwangsvollstreckungsrecht“); außerdem für das Arbeitsrecht S. 161 ff. („Sechstes Kapitel: Individualarbeitsrecht“) sowie S. 184 ff. („Siebtes Kapitel: Kollektives Arbeitsrecht“).

²⁷ Exemplarisch behandelt *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 7, zum Handelsrecht die „Grundlagen“ sowie zur StPO auf S. 137 die „Grundsätze des Strafverfahrens“ an prominenter Stelle.

²⁸ Siehe dazu *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 20 ff. (GbR), S. 28 ff. (oHG), S. 38 ff. (KG), S. 51 ff. (GmbH).

bzw. Schemata. Außerdem sind Überschriften sämtlicher Stufen durchgängig grau hinterlegt und in ihrer Hierarchieebene mangels Unterstreichungen und deutlicher Größenunterschiede teils nicht sofort zu unterscheiden und richtig einzuschätzen.²⁹ Ein Sachregister findet sich am Ende nicht.

Die inhaltliche Darstellung aller Einzelheiten des Werks ist hier nicht leistbar. Stattdessen soll es um den Versuch gehen, das generelle Vorgehen der Schemata-Sammlung anhand von Beispielen zu ermitteln. Dem kommt zugute, dass *Willers* eine charakteristische Herangehensweise erkennen lässt: Zu einer übergeordneten Thematik von gewisser Bedeutung – wie z.B. zur Zulässigkeit einer Zivilklage³⁰ – finden sich in einem grauen Kasten zunächst die wichtigsten Unterpunkte und oft auch Rechtsfolgen zusammengefasst. Hierbei kann es sich in der Übertragung von *Naeves'* wissenschaftlicher Typisierung verschiedener Schemata-Arten auf das Exempel vor allem um Grundschemata handeln, die ohne Details überschaubar die zentralen Prüfungsschritte zusammenstellen und für die Fallanwendung oft noch zu ungenau seien.³¹ Zumindest sind diese Kästen hier am schnellsten erfassbar und auch dank der optischen Hervorhebung gut für eine erste Übersicht geeignet. Allerdings bräuchten schon an diesem Ort Einrückungen der genannten Untervoraussetzungen³² einen Mehrwert für die noch schnellere Greifbarkeit des Systems an Erfordernissen.

Zu den einzelnen in den grauen Kästen genannten Punkten folgen sodann jeweils Definitionen und weitere Erläuterungen. In der wissenschaftlichen Klassifikation liegen hier nun am ehesten Detailschemata mit Ansätzen von Problemschemata vor, da einerseits versucht wird, möglichst viele denkbare Prüfungspunkte auf zahlreichen Ebenen genau aufzuschlüsseln, und andererseits – gelegentlich – auch klausurrelevante Komplikationen zur Sprache kommen.³³ Sie sind bei *Willers* aber durchweg knapp gehalten, von sich aus schon auf das Wesentliche beschränkt und schärfen durch Fettdruck, Kursivschrift, Auflistung, Leerzeilen und Einrückungen noch weiter den Blick auf Kernanliegen. Dass diese Erläuterungen meist in Satzform – und nicht in grundsätzlich wünschenswerten Stichpunkten – gehalten sind, stört die Übersichtlichkeit angesichts ihrer Kürze kaum. Etwas unerwartet und problematischer mag dagegen schon sein, dass in den erläuternden Passagen teils Untergliederungen erscheinen, die im grauen Kasten zuvor noch gar nicht genannt wurden: So überrascht es beispielsweise etwas, wenn zur scheinbar schnell überprüfbaren Prozessfähigkeit plötzlich doch noch zahlreiche Unterpunkte geschildert werden.³⁴ Hier könnte man sich je nach Geschmack wünschen, dass – zur Erfassung der gesamten Komplexität auf einen Blick – bereits im Übersichts-kasten möglichst alle Untervoraussetzungen verzeichnet worden wären, wenn auch dort noch ohne genauere Erläuterung. Andererseits liegt es ja gerade im allgemeinen Wesen der Detailschemata, dass sie anders als die Grundschemata Unterpunkte aufschlüsseln und auch Prüfungspunkte enthalten, die nur bei entsprechenden Anlässen zu beleben sind.³⁵ Unstrittig positiv erscheint aber der

²⁹ Siehe dazu exemplarisch *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 11: Die dortige Überschrift zu C. könnte optisch unbedeutender als die Unterüberschrift zu I. empfunden werden.

³⁰ Siehe dazu *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 63. In diesem Schema wird ausnahmsweise auch die negative Folge im Falle des „Fehlens von Zulässigkeitsvoraussetzungen“ fokussiert.

³¹ Abstrakt und ausführlich zu dieser Typisierung: *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (3–5; 3–4 so zu den Grundschemata).

³² Dies gilt beispielsweise für den Punkt „1. Sachlich, §§ 23, 71 GVG“ unter „I. Zuständigkeit des Gerichts“ bei *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 63.

³³ Abstrakt und ausführlich zu diesen Typen mit ihren entsprechenden Merkmalen *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (4).

³⁴ Siehe dazu *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 65–66. Die dort diskutierten Unterpunkte (Nr. 1 zur Geschäftsfähigkeit; Nr. 2 zur ansonsten relevanten gesetzlichen Vertretung samt Unterunterpunkten) erscheinen im Kasten/Schema auf S. 63 noch nicht. Anders verhält es sich mit den Unterpunkten zur Zuständigkeit des Gerichts (siehe dazu im Detail: *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 63–64), bei denen zumindest schon die Bereiche „[s]achlich“ und „[ö]rtlich“ im Schema auf S. 63 genannt werden.

³⁵ *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (4). Für *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (295–296), scheint sogar ein „nackte[r] Prüfungspunkt“ unproblematisch zu sein; er sieht hier eher das Verstehen durch die Lernenden gefordert.

sorgsame Umgang des *Autors* mit denkbaren Gefahrenherden: *Willers* weist vorbildlich auf zu beachtende Besonderheiten mit auf den ersten Blick erkennbaren Passagen hin, die durch die Worte „Beachte“ oder „Wichtig“ dringlichst markiert werden.³⁶

Im Grunde behält das Werk dieses signifikante Vorgehen nahezu durchgängig bei. In einer seltenen Ausnahme weicht *Willers* aber z.B. zu Beginn des Kapitels zum Zwangsvollstreckungsrecht von seinem grundsätzlichen Vorgehen etwas ab und überzeugt bei diesem Rechtsgebiet damit, einen systematischen Überblick mittels einer tabellarischen Gegenüberstellung von Klagearten und ihrem Zusammenhang zur Zwangsvollstreckung zu geben sowie in die Ermittlung der anzuwendenden Vorschriften einzuführen.³⁷ Zusammenstellungen dieser Art sind für Lernende durchaus hilfreich und könnten sicherlich auch noch zu weiteren Themen ergänzt werden.

Die genauen Kriterien für die Auswahl der laut Buchtitel „wichtigsten Schemata“ bleiben zwar unklar; im Ergebnis ist sie jedoch auf keinen Fall verfehlt. Denn das Werk betrachtet – mit gewissen Einschränkungen in Bezug auf das in der Gesamtkonzeption leicht überraschend platzierte Strafprozessrecht – vor allem die für das Wirtschaftsleben besonders relevanten Rechtsgebiete, innerhalb dieser wiederum die dort besonders essentiellen Fragen und damit eben solche, die auch in Ausbildung und Prüfung einen hohen Stellenwert haben. Sicher ist die vorgenommene Selektion nicht völlig unstrittig und lässt je nach konkreter Ausgestaltung der besuchten Lehrveranstaltungen bzw. des zu behandelnden Falls Wünsche und Fragen offen: Warum wird im Kapitel zum Handelsrecht die Publizität des Handelsregisters nicht weiter thematisiert? Warum bleiben Verein und Aktiengesellschaft im Gesellschaftsrecht ohne nähere Betrachtung? Wie sind die „allgemeinen Vorschriften“³⁸ als Anspruchsgrundlagen genau schematisch zu überprüfen, nach denen sich die Schadensersatzforderung des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer richtet? Bezüglich grundlegender Schemata ist das Buch jedoch im Verlagsprogramm zu sehen – darin findet sich noch eine vergleichbare Sammlung³⁹ mit weniger speziellen Schemata. Außerdem kann für Details ohnehin ausführlichere Literatur zu Rate gezogen werden.

Stilistisch darf die Titulierung der einzelnen Unterpunkte in den Schemata als lobenswert gelten; bis auf wenige Ausnahmen⁴⁰ sind sie im dafür sehr geeigneten Nominalstil gehalten. Dazu passt, dass die verwendete Sprache insgesamt – den Anforderungen an das Buch entsprechend – sehr knapp, bisweilen gar elliptisch, aber durchgehend klar und leicht verständlich wirkt. Aus der Sicht von Studierenden ist dies sehr zu begrüßen und durchaus lernförderlich. Zwar finden sich vereinzelt auch eingängige, umgangssprachliche Wendungen⁴¹ im Werk, aber hier ist zu bedenken, dass die juristische Ausbildung wohl selten im vollständigen Selbststudium stattfinden wird; auch an der Lehrperson liegt es daher zu vermitteln, dass entsprechende Formulierungen zwar in Lernsituationen als angenehm empfunden werden können, aber die juristische Fachkommunikation ein anderes Sprachniveau erfordert. Natürlich liegt es nicht nahe, das Buch als wissenschaftliches Werk einord-

³⁶ Siehe dazu exemplarisch zu einer Voraussetzung der Durchsuchung nach § 102 StPO unter Nutzung beider Hinweiswörter: *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 145. Die Darlegung „potentielle[r] juristische[r] Probleme“ in Schemata zeigt *Naeve*, HRN 4 (2014), 1 (2), abstrakt als Ausfluss didaktischer Bedürfnisse auf.

³⁷ Siehe dazu *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 98 ff.

³⁸ *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 170.

³⁹ *Lutz*, Die wichtigsten Schemata, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht, 16. Aufl. 2025.

⁴⁰ Siehe für eine Ausnahme beispielsweise *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 71: Die Voraussetzungen der Feststellungsklage (grauer Kasten) könnten dort auch in (noch) kürzerer Form notiert sein.

⁴¹ Siehe dafür beispielsweise den Hinweis auf „[s]chwangere und ‚frischgebackene‘ Mütter: § 17 MuSchG“ bei *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 176, 181, 183 (Anführungszeichen auch im Original; Kursivschrift durch den *Rezensenten*).

nen zu können. Dies ist auch nicht wirklich der Anspruch an eine Schemata-Sammlung, kann allerdings zu manchen Schwierigkeiten in der Anwendung führen: Zwar werden einschlägige Rechtsgrundlagen stets und auch genau zitiert. Allerdings finden sich im Werk häufig Verweise, z.B. auf die „h.M.“⁴² oder die „Rechtsprechung des BAG“⁴³, die ohne jede weitere Angabe Ungeübte möglicherweise etwas fragend zurücklassen könnten.

IV. Gesamtwürdigung

Vergleicht man die allgemein für sinnvoll gehaltenen Anforderungen an gute Schemata mit der spezifischen Umsetzung durch *Willers*, ergibt sich ein positives Gesamtbild.

Der *Autor* vermag mit seiner Auswahl der „wichtigsten Schemata“ eine gelungene Zusammenstellung von Übersichten zu den wesentlichen juristischen Themen im Arbeits-, Gesellschafts-, Handels- und Zivil- sowie Strafprozessrecht vorzulegen. Wohl keiner der im Werk skizzierten Strukturen ist für die in Ausbildung und Prüfung untersuchten Fragen völlig irrelevant. Im Angesicht der speziellen Erwartungen an eine Schemata-Sammlung ist es sehr erfreulich, dass sich das Buch definitiv nicht bloß um aus dem Gesetz Abzulesendes, sondern um viele Feinheiten sorgt, die Schemata logisch strukturiert, kritische Punkte nicht überbordend, sondern auf den Punkt erläutert und so variable Hilfestellungen für eine Vielzahl an Aufgaben bieten kann. Besonders mit Blick auf die schnell erfassbare Darstellung der Komplexität, des Systems an Voraussetzungen und Untervoraussetzungen, der Wechselbeziehungen, ergibt sich jedoch etwas Potenzial für Verbesserungen.

Insgesamt legt *Willers* somit eine für den Lernenden durchaus nützliche Sammlung an systematisierenden Darstellungen zu den genannten Rechtsgebieten vor, die sich – und dies ist ihr größter Vorteil – auf das Wesentliche beschränkt. So muss man nicht erst mühsam in der weiteren Literatur nach grundsätzlichen Aspekten suchen, sondern sieht das Wichtigste auf einen Blick dargestellt. Genau dies ist allerdings auch die prinzipielle Aufgabe eines Schemata-Buchs und im Angesicht des von *Willers* gewählten Titel auch spezifische Erwartung an dieses Werk. Es eignet sich gut für den Überblick und passt auch zum mobilen Lernen, ist es doch gerade mal einen guten Zentimeter dick. Wer also zu klassischen Themen der juristischen Ausbildung ohne große Mühen schnell auf eine solide Zusammenstellung der Reihenfolge und der elementaren Inhalte von Prüfungspunkten zurückgreifen möchte, ist mit dem Werk gut beraten. Das gesamte juristische Curriculum deckt es freilich nicht ab; das muss es aber auch nicht, will es sich – wie es der Buchrücken verschlagwortet – auf „Nebengebiete“ beziehen.

⁴² *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 15, 16, 17, 20, 21, 53, 55 u.v.m.; teils wird auch auf die „h.L.“ verwiesen (so beispielsweise auf S. 57).

⁴³ *Willers*, Die wichtigsten Schemata, 13. Aufl. 2025, S. 166.

Buchrezension

Lippert, Pascal: Wege zum Prädikatsexamen, Wie jeder seine Chancen auf Top-Jura-Examina durch strukturierte Vorbereitung verbessern kann, Brill | Schöningh, Paderborn 2021, 145 S., Preis 20,00 €.

Timo Nikutta, LL.B., Siegen*

I. Einleitung

Die juristischen Staatsexamina stehen allgemein im Ruf, zu den anspruchsvollsten Prüfungen des deutschen Bildungssystems zu zählen. Das Prädikatsexamen im Besonderen nimmt innerhalb der juristischen Ausbildung eine zentrale Stellung ein¹. Mit ihm sind nicht nur gesteigerte Karriere-chancen assoziiert, sondern auch normative Erwartungen an individuelle Leistungsfähigkeit und Selbstdisziplin. Die Vorbereitung auf ein solches Examen erfordert nicht nur erheblichen zeitlichen und psychischen Aufwand, sondern ist regelmäßig auch mit hohen finanziellen Investitionen verbunden² – etwa durch die Inanspruchnahme kommerzieller Repetitorien³ oder ergänzender Coaching-formate. Diese Entwicklung verweist auf eine Ausbildungsrealität, in der individuelle Selbstoptimierung eine zunehmende Rolle spielt – nicht zuletzt als Reaktion auf die Komplexität und Eigenverant-wortung, die das aktuelle System den Absolvent:innen abverlangt. Trotz vereinzelter Reformansätze – etwa der Einführung integrierter Bachelorabschlüsse⁴ – bleibt eine grundlegende Neuausrichtung der juristischen Ausbildung bislang aus. An dieser Schnittstelle setzt das rezensierte Werk von *Pascal Lippert* an. Der *Autor* ist als Rechtsanwalt tätig und verfügt über langjährige Erfahrung in der Refe-rendarausbildung. Das mit insgesamt 145 Seiten kompakt gehaltene Buch gliedert sich in 23 unter-schiedlich umfangreiche Kapitel sowie einen Anhang mit 20 typischen Schwächen und Hinweisen zu deren Vermeidung. Die nachfolgende Besprechung nimmt dieses Konzept einer differenzierten Bewertung unter dem Gesichtspunkt seiner Zielgruppenadäquatheit und didaktischen Kohärenz in den Blick.

II. Inhaltsüberblick

Bereits in der Einführung wird die programmatische Kernthese, dass Struktur⁵ der wesentliche Erfolgsfaktor sei (vgl. Kapitel zwei: „Juristen sind Strukturmaschinen“), verortet und sodann wieder-

* Der *Rezensent* studierte Rechtswissenschaft (cand. iur.) an den Universitäten Freiburg und Bonn sowie Philo-sophie, Sozialwissenschaft und Geschichte (stud. rer. phil.) an der Universität Siegen. Er ist als juristischer Mitarbeiter in einer zivilrechtlich ausgerichteten Kanzlei tätig. Zum Wintersemester 2025/26 nimmt er ein LL.M.-Studium auf.

Alle Internetseiten waren beim Verfassen dieser Rezension am 30.3.2025 aufrufbar.

¹ So haben im Jahr 2022 bundesweit knapp über 20 % der Teilnehmenden ein Prädikatsexamen in der Ersten Juristischen Staatsprüfung erreicht. Vgl. [Statistik zur Staatlichen Pflichtfachprüfung](#).

² Es entstehen allein für das Repetitorium durchschnittlich monatliche Kosten i.H.v. etwa 100–200 €. Vgl. hierzu [Olschner, LTO v. 22.2.2022](#).

³ Über 90 % der Examenskandidat:innen besuchen ein kommerzielles Repetitorium zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung. Vgl. hierzu [Klette, FAZ v. 21.5.2011](#); ähnlich auch [Timtschenko, Spiegel v. 18.9.2013](#).

⁴ Nicht zur Freude aller. Zur Debatte um den „Loser-Bachelor“: Vgl. hierzu [Dietrich, LTO v. 1.7.2022](#).

⁵ So auch *Möllers* (Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024, § 1 Rn. 58 ff.), der

kehrend im Rahmen einzelner Folgekapitel aufgegriffen und vollkommen plausibel elaboriert (vgl. Kapitel zwei ff.). Umso unverständlicher erscheint vor diesem Hintergrund jedoch der Umstand, dass der *Autor* der eigenen Struktur des Buches im Ergebnis (zu) wenig Bedeutung beigemessen hat. Dies beginnt bei der Auswahl und Anzahl der Kapitel: 23 Kapitel mit teilweise erfolgenden Untergliederungen bis in die dritte Ebene (vgl. u.a. Kapitel fünf: „i) Sprache“ → „bb) Keine Manieriertheiten“ → „Erstens“ usw.) bei einem Gesamtseitenumfang von nur 145 Seiten mögen zwar formal eine Art der Strukturierung darstellen, verhindern jedoch den Lesefluss (und Lesegenuss) sowie die seitens der Rezipient:innen notwendigerweise erfolgende eigene kognitive Strukturierung der gelesenen Inhalte. Dass hinsichtlich der Gliederung von den bei Jurist:innen beliebten alphabetischen Gliederung⁶ abgewichen wird, konterkariert zudem de facto das Postulat der Strukturierung und sorgt somit für ein subjektives Störgefühl beim Lesen (zumal Jurist:innen als Adressat:innen des Buches „Strukturmaschinen“ sind).

Sofern man den Strukturbegriff nicht nur als reines Formalkriterium betrachtet, sondern ihm auch eine inhaltliche Ebene zubilligt, so sind Aufbau, Auswahl und Gewichtung einzelner Kapitel nicht ganz nachvollziehbar. Zunächst einmal ist festzustellen, dass sich das Buch sowohl an Jura-studierende vor der Ersten Juristischen Staatsprüfung als auch an Referendar:innen richtet, welche jeweils Prädikatsexamina anstreben. Vor diesem Hintergrund hätte sich ein dem Ausbildungsverlauf entsprechender chronologischer Aufbau angeboten⁷. Diesen Weg hat der *Autor* jedoch erkennbar nicht beschritten, sodass die inhaltliche Anordnung der Kapitel teilweise unstrukturiert wirkt, da unterschiedliche Themen ohne klare chronologische oder inhaltliche Gliederung zusammengeführt bzw. vermischt werden (z.B. in Kapitel vier durch prozessuale Ausführungen). Auch erscheint dieses Vorgehen mitunter kontraintuitiv, da die systematische Verortung referendariatspezifischer Inhalte sich beispielsweise stattdessen gebündelt in Kapitel 21 („Besonderheiten beim Referendariat“) angeboten hätte. Das sechste Kapitel („Gefährliche Mythen“) richtet sich wiederum nahezu ausschließlich an Studienanfänger:innen.

Redundant wirken Kapitel sieben („Prinzipien aus anderen Disziplinen“), in dem das Paretoprinzip und der Dunning-Kruger-Effekt im Hinblick auf das Prädikatsexamen beschrieben werden sowie Kapitel 19 („Soziale Herkunft“). Die Ausführungen zur sozialen Herkunft bleiben hinter den theoretischen Ansprüchen zurück und berücksichtigen nicht ausreichend die Komplexität der *Bourdieu*'schen Habitus-theorie⁸. So thematisiert *Lippert* beispielsweise ein limitierendes Mindset (S. 112: „Viel gefährlicher ist es, wenn die soziale Herkunft die Selbsteinschätzung negativ beeinflusst oder vielleicht sogar unbewusst eine Agenda setzt. Dies kann und wird die Qualität der Examensvorbereitung und damit die für das Examen relevanten juristischen Fähigkeiten beeinflussen.“), ohne jedoch zu reflektieren, dass es sich gerade dabei um den Habitus handelt.

Äußerst knapp gehalten sind die für Prädikatsexamina relevanten Themen der Lernmethodik (Drittes Kapitel: „Visualisierung zur Strukturbildung und Gedächtnishaftung“), in dem im Wesentlichen auf das Werk von *Fritjof Haft*⁹ verwiesen wird sowie die Ausführungen zur Methodenlehre im zwölften Kapitel („Kreativität und gutes Argumentieren“). Die gängigen Auslegungsmethoden werden in diesem Zusammenhang gar nicht erwähnt. Stattdessen benennt der *Autor* exemplarisch lediglich einige Argumentationsfiguren (z.B. die Analogie, den Umkehrschluss oder den Erst-recht-

auf die Besonderheit des juristischen Strukturdenkens verweist.

⁶ Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024, § 8 Rn. 49 ff.

⁷ Diesen Weg beschreitet hingegen konsequent und instruktiv Möllers (Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024).

⁸ Vgl. hierzu Bourdieu, Die feinen Unterschiede: Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, 28. Aufl. 2021.

⁹ Vgl. Haft, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015.

Schluss), ohne dass dieser Auflistung eine didaktische Grundstruktur zugrunde liegt. Darüber hinaus erscheint die Auswahl willkürlich und somit fraglich: zumindest dürfte – ganz im Sinne eines Erstrecht-Schlusses in Gestalt eines *argumentum a minore ad maius* (vgl. S. 81) – zweifelhaft sein, ob Aspirant:innen auf ein Prädikatsexamen, die bis zur Lektüre des Buches noch nichts von einer Analogie, einem Umkehrschluss oder aber einem Erstrecht-Schluss erfahren haben, de facto dem Rezipient:innen-Kreis angehören, den das Werk – zumindest dem programmatischen Titel nach – anzusprechen begehrt.

Dass das Buch bereits 2021 erschienen ist (also vor dem Start von ChatGPT), merkt man beispielsweise den Ausführungen im fünften Kapitel („Qualitätskriterien juristischer Leistungen“) auf S. 49 an, in denen es um kritisches Feedback zu eigenen Texten und Klausuren geht. Dies kann mittlerweile – mit gewissen Einschränkungen und *cum grano salis* – einigermaßen konstruktiv mittels KI-Sprachmodellen wie ChatGPT erfolgen¹⁰.

Positiv aufgefallen sind die grau unterlegten mit einer Übersichtsfrage gestalteten Kästchen am Ende eines jeden Kapitels, welche die wesentlichen Inhalte übersichtlich und prägnant zusammenfassen und somit auch ein kursorisches Erfassen ermöglichen.

Ebenfalls überzeugend und gelungen sind die instruktiven Ausführungen in Kapitel acht („Der Blick des Prüfers und was man daraus lernen kann“), in dem *Lippert* vor dem Hintergrund des Erwartungshorizontes der Prüfungsleistungen für einen Blick durch die Brille des Prüfenden plädiert und diesbezüglich wertvolle Einsichten gewährt.

Auch das Kapitel fünf („Qualitätskriterien juristischer Leistungen“) vermag inhaltlich als Kernstück des Buches zu überzeugen, ist doch die Sprache bekanntermaßen das wichtigste Werkzeug der Jurist:innen (vgl. S. 46: „Überdurchschnittliche Leistungen sind mit durchschnittlichen sprachlichen Fähigkeiten nicht erreichbar.“). Besonders aufschlussreich lesen sich in diesem Zusammenhang auch die diesbezüglichen Ausführungen auf S. 39 ff., die eine komplett neue Perspektive auf das Erlernen (und die Sinnhaftigkeit) toter Sprachen (vorrangig: Latein) – außerhalb intrinsischer altphilologischer Spezialinteressen – ermöglichen.

Kapitel 18 („Die Gauß'sche Normalverteilung zeigt den Weg zum Prädikat“) bietet zwar theoretisch ein interessantes Anschauungsmodell im Hinblick auf Prädikatsexamina, allerdings beschreibt die Normalverteilung lediglich Muster in Daten – mithin eine Wahrscheinlichkeitsverteilung – und keine Ursache-Wirkung-Beziehung. Somit lässt sich das Phänomen Prädikatsexamina vor diesem Hintergrund mit einem bekannten Bonmot vergleichen, wonach grundsätzlich zwar *jeder* im Kapitalismus reich werden kann, aber eben nicht *alle*. *Lippert* schreibt dazu auf S. 110:

„Das Prädikat ist damit prinzipiell für jeden machbar. Dies wird auch so lange ohne Verletzung der von Gauß gefundenen Normalverteilung so bleiben, so lange nicht alle ihre Prüfungsperformance in gleicher Weise optimieren. Das dürfte jedoch kaum passieren.“

Konkrete Handlungsanweisungen – außer dem vagen Hinweis auf die Investition in „Methodenwissen und strukturierte Herangehensweisen“ (S. 110 f.) bleiben jedoch aus, sodass dieses Kapitel – erst recht vor dem Hintergrund des vielversprechenden Titels – im Ergebnis diffus wirkt. Außer Acht gelassen wird in diesem Zusammenhang auch erneut die systemische Komponente (siehe oben), da Prädikatsexamina nicht ausschließlich durch natürliche Begabung oder Vorbereitung bestimmt sind, sondern auch durch systemische Faktoren, wie etwa die Struktur der Prüfungen, Zugang zu

¹⁰ So auch: *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024, § 1 Rn. 21, § 7 Rn. 54 ff.

Bildungsressourcen, soziale Netzwerke oder psychologische Belastungen. Diese Faktoren werden in diesem Kapitel respektive in der Anwendung der Normalverteilung auf Prädikatsexamina ebenso wenig berücksichtigt wie in Kapitel 19, das die soziale Herkunft behandelt (siehe oben).

Erfreulich ist jedoch, dass der *Autor* in Kapitel 23 („Wege in eine Karriere auch ohne Staatsnoten“), abschließend Alternativen aufzeigt, sollte es am Ende – trotz aller Bemühungen – mit dem bzw. den Prädikatsexamina aus multifaktoriellen Gründen (nicht zuletzt aufgrund der *Gauß*'schen Normalverteilung, siehe oben) nicht funktioniert haben. So wird zunächst auf S. 128 das imaginierte „Horrorszenario“ skizziert:

„Großkanzleien und Top-Boutiquen – quasi die ‚Bundesliga‘ der Anwaltskanzleien – wollen Staatsnoten möglichst garniert mit ‚Front- und Heckspoiler‘ (Dokortitel und L.L.M.). Für die Richterschaft und auch die Staatsanwaltschaft braucht es ebenfalls Staatsnoten.“

Im Anschluss werden sodann exemplarisch Alternativen außerhalb dieser „Bundesliga“ aufgeführt.

III. Fazit

Was ist denn nun der beste und direkte Weg zum Prädikatsexamen? Leider bleibt das Buch hinter den Erwartungen zurück, die sein Titel weckt. Zwar bietet es wertvolle Denkanstöße und betont die Bedeutung von Struktur, jedoch fehlen konkrete Handlungsanweisungen, die über bekannte Empfehlungen hinausgehen. Eine klare, systematische Roadmap, die ambitionierten Jurist:innen tatsächlich hülfe, ihre Chancen auf ein Prädikatsexamen signifikant zu verbessern, bleibt aus. Auch auf kuratierte Literaturempfehlungen¹¹ wurde verzichtet. Das Buch dient also insgesamt eher einer groben Orientierung als einer zielgerichteten Vorbereitung.

Neben (Methoden-)Wissen, Struktur, Repetition, Klausurtaktik, Resilienz und einem Quäntchen Glück, dürfte die alleinige Lektüre eines knappen Ratgeber-Buches für den Aufstieg in die „Bundesliga“ somit nicht ausreichen. So brachte es die *Goethe*¹² paraphrasierende Fußballer-Legende *Alfred „Adi“ Preißler* im bestem Ruhrdeutsch auf den Punkt:

„Grau is im Leben alle Theorie, aber entscheidend is auf'm Platz.“

In diesem Sinne: Viel Erfolg!

¹¹ So beschreibt *Möllers* (*Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 11. Aufl. 2024, § 1 Rn. 16 ff.) Bücher als Arbeitsmittel des Akademikers und Studenten folgerichtig als „Kopfarbeiter“; Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und exemplarisch für das Zivilrecht seien genannt *Medicus/Petersen*, *Bürgerliches Recht*, 30. Aufl. 2025; *Staudinger*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 9. Aufl. 2024; für das öffentliche Recht didaktisch interessant *Frenz*, *Öffentliches Recht*, 9. Aufl. 2022; Für die Methodenlehre instruktiv und überragend (aber auch sehr ausführlich) *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2025; Grundlegend dazu *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 2025; Sehr empfehlenswert auch *Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 11. Aufl. 2024, sowie *Krüper*, *Grundlagen des Rechts*, 5. Aufl. 2025.

¹² Im Original: „Grau, teurer Freund, ist alle Theorie, Und grün des Lebens goldner Baum.“ (*Goethe*, *Faust*, *Der Tragödie erster Teil*, 1808, Studierzimmer).