

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

5/2025
18. Jahrgang

S. 812–984

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Ärztliche Aufklärungs- und Einwilligungsformulare – Einsatzmöglichkeiten und beweisrechtliche Bedeutung

Robin Petraschke, Köln

812

Allgemeines

Der BMJ-Entwurf „Digitale Gewalt“ – Schnittstellen zu § 201a StGB und Plattformregulierung

Rechtsanwalt/Notar Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian M. Teichmann, LL.M. (London), MBA (Oxford), St. Gallen

825

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Tatort Lufthoheit – Zur Strafbarkeit von Drohnenflügen

Prof. Dr. Dennis Bock, LL.M., Leonardo Mikolajewski, Kiel

837

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht Teil 2:

Urkunds-, Korruptions- und Vermögensdelikte im Gesundheitswesen sowie Strafrecht am Beginn des Lebens

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

850

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur: Wertpapier, Werkstatt und Weed

Dr. Adrian Hemler LL.M. (Cambridge), M.A. (Lancaster), Wiss. Mitarbeiter Fabian Konnerth, Konstanz 865

Fortgeschrittenenklausur Erbrecht: Monopoly und Oldtimer

Wiss. Mitarbeiter Yasin Cetiner, Düsseldorf 886

Öffentliches Recht

Zwischenprüfungsklausur: Widerruf einer Baugenehmigung nach Rechtsänderung und Verhältnis von Art. 8 GG zu Art. 2 GG

Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Frederike Kathstede, Düsseldorf 900

Examensübungsklausur: Oppositionsfinanzen

Dr. Frederic Stephan, Halle (Saale) 918

Übungsklausur: Verwaltungsrecht in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen

Jonas Fechter, Münster 937

Semesterabschlussklausur im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht: Shampoo für den Schulhund

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Gerhards, Hamburg 953

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 4.12.2024 – 5 StR 498/23
(Betrug durch die Abrechnung von Corona-Tests)

(RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel) 966

BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24

(Verbreitung des Bildes eines Lagereingangstors mit dem Schriftzug „Impfen macht frei“ als Volksverhetzung)

(Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiterin Hannah Welling, Hamburg)

977

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

Ärztliche Aufklärungs- und Einwilligungsformulare – Einsatzmöglichkeiten und beweisrechtliche Bedeutung

Robin Petraschke, Köln*

I. Einleitung	813
1. Rechtliche Einordnung der Einwilligungs- und Aufklärungspflicht	813
2. Aufklärungsformulare zwischen rechtlicher Anforderung und klinischer Praxis	813
II. Hauptteil.....	814
1. Einsatzmöglichkeiten	814
a) Aufklärung und Einwilligung durch Formulare bei intensiven Eingriffen	814
b) Aufklärung und Einwilligung durch Formulare bei einfachen Routine-	
impfungen	815
aa) Darstellung der verschiedenen Ansichten	815
bb) Stellungnahme	816
c) Aufklärung und Einwilligung durch Formulare bei Corona-Impfung	817
d) Ergänzung der mündlichen Aufklärung durch Formulare	818
2. Beweisrechtliche Bedeutung	818
a) Beweislast im Arzthaftungsprozess	818
b) Beweis durch Aufklärungs-/Einwilligungsformulare.....	818
aa) Beweiskraft	819
bb) AGB-rechtliche Kontrolle	820
(1) Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle.....	820
(2) Verzicht der Aufklärung durch Formulare	822
3. Einsatzmöglichkeiten und beweisrechtliche Bedeutung softwarebasierter	
Formulare	822
a) Aktuelle Rechtslage	822
aa) Einsatzmöglichkeiten	822
bb) Beweisrechtliche Bedeutung.....	822
b) Ausblick auf die Nutzung softwarebasierter Formulare	823
III. Schlussbetrachtung	824

* Der Verf. studiert Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln.

I. Einleitung

1. Rechtliche Einordnung der Einwilligungs- und Aufklärungspflicht

Heute sind die sog. Patientenrechte – mithin auch die Aufklärungs- und Einwilligungspflicht – in den §§ 630a ff. BGB niedergeschrieben.¹ Dabei hat der Gesetzgeber weitgehend die bereits gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Arzt-Patienten-Verhältnis kodifiziert.²

Die Einwilligungspflicht des Patienten vor medizinischen Maßnahmen ist in § 630d Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Aufgrund der Informationsasymmetrie zwischen Arzt und Patient erfordert die Einwilligung für ihre Wirksamkeit eine Aufklärung des Patienten (sog. Informed consent).³ Dies ergibt sich aus § 630d Abs. 2 BGB, welcher auf § 630e Abs. 1–4 verweist. Nur so ist eine sinnvolle Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten möglich.⁴

Die Verletzung der Pflicht zur Einholung einer wirksamen Einwilligung ist nach § 280 BGB Schadensersatzbewehrt.⁵ Im Hinblick auf deliktsrechtliche Ansprüche würde mangels Einwilligung Rechtswidrigkeit vorliegen und regelmäßig ein Anspruch bestehen. Die vertragsrechtlichen Anforderungen an die Einwilligung bzw. die Aufklärung gelten auch für das Deliktsrecht.⁶ Allerdings muss der Patient einen Gesundheitsschaden erlitten haben, damit trotz fehlender oder unwirksamer Einwilligung ein Schadensersatzanspruch besteht.⁷ Die nicht von einer ordnungsgemäßen Aufklärung gedeckte Behandlung des Patienten als solche begründet keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,⁸ auch wenn dies zum Teil in der Literatur gefordert wird.⁹ Nach der gefestigten Körperverletzungsdoktrin des BGH stellt jeder medizinische Eingriff eine tatbestandliche Körperverletzung dar.¹⁰

2. Aufklärungsformulare zwischen rechtlicher Anforderung und klinischer Praxis

Der Patient ist über alle für die Einwilligung relevanten Umstände aufzuklären.¹¹ Hierzu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie deren Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf Diagnose oder Therapie, vgl. § 630e Abs. 1 S. 2 BGB.

Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend und im Einzelfall können weitere relevante Aspekte hinzutreten.¹² Der Umfang der Aufklärung lässt sich nicht pauschal festlegen, da entscheidend ist, dass der Patient die wesentlichen Aspekte des Eingriffs verstanden hat, um eine informierte Abwägung vornehmen zu können.¹³ Ein medizinisches Fachwissen muss ihm dabei nicht vermittelt werden (Grundsatz der patientenbezogenen Information).¹⁴

¹ Vgl. zum entsprechenden Gesetzesvorhaben BT-Drs. 17/10488.

² Vgl. Mäsch, NJW 2013, 1354.

³ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 5.

⁴ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 6.

⁵ Entgegen aller nur Wagner, VersR 2012, 789 (791).

⁶ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 82.

⁷ BGH NJW 2020, 2273; BGH NJW 2008, 2344; Hassner, VersR 2013, 23 (31).

⁸ BGH NJW 2008, 2344.

⁹ Vgl. Gutman, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 630e Rn. 171; Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 118 ff.

¹⁰ Vgl. etwa BGH NJW 1989, 1533 (1535).

¹¹ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 26.

¹² Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 26.

¹³ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 24; BGH NJW 1976, 363 (364); BGH NJW 1980, 1905 (1907).

¹⁴ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 26 m.w.N.

Der Wortlaut von § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eindeutig: „Die Aufklärung muss mündlich erfolgen“. Nichtsdestotrotz werden in der Praxis häufig vorformulierte Formulare zur Aufklärung verwendet. Dies liegt wohl an der „fast ausweglose[n] Beweislage“¹⁵ der Ärzte, den zunehmenden Arzthaftungsprozessen¹⁶ und der Angst der Ärzte vor Haftungsrisiken.¹⁷ Gleichmaßen könnten Aufklärungen mittels Formularen den Klinikalltag effizienter gestalten, weil der Arzt sich nicht mit Aufklärungsgesprächen aufhalten muss. Die Einwilligung des Patienten als solches kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen, jedoch ist nach dem Gesetz eine mündliche Aufklärung notwendig, damit die Einwilligung wirksam ist.

In Anbetracht all dessen beschäftigt sich die vorliegende Ausarbeitung mit den Einsatzmöglichkeiten von Aufklärungs-/Einwilligungsformularen und deren Beweiskraft. Auch setzt sich diese Ausarbeitung mit der neueren Nutzung von softwarebasierten Formularen auseinander.

II. Hauptteil

1. Einsatzmöglichkeiten

Zunächst werden die Einsatzmöglichkeiten von Aufklärungs-/Einwilligungsformularen erläutert.

a) Aufklärung und Einwilligung durch Formulare bei intensiven Eingriffen

Der Wortlaut des § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB sieht vor, dass die Aufklärung „mündlich“ erfolgen muss. Dies spricht gegen die Möglichkeit, eine Aufklärung lediglich mithilfe eines Formulars durchzuführen. Bereits vor der Kodifizierung der Patientenrechte in den §§ 630a ff. BGB hat der BGH strenge Anforderungen an die Aufklärung gestellt und eine rein schriftliche Aufklärung als grundsätzlich nicht genügend angesehen.¹⁸ So führt der BGH aus, dass die Aufklärung eines „vertrauensvollen Gesprächs zwischen Arzt und Patient“ bedarf.¹⁹ Die Literatur nimmt ebenfalls an, dass eine Aufklärung dem Grunde nach nicht schriftlich erfolgen kann.²⁰ Anders kann der Arzt gar nicht gewährleisten, dass der Patient die mitgeteilten Informationen verstanden hat. Letzterer hat wiederum bei einer schriftlichen Aufklärung keine Möglichkeit, Fragen zu stellen und der Behandlung auf diese Weise auf den Grund zu gehen.²¹ Die Gesetzesbegründung führt weiter aus, dass die Aufklärung „nicht auf einen lediglich formalen Merkposten innerhalb eines Aufklärungsbogens reduziert“ werden soll.²² Dem Patienten soll so die Möglichkeit gegeben werden, unmittelbar Rückfragen zu stellen. Insbesondere bei schweren Eingriffen mit ernststen Schadensrisiken ist nach nahezu einhelliger Meinung kein Spielraum vorhanden, von dem Erfordernis der Mündlichkeit abzuweichen.²³ Hiervon ausgenommen sind Eingriffe, die keiner Aufklärung bedürfen, vgl. § 630e Abs. 3 BGB. Dieses restriktive Verständnis vermag zu überzeugen und ist ein Ausdruck des Wandels vom paternalistischen zum partnerschaftli-

¹⁵ BGH NJW 1980, 1333 (1334).

¹⁶ Vgl. Wepner, Der Hausarzt 11/2024, 11.

¹⁷ Vgl. Wepner, Der Hausarzt 11/2024, 11.

¹⁸ Vgl. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. IV Rn. 4.

¹⁹ BGH NJW 2025, 1559 (1560).

²⁰ Andere Ansicht nur Fenger, in: FS Bergmann, 2016, S. 49.

²¹ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630e Rn. 62.

²² BT-Drs. 17/10488, S. 24.

²³ Katzenmeier, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 630e Rn. 32 m.w.N.

chen Arzt-Patient-Verhältnis²⁴. Bei komplexeren Eingriffen ist umso mehr auf die jeweilige körperliche Konstitution des Patienten einzugehen. Eine individuelle Risikoallokation erscheint nicht möglich durch ein vorgefertigtes schriftliches Formular. Auch lassen sich bei solchen schwerwiegenden Eingriffen individuelle Risikoausprägungen wissenschaftlich nicht ausschließen, sodass eine einzel-fallabhängige Erörterung durch den Arzt geboten erscheint. Weiterhin sind die Risiken für den Patienten aufgrund der Intensität des Eingriffs erhöht, weshalb es umso mehr geboten erscheint, dass der Patient jegliche einzelfallabhängigen Informationen erhält, damit dieser eine Abwägung für sich vornehmen kann.

b) Aufklärung und Einwilligung durch Formulare bei einfachen Routineimpfungen

aa) Darstellung der verschiedenen Ansichten

Divergierender sind die Ansichten bei Routineimpfungen mit geringer Risikoneigung. Eine Aufklärung lediglich mittels Formular wird nicht völlig ausgeschlossen. Der BGH hat im Jahr 2000 – also vor der Kodifikation der Patientenrechte²⁵ – geurteilt, dass bei einer Polio²⁶-Impfung eine Aufklärung in schriftlicher Form genügt, wenn dem Patienten die Möglichkeit zur Nachfrage eingeräumt wird.²⁷ In einer aktuellen Entscheidung wird die Judikatur zur Polioimpfung erneut vom BGH nebenläufig erwähnt.²⁸ Dies lässt sich wohl so verstehen, dass der BGH an dieser Rechtsprechung festhält. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte nimmt ebenfalls zum Teil an, dass eine Aufklärung mittels Formblatt genügt, wenn explizit auf die Möglichkeit hingewiesen wird, bei Verständnisschwierigkeiten den Arzt zu befragen.²⁹

Das Urteil des BGH wurde damals vereinzelt kritisch gesehen,³⁰ aber hauptsächlich positiv aufgenommen³¹ und wird heute als Basis der Argumentation verwendet, wenn angenommen wird, dass bei derart einfach gelagerten Eingriffen eine Aufklärung mittels Formular genügt.³² Dabei ist innerhalb dieser Meinung umstritten, welche Eingriffe umfasst sein sollen:

Es wird zum Teil angenommen, dass auf die Empfehlung der STIKO³³ zurückzugreifen ist und dass alle Impfungen, die diese Kommission empfiehlt, so ungefährlich sind, dass eine mündliche Aufklärung entbehrlich ist.³⁴ Auch wird vertreten, dass allgemein anhand der Gefährlichkeit des Eingriffs abgewogen werden soll. Je weniger gefährlich der Eingriff ist, desto weniger strenge Anforderungen sind an die Form der Aufklärung zu stellen.³⁵ Andere nehmen an, dass nur „Routineimpfungen“, die jedem Menschen empfohlen werden, von der Mündlichkeit ausgenommen sind.³⁶ Schließlich sind

²⁴ Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S. 10 ff.

²⁵ BGBl. I 2013, S. 277; Das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten ist am 26.2.2013 in Kraft getreten, vgl. Art. 5 des Gesetzes.

²⁶ Auch genannt „Kinderlähmung“.

²⁷ BGH NJW 2000, 1784 (1785).

²⁸ BGH NJW 2025, 1559 (1560).

²⁹ LG Heilbronn BeckRS 2023, 1660 Rn. 22; OLG München NJW-RR 1994, 1307; OLG Zweibrücken BeckRS 2013, 5232.

³⁰ Deutsch, JZ 2000, 898 (902).

³¹ „Selten kann man eine höchstrichterliche Entscheidung aus Karlsruhe so loben“ Schlund, JR 2001, 102 (107).

³² Vgl. etwa Gutman, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 630e Rn. 110.

³³ Vgl. § 20 Abs. 2 IfSG.

³⁴ Vgl. etwa Gutman, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 630e Rn. 110.

³⁵ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630e Rn. 65.

³⁶ Katzenmeier, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 630e Rn. 33.

manche der Auffassung, dass diese Argumentation aufgrund der neuen Regelung des Gesetzgebers „nicht mehr haltbar“ sei.³⁷

bb) Stellungnahme

Grundlegend erscheint es notwendig, wenn man überhaupt eine Ausnahme von der Mündlichkeit annehmen möchte, eine solche restriktiv zu verstehen. Es sprechen gewichtige Argumente für die Mündlichkeit der Aufklärung und die zuvor benannten möglichen Ausnahmen sind regelmäßig problembehaftet.

Ausgangspunkt der Ansichten ist, dass eine Differenzierung anhand der „Einfachheit“ oder „Routinemäßigkeit“ des Eingriffs vorgenommen wird. Damit verbunden ist das Problem, dass Maßstäbe geschaffen werden müssen, wann ein Eingriff einfach ist. Eine Risikobewertung in der Medizin kann sehr differenziert ausfallen und ist nicht selten von verschiedenen Meinungen in der Wissenschaft geprägt. Man könnte sowohl auf die Perspektive des Arztes als auch auf die Perspektive des Patienten abstellen, was bereits zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen würde.³⁸ Der Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, dass die Aufklärung im Falle von „geringfügigen Eingriffen“ in bloßer Textform erfolgen kann.³⁹ Ein solcher Vorschlag sah der Referentenentwurf des Patientenrechtsgesetzes vor, jedoch wurde dies nie kodifiziert.⁴⁰ Der BGH hat in seiner Entscheidung zur Routineimpfung maßgeblich auf die durch die millionenfache Anwendung der Impfung gewonnene Erfahrung abgestellt und die individuelle körperliche Konstitution des Patienten als unerheblich bewertet, um einen einfachen Routineeingriff anzunehmen.⁴¹ Damit hat das Gericht eine Risikoeinschätzung gebilligt, die sich von den Besonderheiten des Einzelfalls nahezu vollständig gelöst hat.⁴² Ein Formular kann sich nicht an die individuelle körperliche Konstitution des Patienten anpassen. Auch vermag es nicht uneingeschränkt zu überzeugen, wenn angeführt wird, dass dem Patienten ausdrücklich die Möglichkeit geboten wird, sich bei Rückfragen an den Arzt zu wenden. Die Zeit, die sich ein Arzt für den Patienten nehmen kann, wird immer kürzer und die Vorlaufzeit für einen Termin immer länger.⁴³ Darunter leidet die gesundheitliche Versorgung.⁴⁴ Dieses Problem würde verstärkt werden, wenn man den Ärzten die Möglichkeit geben würde, den Hauptteil der Aufklärung mittels Formulars durchzuführen. Sollte ein Patient eine Frage haben, müsste er möglicherweise eine lange Zeit auf einen Termin beim Arzt warten. Dies würde zu einer Effektivität der Klinik zulasten des Patienten führen. Auch würde es dem Patienten eine gewisse Überwindung abverlangen, auf den Arzt zuzukommen.⁴⁵ Insbesondere kann der Patient vor der erfolgten mündlichen Aufklärung noch nicht als selbstbestimmtes Subjekt angesehen werden, das sich selbst gestalterisch in die Abläufe einbringt.⁴⁶

³⁷ Spickhoff, in: Spickhoff, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 630e Rn. 8; Rehborn/Gescher, in: Erman, *BGB*, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 630e Rn. 25.

³⁸ Terbille/Fifel, in: Clausen/Schroeder-Printzen, *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 417.

³⁹ Vgl. Spickhoff, *ZRP* 2012, 65 (68).

⁴⁰ Vgl. Spickhoff, *ZRP* 2012, 65 (68).

⁴¹ Gödicke, *Formularerklärungen in der Medizin*, 2008, S. 354; Deutsch, *JZ* 2000, 898 (902).

⁴² Gödicke, *Formularerklärungen in der Medizin*, 2008, S. 354; Deutsch, *JZ* 2000, 898 (902).

⁴³ Vgl. Bartens, *SZ* v. 22.4.2019, S. 1–2.

⁴⁴ Vgl. Bartens, *SZ* v. 22.4.2019, S. 1–2.

⁴⁵ Vogeler/v. Hirschheydt, *NJW* 2025, 1530 (1531).

⁴⁶ Vogeler/v. Hirschheydt, *NJW* 2025, 1530 (1531).

Nichtsdestotrotz ist das Interesse des Arztes nicht aus dem Auge zu verlieren. Um bei der konkreten Impfung zu bleiben, mit welcher sich der BGH beschäftigt hat: Zwar besteht keine Impfpflicht gegen Polio, jedoch ist davon auszugehen, dass nahezu jedes Kind in Deutschland diese Impfung erhält. Auch sind die Kontraindikationen und die Risiken einer Polioimpfung sehr überschaubar. Weiterhin ist auch davon auszugehen, dass ein Kinderarzt mehrmals die Woche eine solche Impfung verabreicht. Würde man in diesem Fall zu hohe Anforderungen an die Aufklärung bei der Impfung stellen, würde dies dem Kinderarzt mehr Arbeit aufbürden. Die Realität ist auch, dass die kinderärztlichen Praxen bereits jetzt regelmäßig an ihren Kapazitätsgrenzen sind. Noch weitere Arbeit würde die zuvor erwähnte Problematik der Wartezeit bis zum Termin verschlimmern und im Ergebnis die Gesundheitsversorgung sogar weiter verschlechtern.

Somit ist unter Abwägung aller Interessen im Ergebnis an der Rechtsprechung des BGH festzuhalten. Bei Impfungen gegen Polio und vergleichbaren Impfungen, welche jedem Menschen von der STIKO empfohlen werden und keine wesentlichen Risiken oder Kontraindikationen aufweisen, sollte eine schriftliche Aufklärung möglich sein, wenn dem Patienten die Möglichkeit gegeben wird, Rückfragen zu stellen. Aktuell wäre dafür wohl eine teleologische Reduktion des § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB notwendig.

c) Aufklärung und Einwilligung durch Formulare bei Corona-Impfung

Umstritten ist, inwieweit sich die zuvor dargestellte Rechtsprechung des BGH auf die Corona-Schutzimpfung übertragen lässt. Diese Fragestellung gewann insbesondere während der pandemischen Phase an Relevanz und wurde zum Teil in der Rechtsprechung bejaht.⁴⁷ Argumentativ wurde regelmäßig auf die Empfehlung der STIKO zurückgegriffen.⁴⁸ Weiterhin wurde dargelegt, dass der Impfstoff durch die ständige Berichterstattung der Bevölkerung bekannt ist und die Impfkampagne sich verzögern würde, wenn ein mündliches Gespräch notwendig wäre.⁴⁹ Die Literatur verhielt sich eher zurückhaltend.⁵⁰

Ein wesentlicher Unterschied besteht in der zum damaligen Zeitpunkt unzureichenden klinischen Forschung zu den potenziellen Folgen der Corona-Impfstoffe, was diesen den Charakter einer sog. Neulandmethode verleiht. Demgegenüber wird etwa die Impfung gegen Polio bereits seit Jahrzehnten angewandt und ist klinisch hinreichend erforscht. Im Verlauf der Impfkampagne wurde beispielsweise der Impfstoff von „AstraZeneca“ aus – unter anderem, aber nicht ausschließlich – sicherheitsbezogenen Gründen nicht weiter verabreicht. Vor dem Hintergrund dieser Unsicherheiten erscheint eine Übertragung der BGH-Rechtsprechung zur Aufklärung bei Routinebehandlungen nicht sachgerecht. Die mit der Corona-Impfung verbundene Ungewissheit und potenzielle Gefährdung wiegen deutlich schwerer, sodass der Schutzzweck des § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB durch eine rein schriftliche Aufklärung – weder damals noch heute – erfüllt werden kann.

Nichtsdestotrotz war es während der Hochphase der Pandemie gängige Praxis, die Aufklärung in vielen Fällen ausschließlich schriftlich durchzuführen. Aus Gründen der Zeitökonomie fand ein persönliches ärztliches Gespräch häufig nicht oder nur in stark verkürzter Form statt.

⁴⁷ OLG Stuttgart BeckRS 2024, 14555 Rn. 39; LG Heilbronn BeckRS 2023, 1660 Rn. 20; LG Berlin II BeckRS 2025, 397 Rn. 19.

⁴⁸ LG Heilbronn BeckRS 2023, 1660 Rn. 20; LG Berlin II BeckRS 2025, 397 Rn. 19.

⁴⁹ LG Heilbronn BeckRS 2023, 1660 Rn. 20; LG Berlin II BeckRS 2025, 397 Rn. 19.

⁵⁰ Spickhoff, NJW 2022, 1718 (1719 Rn. 4); Auf der Heiden, NJW 2022, 3737 (3741 Rn. 23).

d) Ergänzung der mündlichen Aufklärung durch Formulare

Weniger Probleme bereitet die Möglichkeit, den Patienten mündlich aufzuklären und ergänzend auf schriftliche Unterlagen Bezug zu nehmen. Diese Möglichkeit ist im Gesetz verankert (§ 630e Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 BGB) und entsprechend auch anerkannt.⁵¹ Dies erscheint auch logisch, weil der Arzt nicht weniger tut als verlangt (also etwa gar nicht mündlich aufklärt), sondern noch darüber hinausgeht.

2. Beweisrechtliche Bedeutung

Nun wird die beweisrechtliche Bedeutung erläutert.

a) Beweislast im Arzthaftungsprozess

Gem. § 630h Abs. 2 S. 1 BGB hat der Arzt zu beweisen, dass er eine Einwilligung (§ 630d BGB) eingeholt und ordnungsgemäß aufgeklärt hat (§ 630e BGB). Es handelt sich insofern um eine Angleichung an die deliktsrechtliche Beweisverteilung. Nach den allgemeinen Grundsätzen hätte der Arzt bei einem deliktsrechtlichen Anspruch im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu beweisen, dass er eine entsprechende Einwilligung eingeholt hat. Die nicht erfolgte Einwilligung bzw. Aufklärung stellt im Rahmen der vertragsrechtlichen Haftung eine Pflichtverletzung dar, welche – wenn § 630h Abs. 2 S. 1 BGB nicht existieren würde – der Patient zu beweisen hätte. Nicht nur dogmatisch erscheint die Harmonisierung der Beweisverteilung sinnvoll, sondern auch aus prozessualer Sicht. Es ist deutlich schwieriger für den Patienten den negativen Beweis zu erbringen, dass keine ordnungsgemäße Aufklärung stattgefunden hat, als für den Arzt zu beweisen, dass eine solche stattgefunden hat.⁵² Ziel ist es, die „Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess“ herzustellen.⁵³

Nicht zuletzt aufgrund der Beweisverteilung ist eine schriftliche Aufklärung bei Ärzten gängig. Mit der zunehmenden Zahl an Arzthaftungsprozessen wächst auch die Sorge vieler Ärzte, für Behandlungsfehler persönlich haftbar gemacht zu werden.⁵⁴ Die Tatsache, dass der BGH bei einem medizinisch indizierten Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung annimmt,⁵⁵ vermag wohl dazu beigetragen zu haben, dass für Ärzte Rechtsunsicherheit vorherrscht⁵⁶.

b) Beweis durch Aufklärungs-/Einwilligungsformulare

Aus § 630h Abs. 3 BGB ergibt sich nicht die Vermutung, dass die Aufklärung nicht stattgefunden hat, wenn diese nicht in der Patientenakte aufgezeichnet wurde. Zwar ist der Arzt gem. § 630f Abs. 1 S. 1 BGB dazu verpflichtet, die Aufklärung in der Patiententakte zu dokumentieren, jedoch greift die in § 630h Abs. 3 BGB normierte Vermutung nur, wenn es sich um eine „medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme“ handelt. Die Aufklärung ist zwar ein elementarer Bestandteil des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, aber nicht medizinisch geboten.⁵⁷

⁵¹ BGH NJW 2025, 1559 m.w.N.

⁵² Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630h Rn. 36.

⁵³ BT-Drs. 17/10488, S. 28; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630h Rn. 36.

⁵⁴ Wepner, Der Hausarzt 11/2024, 11.

⁵⁵ Vgl. etwa BGH NJW 1989, 1533 (1535).

⁵⁶ Sinnbildlich dafür der gängige Spruch „im Rettungsdienst steht man mit einem Bein im Gefängnis“, vgl. Staufer, Deutsches Ärzteblatt 13/2018, 2.

⁵⁷ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. XI Rn. 153.

aa) Beweiskraft

Die Beweiskraft einer vom Patienten unterzeichneten Einwilligungserklärung ist umstritten. Da solche Dokumente vor allem Beweissorgen des Arztes und der Klinik dienen,⁵⁸ ist diese Rechtsunsicherheit unvorteilhaft.

Die Instanzgerichte nehmen zum Teil eine Privaturkunde an, welche einen Vollbeweis erbringen würde.⁵⁹ Dem hält der BGH überzeugend entgegen, dass die Unterschrift des jeweiligen Patienten nicht genügt, um zu beweisen, dass der Patient das Dokument tatsächlich gelesen und verstanden hat.⁶⁰ Der Patient muss im individuellen Umfang aufgeklärt werden. Die Literatur folgt dieser Ansicht.⁶¹ Auch kann die Unterschrift keinen konkludenten Aufklärungsverzicht⁶² darstellen, weil § 630e Abs. 3 BGB einen ausdrücklichen Verzicht fordert.⁶³

Jedoch hat der BGH die Beweisnöte des Arztes anerkannt⁶⁴ und stellt fest, dass die Unterschrift unter einem Formular ein Indiz darstellt, dass die Aufklärung überhaupt stattgefunden hat.⁶⁵ Dabei gilt grundsätzlich: Je konkret-individueller ein Formular ausgefüllt und ergänzt wurde, desto stärker ist regelmäßig auch dessen beweisrechtliche Wirkung.⁶⁶ Ebenso stellt die nicht vorhandene Unterschrift unter einem verwendeten Formular ein Indiz gegen die Durchführung eines Aufklärungsgesprächs dar.⁶⁷ An das Fehlen der Dokumentation der Patientenaufklärung dürfte „keine allzu weitgehende Beweisskepsis geknüpft werden“.⁶⁸ Nach der „Immer-so“-Rechtsprechung soll es genügen, wenn der Arzt beweisen kann, dass er grundsätzlich gewissenhaft aufklärt und eine auch nur teilweise vorhandene Dokumentation (etwa einer Skizze, einer Eintragung von Aufklärungszeitpunkt, -person und -gegenstand)⁶⁹ die konkrete Aufklärung darlegt.⁷⁰ Generell sollen „keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen“⁷¹ an den Beweis des Arztes gestellt werden. Mitunter nimmt die Judikatur auch eine negative Indizwirkung an.⁷²

Es ist überzeugend, dass ein Formular als solches nicht dazu in der Lage ist, einen Vollbeweis zu erbringen, dass eine mündliche Aufklärung stattgefunden hat, sondern nur eine indizielle Wirkung vorliegt. Eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit könnte das Erfordernis der Mündlichkeit aushebeln, weil zu befürchten wäre, dass Ärzte aus Beweissorgen nur noch auf Formulare zurückgreifen. Genau dies ist nicht gewollt.⁷³ Weiterhin fehlt es an dem für eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit erforderlichen Erfahrungssatz, dass vom Patienten unterzeichnete Aufklärungsformulare stets vollständig und richtig sind.⁷⁴ Die Gefahr einer bloßen „Unterschrift unter Zeitdruck“

⁵⁸ Vgl. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 57 m.w.N.

⁵⁹ OLG Frankfurt a.M. VersR 1994, 986; OLG Hamm VersR 2011, 625.

⁶⁰ BGH NJW 1984, 1397; BGH NJW 1985, 1399; BGH VersR 1999, 190.

⁶¹ Vgl. etwa Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. XI Rn. 152; Petig/Rensen, MDR 2012, 877.

⁶² Früher umstritten Roßner, NJW 1990, 2291 (2294) m.w.N.

⁶³ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 42.

⁶⁴ BGH NJW 1978, 1681 (1682); BGH NJW 1980, 1333 (1334).

⁶⁵ BGH NJW 2014, 1527 (1528).

⁶⁶ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350 (1353).

⁶⁷ OLG München MedR 2006, 431 (432); Katzenmeier, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 630e Rn. 34.

⁶⁸ BGH NJW 2014, 1527 (1528).

⁶⁹ Katzenmeier, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 630h Rn. 33.

⁷⁰ BGH NJW 2014, 1527 (1528).

⁷¹ BGH NJW 1981, 2002 (2003).

⁷² Vgl. etwa OLG Hamm MedR 2014, 309 (311).

⁷³ BGH VersR 1985, 361.

⁷⁴ Vgl. Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. C 134.

ist in der medizinischen Praxis nicht zu unterschätzen und untergräbt zusätzlich die Aussagekraft solcher Dokumente. Die Vordrucke genügen in ihrer abstrakt-generalisierenden Fassung nicht den spezifischen Informationsbedürfnissen des jeweiligen Patienten und die Unterzeichnung solcher Schriftstücke beweist nicht, dass der Patient sie auch gelesen und verstanden hat.⁷⁵ Schließlich würde es zu einer faktischen Beweislastumkehr kommen, wenn man einem solchen Formular die Wirkung eines Vollbeweises beimessen würde: Der Patient müsste dann im Ergebnis den Beweis dazu führen, dass trotz seiner Unterschrift keine ordnungsgemäße Aufklärung erfolgt ist. Dies erscheint unbillig und steht im Widerspruch zu der Wertung des Gesetzes und der Rechtsprechung des BGH, wonach der Arzt die Beweislast zu tragen hat.

Demnach ist eine formularmäßige Bestätigung alleine nicht ausreichend um zu beweisen, dass die Aufklärung tatsächlich mündlich und ordnungsgemäß stattgefunden hat, stellt aber ein Indiz dar.

bb) AGB-rechtliche Kontrolle

Derartige Formulare könnten einer AGB-rechtlichen Kontrolle unterliegen. Dies könnte zur Folge haben, dass Teile der Formulare nichtig wären und somit keine Beweiskraft mehr hätten.

(1) Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle

Wenn Ärzte durch Formulare aufklären, dann geschieht dies regelmäßig durch bereits vorformulierte Schriftstücke. Sie werden also häufig nicht individuell angefertigt, sondern nur durch Daten des jeweiligen Patienten ergänzt. Daher liegt in solchen Konstellationen häufig keine Individualvereinbarung (§ 305b BGB) vor. Da der Patient diese Formulare zur Unterschrift ausgehändigt bekommt, besteht auch kein Zweifel hinsichtlich der Einbeziehung (§ 305 Abs. 2 BGB). All dies führt im Ergebnis dazu, dass die Voraussetzungen einer AGB-Kontrolle vorliegen würden und entsprechende Klauseln nichtig sein könnten. Beispielweise könnte eine solche Klausel vorsehen, dass der Patient bestätigt, dass er die Patienteninformation gelesen hat und entsprechend aufgeklärt wurde.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind §§ 305 ff. BGB ihrem Schutzzweck nach entsprechend für die von einem Verwender vorformulierten einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die weder eine Nebenabrede enthalten noch zum notwendigen Inhalt eines gleichzeitig abgeschlossenen Vertrags gehören, aber im Zusammenhang mit der vertraglichen Beziehung stehen, anzuwenden.⁷⁶ Die AGB-Problematik ist dem Gesetzgeber der §§ 630a ff. BGB verborgen geblieben.⁷⁷ Lange war in der Literatur umstritten, ob und inwiefern eine AGB-Kontrolle bei Formularen zur Aufklärung Anwendung findet.⁷⁸ Auch die Instanzgerichte waren sich uneinig.⁷⁹ Wegweisend war das Urteil des BGH im Jahr 2021. Der BGH stellt fest, dass Formulare, die eine ärztliche Aufklärung und die Entscheidung des Patienten, ob er eine angeratene Untersuchung vornehmen lassen will, dokumentieren sollen, keiner Kontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, §§ 308, 309 BGB unterliegen. Begründet wird dies damit, dass für die ärztliche Aufklärung durch die Rechtsprechung des BGH entwickelte eigenständige Regeln gelten, die auch das Beweisregime erfassen.⁸⁰ Somit sind Aufklärungsformulare zwar als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren, allerdings ist diese Qualifizierung ohne weitere

⁷⁵ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. XI Rn. 152.

⁷⁶ BGH NJW 1999, 1864.

⁷⁷ Weiler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2025, § 309 Nr. 12 Rn. 90.1; Prütting/Friedrich, *GesR* 2019, 749 (756).

⁷⁸ Bunte, NJW 1986, 2351 (2354); Niebling, MDR 1982, 193 (196); ders., MDR 2018, 712; Spickhoff/Bleckwenn, *VersR* 2013, 1350 (1358).

⁷⁹ Vgl. etwa LG Düsseldorf BeckRS 2016, 125148 Rn. 14.

⁸⁰ BGH NJW 2021, 3528 (3528).

Bedeutung, da keine abweichende oder ergänzende Regelung getroffen wurde und somit gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB die §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung finden. Mit Bezug auf ebendieses Urteil wird kaum noch in der Literatur vertreten, dass eine AGB-Kontrolle Anwendung findet.⁸¹ Vielmehr wurde das Urteil grundsätzlich positiv in der Literatur aufgenommen und als Meinung überwiegend akzeptiert.⁸²

Jedoch wird die dogmatische Herleitung des Urteils kritisiert.⁸³ Die Vorinstanz hatte noch eine teleologische Reduktion des § 309 Nr. 12 BGB angenommen,⁸⁴ doch der BGH greift darauf nicht zurück. Das Gericht führt aus, dass für die ärztliche Aufklärung die vom BGH entwickelten eigenständigen Regeln gelten, die auch das Beweisregime erfassen. Nach dem BGH ist ein Aufklärungsformular ein probates Mittel für den Arzt, um in einem Arzthaftungsprozess einen Beweis zu erbringen. Dazu wird in der Literatur ausgeführt, dass dies aber noch nicht erkläre, wieso die Inhaltskontrolle keine Anwendung findet.⁸⁵ Nur weil ein Aufklärungsformular grundsätzlich erlaubt ist – oder mit anderen Worten: nur weil etwas grundsätzlich vom Gesetz erlaubt ist – kann dies nicht direkt der Inhaltskontrolle entzogen werden.⁸⁶ Dabei wird folgender Vergleich angeführt: Ein vorformulierter Haftungsausschluss im Kaufrecht wird auch nicht automatisch der Inhaltskontrolle entzogen, nur weil das Gesetz einen Haftungsausschluss (§ 444 BGB) grundsätzlich als zulässig ansieht.⁸⁷ Es wird demnach der Eindruck erweckt, dass es das klare Ziel des BGH war, dass derartige Formulare weiter Bestand haben, um den Beweisnöten des Arztes Rechnung zu tragen, und dass dieses Ziel irgendwie dogmatisch versucht wurde, zu begründen.⁸⁸

Das Ergebnis des Bundesgerichts ließe sich auch mittels § 630e Abs. 2 S. 2 BGB herleiten. Die Norm verlangt, dass dem Patienten Abschriften von Dokumenten im Zusammenhang mit der Aufklärung überreicht werden.⁸⁹ Offenbar geht das Gesetz davon aus, dass es zu einer Unterzeichnung dieser typischerweise vorgedruckten Unterlagen kommt.⁹⁰ Die Gesetzesbegründung führt weiter aus, dass eine Bestätigung der Aufklärung und Einwilligung beispielweise durch „etwaige Formulare“ möglich ist.⁹¹

Zusammenfassend ist dem BGH inhaltlich insofern zu folgen, als die Inhaltskontrolle keine Anwendung auf Patientenformulare zur Aufklärung findet. Dieses Ergebnis trägt der Beweisbedürftigkeit der Ärzte Rechnung und erscheint daher geboten. Die Anwendung der Inhaltskontrolle würde der Realität des Arzthaftungsprozesses kaum gerecht werden: Verfahren, in denen um die ordnungsgemäße Aufklärung gestritten wird, sind typischerweise von einer schwachen bis inexistenten Erinnerung des Behandlers an das (oftmals mehrere Jahre zurückliegende) konkrete Gespräch geprägt, sodass Aufklärungsformularen nicht nur für die Frage nach dem „Ob“ der Aufklärung, sondern auch dafür zukommt, was inhaltlich besprochen wurde.⁹² Derartige Formulare sind eine essenzielle Ergän-

⁸¹ Vgl. etwa Mäsch, JuS 2022, 772.

⁸² Prütting, JZ 2022, 93 (95); Niebling, NJ 2021, 544 (543); Friedrich, NJW 2021, 3528 (3529).

⁸³ Mäsch, JuS 2022, 772 (773).

⁸⁴ OLG Düsseldorf BeckRS 2020, 15117 Rn. 19.

⁸⁵ Mäsch, JuS 2022, 772 (773).

⁸⁶ Mäsch, JuS 2022, 772 (773).

⁸⁷ Mäsch, JuS 2022, 772 (773).

⁸⁸ Mäsch, JuS 2022, 772 (774).

⁸⁹ Weiler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2025, § 309 Nr. 12 Rn. 90.1.

⁹⁰ Weiler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2025, § 309 Nr. 12 Rn. 90.1.

⁹¹ BT-Drs. 17/10488, S. 29.

⁹² Vgl. Friedrich, NJW 2021, 3528 (3529).

zung zu der vom BGH geprägten Beweiserleichterung für Ärzte. Lediglich die dogmatische Begründung als solche ist vage.

(2) Verzicht der Aufklärung durch Formulare

Schließlich könnte der Arzt die Notwendigkeit der Mündlichkeit umgehen, indem er ein vorformuliertes Formular nutzt und einen Aufklärungsverzicht des Patienten in das Formular einbaut. Einer Aufklärung des Patienten bedarf es gem. § 630e Abs. 3 Var. 2 BGB nicht, wenn dieser darauf ausdrücklich verzichtet hat. Unabhängig davon, ob die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle Anwendung findet, ist nach einhelliger Meinung in der Literatur eine Klausel in einem Behandlungsvertrag, die einen vorformulierten Aufklärungsverzicht enthält, überraschend und damit nach § 305c Abs. 1 BGB unwirksam.⁹³ Dem ist sich anzuschließen, da eine solche Klausel grundsätzlich so ungewöhnlich ist, dass damit nicht zu rechnen wäre. Der Patient geht in ein Arztgespräch mit der berechtigten Erwartung, dass er nicht nur untersucht oder behandelt wird, sondern dass man ihn auch über Risiken, Alternativen und Erfolgsaussichten aufklärt. In der medizinischen Praxis gehört die Aufklärung zum Standard jeder Behandlung.

3. Einsatzmöglichkeiten und beweisrechtliche Bedeutung softwarebasierter Formulare

Nun werden die Einsatzmöglichkeiten und die beweisrechtliche Bedeutung von softwarebasierten Formularen erörtert.

a) Aktuelle Rechtslage

Zunächst wird die aktuelle Rechtslage dargestellt.

aa) Einsatzmöglichkeiten

Hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten gilt, dass softwarebasierte Formulare aktuell nicht die mündliche Aufklärung durch den Arzt ersetzen können. Wie auch bei Aufklärungen in Textform mangelt es an der Mündlichkeit. Bereits jetzt ist anerkannt, dass bei der Aufklärung entgegen dem Wortlaut in § 630e Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 BGB auch auf andere Medien, welche nicht in Textform sind, ergänzend zurückgegriffen werden kann.⁹⁴ Der ergänzende Einsatz von derartiger Software ist also möglich.

bb) Beweisrechtliche Bedeutung

In Bezug auf die beweisrechtliche Bedeutung, ist zunächst festzustellen, dass digitale Dokumente keine Urkunden darstellen, da sie weder in verkörperter Form vorliegen noch ohne technische Hilfsmittel lesbar sind.⁹⁵ Somit sind digitale Aufklärungsbögen – auch wenn sie mittels Unterschriftspads signiert wurden – Gegenstand des richterlichen Augenscheins gem. § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO.⁹⁶

Etwas anderes würde sich ergeben, wenn die Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur erfüllt wären. Bei einer solchen sind nach § 371a Abs. 1 S. 1 ZPO die Vorschriften über die

⁹³ Gutman, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 630e Rn. 179; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 630e Rn. 75; Deutsch, NJW 1983, 1351 (1353); Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 440.

⁹⁴ Rehborn/Gescher, in: Erman, BGB, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 630e Rn. 27.

⁹⁵ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350 (1350); Röß, in: Musielak/Voit, ZPO, Kommentar, Bd. 2, 22. Aufl. 2025, § 415 Rn. 5.

⁹⁶ OLG München NJW 2012, 3584; Schmitz, NVwZ 2013, 410; Diederichsen, GesR 2011, 257 (263).

Beweiskraft privater Urkunden entsprechend anzuwenden. Die qualifizierte elektronische Signatur ist in Art. 3 Nr. 12 der EU Verordnung Nr. 910/2014 definiert. Die Voraussetzungen sind bei einer digitalen Unterschrift mittels Unterschriftenpad nicht erfüllt.⁹⁷

Sollte § 371a ZPO zur Anwendung kommen, würde nach Abs. 1 S. 2 ein Anschein für die Echtheit der in dem digitalen Aufklärungsbogen zum Ausdruck kommenden Erklärung bestehen. Sollte das Formular dem richterlichen Augenschein unterliegen, hätte das Gericht ohne Anschein zu beurteilen, ob die dem Objekt zu entnehmende Behauptung als wahr angesehen wird oder nicht.

In jedem Fall hätte ein Formular, welches mit einer qualifizierten elektronische Signatur versehen ist (und somit § 371a ZPO Anwendung findet), keinen bedeutenden beweisrechtlichen Mehrwert, da auch ein solches Formular nicht geeignet ist, zu beweisen, dass das Gespräch tatsächlich stattgefunden hat und welche Inhalte dort besprochen wurden.⁹⁸ Auch hier lässt sich lediglich eine indizielle Wirkung annehmen, wie auch bei Formularen in Papierform.⁹⁹ Der Vorteil einer solchen Signatur wäre, dass eine Vermutung begründet wird, dass das Formular die ergänzenden Hinweise (also etwa Name des Patienten) schon damals enthielt und nicht nachträglich vervollständigt worden ist. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Nachweis einer nachträglichen Manipulation ohnehin der Patientenseite obliegt.¹⁰⁰

Beweisrechtlich ergibt sich somit kein erheblicher Vorteil, wenn auf ein elektronisches Formular zurückgegriffen wird. Ebenso ergibt sich aber auch kein Nachteil, weil der Beweiswert vergleichbar ist mit dem eines schriftlichen Formulars.

b) Ausblick auf die Nutzung softwarebasierter Formulare

Insbesondere im Hinblick auf die Nutzung von künstlicher Intelligenz erscheint es durchaus möglich, dass ein solches interaktives und adaptives Formular sich der körperlichen Konstitution und den Fragen des Patienten anpasst und somit inhaltlich mindestens genauso (wenn nicht sogar besser¹⁰¹) qualitativ aufklärt und somit näher an die Qualität der Aufklärung durch einen Arzt heranrückt. Es bleibt abzuwarten, ob es auch den empathischen und vertrauensvollen Charakter eines menschlichen Gesprächs ersetzen kann,¹⁰² worauf die Rechtsprechung sich nicht zuletzt beruft,¹⁰³ wenn sie an der Mündlichkeit festhält. Mittlerweile ist anerkannt, dass es nicht zwingend erforderlich ist, dass ein Arzt sich in demselben Raum wie der Patient befindet, wenn die Aufklärung stattfindet, sondern auch ein fernmündliches Gespräch genügt.¹⁰⁴ Entsprechend ließe sich argumentieren, dass auch ein fernmündliches Gespräch mit einem „KI-Arzt“, eingebettet in einem digitalen Aufklärungsformular, genügen würde. Einen ersten abstrakten Rahmen für die Verwendung von KI für die ärztliche Aufklärung hat der europäische Gesetzgeber mit der KI-Verordnung geliefert.

Die Literatur hält der Aufklärung mittels KI derzeit entgegen, dass gem. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB die Aufklärung nur durch Personen erfolgen darf, die über eine entsprechende Ausbildung verfügen,

⁹⁷ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350 (1350).

⁹⁸ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350 (1364).

⁹⁹ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350 (1364).

¹⁰⁰ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350 (1358) m.w.N.

¹⁰¹ Ausführlich dazu und bestätigend: Beschluss der Bundesärztekammer über die Stellungnahme „Künstliche Intelligenz in der Medizin“, Deutsches Ärzteblatt 4/2024, 7 m.w.N.

¹⁰² Ausführlich dazu und bestätigend: Beschluss der Bundesärztekammer über die Stellungnahme „Künstliche Intelligenz in der Medizin“, Deutsches Ärzteblatt 4/2024, 7 m.w.N.

¹⁰³ BGH NJW 2025, 1559 (1560).

¹⁰⁴ BT-Drs. 19/13438, S. 70; Vogeler/v. Hirschheydt, NJW 2025, 1530 (1532) m.w.N.

während es der KI an Rechtsfähigkeit mangelt.¹⁰⁵ Daneben wird diskutiert, ob künstliche Intelligenz zumindest ergänzend zur mündlichen Aufklärung eingesetzt werden kann. Dadurch könnten mögliche Rückfragen des Patienten reduziert werden, sodass der Arzt weniger Zeit für das Aufklärungsgespräch aufwenden müsste. Da es sich bei der Aufklärung mittels KI um eine unerprobte Maßnahme handelt, wird in der Literatur vertreten, dass der Patient über die damit verbundenen Risiken gesondert aufzuklären ist und ausdrücklich in diese Form der Aufklärung einwilligen muss.¹⁰⁶

III. Schlussbetrachtung

Formulare – egal ob softwarebasiert oder nicht – können grundsätzlich nicht die mündliche Aufklärung durch den Arzt ersetzen. Die vom BGH geschaffene Ausnahme im Hinblick auf die Polio-Impfung ist zu begrüßen, da sie der Realität in Arztpraxen Rechnung trägt. Jedoch bleibt abzuwarten, ob der BGH an dieser Rechtsprechung auch nach der Kodifizierung der Patientenrechte festhält. Tendenziell ist davon aktuell auszugehen. Dies wäre ebenfalls zu begrüßen. Jedenfalls können Formulare ergänzend zu der mündlichen Aufklärung genutzt werden. Ebenso können softwarebasierte Formulare ergänzend eingesetzt werden.

Auch wenn Aufklärungs-/Einwilligungsformulare nicht allein dazu in der Lage sind, einen Vollbeweis im Haftpflichtprozess zu erbringen, ist dem BGH darin zuzustimmen, dass die Verwendung solcher Formulare „nützlich und dringend zu empfehlen“¹⁰⁷ ist. Diese stellen ein Indiz dar, welches in Kombination mit anderen Tatsachen das richterliche Beweismaß erfüllen kann. Softwarebasierte bzw. digitale Formulare haben regelmäßig einen identischen Beweiswert zu Formularen in Papierform.

Es bleibt abzuwarten, ob Innovationen im Bereich künstlicher Intelligenz dazu in der Lage sein werden, die Anforderungen der mündlichen Aufklärung zu erfüllen, und wie die Rechtsprechung und letztlich auch der Gesetzgeber darauf reagieren.

Angesichts der weitreichenden rechtlichen Konsequenzen ist es für den behandelnden Arzt unerlässlich, seinen Aufklärungspflichten mit besonderer Sorgfalt nachzukommen. Aus Patientensicht empfiehlt es sich, zum Aufklärungsgespräch eine Begleitperson hinzuzuziehen. Darüber hinaus sollte die ärztliche Seite das Gespräch umfassend dokumentieren und die verwendeten Aufklärungsbögen durch handschriftliche Ergänzungen individualisieren.

¹⁰⁵ Vgl. Katzenmeier, MedR 2021, 859 (861); Walter, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 630e Rn. 23.1; Voigt, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2025, § 823 Rn. 1088.

¹⁰⁶ Voigt, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2025, § 823 Rn. 1088.

¹⁰⁷ BGH NJW 2014, 1527 (1528).

Der BMJ-Entwurf „Digitale Gewalt“ – Schnittstellen zu § 201a StGB und Plattformregulierung

Rechtsanwalt/Notar Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian M. Teichmann, LL.M. (London), MBA (Oxford), St. Gallen*

Dieser Artikel untersucht den Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein „Gesetz gegen digitale Gewalt“ und dessen Auswirkungen auf den strafrechtlichen Schutz der Persönlichkeitsrechte im Internet. Dabei liegt ein besonderer Fokus auf den Schnittstellen zu § 201a StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen) und zu bestehenden Plattformregulierungen. Der Entwurf zielt auf eine Stärkung der individuellen Rechtsdurchsetzung bei „digitaler Gewalt“ ab, insbesondere durch erweiterte Auskunftsansprüche gegen Diensteanbieter und richterlich angeordnete Accountsperrn. Gleichzeitig wirft er verfassungsrechtliche Fragen auf. Es ist zu prüfen, ob die neuen Maßnahmen den Bestimmtheitsgrundsatz wahren und mit den Kommunikationsgrundrechten (Meinungsfreiheit, Recht auf Anonymität) vereinbar sind. Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass das geplante Gesetz wichtige Schutzlücken schließt und die Rechtsstellung von Opfern digitaler Übergriffe verbessert, jedoch bestimmte Begriffsbestimmungen und Verfahrensgarantien präzisiert werden müssen, um verfassungsrechtlichen Anforderungen, etwa an die Normenklarheit und die Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, gerecht zu werden.

I. Einleitung	826
II. Normative Grundlagen	827
1. Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz online und § 201a StGB	827
2. Zivilrechtliche Ansprüche und Lücken im Online-Kontext	828
3. Plattformregulierung und europäische Entwicklungen	829
III. Dogmatische Analyse des BMJ-Entwurfs „Digitale Gewalt“	829
1. Überblick über die Neuerungen des Gesetzentwurfs	829
a) Erweiterter Auskunftsanspruch gegenüber Diensteanbietern und Access-Providern	830
b) Gerichtliche Accountsperrre	830
c) Zustellungsbevollmächtigter für Auslandsplattformen	831
2. Verfassungsrechtliche Einordnung der Auskunftsansprüche	831
3. Verfassungsrechtliche Einordnung der Accountsperrre	832
IV. Rechtsprechung	833
1. Auskunftsansprüche und Anonymität	833
2. Maßnahmen gegen Online-Hass und -Hetze	834
V. Schluss	835

* Fabian Teichmann ist Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln, der Universität Kassel und der Universität Trier sowie Managing Partner einer Anwaltskanzlei.

I. Einleitung

Das Internet hat sich zum zentralen Kommunikationsraum entwickelt, birgt jedoch auch neue Gefahren für die Persönlichkeitsrechte. Phänomene wie Cybermobbing, Hassrede („hate speech“), Doxing (Veröffentlichen personenbezogener Daten) oder das Verbreiten intimer Aufnahmen ohne Einwilligung („revenge porn“) werden unter dem Schlagwort digitale Gewalt zusammengefasst. Zwar sind viele dieser Verhaltensweisen bereits heute strafbewehrt – etwa als Beleidigung (§ 185 StGB), Bedrohung (§ 241 StGB), Verleumdung (§ 187 StGB) oder Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (§ 201a StGB).¹ Dennoch zeigt sich in der Praxis, dass Betroffene digitaler Angriffe oft nur schwer effektiven Rechtsschutz erlangen. Hauptgründe sind die Anonymität im Netz und die rasante Verbreitungsmöglichkeit rechtswidriger Inhalte.²

Die Bundesrepublik Deutschland reagiert auf diese Problemlage mit dem geplanten „Gesetz gegen digitale Gewalt“ (GgdG). Ein im Dezember 2024 veröffentlichter Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) sieht neuartige Instrumente vor, um Opfern digitaler Persönlichkeitsrechtsverletzungen schnellere und effektivere Gegenmaßnahmen an die Hand zu geben. Kernstücke des Entwurfs sind erweiterte Auskunftsansprüche gegen Diensteanbieter zur Identifizierung anonymer Täter sowie richterlich angeordnete Accountsperrern zur präventiven Unterbindung weiterer Rechtsverletzungen. Diese Maßnahmen sollen bestehende Schutzlücken schließen, indem sie die private Rechtsverfolgung im Internet erleichtern und beschleunigen.³ Dabei betont das BMJ, dass die neuen Eingriffsbefugnisse mit Richtervorbehalt versehen sind, um einen schonenden Ausgleich zwischen der Meinungsfreiheit der Äußernden, dem Persönlichkeitsschutz der Betroffenen und der unternehmerischen Freiheit der Plattformbetreiber zu gewährleisten.

Die Einführung solcher weitreichenden Instrumente wirft zugleich verfassungsrechtliche Fragen auf. Zum einen stellt sich die Frage nach der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen. Unklare Begriffe wie „digitale Gewalt“ oder nicht hinreichend konturierte Voraussetzungen für eine Account-Sperrung könnten gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG⁴ bzw. den allgemeinen Rechtsstaatsgrundsatz verstoßen. Zum anderen berühren Auskunftsanordnungen und Accountsperrern die Kommunikationsgrundrechte – insbesondere die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG⁵ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. Anonymität im Netz gem. Art. 2 Abs. 1 GG.⁶ Kritiker warnen vor einem „chilling effect“ – einer abschreckenden Wirkung auf rechtmäßige Online-Kommunikation, wenn Nutzer verstärkt eine Enttarnung befürchten. Umgekehrt kann ungehinderte digitale Gewalt einen „silencing effect“ haben, indem sich Betroffene aus Furcht vor weiteren Angriffen aus dem öffentlichen Diskurs zurückziehen.⁷ Seitens des Gesetzgebers gilt es, beide Aspekte in ein verfassungskonformes Gleichgewicht zu bringen.

Die vorliegende Untersuchung beleuchtet zunächst die bestehenden normativen Grundlagen (II.), insbesondere § 201a StGB als zentrale Strafnorm zum Schutz vor bildbezogener digitaler Gewalt, sowie die einschlägigen Regelungen der Plattformregulierung (NetzDG, EU-DSA). Anschließend werden die wesentlichen Inhalte des BMJ-Entwurfs dogmatisch eingeordnet (III.), gefolgt von einem Blick auf die Rechtsprechung zu ähnlichen Fragestellungen (IV.). In Teil V. werden Stimmen aus der

¹ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 24.

² Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 1.

³ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 2.

⁴ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 103 Abs. 2.

⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 5.

⁶ Eichberger, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 2; Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (13).

⁷ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (14).

Literatur und Kritik am Entwurf dargestellt. Der Schluss (VI.) fasst die Ergebnisse zusammen und wagt einen Ausblick auf etwaigen Nachbesserungsbedarf.

II. Normative Grundlagen

1. Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz online und § 201a StGB

Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahren mehrfach auf neue Phänomene digitaler Gewalt reagiert und den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz ausgebaut. Dabei sind bereits klassische Delikte wie Beleidigung, üble Nachrede oder Verleumdung gem. §§ 185 ff. StGB⁸ und Bedrohung gem. § 241 StGB⁹ im Internet verwirklicht. Ein spezifischer Straftatbestand „Cybermobbing“ fehlt zwar, doch können hartnäckige Online-Belästigungen als Nachstellung gem. § 238 StGB¹⁰ verfolgt werden. Besonders schwere Fälle von Hassrede lassen sich als Volksverhetzung gem. § 130 StGB¹¹ ahnden.

Eine bedeutsame Rolle spielt im Kontext digitaler Gewalt § 201a StGB, der die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen unter Strafe stellt.¹² Diese Norm, 2004 eingeführt¹³ und zuletzt 2021 erweitert¹⁴, schützt das Persönlichkeitsrecht in Bezug auf Bildaufnahmen. Strafbar ist gem. (§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB¹⁵ unter anderem, wer unbefugt Bildaufnahmen von einer Person in deren höchstpersönlichem Lebensbereich, also einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt. Ebenso wird gem. § 201a Abs. 2 StGB¹⁶ bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einem Dritten zugänglich macht. Erfasst werden insbesondere heimliche Aufnahmen im privaten Raum (z.B. Wohnung) oder von einer hilflosen Person, aber auch das Verbreiten solcher Aufnahmen. In der Praxis dient § 201a StGB als zentrales Instrument gegen „revenge porn“ und ähnliche Formen bildbasierter digitaler Gewalt.¹⁷ So fällt etwa das Veröffentlichen intimer Fotos eines Ex-Partners ohne Einwilligung typischerweise unter § 201a StGB, da dadurch der höchstpersönliche Lebensbereich des Opfers verletzt wird.¹⁸ Pornographische Deepfakes – mittels KI erzeugte intime Bildaufnahmen einer Person, insbesondere von Kindern – dürften vom Tatbestand des § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB erfasst sein.¹⁹ Allerdings greift § 201a StGB nicht in allen Konstellationen. Nicht-pornographische Bildmanipulationen oder das unbefugte Veröffentlichen personenbezogener Daten (Doxing) sind von § 201a StGB nicht ohne Weiteres abgedeckt und fallen, sofern nicht noch die Voraussetzungen des § 126a StGB vorliegen²⁰, in eine Straf-

⁸ König/Schork, in: Schumann/Mosbacher/König, Medienstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 185; Heinze, in: Schumann/Mosbacher/König, Medienstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 186.

⁹ Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 241 Rn. 3–8.

¹⁰ Sonnen, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 238 Rn. 31.

¹¹ Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 130 Rn. 39.

¹² Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201a Rn. 9, 10.

¹³ BGBl. I 2004, S. 1950.

¹⁴ BT-Drs. 18/9327; BR-Drs. 226/16.

¹⁵ Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201a Rn. 9.

¹⁶ Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201a Rn. 18.

¹⁷ Terhaag/Schwarz, Influencer-Marketing, Rechtshandbuch, 2. Aufl. 2025, § 3 Rn. 215.

¹⁸ Graf, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 201a.

¹⁹ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 24; Schmidt, KriPoZ 2024, 183.

²⁰ Puschke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 126a Rn. 12.

barkeitslücke. Upskirting und ähnliche voyeuristische Aufnahmen wurden 2021 durch § 184k StGB²¹ als Sexualdelikt unter Strafe gestellt, weil § 201a StGB solche Fälle zuvor nicht eindeutig erfasste.²² Dennoch bleibt der strafrechtliche Schutz lückenhaft und in verschiedene Tatbestände zersplittert, was die Systematik und Wirksamkeit erschwert.

2. Zivilrechtliche Ansprüche und Lücken im Online-Kontext

Neben dem Strafrecht gewährt das deutsche Recht den Opfern persönlicher Rechtsverletzungen Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz. Insbesondere bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG²³, zu dem der Schutz des eigenen Bildes und der Intimsphäre gehört, stehen zivilrechtliche Unterlassungsansprüche zur Verfügung. So kann etwa das unbefugte Veröffentlichen von Bildern einer Person im Internet zivilrechtlich untersagt und, gestützt auf § 1004 BGB²⁴ analog i.V.m. § 22 KUG²⁵ bzw. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR)²⁶, deren Löschung verlangt werden. In der Praxis erwirken Betroffene rechtswidriger Inhalte häufig einstweilige Verfügungen gegen die Plattformbetreiber, um beleidigende Posts, diffamierende Behauptungen oder intime Fotos kurzfristig entfernen zu lassen. Allerdings richtet sich ein solcher Unterlassungsanspruch zunächst nur gegen den Plattformbetreiber als Störer, nicht unmittelbar gegen den unbekannten Täter. Die Plattformregulierung, insbesondere das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) für die Zulassung eines sozialen Netzwerkes²⁷ und die Verpflichtung nach Art. 9 des DSA (Digital Services Act) zur Anordnung zum Vorgehen gegen rechtswidrige Inhalte verpflichtet soziale Netzwerke zwar zur raschen Löschung eindeutig rechtswidriger Inhalte und schafft behördlichen Durchsetzungsdruck.²⁸ Doch für das *individuelle* Rechtsschutzinteresse der Opfer – etwa Genugtuung durch Bestrafung des Täters oder Schadensersatz – greift das nicht weit genug.

Ein zentrales Problem war bislang die Identifizierung anonymer oder pseudonymer Täter im Netz. Ohne Kenntnis von Name oder Anschrift des Verletzers können Opfer ihre zivilrechtlichen Ansprüche nicht direkt gegen diesen geltend machen. Strafverfahren offenbaren die Täteridentität oft nicht schnell genug oder gar nicht, insbesondere wenn die Taten mangels Priorität nicht intensiv verfolgt werden. Zwar existiert seit 2017 ein gerichtliches Auskunftsverfahren, seit 2021 aus § 21 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (das TDDDG wurde 2024 in TTDSG umbenannt), TTDSG²⁹, das es Opfern ermöglichen soll, von Plattformbetreibern Auskunft über Bestandsdaten der Nutzer zu erhalten. Dieses Verfahren setzt jedoch voraus, dass der betroffene Inhalt einen bestimmten Straftatbestand aus einem festgelegten Katalog, u.a. Beleidigung, üble Nachrede, Bedrohung, Volksverhetzung, § 201a StGB etc. erfüllt oder absolut geschützte Rechte verletzt.³⁰ Zudem benötigt der Plattformbetreiber seinerseits oft die Mitwirkung des Internetzugangsanbieters

²¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 184k Rn. 1–3.

²² Schmidt, in: Burghardt/Schmidt/Steinl, Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen, 2024, S. 181 f.

²³ Barczak, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 1.

²⁴ Pille, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Handbuch, 4. Aufl. 2021, Teil 15.2 Rn. 13, 14.

²⁵ Fricke, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, Kommentar, 6. Aufl. 2022, KUG § 22 Rn. 23, 24.

²⁶ Schmidt, in: Burghardt/Schmidt/Steinl, Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen, 2024, S. 181 f.; Specht-Riemenschneider, in: Dreier/Schulze, UrhG, Kommentar, 8. Aufl. 2025, KUG § 22 Rn. 10, 10a.

²⁷ Schmittmann, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Handbuch, 62. Lfg., Stand: Juni 2024, Teil 9 Rn. 170, 171.

²⁸ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 1.

²⁹ Sesing-Wagenpfeil, in: BeckOK IT-Recht, Stand: 1.4.2025, TTDSG § 21 Rn. 4a, 9–12.

³⁰ § 21 TDDDG.

(Access-Providers), um etwa anhand einer IP-Adresse den tatsächlichen Nutzer zu ermitteln. Das bisherige Auskunftsverfahren erwies sich als umständlich. Es erforderte zwei separate Gerichtsbeschlüsse (gegen Plattform und Access-Provider) und führte häufig nicht zum Erfolg, weil zwischen- durch die nötigen Daten gelöscht wurden. Viele Betroffene standen daher trotz klarer Rechtsverletzungen ohne zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeit da.³¹

3. Plattformregulierung und europäische Entwicklungen

Parallel zum nationalen Straf- und Zivilrecht beeinflusst das Europarecht den Rahmen für den Kampf gegen digitale Gewalt. Die EU hat mit der Verordnung (EU) 2022/2065³², bekannt als Digital Services Act (DSA), ein umfassendes Regelwerk geschaffen, das Pflichten großer Online-Plattformen im Umgang mit illegalen Inhalten festlegt. Der DSA belässt es jedoch im Kern bei der schon unter der E-Commerce-Richtlinie geltenden „notice-and-takedown“-Logik: Plattformen haften nicht für fremde Inhalte, müssen aber bei Kenntnis oder behördlicher Anordnung illegales Material entfernen.³³ Eine unmittelbare Identifikationspflicht für Nutzer enthält der DSA nicht; im Gegenteil wird die Möglichkeit anonymer Online-Nutzung auf Unionsebene grundsätzlich anerkannt.³⁴ Allerdings erlaubt der DSA weiterhin, dass nationale Gerichte oder Behörden gem. Art. 9 DSA in Einzelfällen Anordnungen erlassen, um Rechtsverletzungen abzustellen oder Informationen herauszugeben. Die Mitgliedstaaten dürfen also prozedurale Mechanismen wie das Auskunftsverfahren oder Accountsperrern vorsehen, solange diese im Rahmen der DSA-Vorgaben (Transparenz, Verhältnismäßigkeit, Achtung der Grundrechte) erfolgen.³⁵ Deutschland hat zur Umsetzung des DSA bereits Anpassungen vorgenommen, u.a. Umbenennung des TTDSG zu TDDDG und Klarstellungen im Auskunftsrecht.³⁶

Darüber hinaus ist auf EU-Ebene eine Ausweitung der „EU-Strafrechtsbereiche“ im Gespräch. Ein Initiativvorschlag zielt darauf ab, Hasskriminalität und Hassrede als neue Bereiche gem. Art. 83 Abs. 1 AEUV³⁷ zu definieren, um in Zukunft unionsweit harmonisierte Mindeststandards der Strafverfolgung zu ermöglichen.³⁸ Dies unterstreicht den grenzüberschreitenden Charakter digitaler Gewalt und den Willen, auf europäischer Ebene abgestimmte Gegenstrategien zu entwickeln. Bis entsprechende EU-Richtlinien erlassen und umgesetzt sind, liegt es jedoch in der Verantwortlichkeit der nationalen Gesetzgeber, durch effektive Gewaltschutzgesetze die bestehenden Schutzlücken zu schließen.

III. Dogmatische Analyse des BMJ-Entwurfs „Digitale Gewalt“

1. Überblick über die Neuerungen des Gesetzentwurfs

Der Diskussionsentwurf des BMJ für ein Gesetz gegen digitale Gewalt (GdG-DiskE) verfolgt das Ziel, die private Rechtsdurchsetzung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet zu stärken. Hierzu

³¹ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Stellungnahme der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF), 2023, (13.6.2026), S. 1.

³² Verordnung (EU) 2022/2065.

³³ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 1.

³⁴ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (13).

³⁵ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 15.

³⁶ § 21 TDDDG.

³⁷ Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 85. Lfg., Stand: Mai 2025, AEUV Art. 83 Rn. 34, 35.

³⁸ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 24.

sollen die zersplitterten Auskunfts- und Abwehransprüche in einem neuen Stammgesetz gebündelt und effizienter ausgestaltet werden.³⁹ Zentral sind dabei drei Neuerungen:

a) Erweiterter Auskunftsanspruch gegenüber Diensteanbietern und Access-Providern

Künftig soll eine von digitaler Gewalt betroffene Person einfacher Auskunft über die Identität eines unbekannten Täters erhalten können. Der Anwendungsbereich des Auskunftsanspruchs wird inhaltlich erweitert – erfasst werden alle oben genannten Straftatbestände (u.a. §§ 185 ff., 201a StGB, § 126a StGB, § 176b StGB) sowie sonstige rechtswidrige Inhalte, die absolut geschützte Rechte verletzen. Damit geht der Entwurf über die bisherige Limitierung auf bestimmte Delikte hinaus und schließt z.B. auch Fälle ein, in denen durch Bild- oder Wortbeiträge das Persönlichkeitsrecht verletzt wird, ohne dass ein spezieller Straftatbestand einschlägig ist. Ferner soll sich der Auskunftsanspruch auf alle wesentlichen Beteiligten erstrecken. Neben den Plattformen („Diensteanbietern“) werden ausdrücklich auch Messenger-Dienste und Internetzugangsdienste (ISP) einbezogen.⁴⁰ Das ist wichtig, weil häufig erst der Access-Provider die Auflösung einer IP-Adresse zu einem Klarnamen ermöglicht. Schließlich sieht der Entwurf eine frühzeitige richterliche Sicherung der Daten vor. Schon zu Beginn des Verfahrens kann das Gericht anordnen, dass die relevanten Bestands- und Verkehrsdaten von Plattform und Access-Provider vorläufig gespeichert werden, um einen Datenverlust während der Auskunftsbeschaffung zu verhindern.⁴¹ Dieses Element einer „quick freeze“-Anordnung stellt ein Novum im Zivilrecht dar und entspricht in etwa der Idee einer Beweissicherungsmaßnahme. Formell bleibt es beim Richtervorbehalt, d.h., die Auskunft wird nur auf richterliche Anordnung erteilt, wobei der Antrag des Opfers beim Landgericht gestellt werden muss.⁴²

b) Gerichtliche Accountsperre

Als zweites zentrales Instrument führt der Entwurf einen Anspruch des Opfers auf Sperrung des Nutzerkontos des Täters ein. Diese Maßnahme greift, wenn ein Nutzer über sein Konto schwerwiegende Rechtsverletzungen begeht und die konkrete Gefahr weiterer Verletzungen besteht. War bislang die Deaktivierung von Accounts primär eine freiwillige Maßnahme der Plattformbetreiber, etwa nach wiederholten Verstößen gegen Gemeinschaftsstandards, soll nun ein Gericht auf Antrag der verletzten Person die Sperre vornehmen können. Die Voraussetzungen orientieren sich an der Schwere und Wiederholungsgefahr, wobei bereits eine erstmalige gravierende Rechtsverletzung genügen kann, sofern weitere Übergriffe zu befürchten sind.⁴³ Damit trägt der Entwurf Bedenken Rechnung, man dürfe kein „einmaliges Recht auf Beleidigung“ einräumen.⁴⁴ Die Accountsperre wird per gerichtlicher Verfügung angeordnet und direkt an die Plattform adressiert, welche das Nutzerkonto zeitweise oder dauerhaft zu deaktivieren hat. Durch diese Konstellation fungiert die Accountsperre als eine Art präventive Unterlassungsverfügung, die – anders als herkömmliche Unterlassungsgebote – nicht nur bestimmte Inhalte verbietet, sondern die weitere Partizipation des Täters auf der Plattform unterbindet. Sie zielt damit ausdrücklich auch auf Fälle ab, in denen der Täter unbekannt bleibt oder sich

³⁹ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 1/2.

⁴⁰ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3.

⁴¹ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 2/26.

⁴² § 21 TDDDG.

⁴³ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 19.

⁴⁴ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Stellungnahme der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF), 2023, (13.6.2026), S. 1.

im Ausland befindet. Selbst wenn keine Strafverfolgung greift, kann wenigstens dessen schädigen-
des Online-Treiben unterbrochen werden.⁴⁵

c) Zustellungsbevollmächtigter für Auslandsplattformen

Drittens verpflichtet das Gesetz soziale Netzwerke ohne Sitz in der EU, einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen.⁴⁶ Dies knüpft an bereits bestehende Verpflichtungen aus dem NetzDG an und soll sicherstellen, dass gerichtliche Schriftstücke wie etwa die genannten Anordnungen, wirksam zugestellt werden können. Dies gewährleistet eine effektive Durchsetzung auch gegenüber Plattformen im Ausland und ergänzt die Vorgaben des DSA.

2. Verfassungsrechtliche Einordnung der Auskunftsansprüche

Die vorgeschlagene Erweiterung der Auskunftsansprüche nach dem GdG-Diskussionsentwurf berührt mehrere Grundrechte. Zunächst ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG⁴⁷ der von einer Auskunft betroffenen Nutzer tangiert. Die Herausgabe von Bestandsdaten wie etwa Klarnamen, E-Mail-Adressen oder IP-Adressen ohne Einwilligung stellt einen Eingriff in das personenbezogene Datengeheimnis dar.⁴⁸ Das BVerfG betonte 2020, dass ein Auskunftsverfahren nur bei hinreichend qualifizierten Rechtsverletzungen und mit Richtervorbehalt verfassungsgemäß ist. Im Urteil „Bestandsdatenauskunft II“ erklärte das Gericht damalige Regelungen teilweise für nichtig, weil sie u.a. keinen hinreichenden Richtervorbehalt vorsahen und die Abfrage von Passwörtern ermöglichten⁴⁹ – beides Punkte, die im vorliegenden GdG-Entwurf so nicht enthalten sind. Aus der Entscheidung lässt sich jedoch entnehmen, dass eine Auskunftsanordnung immer nur zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter zulässig ist und mit effektiven Verfahrensgarantien wie Richtervorbehalt und Benachrichtigungspflichten versehen sein muss.⁵⁰

Allerdings erscheint der Auskunfts-Anwendungsbereich als zu weit gefasst. Kritiker warnen, dass darunter auch Fälle ohne Bezug zur eigentlichen digitalen Gewalt fallen könnten, etwa wenn Unternehmen auf diesem Wege anonyme Portal-Kritiker enttarnen lassen.⁵¹ Hier wären die Grenzen des Bestimmtheitsgebots erreicht; der Gesetzgeber muss klarstellen, dass nur gravierende Persönlichkeitsangriffe erfasst sind.

Neben dem Datenschutzgrundrecht ist die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG berührt.⁵² Die Möglichkeit, online anonym oder unter Pseudonym seine Meinung zu äußern, genießt Verfassungsrang. Die Aussicht, im Falle einer (behaupteten) Rechtsverletzung identifiziert zu werden, kann eine abschreckende Wirkung auf potenzielle Äußernde haben – der genannte chilling effect. Dieses Phänomen hat das Bundesverfassungsgericht zwar nicht ausdrücklich im Kontext privater Auskunftsansprüche behandelt, doch lässt sich aus seiner Rechtsprechung ableiten, dass die Gesetzesausgestaltung diesen Effekt minimieren muss. Insbesondere muss der Auskunftsanspruch

⁴⁵ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 2.

⁴⁶ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz (13.6.2025), S. 2.

⁴⁷ Barczak, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn. 90.

⁴⁸ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (13).

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13, Rn. 194, 257.

⁵⁰ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (14).

⁵¹ Gesellschaft für Freiheitsrechte, Stellungnahme der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF), 2023, (13.6.2026), S. 1.

⁵² Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 5 Abs. 1 Rn. 23, 24.

eng auf klare Unrechtsgehalte begrenzt sein (z.B. strafbare Inhalte), damit Nutzer nicht die berechnete Furcht haben, schon für grenzwertige oder eigentlich zulässige Äußerungen enttarnt zu werden. Hier zeigt die Dogmatik der Meinungsfreiheit aber auch die Gegenperspektive. Unerkannt agierende Täter können durch extreme Schmähungen oder Drohungen den öffentlichen Diskurs von anderen „säubern“ (silencing effect).⁵³ Ein zu starkes Gewicht auf Anonymität würde also umgekehrt die Meinungsfreiheit der Opfer und vieler Bürger beeinträchtigen, die sich aus Angst zurückhalten. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss folglich austarieren, ob der Gewinn an effektivem Rechtsschutz und damit mittelbar an Meinungsvielfalt, weil Opfer geschützt werden, den möglichen Abschreckungseffekt für andere Nutzer überwiegt. Im GdG-Entwurf sind wesentliche Sicherungen wie richterliche Kontrolle, Verfahren nach den Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Anhörungsmöglichkeiten für Plattform und ggf. Nutzer eingebaut.⁵⁴ Außerdem bleibt die anonyme Nutzung im Grundsatz erlaubt, es gibt also keine generelle Klarnamenpflicht, was der DSA-konformen Linie entspricht.⁵⁵ Die Maßnahme greift nur im berechtigten Einzelfall. Insofern erscheint der Auskunftsanspruch bei enger Auslegung, beschränkt auf schwerwiegende Rechtsverletzungen und mit hohen Hürden, grundrechtskonform, verlangt aber eine sorgfältige Handhabung durch die Gerichte. Insbesondere sollten Richter die Möglichkeit haben, Anträge abzuweisen, wenn der Eingriff außer Verhältnis zum behaupteten Rechtsverstoß stünde, wie z.B. bei Bagatellen oder zweifelhaften Ansprüchen.

3. Verfassungsrechtliche Einordnung der Accountsperre

Die Account-Aussetzung als neues Instrument berührt vor allem die Meinungsfreiheit der jeweiligen Nutzerin oder des Nutzers. Ein vollständiger Ausschluss von einer Kommunikationsplattform, sei es zeitweise oder endgültig, bedeutet faktisch ein Publikationsverbot in diesem Forum und damit einen Eingriff in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG.⁵⁶ Zwar handelt es sich nicht um ein generelles Berufs- oder Äußerungsverbot, doch gerade große soziale Netzwerke stellen heute zentrale Orte der Meinungsbildung dar; ein dortiges Redeverbot kommt einer erheblichen Beschränkung der individuellen Kommunikationsmöglichkeiten gleich. Entsprechend streng sind die Anforderungen an Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit. Der Gesetzgeber muss aufgrund des Bestimmtheitsgebots klar definieren, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht eine Accountsperre verhängen darf.⁵⁷ Der Entwurf stellt auf „schwerwiegende Rechtsverletzungen“ ab, belässt aber die inhaltliche Schwerebestimmung weitgehend den Gerichten. Hier könnte etwa durch eine beispielhafte Aufzählung wie Beleidigungen von erheblichem Gewicht, beharrliches Cyberstalking, Verbreitung schwerer Hetze oder intimster Aufnahmen etc. mehr Kontur geschaffen werden. Anknüpfungspunkt wird meist ein bestimmter strafbarer Inhalt sein, der über das betreffende Konto verbreitet wurde. Unklar ist, ob auch kumulativ mehrere weniger gravierende Verstöße eine Sperre rechtfertigen könnten, z.B. anhaltendes „trolling“ unterhalb der Strafbarkeitsgrenze. Fehlt es an Präzision, droht die Norm im Zweifel wegen Bestimmtheitsmangels verfassungswidrig zu sein, da die Bürger nicht vorhersehen können, welches Verhalten zu einer Sperre führen kann.

Ist die Norm hinreichend bestimmt, muss die konkrete Anordnung verhältnismäßig sein. Hier kommen die eingebauten Hürden des Richtervorbehalts und die Prüfung der Wiederholungsgefahr ins Spiel. Eine Accountdeaktivierung ist nur zulässig, wenn ohne sie fortgesetzte Persönlichkeitsver-

⁵³ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (14).

⁵⁴ § 21 TDDDG.

⁵⁵ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (13).

⁵⁶ Schemmer, in: BeckOK GG, Stand: 15.6.2025, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Rn. 11.

⁵⁷ Aust, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 103 Rn. 98.

letzungen zu erwarten sind. Damit hat die Maßnahme den Charakter einer präventiven Gefahrabwehr. Das BVerfG fordert bei präventiven Maßnahmen, die Grundrechte beschränken, dass sie einem über-
ragend wichtigen Schutzgut dienen und kein milderes Mittel verfügbar ist.⁵⁸ Im Kontext digitaler Gewalt dürfte der Schutz der Persönlichkeit und der öffentlichen Sicherheit wie Schutz vor schweren Straftaten wie etwa andauernde Bedrohungen als legitimer Zweck anerkannt werden. Als milderes Mittel käme z.B. die bloße Löschung einzelner Beiträge in Betracht. Die Accountsperre greift indes weiter, da sie den Nutzer auch an künftigen legalen Äußerungen hindert. Sie sollte daher wirklich ultima ratio sein, was der Entwurf implizit anerkennt, indem er eine Sperre erst bei erheblicher Verletzung und Wiederholungsgefahr erlaubt. Zudem kann die Sperre zeitlich begrenzt werden, etwa bis zur Hauptsacheentscheidung oder für eine bestimmte Dauer, was die Verhältnismäßigkeit wahrt.

Ein besonderer Aspekt ist die Grundrechtsbindung Privater. Formal handelt es sich um einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch, doch die Vollziehung läuft über private Plattformbetreiber, die den Account schließen. Hier stellt sich die Frage, ob große soziale Netzwerke selbst an Grundrechte gebunden sind oder jedenfalls über das zivilrechtliche Instrumentarium Grundrechte Dritter, also der Gesperreten, mittelbar zu berücksichtigen sind. Diese Problematik ist vergleichbar der Diskussion um „Facebook-Urteile“, wo Gerichte über die Zulässigkeit privater Accountsperren entschieden. Wegen der Bedeutung großer Plattformen als Kommunikationsräume muss dem Kontoinhaber vor der Sperrentscheidung rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG gewährt werden,⁵⁹ der Entwurf sieht dementsprechend eine vorherige Stellungnahme des Nutzers vor.

Letztlich dürfte die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Accountsperre auf einer Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Opfers nach Art. 2 Abs. 1 GG und der Meinungsfreiheit des Täters beruhen. In besonders exzessiven Fällen digitaler Gewalt, wie etwa wiederholte schwerste Beleidigungen, Cyberstalking oder Verbreitung intimster Bilder trotz Untersagung, wird das Persönlichkeitsrecht und das Rechtsgut der Unversehrtheit des Opfers regelmäßig überwiegen. Die Accountsperre beschränkt zwar die Kommunikationsfreiheit, bewahrt aber den offenen Diskurs vor einem „Verstummen“ der Opfer und anderer Nutzer, die von der aggressiven Präsenz des Täters abgeschreckt würden.⁶⁰ Sofern die Maßnahme eng begrenzt bleibt auf evidente und andauernde Rechtsverletzungen, ist sie als notwendiges Schutzmittel im digitalen Raum vertretbar. Gleichwohl bleibt sie ein scharfes Schwert – eine Art digitales Hausverbot – das behutsam eingesetzt werden muss. Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, klare Kriterien wie etwa Schwellen der „Schwere“ herauszuarbeiten und so für eine einheitliche Anwendung zu sorgen, um dem Bestimmtheitsgrundsatz in der praktischen Handhabung zur Geltung zu verhelfen.

IV. Rechtsprechung

Da das Gesetz gegen digitale Gewalt noch im Entwurfsstadium ist, existiert naturgemäß keine Rechtsprechung speziell zu dessen Vorschriften. Allerdings haben Gerichte bereits in verwandten Bereichen Entscheidungen getroffen, die für die hier diskutierten Fragen wegweisend sind.

1. Auskunftsansprüche und Anonymität

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in mehreren Urteilen Grundsätze zur Abwägung zwischen Persönlichkeitsrechtsschutz und anonymisierter Meinungsäußerung formuliert. Im vielbeachteten Urteil

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 31.1.2022 – 1 BvR 208/22, Rn. 5.

⁵⁹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 1 Rn. 16, 17.

⁶⁰ Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (14).

„Spickmich“ aus dem Jahr 2009 wies der BGH die Klage einer Lehrerin ab, die die Identität von anonymen Schülern hinter einem Bewertungsportal ermitteln lassen wollte.⁶¹ Der BGH stellte klar, dass die rein wertenden Äußerungen der Schüler zu den Benotungen von der Meinungsfreiheit gedeckt und nicht rechtswidrig waren und somit folglich kein Anspruch auf Offenlegung der Identität bestand.⁶² Dieses Urteil betont implizit, dass, solange keine Rechtsverletzung vorliegt, Anonymität geschützt bleibt.

In einem jüngeren Fall entschied der BGH 2022, dass soziale Netzwerke keine Klarnamenpflicht gegenüber ihren Nutzern durchsetzen durften, solange das Telemediengesetz (a.F.) Anonymität erlaubte.⁶³ Hier wurde deutlich, dass der Gesetzgeber selbst großen Wert auf das anonyme Online-Kommunizieren legt. Diese Entscheidung stärkt das Vertrauen der Nutzer, dass ihre Daten nicht ohne Weiteres preisgegeben werden. Gleichwohl hat der BGH bereits früher anerkannt, dass bei Vorliegen eindeutiger Rechtsverletzungen die Identitätsfeststellung gerechtfertigt sein kann. So billigte er Auskunftsansprüche in Fällen von geistigem Eigentumsdiebstahl oder Kreditwürdigkeitsverletzungen, soweit sie gesetzlich vorgesehen und verhältnismäßig sind.⁶⁴

Auf oberster Ebene zeigen auch höchstrichterliche Entscheidungen aus dem Zivil- und Verwaltungsrecht eine Tendenz, Auskünfte restriktiv zu handhaben – im Zweifel zugunsten der Meinungsfreiheit, solange kein eindeutiger Rechtsbruch vorliegt.

Final wegweisend ist das BVerfG-Urteil zur Bestandsdatenauskunft II.⁶⁵ Das Gericht befand, dass damalige Vorschriften zur Bestandsdatenabfrage teilweise unverhältnismäßig waren, weil es an effektiven Begrenzungen und unabhängiger Kontrolle fehlte. Diese Maßstäbe dürfte das BVerfG auch an ein künftiges GgdG anlegen.

2. Maßnahmen gegen Online-Hass und -Hetze

Im Bereich der Bekämpfung extremistischer Online-Inhalte gibt es bereits Rechtsprechung, die Parallelen zur Intention des GgdG aufweist. So hat etwa das BVerfG in einem Urteil 2021 bestimmte Vorschriften des NetzDG-Erweiterungsgesetzes vorläufig suspendiert, weil sie vorsahen, dass soziale Netzwerke bestimmte strafbare Inhalte wie Volksverhetzung, Bedrohung etc. *automatisch* dem BKA melden und dabei auch Bestandsdaten (IP-Adresse, Portnummer) übermitteln sollten – *ohne* dass hierzu ein Richterbeschluss erforderlich war.⁶⁶ Das BVerfG sah in diesem automatisierten Meldeverfahren wahrscheinlich einen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weil hier Datenweitergaben an die Strafverfolgung erfolgten, ohne dass der Einzelfall von einer unabhängigen Stelle geprüft wurde. Auch wenn dieser Fall einen staatlich initiierten Informationsfluss an Behörden betraf, unterstreicht er, dass Grundrechtsschutz online sehr ernst genommen wird. Jede Form von Identifizierung oder Sanktionierung muss rechtsstaatlich eingeeht werden.

Ein weiteres potenziell relevantes Feld sind gerichtliche Einstweilige Verfügungen gegen Plattformen, problematisch vor allem bei Accountsperrern oder Inhaltsentfernungen aus privater Initiative. Beispielsweise erstritten einige Nutzer in jüngerer Zeit vor Zivilgerichten die Wiederherstellung ihrer gelöschten Social-Media-Beiträge mit dem Argument, die Plattform habe bei der Löschung ihr

⁶¹ BGH, Urt. v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08.

⁶² Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (13).

⁶³ BGH, Urt. v. 27.1.2022 – III ZR 3/21; BGH, Urt. v. 27.1.2022 – III ZR 4/21.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 27.1.2022 – III ZR 3/21 (Klarnamenpflicht, Facebook, Ziff. 49).

⁶⁵ BVerfGE 155, 119 = NJW 2020, 2699; Schulte, KriPoZ (JuP) 2024, 3 (14).

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20, Rn. 27.

Recht auf freie Meinungsäußerung nicht angemessen berücksichtigt.⁶⁷ Solche Verfahren zeigen eine Bereitschaft der Gerichte, auch die Position der Äußernden zu schützen, und deuten an, dass eine vom Staat veranlasste Accountstilllegung ebenfalls einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzogen würde.

Im Bereich der Unterlassungsverfügungen gegen Täter selbst, wenn diese bekannt sind, haben die Gerichte mitunter sehr rigide Maßnahmen gebilligt. So bestätigte der BGH in einem Fall, dass bei fortgesetzten Persönlichkeitsverletzungen im Internet notfalls auch Ordnungshaft gegen den Täter verhängt werden kann, um das Unterlassungsgebot durchzusetzen.⁶⁸ Diese Entschlossenheit, den Opferschutz durchzusetzen, stützt im Prinzip die Stoßrichtung des GdG, wenn auch die Accountsperrung als milderes Mittel vor einer Haft sanktionieren würde.

V. Schluss

Zusammenfassend würdigt die Fachliteratur⁶⁹ den BMJ-Entwurf als Schritt in die richtige Richtung, insbesondere was die dringend benötigte Verbesserung der Auskunftsmöglichkeiten angeht. Zugleich werden präzisere Grenzziehungen verlangt, um Missbrauch vorzubeugen und verfassungsgerichtlicher Kontrolle standzuhalten. Die Balance zwischen effektivem Schutz und Freiheit der Kommunikation bleibt der Leitfaden der Kritik. Der Gesetzgeber soll die Waage halten, damit weder Opfer noch (potenziell zu Unrecht beschuldigte) Nutzer unverhältnismäßig benachteiligt werden. In der Summe deutet vieles darauf hin, dass das GdG in modifizierter Form verabschiedet werden könnte, begleitet von flankierenden Maßnahmen und möglicherweise evaluiert, um etwaige Fehlentwicklungen zu korrigieren.

Der Diskussionsentwurf für ein Gesetz gegen digitale Gewalt reagiert auf reale Schutzdefizite im Internet. Indem er den Opfern von Persönlichkeitsrechtsverletzungen, etwa von Hasskommentaren, Drohungen oder der Verbreitung intimer Bilder, schnellere und direktere Rechtsbehelfe an die Hand gibt, schließt er eine Lücke zwischen Strafrecht und Zivilrecht. Besonders die Verknüpfung von erweitertem Auskunftsanspruch und Accountsperrung stellt ein innovatives Instrumentarium dar, um digitalen Übergriffen effektiver zu begegnen. In der Schnittstelle zu § 201a StGB zeigt sich exemplarisch der Mehrwert. Wo die strafrechtliche Verfolgung unbefugter Bildaufnahmen oft zu spät oder gar nicht greift, könnte das neue Gesetz dem Opfer ermöglichen, rasch die Identität des anonymen Verbreiters zu erfahren und dessen Treiben durch Sperrung zu stoppen.

Gleichzeitig darf die Begeisterung über neue Befugnisse nicht die verfassungsrechtlichen Leitplanken übersehen. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt klare Kriterien, wann welche Maßnahme zulasten eines Nutzers ergehen darf. Hier wird der Gesetzgeber im weiteren Gesetzgebungsverfahren nachjustieren müssen, um unnötige Unschärfen, etwa beim Gewaltbegriff oder der Abgrenzung relevanter Rechtsverletzungen, zu beseitigen. Die Kommunikationsgrundrechte fordern zudem, dass Auskunft und Sperre stets ultima ratio bleiben. Eingriffe in Anonymität und Meinungsfreiheit bedürfen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall. Die vorgesehenen Richtervorbehalte, Anhörungsmöglichkeiten und verfahrensrechtlichen Sicherungen bilden hierfür eine gute Grundlage, müssen aber in der Praxis mit Bedacht angewandt werden.

In der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass ein unregulierter Raum der digitalen Gewalt seinerseits Grundrechte gefährdet – nämlich die der Opfer und der Allgemeinheit auf einen freien, von Angst

⁶⁷ OLG Oldenburg, Urt. v. 1.7.2019 – 13 W 16/19.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 12.10.2021 – VI ZR 488/19.

⁶⁹ Wiedemann, ZUM 2025, 292 (297, 298); Schäfer, ZUM 2023, 734 (740); Valerius, ZRP 2023, 142 (144); Maurer, NJOZ 2024, 257 (263).

und Einschüchterung unbeeinflussten Diskurs. Das Gesetz gegen digitale Gewalt versucht genau diesen Ausgleich. Es wahrt die anonyme Meinungsäußerung dort, wo sie rechtmäßig erfolgt, und greift dort ein, wo Rechtsbruch erfolgt und der demokratische Austausch zu kippen droht. Sollte der Entwurf, gegebenenfalls nach weiterer Überarbeitung, Gesetz werden, wird seine Umsetzung durch die Gerichte kritisch zu begleiten sein. Mögliche verfassungsgerichtliche Verfahren, etwa von gesperrten Nutzern, sind am Horizont, könnten dem Gesetz aber auch den nötigen Feinschliff geben.

Abschließend lässt sich feststellen, dass die Schnittstellen zu bestehenden Normen wie § 201a StGB und zum europäischen Regime (DSA) grundsätzlich kompatibel sind, sofern das Gesetz gegen digitale Gewalt als spezialgesetzlicher Riegel in dem eng umrissenen Bereich schwerer Persönlichkeitsverletzungen verstanden wird. Es ersetzt kein Strafverfahren, aber es ergänzt den Rechtsschutz durch schnelle, zivilrechtliche Abwehr- und Informationsmittel. Damit setzt es ein wichtiges Signal, dass es rechtsfreie Räume – auch im Internet – nicht geben darf. Für eine endgültige Bewertung wird die konkrete Ausgestaltung im Gesetzgebungsverfahren maßgeblich sein. Der bisherige Diskussionsentwurf zeigt Potenzial, benötigt aber teils präzisere Justierung, um als verfassungskonforme und praxistaugliche Antwort auf digitale Gewalt zu dienen.

Tatort Lufthoheit – Zur Strafbarkeit von Drohnenflügen

Prof. Dr. Dennis Bock, LL.M., Leonardo Mikolajewski, Kiel*

I. Einleitung	838
II. Technische und rechtliche Einordnung von Drohnen	839
1. Begriffsbestimmung	839
2. Luftraumrechtliche Grundlagen	839
III. Strafbarkeit von Drohnenüberflügen	840
1. Drohnenüberflug über militärische oder sicherheitsrelevante Anlagen	840
a) Sicherheitsgefährdendes Abbilden, § 109g StGB	840
aa) Objektiver Tatbestand	840
bb) Subjektiver Tatbestand/Versuch	841
b) Landesverräterische Ausspähung; Auskundschaften von Staatsgeheimnissen, § 96 StGB	841
aa) Objektiver Tatbestand	841
bb) Subjektiver Tatbestand	841
c) Geheimdienstliche Agententätigkeit, § 99 StGB	842
aa) Objektiver Tatbestand	842
bb) Subjektiver Tatbestand	842
d) In Deutschland stationierte NATO-Truppen	842
e) § 44 LuftVO	842
f) § 62 LuftVG	842
2. Drohnen im Bereich von Flughäfen oder anderen Verkehrseinrichtungen	843
a) Gefährdung des Luftverkehrs, § 315a StGB	843
aa) Objektiver Tatbestand	843
(1) Tatobjekte	843
(2) Tathandlungen	843
bb) Subjektiver Tatbestand	844
b) Gefährliche Eingriffe in den Luftverkehr, § 315 StGB	844
aa) Objektiver Tatbestand	844

* Prof. Dr. Dennis Bock, LL.M., ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Direktor des dortigen Instituts für Kriminalwissenschaften. Leonardo Mikolajewski ist Doktorand bei Prof. Dr. Hoyer, ebenfalls Direktor des Instituts für Kriminalwissenschaften zu Kiel.

bb) Subjektiver Tatbestand	844
c) Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr, § 315b StGB	845
aa) Objektiver Tatbestand	845
bb) Subjektiver Tatbestand	845
3. Drohne über Privatgrundstück	845
a) Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeits- rechten durch Bildaufnahmen, § 201a StGB	845
aa) Tatbestand	845
bb) Besonderheit	846
b) Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen, § 184k StGB	846
c) Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, § 201 StGB	846
aa) Tatbestand	846
bb) Besonderheit	846
d) Hausfriedensbruch, § 123 StGB	846
4. Unfälle und Zwischenfälle	847
a) Störung von Telekommunikationsanlagen, § 317 StGB	847
b) Herbeiführen einer Brandgefahr, § 306f StGB	847
c) Fahrlässige Brandstiftung, § 306d StGB	848
d) Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete, § 329 StGB	848
e) § 71 BNatSchG	848
f) Ausspähen und Abfangen von Daten, §§ 202a–202c StGB	849
g) Nötigung, § 240 StGB	849
IV. Fazit	849

I. Einleitung

Aktuellen Anlass für juristische und sicherheitsrechtliche Betrachtungen bietet der zunehmende Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme (Drohnen) im privaten und kommerziellen Bereich. Deutschland zählt inzwischen zu den weltweit größten kommerziellen Drohnenmärkten und rangiert global auf Platz vier.¹ Nach Angaben des Verbands Unbemannte Luftfahrt waren im Jahr 2023 hierzulande insgesamt mehr als 400.000 Drohnen im Umlauf, davon 359.000 im privaten Gebrauch.² Während sich der private Markt weitgehend gesättigt zeigt, wird im kommerziellen Bereich mit einem weiteren

¹ Verband Unbemannte Luftfahrt – Marktstudie 2023 von Drone Industry Insights: Studie zum deutschen Drohnen-, Flugtaxi- sowie Drohnen-detektions- und -abwehrmarkt, Juli 2023 (14.5.2025), S. 16.

² Verband Unbemannte Luftfahrt – Marktstudie 2023 von Drone Industry Insights: Studie zum deutschen Drohnen-, Flugtaxi- sowie Drohnen-detektions- und -abwehrmarkt, Juli 2023 (14.5.2025), S. 7.

Wachstum von über 40 Prozent gerechnet – bei entsprechender regulatorischer Öffnung steht eine sehr dynamische Entwicklung des deutschen Drohnenmarktes bevor.³

Frühzeitig ergaben sich rechtliche Konflikte aus Drohnenüberflügen über private Grundstücke, die auch die Justiz beschäftigte⁴ – jüngst bis in die höchstrichterliche Rechtsprechung hinein.⁵

Daneben wächst auch die Sicherheitsrelevanz durch eine Betroffenheit sicherheitsempfindlicher Bereiche. Bundesweit kam es zu einer Häufung verdächtiger Drohnenüberflüge über Militärgelände⁶, aufgegriffen auch in einer parlamentarischen Frage an die Bundesregierung.⁷ Stand 15.9.2023 wurden seit 2020 insgesamt 206 ungenehmigte Überflüge von Drohnen über Kasernen der Bundeswehr gemeldet.⁸ Dabei konnten in nur acht Fällen insgesamt zehn steuernde Personen ausfindig gemacht werden.⁹ Die damit einhergehende öffentliche Beunruhigung zeigt sich auch an der Berichterstattung, in der teilweise von einer „Drohnenwelle“¹⁰ die Rede ist. Ein Rückgang derartiger Vorfälle ist derzeit nicht erkennbar. Vielmehr mehren sich aktuelle Sichtungen, insbesondere im norddeutschen Raum.¹¹

II. Technische und rechtliche Einordnung von Drohnen

1. Begriffsbestimmung

Der Begriff „Drohne“ ist kein juristisch definierter Terminus, sondern bezeichnet umgangssprachlich ein unbemanntes, fern- oder automatisiert gesteuertes Fahrzeug. Je nach Einsatzumfeld kann es sich dabei um Luft- oder Wasserfahrzeuge handeln. Letztere werden zur begrifflichen Abgrenzung häufig als *Unterwasser-Drohnen* bzw. UUVs (unmanned underwater vehicles) bezeichnet. Im rechtlichen Kontext dieses Beitrags steht jedoch die *Flugdrohne* im Vordergrund, die als unbemanntes Luftfahrzeugsystem (unmanned aircraft system – UAS) gem. Art. 2 Nr. 1 VO (EU) 2019/947¹² einzuordnen ist. Dieser Begriff umfasst sowohl das Luftfahrzeug als auch die zugehörige Steuerungseinheit. Die in der Fachliteratur gebräuchlichen Begriffe UAV (unmanned aerial vehicle) und UAS stammen aus dem englischen Sprachraum und werden häufig synonym verwendet. Im Folgenden wird der Begriff „Drohne“ entsprechend den europäischen luftrechtlichen Vorgaben verwendet.

2. Luftraumrechtliche Grundlagen

Der Betrieb von Drohnen in der Europäischen Union ist primär durch die sog. EU-Drohnenverordnung, die Durchführungsverordnung (EU) 2019/947, geregelt. Diese enthält Vorgaben zu Betriebskategorien, Risikobewertungen, Registrierungspflichten sowie zur Qualifikation von Fernpiloten.

³ Verband Unbemannte Luftfahrt – Marktstudie 2023 von Drone Industry Insights: Studie zum deutschen Drohnen-, Flugtaxi- sowie Drohnerdetektions- und -abwehrmarkt, Juli 2023 (14.5.2025), S. 17 f.

⁴ Vgl. AG Potsdam, Urt. v. 16.4.2015 – 37 C 454/13 = BeckRS 2016, 17; AG Riesa, Urt. v. 24.4.2019 – 9 Cs 926 Js 3044/19 = BeckRS 2019, 11922; vgl. zur strafrechtlichen Einordnung privater Flugdrohnen auch schon Esser, JA 2010, 323.

⁵ BGH, Urt. v. 5.11.2024 – VI ZR 110/23 = NJW 2025, 288.

⁶ Bundeswehr-Journal v. 15.6.2023 (14.5.2025).

⁷ BT-Drs. 20/8449, S. 53.

⁸ BT-Drs. 20/8449, S. 53.

⁹ BT-Drs. 20/8449, S. 53.

¹⁰ T-Online.de v. 4.3.2025 (14.5.2025).

¹¹ Tagesschau.de v. 3.3.2025 (14.5.2025).

¹² ABl. EG 2019 Nr. L 152, S. 45 (Drohnenverordnung).

Ergänzend legt die Verordnung (EU) 2018/1139¹³ die grundlegenden Prinzipien der Zivilluftfahrt in der EU fest, insbesondere zur Luftsicherheit sowie zur Zuständigkeit der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (EASA). Art. 2 der VO (EU) 2019/947 verweist hinsichtlich der Begriffsbestimmungen ausdrücklich auch auf die Definitionen der VO (EU) 2018/1139.

Technische Anforderungen zur Konstruktion, Konformitätskennzeichnung und Marktüberwachung unbemannter Luftfahrtsysteme und ihrer Zubehörteile sind in der Delegierten Verordnung (EU) 2019/945¹⁴ enthalten. Die Verordnung (EU) Nr. 376/2014¹⁵ regelt darüber hinaus die Meldepflicht für Störungen und sicherheitsrelevante Ereignisse im zivilen Luftverkehr.

Neben dem unionsrechtlichen Rahmen gelten nationale luftverkehrsrechtliche Vorschriften, namentlich die Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO)¹⁶ und das Luftverkehrsgesetz (LuftVG)¹⁷. Diese enthalten unter anderem Regelungen zu Betriebsverboten, Flugverboten über bestimmten Gebieten, Erlaubnispflichten sowie zur Durchsetzung durch Ordnungs- und Sicherheitsbehörden.

III. Strafbarkeit von Drohnenüberflügen

Für einen erleichterten Zugang erfolgt die folgende strafrechtliche Einordnung entlang lebensnaher Sachverhalte. Dabei werden die in Betracht kommenden Straftatbestände jeweils hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Besonderheiten in Bezug auf Drohnen dargestellt – ohne dabei gezielte Angriffs- oder Sabotagehandlungen zu berücksichtigen.

1. Drohnenüberflug über militärische oder sicherheitsrelevante Anlagen

a) Sicherheitsgefährdendes Abbilden, § 109g StGB

Drohnen verfügen zur Steuerung über Kamerasysteme. Einige sind dazu geeignet, Lichtbildaufnahmen (Fotos) zu fertigen. Geschieht dies bei einem Flug über Wehrmittel, militärische Einrichtungen, Anlagen oder militärische Vorgänge, kann dieses Fertigen einer Abbildung nach § 109g Abs. 1 StGB strafbar sein.

aa) Objektiver Tatbestand

Erfasst sind (Drohnen-)Fotos insbesondere von Schiffen, U-Booten, Panzern sowie sonstigen Fahr- und Flugzeugen, Raketen, Munition und Funk- und Radargeräten (Wehrmittel)¹⁸, Kasernen, Flugplätzen, Waffen- und Munitionslagern oder Marinestützpunkten (militärische Einrichtungen/Anlagen)¹⁹ und von Truppenübungen, Manövern, verteidigungsrelevanten Transporten von Truppen oder Material (militärische Vorgänge)²⁰.

¹³ ABl. EG 2018 Nr. L 12, S. 1.

¹⁴ ABl. EG 2019 Nr. L 152, S. 1.

¹⁵ ABl. EG 2014 Nr. L 122, S. 18.

¹⁶ BGBl. I 2015, S. 1894.

¹⁷ BGBl. I 2007, S. 698.

¹⁸ Vgl. Müller, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 109e Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 109e Rn. 2; Steinberg, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 109e Rn. 3; Kuhli, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 109g Rn. 3.

¹⁹ Müller, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 109g Rn. 8; Kuhli, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 109e Rn. 4.

²⁰ Müller, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 109g Rn. 10; Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 109g Rn. 8.

Daneben können nach § 109g Abs. 2 StGB ausdrücklich auch Lichtbildaufnahmen aus der Luft von nichtmilitärischen Gebieten oder Gegenständen im Geltungsbereich des StGB strafbar sein. Darunter fallen Fotos von Drohnen aus, die als Luftfahrzeuge gem. § 1 Abs. 2 LuftVG gelten.

Es muss jeweils eine konkrete Gefährdung der Sicherheit der BRD oder der Schlagkraft der Truppe eingetreten sein, was eine relativ hohe Gefährdungsstufe erfordert.²¹ Die Rechtsprechung beurteilt das im Wesentlichen anhand der militärischen Brisanz der fotografierten Objekte.²²

bb) Subjektiver Tatbestand/Versuch

Erforderlich ist Eventualvorsatz hinsichtlich der Aufnahmehandlung und Wissentlichkeit in Bezug auf die konkrete Gefährdung der Sicherheit oder Schlagkraft. Auch der Versuch ist strafbar, § 109g Abs. 3 StGB.

b) Landesverräterische Ausspähung; Auskundschaften von Staatsgeheimnissen, § 96 StGB

Das gezielte Anfertigen von Bildmaterial mittels Drohne kann als Sichverschaffen eines Staatsgeheimnisses nach § 96 Abs. 1 StGB strafbar sein.

aa) Objektiver Tatbestand

Staatsgeheimnisse sind gem. § 93 Abs. 1 StGB Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheim gehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik abzuwenden. Einfluss darauf hat die sicherheits- und militärpolitische Bewertung, z.B. durch Lagebeurteilungen.²³

Bereits jede Nachricht mit eigenständigem Aussagegehalt kann hier tatbestandsmäßig sein (Erkenntnis)²⁴. Eine tatsächliche Geheimhaltung liegt vor, wenn zur Tatzeit nur ein begrenzter Personenkreis die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit ist regelmäßig bei Informationen über militärische Vorgänge gegeben.

Beispiele: Informationen über die militärische Ausrüstung, Beobachtungen von Truppenübungen, geheime Ausbildung von ukrainischen Soldaten an Patriot-Systemen.²⁵

Besonders zu berücksichtigen ist aufgrund des Bestimmtheitsgebots, Art. 103 Abs. 2 GG, das Kriterium der Gefahr eines schweren Nachteils.²⁶

bb) Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist neben mindestens bedingtem Vorsatz die Absicht des Verrats im Moment des Sichverschaffens erforderlich. Im Ergebnis kommt eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 StGB daher nur bei

²¹ So etwa BGH, Urt. v. 30.10.1970 – 3 StR 4/70 II = NJW 1971, 441.

²² Vgl. dazu Müller, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 109g Rn. 21 m.w.N.

²³ Hegmann/Stuppi, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 93 Rn. 14.

²⁴ So etwa BGH, Urt. v. 22.1.1971 – 3 StR 3/70 II = BGHSt 24, 72 (76) = NJW 1971, 715 (716).

²⁵ Vgl. etwa Peer, in: ZEIT Online v. 9.2.2025 (14.5.2025).

²⁶ Vgl. zu dem Merkmal Gefahr eines schweren Nachteils Paeffgen, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 26 f. m.w.N.

Drohnenüberflügen in Betracht, die gezielt der Spionage und entsprechender Weitergabe der Informationen dienen.

c) Geheimdienstliche Agententätigkeit, § 99 StGB

aa) Objektiver Tatbestand

Entfällt eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 1 StGB (z.B. mangels Geheimhaltungsbedürftigkeit der Lichtbildaufnahme), hat sich der Drohnenpilot dazu jedoch aktiv in die Ausforschungsbestrebungen eines fremden Nachrichtendienstes funktionell eingegliedert, kommt eine Strafbarkeit nach § 99 Abs. 1 StGB auch bei einmaligen Drohnenüberflug in Betracht.²⁷ Die erforderliche Zielrichtung kann dabei auch vorliegen, wenn der Drohnenpilot die Erkenntnisse zunächst ohne entsprechenden Auftrag sammelt und sie erst später weiterleitet²⁸ (sog. Möchtegern-Agent)²⁹.

bb) Subjektiver Tatbestand

Ebenso wenig erfordert der subjektive Tatbestand eine entsprechende Absicht hinsichtlich der Zielrichtung, es genügt Eventualvorsatz bezüglich aller objektiven Tatumstände.³⁰

d) In Deutschland stationierte NATO-Truppen

Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 4 des NATO-Truppen-Schutzgesetzes (NTSG)³¹ gilt § 109g StGB, nach § 1 Abs. 1 NTSG zudem die §§ 96, 99 StGB auch für in Deutschland stationierte NATO-Truppen.

e) § 44 LuftVO

Verstöße gegen luftrechtliche Flugbeschränkungen – etwa Flüge über JVA, Maßregelvollzugseinrichtungen oder militärische Anlagen (§ 21h Abs. 2 Nr. 3 LuftVO) – stellen nach § 44 Abs. 1 LuftVO lediglich Ordnungswidrigkeiten dar. Entsprechendes gilt gem. § 44 Abs. 2 LuftVO teilweise bei Verstößen gegen bestimmte EU-Vorgaben.

f) § 62 LuftVG

Wird die Drohne unter Zuwiderhandlung einer Anordnung über ein Luftsperrgebiet (§ 26 Abs. 1 LuftVG) oder ein Gebiet mit Luftbeschränkung (§ 26 Abs. 2 LuftVG) geflogen, besteht eine Strafbarkeit nach § 62 Abs. 1 LuftVG für vorsätzliches Handeln, bzw. nach § 62 Abs. 2 LuftVG auch für Fahrlässigkeit.

Zur Abwehr konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit kann das Bundesministerium für Verkehr gem. § 17 Abs. 1 LuftVO Luftsperrgebiete anordnen – etwa über einem Trainingsgelände

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71 II = BGHSt 24, 369 = NJW 1972, 1957; BGH, Urt. v. 9.12.1981 – 3 StR 352/81 = BGHSt 30, 294 = NJW 1982, 837; BGH, Urt. v. 21.4.1983 – 3 StR 80/83 = BGHSt 31, 317 = NJW 1984, 184; a.A. Schroeder, NJW 1981, 2278 (2281 f.).

²⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 5.7.1972 – 3 StR 4/71 II = BGHSt 24, 369 (372) = NJW 1972, 1957 (1958); OLG Hamburg, Urt. v. 28.6.1988 – 1 OJs 11/87 = NJW 1989, 1371; a.A. Paeffgen, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 99 Rn. 9, wonach lediglich eine Vorbereitungshandlung bestehe, die jedenfalls Indizcharakter bei späterer Kontaktaufnahme mit Geheimdienst entfalte.

²⁹ Hegmann/Stuppi, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 99 Rn. 13.

³⁰ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.4.1983 – 3 StR 80/83 (L) = BGHSt 31, 317 (322) = NJW 1984, 184.

³¹ BGBl. I 2008, S. 490.

ukrainischer Soldaten. Ein Drohnenflug in diesem Bereich kann bei Verstoß gegen die Anordnung gem. § 62 Abs. 1 LuftVG strafbar sein.

Beispiele bestehender Sperrgebiete sind Truppenübungsplätze oder das Berliner Regierungsviertel (Flugbeschränkung im Bereich von drei nautischen Meilen um den Reichstag).

2. Drohnen im Bereich von Flughäfen oder anderen Verkehrseinrichtungen

a) Gefährdung des Luftverkehrs, § 315a StGB

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Tatobjekte

Drohnenflüge unterfallen dem Schutzzweck des § 315a StGB, sofern sie in den Luftverkehr eingreifen oder dessen Sicherheit beeinträchtigen.

(2) Tathandlungen

Gem. § 315a Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer ein Luftfahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel, geistiger oder körperlicher Mängel zur sicheren Führung nicht in der Lage ist.

Relevant ist insbesondere die absolute Flugunsicherheit: es gelten zwar nicht die zu § 315c StGB entwickelten Promillegrenzwerte des Straßenverkehrs. Stattdessen ist im Luftverkehr aufgrund der erforderlichen höheren Aufmerksamkeit eine geringere Promillegrenze als Fluguntüchtigkeit anzusetzen.³² Die straßenverkehrsrechtlichen Grenzwerte müssen dann erst Recht im Flugverkehr gelten und dabei als Mindestgrenzwerte wirken.³³ Somit ist ein Wert von 1,1 Promille als Grenze der absoluten Fluguntüchtigkeit zu behandeln.³⁴

§ 315a Abs. 1 Nr. 2 StGB gilt neben dem Drohnen-Piloten auch für den *sonst für die Sicherheit Verantwortlichen*. Das ist jeder, der nach seiner Stellung und den ihm übertragenen Rechten und Pflichten für den reibungslosen Ablauf der Verkehrsvorgänge zu sorgen hat, also insbesondere auch die Halter von Drohnen.³⁵

Strafbar ist dabei grob pflichtwidriges Verhalten gegen Rechtsvorschriften zur Sicherung des Schienenbahn-, Schwebebahn-, Schiffs- oder Luftverkehrs, also formelle Gesetze und Rechtsverordnungen. Das betrifft z.B. die LuftVO, das LuftVG und einschlägige EU-Verordnungen. Die grobe Pflichtwidrigkeit verlangt einen besonders schweren Verstoß gegen eine dieser Vorschriften.

Erforderlich ist stets die Verursachung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert (ab 750 Euro³⁶).

³² Vgl. Schmid, NVZ 1988, 125 (128); Dust, NVZ 2016, 353 (354).

³³ Vgl. zu dem Erst-Recht-Schluss Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315a Rn. 15; sogar für ein praktisch völliges Alkoholverbot (0,2 ‰) Hecker, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315a Rn. 3; gegen eine Sonderstellung des Flugverkehrs aufgrund der automatisierten Abläufe in modernen Flugzeugen Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315a Rn. 21.

³⁴ So im Ergebnis auch Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315a Rn. 21.

³⁵ Vgl. zu Flugzeughalten Schmid, NVZ 1988, 125 (128).

³⁶ St.Rspr., vgl. exemplarisch zuletzt BGH, Beschl. v. 28.9.2010 – 4 StR 245/10 = NStZ 2011, 215.

bb) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz in Bezug auf alle objektiven Tatumstände ist nicht zwingend erforderlich, es genügt nach § 315a Abs. 3 StGB bereits Fahrlässigkeit.

Beispiel 1: Ein Drohnenpilot mit einer Blutalkohol-Konzentration von 1,5 ‰ verliert alkoholbedingt die Kontrolle über seine Drohne, woraufhin diese abstürzt. Nur durch Zufall wird ein Spaziergänger durch einen Schritt zur Seite nicht am Kopf getroffen. (Strafbarkeit nach § 315a Abs. 1 Nr. 1 StGB)

Beispiel 2: Der Halter verleiht seine selbst gebaute Drohne ohne Zulassung. Diese stürzt wegen eines erkennbaren Motorfehlers auf ein geparktes Fahrzeug. (Strafbarkeit nach § 315a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 StGB)

b) Gefährliche Eingriffe in den Luftverkehr, § 315 StGB**aa) Objektiver Tatbestand**

§ 315 StGB erfasst alle Arten von Eingriffen in den Luftverkehrsfluss – auch Drohnen sind taugliches Tatobjekt, insbesondere in Bezug auf fahrlässige Inneneingriffe in den Luftverkehr.

Als Tathandlungen bei Drohnenflügen kommen insbesondere das Bereiten von Hindernissen (§ 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder sonstige ebenso gefährliche Eingriffe (§ 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB) in Betracht. Ein Hindernisbereiten umfasst jede Einwirkung im Verkehrsraum, die geeignet ist, den ordnungsgemäßen Betrieb zu hemmen oder zu verzögern.³⁷ Erfasst sind bereits Drohnenflüge in den Einflugbereich eines Flughafens oder auch in den Landeanflug hineingelenkte Drohnen.³⁸ Eine Einordnung als ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff i.S.d. § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist daher regelmäßig nicht erforderlich.

Durch das Hindernisbereiten muss die Verkehrssicherheit beeinträchtigt und dadurch ebenfalls Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet werden.

bb) Subjektiver Tatbestand

Bereits die rein fahrlässige Begehung ist nach § 315 Abs. 6 StGB strafbar. Darüber hinaus verfügt § 315 StGB über drei weitere Unrechtsformen, sodass hier jede Schuldform konkret geahndet wird.

Beispiel 1: Ein Drohnenpilot achtet nicht auf die Umgebung und steuert seine Drohne unter Missachtung einer Flugverbotszone in den Anflugbereich eines Flughafens, woraufhin diese aus Versehen beinahe mit einem herannahenden Eurofighter kollidiert.³⁹ (Strafbarkeit nach § 315 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 StGB)

Beispiel 2: Ein Demonstrant steuert seine Drohne gezielt in den Einflugbereich eines Flughafens, um eine Flugzeuglandung zu filmen und Aufmerksamkeit für seine politische Botschaft zu erzeugen. Die Drohne nähert sich dabei einer landenden Maschine bis auf wenige Meter, woraufhin der Pilot durch

³⁷ Vgl. zu § 315 StGB n.F. BGH, Beschl. v. 24.3.2020 – 4 StR 673/19 = BeckRS 2020, 6534.

³⁸ *Dust*, NZV 2016, 353 (354).

³⁹ Vgl. zu tatsächlicher Drohnen-Kollision mit Eurofighter FLUG REVUE v. 28.5.2024 (14.5.2025).

Ausweichmanöver einen kontrollierten Landeanflug abbrechen muss. (Strafbarkeit nach § 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB)

c) Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr, § 315b StGB

aa) Objektiver Tatbestand

Eine entsprechende Beeinträchtigung des Straßenverkehrs ist nach § 315b Abs. 1 StGB strafbar. Realistischer ist hier auch die Zerstörung oder Beschädigung von Anlagen/Fahrzeugen (§ 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB) bei Drohnenüberflügen, die insbesondere bei absturzbedingten Kollisionen mit Verkehrsmitteln möglich sind.

bb) Subjektiver Tatbestand

Wie bei § 315a StGB genügt gem. § 315b Abs. 5 StGB bereits Fahrlässigkeit hinsichtlich Handlung und Gefährdung.

Beispiel: Ein Drohnenpilot ignoriert eine Unwetterwarnung und steuert seine Drohne trotz starker Windböen über eine für den Drohnenflug gesperrte Hochbrücke. Die Drohne wird vom Wind erfasst, stürzt auf die Windschutzscheibe eines Pkw, der daraufhin ins Schleudern gerät und ein entgegenkommendes Motorrad zufällig nur knapp verfehlt. (Strafbarkeit nach § 315b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 StGB)

3. Drohne über Privatgrundstück

a) Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen, § 201a StGB

aa) Tatbestand

Nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer unbefugt Bildaufnahmen herstellt, die den höchstpersönlichen Lebensbereich einer abgebildeten Person verletzen. Maßgeblich ist, ob die betroffene Person sich in einem *gegen Einblick besonders geschützten Raum* befindet. Dies setzt keinen abgeschlossenen Raum voraus, ausreichend ist ein effektiver Sichtschutz.⁴⁰ In diesem Bereich genügt jedoch weder ein „frecher Blick“⁴¹ noch ein bloßer Drohnenüberflug. Vielmehr bedarf es eines konkreten Verletzungserfolges des höchstpersönlichen Lebensbereiches.⁴² Maßgeblich ist dafür auch das abgebildete Verhalten, wobei Drohnenaufnahmen von *neutralen* Handlungen wie Lesen, Essen, Schlafen oder auch Gartenarbeit ohne Hinzutreten besonderer Umstände keine derartige Verletzung darstellen.⁴³ Eine Strafbarkeit nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt daher nur bei entsprechenden Bild- oder Videoaufnahmen mittels Drohne in Betracht, das Überfliegen alleine genügt hingegen nicht.

⁴⁰ BT-Drs. 15/2466, S. 5.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 15/2466, S. 4.

⁴² Vgl. BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24 = BeckRS 2024, 33945, Rn. 16.

⁴³ Vgl. BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24 = BeckRS 2024, 33945, Rn. 16; dazu jüngst Heghmanns, ZJS 2025, 353.

Beispiel: Drohnenaufnahmen von einem der Freikörperkultur frönenden Nachbarn in seinem mit einer dichten Hecke umrandeten Gartengrundstück.⁴⁴ (Strafbarkeit nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB)

bb) Besonderheit

Die Drohne kann als Bildaufnahmegerät eingezogen werden, § 201a Abs. 5 StGB.

b) Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen, § 184k StGB

§ 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB schützt die sexuelle Selbstbestimmung gegen Bildaufnahmen aus dem Intimbereich.⁴⁵ Erfasst sind insbesondere Fälle des sog. Upskirtings oder heimlicher Aufnahmen in Umkleiden. Nicht jeder Eingriff in die Intimsphäre ist jedoch auch ein Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung.⁴⁶ Das bloße Filmen auf einem Grundstück reicht nicht aus: Es bedarf nicht nur eines Sichthindernisses durch Mauern oder Hecken, sondern vielmehr eines durch Kleidung vermittelten Sichtschutzes im Bereich der Genitalien, der gezielt verletzt wird.⁴⁷ Der bloße Überflug eines Privatgartens reicht hierfür regelmäßig nicht aus.

c) Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, § 201 StGB

aa) Tatbestand

Eine Strafbarkeit kommt in Betracht, wenn mit der Drohne nichtöffentlich gesprochene Worte aufgezeichnet (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder abgehört werden (§ 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB). Voraussetzung ist ein gezieltes, willensgesteuertes Mithören mit einem Abhörgerät⁴⁸ – was bei entsprechend ausgestatteten Drohnen problemlos erfüllt sein kann.

Beispiel: Während eines Fluges über das Nachbargrundstück hört der Drohnenpilot über das integrierte Mikrofon das ältere Ehepaar diskret über die Regelung des Erbes reden. Interessiert lässt er die Drohne unbemerkt über der Terrasse verweilen und hört mit. (Strafbarkeit nach § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB)

bb) Besonderheit

Die Drohne kann als Tonträger/Abhörgerät eingezogen werden, § 201 Abs. 5 StGB.

d) Hausfriedensbruch, § 123 StGB

§ 123 Abs. 1 StGB setzt ein körperliches Eindringen in das befriedete Besitztum voraus. Bei dem Überflug eines Privatgrundstücks mit einer Drohne fehlt es allerdings am Betreten im klassischen Sinne. Eine analoge Anwendung auf den Luftraum ist mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ausgeschlossen. Eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs scheidet daher ohne entsprechende Gesetzesänderung aus.

⁴⁴ Vgl. AG Riesa, Urt. v. 24.4.2019 – 9 Cs 926 Js 3044/19 = BeckRS 2019, 11922.

⁴⁵ BT-Drs. 19/20668, S. 15.

⁴⁶ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 184k Rn. 3.

⁴⁷ BT-Drs. 19/17795, S. 13.

⁴⁸ Vgl. Graf, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 201 Rn. 31 m.w.N.

4. Unfälle und Zwischenfälle

a) Störung von Telekommunikationsanlagen, § 317 StGB

Drohnen können unter bestimmten Umständen als Mittel zur Störung von öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsanlagen i.S.d. § 317 Abs. 1 StGB in Betracht kommen. Telekommunikationsanlagen sind gem. § 3 Nr. 60 Telekommunikationsgesetz (TKG)⁴⁹ Einrichtungen, die ganz oder teilweise der Übertragung von Signalen über elektromagnetische Wellen dienen – dazu zählen alle Einrichtungen des Fernmeldewesens.⁵⁰ Diese dienen öffentlichen Zwecken, wenn der Betrieb im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der Allgemeinheit erfolgt.⁵¹ Das schließt zwar Anlagen des rein privaten Gebrauchs aus.⁵² Ist ein privater Telefonanschluss hingegen an das öffentliche Fernsprechnetzt angeschlossen, so ergibt sich der öffentliche Zweck daraus, dass jedermann mit den Inhabern der Anschlüsse in Verbindung treten kann.⁵³ Auch das Inkrafttreten des Poststrukturgesetzes (PostStruktG⁵⁴) verändert an der öffentlichen Zweckbestimmung nichts.⁵⁵ Eine mögliche Überkriminalisierung⁵⁶ wird durch eine Einschränkung auf Taterfolgsebene verhindert: Die Störung muss gegen den Willen der Betreibergesellschaft und des Anschlussinhabers erfolgen.⁵⁷

Eine zur Störung erforderliche Beschädigung oder ein Unbrauchbarmachen setzt eine Beeinträchtigung oder Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzung voraus. Eine tatsächliche Störung der Kommunikation ist hingegen nicht erforderlich; es genügt bereits die konkrete Gefährdung, die eine Funktionsstörung wahrscheinlich macht.⁵⁸ Auch bei redundanten Netzstrukturen kann § 317 StGB somit greifen, wenn ein einzelnes Kabel beschädigt wird, das zur Übertragung beiträgt.

Subjektiv genügt Fahrlässigkeit, § 317 Abs. 3 StGB.

Beispiel: Ein Drohnenpilot fliegt nachts ohne die vorgeschriebene Beleuchtung in der Nähe von Luftkabeln, die mehrere private Telefonanschlüsse mit dem öffentlichen Fernsprechnetzt verbinden. Aufgrund mangelhafter Sicht gerät die Drohne in eines der Kabel, das dadurch beschädigt wird. (Strafbarkeit nach § 317 Abs. 1 und 3 StGB)

b) Herbeiführen einer Brandgefahr, § 306f StGB

Nach § 306f Abs. 1 StGB ist strafbar, wer fahrlässig in sonstiger Weise eine konkrete Brandgefahr herbeiführt. Maßgeblich ist die normative Gefahrerfolgstheorie⁵⁹: Die Gefahr muss kausal auf die Tat-

⁴⁹ BGBl. I 2021, S. 1858.

⁵⁰ Vgl. Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 317 Rn. 7 m.w.N.

⁵¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 317 Rn. 2.

⁵² Hecker, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 317 Rn. 3.

⁵³ BGH, Urt. v. 29.8.1974 – 4 StR 340/74 = BGHSt 25, 370 = NJW 1974, 2013.

⁵⁴ BGBl. I 1989, S. 1026.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 10.8.1993 – 1 StR 168/93 = BGHSt 39, 288 = NJW 1993, 2946 (2946 f.); zustimmend Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 317 Rn. 2; Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2025, § 317 Rn. 3; ablehnend BayObLG, Beschl. v. 30.10.1992 – 4 St RR 122/92 = NJW 1993, 1215; Hecker, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 317 Rn. 3; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 317 Rn. 12 ff.; Schmittmann, CR 1995, 548 (549ff.).

⁵⁶ Vgl. zu drohender Überkriminalisierung etwa Hecker, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 317 Rn. 3.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 10.8.1993 – 1 StR 168/93 = BGHSt 39, 288 = NJW 1993, 2946 (2947).

⁵⁸ Vgl. Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 317 Rn. 20 m.w.N.

⁵⁹ Vgl. Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, vor § 306 Rn. 8 m.w.N.

handlung (z.B. fahrlässiger Absturz) zurückzuführen und dem Täter objektiv zurechenbar sein. Eine bloß abstrakte Gefährdung genügt nicht. Insbesondere durch den Einsatz von Lithium-Polymer-Akkus bergen Drohnen ein erhebliches Brandrisiko. Diese Akkus sind hochenergetisch und können bei Beschädigung oder Überhitzung Feuer fangen. Im Fall eines Absturzes – etwa durch Bedienfehler, Witterungseinflüsse oder technische Mängel – ist eine Entzündung leicht möglich.

Beispiel: Eine nicht ausreichend gewartete Drohne stürzt bei trockenem Wetter über einem Waldrand ab, für den aufgrund von Waldbrandgefahr eine Flugbeschränkung für Drohnen gilt. Beim Absturz verursacht der Akku einen Funkenflug, der nur durch Zufall keinen Bodenbrand verursacht. (Strafbarkeit nach § 306f Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB)

c) Fahrlässige Brandstiftung, § 306d StGB

Wird hingegen tatsächlich ein Brand verursacht, steht mindestens fahrlässige Brandstiftung, § 306 StGB im Raum.

In obigem Beispiel wäre dann eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Brandstiftung, § 306d Abs. 1 Var. 1 StGB i.V.m. § 306 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1 StGB gegeben.

d) Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete, § 329 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 329 StGB erscheint auf den ersten Blick denkbar, etwa wegen Luftverunreinigungen (Abgase, Lärm) oder durch Störungen besonders sensibler Naturräume. Allerdings stellt § 329 Abs. 1 S. 3 StGB klar, dass die Vorschrift auf Luftfahrzeuge nicht anwendbar ist – also auch nicht auf Drohnen.

§ 329 Abs. 4 StGB könnte dennoch einschlägig sein, wenn durch den Betrieb der Drohne (z.B. durch Herabfallen, Kollision, Lärm) ein besonders geschütztes Gebiet erheblich geschädigt wird. Dies setzt aber voraus, dass eine verwaltungsrechtliche Pflicht verletzt wurde – etwa aus dem Bundesnaturschutzgesetz (§§ 33, 44 BNatSchG), das insbesondere dem Schutz bestimmter Zonen und Arten dient.

Nach § 329 Abs. 6 StGB ist auch Leichtfertigkeit bzgl. § 329 Abs. 4 StGB ausreichend.

Beispiel: Ein Tourist steuert seine Drohne über die Helgoländer Felssockel. Durch den Drohnen-Lärm stört er eine bekannte Kormoran-Brutstätte (Krähenscharbe, *Phalacrocorax aristotelis desmarestii*) zur Aufzuchtzeit, die ihm mangels vorheriger Erkundigung nicht bekannt war. Die fluchtbedingte Erschöpfung der Vögel führt zu einer Abnahme der Nahrungssuche. Infolgedessen wird die Brutzeit der Vögel gefährdet und die Überlebenschancen der Jungvögel sinken erheblich. (Strafbarkeit nach § 329 Abs. 4 und 6 StGB i.V.m. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG und Anhang I Richtlinie 2009/147/EG⁶⁰ möglich)

e) § 71 BNatSchG

Bei entsprechenden vorsätzlichen Handlungen kann auch eine Strafbarkeit nach § 71 BNatSchG vorliegen. Ausnahmsweise genügt auch fahrlässiges Nichterkennen des Schutzstatus der betroffenen Tier- oder Pflanzenart, § 71 Abs. 4 NatSchG.

⁶⁰ ABl. EG 2010 Nr. L 20, S. 7 (Vogelschutzrichtlinie).

Beispiel: Der Helgoland-Tourist erkennt zwar die Brutstätte, allerdings die Vögel nicht und denkt, es handele sich um gewöhnliche, nicht geschützte Möwen. (Strafbarkeit nach § 71 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG i.V.m. § 69 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG und § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG möglich)

f) Ausspähen und Abfangen von Daten, §§ 202a–202c StGB

Nur bei spezialisierten Drohnen mit Hacking-Funktionalitäten und gezieltem Einsatz (etwa durch WLAN-Sniffer oder Funkfrequenzanalyse) ist eine Strafbarkeit i.R.d. §§ 202a–202c StGB denkbar.

g) Nötigung, § 240 StGB

Mangels erforderlicher Gewalt⁶¹ bei einem bloßen Überflug scheidet eine Strafbarkeit wegen Nötigung, § 240 Abs. 1 StGB regelmäßig aus. Nur in besonderen Konstellationen – etwa wenn eine Drohne gezielt auf eine Person zusteuert, um sie zum Ausweichen zu zwingen – könnte eine über den psychischen Zwang hinausgehende Wirkung vorliegen. Selbst dann ist fraglich, ob das Merkmal der Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Eine Strafbarkeit erscheint daher allenfalls in Ausnahmefällen denkbar.

IV. Fazit

Die dargestellten Beispiele verdeutlichen ein breites Spektrum an praxisnahen Sachverhalten, die bereits durch bloße Drohnenüberflüge strafrechtlich relevant werden können. Im Kern lassen sich drei Hauptbereiche strafbarer Handlungen identifizieren: unbefugte Bild- und Tonaufnahmen, (zum Teil gezielte) Störungen des Luftverkehrs sowie Zwischenfälle infolge mangelnder flugbetrieblicher Sorgfalt.

Neben der eindeutigen Identifizierung des Steuernden – einschließlich Prüfung von Flugzulassung, körperlicher Eignung oder etwaiger Alkoholisierung – ist vor allem die zeitnahe Sicherung der Drohne und möglicher Aufzeichnungen entscheidend. Nur so lässt sich die strafrechtliche Relevanz des Vorfalls zuverlässig beurteilen, beweissicher dokumentieren und entsprechend verfolgen.

⁶¹ Zum Gewaltbegriff im Überblick *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 29 f.; *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 35 ff.

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht Teil 2: Urkunds-, Korruptions- und Vermögensdelikte im Gesundheitswesen sowie Strafrecht am Beginn des Lebens

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*) 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 Schwerpunkts. Die Inhalte gehören gleichwohl größtenteils zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung und dürften daher für eine breitere Leserschaft relevant sein. Während der erste Teil dieser Beitragsreihe (ZJS-Ausgabe 4/2025) ärztliche Heileingriffe und die Organisation des Gesundheitswesens im Spiegel der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte betrachten, geht es in diesem zweiten Teil 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 6: Korrupter Optiker	851
Fall 7: Großzügige Impfnachweise	853
I. Ausstellen der Impfbescheinigung	854
II. Vorzeigen der Impfbescheinigung	855
Fall 8: Impfung selbst gemacht	856
Fall 9: Impfraser	856
Fall 10: Sortierung von Embryonen.....	859
I. Befruchtung.....	860
II. Untersuchung der Embryonen	861
III. Stehenlassen übriger „auffälliger“ Embryonen	862
Fall 11: Zum Menschen geboren	862

* 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.

Fall 6: Korrupter Optiker

Augenoptiker A steckt mit seiner neu eröffneten Filiale in finanziellen Schwierigkeiten. Er bittet daher seinen Freund F, einen Augenarzt, seine Patienten direkt an ihn zu verweisen. Dafür möchte A dem F eine Provision i.H.v. 200 € zahlen und monatlich Kugelschreiber mit dem Praxislogo des A zuschicken. F ist damit einverstanden und verweist seine Kunden ausschließlich an A.
Strafbarkeit der Beteiligten?

F und A könnten sich der Bestechung bzw. Bestechlichkeit im Gesundheitswesen nach §§ 299a, 299b StGB¹ strafbar gemacht haben. Der personelle Anwendungsbereich von § 299a StGB beschränkt sich auf Angehörige eines Heilberufs. Der weit auszulegende Begriff des Heilberufs umfasst alle Berufe, die der Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten oder Behinderungen dienen oder Leistungen der vorbeugenden Gesundheitspflege zum Gegenstand haben.² Normadressaten sind sowohl akademische Heilberufe wie auch sog. Gesundheitsfachberufe, wobei eingrenzend die Berufsausübung eine durch Gesetz oder Approbations(ver)ordnung geregelte Ausbildung voraussetzen muss.³ Die augenärztliche Tätigkeit des F erfordert eine in der Approbationsordnung für Ärzte (ÄApprO) festgeschriebene Ausbildung. F ist mithin tauglicher Täter i.S.d. § 299a StGB.⁴ Auch steht die Weiterverweisung von Patienten an Augenoptiker im Zusammenhang mit der Berufsausübung des F.⁵

Ein Sichversprechenlassen i.S.v. § 299a StGB erfordert eine Übereinkunft von Geber und Nehmer über die Vorteilsgewährung.⁶ F und A einigten sich über die Zahlung einer Provision i.H.v. 200 € sowie die monatliche Zusendung von Kugelschreibern von A an F. Dabei müsste es sich um einen tatbestandlich erfassten Vorteil i.S.d. § 299a StGB handeln. Identisch zu § 299 StGB deckt der Vorteilsbegriff alle Zuwendungen ab, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessern.⁷ Sowohl die Provision i.H.v. 200 € als auch die monatlich zu liefernden Kugelschreiber stellen einen, wenn auch im Falle der Kugelschreiber geringen, Vermögenszuwachs des F dar. Dabei sieht § 299a StGB keine Geringwertigkeits- oder Bagatellgrenze vor. Gleichwohl werden im gewissen Umfang übliche und daher sozialadäquate⁸ Vor-

¹ Lange war die Anwendung der §§ 331 ff., 299 StGB auf Vertragsärzte umstritten. Der *Große Senat für Strafsachen* verneinte 2012 schließlich die Amtsträgereigenschaft i.S.d. § 311 ff. StGB sowie die Stellung von Vertragsärzten als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs der gesetzlichen Krankenkassen i.S.v. § 299 StGB, BGH NJW 2012, 2530 (2530 ff.). Aufgrund dieser Entscheidung wurden die Bemühungen des Gesetzgebers zur Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen verstärkt und mündeten schließlich 2016 im Erlass der §§ 299a, 299b StGB. Zur Historie siehe *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 8 ff.

² *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, § 299a Rn. 21; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 13. Beachte die Anlehnung an § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB (BT-Drs. 18/6446, S. 17).

³ BT-Drs. 18/6446, S. 17; *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 21.

⁴ Im umgekehrten Fall, wenn also F den A um die Verweisung seiner Kunden bittet, wäre A kein tauglicher Täter i.S.d. § 299a StGB. Vom Tatbestand nicht erfasst sind sog. Gesundheitshandwerker, weil sich ihr Beruf und ihre Tätigkeit nach der HandwO richtet, *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 21; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 16. Dazu zählt auch die Tätigkeit des F als Augenoptiker, die keine durch Gesetz oder Approbationsverordnung geregelte Ausbildung vorsieht.

⁵ Zum Zusammenhang mit der beruflichen Ausübung siehe *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 299a Rn. 10.

⁶ *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 29.

⁷ BGH NJW 2001, 2558 (2559); *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 30.

⁸ Grundlegend zur Lehre der Sozialadäquanz *Rönnau*, JuS 2011, 311 (311 ff.); *Valerius*, JA 2014, 561 (561 ff.).

teilszuwendungen nicht erfasst, weil es in diesen Fällen an der objektiven Eignung zur wettbewerbswidrigen Marktbeeinflussung mangelt.⁹ In diesem Rahmen ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, für die sich feste Wertgrenzen verbieten.¹⁰ Insofern sind Provisionszahlungen in der vorliegenden Höhe nicht üblich und daher objektiv geeignet, den Markt wettbewerbswidrig zu beeinflussen. Bei den Kugelschreibern handelt es sich um allgemein übliche Werbegeschenke, denen aufgrund ihres geringen Wertes im Einzelfall die Eignung zur wettbewerbswidrigen Marktbeeinflussung abzusprechen ist. Allein die Provisionszahlung stellt daher eine Vorteilsgewährung i.S.d. § 299a StGB dar.

Schließlich bedarf es einer konkreten Unrechtsvereinbarung.¹¹ Die Gegenleistung für das Sichversprechenlassen muss demnach die künftige Beeinflussung einer der in Nrn. 1–3 abschließend aufgezählten heilberuflichen Entscheidungen sein, die eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb darstellt.¹² Die Zuführung von Patienten nach § 299a Nr. 3 StGB meint die Einwirkung auf einen Patienten mit der Absicht, diesen bei der Auswahl eines Heilberufsanhängers zu beeinflussen.¹³ In der Überweisung von Patienten des F an A liegt eine Beeinflussung jener Auswahlentscheidung. Eine Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb stellt die Zuführung dar, wenn die Tat objektiv geeignet ist, eigenen oder fremden Bezug oder Absatz zu fördern und der Täter die Absicht verfolgt, den Geschäftsbetrieb eines Mitkonkurrenten dadurch zu beeinträchtigen.¹⁴ A befindet sich zu anderen Augenoptikern im Wettbewerb um Kunden. Indem F seine Patienten ausschließlich an A überweist, wird der Kundenbestand des A erweitert. Diese wettbewerbliche Bevorzugung ist unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regelungen des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen.¹⁵ Indem der Kundenstamm des A durch die Zuweisung der Patienten des F erweitert wird, wird gleichzeitig die Neugewinnung von Kunden durch andere Augenoptiker zu Lasten der an A verwiesenen Patienten verringert. Auch ist diese Bevorzugung nicht ausnahmsweise primärrechtlich zulässig.¹⁶ Jene Bevorzugung weist einen Zusammenhang zur heilberuflichen Tätigkeit des F als Augenarzt auf, bei der Überweisungen an Augenoptiker üblich sind. Schließlich muss im Sinne eines „do ut des“-Verhältnisses der Vorteil mit der Bevorzugung im Wettbewerb inhaltlich verknüpft sein, und zwar so, dass die Bevorzugung gerade bei Ausführung des Referenzverhaltens der Nrn. 1–3 erfolgen soll.¹⁷ F und A vereinbarten, dass die Provisionszahlung gerade für die Verweisung der Patienten durch F an A erfolgen soll. Ein hinreichendes Gegenseitigkeitsverhältnis und mithin auch eine Unrechtsvereinbarung liegen demnach vor.¹⁸ Hinsichtlich des objektiven Tatbestands handelte F auch vorsätzlich. Demnach hat sich F nach § 299a Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

Spiegelbildlich hat sich A nach § 299b Nr. 3 StGB aufgrund des Versprechens wegen einer Vorteils- gewährung strafbar gemacht.

⁹ BGH NJW 2003, 763 (765); *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299 Rn. 181.

¹⁰ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299 Rn. 184.

¹¹ BT-Drs. 18/6446, S. 18, *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 34.

¹² *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, StGB § 299a Rn. 27.

¹³ BT-Drs. 18/6446, S. 20; *Rainer/Pfuhl*, PharmR 2016, 357 (360); *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, MBO § 31 Rn. 4.

¹⁴ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 31.

¹⁵ BT-Drs. 18/6446, S. 21; *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 47.

¹⁶ Siehe dazu *Fischer/Lutz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 299a Rn. 12.

¹⁷ *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 299a Rn. 40.

¹⁸ Problematisch sind Fälle, in denen es nicht um den Wettbewerb zwischen Unternehmen, sondern zwischen Patienten, beispielsweise um knappe Arzneimittel geht. Siehe dazu Fn. 43 a.E.

Fall 7: Großzügige Impfnachweise

Arzt A ist bekennender Impfgegner. M, der von der Existenz von Viren ebenfalls nicht überzeugt ist, kennt diese Einstellung des A und bittet diesen daher um die Ausstellung einer schriftlichen Impfbescheinigung gegen SARS-CoV-2-Erreger. A weiß, dass M tatsächlich nicht gegen SARS-CoV-2 geimpft ist, stellt ihm einen entsprechenden Nachweis aber dennoch aus. M zeigt die schriftliche Impfbescheinigung in einer Apotheke vor, um einen digitalen Impfnachweis zu erhalten. Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB und dem IfSG?

§ 20 IfSG

[...]

(4) Zur Durchführung von Schutzimpfungen ist jeder Arzt berechtigt. Fachärzte dürfen Schutzimpfungen unabhängig von den Grenzen der Ausübung ihrer fachärztlichen Tätigkeit durchführen. Die Berechtigung zur Durchführung von Schutzimpfungen nach anderen bundesrechtlichen Vorschriften bleibt unberührt.

§ 22 IfSG

(1) Die zur Durchführung von Schutzimpfungen berechtigte Person hat jede Schutzimpfung unverzüglich in einem Impfausweis oder, falls der Impfausweis nicht vorgelegt wird, in einer Impfbescheinigung zu dokumentieren (Impfdokumentation).

[...]

§ 73 IfSG

[...]

(1a) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

8. entgegen § 22 Absatz 1 eine Schutzimpfung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentiert,

[...]

§ 74 IfSG

[...]

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in § 73 Absatz 1a Nummer 8 bezeichnete Handlung begeht, indem er wissentlich eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Täuschung im Rechtsverkehr nicht richtig dokumentiert.

§ 75a IfSG

[...]

(3) Ebenso wird bestraft, wer wissentlich

1. eine in § 74 Absatz 2 oder § 75a Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete nicht richtige Dokumentation [...] zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

I. Ausstellen der Impfbescheinigung

A könnte sich nach § 267 StGB strafbar gemacht haben. Eine unechte Urkunde i.S.d. § 267 StGB liegt vor, wenn die Verkörperung der Gedankenerklärung nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.¹⁹ § 267 StGB schützt demnach nicht das Vertrauen in die Wahrheit von Urkundeninhalten, sondern das Vertrauen in die Urheberschaft der Verkörperungen. Schriftliche Lügen sind von § 267 StGB nicht erfasst.²⁰ A stellt die schriftliche Impfbescheinigung in seinem eigenen Namen aus. Folglich stellt die Impfbescheinigung jedenfalls keine unechte Urkunde dar.

Weiter kommt eine Strafbarkeit des A aufgrund der Ausstellung eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach § 278 Abs. 1 StGB in Betracht. Täter des Sonderdeliktes sind Ärzte,²¹ zu denen auch A zählt. Ein Gesundheitszeugnis sind körperlich oder elektronisch fixierte Aussagen über die körperliche oder psychische Gesundheit oder Krankheit eines Menschen.²² Insofern Impfpässe den Immunisierungszustand einer Person und folglich deren Resilienzen gegen gewisse Krankheitsträger in verkörperter Form dokumentieren, ist darin eine Aussage über den Gesundheitszustand einer Person enthalten.²³ Die schriftliche Impfbescheinigung stellt mithin ein Gesundheitszeugnis dar.²⁴ Da M tatsächlich keine hinreichende Vakzinierung gegen SARS-CoV-2 aufweist, ist die Impfbescheinigung auch unrichtig. Jenes Gesundheitszeugnis wurde von A ausgestellt. Einschränkend muss das Gesundheitszeugnis zur Täuschung im Rechtsverkehr ausgestellt worden sein.²⁵ Die schriftliche Impfbescheinigung dient M dazu, verschiedene Institutionen, wie auch die Apotheke, über seinen Immunisierungsstatus zu täuschen. Da A die mangelnde Vakzinierung des M bekannt war, handelte er diesbezüglich auch wissentlich. Hinsichtlich der Täuschung im Rechtsverkehr ist ausreichend, „dass dem Täter eine solche Nutzung sicher vor Augen steht.“²⁶ In diesem Sinne musste sich auch A aufdrängen, dass M sich die Impfbescheinigung gerade zur Verwendung im Rechtsverkehr ausstellen lässt. Eine Strafbarkeit des A nach § 278 StGB besteht.

Zuletzt könnte sich eine Strafbarkeit des A aus § 74 Abs. 2 IfSG ergeben. § 74 Abs. 2 IfSG hebt die Ordnungswidrigkeit des § 73 Abs. 1a Nr. 8 IfSG zu einer Straftat, wenn das Tatobjekt eine Impfung gegen SARS-CoV-2 ist und diese zur Täuschung im Rechtsverkehr entgegen § 22 Abs. 1 IfSG nicht richtig dokumentiert wurde. Unter einer Dokumentation ist unter Verweis auf §§ 73 Abs. 1a, 22 Abs. 1 IfSG die Eintragung von Impfsachverhalten in einem Impfausweis oder in einer gesonderten Impfbescheinigung zu verstehen.²⁷ Prima facie könnte anzunehmen sein, dass insbesondere mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG allein Fälle erfasst sind, in denen die Impfung zwar erfolgt, aber „nicht richtig“

¹⁹ Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 267 Rn. 21.

²⁰ BGH NJW 2023, 1973 (1974); Fischer/Lutz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 267 Rn. 27, 29; Kargl, JA 2003, 604 (606 f.).

²¹ Zur Täterqualifikation siehe Magnus, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 278 Rn. 39 ff.

²² Fischer/Lutz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 277 Rn. 3.

²³ OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557); Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (626 f.).

²⁴ Anders bei einer Impfunfähigkeitsbescheinigung, siehe dazu Rau, medstra 2023, 230 (230 ff.); Ruppert, medstra 2022, 153 (153 ff.).

²⁵ Hier liegt eine der wesentlichen gesetzgeberischen Änderungen der 2021 vorgenommenen Reform der §§ 277 ff. StGB. Zuvor war jenes Tatbestandsmerkmal auf die Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften beschränkt. Anlass jener Reform waren Strafbarkeitslücken, die im Zuge von 2-G- oder 3-G-Regelungen zunahmen. Siehe dazu Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (13 f.).

²⁶ BT-Drs. 20/27, S. 11; Magnus, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 278 Rn. 31.

²⁷ Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2160).

dokumentiert wurde.²⁸ Ein derart enges Verständnis verkennt aber, dass bei einer nicht erfolgten Impfung eine korrekte Dokumentation erst gar nicht möglich ist. Auch wird die Gesundheit anderer Personen gerade durch Personen gefährdet, die ohne tatsächliche Vakzinierung über eine Impfbescheinigung verfügen. Für eine weite Auslegung streitet daher auch das Telos der Norm, wonach das IfSG gem. § 1 Abs. 1 IfSG die Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten beim Menschen intendiert.²⁹ In diesem Sinne wird auch die Ausstellung der Impfbescheinigung durch A trotz nicht durchgeführter Impfung bei M von § 74 Abs. 2 IfSG erfasst.

Insofern § 73 Abs. 1a Nr. 8 IfSG auf § 22 Abs. 1 IfSG rekurriert, der ausschließlich eine Pflicht zur Impfung berechtigter Personen vorsieht, ist davon auszugehen, dass es sich auch bei § 74 Abs. 2 IfSG um ein Sonderdelikt handelt, das nur Impfberechtigte ausführen können.³⁰ Dafür spricht auch, dass der Passus der Berechtigung in § 22 Abs. 1 IfSG eingeführt wurde, um eine klare Zuordnung der Normadressaten zu ermöglichen.³¹ Da A als Arzt nach § 20 Abs. 4 IfSG zur Durchführung von Impfungen berechtigt ist, ist dieser vom Täterkreis des § 74 Abs. 2 IfSG erfasst.³² Auf der Ebene des subjektiven Tatbestands verlangt § 74 Abs. 2 IfSG die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der dokumentierten Angabe. Im Übrigen ist *dolus eventualis* ausreichend.³³ A wusste, dass M tatsächlich nicht gegen SARS-CoV-2 geimpft wurde. A hat sich daher nach § 74 Abs. 2 IfSG strafbar gemacht. Nach überwiegender Auffassung und Intention des Gesetzgebers stehen die Strafbarkeit gem. § 278 StGB und § 74 Abs. 2 IfSG in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB).³⁴

Hinsichtlich der Ausstellung des Gesundheitszeugnisses besteht eine Strafbarkeit des M wegen Anstiftung nach §§ 278, 26 StGB³⁵ und gem. §§ 74 Abs. 2 IfSG, 26 StGB. Jeweils ist die Strafe nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern, weil es sich um Sonderdelikte handelt.³⁶

II. Vorzeigen der Impfbescheinigung

Mit der Vorlage der Impfbescheinigung in der Apotheke hat sich M nach § 279 StGB strafbar gemacht. Zudem bestraft § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG als Allgemeindelikt³⁷ die Vorlage einer unrichtigen Impfbescheinigung gegen SARS-CoV-2. Beide Strafbarkeiten des M stehen zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz.

²⁸ So Lorenz, medstra 2021, 210 (213 f.).

²⁹ Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (631).

³⁰ Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2161); Kessler, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, IfSG § 74 Rn. 17.

³¹ BT-Drs. 19/27291, S. 59; Kessler, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, IfSG § 74 Rn. 17.

³² Kürzlich entschied der BGH, dass es sich hingegen bei § 75a Abs. 1 IfSG a.F. um kein Sonderdelikt handelt, BGH NJW 2024, 455 (456 f.).

³³ Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (631).

³⁴ Geiger, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 278 Rn. 81; Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 278 Rn. 10.1; a.A. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2021, § 278 Rn. 11; Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343 (348).

³⁵ Zu Fragen der Beihilfe aufgrund des Annehmens des Angebots einer unrichtigen Dokumentation einer Corona-Schutzimpfung BayObLG medstra 2024, 51.

³⁶ Für § 278 StGB Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 278 Rn. 2; für § 74 Abs. 2 IfSG Neuhöfer/Kindhäuser, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand: 1.7.2024, IfSG § 74 Rn. 35a.

³⁷ BGH NJW 2024, 455 (456 f.); Neuhöfer/Kindhäuser, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand: 1.7.2024, IfSG § 75a Rn. 9.1.

Fall 8: Impfung selbst gemacht

T hat große Angst vor Spritzen und bittet daher die befreundete Ärztin B um die Ausstellung einer Impfbescheinigung gegen SARS-CoV-2, ohne dass T die Impfung tatsächlich durchführen lassen möchte. B verweigert unter Hinweis auf ihr ärztliches Berufsethos diese Bitte. Daher beschließt T anderweitig an einer Impfung vorbeizukommen. T trägt in seinen Impfpass eine nie stattgefundene Corona-Schutzimpfung selbst ein, die er mit dem Namen eines fiktiven Arztes unterzeichnet. Nach Vorlage des Impfpasses in einer Apotheke erhält M ein digitales Impfzertifikat. Strafbarkeit des M nach dem StGB und IfSG?

Anders als in Fall 7 besteht nun eine Diskrepanz zwischen dem tatsächlich Erklärenden – hier M – und der im Dokument als Aussteller erkennbaren Person – hier dem fiktiven Arzt. Demnach liegt eine Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB vor.

Weiter könnte M sich nach § 279 StGB strafbar gemacht haben. Das Gesundheitszeugnis muss in diesem Fall nicht aus einer Tat nach §§ 277, 278 StGB herrühren.³⁸ Folglich macht sich M auch durch den Gebrauch des eigens hergestellten Gesundheitszeugnisses in der Apotheke grundsätzlich nach § 279 StGB strafbar. Indes ist diese Strafbarkeit nach § 279 StGB a.E. subsidiär zur Urkundenfälschung nach § 267 StGB.³⁹

Umstritten ist, ob auch im Falle des § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG das Dokument aus einer Tat nach §§ 74 Abs. 2, 75a Abs. 1 Nr. 1 IfSG herrühren muss.⁴⁰ Dagegen spricht, dass in diesem Fall eine nicht unerhebliche Strafbarkeitslücke verbleiben könnte. Auch besteht ein solches Erfordernis bei § 279 StGB, den der Gesetzgeber als Pendant zu § 75a Abs. 3 Nr. 1 IfSG fasste, nicht. Daher muss die Impfbescheinigung nicht aus einer Tat nach §§ 74 Abs. 2, 75a Abs. 1 Nr. 1 IfSG herrühren.⁴¹

Das Impfzertifikat stellt eine unrichtige Dokumentation i.S.d. § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG dar. Folglich hat sich M mit dem Gebrauch des Impfzertifikats in der Apotheke nach § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG strafbar gemacht.

Fall 9: Impfberater

Im Zuge der Corona-Pandemie wird ein gemäß zahlreichen medizinischen Untersuchungen wirksamer Impfstoff gegen SARS-CoV-2 entwickelt. Für die Durchführung der Schutzimpfungen ist das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Gleichstellung zuständig und trägt dabei auch die Kosten der Impfung.⁴² Aufgrund einer anfänglichen Knappheit des Vakzins wird gem. § 1 Abs. 2 CoronaImpfV a.F. die Impfstoffverteilung anhand einer Einteilung in Priorisierungsgruppen auf Grundlage abstrakter Kriterien geregelt. C hat große Sorgen vor einer Ansteckung mit dem Corona-Virus und möchte nicht darauf warten, gemäß der Priorisierungsreihenfolge geimpft zu werden. Sie erstellt daher an ihrem Computer ein Attest einer fiktiven Ärztin T, wonach C, der Wahrheit

³⁸ Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2021, § 279 Rn. 2.

³⁹ Hierin liegt eine weitere Neuerung der 2021 vorgenommenen Reform der §§ 277 ff. StGB. Zuvor war das Vorliegen einer Sperrwirkung des § 277 StGB zu § 267 StGB auch bei einer nicht approbierten Medizinalperson umstritten. Siehe dazu BGH medstra 2023, 240 (240 ff.); Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (25 ff.).

⁴⁰ Bejahend OLG Bamberg NJW 2022, 556 (558); LG Osnabrück MedR 2022, 38 (40).

⁴¹ Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (632).

⁴² Zur Vereinfachung wird von einer alleinigen Kostentragung des Landes ausgegangen. Tatsächlich tragen der Bund und die Länder die Kosten der Durchführung von Corona-Schutzimpfungen.

widersprechend, an einer Lungenerkrankung leidet. Eine derartige Lungenerkrankung ist der Kategorie „Schutzimpfung mit hoher Priorisierung“ zugeordnet. Mit dem Attest in der Hand sucht C ein nahegelegenes Impfzentrum auf. An diesem Tag werden gemäß der in der CoronaimpfV a.F. normierten Reihenfolge nur Personen mit höchster oder hoher Priorisierung geimpft. Mitarbeiter M des Impfzentrums vergibt an C nach Vorlage des Attests einen Termin für eine Impfung am selben Tag. Die Impfung wird durchgeführt und C geht erfreut nach Hause.

Strafbarkeit der C nach § 263 StGB?⁴³

C könnte sich des Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten des Landes Niedersachsen strafbar gemacht haben. Indem C dem M das gefälschte Attest vorzeigte, erklärte sie, der Wahrheit widersprechend, unter einer Lungenerkrankung zu leiden. Dadurch rief sie eine Fehlvorstellung des M über eine bei ihr tatsächlich nicht vorhandene Lungenerkrankung und damit die vorschriftsgemäße Einordnung in die Impfreihenfolge hervor.

Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt.⁴⁴ Es stellt sich die Frage, ob schon die Terminvereinbarung mit M zu einer unmittelbaren Vermögensminderung führt oder noch keine unmittelbare Vermögensverfügung vorgenommen wird. Das Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung dient allein der Abgrenzung des (Sach-)Betrugs als Selbstschädigungsdelikt vom Diebstahl (in mittelbarer Täterschaft) als Fremdschädigungsdelikt.⁴⁵ Eine unmittelbare Vermögensminderung ist daher nur auszuschließen, soweit die Täuschung dem Täter lediglich die tatsächliche Möglichkeit verschafft, durch weitere selbstständige, insbesondere deliktische Zwischenschritte den Schaden herbeizuführen.⁴⁶ Demgegenüber liegt eine Unmittelbarkeit der Verfügung vor, wenn kein weiteres Handeln des Täters zur Vermögensverfügung erforderlich ist.⁴⁷ Nachdem C den M getäuscht hat, brauchte es seinerseits keine wesentlichen Handlungen mehr, um die Impfung zu erhalten, sodass eine unmittelbare Verfügung durch M vorliegt.⁴⁸

Die Vermögensminderung tritt allerdings nicht bei M, sondern beim Land Niedersachsen, das zu diesem Zeitpunkt die Kosten der Impfung trägt, ein (sog. Dreiecksbetrug). Diese Verfügung des M müsste den Verantwortlichen des Landes Niedersachsen daher zuzurechnen sein. Gemäß der engen

⁴³ Hinsichtlich einer Strafbarkeit nach den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten kann auf die von der Rspr. aufgestellten Grundsätze zum Organspendeskandal verwiesen werden (Krüger, medstra 2021, 271 [275]). Vgl. dazu Fall 4 in Nussbaum/Hildermann, ZJS 2025, 669 (677). Bezüglich einer Strafbarkeit nach den Urkundsdelikten ist auf Fall 7 und 8 zu verweisen. Zu einer Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1 StGB urteilte das OLG Naumburg in BeckRS 2023, 29819 Rn. 11 ff., dass der Anspruch auf die Durchführung einer Corona-Schutzimpfung gem. § 1 Abs. 1 CoronaimpfV die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen lasse. Dass die Immunisierung entgegen der Priorisierungsreihenfolge der CoronaimpfV a.F. erfolgte, kann im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG keine strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten. Vgl. auch LG Halle medstra 2023, 329 (333 f.). A.A. aber LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2022, 4626 Rn. 73 ff.; Krüger, medstra 2021, 271 (280). Eine Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB ist abzulehnen, da die Vorschriften den Wettbewerb unter Patienten um eine bestmögliche Behandlung nicht schützen, LG Nürnberg-Fürth medstra 2023, 121 (121 f.).

⁴⁴ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 70.

⁴⁵ Fahl, medstra 2023, 71 (72); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 74.

⁴⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 74.

⁴⁷ Fahl, medstra 2023, 71 (72). Wiederum stellen Brodowski/Gahn, Jura 2022, 768 (769), darauf ab, dass es insofern keines Hinzutuns des Opfers mehr bedarf, als die Impfberechtigung bei dem zur Impfung vergebenen Termin nicht mehr geprüft wird.

⁴⁸ Vgl. dazu auch Fahl, medstra 2023, 71 (72). Angenommen, C würde von A erneut beim Impftermin befragt werden, würde sich insofern etwas an der Unmittelbarkeit verändern, als die Verbindung zur Täuschung bei M allzu stark gelockert würde. Sodann läge jedoch eine erneute Täuschung bei A vor, auf die eine unmittelbare Verfügung durch A folgt.

Ermächtigungstheorie liegt eine Zurechnungseinheit von Verfügendem und Geschädigtem vor, wenn der Verfügende zivilrechtlich zu der Verfügung ermächtigt gewesen ist.⁴⁹ Als Mitarbeiter des Impfzentrums war M zur Vergabe von Impfterminen befugt. Die Verfügung ist nach der Ermächtigungstheorie folglich dem Land Niedersachsen zuzurechnen. Erst recht kann die Verfügung nach der weiten faktischen Nähetheorie und der vermittelnden Lagertheorie zugerechnet werden.⁵⁰

Fraglich ist aber, ob dem Land ein Vermögensschaden entstanden ist. Der Vermögensschaden ist anhand eines Vermögensvergleichs zu ermitteln. Ein Schaden liegt dann nicht vor, wenn zugleich und unmittelbar ein kompensierender Vermögenszuwachs begründet wird.⁵¹ Die Kosten der an C vorgenommenen Corona-Schutzimpfung trägt das Land Niedersachsen. Nach § 1 Abs. 1 CoronaImpfV besteht im Rahmen der Verfügbarkeit des Impfstoffs ein Anspruch auf eine Corona-Schutzimpfung. Bei Durchführung einer Corona-Schutzimpfung erlischt dieser Anspruch hinsichtlich der konkreten Impfung, auch wenn die Person nach der Impfreihefolge noch nicht berechtigt war. Eine Schadenskompensation ist daher ähnlich den Fällen der noch nicht fälligen Forderungen anzunehmen.⁵² Auf Grundlage der Zweckverfehlungslehre könnte dennoch ein Schaden zu bejahen sein. Danach liegt in Fällen der bewussten Selbstschädigung dann ein Schaden vor, wenn zweckgebundene Mittel verringert werden, ohne dass der hierdurch erstrebte Zweck seinem sozialen Sinn nach erreicht worden ist.⁵³ Ähnlich zum Fall der bewussten Selbstschädigung könnten die Grundsätze auch hier greifen, weil die Schutzimpfung täuschungsbedingt vor Entstehen des Anspruchs aus der CoronaImpfV erbracht wurde.⁵⁴ Der Zweck der Impfung nach Reihenfolge liegt ausweislich der Gesetzesmaterialien zur CoronaImpfV im früheren Schutz vulnerabler Personen.⁵⁵ Diesem Zweck läuft es zuwider, wenn die Anzahl an Vakzinen zu Lasten bevorzogter Impfinge verringert wird.⁵⁶ Dem könnte aber entgegengehalten werden, dass der Schutz besonders vulnerabler Personen nicht der einzige Zweck der Impfung ist. Vielmehr besteht dieser auch im Entstehen einer Herdenimmunität. Dieser Zweck wird auch durch die Impfung von Personen erreicht, die noch nicht an der Reihe sind.⁵⁷ Zum Teil wird deshalb angenommen, dass allein die Dispositionsbefugnis des Landes Niedersachsen betroffen sei.⁵⁸ Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass der Zweck einer Herdenimmunität den eines frühzeitigen Schutzes von besonders vulnerablen Personen nicht als dominanten verdrängt. Mit der Priorisierung geht gerade eine von der Herdenimmunität abweichende dominante Zwecksetzung der Impfung im Zeitraum einer erheblichen Knappheit einher, die erst im Laufe der Zeit in den Hintergrund tritt.⁵⁹ Ein Vermögensschaden liegt daher vor. C handelte auch vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung. Folglich hat C sich nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴⁹ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 142; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 107.

⁵⁰ Siehe dazu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 108 ff.

⁵¹ Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 263 Rn. 51.

⁵² Vgl. auch Krüger, medstra 2021, 271 (279).

⁵³ BGH NJW 1963, 1835 (1837).

⁵⁴ Vgl. erneut Krüger, medstra 2021, 271 (279).

⁵⁵ Referentenentwurf zur CoronaImpfV v. 8.2.2021, S. 1. Eine Zweckbindung kann auch bei öffentlichem Vermögen vorgenommen werden (Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1057).

⁵⁶ Krüger, medstra 2021, 271 (279). Einen Vermögensschaden bejahend daher Brodowski/Gahn, Jura 2022, 768 (770).

⁵⁷ Fahl, medstra 2023, 71 (73); Krüger, medstra 2021, 271 (279 f.).

⁵⁸ Ebenda.

⁵⁹ Deshalb scheint auch der Vergleich von Fahl, medstra 2023, 71 (73), nicht völlig zu treffen: „Es ist aber sehr zweifelhaft, ob ein Bettelbetrug auch dann angenommen werden würde, wenn sich in der Schlange der Bedürftigen einer bei der Essensausgabe vordrängelte.“

Fall 10: Sortierung von Embryonen

A ist als Gynäkologe mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung tätig. Das Ehepaar B und C wendet sich mit dem Wunsch einer In-Vitro-Fertilisation an A. Bei C liegt eine Translokation (Vertauschung einzelner Erbinformationen auf den Chromosomenarmen) vor. Daraus resultiert die hohe Wahrscheinlichkeit einer genetisch auffälligen Schwangerschaft mit einer Trisomie 13 oder 14. In beiden Fällen ist die Leibesfrucht nicht lebensfähig. Regelmäßig endet die Schwangerschaft mit einem Abort oder einer Totgeburt. Andernfalls verstirbt das Neugeborene wenige Tage nach der Geburt. In Kenntnis dieser Gefahrenlage und auf Wunsch von B und C führte A im Jahr 2024 fünf Tage nach der extrakorporalen Befruchtung eine Präimplantationsdiagnostik (PID) durch. Die Zustimmung einer interdisziplinär zusammengesetzten Ethikkommission wurde zuvor nicht eingeholt. Bei der PID werden dem Blastozysten (Embryo im Stadium einige Tage nach der Befruchtung) pluripotente, d.h. nicht zu einem lebensfähigen Organismus entwicklungsfähige Zellen entnommen, die anschließend auf Chromosomenaberrationen, also genetische Anomalien, hin untersucht werden. Im Rahmen der Blastozystenbiopsie ist eine Beeinträchtigung des Embryos ausgeschlossen. Von den insgesamt drei Embryonen wies ein Embryo keine genetische Anomalie auf. Nachdem A das Ehepaar über diesen Befund unterrichtet hatte, wurde dem Wunsche der C entsprechend nur der Embryo mit negativem Befund in ihre Gebärmutter überführt. Die übrigen Embryonen starben nach einer gewissen Dauer ohne Hinzutun des A ab.

Strafbarkeit des A nach dem ESchG?⁶⁰

§ 1 ESchG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

[...]

2. es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt,

[...]

§ 2 ESchG

(1) Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluß seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

[...]

§ 3a ESchG

(1) Wer Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer genetisch untersucht (Präimplantationsdiagnostik), wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Besteht auf Grund der genetischen Disposition der Frau, von der die Eizelle stammt, oder des Mannes, von dem die Samenzelle stammt, oder von beiden für deren Nachkommen das hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit, handelt nicht rechtswidrig, wer zur Herbeiführung einer Schwangerschaft mit schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik Zellen des Embryos in vitro vor dem intrauterinen Transfer auf die Gefahr dieser Krankheit genetisch untersucht. Nicht rechts-

⁶⁰ Angelehnt an BGH NJW 2010, 2672 (2672 ff.).

widrig handelt auch, wer eine Präimplantationsdiagnostik mit schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, zur Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos vornimmt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen wird.

(3) Eine Präimplantationsdiagnostik nach Absatz 2 darf nur

[...]

2. nachdem eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission an den zugelassenen Zentren für Präimplantationsdiagnostik die Einhaltung der Voraussetzungen des Absatzes 2 geprüft und eine zustimmende Bewertung abgegeben hat und

[...]

vorgenommen werden.

I. Befruchtung

Zunächst kommt eine Strafbarkeit des A nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG in Betracht. Danach macht sich strafbar, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Als negatives Tatbestandsmerkmal schließt die Absicht, eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, die Annahme des Tatbestands grundsätzlich aus.⁶¹ Entscheidend ist daher die Frage, ob die Befruchtung der Eizelle durch A auch dann noch von der Absicht getragen ist, eine Schwangerschaft herbeizuführen, wenn vor der Übertragung eine PID vorgenommen wird und im Falle eines auffälligen Befundes der jeweilige Embryo nicht in die Gebärmutter überführt werden soll.⁶²

Erstens könnte angenommen werden, dass die Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in diesem Fall nicht bereits bei der Befruchtung, sondern erst nach der Untersuchung der befruchteten Eizelle entsteht. Die Befruchtung würde demnach allein zum Zwecke der „Qualitätskontrolle des Embryos“ erfolgen.⁶³ Dagegen spricht aber, dass es dann zu einer künstlichen Aufteilung eines einheitlichen Gedankengangs kommt. Der Arzt handelt von Beginn an mit dem Ziel, dass die Behandlung auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet ist.⁶⁴

Zweitens ist fraglich, ob der unter der Bedingung eines negativen Befunds stehende Transfer des Embryos die Annahme jener Absicht ausschließt. Das wäre der Fall, wenn es sich beim Verzicht des Transfers bei einem positiven Befund um eine tatbestandsrelevante Alternativabsicht handelt. Der dolus directus ersten Grades wird primär nach der voluntativen Beziehung zwischen Täterpsyche und Taterfolg definiert, wobei das kognitive Element definitorisch ohne Bedeutung ist.⁶⁵ Ob der Täter den Eintritt des erwünschten Erfolgs auch für sicher hält, ist daher unerheblich.⁶⁶ Es ist anerkannt, dass der Täter sein Handeln vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen kann, ohne dass es an der Endgültigkeit seines Entschlusses mangelt.⁶⁷ So liegt auch im Falle der PID keine Alternativabsicht hinsichtlich des Verzichts auf den Transfer des Embryos bei einem pathologischen Befund

⁶¹ *Schroth*, NStZ 2009, 233 (234); nach *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 74, handelt es sich dabei um einen positiv zu umschreibenden Zweck, d.h. der Täter muss einen konkreten, über die bloße Nichtherbeiführung einer Schwangerschaft hinausgehenden Zweck verfolgen.

⁶² Vgl. auch *Schroth*, NStZ 2009, 233 (234).

⁶³ So *Beckmann*, MedR 2001, 169 (170).

⁶⁴ *Schneider*, MedR 2000, 360 (362); *Schroth*, NStZ 2009, 233 (234).

⁶⁵ *Samson*, JA 1989, 449 (450); *Schneider*, MedR 2000, 360 (362).

⁶⁶ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 77; *Schneider*, MedR 2000, 360 (362); *Schuster*, in: *Tübinger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 67.

⁶⁷ BGH NJW 2010, 2672 (2673); BGH NJW 1959, 777 (778).

vor. Bei einer natürlichen Betrachtungsweise war der negative Befund vielmehr eine objektive Bedingung des Transfers.⁶⁸ Die Absicht des A zur Herbeiführung einer Schwangerschaft der C wird dadurch nicht ausgeschlossen.⁶⁹ Eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG liegt nicht vor.

II. Untersuchung der Embryonen

Weiter könnte sich A nach § 3a Abs. 1 ESchG strafbar gemacht haben. Danach besteht in § 3a Abs. 1 ESchG ein strafbewehrtes Verbot der Durchführung einer PID an „Zellen eines Embryos.“ Gemäß einer wörtlichen Auslegung des Straftatbestands sind alle Untersuchungen nach dem Stadium der Befruchtung grundsätzlich verboten.⁷⁰ Teilweise wird vertreten, dass nicht alle Untersuchungen ab dem Stadium der Befruchtung prinzipiell verboten seien, sondern das Entwicklungspotenzial der Zellen maßgebend sei. Nur Zellen, die sich zu menschlichem Leben, Organen oder Geweben entwickeln können, seien daher vom Verbot der PID erfasst.⁷¹ Eine Stütze findet diese These im Wortlaut des § 2 Nr. 3 lit. b PIDV, wonach Zellen eines Embryos nur solche Zellen sind, die sich selbst oder deren Tochterzellen sich unter geeigneten Bedingungen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum entwickeln vermögen.⁷² Gegen diese Auslegung spricht aber eine mangelnde Stütze im Wortlaut des § 3a ESchG, der keine Eingrenzung auf bestimmte embryonale Zellen vornimmt.⁷³ Auch geht eine derartige tatbestandliche Restriktion am Wortlaut des § 8 Abs. 1 ESchG vorbei, wonach der Gesetzgeber die gesamte Eizelle als eine Entität erfasst, sodass sich eine Differenzierung zwischen den hieraus entwickelnden embryologischen Stadien verbietet.⁷⁴ Zudem war es gerade die Absicht des Gesetzgebers, Gendiagnosen am extrakorporalen Embryo eng zu begrenzen.⁷⁵ Demzufolge ist eine einschränkende Auslegung anhand des Entwicklungspotenzials der jeweiligen Zellen nicht vorzunehmen. Die entnommenen pluripotenten Zellen werden vom Verbot der PID nach § 3a Abs. 1 ESchG erfasst. Zwar besteht das hohe Risiko einer schweren Erbkrankheit nach § 3a Abs. 2 ESchG. Insoweit bedarf es aber insbesondere nach § 3a Abs. 3 Nr. 2 ESchG der Zustimmung einer interdisziplinär zusammengesetzten Ethikkommission an den zugelassenen Zentren für Präimplantationsdiagnostik. Ohne Einholung der erforderlichen Zustimmung handelte A demnach rechtswidrig. Eine Strafbarkeit nach § 3a Abs. 1 ESchG liegt vor. § 3a ESchG verdrängt dabei § 2 Abs. 1 ESchG als Spezialgesetz.⁷⁶

⁶⁸ BGH NJW 2010, 2672 (2673); Böcher, PID und ESchG, 2004, S. 78; Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 1 Rn. 40; a.A. aber Faßbender, NJW 2001, 2745 (2748); Renzikowski, NJW 2001, 2753 (2756).

⁶⁹ Zur Frage, ob trotz einer bewusstseinsdominierenden Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft danebenstehende Alternativabsichten eine Schwangerschaft begründen können BGH NJW 2010, 2672 (2674 f.); Schneider, MedR 2000, 360 (362).

⁷⁰ Frommel, JZ 2013, 488 (490). Nicht erfasst sind totipotente embryonale Zellen, da es sich dabei nach § 8 Abs. 1 ESchG bereits um einen Embryo und insoweit begriffsnotwendig nicht mehr um die „Zelle eines Embryos“ handelt. Dazu Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, ESchG § 3a Rn. 6.

⁷¹ So Frommel, JZ 2013, 488 (490).

⁷² Frommel, JZ 2013, 488 (490).

⁷³ BVerwG NVwZ-RR 2021, 633 (634).

⁷⁴ Patzke, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik auf dem Prüfstand, 2020, S. 137 f.

⁷⁵ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, ESchG § 3a Rn. 7; BT-Drs. 17/5451, S. 7.

⁷⁶ Frommel, JZ 2013, 488 (490). In der Leitentscheidung BGH NJW 2010, 2672 (2675) wird das „Verwenden“ i.S.v. § 2 Abs. 1 ESchG in einer teleologischen Auslegung verneint, wenn dem Embryo pluripotente Zellen entnommen werden. Die Argumentation dürfte sich aber mit der Einführung des spezielleren § 3a ESchG erübrigen haben.

III. Stehenlassen übriger „auffälliger“ Embryonen

Schließlich stellt sich die Frage, ob das Stehenlassen und Nicht-Weiter-Kultivieren eines Embryos eine Verwendung i.S.d. § 2 Abs. 1 ESchG darstellen kann. Da beim Stehenlassen der Embryonen keinerlei Einsatz von Energie stattfindet, handelt es sich dabei um ein Unterlassen, für das strafbarkeitsbegründend eine Garantenstellung vorliegen muss.⁷⁷ A müsste also als Garant verpflichtet sein, die befruchtete Eizelle zum Zwecke ihrer Erhaltung auf C zu übertragen. Durch die faktische Übernahme im Rahmen des Behandlungsverhältnisses übernimmt A spätestens mit dem Beginn der Behandlung eine Schutzpflicht gegenüber C, wobei der Behandlungsvertrag auch den Schutz eines Dritten – etwa den des Nasciturus – erfassen kann.⁷⁸ Insofern sich bei Verträgen über die Behandlung oder Entbindung einer Schwangeren die Sorgfalts- und Obhutspflichten des Arztes auch auf den Nasciturus erstrecken, muss dies auch für die PID gelten.⁷⁹ Beim Embryonentransfer gegen oder ohne den Willen der Frau besteht angesichts des drohenden Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit der Frau jedoch eine Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, die bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen ist.⁸⁰ Im Falle eines positiven Befunds soll nach dem Willen der C ein Transfer der „auffälligen“ Embryonen unterbleiben. Insoweit ist eine Garantenstellung des A zwar anzunehmen, hinsichtlich eines Transfers der Embryonen mit positivem Befund liegt aber eine Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens vor. Das Stehenlassen der „auffälligen“ Embryonen stellt daher kein nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbares Unterlassen dar.⁸¹

Fall 11: Zum Menschen geboren

Die Ärztin A stellt bei einer Untersuchung der im siebten Monat mit Zwillingen schwangeren P fest, dass ein Fötus eine schwere Entwicklungsstörung aufweist. Zunächst nimmt P Abstand von der Möglichkeit eines selektiven Fetozids, also Abtötung des geschädigten Fötus durch Verschluss der Nabelschnur, auch weil ein solches Vorgehen Risiken für den gesunden Zwilling birgt. Einen Monat später setzen die Wehen bei P ein, wobei sich im Nachhinein nicht feststellen lässt, ob es sich um Eröffnungs- oder lediglich Vorwehen handelt. P äußert gegenüber A deutlich, nur das gesunde Kind zur Welt zu bringen zu wollen. A leitet die Entbindung mittels Kaiserschnitts ein. Sie schneidet in die Bauchdecke, dann in den Uterus der P ein und durchtrennt sodann die Nabelschnur des gesunden Zwillings und übergibt ihn der Neonatologie. Anschließend tötet sie den entwicklungsgestörten Zwilling mittels Injektion von Kaliumchlorid ab.

Strafbarkeit der A gem. § 212 StGB?⁸²

⁷⁷ BGH NJW 2010, 2672 (2676); *Schneider*, MedR 2000, 360 (363); *Schroth*, NStZ 2009, 233 (236 f.).

⁷⁸ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 106; *Schneider*, MedR 2000, 360 (363).

⁷⁹ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 107; *Schneider*, MedR 2000, 360 (363); a.A. aber *Schroth*, NStZ 2009, 233 (236 f.). Zusätzlich kann eine Garantenstellung aus Ingerenz entstehen, dazu ausführlich *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 107 ff.

⁸⁰ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 110 f.; *Schneider*, MedR 2000, 360 (363).

⁸¹ Vertretbar wäre es hier ebenfalls, eine Strafbarkeit wegen der mangelnden Erfüllung der Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB abzulehnen, da das Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen zugunsten des Embryos in seinem Unrechtsgehalt der aktiven missbräuchlichen Verwendung nicht entspricht. So *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 112; *Günther*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 26.

⁸² Angelehnt an BGH NJW 2021, 645 (645 ff.).

Die hier weichenstellende Frage ist, zu welchem Zeitpunkt ein Statuswechsel zwischen Leibesfrucht und Mensch stattfindet. Denn erst, wenn aus strafrechtlicher Perspektive die „Schwangerschaft endet“ und das „Leben beginnt“ greift der strafrechtliche Schutz der §§ 211 ff. StGB. Streitig ist, ob hierbei der Beginn⁸³ oder das Ende des Geburtsvorgangs⁸⁴ diese Zäsur bildet. Für den früheren Zeitpunkt stritt lange Zeit der Privilegierungstatbestand der Kindstötung, § 217 StGB a.F., der die Tötung „in oder gleich nach der Geburt“ den Tötungsdelikten zuordnete.⁸⁵ Mit dessen Streichung⁸⁶ wollte der Gesetzgeber jedoch gerade nicht zum Ausdruck bringen, dass die Tötungsdelikte nicht mehr „in der Geburt“ gelten sollen.⁸⁷ Im aktuellen Gesetzestext lassen sich kaum noch überzeugende Anknüpfungspunkte für die Diskussion ausmachen. Auf den ersten Blick könnte man einen Hinweis auf den späteren Zeitpunkt in § 219 Abs. 1 S. 1 StGB vermuten, der vom Schutz „des ungeborenen Lebens“ durch die §§ 218 ff. StGB spricht.⁸⁸ Diese Grammatik ist jedoch im Regelungszusammenhang des § 219 StGB zu sehen: Die dort angesiedelten Beratungsregelungen finden allein für einen Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB Anwendung, dem jede zeitliche Nähe zur problematischen Konstellation fehlt. Nach Beginn des Geburtsvorgangs kann eine Beratung ihren gewünschten Effekt, die Schwangere ggf. zur Fortführung der Schwangerschaft zu bewegen, nämlich ohnehin nicht mehr sinnvoll herbeiführen.⁸⁹ In die andere Richtung lässt sich ein stärkerer Hinweis § 218 Abs. 1 StGB und der Anknüpfung an den Begriff der Schwangerschaft gewinnen. Zieht man im Ausgangspunkt ein medizinisches Verständnis heran, so spannt sich diese zwischen Konzeption (Vereinigung von Ei- und Samenzelle) bis zur Eröffnung des Geburtsvorgangs.⁹⁰ Ab der Eröffnung des Geburtsvorgangs befindet sich die Schwangerschaft nämlich in der „Selbstauflösung“.⁹¹ Aus dem Umstand, dass § 218 Abs. 1 S. 2 StGB den Zeitraum zwischen Konzeption und Einnistung aus dem Anwendungsbereich ausklammert, ließe sich fortführend e contrario entnehmen, dass eine Modifikation des strafrechtlichen gegenüber dem medizinischen Schwangerschaftsbegriff nur am Anfang, nicht aber am Ende des Verlaufs vorzunehmen ist.⁹²

Mit Blick auf § 1 BGB könnte es andererseits systematisch naheliegen, an die Vollendung der Geburt anzuknüpfen.⁹³ Jedoch lässt sich dem hierbei zugrundeliegenden Argument der „Einheit der Rechtsordnung“ die Relativität der Rechtsbegriffe vor dem Hintergrund eines abweichenden Regelungszwecks im Zivilrecht entgegenhalten.⁹⁴

⁸³ BGH NJW 1984, 674 (674 f.); jüngst BGH NStZ 2024, 168 (169); m.w.N. aus der Literatur *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 7 ff.; sowie *Schweiger*, medstra 2022, 373 (373 ff.).

⁸⁴ Dafür etwa *R. Herzberg/A.I. Herzberg*, JZ 2001, 1106 (1106 ff.); *Hoven*, medstra 2020, 65 (66); *Mitsch*, HRRS 2021, 297 (299); skeptisch hinsichtlich der h.M. auch *Merkel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 218 Rn. 33 ff.

⁸⁵ Anders hingegen *Neumann*, StV 2021, 462 (462 f.), der § 217 StGB a.F. lediglich als zwingend entnehmen will, dass es nicht auf das Ende der Geburt ankommen konnte, aber gleichwohl auf einen Moment im Geburtsvorgang, in dem das Kind ein Mensch werde.

⁸⁶ BGBl. I 1998, S. 164.

⁸⁷ *Neumann*, StV 2021, 462 (463).

⁸⁸ Vgl. *Lorenz*, JR 2021, 340 (341); *R. Herzberg/A.I. Herzberg*, JZ 2001, 1106 (1110).

⁸⁹ *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (32).

⁹⁰ Vgl. *Jäger*, JA 2021, 342 (344); *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (33 m.w.N.).

⁹¹ BGH NStZ 2024, 168 (169); vgl. aber zur Umkehrung dieser Formulierung *Vogel*, JR 2024, 419 (420): „Was noch in Selbstauflösung befindlich ist, hat sich folglich noch nicht selbst aufgelöst, besteht also noch, und was noch besteht, kann abgebrochen werden – und wer würde bei einer Frau, die schon Eröffnungswehen hat, aufhören, von einer Schwangeren zu sprechen?“

⁹² So *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (33).

⁹³ Vgl. etwa *Hoven*, medstra 2020, 65 (65 f.).

⁹⁴ BGH NJW 2021, 645 (647); ausf. dazu *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (32).

Wenn für den Beginn des Geburtsvorgangs vorgetragen wird, dass auf diese Weise ein zusätzlicher Schutz des in der Geburt befindlichen Kindes, insbesondere vor fahrlässigen Behandlungsfehlern (§§ 222, 229 StGB) erreicht werden könne, dann ist darin nicht etwa ein teleologisch-dogmatisches Argument, sondern ein (durchaus berechtigtes) rechtspolitisches Verlangen zu sehen. Es richtet sich jedoch nicht an den Rechtsanwender, sondern an den Gesetzgeber.⁹⁵

Daher dürfte letztlich das an § 218 Abs. 1 StGB anknüpfende Argument für den Beginn der Geburt das ausschlaggebende bleiben. Hier lässt sich nicht feststellen, ob es sich bei den Wehen der P bereits um Eröffnungswehen handelte, sodass es maßgeblich darauf ankommt, wann die Geburt bei einem Kaiserschnitt beginnt. In Betracht kommen etwa die Einleitung der Narkose, der Einschnitt der Bauchdecke oder die Öffnung des Uterus.⁹⁶ Für den letzten Moment spricht insbesondere, dass erst hier das Kind unmittelbar betroffen ist und deutlich wird, dass nicht ein sonstiger Eingriff im Bauchraum vorgenommen wird.⁹⁷ Jedoch ist selbst dieser (relativ späte) Zeitpunkt dann problematisch, wenn die Gebärmutter zu anderen Zwecken als der Entbindung, etwa zur medizinischen Behandlung des Fötus, geöffnet wird. In solchen Fällen wäre die mit dem strafrechtlichen Lebensschutz kaum zu vereinbarende Konsequenz, dass der gewichtigere Schutzstatus der §§ 211 ff. StGB nur für eine Zwischenzeit gewährt würde. Alternativ blieben die Tötungsdelikte ggf. auch über einen längeren Zeitraum anwendbar, obwohl das Kind noch im Uterus verbleibt.⁹⁸ Um das Problem eines solchen Statuswechsels zu vermeiden, wird von der Rspr. berechtigterweise auf subjektiver Seite zusätzlich gefordert, dass die Öffnung des Uterus die Beendigung der Schwangerschaft bezweckt.⁹⁹ Daher handelt es sich bei dem geschädigten Zwilling im Zeitpunkt der Tötung um einen „anderen Menschen“ i.S.d. § 212 StGB, der kausal und objektiv zurechenbar sowie vorsätzlich von A getötet wird.

Eine Rechtfertigung kommt nicht in Betracht: Die Notwehrhilfe gem. § 32 StGB scheidet unabhängig von der Frage, ob von der bloßen Existenz eines geschädigten Fötus überhaupt ein Angriff ausgehen kann¹⁰⁰, aus, weil keine Gefahr mehr für den bereits entbundenen Zwilling bestand.¹⁰¹ Aus demselben Grund scheitert auch eine Rechtfertigung über § 34 StGB. Auch eine (analoge) Anwendung des § 218a Abs. 2 StGB kann unabhängig von einer zweifelhaften medizinisch-sozialen Indikation¹⁰² keine Rechtfertigung einer Tötung gem. § 212 Abs. 1 StGB bringen, möchte man die gefundene Grenzziehung zwischen Nasciturus und Mensch nicht nivellieren. Für eine Entschuldigung über § 35 StGB fehlt es erneut an einer qualifizierten Gefahr für Mutter oder gesunden Zwilling sowie an einer entsprechenden Nähebeziehung der A¹⁰³, sodass sie gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar ist.

⁹⁵ Lorenz, JR 2021, 340 (341); Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 (436); Lorenz, NJW 2024, 299 (300); Hoven, medstra 2020, 65 (66); Neumann, StV 2021, 462 (463); Vogel, JR 2024, 419 (420); anders hingegen BGH NStZ 2024, 168 (169); Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 8; Kaltenhäuser, JuS 2015, 785 (786); Steinberg, medstra 2024, 112 (114).

⁹⁶ Nachw. zu den einzelnen Ansichten bei BGH NJW 2021, 645 (648).

⁹⁷ Vgl. Kaltenhäuser, JuS 2015, 785 (787).

⁹⁸ Vgl. auch Jäger, JA 2021, 342 (344); Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 7; krit. im Hinblick auf das Statuswechsel-Argument gegen die frühe Zäsur M. Krüger, medstra 2022, 29 (31 Fn. 19).

⁹⁹ BGH NJW 2021, 645 (648). Dass sich selbst so manche Konstellationen im Hinblick auf das Problem des Statuswechsels kaum in den Griff kriegen lassen, zeigt folgendes Gedankenspiel: Im Zeitpunkt der Uterusöffnung liegt ein Entbindungswille vor, aufgrund situativer Besonderheiten wird der Entbindungszeitpunkt aber verschoben und die Gebärmutter wieder verschlossen; vgl. Lorenz, JR 2021, 340 (341 f.). Das Problem des Statuswechsels ist auch bei der natürlichen Entbindung denkbar, da mittels sog. Tokolyse der Geburtsvorgang auch nach Eintritt der Eröffnungswehen gehemmt werden kann (dazu R. Herzberg/A.I. Herzberg, JZ 2001, 1006 [1111 f.]).

¹⁰⁰ Jäger, JA 2021, 342 (344).

¹⁰¹ BGH NJW 2021, 645 (649).

¹⁰² Vgl. dazu krit. Duttge, MedR 2020, 846 (847).

¹⁰³ Vgl. auch Eisele, JuS 2021, 272 (273).

Fortgeschrittenenklausur: Wertpapier, Werkstatt und Weed

*Dr. Adrian Hemler, LL.M. (Cambridge), M.A. (Lancaster), Wiss. Mitarbeiter Fabian Konnerth, Konstanz**

Die Klausur behandelt im ersten Teil insbesondere Fragen des Stellvertretungsrechts in handelsrechtlicher Einkleidung, die Abgrenzung des Schadensersatzes neben und statt der Leistung sowie die Haftung im Rahmen einer als Gefälligkeit übernommenen Vermögensanlage. Im zweiten Teil war schwerpunktmäßig die außerordentliche Kündigung eines Mietvertrags aufgrund eines strafbaren Verstoßes gegen das Konsumcannabisgesetz zu prüfen. Die Klausur wurde in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht an der Universität Konstanz im Sommersemester 2025 gestellt. Sie hat einen mittleren Schwierigkeitsgrad und wurde im Durchschnitt mit 4,61 Notenpunkten bewertet (Durchfallquote: 41,9 %).

Sachverhalt

R ist Investmentbanker mit umfassendem Fachwissen zu Kapitalanlagen. Sein bester Freund C verfügt über ein kleines Vermögen (80.000 €). Bei einem Kneipenbesuch einigen sich die beiden darauf, dass R sich in seiner Freizeit um die Anlage des Vermögens des C kümmern soll. C, der selbst keine Geldanlagekenntnisse hat, äußert lediglich den Wunsch, nicht in riskante Wertpapiere zu investieren. R berücksichtigt dies und legt das Kapital in deutsche Aktien an, was zu einem hohen Gewinn führt. Später investiert er jedoch auch in eine US-amerikanische Aktie, die zwar als risikoarm einzustufen ist, infolge der Einführung von US-Zöllen jedoch plötzlich stark an Wert verliert. Durch diese Investitionsentscheidung des R entging dem C ein potenzieller Mehrgewinn.

R besitzt auch ein Rennrad, welches er zur Wartung in die Werkstatt der S-GmbH & Co. KG (S) bringt. Angeschlossen an die Werkstatt betreibt S auch einen kleinen Verkaufsraum. Geschäftsführer der S ist der Radtechniker A. Im Verkaufsraum der S trifft R aber nur auf B, den Bruder des A, der A gerade besuchen wollte (A wusste hiervon aber noch nichts, da er, A, in der Mittagspause war). B erklärt gegenüber R, dass die Wartung „kein Problem“ sei und das Rad am nächsten Tag abgeholt werden könne. Nachdem A aus der Pause zurückkehrt, beginnt er mit der Wartung und tauscht unter anderem die Kette aus. Am nächsten Tag holt R das Rad ab und zahlt den vereinbarten Preis. Bei der nächsten Wochenendausfahrt reißt jedoch die neu montierte Kette, wodurch auch die Bremsanlage beschädigt wird. Da S zu diesem Zeitpunkt ihre einwöchigen Betriebsferien hat, bringt R das Rad zur Werkstatt des W. W stellt zutreffend fest, dass der Kettenriss auf eine unsachgemäße Montage durch A zurückzuführen ist. Die von R an W gezahlten Reparaturkosten betragen 1.200 € (davon 400 € für die neue Kette und 800 € für die Bremsanlage).

R fordert von S Ersatz der Reparaturkosten i.H.v. 1.200 €. Daraufhin erklärt A die Aufrechnung mit der Forderung des C gegen R aufgrund des durch die Investitionsentscheidung des R entgangenen Mehrgewinns, denn C hatte diese Forderung zuvor als Sicherungsmittel für einen Fahrradkauf auf Raten zugunsten der S abgetreten.

* Dr. Adrian Hemler, LL.M. (Cambridge), M.A. (Lancaster) ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Michael Stürner, M.Jur. [Oxford]) an der Universität Konstanz. Fabian Konnerth ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Steuerrecht (Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher) an der Universität Konstanz

Frage 1: Welche vertraglichen Ansprüche hat R gegen S?

Außerdem erwirbt R eine vermietete Wohnimmobilie von der X-OHG. Die Wohnung ist seit über zwei Jahren an Y vermietet. Ohne Kenntnis der X-OHG oder des R ist mittlerweile auch die Lebensgefährtin des Y, Z, in die Wohnung eingezogen. Y baut im ausschließlich seiner Wohnung zugewiesenen Kellerabteil seit Einführung des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) fünf Cannabispflanzen zu privaten Zwecken an. Da es sich um ein abgeschlossenes und geruchsdichtes Kellerabteil handelt, bekommen die anderen Mitbewohner von der Anbautätigkeit nichts mit.

Frage 2: Kann R den Mietvertrag mit Y aufgrund des Cannabispflanzenanbaus und des Einzugs der Z außerordentlich kündigen?**Auszug aus dem Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (KCanG)****§ 1 Begriffsbestimmungen**

Im Sinne dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen ist oder sind [...]

8. Cannabis: Pflanzen, Blüten und sonstige Pflanzenteile sowie Harz der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen [...]

§ 2 Umgang mit Cannabis

(1) Es ist verboten,

1. Cannabis zu besitzen,
2. Cannabis anzubauen,
3. Cannabis herzustellen, [...]

(3) Vom Verbot nach Absatz 1 ausgenommen sind für Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, [...]

2. der Besitz von Cannabis nach § 3,
3. der private Eigenanbau von Cannabis nach § 9 [...]

§ 3 Erlaubter Besitz von Cannabis

(1) Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist der Besitz von bis zu 25 Gramm Cannabis, bei Blüten, blüthennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, zum Eigenkonsum erlaubt. [...]

§ 9 Anforderungen an den privaten Eigenanbau

(1) Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist im Geltungsbereich dieses Gesetzes an ihrem Wohnsitz oder an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt der private Eigenanbau von insgesamt nicht mehr als drei Cannabispflanzen gleichzeitig erlaubt. [...]

§ 34 Strafvorschriften

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer [...]
2. Entgegen § 2 Absatz 1 Nummer 2
 - a) mehr als drei Cannabispflanzen anbaut [...]

Bearbeitungsvermerk

Weitere Bestimmungen aus dem KCanG abseits der Genannten sind nicht zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass die Cannabispflanzen und die Erntemenge in jedem Fall unter der Schwelle des § 3 Abs. 1 KCanG bleiben. Auf die nicht abgedruckten (höheren) Schwellenwerte des § 3 Abs. 2 KCanG für den Heimbefund kommt es damit nicht an.

Lösungsvorschlag**Frage 1: Ansprüche des R gegen S (Reparaturkosten) 869****I. Anspruch des R gegen S auf Schadensersatz neben der Leistung aus §§ 634 Nr. 4, 633, 280 Abs. 1 BGB (Bremsanlage)..... 869**

1. Rechts- und Geschäftsfähigkeit der S869
2. Schuldverhältnis.....869
 - a) Kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft870
 - b) Eigene WE des B.....870
 - c) Offenkundigkeit der Stellvertretung.....870
 - d) Vertretungsmacht.....870
 - aa) Bevollmächtigung des B nach § 56 HGB?871
 - (1) Laden oder Warenlager871
 - (2) B als Angestellter872
 - bb) Anscheinsbevollmächtigung des B?872
 - cc) Rechtsfolge.....873
 - e) Zwischenergebnis.....873
3. Pflichtverletzung873
4. Vertretenmüssen874
5. Schaden874
6. Weitere Voraussetzungen wegen Schadensersatz statt der Leistung?874
7. Zwischenergebnis.....875
8. Aufrechnung durch S875
 - a) Aufrechnungserklärung.....875
 - b) Aufrechnungslage.....875
 - aa) Gegenseitige Forderungen875
 - (1) Anspruch des C gegen R auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 662 BGB?876
 - (a) Schuldverhältnis876
 - (b) Zwischenergebnis877

(2) Anspruch des C gegen R auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1 BGB.....	877
(3) Anspruch des C gegen R aus Expertenhaftung (§§ 311 Abs. 3 S. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)	878
(4) Anspruch des C gegen R auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB.....	878
bb) Zwischenergebnis	878
9. Ergebnis	879
II. Anspruch des R gegen S auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB (Ersatzkette).....	879
III. Anspruch des R gegen S auf Aufwendungsersatz aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 und 2, 323 Abs. 2 BGB	879
Frage 2: Wirksamkeit der Kündigung	880
I. Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung	880
1. Wirksamer Mietvertrag	880
2. Zugang einer formwirksamen Kündigung	880
3. Verweis auf die Möglichkeit zum Sozialwiderrspruch	880
4. Nennung des Kündigungsgrundes	880
5. Vorliegen eines Kündigungsgrundes	880
a) Kündigungsgrund wegen der Cannabispflanzen	881
aa) Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 BGB.....	881
bb) Kündigungsgrund nach § 569 Abs. 1 BGB.....	881
cc) Kündigungsgrund nach § 569 Abs. 2 BGB.....	881
(1) Störung des Hausfriedens	881
(2) Nachhaltigkeit der Störung	882
(3) Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung.....	883
(4) Zwischenergebnis.....	883
dd) Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 1 und 3 BGB	883
ee) Zwischenergebnis	884
b) Kündigung wegen der Unterbringung der Z.....	884
6. Zwischenergebnis.....	884
II. Ergebnis.....	884

Frage 1: Ansprüche des R gegen S (Reparaturkosten)**I. Anspruch des R gegen S auf Schadensersatz neben der Leistung aus §§ 634 Nr. 4, 633, 280 Abs. 1 BGB (Bremsanlage)**

R könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aufgrund der beschädigten Bremsanlage i.H.v. 800 € aus §§ 634 Nr. 4, 633, 280 Abs. 1 BGB haben.

Anmerkung: Ordnet man – wie dieser Lösungsvorschlag – den Schaden an der Bremsanlage als Schadensersatz neben der Leistung und den Schaden an der Kette als Schadensersatz statt der Leistung ein, so ist es klausurgestalterisch sinnvoller, auch auf der Anspruchsebene zwischen den Schäden zu unterscheiden. Die Unterscheidung zwischen Schadensersatz statt oder neben der Leistung kann sowohl vorab oder – wie hier – nach der Prüfung der allgemeinen Schadensersatzvoraussetzungen erfolgen.

Ebenfalls vertretbar ist es, mit der Prüfung des Selbstvornahmerechts oder des Schadensersatzes statt der Leistung zu beginnen, welche jedoch beide eine angemessene Fristsetzung bzw. deren Entbehrlichkeit erfordern. An beidem fehlt es hier (siehe unten). Daher ist es klausurgestalterisch ansprechender, mit dem Schadensersatz neben der Leistung zu beginnen, da nur hier die Prüfung der Aufrechnung als ggf. erheblicher Erlöschensgrund eingebettet werden kann.

1. Rechts- und Geschäftsfähigkeit der S

S ist eine GmbH & Co. KG. Hierbei handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft (KG, §§ 161 ff. HGB), deren alleiniger persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) eine GmbH ist. Damit ergibt sich die Rechtsfähigkeit der GmbH & Co. KG aus der Rechtsfähigkeit der KG (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB).

Geschäftsfähigkeit erlangt die KG mittels Vertretung durch die Komplementäre (§§ 161 Abs. 2, 124 HGB; §§ 164, 170 HGB). Ist – wie vorliegend – die GmbH die einzige Komplementärin, führt diese die Geschäfte und vertritt die KG nach außen.¹ Die Komplementär-GmbH wird ihrerseits gem. § 35 GmbHG durch den Geschäftsführer vertreten. Laut Sachverhalt ist A der Geschäftsführer „der S“, sodass sachverhalts- und praxisnah davon auszugehen ist, dass A Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, diese wirksam vertritt und S insofern auch geschäftsfähig ist.

2. Schuldverhältnis

Zunächst müsste zwischen R und S ein wirksamer Werkvertrag bestehen. Ein Vertrag kommt durch zwei kongruente Willenserklärungen (WE) i.S.d. §§ 145 ff. BGB zustande. R als natürliche Person hat eine eigene WE abgegeben, welche auf den Abschluss eines Werkvertrages in Form einer Wartung seines Rennrads, d.h. einen geschuldeten Erfolg, gerichtet ist, und insofern auch alle essentialia negotii enthielt.

Anmerkung: Eine weitergehende Abgrenzung zum Dienstvertrag ist vertretbar; aufgrund der klar erfolgsgerichteten Pflicht ist die Bejahung eines Dienstvertrags wie auch die eines „Wartungsvertrags sui generis“ jedoch ausgeschlossen.

¹ Brechtel, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 9. Aufl. 2024, § 16 Rn. 1 f.

Fraglich ist, ob S eine korrespondierende WE abgegeben hat. S kann keine eigene WE abgeben, sondern nur vermittelt durch A als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH (siehe oben). A hat jedoch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine WE für S abgegeben. Vielmehr handelte B. Zu prüfen ist daher, ob B die S wirksam vertreten konnte. Dazu müsste eine wirksame Stellvertretung i.S.d. §§ 164 ff. BGB vorliegen.

Anmerkung: Da die Komplementär-GmbH grundsätzlich keinen eigenen Geschäftsbetrieb führt,² kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die Komplementär-GmbH selbst (und nicht die KG) verpflichtet werden sollte. Durchaus vertretbar ist es aber, eine Vertretung des A – anstelle der S – durch B zu prüfen. Hier bedarf es jedoch einer guten Begründung, weshalb trotz des unternehmensbezogenen Kontexts die Umstände für eine Vertretung des Geschäftsführers A (und nicht der das Unternehmen verwirklichenden S) sprechen sollten.

a) Kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft

Beim Abschluss eines Werkvertrages handelt es sich nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft.

b) Eigene WE des B

B hat – in Abgrenzung zum Boten – auch eine eigene WE abgegeben, da er einen gewissen Entscheidungsspielraum in Anspruch nahm.

c) Offenkundigkeit der Stellvertretung

B hat R zwar nicht ausdrücklich über die Vertretung der S unterrichtet. Jedoch ergibt sich diese aus den Umständen des Rechtsgeschäfts (vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB), da B als Einziger im Laden zugegen war und in sachverhaltsnaher Auslegung davon auszugehen ist, dass Geschäfte in den Räumlichkeiten der Fahrradwerkstatt mit der dieses Gewerbe verwirklichenden S zustande kommen. Zudem liegt ein unternehmensbezogenes Geschäft vor, bei dem im Zweifel ein Handeln für das Unternehmen anzunehmen ist.³

Anmerkung: Ebenfalls vertretbar ist es, angesichts der strittigen dogmatischen Natur des § 56 HGB die Norm bereits hier anzusprechen und anzunehmen, dass diese eine Ausnahme oder Modifikation des Offenkundigkeitsprinzips dahingehend bewirkt, dass bei Ladenangestellten im Zweifel ein Handeln für das Handelsgeschäft anzunehmen ist.

d) Vertretungsmacht

B müsste nach § 164 Abs. 1 BGB mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Ihm kommt jedoch weder eine vertragliche noch organschaftliche Vertretungsmacht zu.

² Liebscher, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 9. Aufl. 2024, § 15 Rn. 8.

³ Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 164 Rn. 25.

aa) Bevollmächtigung des B nach § 56 HGB?

B könnte aber aufgrund einer Arthandlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1 HGB) in Form der Ladenvollmacht nach § 56 HGB vertretungsbefugt sein. § 56 HGB stellt nach überzeugender Auffassung eine spezielle Vertretungsmacht dar, sodass i.Ü. die allgemeinen Vorschriften der §§ 164 ff. BGB Anwendung finden.

Anmerkung: Es ist gut vertretbar, die strittige Natur des § 56 HGB tiefergehend zu diskutieren.⁴ Zentral ist hierbei die überzeugende Herausarbeitung eines Prüfungsstandorts (wie der Vertretungsmacht) und Ermittlung der Tatbestandsmerkmale.

Prüft man mit guter Begründung eine Vertretung des A (und nicht der S) durch B, kann die Anwendbarkeit des § 56 HGB nur mit sehr guter Begründung bejaht werden, denn die Vorschrift ist nur auf Kaufleute anwendbar. In dieser Hinsicht würde sich die Frage stellen, ob Gesellschafter einer als Formkaufmann (§ 6 Abs. 1 HGB) einzuordnenden Personenhandelsgesellschaft ebenfalls Kaufleute sind. Dies ist nur für persönlich haftende Gesellschafter von Personengesellschaften strittig; GmbH-Gesellschafter⁵ oder KG-Kommanditisten⁶ selbst sind dagegen nicht als Kaufleute zu qualifizieren. Da A vorliegend jedenfalls nicht KG-Komplementär ist (dies ist nur die GmbH; irrelevant ist, ob A naheliegenderweise KG-Kommanditist ist), ist er daher nicht als Kaufmann einzuordnen. Selbst wenn man A als Kaufmann einordnen würde, stellt sich die Frage, ob der von § 56 HGB geschützte Rechtsschein überhaupt zugunsten A sprechen könnte, denn A trat in sachverhaltsnaher Auslegung ausschließlich mittels S im Rechtsverkehr auf.

Für eine Ladenvollmacht müsste B als Angestellter in einem Laden oder in einem offenen Warenlager der S tätig gewesen sein. S ist gem. § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann, sodass der sachliche Anwendungsbereich des § 56 HGB eröffnet ist.

(1) Laden oder Warenlager

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei der Werkstatt um ein Laden oder Warenlager handelt. Inwieweit dies der Fall ist, ist durch Auslegung des § 56 HGB zu ermitteln. Ein Laden im Sinne der Vorschrift ist eine Fläche, die dem *öffentlich zugänglichen* Anbieten von Waren zum Verkauf dient.⁷ Eine Werkstatt ist insofern keine Verkaufsfläche, da sie meist dem Inhaber und Angestellten vorbehalten bleibt und daher dem öffentlichen Zugang gerade entzogen ist. Auch werden in einer Werkstatt keine Waren verkauft, sondern werkstypische Leistungen, wie etwa Reparaturen, erbracht. Wenngleich ein Laden dem Wortlaut nach damit etwas anderes ist als eine Werkstatt, könnte der systematische Zusammenhang zum Warenlager hingegen für einen erweiterten Ladenbegriff, der auch Werkstätten umfasst, sprechen. Dies kann jedoch offenbleiben, wenn jedenfalls eine hier vorliegende Werkstatt mit öffentlich zugänglicher Verkaufsfläche unter den Ladenbegriff fällt.⁸ Hierfür spricht, dass sich in solchen Fällen der Anschein einer Bevollmächtigung des handelnden Personals ebenso aufdrängt wie in einem reinen Ladengeschäft. Damit handelt es sich bei dieser Werkstatt mit Verkaufsfläche um einen Laden i.S.d. § 56 HGB.

⁴ Näher hierzu *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 56 Rn. 4.

⁵ *Merkt*, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 1 Rn. 50.

⁶ *Roth*, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 161 Rn. 5.

⁷ *Meyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.10.2024, § 56 Rn. 4; *Weber*, in: Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2024, § 56 Rn. 6.

⁸ So ähnlich bereits BGH, Urt. v. 29.9.1975 – VII ZR 74/74 = NJW 1975, 2191; siehe auch *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 56 Rn. 17, 18; *Meyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.10.2024, § 56 Rn. 4.

(2) B als Angestellter

B müsste bei S angestellt sein. Ein vertragliches Arbeitsverhältnis liegt zwischen S und B jedoch nicht vor. Ein solches ist indessen für § 56 HGB gerade nicht erforderlich.⁹ Vielmehr genügt eine aktive Einschaltung mit Wissen und Wollen des Unternehmensträgers A.¹⁰ Auch dies ist laut Sachverhalt jedoch nicht der Fall, sodass B kein Angestellter i.S.d. § 56 HGB ist.

bb) Anscheinsbevollmächtigung des B?

Indessen erweckte B den Anschein, er sei Ladenangestellter, sodass sich die Frage stellt, ob und wonach dieser Anschein der S zugerechnet werden kann.

Inwieweit eine etwaige fahrlässige Unkenntnis des vertretenen Kaufmanns (hier: S, vertreten durch A) vom Verhalten einer Person als Ladenangestellter eine Wissenszurechnung gem. § 166 BGB (analog) begründet, ist teilweise streitig und teilweise ungeklärt.¹¹ Angesichts der ebenfalls streitigen dogmatischen Grundlage des § 56 HGB ist das Spektrum denkbarer Ansätze weit: Eine Erstreckung auf Anscheinskonstellationen könnte sich etwa auf der Grundlage einer analogen Anwendung des § 56 HGB ergeben. Geht man indessen davon aus, dass § 56 HGB selbst im Kern einen Anscheinsgedanken verkörpert, so ließe sich auch vertreten, dass die Norm diesen Gedanken abschließend regelt und insofern gerade keine analogieermöglichende Regelungslücke besteht. Mit ähnlicher Begründung könnte ein Rückgriff auf die allgemeine BGB-Anscheinsvollmacht abgelehnt werden: § 56 HGB könnte als *lex specialis* zur allgemeinen Anscheinsvollmacht die Fälle der (scheinbaren) Vollmacht eines Ladenangestellten abschließend regeln wollen. Umgekehrt ließe sich gerade auch unter Verweis auf den in § 56 HGB verkörperten Anscheinsgedanken vertreten, dass eine Erstreckung auf „Anscheinsangestellte“ eine den Normzweck folgerichtig fortschreibende teleologische Extension darstellen würde.

Selbst wenn man einen Rückgriff auf die allgemeine Anscheinsvollmacht im Anwendungsbereich des § 56 HGB zulassen¹² oder weitergehende Anscheinskonstellationen unter § 56 HGB (analog) erfasst sehen wollte, so würde dies zur Wahrung einer einheitlichen Dogmatik der Anscheinsvollmacht in jedem Fall erfordern, dass der gesetzte Rechtsschein dem Vertretenen zurechenbar ist. Hieran fehlt es: A, dessen Wissen der S gem. § 166 BGB (analog) zuzurechnen ist, konnte selbst bei pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkennen, dass sein Bruder, von dem er gar nicht wusste, dass er sich in den Geschäftsräumlichkeiten aufhielt, sich wie ein Ladenangestellter verhielt.

Damit war B nicht zum Abschluss des Werkvertrags bevollmächtigt.

Anmerkung: Bejahte man entgegen der obigen Ausführungen eine Anscheinsbevollmächtigung des B auf der Grundlage des § 56 HGB (analog) oder der allgemeinen Anscheinsvollmacht, so wäre weiter zu diskutieren, ob sich hieraus auch eine Bevollmächtigung zu dem von B abgeschlossenen Geschäft ergeben würde (Vertretungsumfang). Denn nach dem Wortlaut des § 56 HGB wäre der B nur zu Verkäufen und Empfangnahmen bevollmächtigt, die in einem derartigen Laden oder Warenlager für

⁹ *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 56 Rn. 19; *Weber*, in: Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2024, § 56 Rn. 5.

¹⁰ BGH, Urt. v. 24.9.1975 – VIII ZR 74/74 = NJW 1975, 2191; *Schubert*, in: Oetker, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 56 Rn. 8.

¹¹ Vgl. *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 56 Rn. 20.

¹² So wohl *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 56 Rn. 20.

gewöhnlich geschehen.¹³ Bei dem Abschluss eines Werkvertrages zur Wartung eines Fahrrades handelt es sich nicht um einen Verkauf. Man müsste daher das Tatbestandsmerkmal „Verkauf“ im Rahmen der analogen Anwendung des § 56 HGB naheliegenderweise entsprechend der terminologischen Erfassung der Werkstatt als „Laden“ dahingehend auslegen, dass auch der hiesige Abschluss von Werkleistungen als „Verkauf“ zu betrachten wäre.

cc) Rechtsfolge

B handelt somit ohne Vertretungsmacht und damit als falsus procurator i.S.d. § 179 Abs. 1 BGB. Jedoch hat A als organschaftlicher Vertreter der S das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft nach § 177 Abs. 1 BGB konkludent genehmigt, als er begann, das Fahrrad zu reparieren.

Anmerkung: Wenn auch letztlich eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB vorliegt, war eine umfanglichere Prüfung des § 56 HGB im Sachverhalt angelehnt und damit notwendig.

e) Zwischenergebnis

Ein wirksamer Werkvertrag zur Wartung des Fahrrades liegt zwischen R und S vor.

3. Pflichtverletzung

S müsste eine Pflicht aus dem Werkvertrag verletzt haben. S schuldete nach § 633 Abs. 1 BGB eine mangelfreie Werkleistung. Fraglich ist also, ob eine mangelbehaftete Werkleistung der S bei Abnahme des R bestand. In Betracht kommt ein Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB. Hierbei ist zwischen subjektiven Mängeln (§ 633 Abs. 2 S. 1 und 2 Nr. 1 BGB) und objektiven Mängeln (§ 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB) zu unterscheiden. Mangels einer Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung liegt ein subjektiver Sachmangel nach § 633 Abs. 2 S. 1 und 2 Nr. 1 BGB nicht vor.

Anmerkung: Eine knappe Diskussion einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung ist gleichwohl gut vertretbar.

Es könnte jedoch ein objektiver Sachmangel nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB gegeben sein. Dazu müsste sich das Werk für die gewöhnliche Verwendung nicht eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Werken der gleichen Art unüblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes nicht erwarten kann.¹⁴ Die Wartung und die anschließende Reparatur der fehlerhaften Komponenten dient zunächst der Instandhaltung des Fahrrads. Die Montage einer neuen Kette soll das Fahrrad nicht nur (verkehrs-)sicherer, sondern überhaupt wieder verkehrstauglich machen. Durch den Kettenriss eignet sich das Fahrrad nicht mehr für die sichere Nutzung im Verkehr. Dadurch eignet sich auch die Reparatur bzw. der Austausch der Kette nicht für die gewöhnliche Verwendung. Ein durchschnittlicher Radtechniker hätte die Kette sachgemäß montiert. Damit liegt eine unübliche Abweichung bei gleicher Werkleistung, die der Besteller nicht erwarten muss, und damit ein objektiver Mangel nach

¹³ Vgl. Merkt, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 56 Rn. 4; Meyer, in: BeckOK HGB, Stand: 1.10.2024, § 56 Rn. 15.

¹⁴ Siehe dazu im Einzelnen Voit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2024, § 633 Rn. 9.

§ 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB vor. Dies war auch bei Abnahme – also der körperlichen Entgegennahme der Werksleistung als im Ganzen sachgemäß – der Fall, § 640 Abs. 1 S. 1 BGB.

4. Vertretenmüssen

A hat die Kette laut Sachverhalt unsachgemäß montiert und ließ damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht. A handelte damit gem. § 276 Abs. 1 und 2 BGB fahrlässig. Dies wird der S gem. § 31 BGB analog¹⁵ zugerechnet.

5. Schaden

Es müsste ein ersatzfähiger Schaden (§§ 249 ff. BGB) vorliegen. Schaden meint hierbei jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. R musste infolge der Pflichtverletzung eine neue Bremsanlage (800 €) montieren lassen; mithin liegt eine unfreiwillige Vermögenseinbuße vor.

Anmerkung: Da R eine neue Bremsanlage erhält, darf ein Abzug „Neu-für-Alt“ im Wege der Vorteilsausgleichung erwähnt werden.

6. Weitere Voraussetzungen wegen Schadensersatz statt der Leistung?

Indessen könnten sich weitere Voraussetzungen insbesondere aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB ergeben, sofern ein Schadensersatz statt der Leistung vorliegt. Daher ist zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung abzugrenzen.¹⁶

Ein Schadensersatz statt der Leistung liegt nach weitverbreiteter Ansicht vor, wenn der Besteller nicht mehr das Äquivalent seiner Leistung – hier also die Werkleistung als solche – begehrt und bei einer hypothetischen Nachfristsetzung und fristgemäßer Leistung der Schaden noch entfallen wäre. Ein Schadensersatz neben der Leistung liegt vor, wenn das Integritätsinteresse verletzt wurde und insofern der Schaden auch bei fristgerechter hypothetischer Nacherfüllung noch bestehen würde.

Hierbei ist zwischen den einzelnen Schadensposten zu unterscheiden, also zwischen der neuen Kette und dem Schaden an der Bremsanlage.¹⁷ Die neue Kette ist vom vertraglichen Äquivalenzinteresse umfasst: R begehrt als Äquivalent zur Entrichtung des Werklohns eine ordnungsgemäße Wartung seines Rennrads, also gerade die Montage einer funktionierenden Kette. Bei einer fristgerechten Nacherfüllung würde dieser Schadensposten entfallen. Damit liegt im Hinblick auf die Reparaturkosten der Kette i.H.v. 400 € ein Schadensersatz statt der Leistung vor. Die Beschädigung an der Bremsanlage i.H.v. 800 € ist dagegen nicht vom vertraglichen Äquivalenzinteresse erfasst. Bei einer fristgerechten Nacherfüllung (Austausch der Kette) würde dieser Schaden weiterhin bestehen. Es handelt sich um einen sog. Mangelfolgeschaden, der allein das Integritätsinteresse des R tangiert. Damit liegt im Hinblick auf die Erneuerung der Bremsanlage ein Schadensersatz neben der Leistung vor, sodass in dieser Hinsicht § 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich allein maßgeblich ist.

Anmerkung: Es ist ebenso vertretbar und vom Prüfungszuschnitt sogar sauberer, an dieser Stelle nur den Schaden an der Bremsanlage zu erörtern, da sich der geprüfte Anspruch nur hierauf bezieht.

¹⁵ Nicht nach § 278 BGB, da es um die Zurechnung als eigenes Handeln der S geht.

¹⁶ Siehe zu Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung *Ostendorf*, NJW 2010, 2833.

¹⁷ So auch BGH, Urt. v. 7.2.2019 – VII ZR 63/18 = NJW 2019, 1867.

Da sich aber die Einordnung des Bremsanlage-Schadens als Schadensersatz neben der Leistung organisch aus dem Kontrast zum Ketten-Schaden als Schadensersatz statt der Leistung ergibt, ist es hier ausnahmsweise auch einmal angemessen, auf einen sogleich zu prüfenden Anspruch (hier: im Hinblick auf die Kette) vorzugreifen.

Eine Einordnung der Beschädigung an der Bremsanlage als Schadensersatz statt der Leistung könnte sich jedoch gleichwohl gem. § 242 BGB unter einem Wertungsgesichtspunkt ergeben.¹⁸ Denn man könnte in Erwägung ziehen, dass der Werkunternehmer ein berechtigtes Interesse daran hat, im Wege seiner durch das Fristsetzungserfordernis geschützten zweiten Andienung auch solche Schadensposten zu ersetzen, die in einem besonders engen Verhältnis zum ursprünglichen Mangel (hier: der unsachgemäßen Montage der Kette) stehen. Gegen einen solchen Ansatz spricht jedoch eine systematische und teleologische Erwägung des Gewährleistungsrechts: Denn würde dem Werkunternehmer gestattet werden, Mangelfolgeschäden im Wege der Nacherfüllung selbst zu beheben, so müsste zur Vermeidung einer einseitigen Privilegierung des Unternehmers im Gegenzug auch dem Besteller ein Anspruch auf Beseitigung derselbigen Mangelfolgeschäden im Wege der Nacherfüllung zustehen – und zwar unabhängig vom Verschulden des Werkunternehmers. Dies würde das werkvertragliche Gewährleistungsrecht deutlich erweitern und in systemwidriger Weise einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung annähern. Damit ist keine Ausnahme wegen eines besonders eng mit der Hauptleistung verknüpften Mangelfolgeschadens zu machen (a.A. vertretbar).

7. Zwischenergebnis

Es liegt ein nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähiger Schadensersatz neben der Leistung i.H.v. 800 € vor.

8. Aufrechnung durch S

Möglicherweise könnte der Anspruch aber infolge einer Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) ganz oder teilweise erloschen sein.

a) Aufrechnungserklärung

A hat gegenüber R die Aufrechnung erklärt (§ 388 BGB). Die Erklärung wird S gem. § 166 Abs. 1 BGB analog zugerechnet.

b) Aufrechnungslage

Es müsste jedoch eine Aufrechnungslage bestehen; d.h. es müssen gegenseitige und gleichartige Forderungen vorliegen, wobei die Aktivforderung durchsetzbar und die Passivforderung erfüllbar sein muss.

aa) Gegenseitige Forderungen

R steht die Passivforderung in Form des Schadensersatzanspruches zu (siehe oben). Fraglich ist allein, ob der S ein Anspruch gegen R zu steht. Ein originärer Anspruch der S gegen R besteht nicht. Möglicherweise könnte S jedoch ein abgetretener Anspruch des C gegen R zustehen. Dafür müsste C

¹⁸ Dazu insbesondere BGH, Urt. v. 7.2.2019 – VII ZR 63/18 = NJW 2019, 1867 (1869); dazu bereits Hehemann, NJW 1988, 801 (801 ff.); Michalski, NJW 1988, 793 (793 ff.).

die Forderung gegenüber R wirksam an S nach den §§ 398 ff. BGB abgetreten haben. C und S – vertreten durch A – haben sich wirksam durch zwei kongruente WE i.S.d. §§ 145 ff. BGB darauf geeinigt, dass ein Schadensersatzanspruch des C gegen R zugunsten S übergehen soll. Einer besonderen Form für eine derartige Sicherungsabtretung bedarf es nicht (ebenso keiner Zustimmung des Drittschuldners R). Auch ein Abtretungsausschluss (§ 399 BGB) ist nicht ersichtlich. Fraglich ist aber, ob überhaupt ein abtretbarer Anspruch des C gegenüber R besteht.

(1) Anspruch des C gegen R auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 662 BGB?

C könnte gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 662 BGB haben.

(a) Schuldverhältnis

C und R könnten sich durch zwei kongruente WE i.S.d. §§ 145 ff. BGB über einen Auftrag in Form der Vermögensverwaltung geeinigt haben. Hierbei ist jedoch bereits fraglich, ob die Parteien überhaupt mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben. Die reine Unentgeltlichkeit steht der Rechtsbindung jedenfalls nicht per se entgegen¹⁹, da diese für den Auftrag gerade vertragscharakteristisch ist (siehe § 662 BGB).

Ob ein Rechtsbindungswille vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB) und insbesondere anhand objektivierter Kriterien zu messen. Maßgeblich sind Faktoren wie Grund und Zweck der Vereinbarung, die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Vereinbarung, der sachliche Wert der Vereinbarung wie auch die Interessen- und Gefahrenlage beider Parteien.²⁰

Grund der Abrede zwischen C und R ist, dass R als Investmentbanker ein umfassendes Fachwissen zu Kapitalanlagen hat und C sein kleines Vermögen sicher investieren möchte. Zu diesem Zweck sollte C das Vermögen in nicht riskante Wertpapiere investieren. Das wirtschaftliche Interesse des C ist hierbei ausgeprägt, sodass die Bedeutung des Geschäfts auf Seiten des C durchaus hoch ist. R hingegen erkennt zwar das wirtschaftliche Interesse des C bei der Vermögensverwaltung und den Investitionen. Jedoch ist aus seiner Sicht von einer geringeren wirtschaftlichen Relevanz auszugehen, da er diese Tätigkeit nur nebenher und unentgeltlich in seiner Freizeit verfolgt. Auch die lockere Atmosphäre (Kneipenbesuch), in der sich die Parteien über die Vermögensverwaltung geeinigt haben, sprechen gegen einen Rechtsbindungswillen. Im Rahmen einer Gesamtabwägung ist daher von einer bloßen Gefälligkeit auszugehen. Damit liegt kein Rechtsbindungswille vor. Ein Schuldverhältnis in Form des Auftrags ist nicht entstanden.²¹

Anmerkung: Eine a.A. (insbesondere die Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter) ist mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.²²

Nimmt man entgegen der obigen Ausführungen an, dass eine vertragliche Vereinbarung zwischen C und R vorlag, wäre weiter zu untersuchen gewesen, ob eine Pflichtverletzung vorgelegen hätte. Die Parteien haben sich darauf geeinigt, dass R das Geld des C in risikoarme Aktien investiert. Sowohl die Investition in deutsche als auch in US-amerikanische Aktien erfüllt dies; insbesondere ist auch die US-amerikanische Aktie laut Sachverhalt risikoarm. Dass die US-Aktien infolge der wirtschafts-

¹⁹ Siehe zum Gefälligkeitsverhältnis und der Abgrenzung zum Schuldverhältnis *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 49. Aufl. 2025, § 2 Rn. 27 ff.; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 17 Rn. 16 ff.

²⁰ Siehe dazu *Möslein*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2019, § 145 Rn. 112.

²¹ So auch *Omlor*, JuS 2023, 964 (965).

²² Das OLG Frankfurt a.M. hat dies in einem vergleichbaren Fall nicht weiter problematisiert (OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.4.2023 – 13 U 82/22 = BeckRS 2023, 9319).

politischen Lage plötzlich fielen, kann daher nicht als Pflichtverletzung gewertet werden – stattdessen handelt es sich um die Realisierung eines marktüblichen Risikos²³. R hat damit keine vertragliche Pflicht verletzt. Auf die in Rechtsprechung und Literatur befürwortete haftungsmäßige Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit im Gefälligkeitsvertrag bzw. Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter (Gesamtanalogie zu §§ 521, 599, 690 BGB i.V.m. §§ 277, 242 BGB) kommt es damit nicht an.

(b) Zwischenergebnis

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 662 BGB besteht nicht.

(2) Anspruch des C gegen R auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1 BGB

C könnte gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1 BGB (GoA) haben.

Fraglich ist zunächst, ob die GoA bei Gefälligkeitsverhältnissen überhaupt anwendbar ist. Dies ist nicht vollständig geklärt. Gegen eine Anwendbarkeit der GoA bei Gefälligkeitsverhältnissen könnte sprechen, dass dies zu einer quasivertraglichen Bindung durch die Hintertür führen würde, obwohl es gerade an einem Rechtsbindungswillen fehlt.²⁴ Es erschiene widersprüchlich, sich auf der einen Seite nicht vertraglich binden zu wollen und auf der anderen Seite durch ein quasi-vertragliches Schuldverhältnis Haftungsmöglichkeiten zu etablieren. Man könnte insofern bei Gefälligkeitsverhältnissen bereits das Vorliegen eines „Geschäfts“ im Sinne der GoA ablehnen.²⁵ Andererseits könnte man auf die prinzipielle dogmatische Unterscheidung zwischen Verträgen und quasi-vertraglichen Verhältnissen verweisen, die die Bejahung eines „Geschäfts“ im Sinne der GoA bei gleichzeitiger Ablehnung einer vertraglichen Bindung zumindest systematisch zu eröffnen scheint. Ein Geschäft könnte in dieser Hinsicht dann zu bejahen sein, wenn trotz fehlendem Rechtsbindungswillen der typische wirtschaftliche Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen objektiv durchbrochen wird, etwa wenn der Beauftragte – wie hier – weitgehende Handlungsfreiheit bei größerer ökonomischer Gesamtbedeutung hatte.²⁶

Eine tiefergehende Diskussion der Anwendbarkeit der GoA kann jedoch offenbleiben, da ein auf die GoA gestützter Schadensersatzanspruch auch aus anderen Gründen scheitern würde. Zwar lägen die Voraussetzungen der echten berechtigten GoA durchaus vor, sodass zugleich ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB zu bejahen wäre. Insbesondere handelte R mit Fremdgeschäftsführungswillen im fremden Pflichten- und Interessenkreis.²⁷ Es würde jedoch auch hier an einer Pflichtverletzung fehlen, da R den Wunsch des C nach einer risikoarmen Anlage berücksichtigt hat (siehe oben).

Anmerkung: Angesichts der vorliegenden Nähe zum Gefälligkeitsvertrag bzw. der Gefälligkeit mit rechtsgeschäftlichem Charakter ist es gut vertretbar, auch die haftungsmäßige Begrenzung auf Vor-

²³ Siehe dazu auch *Omlor*, JuS 2023, 964 (966).

²⁴ Siehe dazu mit Verweis auf den Erbensucherfall *Fries*, in: Schulze u.a., BGB, Handkommentar, 12. Aufl. 2023, § 677 Rn. 1, 3; *Thole*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2024, § 677 Rn. 51.

²⁵ Vgl. *Thole*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2024, § 677 Rn. 90.

²⁶ Ohne tiefergehende Begründung, im Ergebnis jedoch ebenso *Omlor*, JuS 2023, 964 (966).

²⁷ Vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.4.2023 – 13 U 82/22 = BeckRS 2023, 9319 Rn. 36.

satz und grobe Fahrlässigkeit (siehe oben) im Rahmen der GoA heranzuziehen – freilich ohne Auswirkung auf das Ergebnis, da bereits eine Pflichtverletzung abzulehnen ist.

Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1 BGB besteht damit nicht. Dasselbe gilt für einen Anspruch aus Übernahmeverschulden (§ 678 BGB),²⁸ da C dem R selbst die Geldanlage auftrag und insofern mit dessen Willen agierte.

(3) Anspruch des C gegen R aus Expertenhaftung (§§ 311 Abs. 3 S. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)

Da C infolge der Anlageentscheidungen des R zweifelsohne vertragliche Beziehungen zu zahlreichen Geschäftspartnern am Kapitalmarkt knüpfte (beispielsweise Banken, Broker, Fondsgesellschaften und Aktienunternehmen), könnte sich ein Schadensersatzanspruch des C gegen R auch aus Expertenhaftung nach §§ 311 Abs. 3 S. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ergeben. Wenngleich Details streitig sind, würde dies jedenfalls voraussetzen, dass R in besonderem Maße persönliches Vertrauen des C in Anspruch genommen hat,²⁹ was durchaus bejaht werden kann. Indessen scheitert ein Schadensersatzanspruch auch hier aus den oben genannten Gründen an der Pflichtverletzung.

(4) Anspruch des C gegen R auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheitert bereits am Vorliegen eines bloßen Vermögensschadens.

bb) Zwischenergebnis

Damit besteht keine Forderung, die an S abgetreten werden könnte, sodass es an einer Aufrechnungslage mangelt.

Anmerkung: Wer einen abtretbaren Anspruch – mit guter Begründung vertretbar – annimmt, kann die Aufrechenbarkeit durchaus bejahen. Insbesondere wäre der abgetretene Anspruch gegen R auch fällig (§ 271 BGB). Wenngleich R gem. § 404 BGB gegenüber dem Neugläubiger S auch solche Einwendungen und Einreden vorbringen kann, die gegenüber dem Altgläubiger C bestanden, sind solche hier nicht ersichtlich. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ein etwaiger Nichteintritt des Sicherungsfalls im Verhältnis zwischen S und C irrelevant ist: Zwar ist es zutreffend, dass eine Sicherungsabtretung in der Einkleidung eines ggf. konkludent geschlossenen Sicherungsvertrags erfolgt, welcher für die Verwertung der sicherungshalber abgetretenen Forderung den Eintritt des Sicherungsfalls, die Fälligkeit der gesicherten Forderung und den Schuldnerverzug vorsieht.³⁰ Indessen wirkt der Sicherungsvertrag nur zwischen Sicherungsnehmer und -geber (hier: S und C). Eine hier ggf. verfrühte Verwertung der sicherungshalber abgetretenen Forderung durch Aufrechnung vor Eintritt des Sicherungsfalls mag daher eine Verletzung des Sicherungsvertrags sein, die Schadensersatzansprüche zwischen Sicherungsnehmer und -geber (hier: S und C) hervorrufen dürfte. Der Schuldner des sicherungshalber abgetretenen Anspruchs (hier: R) hat jedoch keine Möglichkeit, den Nichteintritt des Sicherungsfalls gegen seine eigene Inanspruchnahme in Stellung zu bringen. Dies ist wertungsmäßig folgerichtig: Das zufällige Vorliegen einer Sicherungsabtretung soll den Schuldner des sicherungs-

²⁸ So auch *Schultes*, BKR 2023, 460 (463).

²⁹ *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 561.

³⁰ *Lieder*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 398 Rn. 215.

halber abgetretenen Anspruchs nicht durch zusätzliche Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsverhältnis privilegieren.

9. Ergebnis

R hat gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 800 € aus §§ 634 Nr. 4, 633, 280 Abs. 1 BGB.

II. Anspruch des R gegen S auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB (Ersatzkette)

R könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aufgrund des Kettentauschs i.H.v. 400 € aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

Ein Schuldverhältnis wie auch eine von der S zu vertretende Pflichtverletzung liegen vor (siehe oben). Da es sich im Hinblick auf die Ersatzkette um einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung handelt (siehe oben), müssen die Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben sein, d.h. es müsste eine Frist zur Nachbesserung gesetzt worden sein. Eine solche wurde von R aber nicht gesetzt. Auch ist diese nicht nach § 281 Abs. 2 entbehrlich; insbesondere ist die Abwesenheit des A aufgrund der Betriebsferien nicht mit einer Verweigerung der Nacherfüllung i.S.d. § 281 Abs. 2 BGB oder einem Fehlschlag (§ 636 BGB) gleichzusetzen. Angesichts der verkehrsüblichen Dauer der Betriebsferien und des zu unterstellenden bloßen Freizeit Zwecks des Fahrradfahrens ist ein Abwarten der Ferienzeit auch zumutbar i.S.d. § 636 BGB a.E. Aus demselben Grund liegt auch kein besonderer Umstand i.S.d. § 281 Abs. 2 BGB vor; insbesondere gibt es etwa keine Anhaltspunkte dafür, dass R das Vertrauen in die Kompetenz des A verloren haben durfte. Die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1, 636 BGB liegen also nicht vor.

R hat gegen S keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

Anmerkung: Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 und 3, 283 S. 1 BGB darf kurz angesprochen werden, scheitert aber daran, dass die S die durch die eigenmächtige Selbstvornahme eingetretene Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht zu vertreten hat.

III. Anspruch des R gegen S auf Aufwendungsersatz aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 und 2, 323 Abs. 2 BGB

Ein solcher Anspruch scheitert ebenfalls an der fehlenden und nicht entbehrlichen Fristsetzung (siehe oben).

Anmerkung: Nichtvertragliche Ansprüche waren ausweislich der Fallfrage nicht zu begutachten. Gleichwohl sei angemerkt, dass sich ein deliktischer Schadensersatzanspruch des R gegen S wegen der Beschädigung der Bremsanlage durchaus aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB analog (fahrlässige Eigentumsverletzung) ergibt. Im Hinblick auf einen Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB analog wegen der Ersatzkette ist indessen zu berücksichtigen, dass R nie mangelfreies Eigentum erlangt hat; ebenso liegt keine Stoffungleichheit zwischen dem ursprünglichen Mangelunwert und einem Weiterfresserschaden vor – vielmehr bezieht sich der Kettenschaden allein auf das vertraglich geschützte Äquiva-

lenzinteresse (siehe oben). Ein deliktischer Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB analog wegen der Ersatzkette würde daher scheitern.

Frage 2: Wirksamkeit der Kündigung

I. Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung

Fraglich ist, ob R den Mietvertrag mit Y wirksam außerordentlich kündigen kann. Dazu müssten die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 BGB vorliegen.

1. Wirksamer Mietvertrag

Ein Mietvertrag bestand zunächst nur zwischen Y und der X-OHG, die ebenfalls nach den obenstehenden Grundsätzen als Personengesellschaft rechts- und geschäftsfähig ist. Jedoch hat R die Immobilie laut Sachverhalt von der X-OHG erworben, sodass er gem. § 566 Abs. 1 BGB in das bestehende Rechtsverhältnis eintritt. § 566 Abs. 1 BGB durchbricht hierbei das Gebot der Relativität der Schuldverhältnisse.³¹ R ist daher nun Vertragspartei und Vermieter der Y geworden.

2. Zugang einer formwirksamen Kündigung

R müsste Y schriftlich kündigen (§ 568 Abs. 1 BGB) und die Kündigungserklärung müsste Y nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugehen.

Anmerkung: Wer die Kündigung daran scheitern lässt, dass sie noch nicht in der nötigen Form ausgesprochen wurde, verkennt den Gehalt der rechtsberatungsnah auszulegende Fallfrage, die gerade eine Begutachtung der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für die Zukunft bezweckt.

3. Verweis auf die Möglichkeit zum Sozialwiderspruch

R kann Y nach § 568 Abs. 2 BGB auf die Möglichkeit eines Sozialwiderspruchs gem. §§ 574 ff. BGB hinweisen. Hierbei handelt es sich jedoch um eine bloße Sollvorschrift, sodass dessen Missachtung für die Wirksamkeit der Kündigung irrelevant ist.³²

4. Nennung des Kündigungsgrundes

Die Kündigungsgründe – der Cannabisanbau und die Unterbringung der Z – sind im Kündigungsschreiben zur Wirksamkeit der Kündigung nach § 569 Abs. 4 BGB anzugeben.

5. Vorliegen eines Kündigungsgrundes

Es müsste ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 543 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen.

³¹ Siehe dazu Kern, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 566 Rn. 1.

³² R. Schultz, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 568 Rn. 22; Siegmund, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 568 Rn. 20.

a) Kündigungsgrund wegen der Cannabispflanzen

Der Anbau von fünf Cannabispflanzen könnte ein wichtiger Kündigungsgrund sein.

aa) Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 BGB

R kann sich in Bezug auf die Cannabispflanzen nicht auf einen Kündigungsgrund in den Nummern des § 543 Abs. 2 BGB berufen.

bb) Kündigungsgrund nach § 569 Abs. 1 BGB

Auch auf § 569 Abs. 1 BGB kann sich R als Vermieter nicht berufen.

cc) Kündigungsgrund nach § 569 Abs. 2 BGB

Möglicherweise könnte sich R aber auf § 569 Abs. 2 BGB berufen. Ein wichtiger Grund liegt gem. § 569 Abs. 2 BGB vor, wenn eine Vertragspartei den Hausfrieden nachhaltig stört, sodass dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen, die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(1) Störung des Hausfriedens

Dafür müsste Y den Hausfrieden stören.

Der Hausfrieden wird gestört, wenn das gegenseitige Gebot der Rücksichtnahme, durch das ein Zusammenleben mehrerer Menschen in einem Haus erträglich wird, missachtet wird.³³ Mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben wurde dies nicht vertraglich (etwa durch eine Hausordnung) ausgestaltet. Damit ist das Erfordernis der Störung des Hausfriedens anhand eines objektivierenden Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte sowie der allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben zu konkretisieren.³⁴ Nach diesem Maßstab verlangt das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, dass jede Mietpartei bei der Ausübung ihrer mietvertraglichen Rechte und Pflichten so handelt, dass andere Hausbewohner nicht stärker als unvermeidlich gestört werden.³⁵ Diese Rücksichtnahmepflicht findet dort ihre Grenzen, wo das an sich störende Verhalten als sozialadäquat gilt und daher ein generelles oder konkretes Einverständnis angenommen werden kann.³⁶ Strafrechtlich relevantes Verhalten ist indes nie sozialadäquat.³⁷

Damit ist zunächst zu prüfen, ob das Verhalten von Y strafrechtlich relevant und insofern der Einwand der Sozialadäquanz ausgeschlossen ist. Y besitzt fünf Cannabispflanzen. Grundsätzlich ist es nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 KCanG verboten, Cannabis anzubauen. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 KCanG ist von diesem Verbot ausgenommen, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat und die Cannabispflanzen zum Eigenbau i.S.d. § 9 KCanG besitzt. Nach § 9 Abs. 1 KCanG sind davon nur maximal drei Pflanzen erfasst. Y als volljährige Person baut allerdings fünf Pflanzen an, sodass der Eigenanbau nicht nach

³³ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 569 Rn. 30; Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 36 ff.

³⁴ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 569 Rn. 30; Siegmund, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 569 Rn. 19.

³⁵ Theesfeld-Betten, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 569 Rn. 26; Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 36.

³⁶ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 569 Rn. 30.

³⁷ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 569 Rn. 34.

§§ 2 Abs. 3 Nr. 3, 9 Abs. 1 KCanG erlaubt ist. Eine solche Zuwiderhandlung ist gem. § 34 Abs. 1 Nr. 2 lit. a KCanG mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe strafbar. Der Anbau von fünf Cannabispflanzen stellt damit ein strafrechtlich relevantes Verhalten dar, sodass ein sozialadäquates Verhalten nicht vorliegt.

Anmerkung: Der Sachverhalt spricht davon, dass Y die Cannabispflanzen zu privaten Zwecken anbaut, und nicht etwa Y und Z gemeinsam. Der Sachverhalt würde damit unzulässig überdehnt werden, wenn man ihn so auslegen würde, dass Y als Teil einer „Anbaugemeinschaft“ mit Z im Ergebnis nur 2,5 Cannabispflanzen anbaut.

Fraglich ist jedoch, ob strafbares und daher nicht sozialadäquates Verhalten auch per se zum Vorliegen einer Störung des Hausfriedens führt. Wenngleich hierfür sprechen könnte, dass Strafvorschriften zugleich auch eine für jedermann verbindliche gesellschaftliche Verhaltensordnung aufstellen, ist insbesondere im Hinblick auf den grundgesetzlichen Schutz der Wohnung (Art. 13 GG) zu fordern, dass nur solches strafrechtlich relevantes Verhalten als Hausfriedensstörung bewertet werden kann, das über die eigene Wohnung hinausgeht und Dritte (insbesondere andere Bewohner) tangiert.³⁸ Alles andere würde dazu führen, dass das Kündigungsrecht des Vermieters zur Durchsetzung öffentlichen (Straf-)Rechts eingesetzt werden könnte. Eine solche private Durchsetzung hoheitlicher Interessen konfliktiert mit dem staatlichen Strafverfolgungs- und Gewaltmonopol und ist daher nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (etwa im Wettbewerbsrecht, sog. private enforcement) zulässig. Das Kündigungsrecht des Vermieters ist also kein Mechanismus zur Durchsetzung des Strafrechts (freilich bleibt dem Vermieter die Möglichkeit einer Strafanzeige oder eines Strafantrags unbenommen). Nicht zuletzt auch im Hinblick auf den Grundsatz des sozialen Mieterschutzes ist daher der Strauß außerordentlicher Kündigungsgründe inner- und außerhalb einer „Störung des Hausfriedens“ eng am Vertragszweck der Wohnungsmiete und systematischen Einbettung des § 569 Abs. 2 BGB auszurichten. Damit ist zumindest bei strafrechtlich relevantem, aber minderschwerem Verhalten zu fordern, dass hieraus auch eine spezifische Störung des Hausfriedens entsteht (beispielsweise erhebliche Lärm-, Licht- oder Geruchsbelästigung durch den Anbaubetrieb), die über die allgemeine Störung der Rechtsordnung durch die Verletzung von Strafgesetzen hinausgeht. Da Y die Pflanzen in einem geschlossenen und geruchsdichten Kellerabteil anbaut und die anderen Mitbewohner hiervon nichts mitbekommen, liegt eine solche spezifische Störung des Hausfriedens nicht vor.

Anmerkung: Die obige Diskussion darf knapper ausfallen, sollte jedoch die maßgebliche Interessenlage erfassen. Es ist bei guter Begründung vertretbar, die Diskussion auch anders einzubetten, etwa in die Erörterung der Verletzung einer (konkludenten) Pflicht aus dem Mietverhältnis gem. § 543 Abs. 3 BGB oder der Generalklausel des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB. Zentral ist die Präsentation eines ausgeprägten Verständnisses für die Systematik der wohnraummietrechtlichen Kündigungsgründe und die Vermeidung einer unreflektierten Gleichsetzung von Straftaten mit Kündigungsgründen.

(2) Nachhaltigkeit der Störung

Unterstellt man entgegen der obigen Ausführungen eine Hausfriedensstörung, so müsste diese auch nachhaltig sein. Dies ist der Fall, wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und auf einem

³⁸ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 659 Rn. 30.

schweren Verstoß gegen das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme beruht.³⁹ Y baut fünf Cannabispflanzen an. Bis zur Beseitigung der zwei überschießenden Pflanzen besteht zwar eine Dauergefahr. Vor dem Hintergrund, dass die Gefahr nur auf die Kellerräumlichkeiten des Y begrenzt ist und dessen Wohnraumgrenze auch nicht überschreitet, ist die Schwere des Verstoßes gegen das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme jedoch als gering einzuordnen. Damit ist die unterstellte Störung des Hausfriedens auch nicht nachhaltig.

Anmerkung: Eine a.A. ist mit entsprechender Argumentation vertretbar. Ebenso ist vertretbar, die allgemeine Betrachtung der Folgen strafrechtlich relevanten Verhaltens erst bei der Nachhaltigkeit der Störung als Gesichtspunkt der Schwere zu erörtern.

(3) Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Unterstellt man auch eine nachhaltige Störung des Hausfriedens, so könnte eine Kündigung gleichwohl an der nötigen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung scheitern. Entscheidend ist hierbei, ob aus Sicht eines verständigen Durchschnittsmenschen die Störung des Hausfriedens derart schwer wiegt, dass dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar ist.⁴⁰ Die Unzumutbarkeit ist dabei auch durch eine umfassende Abwägung aller im Einzelfall relevanten Umstände, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, zu ermitteln.⁴¹

Ein durchschnittlicher Vermieter begehrt in der Regel, dass innerhalb der vermieteten Wohnung keine strafrechtlich relevanten Handlungen vorgenommen werden. Nach den oben entwickelten Maßstäben sind strafrechtlich relevante Handlungen jedoch nur beachtlich und daher unzumutbar, wenn diese auf die umliegenden Mietparteien ausstrahlen. Hieran fehlt es (siehe oben): Der Anbau von Cannabispflanzen wirkt sich auf die anderen Mietparteien gerade nicht nachteilig aus.

Anmerkung: Wird mit vertretbarer Begründung angenommen, dass eine nachteilhafte Auswirkung auf die umliegenden Anwohner in Betracht kommt, so erscheint es weiter notwendig, auch Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte zu berücksichtigen. So käme als milderer Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung in Betracht, den Anbau auf das zulässige Höchstmaß zu reduzieren. Auch eine vorherige Abmahnung erschiene sachgerecht und kann insbesondere auf den Rechtsgedanken des § 569 Abs. 3 S. 2 BGB gestützt werden.⁴²

(4) Zwischenergebnis

R kann sich nicht auf den Kündigungsgrund des § 569 Abs. 2 BGB berufen.

dd) Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 1 und 3 BGB

Der Anbau von fünf Cannabis-Pflanzen stellt ein strafrechtlich relevantes Verhalten dar, welches grundsätzlich einen wichtigen Grund i.S.d. § 543 Abs. 1 BGB darstellt.⁴³ Allerdings erfordert auch eine

³⁹ Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 569 Rn. 22; Streyl, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 41.

⁴⁰ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 569 Rn. 37.

⁴¹ Streyl, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 42; Siegmund, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 569 Rn. 25.

⁴² Siehe dazu Siegmund, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 569 Rn. 33.

⁴³ Siehe dazu auch Streyl, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 543 Rn. 58.

Straftat als wichtiger Grund i.S.d. § 543 Abs. 1 BGB einen spezifischen Bezug zum Wirkungskreis der mietvertraglichen Pflichten – Ausnahmen lassen sich insofern allenfalls bei schwerster Kriminalität diskutieren.⁴⁴ Dasselbe gilt für die Frage, ob eine durch Auslegung zu ermittelnde mietvertragliche (Neben-)Pflicht verletzt wurde (§ 543 Abs. 3 BGB).

Anmerkung: Wie oben erwähnt, kann die Diskussion bei überzeugender Argumentation auch in die §§ 543 Abs. 1 und 3 BGB eingebettet werden. Ein vollständiges Fehlen des § 569 BGB, welcher eine zentrale wohnungsmietrechtliche Modifikation des § 543 Abs. 1 BGB darstellt, ist jedoch unvertretbar.

ee) Zwischenergebnis

R steht im Hinblick auf den Anbau der Cannabispflanzen kein außerordentliches Kündigungsrecht zu.

b) Kündigung wegen der Unterbringung der Z

Möglicherweise könnte R aber aufgrund des Einzugs der Lebensgefährtin des Y, der Z, ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen. In Betracht kommt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 BGB. Danach liegt ein wichtiger Grund vor, wenn der Mieter die Rechte des Vermieters dadurch in erheblichem Maße verletzt, dass er die Mietsache unbefugt einem Dritten überlässt. Gem. § 540 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen. Fraglich ist aber, ob Z als „Dritte“ betrachtet werden kann. Dritter ist zunächst jede Person, die nicht Mietvertragspartei ist und daher auch Z. Etwas anderes könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass Z die Lebensgefährtin des Y ist. Als Lebensgefährtin hat sie eine verfestigte Bindung zu Y. Nach einer Auffassung führt dies dazu, dass Z in die unmittelbare Nähe eines Familienmitglieds rückt und daher zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht als Dritte zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei nichtehelichen Lebenspartnern dagegen weiterhin um Dritte; indessen besteht regelmäßig ein Anspruch gegen den Vermieter auf Zustimmung zu deren Aufnahme in die Wohnung,⁴⁵ sodass eine außerordentliche Kündigung regelmäßig nicht hierauf gestützt werden kann. Folglich kann sich R nicht auf § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 BGB berufen.⁴⁶

Anmerkung: Eine a.A. ist unter Berufung auf den Ehe- und Familienbegriff des Art. 6 GG mit guter Begründung vertretbar.

6. Zwischenergebnis

R steht kein außerordentliches Kündigungsrecht zu.

II. Ergebnis

R kann Y nicht außerordentlich kündigen.

⁴⁴ Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 543 Rn. 50a.

⁴⁵ K. Schach/Siegmund, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 543 Rn. 38.

⁴⁶ Siehe dazu vertieft Mehle, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2025, § 543 Rn. 138; K. Schach/Siegmund, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 543 Rn. 35.

Anmerkung: Wenngleich die Fallfrage nur nach der außerordentlichen Kündigung fragt, ist es vertretbar, auch eine ordentliche Kündigung als Minus zur außerordentlichen Kündigung zu prüfen; indes- sen kommt kein Kündigungsgrund i.S.d. § 573 BGB abseits der auch bei der außerordentlichen Kün- digung zu erörternden Vertragspflichtverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB) in Betracht.

Fortgeschrittenenklausur Erbrecht: Monopoly und Oldtimer

Wiss. Mitarbeiter Yasin Cetiner, Düsseldorf*

Sachverhalt

M ist 82 Jahre alt und sehr vermögend. Sein Vermögen besteht im Wesentlichen aus Häusern. Er ist seit 1980 mit F verheiratet. Die beiden haben zwei Kinder, A und B. Am 2.9.2024 stirbt M nach langer Krankheit. F findet im Schrank des M einen verschlossenen Brief, der auf den 18.6.1984 datiert ist. Auf dem Briefumschlag steht handschriftlich „Mein Testament vom 18.6.1984“. Darunter befindet sich die handschriftliche Unterschrift des M. F öffnet den Brief und findet darin ein Dokument mit folgendem Inhalt, das ebenfalls in der Handschrift des M verfasst ist:

„Ich – M – bestimme, dass meine Häuser an meine Ehefrau F und meine beiden Kinder A und B gehen. F soll entscheiden, welches unserer Kinder mein Fahrrad bekommt. Wer von meinen vier besten Freunden, X1, X2, X3 und X4, meine geliebte Briefmarkensammlung erhalten soll, mögen die vier durch eine Partie Monopoly bestimmen. Der Gewinner bekommt die Sammlung. Mein guter Schulfreund S soll meinen Oldtimer erhalten.“

Das Dokument weist noch das Datum (18.6.1984), aber keine Unterschrift auf. Eine Ortsangabe fehlt ebenfalls.

Zu ihrer Überraschung findet F in dem Schrank ein weiteres Dokument, das auf den 28.11.1989 datiert ist. Darin steht in der Handschrift des M:

„Ich – M – habe soeben am eigenen Leibe erfahren, dass X4 bei Monopoly notorisch mogelt. Meine Anordnung im Testament vom 18.6.1984 gilt nicht mehr. Nur X1, X2 und X3 sollen durch eine Partie Monopoly entscheiden, wem meine Briefmarkensammlung zugutekommt.“

Unter dem Text findet sich die handschriftliche Unterschrift des M sowie die Angabe „Düsseldorf, der 28.11.1989“. Nach dem Tod des M stiehlt der Dieb D den dem M gehörenden Oldtimer. F, A und B trifft am Diebstahl kein Verschulden. D erleidet in der Folge einen selbstverschuldeten Unfall mit Totalschaden. Der Oldtimer hatte einen Verkehrswert von 35.000 €.

Frage 1

Ist das Testament des M vom 18.6.1984 wirksam?

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Thilo Kuntz, LL.M. [University of Chicago]), Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Sachverhalt wurde an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im SoSe 2025 als Klausur in der Übung zum Bürgerlichen Recht gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 min. Für wertvolle Hinweise dankt der Autor Prof. Dr. Thilo Kuntz, LL.M. (University of Chicago).

Frage 2

Welche Ansprüche haben die Erben des M gegen D in Bezug auf den Oldtimer?

Frage 3

Welche Ansprüche hat S gegen die Erben und D in Bezug auf den Oldtimer?

Bearbeitungsvermerk

Bei der Bearbeitung der Fragen 2 und 3 sind Ansprüche aus §§ 985, 861, 1007, 2021 ff. BGB *nicht* zu prüfen. Auch § 992 BGB i.V.m. §§ 823 ff. BGB bleiben *außer Betracht*.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Ist das Testament des M vom 18.6.1984 wirksam?	888
I. Testierfähigkeit.....	888
II. Testierwille	889
III. Grundsatz der Höchstpersönlichkeit	889
1. § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB bezüglich des Fahrrads.....	889
2. § 2065 Abs. 1 BGB bezüglich der Briefmarkensammlung	890
3. § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB bezüglich der Briefmarkensammlung	890
IV. Form	890
1. Eigenhändige Niederschrift und Unterschrift.....	890
2. Ort und Datum	891
3. Zwischenergebnis.....	891
V. Kein wirksamer Widerruf.....	891
1. Widerrufstestament.....	892
2. Rechtsfolge	892
3. Gesamtenwirksamkeit nach § 2085	892
4. Zwischenergebnis.....	892
VI. Ergebnis.....	892
Frage 2: Welche Ansprüche haben die Erben des M gegen D in Bezug auf den Oldtimer? .	893
I. Anspruch auf Herausgabe aus § 2018 BGB	893
II. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB	893
1. Voraussetzungen	893
2. Schaden	894
a) Anspruch auf Übergabe aus §§ 2174, 2147 S. 2, 2148, 2032 Abs. 1 BGB.....	894
aa) Aktivlegitimation des S	894

bb) Passivlegitimation der Erbengemeinschaft	894
cc) Anfall des Vermächtnisses	894
dd) Unwirksamkeit des Vermächtnisses	894
ee) Ausschluss der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit	894
ff) Zwischenergebnis	895
b) Haftungsschaden (§§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 2174 BGB)	895
aa) Schuldverhältnis	895
bb) Pflichtverletzung	895
cc) Zusätzliche Voraussetzungen	895
dd) Vertretenmüssen	895
ee) Zwischenergebnis	896
c) Zwischenergebnis	896
3. Ergebnis	896
III. Ergebnis	896
Frage 3: Welche Ansprüche hat S gegen D in Bezug auf den Oldtimer?	896
A. Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft	896
B. Ansprüche gegen D	896
I. Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB	896
II. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation	897
1. Dogmatische Herleitung der Grundsätze der Drittschadensliquidation	897
2. Verletzter hat Anspruch, aber keinen Schaden	898
3. Dritter hat Schaden, aber keinen Anspruch	898
4. Zufällige Schadensverlagerung	898
5. Durchführung der Drittschadensliquidation	899
6. Ergebnis	899
C. Gesamtergebnis	899

Frage 1: Ist das Testament des M vom 18.6.1984 wirksam?

Das auf den 18.6.1984 datierte Testament des M ist wirksam, wenn Testierfähigkeit und Testierwillen des M gegeben sind, der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit gewahrt ist, kein Verstoß gegen zwingende Formvorschriften vorliegt und das Testament nicht nachträglich wirksam widerrufen wurde.

I. Testierfähigkeit

M ist testierfähig, § 2229 BGB.

II. Testierwille

M müsste über einen Testierwillen verfügen. Das Erfordernis eines solchen Willens lässt sich bei eigenhändigen Testamenten mittelbar dem Wortlaut von § 2247 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 BGB entnehmen („Ernstlichkeit seiner Erklärung“). Als Sonderfall des Rechtsbindungswillens setzt der Testierwille voraus, dass der Erblasser den ernstlich erklärten Willen hat, ein rechtsverbindliches Testament zu errichten.¹ Es ist nichts dafür ersichtlich, dass es M bloß um einen Entwurf oder Ähnliches ging. Vielmehr nimmt er rechtsverbindliche Anordnungen vor. Der Testierwille ist damit gegeben.

III. Grundsatz der Höchstpersönlichkeit

Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit nach §§ 2064, 2065 BGB müsste gewahrt sein. M hat das Testament selbst errichtet, sodass ein Verstoß gegen den Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit gem. § 2064 BGB ausscheidet. In Betracht kommen jedoch Verstöße gegen den Grundsatz materieller Höchstpersönlichkeit aus § 2065 BGB. In den §§ 2064, 2065 BGB kommt zum Ausdruck, dass der Erblasser allein vor seinem Gewissen die Verantwortung dafür trägt, wenn er die Erbfolge anders ausgestaltet, als das Gesetz sie vorgesehen hat.² Die Vorschriften dienen dem Schutz der Testierfreiheit.³

1. § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB bezüglich des Fahrrads

§ 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB könnte verletzt sein, indem M es F überlässt, welches ihrer Kinder das Fahrrad erhalten soll. Danach kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen. Eine Ausnahme hiervon sieht § 2151 Abs. 1 BGB vor. Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis i.S.d. § 1939 BGB in der Weise bedenken, dass der Beschwerde oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll, § 2151 Abs. 1 BGB. Die Zuwendung des Fahrrads müsste ein Vermächtnis darstellen. Ein solches liegt gem. § 1939 BGB vor, wenn der Erblasser durch Testament einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwendet. Dies ist durch Auslegung nach § 133 BGB zu ermitteln. Maßgeblich ist allein der Wille des Erblassers. Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis und bestehen damit Zweifel, ist auf die Auslegungsregel insbesondere des § 2087 BGB zurückzugreifen.

Zwar setzt M neben F auch A und B als Erben ein. Die Zuwendung des Fahrrads ist aber nach dem Wortlaut des Testaments und der systematischen Ausgestaltung separat zu betrachten. M geht es darum, dass A oder B einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Fahrrad erhalten sollen. Dieses Ergebnis wird mit Hinblick auf die Zuwendung eines Einzelgegenstandes subsidiär durch die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB bestätigt („im Zweifel“).⁴ Folglich liegt ein Vermächtnis vor, §§ 1939, 2147 ff. BGB. F steht ein Bestimmungsrecht darüber zu, wer von den beiden Kindern, A oder B, das Fahrrad bekommen soll. Damit greift die Ausnahme des § 2151 Abs. 1 BGB. Ein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB liegt nicht vor.

¹ *Sticherling*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rn. 8.

² BGHZ 15, 199 (200) = NJW 1955, 100.

³ *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2024, § 2064 Rn. 4; *Leipold*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2064 Rn. 1.

⁴ Zur Einordnung von § 2087 Abs. 2 BGB als Auslegungsregel BayObLG NJW-RR 1996, 1478; *Rudy*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2087 Rn. 7; *Schrader*, NJW 1987, 117 (118).

2. § 2065 Abs. 1 BGB bezüglich der Briefmarkensammlung

Bezüglich der Briefmarkensammlung kommt ein Verstoß gegen § 2065 Abs. 1 BGB in Betracht. Danach kann der Erblasser eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll. Ein mittelbarer Verstoß dagegen kommt insoweit in Betracht, als X1, X2, X3 und X4 das Spiel nicht vornehmen und so faktisch darüber entscheiden könnten, ob die Verfügung gelten oder nicht gelten soll. Allerdings deutet der Wortlaut des § 2065 Abs. 1 BGB („in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat“) auf das zielgerichtete Einräumen eines Bestimmungsrechts hin. Eine mittelbare Bestimmungsmöglichkeit genügt nicht. Zudem zeigt die Wertung der §§ 2074, 2075 BGB, dass letztwillige Zuwendungen auch unter Bedingungen getroffen werden können. Mithin ist § 2065 Abs. 1 BGB nicht verletzt.

3. § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB bezüglich der Briefmarkensammlung

§ 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB könnte verletzt sein, indem es M dem Ausgang des Monopoly-Spiels überlässt, wer von seinen vier besten Freunden die Briefmarkensammlung erhält. Fraglich ist, ob dadurch M dem Wortlaut des § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB entsprechend „die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, einem anderen überlässt.“ Dafür könnte sprechen, dass es bei Monopoly auch auf Verhandlungsgeschick und kluge Entscheidungen ankommt (Tauschgeschäfte, Häuserbau etc.). Insoweit unterscheidet sich Monopoly von Karten- oder reinen Würfelspielen. Gleichwohl hängt der Ausgang des Spiels erheblich vom Zufall ab, weil die gewürfelte Zahl nicht selten darüber entscheidet, ob man auf einer mit Häusern oder Hotels bebauten Straße landet oder nicht. Hinzu kommt, dass die gewürfelte Zahl maßgeblich dafür ist, ob man Straßen erwerben kann. Damit ist Monopoly – trotz der Bedeutung beeinflussbarer Faktoren wie Verhandlungsgeschick – von zahlreichen Unwägbarkeiten behaftet. Daher überlässt es M nicht „einem anderen“, sondern weitgehend dem Zufall, wer seine Briefmarkensammlung erhalten soll. Überdies sind erneut die Wertungen der §§ 2074, 2075 BGB zu berücksichtigen. Folglich liegt kein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB vor.

IV. Form

Das Testament müsste formwirksam errichtet worden sein. Gem. § 2231 Nr. 2 BGB kann ein Testament in ordentlicher Form durch eine vom Erblasser nach § 2247 BGB abgegebene Erklärung errichtet werden.⁵ Der Verstoß gegen zwingende Formvorschriften des § 2247 BGB führt zur Nichtigkeit des Testaments, § 125 S. 1 BGB.

1. Eigenhändige Niederschrift und Unterschrift

Gem. § 2247 Abs. 1 BGB kann der Erblasser ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Sowohl die Unterschrift auf dem Brief als auch der Inhalt des Dokuments sind handschriftlich von M verfasst, sodass eine eigenhändige Niederschrift gegeben ist. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass sich nur auf dem zugeklebten Briefumschlag, nicht aber auf dem Dokument selbst die Unterschrift des M befindet. Der Unterschrift kommt eine Abschlussfunktion zu.⁶ Sie bezweckt, ein untrügliches Anzeichen für die Vollständigkeit und den Abschluss der Erklä-

⁵ Vertiefend hierzu Lorenz, JuS 2024, 818.

⁶ Baumann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 2247 Rn. 103.

zung zu gewährleisten.⁷ Die Unterschrift soll das Dokument räumlich abschließen, um so spätere Zusätze auszuschließen.⁸ Bei dem hier vorliegenden Brieftestament ist die Unterschrift auf dem Umschlag nach der Verkehrsauffassung und dem Willen des Erblassers nur dann als Fortsetzung und Abschluss der Testamentserrichtung anzusehen, wenn weder aus dem Inhalt des Umschlags noch den begleitenden Umständen die selbstständige und damit vom in dem Umschlag befindlichen Dokument losgelöste Bedeutung des Umschlags zu entnehmen ist.⁹ Zudem muss ein *innerer Zusammenhang* mit den Erklärungen des Erblassers bestehen.¹⁰ In einem solchen Fall lässt sich die auf dem Umschlag befindliche Unterschrift als äußere Fortsetzung und als Abschluss des innen liegenden Testaments begreifen.¹¹ Der Unterschrift darf mithin keine selbstständige abweichende Bedeutung zukommen.¹²

Auf dem verschlossenen Brief steht „Mein Testament vom 18.6.1984“. Das in dem Brief befindliche Dokument weist das gleiche Datum auf und enthält erbrechtliche Verfügungen des M. Damit bilden der verschlossene Brief und das darin befindliche Dokument eine äußere und innere Einheit. Die äußere Einheit wird durch das Zukleben, die innere Einheit durch die Überschrift „Mein Testament vom 18.6.1984“, dasselbe Datum auf dem Dokument und den folgenden Verfügungen hergestellt. Aufgrund dieser äußeren und inneren Einheit schließt die auf dem Umschlag befindliche Unterschrift das in dem Umschlag liegende Dokument räumlich ab. Damit erfüllt die Unterschrift ihre Abschlussfunktion. Eine eigenhändig unterschriebene Erklärung nach § 2247 Abs. 1 Alt. 2 BGB liegt vor.

2. Ort und Datum

Nach § 2247 Abs. 2 BGB soll der Erblasser in der Erklärung angeben, zu welcher Zeit und an welchem Orte er sie niedergeschrieben hat. Das Dokument weist mit dem 18.6.1984 das Datum auf. Zwar fehlt eine Ortsangabe. Jedoch stellt § 2247 Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut eine reine Sollvorschrift dar, weshalb Verstöße nicht zur Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB führen. Eine Ausnahme folgt auch nicht aus § 2247 Abs. 5 S. 2 BGB.

3. Zwischenergebnis

Das Testament des M genügt den Formvorgaben der §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB.

V. Kein wirksamer Widerruf

Das Testament des M vom 18.6.2024 könnte durch das auf den 28.11.1989 datierte Testament teilweise widerrufen worden sein. Gem. § 2258 Abs. 1 BGB wird durch die Errichtung eines Testaments ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

⁷ *Klingseis*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 22, 14. Aufl. 2020, § 2247 Rn. 23; *Sticherling*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rn. 39.

⁸ *Sticherling*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rn. 39.

⁹ *Sticherling*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rn. 45; vgl. *Baumann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 2247 Rn. 117.

¹⁰ *Sticherling*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2247 Rn. 45; *Baumann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 2247 Rn. 119 („innerer Zusammenhang zwischen Testament und Umschlag“).

¹¹ BayObLG NJW-RR 1986, 494 (495); *Grziwotz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 2247 Rn. 47.

¹² *Grziwotz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2025, § 2247 Rn. 47.

1. Widerrufstestament

Der Erblasser kann ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung jederzeit widerrufen, § 2253 BGB. Der Widerruf erfolgt gem. § 2254 BGB durch Testament. Dieses muss alle Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllen. An der Testierfähigkeit (§ 2229 BGB) und am Testierwillen (§ 133 BGB) bestehen keine Zweifel. Zudem hat M das Testament vom 28.11.1989 handschriftlich und damit eigenhändig geschrieben (§§ 2231 Nr. 2, 2247 Abs. 1 BGB). Unter dem Text findet sich die handschriftliche Unterschrift des M. Darüber hinaus weist das Dokument mit „Düsseldorf, der 28.11.1989“ auch eine Orts- und Datumsangabe auf (§ 2247 Abs. 2 BGB). Folglich ist das Testament vom 28.11.1989 wirksam.

2. Rechtsfolge

In der Rechtsfolge gilt § 2258 Abs. 1 BGB. Die Norm ordnet keine Gesamt-, sondern lediglich eine Teilunwirksamkeit an. Das Testament vom 28.11.1989 hebt nach § 2258 Abs. 1 BGB das Testament vom 18.6.1984 insoweit auf, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. Im Testament vom 18.6.1984 ordnet M an, dass X1, X2, X3 und X4 mit einem Spiel Monopoly entscheiden sollen, wer die Briefmarkensammlung erhalten soll. Diese Anordnung soll laut dem Testament vom 29.11.1989 nicht mehr gelten. Nunmehr sollen wegen der Mogelei des X4 nur noch X1, X2 und X3 durch eine Partie Monopoly entscheiden, wem die Briefmarkensammlung zugutekommen soll. Folglich hebt das Testament vom 28.11.1989 dasjenige vom 18.6.1984 insoweit auf, als X4 nicht mehr zum Kreis der potentiellen Vermächtnisnehmer gehört.

3. Gesamtunwirksamkeit nach § 2085

Abweichend von § 2258 Abs. 1 BGB könnte nach § 2085 BGB die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen, nämlich das Bedenken des X4, zur Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen führen, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln, § 133 BGB. Die Einsetzung des X4 steht in keinem Zusammenhang mit den übrigen Verfügungen des M. Vielmehr handelt es sich um separate Anordnungen. Aus § 2085 BGB folgt damit nichts Abweichendes.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung im Testament vom 18.6.1984, dass X4 zum Kreis der potentiellen Vermächtnisnehmer zählt, ist gem. §§ 2258 Abs. 1, 2253, 2254 BGB unwirksam.

VI. Ergebnis

Das Testament des M vom 18.6.1984 ist bis auf die Einbeziehung von X4 in den Kreis der Vermächtnisnehmer wirksam.

Frage 2: Welche Ansprüche haben die Erben des M gegen D in Bezug auf den Oldtimer?**I. Anspruch auf Herausgabe aus § 2018 BGB**

Die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft könnte gegen D einen Anspruch auf Herausgabe des Oldtimers aus § 2018 BGB haben. Wie dargelegt, handelt es sich bei F, A und B um die Erben des M.

Fraglich ist, ob D Erbschaftsbesitzer i.S.v. § 2018 BGB ist. Erbschaftsbesitzer ist danach, wer auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt. D hat den Besitz an dem zur Erbschaft gehörenden Oldtimer erlangt, obwohl ihm in Wirklichkeit ein Erbrecht nicht zusteht. Jedoch bringt der Wortlaut des § 2018 BGB zum Ausdruck, dass nur derjenige Erbschaftsbesitzer ist, der sich ein Erbrecht anmaßt.¹³ Dieser muss dem wahren Erben unter Berufung auf ein vermeintliches eigenes Erbrecht Nachlasssachen vorenthalten, die er entweder schon vor dem Erbfall (z.B. als Mieter oder Verwahrer) besessen hat oder dem Erbfall zunächst ohne Erbrechtsanmaßung in Besitz genommen hat.¹⁴ §§ 2018 ff. BGB greifen dann erst von dem Zeitpunkt an ein, in dem der Besitzer den Nachlassgegenstand als Erbe beansprucht. Nicht erforderlich ist, dass die Anmaßung des Erbrechts wörtlich erfolgt; es reicht aus, dass sich der Besitzer des Nachlassgegenstandes als Erbe geriert.¹⁵ D hat sich nie als Erbe ausgegeben. Er ist damit kein Erbschaftsbesitzer i.S.v. § 2018 BGB.¹⁶

Damit scheidet ein Anspruch aus § 2018 BGB aus.

II. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB

Die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft könnte gegen D einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

1. Voraussetzungen

Erforderlich ist zunächst eine Vindikationslage zur Zeit des schädigenden Ereignisses in Form des Unfalls. F, A und B müssten Eigentümer und D Besitzer ohne Recht zum Besitz sein, §§ 985, 986 BGB. Mit dem Erbfall ist das Eigentum des M am Oldtimer kraft Gesetzes im Wege der Universalsukzession auf die Erben F, A und B übergegangen, §§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1, 2032 Abs. 1 BGB. D ist unmittelbarer Besitzer ohne Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB) gegenüber den Erben. Eine Vindikationslage liegt mithin vor. Zwar ist D unverklagt (§ 989 BGB). Er hat jedoch bereits bei dem Erwerb des Besitzes positive Kenntnis vom Mangel seines Besitzrechts und ist damit bösgläubig, § 990 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 932 Abs. 2 BGB analog. Der Oldtimer hat einen Totalschaden erlitten und kann daher nicht mehr von D herausgegeben werden. Überdies hat D den Unfall verschuldet. Die haftungsbegründenden Voraussetzungen der §§ 989, 990 BGB sind mithin erfüllt.

¹³ Lindner, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 2018 Rn. 9 f.

¹⁴ Helms, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2018 Rn. 16.

¹⁵ Helms, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2018 Rn. 16.

¹⁶ Vertiefend zum Erbschaftsanspruch Prütting, JuS 2015, 205; speziell zu „Strukturähnlichkeiten“ zwischen §§ 2018 ff. BGB und §§ 987 ff. BGB Würdinger, JuS 2020, 97 (101).

2. Schaden

Gem. § 989 BGB müsste der Erbengemeinschaft ein Schaden entstanden sein, §§ 249 ff. BGB. Grundsätzlich hat D gem. § 249 Abs. 1 BGB den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand in Form des Unfalls nicht eingetreten wäre. Dann stünde der Oldtimer im Besitz der Erbengemeinschaft. Dieser kann nicht mehr herausgegeben werden, sodass gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB dessen Wert i.H.v. 35.000 € zu ersetzen ist.

Die Erbengemeinschaft könnte jedoch gem. § 2174 BGB S gegenüber dazu verpflichtet sein, den Oldtimer zu übergeben und zu übereignen. Ein Schaden wäre dann grundsätzlich nicht gegeben.

a) Anspruch auf Übergabe aus §§ 2174, 2147 S. 2, 2148, 2032 Abs. 1 BGB

S könnte gegen die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Oldtimers aus §§ 2174, 2147 S. 2, 2148, 2032 Abs. 1 BGB haben.

aa) Aktivlegitimation des S

Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstands zu fordern, § 2174 BGB. S müsste als Vermächtnisnehmer aktivlegitimiert sein. M ordnet in seinem Testament vom 18.6.1984 an, dass S seinen Oldtimer erhalten soll. Das spricht dafür, dass ihm nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf den Oldtimer eingeräumt werden soll, nicht hingegen eine dingliche Rechtsstellung (§ 133 BGB). Subsidiär folgt dies auch aus der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB. Damit ist S als Vermächtnisnehmer aktivlegitimiert nach § 2174 BGB.

bb) Passivlegitimation der Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1 BGB) müsste passivlegitimiert und damit beschwert nach § 2174 BGB sein. Mangels Regelung des M ist gem. § 2147 S. 2 BGB der Erbe beschwert. Nach § 2148 BGB können auch mehrere Erben mit einem Vermächtnis beschwert werden. Damit ist die Erbengemeinschaft von F, A und B beschwert und somit passivlegitimiert.

cc) Anfall des Vermächtnisses

Mit dem Erbfall in Form des Todes des M (§ 1922 Abs. 1 BGB) ist das Vermächtnis angefallen, § 2176 BGB.

dd) Unwirksamkeit des Vermächtnisses

Das Vermächtnis könnte gem. § 2171 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Bei dem Oldtimer handelt es sich um eine Stückschuld, sodass mit dem Totalschaden objektive Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB eingetreten ist. § 2171 Abs. 1 BGB setzt in zeitlicher Hinsicht aber voraus, dass die objektive Unmöglichkeit bereits „zur Zeit des Erbfalls“ und damit nach § 1922 Abs. 1 BGB bei dem Tod des M bestanden hat. Zur objektiven Unmöglichkeit ist es erst nach dem Tod des M gekommen. Folglich ist das Vermächtnis nicht gem. § 2171 Abs. 1 BGB unwirksam.

ee) Ausschluss der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit

Die Leistungspflicht der Erbengemeinschaft aus § 2174 BGB könnte gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB ausgeschlossen sein. Objektive Unmöglichkeit der Pflicht der Erbengemeinschaft zur Übergabe und

Übereignung des Oldtimers ist gegeben (siehe oben). Damit ist der Anspruch des S aus § 2174 BGB ausgeschossen.

ff) Zwischenergebnis

S hat gegen die Erbengemeinschaft keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Oldtimers aus §§ 2174, 2147 S. 2, 2148, 2032 Abs. 1 BGB. Damit ist grundsätzlich kein Schaden der Erbengemeinschaft infolge des Schadens entstanden.

b) Haftungsschaden (§§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 2174 BGB)

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage nach einem Haftungsschaden der Erbengemeinschaft. Ist diese infolge des von D verschuldeten Unfalls ihrerseits dem S gegenüber mit Hinblick auf den Ausschluss des Anspruchs aus § 2174 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wäre ein Schaden i.S.d. § 249 Abs. 1 BGB in Form eines Haftungsschadens zu bejahen. S könnte gegen die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 2174 BGB haben.

aa) Schuldverhältnis

§ 280 BGB setzt ein Schuldverhältnis voraus. Darunter fallen auch gesetzliche Schuldverhältnisse.¹⁷ Mit Hinblick auf § 2174 BGB begründet das Vermächtnis ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Vermächtnisnehmer S und der aus F, A und B bestehenden Erbengemeinschaft.¹⁸ Damit besteht ein Schuldverhältnis.

bb) Pflichtverletzung

Aus diesem Schuldverhältnis müsste die Erbengemeinschaft eine Pflicht verletzt haben, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie trifft eine Pflicht zur Übergabe und Übereignung des Oldtimers an S aus § 2174 BGB. Bei nachträglicher Unmöglichkeit (§ 283 BGB) stellt die Nichterfüllung eine objektive Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB dar.¹⁹ Das zur Unmöglichkeit führende Verhalten ist demgegenüber eine Frage des Vertretenmüssens und nicht der Pflichtverletzung.²⁰ Die Erbengemeinschaft hat den Anspruch des S aus § 2174 BGB nicht erfüllt. Eine Pflichtverletzung ist gegeben.

cc) Zusätzliche Voraussetzungen

Die Pflicht aus § 2174 BGB ist nachträglich, nämlich nach dem Erbfall unmöglich geworden. Folglich liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor, sodass die zusätzliche Voraussetzung des § 283 BGB erfüllt ist (§ 280 Abs. 3 BGB).

dd) Vertretenmüssen

Die Erbengemeinschaft müsste den zur Unmöglichkeit führenden Umstand zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Grundsätzlich hat sie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie trifft jedoch am Diebstahl kein Verschulden. Es fehlt damit am Vertretenmüssen.

¹⁷ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 280 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. Otte, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 2174 Rn. 31; Ludyga, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 22, 14. Aufl. 2020, § 2174 Rn. 11.

¹⁹ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 280 Rn. 2.

²⁰ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 283 Rn. 5.

Hinweis: Eine Zufallshaftung nach § 287 S. 2 BGB als strengere Haftung i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB besteht nicht. Die Erbengemeinschaft ist mit ihrer Pflicht aus § 2174 BGB nicht in Schuldnerverzug (§ 286 BGB). Die fehlende Mahnung könnte zwar gem. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB entbehrlich sein, wenn man den Erbfall in Form des Todes des Erblassers M als „Ereignis“ i.S.d. Norm versteht. Allerdings fehlt es an der „Bestimmung“ einer angemessenen Zeit für die Leistung. Damit ist § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht einschlägig. Die Zufallshaftung des § 287 S. 2 BGB greift nicht.

ee) Zwischenergebnis

S hat gegen die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft keinen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 2174 BGB.

c) Zwischenergebnis

Damit stehen S gegen die Erbengemeinschaft insgesamt keine Ansprüche in Bezug auf den Oldtimer zu. Folglich ist der Erbengemeinschaft infolge des Unfalls kein Schaden entstanden.

3. Ergebnis

Die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft hat gegen D keinen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB.

III. Ergebnis

Die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft hat gegen D in Bezug auf den Oldtimer keine Ansprüche.

Frage 3: Welche Ansprüche hat S gegen D in Bezug auf den Oldtimer?

A. Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft

Wie bereits geprüft, hat S gegen die Erbengemeinschaft weder einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Oldtimers aus § 2174 BGB noch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 283, 2174 BGB.

B. Ansprüche gegen D

I. Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB

S könnte gegen D einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

Dies setzt eine Rechtsgutsverletzung voraus. In Betracht kommt eine Eigentumsverletzung. Dann müsste S Eigentümer des Oldtimers sein. Ursprünglich stand der Wagen im Eigentum des M. Mit seinem Tod ist das Eigentum kraft Gesetzes im Wege der Universalsukzession auf die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft übergegangen, §§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1, 2032 Abs. 1 BGB. Die Anordnung eines Vermächnisses begründet ausweislich des Wortlauts des § 2174 BGB lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des vermachten Gegenstandes (vgl. § 241 Abs. 1 BGB). Das deutsche Recht kennt lediglich das schuldrechtlich wirkende Damnations-

legat, ein dinglich wirkendes Vermächtnis ist ihm fremd (Vindikationslegat).²¹ Mangels Eigentums des S am Oldtimer scheidet eine Eigentumsverletzung aus.

In Betracht kommt die Verletzung eines sonstigen Rechts i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB. Möglicherweise stellt das Forderungsrecht des S aus § 2174 BGB ein sonstiges Recht dar, das der D durch den Unfall und dem daraus resultierenden Ausschluss der Forderung des S wegen § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB verletzt hat. Aus der Nennung des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB unmittelbar im Anschluss an das Eigentum folgt, dass sonstige Rechte nur solche sind, die mit dem Eigentum vergleichbar sind. Sie müssen also absolut wirken und eine Nutzungs- und Ausschlussfunktion erfüllen, vgl. § 903 S. 1 BGB.²² Schuldrechtliche Forderungen bewirken noch keine dingliche Verfestigung mit Hinblick auf die Sache, sondern führen lediglich relativ zu einem Anspruch gegen den Schuldner und unterfallen damit mangels Eigentumsähnlichkeit nicht dem Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB.²³

S hat gegen D keinen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

II. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation

S könnte gegen D einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation haben.

1. Dogmatische Herleitung der Grundsätze der Drittschadensliquidation

Grundsätzlich kann der Verletzte nur seinen eigenen Schaden, nicht jedoch den eines Dritten geltend machen (Dogma vom Gläubigerinteresse).²⁴ Die den §§ 249 ff. BGB zugrundeliegende Wertung, dass der nur mittelbar Geschädigte keinen eigenen Schadensersatzanspruch hat, kann zu einer ungerechtfertigten Entlastung des Schädigers führen.²⁵ Das Dogma vom Gläubigerinteresse gilt nicht absolut.²⁶ Trägt der Dritte im Innenverhältnis zum Inhaber des verletzten Rechts die Gefahr, so ist er selbst als nur mittelbar Geschädigter nicht anspruchsberechtigt, während der Inhaber des verletzten Rechts mangels eigenen Schadens keinen Schadensersatzanspruch hat.²⁷ Für den Schädiger darf diese für ihn regelmäßig nicht erkennbare Verlagerung des Schadens auf den mittelbar Geschädigten nicht dazu führen, dass er von seiner Ersatzpflicht frei wird. Das folgt aus dem Zweck der Gefahrtragungsregelung. Denn diese soll nur das Verhältnis zwischen dem Inhaber der Rechtsposition und dem Dritten regeln, nicht hingegen den Schädiger entlasten. Die Interessenlage ist deshalb mit der Vorteilsausgleichung bei Leistungen Dritter an den Geschädigten vergleichbar.²⁸ Eine Drittschadensliquidation kommt deshalb immer dann in Betracht, wenn eine Aufspaltung zwischen einer Rechtsposition und dem mit ihr typischerweise verbundenen wirtschaftlichen Interesse besteht, sodass der Schaden nicht beim verletzten Rechtsinhaber, sondern beim Dritten eintritt.²⁹ Die Gewährung von

²¹ Vgl. Otte, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 2174 Rn. 1.

²² Kern, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 823 Rn. 12.

²³ Kern, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 823 Rn. 17.

²⁴ Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 19; Lorenz, JuS 2022, 13.

²⁵ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 289.

²⁶ Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 330.

²⁷ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 289 (auch zum Folgenden).

²⁸ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 289.

²⁹ Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 330.

Schadensersatz infolge der Verletzung eines anderen als den Anspruchsinhaber ist dem BGB überdies nicht fremd, vgl. §§ 844, 845 BGB.³⁰

Ohne Anwendung der Drittschadensliquidation würde die Anordnung eines Vermächtnisses und das dadurch entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und S aus § 2174 BGB wie ein faktischer Haftungsausschluss zugunsten des Schädigers D wirken.³¹ Das widerspricht der Relativität der Schuldverhältnisse. Die Anwendung der Drittschadensliquidation ist daher zur Wiederherstellung der Relativität des gesetzlichen Schuldverhältnisses in Form des Vermächtnisses nach § 2174 BGB erforderlich.

Hinweis: Dies unterscheidet die Drittschadensliquidation dogmatisch vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.³² Während die Drittschadensliquidation die Relativität des Schuldverhältnisses wiederherstellt, indem dieses nicht wie ein faktischer Haftungsausschluss zugunsten des Schädigers wirken soll, durchbricht der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Relativität der Schuldverhältnisse. Die Drittschadensliquidation erweitert nicht das Haftungsrisiko des Schädigers, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hingegen schon.³³

2. Verletzter hat Anspruch, aber keinen Schaden

Die aus F, A und B bestehende Erbengemeinschaft hat gegen D dem Grunde nach Ansprüche auf Schadensersatz, aber keinen Schaden (siehe oben).³⁴

3. Dritter hat Schaden, aber keinen Anspruch

S hat einen Schaden i.H.v. 35.000 €, aber weder gegen die Erbengemeinschaft noch gegen D einen Anspruch (siehe oben).³⁵

4. Zufällige Schadensverlagerung

Die Schadensverlagerung müsste aus der Sicht des Schädigers D zufällig sein. Die Zufälligkeit der Schadensverlagerung könnte sich aus einer obligatorischen Gefahrentlastung ergeben.³⁶ Als obligatorische Gefahrentlastungsregelung kommt § 2174 BGB in Betracht. Die Norm hat zur Folge, dass S das wirtschaftliche Risiko des Untergangs des Vermächtnisgegenstands trägt. Mangels Vertretensmüssens der Erbengemeinschaft trifft sie das wirtschaftliche Risiko des Untergangs des Oldtimers nicht.³⁷ Damit kommen die bei der obligatorischen Gefahrentlastung maßgeblichen Wertungen auch

³⁰ Siehe hierzu *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 330.

³¹ *Weiss*, JuS 2015, 8 (10).

³² Zur Abgrenzung *Hübner/Sagan*, JA 2013, 741; *Weiss*, JuS 2015, 8 (10); zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter *Lorenz*, JuS 2021, 817.

³³ *Lorenz*, JuS 2022, 13 (14).

³⁴ Zu dieser Voraussetzung *Flume*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 249 Rn. 367.

³⁵ Zu dieser Voraussetzung *Flume*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 249 Rn. 367.

³⁶ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 356 ff.

³⁷ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 359.

beim Untergang von Vermächtnisgegenständen zum Tragen.³⁸ § 2174 BGB führt somit aus der Sicht des Schädigers D zu einer zufälligen Verlagerung des Schadens von der Erbengemeinschaft auf S.

5. Durchführung der Drittschadensliquidation

Damit liegen die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation vor. In einem ersten Schritt wird der Schaden des S zum Anspruch der Erbengemeinschaft gezogen, sodass sein Schaden den Anspruch ausfüllen kann.³⁹ In einem zweiten Schritt kann S analog § 285 Abs. 1 BGB von der Erbengemeinschaft die Abtretung (§ 398 BGB) ihres um seinen Schaden ausgefüllten Anspruchs gegen D aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen.⁴⁰

6. Ergebnis

Nach der Abtretung des Anspruchs der Erbengemeinschaft an S hat dieser gegen D einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 35.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1, 398 S. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation.

C. Gesamtergebnis

S hat keine unmittelbaren Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft. Ihm steht jedoch nach der Abtretung durch die Erbengemeinschaft ein Schadensersatzanspruch gegen D i.H.v. 35.000 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1, 398 S. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation zu.

³⁸ Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 359; Lorenz, JuS 2022, 13 (14); Müller-Christmann, in: BeckOK BGB, 1.2.2025, § 2174 Rn. 16; Otte, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 2174 Rn. 32.

³⁹ Siehe Lorenz, JuS 2022, 13 (14).

⁴⁰ Vgl. Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 365; Lorenz, JuS 2022, 13 (14).

Zwischenprüfungsklausur: Widerruf einer Baugenehmigung nach Rechtsänderung und Verhältnis von Art. 8 GG zu Art. 2 GG*

*Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Frederike Kathstede, Düsseldorf***

Sachverhalt

Erster Teil (Allgemeines Verwaltungsrecht)

E ist Eigentümerin eines Grundstücks in NRW, das sie mit einem Wohnhaus bebauen möchte. Bei der Realisierung des Bauvorhabens möchte sie auf ältere Planungen zurückgreifen. Sie beantragt im Oktober 2024 eine Baugenehmigung, wohl wissend, dass die Genehmigung eines solchen Gebäudes aufgrund der von ihr geplanten Heizungsanlage bald nicht mehr erteilt werden könnte. Der Gesetzgeber ist nämlich dabei, die Anforderungen an neue Gebäude aus Gründen des Klimaschutzes zu verschärfen. Da entsprechende Gesetzesbestimmungen noch im Bundestag diskutiert werden, genehmigt die zuständige Baubehörde den Bau im November 2024 so wie beantragt.

Auf der Grundlage dieser Genehmigung setzt E alle Hebel in Bewegung, um den Bau so schnell wie möglich zu errichten. Sie schließt dazu mit dem Bauunternehmer U noch im November 2024 einen Vertrag ab, der eine Klausel enthält, nach der E eine Anzahlung i.H.v. 20.000 Euro leisten muss, die sie nicht zurückerhält, falls der Bau doch nicht realisiert werden kann. Nachdem E im Dezember 2024 ihre Anzahlung geleistet hat, beeilt sich U, die entsprechenden Gewerke in Auftrag zu geben, was ihm auch innerhalb weniger Wochen gelingt. Bereits Ende Januar soll mit den Bauarbeiten begonnen werden.

Zum ersten Januar 2025 treten nunmehr die Gesetze in Kraft, nach denen das Vorhaben so nicht mehr genehmigungsfähig ist. Daraufhin erhält E wenige Tage später ein Schreiben der Baubehörde, welches den Widerruf ihrer Baugenehmigung ankündigt und in welchem der E Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. E macht davon Gebrauch und schreibt, die Baubehörde habe kein Recht, ihre Baugenehmigung zu widerrufen. Zwar habe sie, die E, mit dem Bau noch nicht begonnen. Sie habe aber auf den Bestand der Genehmigung vertraut und sich zudem bereits rechtlich gebunden, sodass ihr nun ein Vermögensschaden drohe, wenn sie den Bau nicht realisieren könne. Es gebe zudem nur wenige Fälle wie ihren, in denen noch eine alte Heizungsanlage eingebaut würde. Dadurch allein sei das Klima noch nicht bedroht.

Nach Würdigung der Stellungnahme der E widerruft die Baubehörde dennoch die Baugenehmigung der E; das Widerrufsschreiben wird E am 7.2.2025 zugestellt. Zur Begründung führt die Behörde zutreffend an, dass das Bauvorhaben der E aufgrund ihrer geplanten Heizungsanlage nach der nun geltenden Rechtslage nicht mehr genehmigungsfähig sei. Der Klimaschutz sei schließlich auch ein Rechtsgut von Verfassungsrang. Auf die Ausführungen der E entgegnet die Behörde, dass die Ände-

* Die Klausur hat einen einfachen bis mittleren Schwierigkeitsgrad und ist auf eine Bearbeitungszeit von drei Stunden angesetzt. Die Durchfallquote im Wintersemester 2024/2025 lag bei ca. 26 %.

** Prof. Dr. Lothar Michael ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Fall wurde im Wintersemester 2024/2025 als Zwischenprüfungsklausur gestellt. Frederike Kathstede ist Wiss. Mitarbeiterin bei genannter Professur.

rung der Rechtslage für E absehbar gewesen sei. Dass sie bereits eine Anzahlung geleistet habe, sei ihr eigenes Risiko gewesen. Es bleibe ihr überlassen, eine neue Genehmigung zu beantragen, um den Bau mit einer moderneren Heizungstechnik zu realisieren.

Erste Aufgabe (40 %)

Ist der Widerruf der Genehmigung rechtmäßig?

Bearbeitungsvermerk

Unterstellen Sie, dass die Baugenehmigung zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmäßig war und dass keine spezialgesetzlichen Vorschriften für die Aufhebung der Baugenehmigung bestehen. Baurechtliche Vorschriften sind nicht zu prüfen. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Abwandlung (Allgemeines Verwaltungsrecht)

Die Baubehörde erteilt die Baugenehmigung im November 2024 unter einem Widerrufsvorbehalt. Dieser wird damit begründet, dass mit einer das Baurecht verschärfenden Gesetzesänderung zu rechnen sei und in diesem Falle die Baugenehmigung widerrufen werden solle, soweit der Bau den zukünftigen Vorschriften nicht entspreche. Von dem Widerrufsvorbehalt werde die Behörde allerdings nur Gebrauch machen, wenn der Bau zu diesem Zeitpunkt noch nicht realisiert worden sei.

Als die Behörde nun Anfang Januar 2025 mit Verweis auf die Gesetzesänderung den Widerruf der Baugenehmigung ankündigt, nimmt E wie folgt Stellung: Der Widerrufsvorbehalt in ihrer Baugenehmigung sei gar nicht zulässig gewesen. Die Baugenehmigung sei – was zutrifft – ein „gebundener Verwaltungsakt“, auf den sie einen Anspruch gehabt habe. Das Gesetz sehe – was ebenfalls zutrifft – keine Möglichkeit des Widerrufsvorbehalts für diese Fälle vor. Schließlich dürfe die Behörde den Widerruf nicht nur auf den Widerrufsvorbehalt stützen, weil sonst die Aufhebungsvoraussetzung des „öffentlichen Interesses“ unterlaufen würde. Ein solches sei in ihrem Fall nämlich nicht ersichtlich.

Nach Würdigung der Stellungnahme der E widerruft die Baubehörde dennoch die Baugenehmigung der E; das Widerrufsschreiben wird E am 7.2.2025 zugestellt. Die Behörde stützt sich dabei ausschließlich auf den in der Baugenehmigung enthaltenen Widerrufsvorbehalt. Auf die Ausführungen der E entgegnet die Behörde, dass E den Widerrufsvorbehalt hätte anfechten müssen, wenn sie mit ihm nicht einverstanden gewesen sei. Wer einen Widerrufsvorbehalt nicht anfechte, müsse diesen eben gegen sich gelten lassen.

Zweite Aufgabe (20 %)

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG NRW im abgewandelten Fall erfüllt?

Bearbeitungsvermerk

Es ist keine vollständige Rechtmäßigkeitsprüfung anzufertigen. Unterstellen Sie, dass die Baugenehmigung zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmäßig war und dass der Vorbehalt nicht nichtig ist. Baurechtliche Vorschriften sind nicht zu prüfen. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Zweiter Teil (Grundrechte)

Nach den Kommunalwahlen in Nordrhein-Westfalen konnte die vom Landesverfassungsschutz als rechtsextrem eingestufte E-Partei im Landkreis G den größten Anteil an Plätzen im Kreistag erreichen und stellt auch den Landrat im Kreis. Zwei in G lebende Musiker, der deutsche Staatsangehörige D und der indische Staatsangehörige I, wollen gegen diese Entwicklung ein Zeichen setzen. Sie wollen ein Konzert organisieren, bei dem sie und weitere befreundete Musiker gemeinsam auftreten und ein vielfältiges, multikulturelles Lied-Repertoire zum Besten geben. Viele der Stücke sind fröhlich und sollen laut D und I ausdrücklich zum Tanzen und Mitsingen einladen. Das Konzert soll auf dem lokalen Sportplatz stattfinden, der von einem Zaun umgeben, aber nicht überdacht ist. Der Eintritt ist frei. Es soll aber, um einen geordneten Verlauf gewährleisten zu können, eine Einlasskontrolle stattfinden. Das Konzert soll in ein großes Finale münden, bei dem alle gemeinsam ein Protestlied gegen Rechtsextremismus singen und der Aktivist A zuvor eine kurze Rede gegen Rechtsextremismus hält.

D und I rechnen mit einigen hundert Teilnehmenden und melden ihre geplante Veranstaltung als Versammlung bei der zuständigen Behörde des Landkreises G an. Der Behördenleiter ist allerdings der Ansicht, dass es sich bei der geplanten Veranstaltung nicht um eine Versammlung handle. Die Veranstaltung als solche habe lediglich Unterhaltungscharakter. Daher stünde sie nicht unter dem Schutz des Art. 8 GG. Ob der Sportplatz für eine solche Nutzung freigegeben werde, müsse deshalb erst geprüft werden. Dazu müssten D und I auch ein Konzept vorlegen, wie das Gelände auf ihre Kosten nach der Veranstaltung von etwaigem Müll gereinigt werde.

Erste Aufgabe (20 %)

Auf welches Grundrecht bzw. welche Grundrechte können sich D und I für das geplante Konzert berufen?

Bearbeitungsvermerk

Es ist ausschließlich die Eröffnung des Schutzbereichs der in Betracht kommenden Grundrechte zu prüfen. Meinungsfreiheit und Kunstfreiheit sind nicht zu prüfen.

Zweite Aufgabe (20 %)

Unterstellen Sie, dass sich D und I in Aufgabe 1 auf verschiedene Grundrechte berufen können. Erläutern Sie, welche Konsequenzen dies haben kann. Nehmen Sie dabei zu folgender These Stellung:

„Die Unterscheidung von Schutzbereichen ist eine rein akademische Frage ohne praktische Konsequenzen, weil am Ende jeder Grundrechtsprüfung die Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist.“

Bearbeitungsvermerk

Aufgabe 2 soll abstrakt beantwortet werden, wobei etwaige Unterschiede exemplarisch an den hier in Betracht kommenden Grundrechten gezeigt werden sollen. Eine vollständige Grundrechtsprüfung des oben geschilderten Falls ist auch hier nicht gefragt.

Lösungsvorschlag

Erster Teil (Allgemeines Verwaltungsrecht)	904
Erste Aufgabe (40 %): Ist der Widerruf der Genehmigung rechtmäßig?	904
I. Ermächtigungsgrundlage	904
II. Formelle Rechtmäßigkeit	905
1. Zuständigkeit	905
2. Verfahren	905
3. Form	905
4. Zwischenergebnis	906
III. Materielle Rechtmäßigkeit	906
1. Tatbestand von § 49 VwVfG NRW	906
a) Rechtmäßiger Grund-Verwaltungsakt	906
b) Widerrufsvoraussetzungen	906
aa) Widerrufsgrund	906
(1) Widerruf nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4: Änderung einer Rechtsvorschrift	907
(2) Zwischenergebnis	908
bb) Widerrufsfrist	909
cc) Zwischenergebnis	909
c) Zwischenergebnis	909
2. Rechtsfolge	909
a) Legitimer Zweck	910
b) Geeignetheit	910
c) Erforderlichkeit	910
d) Angemessenheit	910
e) Zwischenergebnis	911
3. Zwischenergebnis	911
IV. Gesamtergebnis	911
Zweite Aufgabe (20 %): Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG NRW im abgewandelten Fall erfüllt?	911
I. Rechtswidrigkeit des Vorbehalts	911
II. Rechtswidriger Vorbehalt als Widerrufsgrund	912
III. Unterlaufen der „Gefährdung des öffentlichen Interesses“ durch Nr. 1?	913
IV. Ergebnis	914
Zweiter Teil (Grundrechte)	914

Erste Aufgabe (20 %): Auf welches Grundrecht bzw. auf welche Grundrechte können sich D und I für das geplante Konzert berufen?	914
A. Grundrechte des D	914
I. Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG.....	914
1. Sachlicher Schutzbereich.....	914
2. Persönlicher Schutzbereich	915
II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG.....	915
III. Zwischenergebnis	915
B. Grundrechte des I.....	916
I. Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG.....	916
1. Sachlicher Schutzbereich.....	916
2. Persönlicher Schutzbereich	916
II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG.....	916
1. Sachlicher Schutzbereich.....	916
2. Persönlicher Schutzbereich	916
III. Zwischenergebnis	916
C. Gesamtergebnis.....	916
Zweite Aufgabe (20 %): Stellungnahme zu Unterschieden von Schutzbereichen	917

Vorbemerkung: Der erste Teil prüft die Anwendung des § 49 VwVfG NRW. §§ 48 ff. VwVfG sind „Klassiker“ in Anfängerklausuren, weil in diesen Normen Grundbegriffe des allgemeinen Verwaltungsrechts relevant werden. Außerdem werfen die Details dieser Vorschriften viele dogmatische Fragen auf. Von den Prüflingen wird keineswegs erwartet, all diese Probleme bzw. deren Lösungsansätze der Rechtsprechung und Literatur zu kennen. Es geht hier also nicht um auswendig gelerntes Wissen, sondern um Fertigkeiten, ausgehend vom Wortlaut der Normen deren Sinn und Zweck zu erschließen. Der zweite Teil handelt von Standardproblemen der Grundrechtsdogmatik.

Erster Teil (Allgemeines Verwaltungsrecht)

Erste Aufgabe (40 %): Ist der Widerruf der Genehmigung rechtmäßig?

Der Widerruf ist rechtmäßig, wenn er auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht sowie formell und materiell rechtmäßig ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bedarf jedes belastende Handeln des Staates einer Ermächtigungsgrundlage. Der Widerruf der Baugenehmigung entzieht E das Recht, auf ihrem Grundstück zu bauen, und ist somit belastend.

Damit ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften kommt § 49 VwVfG NRW als taugliche Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste auch formell rechtmäßig sein. Er ist formell rechtmäßig, wenn die zuständige Behörde die einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften beachtet hat.

1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt wird die Baugenehmigung von der zuständigen Baubehörde erteilt. Somit ist dieselbe Behörde auch für die Aufhebung der Baugenehmigung zuständig.¹ Die Baugenehmigung wurde vorliegend von der Behörde widerrufen, welche die Genehmigung ursprünglich erteilt hatte. Somit handelte die zuständige Behörde.

2. Verfahren

Es müssten die einschlägigen Verfahrensvorschriften beachtet worden sein. Insbesondere muss nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Es müsste sich dafür also bei dem Widerruf zunächst um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW handeln. Ein Verwaltungsakt ist danach jede hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Der Widerruf stellt ein einseitiges, autoritatives Handeln und somit eine hoheitliche Maßnahme dar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt diese vor, wenn die streitentscheidende Norm einen Hoheitsträger in seiner Funktion als solchen ausschließlich berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie). § 49 VwVfG NRW ist die streitentscheidende Norm. Sie berechtigt die zuständige Behörde in ihrer Funktion als Hoheitsträger zum Widerruf. Damit handelt es sich um eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Der Widerruf wurde von der zuständigen Baubehörde und somit einer Behörde i.S.d. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW erteilt. Durch den Widerruf wird E das Recht entzogen, ihr Grundstück zu bebauen. Der Widerruf ist somit auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge in einem konkret-individuellen Fall gerichtet und hat damit Regelungswirkung im Einzelfall. Schließlich wird durch den Widerruf die E als außerhalb der Verwaltung stehende Person betroffen und dies war auch bezweckt, sodass tatsächliche und intendierte Außenwirkung vorliegt. Beim Widerruf handelt es sich damit um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW. Dieser war auch belastend (siehe oben). Damit war eine Anhörung erforderlich. Laut Sachverhalt wurde E vor Erlass des Widerrufs Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Verfahrensmängel sind somit nicht ersichtlich.

3. Form

Schließlich müsste auch die Form gewahrt worden sein. Nach § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW gilt bei Verwaltungsakten der Grundsatz der Formfreiheit. Der Widerruf wurde schriftlich erlassen. Nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW muss ein schriftlicher Verwaltungsakt begründet werden. Dies ist laut Sachverhalt ausdrücklich geschehen. Die Form wurde gewahrt.

¹ BVerwGE 110, 226.

4. Zwischenergebnis

Der Widerruf ist formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste auch materiell rechtmäßig sein. Er ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und die Behörde eine von der Rechtsfolge gedeckte Maßnahme getroffen hat.

1. Tatbestand von § 49 VwVfG NRW

Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 VwVfG NRW müssten erfüllt sein.

a) Rechtmäßiger Grund-Verwaltungsakt

Die Baugenehmigung begründet für E das Recht, ihr Grundstück mit einem Wohnhaus bebauen zu dürfen. Die Baugenehmigung wurde von der Baubehörde einseitig erteilt und liegt auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Es handelt sich somit bei der Baugenehmigung um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG NRW. Für die Anwendbarkeit des § 49 VwVfG NRW (und die Abgrenzung von § 48 VwVfG NRW) muss dieser rechtmäßig sein. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt des Erlasses des aufzuhebenden Verwaltungsaktes an, was sich daraus ergibt, dass etwaige nachträglich eintretende Tatsachen bzw. Rechtsänderungen in § 49 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 VwVfG NRW geregelt sind.² Laut Bearbeitungsvermerk war die Baugenehmigung zum Zeitpunkt ihres Erlasses auch rechtmäßig.

b) Widerrufsvoraussetzungen

Die Baugenehmigung begründet für E das Recht, ihr Grundstück mit einem Wohnhaus bebauen zu dürfen, und stellt somit einen begünstigenden Verwaltungsakt dar. Ein Widerruf nach § 49 Abs. 1 VwVfG NRW scheidet somit aus. Eine Baugenehmigung gewährt auch keine einmalige oder laufende Geld- oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks und ist auch hierfür nicht Voraussetzung; ein Widerruf nach § 49 Abs. 3 VwVfG NRW scheidet somit ebenfalls aus. Der Widerruf richtet sich daher nach § 49 Abs. 2 VwVfG NRW.³

aa) Widerrufsgrund

Es müsste ein Widerrufsgrund vorliegen.

² Durch den Eintritt der neuen Rechtslage wird die Baugenehmigung auch nicht nachträglich rechtswidrig, siehe nur *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *Verwaltungsrecht*, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 48 Rn. 93.

³ Mit der Baugenehmigung erhält der Bauherr nur die Erlaubnis zum Bauen, nicht aber das Haus selbst. Daher ist die Baugenehmigung – wie sonstige Genehmigungen auch – keine teilbare Sachleistung. Sie ist auch nicht etwa „hierfür Voraussetzung“: Zwar darf der Bauherr nur mit Baugenehmigung sein Haus errichten, die Baugenehmigung begründet jedoch gerade keinen Anspruch des Bauherrn auf ein Haus. Die Baugenehmigung ist kein Leistungsbescheid. Vgl. *Müller*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand: 1.7.2025, § 48 Rn. 54; *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *Verwaltungsrecht*, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 48 Rn. 129.

(1) Widerruf nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4: Änderung einer Rechtsvorschrift

In Betracht kommt der Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW. Danach darf die Behörde einen Verwaltungsakt dann widerrufen, wenn sie auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht mehr zu erlassen, allerdings nur, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat. Zudem müsste ohne den Widerruf auch das öffentliche Interesse gefährdet sein.

Am 1.1.2025 sind neue Gesetze in Kraft getreten, nach denen das Bauvorhaben der E nicht mehr genehmigungsfähig wäre. Damit wäre die Behörde aufgrund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt, den Verwaltungsakt nicht mehr zu erlassen.⁴

E dürfte von ihrer Baugenehmigung i.S.d. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW „noch keinen Gebrauch gemacht“ haben.⁵ Fraglich ist, ob E nicht bereits dadurch von ihrer Genehmigung Gebrauch gemacht haben könnte, dass sie mit U im November 2024 einen Vertrag abschloss oder jedenfalls dadurch, dass sie im Dezember an ihn eine Anzahlung leistete. Dafür spricht, dass die Regelungen der §§ 48 f. VwVfG NRW den Sinn haben, die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten zugunsten des Vertrauensschutzes zu begrenzen – insbesondere, wenn die Adressaten eines Verwaltungsaktes im Vertrauen auf dessen Bestand vermögenswirksame Entscheidungen getroffen haben. Jedoch begründet die Baugenehmigung nur das Recht der E, zu bauen. Entscheidend für das „Gebrauchmachen“ ist daher das „ins Werk setzen“ im Sinne eines Vorhabens, mit dessen Durchführung begonnen worden ist.⁶ Abzustellen ist also auf den tatsächlichen Baubeginn. Die Entscheidung der E, den Vertrag mit U abzuschließen und bereits 20.000 Euro vor Baubeginn zu investieren, stellt somit noch kein „Gebrauchmachen“ von der Baugenehmigung dar, mit der Folge, dass ein Widerruf schon tatbestandlich ausgeschlossen wäre. Solche Investitionen und etwaige Vorbereitungshandlungen können vielmehr später beim Ermessen berücksichtigt werden⁷ und können schließlich auch im Rahmen der Entschädigungspflicht nach § 49 Abs. 6 VwVfG NRW ausgeglichen werden. E hat noch nicht mit dem Bau begonnen. Sie hat demnach von ihrer Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht.

Hinweis: Die andere Ansicht ist hier gut vertretbar.⁸

Schließlich müsste ohne den Widerruf i.S.d. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW „das öffentliche Interesse gefährdet“ sein. Für eine Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne Widerruf spricht zunächst, dass die Anforderungen an die Heizungsanlagen aus Gründen des Klimaschutzes ver-

⁴ Der Erlass neuer Gesetze ist selbstverständlich auch eine Änderung von Rechtsvorschriften, siehe nur *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 123.

⁵ Die Bauarbeiten, welche E erst im Januar erhalten soll, begründen nicht die Annahme, dass E aufgrund der Genehmigung noch keine Leistungen empfangen habe und daher jedenfalls die zweite Alternative des „fehlenden Leistungsempfangs“ vorläge. Die Bauarbeiten erhält E nämlich nicht aufgrund der Baugenehmigung, sondern aufgrund des Vertrages mit U. Die Baugenehmigung stellt also keinen Rechtsgrund für etwaige spätere Leistungen dar. Daher kommt die zweite Alternative hier gar nicht erst in Betracht.

⁶ Wohl herrschende Meinung, siehe etwa BVerwG NVwZ 1992, 565 (566); *Abel*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand: 1.7.2025, § 49 Rn. 61; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 76.

⁷ Vgl. *Abel*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand: 1.7.2025, § 49 Rn. 61; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 77.

⁸ Diese Ansicht vertretend *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 128: „Auch Vorbereitungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Vergünstigung können ein ‚Gebrauchmachen‘ darstellen; dadurch wird das Vertrauen in den Bestand des rechtmäßigen Verwaltungsakts betätigt, was nach der ratio legis zur Widerrufssperre führt.“

schärft wurden. Der Klimaschutz ist als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG genannt und damit sogar von Verfassungsrang.⁹ Ohne den Widerruf würde E eine klimaschädliche Heizungsanlage errichten und in Betrieb nehmen. Dies würde dem Klimaschutz zuwiderlaufen. Zudem zeigt der systematische Vergleich zu § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 VwVfG NRW, welcher „schwere Nachteile für das Gemeinwohl“ fordert, dass e contrario bei Nr. 4 solche nicht erforderlich sind, also hier auch kein allzu hoher Maßstab angelegt werden muss. Gegen das Vorliegen einer solchen Gefährdung ohne den Widerruf spricht aber das Telos von § 49 VwVfG NRW: Die Vorschrift regelt die Aufhebung von bereits bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakten und stellt damit eine Ausnahmeregelung dar. Anders als die Rücknahme von ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsakten nach § 48 VwVfG NRW dient ein solcher Widerruf auch nicht der Selbstkorrektur von Fehlern der Verwaltung durch Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes. Die rechtsgebundene Verwaltung hat bei der Erteilung der Genehmigung fehlerfrei gehandelt und dass der Gesetzgeber das Recht mit Wirkung für die Zukunft jederzeit ändern kann, entspricht dem Demokratieprinzip. Etwaige Rückwirkungen von Gesetzesänderungen sind durch den Vertrauensschutz zu begrenzen. Die Widerrufsgründe müssen dementsprechend restriktiv interpretiert werden. Dies ergibt sich auch bereits aus dem Wortlaut der Norm. Danach muss das öffentliche Interesse „gefährdet“ sein. Erforderlich ist damit eine konkrete Gefährdung¹⁰ aufgrund des Unterlassens eines Widerrufs. Das Errichten von ein paar wenigen klimaschädlichen Heizungsanlagen vermag keine solche konkrete Gefährdung des Klimas zu begründen. Es reicht zudem nicht jedes öffentliche Interesse aus. Jedes verfassungsmäßige Gesetz, welches als Ermächtigungsgrundlage für rechtsverkürzendes, hoheitliches Handeln dient, muss bereits einem legitimen Zweck dienen, daher muss das hier geforderte öffentliche Interesse etwas Darüberhinausgehendes meinen. Zu fordern ist daher, dass der Widerruf zur Abwehr eines sonst konkret drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter nötig ist.¹¹ Dem wird der pauschale Hinweis auf den Klimaschutz allein nicht gerecht. Eine Gefährdung des öffentlichen Interesses liegt somit im Ergebnis nicht vor.

Hinweis: Die andere Ansicht ist hier vertretbar.

(2) Zwischenergebnis

Andere Widerrufsgründe kommen nicht in Betracht. Somit liegt im Ergebnis kein Widerrufsgrund vor. Der Tatbestand des § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW ist nicht erfüllt. Der Widerruf ist bereits aus diesem Grund materiell rechtswidrig.

Hinweis: Die Prüfung von Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 liegt fern. Aus dem Wortlaut und der Systematik des § 49 Abs. 2 VwVfG NRW ergibt sich insbesondere, dass „Tatsachen“ i.S.v. Nr. 3 nicht Änderungen von Rechtsvorschriften sein können. Ansonsten würde nämlich die besondere Voraussetzung des „fehlenden Gebrauchmachens“ beziehungsweise des „fehlenden Leistungsempfangs“ unterlaufen, die Nr. 4 in diesen Fällen verlangt.¹² Anschließend an die Prüfung von Nr. 4 könnte jedoch noch Nr. 5

⁹ Siehe dazu auch ausführlich BVerfGE 157, 30 (Klimaschutz).

¹⁰ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 131.

¹¹ BVerwG NVwZ 1992, 565 (565f.).

¹² So auch OVG Berlin LKV 2004, 33; VGH Mannheim BeckRS 2018, 19767 Rn. 32; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 721; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49

angeprüft werden, gerade im Hinblick darauf, dass Nr. 5 keine konkrete „Gefährdung“ verlangt, sondern der Widerruf nur geeignet erscheinen muss, die Nachteile zu verhindern bzw. zu mildern.¹³ Die h.M. legt Nr. 5 jedoch eng aus und stellt im Ergebnis noch höhere Anforderungen an den Tatbestand: Allgemeine Gemeinwohlgründe seien nicht ausreichend, erforderlich seien Gründe eines überragenden Notstandes¹⁴. Es müsse eine außergewöhnliche (Katastrophen-)Situation vorliegen.¹⁵ Der Klimaschutz hat zwar überragende Bedeutung – gerade auch mit Blick auf die Verhinderung von Katastrophensituationen. Allerdings ist auch hier ein hinreichend direkter Zusammenhang zwischen dem Widerruf des Verwaltungsaktes und einer solchen Katastrophensituation nicht ersichtlich. Wurde zudem bereits eine Gefährdung des öffentlichen Interesses verneint, liegt es nahe, dann auch keine drohenden schweren Nachteile für das Gemeinwohl anzunehmen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn Nr. 5 überhaupt nicht mehr angesprochen wird.

Hinweis: Gemäß dem Bearbeitungsvermerk ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen hilfsgutachtlich einzugehen. Dementsprechend ist die Prüfung hier nicht beendet, sondern erfolgt im Hilfsgutachten.

bb) Widerrufsfrist

Mit Widerruf vom 7.2.2025 wurde die nach § 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG NRW i.V.m § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG NRW geforderte Jahresfrist ab Kenntnisnahme eingehalten, unabhängig davon, ob man eine Entscheidungs- oder Bearbeitungsfrist annimmt.

cc) Zwischenergebnis

Mangels Widerrufsgrund liegen die Widerrufsvoraussetzungen nicht vor.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand wurde nicht erfüllt.

2. Rechtsfolge

Der Widerruf der Baubehörde müsste von der Rechtsfolge des § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW gedeckt sein. Nach § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW „darf“ die Behörde einen rechtmäßigen Verwaltungsakt widerrufen. Ihr steht also ein Ermessen zu. Dieses darf nur negativ auf Ermessensfehler kontrolliert werden, vgl. § 114 S. 1 VwGO. In Betracht kommt eine Ermessensüberschreitung. Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde bei der Anordnung einer Maßnahme die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht einhält. Die gesetzlichen Grenzen ergeben sich aus der Verfassung und den einfachen Gesetzen. Der Widerruf der Baubehörde könnte gegen den im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Danach darf die von der Behörde getroffene Maßnahme nicht außer Verhältnis zu den mit ihr verfolgten Zwecken stehen (Zweck-Mittel-Relation), muss also einem legitimen Zweck in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise dienen.

Rn. 68; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 113.

¹³ Abel, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2025, § 49 Rn. 65.

¹⁴ Abel, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2025, § 49 Rn. 64; vgl. auch Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 132: „Notstandsrechts des Staates“.

¹⁵ Abel, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2025, § 49 Rn. 66.

a) Legitimer Zweck

Als legitimer Zweck kommt einerseits der Klimaschutz in Betracht, welcher in Art. 20a GG verfassungsrechtlich verankert ist. Andererseits dient der Widerruf dazu, ein Bauvorhaben zu verhindern, welches gegen aktuell geltendes Recht verstoßen würde. Demnach dient der Widerruf neben dem Klimaschutz auch dem Schutz der öffentlichen Sicherheit in Form der Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung beziehungsweise der Herstellung von Gesetzeskonformität in Bezug auf die Errichtung eines Gebäudes, die jedenfalls tatsächlich erst in der Zukunft erfolgen würde, d.h. zu einem Zeitpunkt, zu dem das strengere Gesetz schon gilt.

b) Geeignetheit

Der Widerruf entzieht dem inzwischen gegen geltendes Recht verstoßenden, klimaschädlichen Bauvorhaben die rechtliche Grundlage und verhindert so, dass es errichtet wird. Der Widerruf ist damit für beide Zwecke förderlich und somit geeignet.

c) Erforderlichkeit

Ein gleich geeignetes, milderer Mittel ist nicht ersichtlich.

Hinweis: Vertretbar ist, an dieser Stelle eine Auflage bzw. eine Änderung der Baugenehmigung unter Berücksichtigung der neuen Vorschriften in Betracht zu ziehen. Allerdings spricht dagegen, dass es in die Autonomie der E als Bauherrin fällt, ob und wie sie gegebenenfalls unter Berücksichtigung der geänderten Vorschriften ihr Bauvorhaben anpasst.

d) Angemessenheit

Schließlich müsste der Widerruf auch angemessen sein. Abstrakt betrachtet stehen auf der einen Seite zunächst der Schutz der öffentlichen Sicherheit sowie der Klimaschutz. Beide stellen hohe Rechtsgüter dar, der Klimaschutz ist sogar verfassungsrechtlich in Art. 20a GG verankert. Auf der anderen Seite stehen dagegen das Eigentum der E in Form ihrer Baufreiheit sowie ihr schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand ihrer Baugenehmigung. Auch diese beiden Rechtsgüter sind verfassungsrechtlich in Art. 14 GG und Art. 20 Abs. 3 GG verankert und somit von hohem Stellenwert. Bei einer konkreten Betrachtung müssen jedoch der Grad der Zweckerreichung sowie die Intensität des Eingriffs berücksichtigt werden. Für eine hohe Eingriffsintensität spricht dabei zunächst die Tatsache, dass E sich bereits durch den Vertrag mit U rechtlich gebunden hatte und ihr nun ein Vermögensschaden droht, wenn sie den Bau nicht realisieren kann. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich bei ihrer Anzahlung, gemessen an den Gesamtkosten des Baus und am geschätzten Grundstückswert, nicht um eine erhebliche Investition gehandelt hat. Zwar hatte E auf den Bestand ihrer Genehmigung vertraut. Die Änderung der Rechtslage war jedoch für E absehbar. Sie hatte sich dennoch selbstständig für das Leisten einer Anzahlung vor Baubeginn entschieden. Die Anzahlung fällt demnach in ihre eigene Risikosphäre. Der Hausbau wird der E zudem durch den Widerruf nicht gänzlich unmöglich gemacht, sondern könnte – wenn E eine neue Genehmigung beantragt – in geänderter Form realisiert werden. Schließlich sieht der Gesetzgeber in § 49 Abs. 6 VwVfG NRW einen Entschädigungsanspruch für den Betroffenen vor, wenn dieser auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen schutzwürdig war. Dadurch wird der Entzug der ursprünglich gesicherten Rechtsposition ausgeglichen. Das spricht dagegen, dem Vermögensinteresse der E bereits

im Rahmen des Ermessens den Vorzug zu geben. Vielmehr ist es so, dass die Behörde ihrerseits die Kostenfolge ihrer Entscheidung bedenken müsste, was allerdings im Interesse des Klimaschutzes den Widerruf nicht ausschließt. Im Ergebnis ist damit der Widerruf als angemessen zu bewerten.

Hinweis: Die andere Ansicht ist hier gut vertretbar.

e) Zwischenergebnis

Der Widerruf der Baubehörde war verhältnismäßig. Andere Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Der Widerruf war daher von der Rechtsfolge des § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW gedeckt.

3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW wurde allerdings nicht erfüllt (siehe oben), der Widerruf ist somit materiell rechtswidrig.

IV. Gesamtergebnis

Der Widerruf ist insgesamt rechtswidrig.

Zweite Aufgabe (20 %): Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG NRW im abgewandelten Fall erfüllt?

Nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG NRW darf ein begünstigender, rechtmäßiger Verwaltungsakt widerrufen werden, wenn der Widerruf im Verwaltungsakt vorbehalten war. Ein rechtmäßiger, begünstigender Verwaltungsakt liegt mit der Baugenehmigung der E vor (siehe oben). In dieser wurde der Widerruf für den Fall, dass sich die gesetzlichen Anforderungen an das Bauvorhaben verschärfen und der Bau diesen Anforderungen nicht genügt, auch ausdrücklich vorbehalten.

I. Rechtswidrigkeit des Vorbehalts

Der Widerrufsvorbehalt könnte jedoch unzulässig, sprich rechtswidrig sein. Beim Widerrufsvorbehalt handelt es sich um eine Nebenbestimmung i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NRW. Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen richtet sich nach § 36 Abs. 1 oder Abs. 2 VwVfG NRW, abhängig davon, ob der Betroffene auf den mit der Nebenbestimmung verbundenen Verwaltungsakt einen Anspruch hat oder nicht. Auf die Erteilung der Baugenehmigung hat E einen Anspruch. Die Zulässigkeit des Widerrufsvorbehalts richtet sich daher nach § 36 Abs. 1 VwVfG NRW („Ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, [...]“). Danach darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie entweder durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Das Gesetz sieht laut Sachverhalt keine Möglichkeit des Widerrufsvorbehalts für Fälle wie den vorliegenden vor. Der Widerrufsvorbehalt wird also nicht durch Rechtsvorschrift zugelassen; § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG NRW ist somit nicht erfüllt. Weiter stellt der Widerrufsvorbehalt auch nicht sicher, dass die Baugenehmigung die gesetzlichen Voraussetzungen *zum Zeitpunkt der Erteilung* erfüllt, sondern nur, dass die Baugenehmigung widerrufen werden kann, sollten die zum Erteilungszeitpunkt bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen sich *künftig* ändern. Der Widerrufsvorbehalt

dient somit auch nicht dazu, die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung sicherzustellen. Auch § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW ist somit im Ergebnis nicht erfüllt.¹⁶

Hinweis: Die Bejahung von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG NRW ist vertretbar.¹⁷

Der Widerrufsvorbehalt ist somit rechtswidrig.¹⁸

II. Rechtswidriger Vorbehalt als Widerrufsgrund

Fraglich ist demnach, ob die Behörde einen Widerruf auch auf einen rechtswidrigen, aber laut Bearbeitungsvermerk nicht nichtigen, sondern wirksamen Widerrufsvorbehalt stützen kann. Dagegen spricht zunächst, dass sich die Behörde durch rechtswidriges Handeln nicht weitergehende Eingriffsbefugnisse verschaffen können soll.¹⁹ Die Behörde soll aus ihrem Fehlverhalten keine Vorteile für die Zukunft ziehen dürfen.²⁰ Die Widerrufsgründe des § 49 VwVfG NRW sind zudem restriktiv zu interpretieren (siehe oben). Demnach sind hohe Anforderungen in Bezug auf die Erfordernisse des Rechtsstaatsprinzips zu stellen. Schließlich gebietet der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte prinzipiell nicht.²¹ Dafür, dass ein rechtswidriger Vorbehalt reicht, spricht allerdings, dass im Verwaltungsrecht grundlegend zwischen der Rechtswidrigkeit und der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes (bzw. eines Teils davon) unterschieden wird. Genau wie ein rechtswidriger, wirksamer Verwaltungsakt kann auch ein rechtswidriger, wirksamer Widerrufsvorbehalt Rechtswirkungen hervorbringen.²² Im Februar 2025 war die Anfechtungsfrist nach § 74 VwGO zudem bereits abgelaufen, sodass der Widerrufsvorbehalt als akzessorische Nebenbestimmung mit der Baugenehmigung zusammen bestandskräftig geworden ist.²³ Als Ausdruck der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Rechtssicherheit muss sich der Betroffene, der von den ihm eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten keinen Gebrauch gemacht hat, die Bestandskraft des Verwaltungsaktes und damit auch des Vorbehalts entgegenhalten lassen.²⁴ Dafür stehen Rechtsbehelfe auch

¹⁶ BVerwG BeckRS 2016, 41457 Rn. 13.

¹⁷ VGH Mannheim BeckRS 2014, 48950 dafür, dass ein Widerruf nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG möglich ist; das BVerwG hat sich dem nicht angeschlossen, vgl. BVerwG BeckRS 2016, 41457.

¹⁸ Falsch wäre es, anschließend zu prüfen, ob der Vorbehalt nicht nach § 36 Abs. 2 VwVfG NRW zulässig sein könnte. § 36 Abs. 1 und Abs. 2 VwVfG NRW stehen in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander. Die Formulierung in Abs. 2 „Unbeschadet des Absatzes 1“ meint nicht (!), dass im Übrigen auch Nebenbestimmungen für Verwaltungsakte, auf die ein Anspruch besteht, zulässig sind, sofern der Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen wurde, sondern besagt, dass ungeachtet der Regelung in Abs. 2 der Abs. 1 unberührt, also unbeschadet, fortgilt. Ansonsten würden auch die einschränkenden Voraussetzungen von Abs. 1, wonach Verwaltungsakte, auf die ein Anspruch besteht, nur in den beiden dort genannten Fällen mit Nebenbestimmungen versehen werden können, völlig entleert, wenn solche Verwaltungsakte immer auch unter der bloßen Voraussetzung der pflichtgemäßen Ermessensausübung nach Abs. 2 mit Nebenbestimmungen versehen werden könnten.

¹⁹ Dieses Argument darstellend, aber nicht übernehmend Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 96.

²⁰ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 11 Rn. 62.

²¹ Krausnick, JuS 2010, 778 (780).

²² Sarnighausen, NVwZ 1995, 563 (564).

²³ Dickersbach, GewArch 1993, 177 (184); Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 96.

²⁴ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 96; Sarnighausen möchte dieses Argument aber nicht gelten lassen, vgl. Sarnighausen, NVwZ 1995, 563 (564).

gegen Nebenbestimmungen zur Verfügung. Das spricht dafür, der Wirksamkeit bzw. Bestandskraft von Nebenbestimmungen – unabhängig von der Frage, ob es sich bei diesen um Verwaltungsakte handelt – eine solche Bedeutung zuzumessen. Dem Wortlaut des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG NRW lässt sich zudem nicht entnehmen, dass es sich um einen rechtmäßigen Vorbehalt handeln muss.²⁵ Schließlich kann die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts auch ausreichend im Ermessen berücksichtigt werden.²⁶ Im Ergebnis ist damit auch ein rechtswidriger, aber bestandskräftiger Vorbehalt grundsätzlich als tauglicher Widerrufsgrund zu bewerten.²⁷

Hinweis: Die andere Ansicht ist hier vertretbar.

III. Unterlaufen der „Gefährdung des öffentlichen Interesses“ durch Nr. 1?

Problematisch könnte jedoch sein, dass durch den Widerruf, ausschließlich gestützt auf den Widerrufsvorbehalt nach Nr. 1, die Voraussetzung der „Gefährdung des öffentlichen Interesses“ nach Nr. 4 unterlaufen werden könnte. Nr. 1 verlangt zwar dem Wortlaut nach das Vorliegen einer solchen Gefährdung ohne den Widerruf nicht. Im vorliegenden Fall ist aber durch die Änderung von Rechtsvorschriften auch der Anwendungsbereich von Nr. 4 eröffnet. Deren Voraussetzung der „Gefährdung des öffentlichen Interesses“ würde ins Leere gehen, könnte sich die Behörde genau für diesen Fall den Widerruf einfach vorbehalten und sich bei ihrem Widerruf dann auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 stützen.²⁸ Dieses Argument wiegt vor allem dann schwer, wenn der Widerrufsvorbehalt auch noch rechtswidrig ist (siehe oben) – und zwar genau aus diesem Grund. Der Widerrufsvorbehalt soll es seinem Sinn und Zweck nach zudem der Behörde ermöglichen, das Fehlen einzelner Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung zu überbrücken und den begünstigenden Verwaltungsakt schon vorher zu erteilen. Er soll aber nicht umgekehrt der Behörde einen einfacheren Weg der Rückgängigmachung eröffnen, sollten die bestehenden Genehmigungsvoraussetzungen künftig wegfallen.²⁹ Zudem findet bei einem Widerruf nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG NRW die grundsätzliche Entschädigungspflicht des § 49 Abs. 6 VwVfG NRW keine Anwendung. Könnte die Behörde im Fall einer geänderten Rechtsvorschrift den Verwaltungsakt nach Nr. 1 widerrufen, ohne die besonderen Voraussetzungen von Nr. 4 in diesem Fall beachten zu müssen, so könnte sie also auch die Entschädigungspflicht nach Abs. 6 unterlaufen. Vorliegend ist das öffentliche Interesse ohne den Widerruf nicht gefährdet (siehe oben), die Behörde würde also durch den Widerruf ausschließlich nach Nr. 1 somit in der Tat die

²⁵ Dieses Argument wird auch durch die Historie des § 49 VwVfG untermauert: eine Andeutung in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 7/910, S. 72: „Voraussetzung ist allerdings, daß der Widerrufsvorbehalt zulässig ist“) bezüglich eines Rechtmäßigkeitserfordernisses hat im finalen Normtext keinen Niederschlag gefunden, vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 96.

²⁶ BVerwG NVwZ-RR 1994, 580: „Allerdings wird es im Allgemeinen ermessenswidrig sein, den Widerruf wegen der Nichtbeachtung einer offensichtlich rechtswidrigen inhaltlichen Beschränkung der Gaststättenerlaubnis auszusprechen“. Ebenso Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 26. Aufl. 2025, § 49 Rn. 37a; a.A. Dickersbach, GewArch 1993, 177 (184), nach dem die Rechtswidrigkeit nicht im Ermessen berücksichtigt werden muss.

²⁷ Herrschende Meinung, siehe auch BVerwG NVwZ 1987, 489 Ls. 2; VGH Mannheim VBIBW 1994, 27 (28); OVG NRW NVwZ-RR 2013, 500 (500); Ehlers, GewArch 1999, 305 (314); Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 26. Aufl. 2025, § 49 Rn. 37a; Ruffert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 25 Rn. 7; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 40.

²⁸ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 6. Lfg., Stand: November 2024, § 49 Rn. 99.

²⁹ Abel, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2025, § 49 Rn. 32.

Voraussetzung der „Gefährdung des öffentlichen Interesses“ unterlaufen. Ein Widerruf gestützt auf Nr. 1 scheidet somit aus diesem Grund aus.³⁰

Hinweis: Die andere Ansicht ist hier gut vertretbar.

IV. Ergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG NRW sind nicht erfüllt.

Zweiter Teil (Grundrechte)

Erste Aufgabe (20 %): Auf welches Grundrecht bzw. auf welche Grundrechte können sich D und I für das geplante Konzert berufen?

A. Grundrechte des D

I. Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

In Betracht kommt eine Berufung auf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG.

1. Sachlicher Schutzbereich

Dafür müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Es müsste eine Versammlung vorliegen. Eine Versammlung ist das örtliche Zusammentreffen von mehreren Menschen zum Zwecke der Kommunikation oder des gemeinschaftlichen Erlebens, also zu einem gemeinsamen, d.h. die Teilnehmer verbindenden Zweck.

Es wird mit mehreren hundert Teilnehmern an der Veranstaltung gerechnet, daher kann der Streit darüber, wie viele Teilnehmer³¹ für eine Versammlung erforderlich sind (zwei, drei oder sieben) offengelassen werden. Die Veranstaltung soll auf dem lokalen Sportplatz stattfinden und ist damit auch örtlich. Ein örtliches Zusammentreffen mehrerer Menschen liegt vor. Anhaltspunkte für eine etwaige Unfriedlichkeit oder einen geplanten Waffeneinsatz beim Konzert sind nicht ersichtlich, sodass auch die Schutzbereichsausnahmen von Art. 8 Abs. 1 GG nicht entgegenstehen.

Fraglich ist allerdings, welche Anforderungen an die Qualität des gemeinsamen Zwecks einer Versammlung zu stellen sind. Der Zweck der Veranstaltung besteht hier einerseits im gemeinsamen Singen und Tanzen, andererseits aber auch im Setzen eines Zeichens gegen Rechtsextremismus. Nach einer Ansicht reicht jeder gemeinsame Zweck aus (weiter Versammlungsbegriff), sodass eine Versammlung gegeben ist.³² Nach einer zweiten Ansicht muss der Versammlungszweck dagegen auf

³⁰ Nach dem BVerwG muss das öffentliche Interesse bei Nr. 1 aber ausnahmsweise dann nicht gegeben sein, sofern es sich um einen *rechtmäßig unbeschränkten* Widerrufsvorbehalt handelt; hier greife die Sperrwirkung des Nr. 4 nicht ein, vgl. BVerwG BeckRS 2019, 22528 Rn. 18. Da der Widerruf allerdings vorliegend nicht unbeschränkt vorbehalten wurde („und in diesem Falle die Baugenehmigung widerrufen werden solle, soweit der Bau den zukünftigen Vorschriften nicht entspreche“), ist dieser Ausnahmetatbestand hier nicht einschlägig.

³¹ Es kommt nicht darauf an, wie viele Personen die Veranstaltung organisieren, sondern mit wie vielen Teilnehmern gerechnet werden kann.

³² So etwa *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 8 Rn. 49; *Höfling/Ogorek*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 16; *Kingreen/Poscher*,

eine gemeinsame Meinungsbildung und -äußerung gerichtet sein (erweiterter Versammlungsbegriff).³³ Volksfeste und andere Vergnügungsveranstaltungen, die der bloßen Zurschaustellung eines Lebensgefühls dienen oder die als eine auf Unterhaltung gerichtete „Massenparty“ gedacht sind, reichen danach nicht. Problematisch ist, dass es sich um eine gemischte Veranstaltung handelt, die sowohl Unterhaltungselemente als auch kommunikative Elemente der Meinungsbildung beinhaltet. Bei solchen Veranstaltungen ist der Schwerpunkt entscheidend. Die Veranstaltung muss nach ihrem Gesamtgepräge beurteilt werden.³⁴ Eine Versammlung ist danach nur dann anzunehmen, wenn die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung im Vordergrund steht. Die Stücke auf dem Konzert sollen zwar ausdrücklich zum Tanzen und Mitsingen einladen. Das Konzert erfolgt allerdings aus einem politischen Anlass heraus. Das Lied-Repertoire ist dem angepasst und multikulturell. Das Konzert soll zudem in ein großes Finale münden, bei dem alle gemeinsam ein Protestlied gegen Rechtsextremismus singen und der Aktivist A vorher eine (allerdings nur kurze) Rede gegen Rechtsextremismus hält. Der Einsatz von Musik und Tanz ist damit dem eigentlichen Zweck der Meinungsäußerung „gegen Rechts“ untergeordnet. Der Unterhaltungswert von Musik und Tanz wird gleichsam instrumentalisiert für den primär politischen Zweck. Der Schwerpunkt liegt daher auf der öffentlichen Meinungsäußerung. Auch nach dem erweiterten Versammlungsbegriff handelt es sich um eine Versammlung.

Hinweis: Die andere Ansicht ist hier mit entsprechender Begründung vertretbar.

Nach der letzten und engsten Ansicht schließlich muss der gemeinsame Zweck einer Versammlung darauf gerichtet sein, an der politischen Meinungsbildung teilzunehmen (enger Versammlungsbegriff).³⁵ Das „Setzen eines Zeichens gegen Rechts“ ist auch eine politische Meinungsäußerung. Somit liegt nach allen drei Ansichten eine Versammlung vor.

Der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

2. Persönlicher Schutzbereich

Art. 8 Abs. 1 GG ist ein „Deutschengrundrecht“ („Alle Deutschen“). D ist deutscher Staatsbürger nach Art. 116 Abs. 1 GG und kann sich somit auf Art. 8 Abs. 1 GG berufen.

II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG wird im Wege der Spezialität von der Versammlungsfreiheit verdrängt.

III. Zwischenergebnis

D kann sich auf die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG berufen.

Grundrechte, Staatsrecht II, 40. Aufl. 2024, § 17 Rn. 942 f.; Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 647 ff.; Ullrich, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 226 ff.

³³ Ernst, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 8 Rn. 43; Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 3.

³⁴ BVerfGE 143, 161 (211).

³⁵ BVerfGE 104, 92 (104): „Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG sind demnach örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.“ So auch Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 29 f.

B. Grundrechte des I

I. Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

In Betracht kommt eine Berufung auf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG.

1. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet (siehe oben).

2. Persönlicher Schutzbereich

I ist allerdings kein Deutscher nach Art. 116 Abs. 1 GG. Für EU-Ausländer wird zwar Art. 18 AEUV angewandt, wonach entweder EU-Bürger durch Art. 2 Abs. 1 GG mit angepasstem Schutzniveau (und entsprechender „Schrankenleihe“) oder aber durch Art. 8 Abs. 1 GG analog geschützt werden. I ist jedoch Inder und somit kein EU-Ausländer. I kann sich damit nicht auf Art. 8 Abs. 1 GG berufen.

II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

In Betracht kommt allerdings eine Berufung auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.

1. Sachlicher Schutzbereich

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit umfasst als Auffanggrundrecht die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne, nämlich jede Form menschlichen Verhaltens (Tun, Dulden oder Unterlassen), ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung im Einzelnen zukommt. Die Veranstaltung eines Konzerts ist somit vom sachlichen Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst.

2. Persönlicher Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG stellt ein „Jedermann-Grundrecht“ dar, somit kann I sich darauf berufen.

III. Zwischenergebnis

I kann sich auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berufen.

C. Gesamtergebnis

D kann sich auf Art. 8 Abs. 1 GG berufen, I dagegen „nur“ auf Art. 2 Abs. 1 GG.

Hinweis: Eine Prüfung des Art. 12 GG liegt hier eher fern. Selbst wenn man unterstellt, dass D und I Berufsmusiker sind, d.h. dass ihre Musik grundsätzlich dem Lebensunterhalt dient, wäre zu begründen, warum sich der Schutz des Art. 12 GG auch auf dieses Konzert erstrecken soll. Der Eintritt zum Konzert ist nämlich ausdrücklich kostenlos, sodass die Veranstaltung des Konzerts keine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit darstellt. D und I werden hier also nicht beruflich, sondern nur ehrenamtlich tätig. Mit entsprechender Begründung kann der Schutzbereich des Art. 12 GG aber auch hier bejaht werden (etwa mit dem Argument, dass das Konzert mittelbar der Berufsausübung von D und I dienen soll, etwa durch Imagepflege, Vergrößerung der Fangemeinschaft, Knüpfen wertvoller Kontakte in

der Musikbranche etc.). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass ein Eingriff in die Berufsfreiheit (nach dem nicht gefragt war) spätestens an dem Erfordernis einer berufsregelnden Tendenz des Versammlungsverbotes scheitern würde.

Zweite Aufgabe (20 %): Stellungnahme zu Unterschieden von Schutzbereichen

Der letzte Punkt der These enthält eine gewisse Wahrheit, denn tatsächlich wird am Ende jedes Grundrechts (bis auf den Sonderfall der Menschenwürde) eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen sein. Allerdings fällt diese unterschiedlich aus, je nachdem, welches Grundrecht betroffen ist. So stehen die allgemeine Handlungsfreiheit und die Versammlungsfreiheit (bei Versammlungen unter freiem Himmel) unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Sie können also bereits durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden, vgl. Art. 8 Abs. 2 GG. Eine Versammlung unter freiem Himmel ist dabei dann anzunehmen, wenn die Veranstaltung für jedermann zugänglich ist. Maßgeblich ist dabei nicht das Vorhandensein einer Überdachung oder einer seitlichen Begrenzung, sondern das spezifische Gefahrenpotential bei einer Versammlung für die unbeteiligte Öffentlichkeit.³⁶ Der lokale Sportplatz ist zwar nicht überdacht. Er ist allerdings von einem Zaun umgeben und es findet eine Einlasskontrolle statt. Die spezifischen Gefahren, die eine Versammlung unter freiem Himmel prägen und die durch das mögliche Aufeinandertreffen der Versammlungsteilnehmer mit Dritten entstehen, sind hier also nicht zu befürchten. Es handelt sich damit um eine geschlossene Versammlung. Bei geschlossenen Versammlungen wird die Versammlungsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet, kann also nur durch Grundrechte Dritter oder Rechtsgüter von Verfassungsrang beschränkt werden. Die Rechtfertigungsanforderungen an einen grundrechtsbeschränkenden Eingriff sind somit viel höher. Dies hat praktische Konsequenzen für D und I. D kann sich auf die vorbehaltlos gewährleistete Versammlungsfreiheit berufen und ist somit stärker geschützt als I, der sich nur auf die unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehende, als „Auffanggrundrecht“ fungierende allgemeine Handlungsfreiheit berufen kann. Die Rechtsposition des I kann nämlich bereits durch jedes verfassungsmäßige Gesetz eingeschränkt werden, unabhängig davon, ob es auch Grundrechte Dritter oder Rechtsgüter von Verfassungsrang schützt. Auch wenn man die praktische Konkordanz bei der Abwägung zwischen Verfassungsgütern als Ausprägung bzw. als Variante des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit begreift, bleibt ein Unterschied, der sich auf das Ergebnis auswirken kann: Die Versammlungsfreiheit als demokratisch-konstitutives Grundrecht fließt nämlich in die Verhältnismäßigkeitsabwägung mit einem höheren Gewicht als die allgemeine Handlungsfreiheit ein. Welcher Schutzbereich eröffnet ist, hat also praktische Konsequenzen für die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes bzw. für die verfassungsrechtliche Beschränkung von Handlungsspielräumen des Staates.

³⁶ Vgl. BVerfGE 128, 226 (255 f.).

Examensübungsklausur: Oppositionsfinanzen*

*Dr. Frederic Stephan, Halle (Saale)***

Sachverhalt

Nach den Neuwahlen zum Deutschen Bundestag im Februar 2025 kommt es zu langwierigen Verhandlungen zwischen der A-Fraktion und der B-Fraktion über die Regierungsbildung. Beide Fraktionen haben zusammen 45 % der Mandate im Deutschen Bundestag. Der von den Koalitionspartnern vorgeschlagene Bundeskanzler wird nach seiner Wahl gem. Art. 63 Abs. 4 S. 3 Alt. 1 GG durch den Bundespräsidenten ernannt.

In der Folgezeit werden die Gesetzentwürfe der Minderheitsregierung regelmäßig durch die C-Fraktion unterstützt, die über 6 % der Mandate verfügt, sich aber wegen grundlegender Differenzen in der Außen- und Sicherheitspolitik nicht an der Regierung beteiligen wollte, im Übrigen aber die politischen Zielsetzungen der Regierungsfaktionen teilt.

Bei der Aufstellung des Haushaltsplans wird darüber gestritten, ob der C-Fraktion im Rahmen der Zuweisung der Haushaltsmittel für Fraktionen die erhöhten Mittel einer Oppositionsfraktion nach § 58 Abs. 2 Abgeordnetengesetz (AbgG) zugewiesen werden dürfen. Durch diese erhöhten Mittel soll der Vorteil der regierungstragenden Fraktionen ausgeglichen werden, der darin besteht, dass sie die Unterstützung der Ministerialverwaltung in Anspruch nehmen können. Die anderen in der Opposition befindlichen Fraktionen sind der Ansicht, dass die C-Fraktion wegen der ständigen und weitgehenden Unterstützung der Vorhaben der Regierung im Parlament nicht als Teil der Opposition eingeordnet werden könne. Es fehle ihr mit Ausnahme von einem Politikfeld die nötige kritische Distanz zur Regierung, weshalb sie keine Oppositionsarbeit leiste, für die sie besonders unterstützt werden müsse. Um die Beratungen zu einem Abschluss zu bringen, stimmt auch die B-Fraktion dafür, der C-Fraktion nur den Grundbetrag zuzuweisen. Entsprechend wird der Haushalt beschlossen.

Die C-Fraktion ist damit nicht einverstanden. Sie ist der Ansicht, dass die Unterstützung der Vorhaben der Regierung im Parlament nichts daran ändere, dass sie nicht an der Regierung beteiligt ist. Sie habe keinen Zugriff auf die Unterstützung durch die Ministerialverwaltung für ihre parlamentarische Arbeit.

Die C-Fraktion ruft deshalb eine Woche nach Beschlussfassung über den Haushalt durch den Bundestag das Bundesverfassungsgericht an. Mit ihrem Antrag begehrt sie die Feststellung, dass der Bundestag ihre Rechte aus § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sowie aus Art. 20 Abs. 1, 2 GG verletzt hat, indem er ihr die erhöhten Geldleistungen nach § 58 Abs. 2 AbgG verweigert. Sie führt zur Begründung unter anderem aus, dass sie tatsächlich keine Möglichkeit habe, die Unterstützung durch Ministerien in Anspruch zu nehmen, und es nicht darauf ankomme, dass sie in vielen Bereichen politisch mit der Regierung übereinstimme. Außerdem werde sie durch die Entscheidung in der

* Die als mittelschwer einzustufende Klausur wurde als fünfstündige Examensklausur im Rahmen des Examensklausurenkurses an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Wintersemester 2024/25 gestellt. Sie behandelt grundlegende und examensrelevante Fragen des Parlamentsrechts zur Oppositionsfinanzierung im Kontext einer Minderheitsregierung. Bei einer Durchfallquote von 18 % wurde ein Notendurchschnitt von 5,26 Punkten erzielt.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Winfried Kluth an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

effektiven Wahrnehmung ihrer Oppositionsrechte beeinträchtigt. Sie wolle zumindest so behandelt werden wie die übrigen Oppositionsfraktionen.

Fallfrage

Erstellen Sie ein Gutachten zur Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags des C-Fraktion.

Abwandlung

In der D-Fraktion kommt es zu einem Richtungsstreit. Daraufhin treten 10 Abgeordnete aus der Fraktion aus, sodass diese ihren Fraktionsstatus verliert. Die verbliebenen Abgeordneten beantragen beim Präsidium des Bundestages die Anerkennung als Gruppe und die Zuweisung von Gruppenrechten nach § 10 Abs. 4 GO-BT. Der Bundestag beschließt daraufhin die Anerkennung als Gruppe und weist ihr folgende Rechte zu: Die Gruppe erhält das Recht, ordentliche und stellvertretende Mitglieder in die Fachausschüsse zu entsenden sowie ein Mitglied in den Ältestenrat. Ihr wird Redezeit entsprechend ihrer Stärke zugestanden und sie kann pro Jahr bis zu zwei Aktuelle Stunden verlangen. Zudem erhält sie den Grundbetrag nach § 58 Abs. 1 AbgG für ihre parlamentarische Arbeit.

Der Bundestag lehnt jedoch die Zuweisung von Gesetzesantragsrechten (§ 76 GO-BT) und Großen Anfragen (§§ 75 Abs. 1 lit. f, 100 GO-BT) sowie der erhöhten Geldleistungen nach § 58 Abs. 2 AbgG ab. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Gruppe mangels Gesetzesinitiativrecht kein erhöhter Arbeitsaufwand durch die Erarbeitung von Gesetzesvorlagen entstehe und daher der Grundbetrag ausreiche.

Fallfrage

Nehmen Sie eine verfassungsrechtliche Bewertung dieser Entscheidung vor.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	920
I. Zuständigkeit.....	920
II. Parteifähigkeit	921
III. Antragsgegenstand	921
IV. Antragsbefugnis.....	922
1. (Originärer) verfassungsrechtlicher Anspruch auf den Oppositionszuschlag.....	923
a) § 58 Abs. 2 AbgG.....	923
b) Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG	923
c) Anspruch aus der Rechtsstellung als Opposition	925
d) Ergebnis	925
2. Derivatives Teilhaberecht auf gleiche Behandlung bei der Zuteilung von Geldleistungen	926
3. Zwischenergebnis.....	926

V. Übrige Sachentscheidungsvoraussetzungen	926
B. Begründetheit.....	926
I. Ungleichbehandlung.....	926
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.....	927
1. Vereinbarkeit des Oppositionszuschlags mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG	927
a) Ungleichbehandlung der Regierungsfractionen durch Oppositionszuschlag	927
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	928
aa) Zwingende Gründe des Verfassungsrechts	928
bb) Verhältnismäßigkeit.....	928
cc) Zwischenergebnis	929
2. Vorliegen der Voraussetzungen	930
a) Auslegung von § 58 Abs. 2 AbgG.....	930
b) Subsumtion	933
c) Zwischenergebnis.....	933
III. Ergebnis.....	933
C. Gesamtergebnis.....	933
Abwandlung.....	933
I. Schutzbereich	934
II. Beschränkung.....	934
III. Verfassungsrechtlich Beschränkung.....	934
1. Zwingender verfassungsrechtlicher Grund	934
2. Verhältnismäßigkeit	935
3. Ergebnis	936

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Das BVerfG ist gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG für das Organstreitverfahren zuständig.

Hinweis: Zwar wendet sich die C-Fraktion auch mittelbar gegen den Bundestagsbeschluss über den Haushalt. Dennoch beantragt sie hier die *Feststellung* der Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch die Mittelzuweisung. Dafür ist das Organstreitverfahren die statthafte Antragsart. Es geht insbesondere nicht um eine abstrakte Normenkontrolle. Diese wäre im Übrigen auch nicht zulässig, da die C-Fraktion nicht antragsberechtigt ist, eine abstrakte Normenkontrolle einzuleiten (§ 76 Abs. 1 BVerfGG). Die C-Fraktion ist insbesondere *nicht* mit einem Viertel der Mitglieder des Bundestags gleichzusetzen; ihr Antrag darf auch nicht als ein solcher Antrag ausgelegt oder umgedeutet werden.

II. Parteifähigkeit

Nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG müssen die C-Fraktion als Antragstellerin und der Bundestag, gegen den die C-Fraktion ihren Antrag richtet, parteifähig sein.¹ Nach § 63 BVerfGG kann ein Antragsteller nur sein der Bundespräsident, der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung sowie die im Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe. Um Organteil zu sein, muss es sich um eine ständige organisatorische Untergliederung des Organs handeln. Bei Fraktionen handelt es sich um ständige Untergliederungen des Bundestages. Diese sind unter anderem in §§ 10 ff. GO-BT mit eigenen Rechten ausgestattet. Mithin ist die C-Fraktion taugliche Antragstellerin.

Der Bundestag ist gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG ein tauglicher Antragsgegner, mithin ebenfalls parteifähig.

Hinweis: Gleichwertig können auch die Begriffe Antragsberechtigung oder Beteiligtenfähigkeit verwendet werden.

III. Antragsgegenstand

Gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG ist Gegenstand des Organstreitverfahrens jede rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners.

Hinweis: Ob der Antragsgegenstand in einer Maßnahme oder Unterlassung liegt, bestimmt sich nach dem Streitgegenstand. Der Streitgegenstand im Organstreitverfahren wird nicht allein durch das angegriffene Verhalten des Antragsgegners, sondern auch durch die Bestimmungen begrenzt, gegen die diese Maßnahme oder Unterlassung verstoßen haben soll (§ 64 Abs. 2 BVerfGG). An die Begrenzung des Streitstoffs ist das BVerfG gebunden.² Die Gerichte sind danach zwar nicht an die Wortfassung der gestellten Anträge gebunden. Sie müssen aber den eigentlichen Sinn des mit einem Antrag umschriebenen prozessualen Begehrens berücksichtigen und dürfen nicht über einen Streitgegenstand urteilen, der nicht geltend gemacht ist.

Gemäß dem Antrag beruft sich die C-Fraktion auf die Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und wendet sich hierbei gegen die Verweigerung der Geldzuweisung i.S.v. § 58 Abs. 2 AbgG im Rahmen der Beschlussfassung über den Haushaltsplan. In diesem Antrag können zwei verschiedene Ansprüche liegen: Zum einen ein *originärer Leistungsanspruch* auf zusätzliche Finanzierung als Oppositionsfraktion, zum anderen ein *derivatives Leistungs- und Teilhaberecht* auf Gleichbehandlung mit den übrigen Oppositionsfraktionen bei der Gewährung von Leistungen.³

¹ Siehe zur Terminologie etwa *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 64; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 198; *Walter*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2025, § 63 Rn. 1: „kontradiktorische Parteistreitigkeit“.

² BVerfGE 68, 1 (63); BVerfG, Urt. v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 145 = BVerfGE 166, 93; vgl. auch *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Stand: August 2024, § 64 Rn. 9 ff.

³ Die Begriffe originärer Leistungsanspruch und derivatives Leistungs- und Teilhaberecht sind hier der Grundrechtsdogmatik entnommen, vgl. *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 66 Rn. 3. Diese Unterscheidung ist dem Bundesverfassungsgericht aber auch im Staatsorganisationsrecht nicht fremd. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

In Bezug auf den *originären Leistungsanspruch* auf Gewährung eines Oppositionszuschlags liegt somit ein Unterlassen des Bundestags vor. Dieses ist rechtserheblich, weil eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Vornahme der entsprechenden Handlung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nicht von vornherein auszuschließen ist.⁴

Hinweis: Es ist vertretbar, in der Weigerung des Bundestags auch eine Maßnahme zu sehen. Diese würde sich auf den Beschluss des Bundestags zur Feststellung des Haushaltsplans (Art. 110 Abs. 2 GG) stützen.

In Bezug auf den *derivativen Leistungs- und Teilhabeanspruch* liegt eine Maßnahme des Bundestags vor, indem dieser durch Beschluss des Haushaltsplans (Art. 77 Abs. 1, 110 Abs. 2 S. 1 GG) den Oppositionszuschlag ausschließlich den übrigen Oppositionsfraktionen zugewiesen hat.⁵ Eine solche Maßnahme ist rechtserheblich, wenn sie geeignet ist, die Rechtsstellung des Antragstellers zu beeinträchtigen oder sich zumindest zu einem die Rechtsstellung beeinträchtigenden Verhalten verdichten kann.⁶ Bloß vorbereitende oder vollziehende Handlungen genügen hingegen nicht.⁷ Der Bundestagsbeschluss über den Haushaltsplan stellt eine rechtsverbindliche Entscheidung dar, durch die der C-Fraktion der Oppositionszuschlag endgültig verwehrt wird, während er den anderen Oppositionsfraktionen gewährt wird. Diese unmittelbar rechtswirksame Differenzierung ist geeignet, die Rechtsstellung der C-Fraktion zu beeinträchtigen. Die Maßnahme ist somit rechtserheblich.

Folglich liegen zwei taugliche Antragsgegenstände vor.

Hinweis: Vertretbar ist es ebenso, auch hier ein Unterlassen anzunehmen, immerhin *weigert* sich der Bundestag, der C-Fraktion denselben Oppositionszuschlag zu gewähren wie den übrigen Oppositionsfraktionen. Ausreichend für eine ordentliche Bearbeitung des Antragsgegenstandes ist hier nur, dass der Bearbeiter erkennt, dass man den Gegenstand hier je nach Blickwinkel des Anspruchsbegehrens sowohl als Maßnahme als auch als Unterlassung beurteilen kann.

IV. Antragsbefugnis

Die C-Fraktion muss gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. § 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein, also geltend machen können, möglicherweise durch die Maßnahme und/oder das Unterlassen in ihren verfassungsrechtlichen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein.

Parlamentsfraktionen sind notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens.⁸ Sie sind nicht nur berechtigt, im Organstreit die Rechte des gesamten Parlaments im Wege der Prozessstandschaft geltend zu machen. Sie sind darüber hinaus zur Geltendmachung eigener Rechte befugt, wenn diese in der Verfassung verankert sind.⁹

inzwischen ebenfalls „Teilhabeansprüche“ her, vgl. BVerfG, Urt. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 69 und Rn. 98 = NJW 2024, 3355.

⁴ Vgl. zum Maßstab der Rechtserheblichkeit bei Unterlassung *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 78.

⁵ So ähnlich auch für den Fall der Zuweisung von Haushaltsmitteln an parteinahe Stiftungen, vgl. BVerfG, Urt. v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 132 = BVerfGE 166, 93.

⁶ BVerfGE 120, 82 (96); 138, 45 (59 f. Rn. 27).

⁷ BVerfGE 150, 194 (199 f. Rn. 17).

⁸ BVerfGE 10, 4 (14).

⁹ BVerfGE 70, 324 (351).

Hinweis (1): Die folgende Herleitung der Rechte der C-Fraktion aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG kann im Rahmen der Antragsbefugnis sowohl ausführlich als auch eher knapp erfolgen. Wer bei der Antragsbefugnis die Rechte der C-Fraktion umfassend herleitet, kann im Rahmen der Begründetheit (B. I.) entsprechend nach oben verweisen. Wer die Antragsbefugnis knapp formuliert, muss in der Begründetheit näher auf die Rechtsstellung der C-Fraktion eingehen. Allerdings sollten allzu knappe Formulierungen vermieden werden. Beispielsweise sollte man nicht schreiben: „Die C-Fraktion fühlt sich in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verletzt. Daher ist sie antragsbefugt.“ Diese Aussage stellt nur eine Pauschalbehauptung dar und genügt nicht dem Substantiierungserfordernis der Antragsbefugnis.¹⁰ Es sollte zumindest im Rahmen der Antragsbefugnis deutlich werden, woraus sich die Fraktionsrechte herleiten und weshalb eine Verletzung dieser möglich erscheint.

Hinweis (2): Die folgenden Ausführungen gehen deutlich über die zu erwartenden Anforderungen hinaus. Die Lösungsskizze will hier lediglich kenntlich machen, wie man argumentieren kann und welche Verfassungsverhältnisse konstruiert werden können, um die Antragsbefugnis zu begründen. Es entspricht bereits den zu erwartenden Anforderungen, wenn die Bearbeitung erkennen lässt, auf welches Verfassungsrecht sie die Antragsbefugnis stützt und begründet, warum die Verletzung möglich erscheint. Die Bearbeitung sollte aber auf die im Antrag jeweils genannten Verfassungsnormen eingehen (entweder in der Antragsbefugnis oder in der Begründetheit).

Hinweis (3): Im Folgenden sind abweichende Ansichten vertretbar, wenn sie nachvollziehbar begründet werden.

1. (Originärer) verfassungsrechtlicher Anspruch auf den Oppositionszuschlag

a) § 58 Abs. 2 AbgG

Ein vor dem Bundesverfassungsgericht einklagbarer Anspruch auf den Oppositionszuschlag kann von vornherein nicht auf § 58 Abs. 2 AbgG gestützt werden. Diese Norm begründet lediglich einen einfachgesetzlichen Anspruch auf die Zuweisung der Geldmittel. Der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Organstreit betrifft jedoch gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und §§ 64 Abs. 1, 67 S. 1 BVerfGG ausschließlich nur solche Rechte, die sich auf ein entsprechendes Verfassungsgebot des Grundgesetzes zurückführen lassen.¹¹ Allein das in § 58 Abs. 2 AbgG gewährleistete Recht auf den Oppositionszuschlag kann also für sich genommen nicht im Organstreit geltend gemacht werden.

b) Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Ein Anspruch könnte sich aber aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ergeben. Danach sind die Abgeordneten des Bundestags Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Hieraus folgen verschiedene Mandatsrechte, zu denen unter anderem organ-schaftliche Mitwirkungsrechte im Bundestag zählen.¹² Fraktionen sind Zusammenschlüsse von Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Einer Fraktion kommt damit, wie dem einzelnen Abge-

¹⁰ Dazu *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Stand: August 2024, § 64 Rn. 59.

¹¹ Vgl. BVerfGE 142, 25 (53 Rn. 79); BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 40 = BVerfGE 160, 368; vgl. hierzu auch *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Stand: August 2024, § 64 Rn. 61 und Rn. 119.

¹² BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 44 ff. = BVerfGE 160, 368; Einzelheiten bei *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 85 ff.

ordneten, die parlamentarischen Rechte zu, die aus dem freien Mandat des Abgeordneten gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (ggf. i.V.m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) abgeleitet werden.¹³ Aus diesem Grund haben die Fraktionen gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Recht auf eine freie und formal gleiche Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung.¹⁴ Die Fraktionen haben damit das Recht, ihre Parlamentsaufgaben frei wahrzunehmen, insbesondere die parlamentarische Arbeit der Abgeordneten zu unterstützen.¹⁵ Damit sie diese Aufgaben wahrnehmen können, muss sich aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Anspruch auf eine status- und funktionsgerechte Finanzierung der Fraktionen ergeben.¹⁶

Daraus folgt aber zunächst nur, dass Fraktionen generell einen Anspruch auf eine entsprechende Sach- und Finanzausstattung haben. Dieser Anspruch wird vor allem auf einfachgesetzlicher Grundlage durch die Regelungen zur Fraktionsfinanzierung in § 58 Abs. 1 AbgG erfüllt.¹⁷ Fraglich ist hingegen, ob Oppositionsfraktionen aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG einen darüber hinausgehenden spezifischen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine gerade sie privilegierende Finanzierung haben. Ein solcher „Oppositionsbonus“ würde aber die Oppositionsfraktionen gegenüber den Nicht-Oppositionsfraktionen und den fraktionslosen Abgeordneten¹⁸ privilegieren. Eine spezifische Oppositionsfinanzierung stellt daher eine rechtfertigungsbedürftige Durchbrechung der Gleichheit der Abgeordneten und ihrer Fraktionen dar.¹⁹ Schon deshalb kann es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf den Oppositionszuschlag aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geben.

Möglicherweise ergibt sich ein solcher Anspruch aber aus der strukturellen Benachteiligung der Oppositionsfraktionen gegenüber den Regierungsfractionen.²⁰ Die Regierungsfractionen können für ihre politische Arbeit neben den Fraktionsressourcen auch auf die Ressourcen und Fachkompetenz der Ministerialbürokratie zugreifen. Die Oppositionsfraktionen hingegen müssen ihre Alternativvorschläge zur Regierungsarbeit allein bewältigen. Dies kann die Oppositionsfraktionen bei komplexer werdenden politischen Themen schnell an ihre tatsächlichen Leistungsgrenzen bringen.²¹ In diesem Sinne hätte der Oppositionszuschlag die Funktion eines „Nachteilsausgleichs“. Dabei ginge es aber nicht mehr um die Gewährleistung rechtlicher Gleichbehandlung, sondern um den Ausgleich faktischer Nachteile im Sinne einer Gleichstellung. Der in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Grundsatz der Gleichheit der Fraktionen ist jedoch streng formal zu verstehen²² und umfasst gerade nicht den rechtlichen Ausgleich tatsächlicher Nachteile.

Hinweis: Das heißt mit anderen Worten: Aus dem Grundgesetz selbst folgt kein Anspruch auf den Oppositionszuschlag. § 58 Abs. 2 AbgG begründet zwar einen solchen Anspruch auf einfachgesetzlicher Ebene. Diese Norm stellt aber selbst eine Ungleichbehandlung dar und muss deshalb verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein (dazu unter B. II. a)).

¹³ BVerfGE 70, 324 (363); 112, 118 (135); 135, 317 (396 Rn. 153).

¹⁴ BVerfG, Ur. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20, Rn. 28 = BVerfGE 160, 411; BVerfG, Ur. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 95 = NJW 2024, 3355.

¹⁵ Dazu Müller/Drossel, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 197.

¹⁶ Kuhn, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition, 2019, S. 22; Waldhoff, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 58 Rn. 5, 12.

¹⁷ Siehe dazu Waldhoff, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 58 Rn. 10 ff.

¹⁸ Dazu Becker, Zeitschrift für Parlamentsfragen 27 (1996), 189; zur Stellung der fraktionslosen Abgeordneten allgemein BVerfGE 80, 188.

¹⁹ Cancik, Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen, 2000, S. 207.

²⁰ In diese Richtung Cancik, Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen, 2000, S. 199.

²¹ Vgl. Mundil, Die Opposition, 2014, S. 163.

²² BVerfG, Ur. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 95 m.w.N = NJW 2024, 3355.

c) Anspruch aus der Rechtsstellung als Opposition

Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf den Oppositionsbonus könnte sich aber aus der möglichen Stellung der C-Fraktion als „Opposition“ ergeben. Ein solcher Anspruch ist gegeben, wenn ein verfassungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit der Opposition gegenüber der Regierung besteht und daraus ein zusätzlicher Finanzierungsanspruch der Opposition abgeleitet werden kann.

Für einen solchen Anspruch könnte sprechen, dass die Anerkennung der Opposition als Verfassungssubjekt eine unabdingbare demokratische Voraussetzung dafür ist, dass die parlamentarische Minderheit zur parlamentarischen Mehrheit erstarken kann. Nur so ist gewährleistet, dass im demokratischen Verfassungsstaat eine Mehrheit „nur auf Zeit“ besteht und die Opposition ihrer Aufgabe als „Regierung im Wartestand“²³ erfüllen kann.²⁴ Dementsprechend wird vertreten, dass schon aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) die Chancengleichheit der Opposition geschützt sein muss.²⁵ Da die Regierungsfaktionen den Regierungsapparat und die Fachkompetenz der Ministerialbürokratie für ihre politische Arbeit nutzen können, wird hieraus die Notwendigkeit einer zusätzlichen finanziellen und personellen Grundausstattung der Opposition abgeleitet.²⁶

Zwar kennt das Grundgesetz einen verfassungsrechtlichen Schutz der Opposition, der vor allem im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) wurzelt.²⁷ Danach ist die Bildung und Ausübung einer organisierten politischen Opposition konstitutiv für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Allerdings begründet das Grundgesetz weder explizit spezifische Oppositionsrechte, noch lässt sich ein Gebot der Schaffung solcher Rechte aus dem Grundgesetz ableiten. Überdies erkennt das Grundgesetz Oppositionsfaktionen nicht als spezifische Rechtsträger an.²⁸ Einer Einführung spezifischer Oppositionsfraktionsrechte steht – wie bereits ausgeführt – Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG entgegen. Die Ausgestaltung von Rechten der parlamentarischen Opposition vollzieht sich innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes vielmehr über die Rechte der parlamentarischen Minderheiten.²⁹

Folglich kann auch aus dem Demokratieprinzip kein weitergehender Anspruch der Opposition auf eine zusätzliche Finanzierung folgen.

Hinweis: Das unterscheidet die verfassungsrechtliche Situation etwa vom Landesverfassungsrecht in Sachsen-Anhalt. Dort erkennt Art. 48 Abs. 2 LVerf spezifische Oppositionsrechte, insbesondere einen „Anspruch auf eine zur Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben erforderliche Ausstattung“ an.³⁰

d) Ergebnis

Ein aus dem Grundgesetz abgeleiteter Anspruch auf eine Oppositionsfraktionsfinanzierung besteht nicht.

²³ Schneider, in: Schneider/Zeh, Handbuch des Parlamentsrechts und Parlamentspraxis, 1989, § 38 Rn. 35.

²⁴ Vgl. Kuhn, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition, 2019, S. 54 ff.

²⁵ Schneider, in: Schneider/Zeh, Handbuch des Parlamentsrechts und Parlamentspraxis, 1989, § 38 Rn. 38.

²⁶ In diese Richtung wohl Kuhn, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition, 2019, S. 229 ff.; Mundil, Die Opposition, 2014, S. 164; Wack, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 22 Rn. 72.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 86 ff. = BVerfGE 142, 25.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 91 ff.

²⁹ Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 1a S. 2, Art. 39 Abs. 3 S. 3, Art. 44 Abs. 1 S. 1, Art. 45a Abs. 2 S. 2, Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG.

³⁰ Vgl. dazu LVerf LSA, Urt. v. 29.5.1997 – LVG 1/96, Rn. 60 ff. (juris); grundlegend dazu Cancik, Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen, 2000.

2. Derivatives Teilhaberecht auf gleiche Behandlung bei der Zuteilung von Geldleistungen

Aus der Rechtsstellung der Fraktion folgt gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG das Recht auf formal gleiche Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung (siehe IV. 1. b)). Daraus könnte sich ein Teilhaberecht ergeben, bei der Zuweisung des Oppositionszuschlags (§ 58 Abs. 2 AbgG) gleichberechtigt beteiligt zu werden.

Aus dem Prinzip der gleichen Mitwirkungsbefugnisse aller Fraktionen folgt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Fraktionen. Aus diesem Grund kann jede Fraktion im Grundsatz verlangen, bei der Zuteilung von Geldleistungen durch den Bundestag gleich behandelt zu werden. Während die C-Fraktion im Rahmen der Zuweisung der Oppositionszuschläge gem. § 58 Abs. 2 AbgG keine Geldmittel erhalten hat, haben die übrigen Oppositionsfraktionen diese erhalten. Die C-Fraktion ist daher im Vergleich zu diesen möglicherweise in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise ungleich behandelt worden.

3. Zwischenergebnis

Die C-Fraktion ist antragsbefugt, soweit sie eine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Oppositionsfraktionen geltend macht.

V. Übrige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Es ist davon auszugehen, dass der Antrag zum Bundesverfassungsgericht den Form- und Fristanforderungen aus §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2 BVerfGG und § 64 Abs. 3 BVerfGG entspricht. Der Antrag ist insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Das Organstreitverfahren ist begründet, wenn der Bundestag die C-Fraktion dadurch in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt hat, dass er den anderen Oppositionsfraktionen den Oppositionszuschlag gewährt und ihn der C-Fraktion verweigert hat, §§ 64 Abs. 1, 67 S. 1 BVerfGG.

Hinweis: Zu beachten ist, dass sich der Prüfungsmaßstab nicht auf das gesamte Bundesrecht erstreckt; das BVerfGG prüft nur solche Normen des Grundgesetzes, deren Verletzung der Antragsteller in zulässiger Weise geltend gemacht hat. Lediglich geschäftsordnungsmäßig oder einfachrechtlich verbürgte Rechte können für sich genommen im Organstreit nicht geltend gemacht werden. Auch eine objektive, vom Verfassungsverhältnis zwischen Bundestag und C-Fraktion abstrahierende verfassungsrechtliche Prüfung findet nicht statt. Ob das Haushaltsgesetz formell und materiell verfassungsgemäß ist, prüft das Bundesverfassungsgericht im Organstreitverfahren nicht.

I. Ungleichbehandlung

Aus dem Prinzip der gleichen Mitwirkungsbefugnisse aller Fraktionen gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG folgt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Fraktionen. Aus diesem Grund kann jede Fraktion im Grundsatz verlangen, bei der Zuteilung von Geldleistungen durch den Bundestag gleich behandelt zu werden (siehe bereits unter A. IV. 2.).

Während die übrigen Oppositionsfraktionen aus den Mitteln des Bundeshaushalts den Oppositionszuschlag gem. § 58 Abs. 2 AbgG erhalten, erhält die C-Fraktion diesen Oppositionszuschlag nicht,

obwohl auch sie eine Fraktion ist, die möglicherweise einen einfachgesetzlichen Anspruch auf den Oppositionsbonus hat. In der darin liegenden rechtlichen Besserstellung der übrigen Oppositionsfractionen gegenüber der C-Fraktion liegt eine Ungleichbehandlung und somit eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichheit der Fraktionen gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

Hinweis: Die Argumentationsstruktur folgt hier der Dogmatik der Prüfung eines Gleichheitssatzes. Das ist jedoch nicht zwingend.³¹ Ebenso könnte man das Gutachten auch dreistufig im Sinne von Schutzbereich, Beschränkung (Eingriff) und Rechtfertigung aufbauen.³²

Wer den Antragsgegenstand eher im Unterlassen sieht (vgl. unter A. III.) und somit das Teilhaberecht hier eher als ein Teilhabeanspruch konstruiert, kann vertretbar auch einen Anspruchsaufbau wählen. Er könnte dann beispielsweise vertretbar nach dem Schema Anspruchsgrundlage (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) und „Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen“ prüfen. Die exakte dogmatische Bestimmung dürfte auch im Hinblick auf das Organstreitverfahren weniger entscheidend sein, da das Bundesverfassungsgericht ohnehin nur feststellen kann, dass die Maßnahme oder Unterlassen des Antragsgegners gegen das Grundgesetz verstößt und die verfassungsrechtlichen Rechte der C-Fraktion verletzt hat (§ 67 S. 1 BVerfGG). Einen vollstreckbaren Leistungstitel kann das Bundesverfassungsgericht in diesem Verfahren nicht aussprechen.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die Ungleichbehandlung könnte jedoch gerechtfertigt sein, wenn die C-Fraktion keine Oppositionsfraction darstellt und damit gem. § 58 Abs. 2 AbgG keinen gesetzlichen Anspruch auf die zusätzlichen Geldmittel hat (2.). Dies setzt aber zunächst voraus, dass die spezifische Besserstellung von Oppositionsfractionen überhaupt verfassungsgemäß ist (1.).

Hinweis: Der Gedanke ist hier: Wenn der einfachgesetzliche Oppositionszuschlag von vornherein verfassungswidrig ist, kann sich aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG kein Teilhaberecht und kein Anspruch auf Gleichbehandlung ergeben (Gedanke des „Keine Gleichheit im Unrecht“-Grundsatzes).

1. Vereinbarkeit des Oppositionszuschlags mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

a) Ungleichbehandlung der Regierungsfractionen durch Oppositionszuschlag

Insofern könnte der Oppositionszuschlag (§ 58 Abs. 2 AbgG) selbst eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Beschränkung des freien und gleichen Mandats der Abgeordneten und ihrer Fraktionen darstellen. Sowohl Abgeordnete als auch Fraktionen haben das Recht zur Gleichbehandlung und zur gleichen Mitwirkung im Deutschen Bundestag. Nach § 58 Abs. 1 AbgG erhalten alle Fraktionen einen Grundbetrag zur Fraktionsfinanzierung. Darüber hinaus privilegiert § 58 Abs. 2 AbgG speziell

³¹ Siehe zu unterschiedlichen klausurspezifischen Aufbaumöglichkeiten Forck, Jura 2023, 1032 (1034 ff.).

³² Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 65 ff. = BVerfGE 160, 368; ähnlich hat das Bundesverfassungsgericht bei der hier durchaus vergleichbaren Konstellation der Zuweisung von Haushaltsmitteln an parteinahe Stiftungen von „Eingriffen“ in das Recht auf Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) gesprochen, vgl. BVerfG, Urt. v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 176, 179 und 233 = BVerfGE 166, 93.

nur die Oppositionsfraktionen. Der Oppositionszuschlag privilegiert damit die Oppositionsfraktionen und diskriminiert folglich die Fraktionen, die keine Oppositionsfraktionen sind.³³

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichheit der Abgeordneten und ihrer Fraktionen kann jedoch bei Vorliegen besonderer Gründe verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.³⁴ In diesem Sinne sind Freiheit und Gleichheit des Mandats und der Fraktionen nicht schrankenlos gewährleistet. Einschränkungen der Mitwirkungsbefugnisse der Abgeordneten – und damit auch der Fraktionen – müssen dem Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter dienen (aa)) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen (bb)).³⁵

Hinweis: Für die Beschränkungen und Durchbrechungen der Grundsätze der Freiheit und Gleichheit des Mandats gelten die gleichen Anforderungen, die an Differenzierungen der Wahlrechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zu stellen sind.³⁶ Beschränkungen der Statusrechte der Abgeordneten und ihrer Fraktionen bedürfen daher eines besonderen Grundes, der durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht ist, das der Freiheit und Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann. Es bedarf also kollidierender Rechtsgüter mit Verfassungsrang. Zugleich müssen die Beschränkungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.³⁷

aa) Zwingende Gründe des Verfassungsrechts

Eine solche Rechtfertigung könnte sich aus dem Gedanken der Förderung der Oppositionsfraktionen ergeben. Der Oppositionszuschlag dient dem Ausgleich struktureller Nachteile der Oppositionsfraktionen und soll deren Kontrollfunktion stärken.³⁸ Die Regelung wurde eingeführt, um eine von den Ressourcen der Regierung unabhängige parlamentarische Arbeit zu ermöglichen. Der Sinn des Zuschlags liegt also darin, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass die Regierungsfaktionen auf die Ministerialbürokratie zurückgreifen können und damit gegenüber den Oppositionsfraktionen einen strukturellen, insbesondere informatorischen Vorteil haben.³⁹

bb) Verhältnismäßigkeit

Schlussendlich muss die Ungleichbehandlung auch vor dem Hintergrund des legitimen Zwecks verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁴⁰

(1) Die Förderung einer effektiven parlamentarischen Opposition durch finanzielle Mehrausstattung stellt einen *legitimen Zweck* dar. Die zusätzliche Finanzierung soll die strukturelle Benachteiligung

³³ Cancik, Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen, 2000, S. 207.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 98 = BVerfGE 142, 25.

³⁵ St.Rspr., vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 52 = BVerfGE 160, 368.

³⁶ BVerfGE 129, 300 (320).

³⁷ BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 53 = BVerfGE 160, 368.

³⁸ Mundil, Die Opposition, 2014, S. 163; Waldhoff, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 58 Rn. 15.

³⁹ In diesem Sinne auch BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 105 = BVerfGE 142, 25; krit. dazu Klenner, DÖV 2018, 563 (565 ff.), der die tatsächlichen Annahmen hinter diesem Argument bezweifelt; vgl. aber zur strukturellen Unterlegenheit Mundil, Die Opposition, 2014, S. 51 ff. und S. 163.

⁴⁰ Zur Dogmatik der Verhältnismäßigkeit bei Mandats- und Fraktionsrechten BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 110 ff. = BVerfGE 160, 368.

gung der Opposition ausgleichen und damit ihre verfassungsrechtlich vorgesehene Kontrollfunktion stärken. Dies ist ebenfalls ein legitimes Ziel.

(2) Die Gewährung zusätzlicher finanzieller Mittel ist auch *geeignet*, die strukturellen Nachteile der Oppositionsfractionen zumindest teilweise auszugleichen, da sie hierdurch eigene Ressourcen aufbauen können.⁴¹ Ein milderer, gleich wirksames Mittel ist nicht ersichtlich. Insbesondere würde eine geringere finanzielle Ausstattung die strukturellen Nachteile nicht hinreichend kompensieren können. Die Maßnahme ist damit auch *erforderlich*.

(3) Die Maßnahme muss auch *angemessen* sein. Dies setzt voraus, dass die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht.

Der Oppositionszuschlag dient dem Ausgleich struktureller Nachteile der Oppositionsfractionen und soll deren Kontrollfunktion stärken. Dabei geht es zentral darum, eine von den Ressourcen der Regierung unabhängige parlamentarische Arbeit zu ermöglichen. Der Zuschlag schafft einen Ausgleich dafür, dass die Regierungsfractionen auf die Ministerialbürokratie zurückgreifen können. Er findet damit seine Rechtfertigung in der Förderung der Chancengleichheit aller Fractionen und ihrer effektiven Aufgabenwahrnehmung.

Zugleich dient die Förderung der Oppositionsfractionen der Wahrnehmung einer effektiven Opposition zur Sicherung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments. Der Deutsche Bundestag kann seine zentralen Funktionen⁴² – insbesondere die parlamentarische Kontrolle sowie die Gewährleistung eines öffentlichen Diskurses und der Beteiligung der Öffentlichkeit über politische Alternativen – nur dann erfüllen, wenn die Opposition über ausreichende Ressourcen verfügt, um als ernstzunehmender Gegenspieler der Regierungsmehrheit aufzutreten.

Die Ungleichbehandlung durch den Oppositionszuschlag steht damit nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck der Sicherung einer effektiven Opposition. Die Maßnahme ist somit auch angemessen.

cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Ungleichbehandlung durch den Oppositionszuschlag verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Hinweis (1): Der Oppositionszuschlag wird überwiegend als verfassungsgemäß beurteilt.⁴³ Die Ausführungen können daher gerne auch etwas knapper gehalten werden.

Hinweis (2): Übrigens stellt es keinen Widerspruch dar, dass im Rahmen der Ausführungen zur Antragsbefugnis (A. IV. 1.) ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf den Oppositionszuschlag abgelehnt worden ist, hier aber unter Rückgriff auf das Gebot einer effektiven Opposition der einfachgesetzliche Oppositionszuschlag in § 58 Abs. 2 AbgG als verfassungsrechtlich zulässig argumentiert wird. Letztlich ist der Opportunitätzuschlag verfassungspolitisch sinnvoll und verfassungsrechtlich

⁴¹ Das verkennt etwa *Klenner*, DÖV 2018, 563 ff., der bezweifelt, dass der Oppositionszuschlag die strukturelle Benachteiligung der Oppositionsfractionen völlig ausschließen kann. Dies setzt den falschen Maßstab. Denn für die Geeignetheit ist schon die Tauglichkeit im Sinne eines Förderns des Ziels ausreichend.

⁴² Dazu *Kersten*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 11 Rn. 29 ff.

⁴³ Vgl. dazu auch BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 105 = BVerfGE 142, 25; zur Zulässigkeit etwa *Ingold*, Das Recht der Oppositionen, 2015, S. 157 f. und S. 215; *Kuhn*, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition, 2019, S. 228; krit. aber *Poscher*, AöR 122 (1997), 444 (453 f.); *Klenner*, DÖV 2018, 563 ff.

gerechtfertigt; er ist aber eben „nur“ nicht verfassungsrechtlich geboten.⁴⁴ Anders als Art. 48 Abs. 2 LVfG hat das Grundgesetz keinen solchen verfassungsrechtlichen Anspruch anerkannt.

2. Vorliegen der Voraussetzungen

Die Ungleichbehandlung der C-Fraktion ist gerechtfertigt, wenn sie i.S.v. § 58 Abs. 2 AbgG keine Oppositionsfraktion ist und der Bundestag ihr mit sachlichem Grund den Oppositionszuschlag verweigert hat.

Hinweis: Hier dürfte die Handhabung des § 58 Abs. 2 AbgG, auch wenn es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, vollumfänglich verfassungsgerichtlich kontrollierbar sein. Etwas anderes dürfte auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Abwahl eines Ausschussvorsitzenden im Deutschen Bundestag folgen.⁴⁵ In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Recht der Fraktionen, gleichberechtigt bei der Bestimmung der Ausschussvorsitzenden berücksichtigt zu werden, seinen Kontrollmaßstab auf eine Willkürkontrolle beschränkt. Der Hintergrund dieser Beschränkung war, dass die GO-BT keine genauen Vorgaben zur Reichweite der gleichmäßigen Bestimmung der Ausschussvorsitzenden enthält. Da das Geschäftsordnungsrecht der Parlamentsautonomie unterliegt, hat das Gericht seine Kontrolle darauf reduziert, ob der Grundsatz einer fairen und loyalen Auslegung der Geschäftsordnung Rechnung getragen worden ist. Im hier vorliegenden Fall ergibt sich der Anspruch aber aus § 58 Abs. 2 AbgG – eine einfachgesetzliche Bestimmung, die insoweit nicht der Geschäftsordnungsautonomie unterfällt.

a) Auslegung von § 58 Abs. 2 AbgG

Unter einer Opposition werden gem. der Legaldefinition in § 58 Abs. 2 AbgG diejenigen Fraktionen verstanden, die die Bundesregierung nicht tragen. Ob eine Oppositionsfraktion noch als eine Oppositionsfraktion verstanden werden kann, wenn sie im Falle einer sog. Minderheitenregierung häufig mit der „parlamentarischen Regierungsminderheit“ Gesetze beschließt, bedarf der Auslegung.

Hinweis (1): Damit ist das Problem angesprochen, ob im Falle einer Minderheitenregierung eine Fraktion, die die parlamentarische Regierungsminderheit „toleriert“ oder mit ihr „kooperiert“, selbst zu einer Regierungsfraktion wird.

Hinweis (2): Der Begriff der Opposition wird im Grundgesetz nicht abschließend definiert.⁴⁶ Vielmehr kennt das Grundgesetz verschiedene parlamentarische Rechte, die als Oppositionsrechte verstanden werden können und von unterschiedlichen Akteuren (z.B. Fraktionen, Gruppen oder einzelnen Abgeordneten) wahrgenommen werden. Wer „Opposition“ ist, bestimmt sich dabei situativ nach dem jeweiligen Recht und seinem spezifischen Schutzzweck.⁴⁷

Für die hier zu klärende Frage des Oppositionszuschlags muss der Begriff der Opposition i.S.d. § 58 Abs. 2 AbgG daher nicht zwingend deckungsgleich mit einem allgemeinen Verständnis parlamenta-

⁴⁴ Vgl. auch Brocker/Messer, NVwZ 2005, 895 (898); Waldhoff, in: Austermann/Schmahl, Abgeordnetenrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 58 Rn. 16.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 104 ff. = NJW 2024, 3355.

⁴⁶ Dazu und zum Folgenden BVerfG, Urt. v. 3.5.2016 – 2 BvE 4/14, Rn. 92 ff. = BVerfGE 142, 25.

⁴⁷ Vgl. zu den allgemeinen Schwierigkeiten einen allgemeinen Rechtsbegriff der Opposition zu bilden Cancik, AöR 123 (1998), 623 (633 ff.); Ingold, Das Recht der Oppositionen, 2015, S. 155 ff.; Kuhn, Der Verfassungsgrundsatz effektiver parlamentarischer Opposition, 2019, S. 19 ff.; Mundil, Die Opposition, 2014, S. 49 ff.

rischer Opposition sein. Entscheidend ist vielmehr die normative Auslegung des Oppositionsbegriffs nach § 58 Abs. 2 AbgG und seinen spezifischen Tatbestandsvoraussetzungen.⁴⁸

Der Wortlaut der Norm und die darin verwendeten Begriffe sind nicht eindeutig. Vom Wortlaut des § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG werden lediglich fraktionslose Abgeordnete sowie parlamentarische Gruppen ausgenommen. Der Wortlaut lässt jedoch offen, welche Eigenschaften die Fraktionen aufweisen müssen, um den Oppositionszuschlag zu erhalten. Der Hilfsbegriff „trägt“ verweist jedoch darauf, dass Fraktionen keinen Anspruch auf den Zuschlag haben, wenn sie die Bundesregierung tragen. Ähnlich wie „stützen“ erscheint ein Wortlautverständnis aber naheliegend, wonach es darum gehen könnte, eine Regierung zu bilden oder im Amt zu „halten“.⁴⁹

Systematisch ist § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG dahingehend formuliert, dass im Grundsatz jede Fraktion einen Anspruch auf den Oppositionszuschlag hat. Den Zuschlag erhält nur diejenige Fraktion nicht, die die Bundesregierung „trägt“. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis legt es nahe, den Begriff der Opposition von der Regierung her zu definieren.⁵⁰ Opposition ist danach, wer nicht Regierung ist. Damit entfällt der Anspruch auf den Oppositionszuschlag nur, wenn positiv feststeht, dass man zur Regierung – genauer: zur parlamentarischen Regierungsmehrheit – gehört.

Wenn damit also § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG auf ein Tragen der „Bundesregierung“ abstellt, muss mithin geklärt werden, worauf sich das „Tragen“ der Bundesregierung i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG im Einzelnen bezieht.

Die Bundesregierung konstituiert sich durch die Wahl des Bundeskanzlers durch die Abgeordneten (Art. 63 GG) und die anschließende Ernennung der Minister durch den Bundeskanzler (Art. 64 GG). Dabei wird die Bundesregierung von den Fraktionen vor allem dadurch „getragen“, dass die Fraktionen durch ihre Abgeordneten an der Wahl des Bundeskanzlers mitwirken. Diejenigen Fraktionen, deren Abgeordnete der Bundesregierung im Wahlakt also das „Vertrauen“ aussprechen und den Bundeskanzler wählen, „tragen“ insoweit die Bundesregierung. Systematisch spricht daher viel dafür, dass mit dem Begriff des „Tragens“ vor allem die organisatorische Legitimation der hinter der Bundesregierung stehenden Personen gemeint ist. Ebenso tragen die Abgeordneten und damit ihre Fraktionen die Bundesregierung, wenn sie dem Bundeskanzler gem. Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG das Vertrauen aussprechen. Umgekehrt tragen die Abgeordneten – und damit die sie tragenden Fraktionen – die Bundesregierung nicht, wenn sie den Bundeskanzler nicht wählen (Art. 63 GG), ihm das Misstrauen aussprechen (Art. 67 GG) oder ihm das Vertrauen verweigern (Art. 68 GG).

Insgesamt wird damit die Bundesregierung von einer Fraktion getragen, wenn sie sich auf eine für sie verlässliche, über die Einzelabrede für jedes Einzelprojekt hinausreichende und in diesem Sinne dauerhafte Mehrheit stützen kann.⁵¹ Dies legt es nahe, dass eine Fraktion die Bundesregierung „trägt“, wenn sie Teil einer Koalitionsvereinbarung ist oder es zumindest eine koalitionsmäßige Absprache gibt, die dem Bundeskanzler ein stabiles Regieren ermöglicht.⁵² Hat jedoch eine Fraktion keinen „koalitionsmäßigen“ Einfluss auf die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 S. 1

⁴⁸ So schon *Cancik*, AöR 123 (1998), 623 (634).

⁴⁹ Dazu und zum Folgenden LVerfG LSA, Urt. v. 29.5.1997 – LVG 1/96, Rn. 122 f. (juris); *Cancik*, AöR 123 (1998), 623 (626).

⁵⁰ Vgl. *Ingold*, Das Recht der Oppositionen, 2015, S. 158.

⁵¹ LVerfG LSA, Urt. v. 29.5.1997 – LVG 1/96, Rn. 127 (juris) m.Anm. *Cancik*, LKV 1998, 95.

⁵² Vgl. zu Koalitionsvereinbarungen als prägende Bestandteile der Regierungsbildung *Schröder*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 63 Rn. 15 ff.

GG), die Ressortverantwortung der Bundesminister (Art. 65 S. 2) oder überhaupt auf die Zusammensetzung des Kabinetts, so handelt es sich nicht um eine Regierungsfraktion.⁵³

Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob eine Fraktion bereits dann Regierungstätigkeit ausübt, wenn sie regelmäßig Gesetzentwürfe der Regierungsfaktionen unterstützt – und dies, ohne durch einen Koalitionsvertrag an die Regierungsfaktionen gebunden zu sein.

Zwar könnte dafür sprechen, dass sie durch ihre Zustimmung zu Gesetzentwürfen faktisch die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung im Bereich der Gesetzgebung unterstützt. Diese faktische Unterstützung ist jedoch von der verfassungsrechtlich relevanten Frage zu trennen, ob eine solche Fraktion die Bundesregierung i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG „trägt“.

Gegen diese Auslegung spricht vor allem, dass die Gesetzgebung keine genuine Regierungsfunktion ist. Die Bundesregierung ist als Teil der „Exekutive“ (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) konzipiert und nimmt primär Führungs-, Exekutiv-, Verwaltungs- sowie außen- und europapolitische Funktionen wahr.⁵⁴ Das Gesetzesinitiativrecht der Bundesregierung (Art. 76 Abs. 1 GG) begründet lediglich eine Mitwirkungsbefugnis an der Gesetzgebung, während die eigentliche Beschlussfassung ausschließlich beim Bundestag (Art. 77 Abs. 1 GG) unter Mitwirkung von Bundesrat (Art. 78 GG) und Bundespräsident (Art. 81 GG) liegt.

Die Systematik der verfassungsrechtlichen Instrumente zur Überprüfung des Vertrauensverhältnisses zwischen Parlament und Regierung zeigt zudem, dass die legislative Handlungsfähigkeit nicht mit der staatsorganisationsrechtlichen Handlungsfähigkeit gleichzusetzen ist. Das konstruktive Misstrauensvotum (Art. 67 GG) und die Vertrauensfrage (Art. 68 GG) knüpfen an das grundsätzliche Vertrauensverhältnis zur Regierung an, nicht an den Erfolg einzelner Gesetzgebungsprojekte. Scheiternde Gesetzesvorhaben beeinträchtigen folglich nicht zwingend die verfassungsrechtliche Stellung der Bundesregierung. Daraus folgt, dass die bloße parlamentarische Unterstützung von Gesetzesvorhaben der Regierungsfaktionen durch eine weitere Fraktion kein „Tragen“ der Bundesregierung i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG darstellen kann. Ein solches „Tragen“ setzt vielmehr eine institutionelle Einbindung in die Regierungsverantwortung voraus, die über die punktuelle oder auch regelmäßige Zustimmung zu Gesetzentwürfen hinausgeht.

Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck des Oppositionszuschlags. Der Zuschlag soll die strukturellen Nachteile der Oppositionsfaktionen ausgleichen, die sich insbesondere aus dem fehlenden Zugriff auf die Ministerialbürokratie ergeben (siehe unter 1. a) bb)). Diese informative und administrative Benachteiligung besteht auch bei einer Fraktion fort, die regelmäßig Gesetzesvorhaben einer Minderheitsregierung unterstützt. Denn die bloße Zustimmung zu Gesetzesinitiativen verschafft keinen privilegierten Zugang zu den Ressourcen der Regierung. Zudem nimmt eine solche Fraktion typischerweise weiterhin ihre parlamentarischen Kontrollrechte wahr, sei es durch die Einsetzung von Untersuchungsausschüssen (Art. 44 Abs. 1 GG), die Einleitung abstrakter Normenkontrollen (Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG) oder das Stellen parlamentarischer Anfragen (§§ 75 Abs. 1 S. 1 lit. f, 100 ff. GO-BT). Gerade für diese effektive Wahrnehmung der Kontrollfunktion – unabhängig vom konkreten Abstimmungsverhalten in Sachfragen – soll der Oppositionszuschlag die notwendigen Ressourcen bereitstellen.

Damit liegt ein solches „Tragen“ der Bundesregierung erst vor, wenn ein mit der Regierung grundsätzlich koalitionär abgestimmtes Politikprogramm besteht; ein bloßes Dulden oder Tolerieren einer Minderheitsregierung reicht nicht aus, um eine Oppositionsfraktion in eine Regierungsfraktion

⁵³ *Schneider*, in: *Schneider, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 48 Rn. 21 f.; siehe auch *LVerfG LSA*, Urt. v. 29.5.1997 – LVG 1/96, Rn. 127 (juris).

⁵⁴ Dazu *Kersten*, in: *Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 11 Rn. 57 ff.

umzudeuten.⁵⁵ Daraus folgt, dass die bloße parlamentarische Unterstützung von Gesetzesvorhaben der Regierungsfractionen durch eine weitere Fraktion kein „Tragen“ der Bundesregierung i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 1 AbgG darstellt.

b) Subsumtion

Die Abgeordneten C-Fraktion haben den Bundeskanzler nicht gem. Art. 63 GG gewählt und ihm das „Vertrauen“ ausgesprochen. Mit den Regierungsfractionen A und B hat die C-Fraktion auch keine koalitionsmäßigen Absprachen getroffen. Zwar unterstützt die C-Fraktion „regelmäßig“ die Gesetzentwürfe der Minderheitsregierung. Diese parlamentarische Zusammenarbeit beruht jedoch nur darauf, dass die C-Fraktion die „politischen Zielsetzungen der Regierungsfractionen teilt“. Eine darüber hinausgehende institutionelle Einbindung in die Regierungsverantwortung ist nicht ersichtlich. Vielmehr hat sich die C-Fraktion wegen „grundlegender Differenzen in der Außen- und Sicherheitspolitik“ bewusst gegen eine Regierungsbeteiligung entschieden. Diese bloße thematisch begrenzte Unterstützung stellt keine „Duldung“ mit koalitionsmäßigem Charakter dar. Folglich kann die C-Fraktion nicht als eine parlamentarische Regierungsfraction verstanden werden. Folglich ist die C-Fraktion als Oppositionsfraction i.S.d. § 58 Abs. 2 AbgG einzuordnen.

c) Zwischenergebnis

Insgesamt liegen daher bei der C-Fraktion die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Oppositionszuschlag vor. Indem der Deutsche Bundestag den übrigen Oppositionsfractionen den Zuschlag zuweist, diesen aber der C-Fraktion verweigert, hat der Deutsche Bundestag die C-Fraktion sachlich nicht gerechtfertigt ungleich behandelt.

III. Ergebnis

Die Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Der Antrag der C-Fraktion ist damit begründet.

C. Gesamtergebnis

Der Antrag ist zulässig und begründet.

Abwandlung

Hinweis: Laut der Aufgabe wird in der Abwandlung ein vollständig neues Gutachten nicht mehr gefordert. Die Bearbeitung soll vielmehr an dieser Stelle lediglich eine verfassungsrechtliche Bewertung anstellen. Es wird im Folgenden aber erwartet, dass die grundsätzliche verfassungsrechtliche Problematik der Gruppenrechte erkannt und die Problematik der Rechtsverweigerung schlüssig diskutiert wird.

⁵⁵ LVerfG LSA, Urt. v. 29.5.1997 – LVG 1/96, Ls. 2 (juris); Brocker/Messer, NVwZ 2005, 895 (897).

I. Schutzbereich

Grundlage des Gruppenbildungsrechts ist auch hier das freie Mandat aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, das den Abgeordneten des Deutschen Bundestags ein Recht zubilligt, sich auch abseits von Fraktionen zu Gruppen zusammenschließen zu können.⁵⁶ Aus diesem Grund sieht § 10 Abs. 4 GO-BT ein Gruppenbildungsrecht vor. Erkennt der Bundestag eine Gruppe an, so hat er darüber zu befinden, welche parlamentarischen Rechte er ihnen zuweist. Sie haben dabei – über das hinaus, was ihren Mitgliedern als einzelnen Abgeordneten zusteht – einen Anspruch auf eine angemessene Ausstattung mit sachlichen und personellen Mitteln, sofern auch Fraktionen solche gewährt werden.⁵⁷ Auf dieses Recht kann sich die „Gruppe D“ berufen.

II. Beschränkung

Eine Beschränkung der Gruppenrechte liegt vor, wenn den Gruppen im Vergleich zu den Fraktionen parlamentarische Rechte vorenthalten werden und sie dadurch schlechtergestellt sind. Der Bundestag hat der Gruppe D zwar bestimmte Rechte zugewiesen, wie etwa das Recht auf Entsendung von Mitgliedern in die Fachausschüsse und den Ältestenrat sowie die Möglichkeit, Aktuelle Stunden zu beantragen. Allerdings wurden ihr wesentliche parlamentarische Rechte verwehrt, die den Fraktionen gem. der Geschäftsordnung zustehen, namentlich das Recht zur Gesetzesinitiative (§ 76 GO-BT), das Recht zur Großen Anfrage (§§ 75 Abs. 1 lit. f, 100 ff. GO-BT) sowie der Anspruch auf erhöhte Geldmittel (§ 58 Abs. 2 AbgG). Diese Ungleichbehandlung stellt eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der der Gruppe D grundsätzlich zustehenden parlamentarischen Mitwirkungsrechte dar.

III. Verfassungsrechtlich Beschränkung

Das Recht auf gleichberechtigte Mitwirkung im Bundestag der Gruppe kann aber gerechtfertigt werden, wenn dies dem Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter dient und dies auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trägt.⁵⁸

1. Zwingender verfassungsrechtlicher Grund

Die Funktionsfähigkeit des Parlaments stellt ein gleichwertiges Rechtsgut von Verfassungsrang dar, das grundsätzlich geeignet ist, Einschränkungen der Beteiligungsmöglichkeiten der Abgeordneten zu rechtfertigen.⁵⁹ Die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Parlaments wird vor allem dadurch hergestellt, dass sich der Bundestag gem. Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG eine Geschäftsordnung gibt und somit seine Handlungs- und Ablauforganisation selbst regelt.

Zur Vertiefung: Um die Arbeitsfähigkeit des Parlaments herzustellen, muss der Bundestag insbesondere im Wege der Selbstorganisation Regelungen schaffen, die den ordnungsgemäßen Geschäftsgang des Parlaments betreffen. Zu diesem Zweck ist dem Deutschen Bundestag in Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG die Geschäftsordnungsautonomie garantiert. Die Norm verleiht dem Parlament die Befugnis, seine inneren Angelegenheiten zu regeln und sich selbst so zu organisieren, dass es seine Aufgaben

⁵⁶ BVerfGE 84, 304 (322).

⁵⁷ BVerfGE 84, 304 (324).

⁵⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 52 = BVerfGE 160, 368.

⁵⁹ BVerfGE 130, 318 (348); BVerfG, Urt. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 54 = BVerfGE 160, 368.

sachgerecht wahrnehmen kann.⁶⁰ Darin hat es die Statusrechte der Abgeordneten, Fraktionen und Gruppen auszugestalten und die Statusrechte aller Abgeordneten aufeinander abzustimmen.⁶¹ Dies bedingt zugleich Beschränkungen der Rechte der einzelnen Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse.⁶² Bei der Entscheidung darüber, welche Regelungen es zur effektiven Selbstorganisation und zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bedarf, kommt dem Deutschen Bundestag ein weiter Gestaltungsspielraum zu.⁶³

Das Ziel der Geschäftsordnung liegt dabei darin, eine arbeitsteilige Befassung mit den Aufgaben – in Ausschüssen – und eine nach der Parteizugehörigkeit strukturierte Willensbildung – in Fraktionen – zu gewährleisten.⁶⁴ Die Organisation des Parlamentsbetriebs (Tagesordnung, Redezeiten etc.) orientiert sich an Fraktionen, die das „politische Gliederungsprinzip für die Arbeit des Bundestags“ darstellen.⁶⁵ Dabei ist der Bundestag zum Ergebnis gekommen, dass eine solche arbeitsteilige Handlungs- und Ablauforganisation im Parlament am sinnvollsten gewährleistet ist, wenn Fraktionen über ein Quorum von 5 Prozent der Sitze verfügen (§ 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT). Eine Zersplitterung des Parlaments in kleinere Gruppen würde diese bewährten Strukturen gefährden.⁶⁶ Folglich liegt mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit des Parlaments ein zwingender verfassungsrechtlicher Grund vor, der in der Lage ist, die Ungleichbehandlung der Gruppe D gegenüber Fraktionen im Rahmen der Zuweisung ihrer Gruppenrechte gem. § 10 Abs. 4 GO-BT zu rechtfertigen.

2. Verhältnismäßigkeit

Die konkrete Zuweisung der einzelnen Gruppenrechte muss auch im Einzelfall zur Erreichung des legitimen Ziels der Aufrechterhaltung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments verhältnismäßig sein.

Zur Erreichung dieses Ziels ist die Versagung der Zuweisung mancher Fraktionsrechte (Gesetzesinitiativrecht, Recht zur Großen Anfrage, Oppositionszuschläge) *geeignet und erforderlich*.

Die Zuweisung muss darüber hinaus auch *angemessen* sein. Diese Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn setzt voraus, dass der Nutzen der einschränkenden Regelung oder Maßnahme nicht außer Verhältnis zu den dadurch herbeigeführten Beeinträchtigungen steht. Dabei unterliegt die konkrete Zuweisung der Rechte der Gruppen der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestags, er hat also bei der Zuweisung einen weiten Gestaltungsspielraum.⁶⁷

Zwar kann die Gruppe D nicht alle Rechte in Anspruch nehmen, die die Fraktionen im Bundestag nach der GO-BT haben. Andererseits sind der Gruppe D aber bereits Rechte eingeräumt worden, die ihr parlamentarische Mitwirkungsbefugnisse verleihen und ihr auch öffentliche Sichtbarkeit verschaffen (z.B. Entsendungsrecht in Ausschüssen und Ältestenrat; Redezeit; Aktuelle Stunde). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine völlige Gleichstellung der Gruppenrechte mit denen der Frak-

⁶⁰ BVerfGE 80, 188 (218 f.).

⁶¹ BVerfGE 80, 188 (219).

⁶² BVerfG, Ur. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 55 = BVerfGE 160, 368.

⁶³ St.Rspr. seit BVerfGE 10, 4 (19 f.); zuletzt BVerfG, Ur. v. 22.3.2022 – 2 BvE 2/20, Rn. 58.

⁶⁴ BVerfG, Ur. v. 30.7.2024 – 2 BvF 1/23, Rn. 234 = NVwZ 2024, 1323.

⁶⁵ BVerfGE 80, 188 (219).

⁶⁶ Vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2024 – 2 BvF 1/23, Rn. 233 ff.

⁶⁷ Kluckert, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 35 Rn. 53; Schwarz, in: BeckOK GG, Stand: 15.6.2025, GO-BT § 10 Rn. 34.5.

tionen verfassungsrechtlich nicht geboten ist,⁶⁸ da sich der Bundestag in verfassungsrechtlich vertretbarer Weise dafür entschieden hat, dass die parlamentarische Mitwirkung und Organisation vor allem durch die Fraktionen erfolgt. Eine völlig gleichberechtigte Mitwirkung im Bundestag würde bedeuten, dass der Bundestag den Abgeordneten, die nur in kleinen Gruppen organisiert sind, gegenüber den anderen Fraktionen eine überproportionale Mitwirkung einräumt. Dies wäre mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nicht vereinbar.⁶⁹

Für eine verfassungsrechtliche Pflicht der Zuweisung weitergehender Rechte könnte sprechen, dass gerade das Initiativrecht maßgeblich für die Gesetzgebung und daher zentral für die Wahrnehmung der Rechte der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse ist. Ebenso ist die Geltendmachung Großer Anfragen für die parlamentarische Kontrolle grundlegend. Allerdings kann die Gruppe D zumindest Kleine Anfragen im Bundestag stellen (§ 75 Abs. 3 GO-BT i.V.m. § 104 GO-BT). Damit kann auch sie Kontrollrechte im Bundestag ausüben, wenngleich in kleinerem Umfang als Fraktionen.

Außerdem verdeutlicht § 76 GO-BT, dass das Initiativrecht verfassungsrechtlich zulässig an ein Quorum (entweder 5 Prozent der Mitglieder des Bundestags oder eine Fraktion) geknüpft werden kann. Die Einschätzung des Bundestags, dass unterhalb dieser Schwelle eine Überlastung des Bundestags drohen könnte, wenn der Bundestag über Initiativen kleiner Gruppierungen mit geringen Erfolgsaussichten beschließen müsste, erscheint angesichts seines Spielraums innerhalb seiner Geschäftsordnungsautonomie nicht unvertretbar.

Hinweis: Das Bundesverfassungsgericht hat bislang offengelassen, ob den Gruppen verfassungsrechtlich das Recht zustehen muss, Gesetzesentwürfe und Große Anfragen in den Bundestag einzubringen.⁷⁰ Es wäre beispielsweise auch vertretbar, hier eine Abstufung je nach Größe der Gruppe vorzunehmen.

Verneint man in diesem Sinne einen Anspruch auf die erweiterten Gruppenrechte, so ist auch die Verweigerung des Oppositionszuschlags gem. § 58 Abs. 2 AbgG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da ohne diese parlamentarischen Rechte kein erhöhter Finanzmittelbedarf besteht.

Hinweis: Im Hinblick auf den Oppositionszuschlag dürfte es also darauf ankommen, wie man die Verweigerung der Zuweisung des Rechts zur Großen Anfrage und des Initiativrechts (§ 76 GO-BT) verfassungsrechtlich beurteilt hat. Nimmt man z.B. an, dass die Gruppe D auch ein verfassungsrechtliches Recht auf das Gesetzesinitiativrecht und auf Große Anfragen haben soll, dann dürfte aus dem Gedanken der gleichberechtigten Mittelzuweisung (A. IV. 2. und B. I.) auch ein Recht auf den Oppositionszuschlag folgen.

3. Ergebnis

Die Verweigerung der Zuweisung dieser Rechte ist verhältnismäßig. Die Gruppe ist damit nicht in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verletzt.

⁶⁸ Drossel, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 207.

⁶⁹ So auch in Bezug auf fraktionslose Abgeordneten, vgl. BVerfGE 80, 188 (224).

⁷⁰ BVerfGE 84, 304 (328 f.); dazu auch Schwarz, in: BeckOK GG, Stand: 15.6.2025, GO-BT § 10 Rn. 34.5.

Übungsklausur: Verwaltungsrecht in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen

Jonas Fechter, Münster*

Sachverhalt

Aufgabe 1

A und seine Lebenspartnerin B wohnen mit der gemeinsamen neunjährigen Tochter in einer Wohnung in der kreisfreien Stadt Münster. Nachdem es zwischen A und B über viele Monate zu dauernden Streitigkeiten und einem schweren Zerwürfnis gekommen ist, zieht B im September 2023 aus der gemeinsamen Wohnung aus und mietet eine neue Wohnung an. Obwohl sich A und B das Sorgerecht teilen, nimmt B nur sporadisch Kontakt zu ihrer Tochter auf und zahlt trotz mehrfacher Aufforderung keinen Unterhalt. Aus diesem Grund beantragt A beim zuständigen Jugendamt der Stadt Münster Unterhaltsvorschuss, der die fehlenden Zahlungen von B ausgleichen soll. Das Jugendamt bewilligt den Antrag von A im Januar 2024, sodass seiner Tochter in der Folgezeit die gesetzlichen Leistungen von der zuständigen staatlichen Stelle nach dem Unterhaltsvorschussgesetz ausgezahlt werden. Ab März 2024 kommt es zu einer Annäherung zwischen A und B. Nachdem B zunächst nur vereinzelt in der ehemaligen gemeinsamen Wohnung übernachtet, zieht sie mit ihrem Hausstand im Mai 2024 wieder in die Wohnung ein und gibt ihre neue Wohnung auf. Darüber hinaus kümmert sie sich wieder um die gemeinsame Tochter und nimmt die elterliche Sorge für das Kind wahr. A meldet diese Veränderung in seinen Lebensverhältnissen zunächst nicht dem Jugendamt, weil er auf die Auszahlungen an seine Tochter nicht verzichten will. Erst bei einem routinemäßigen Gespräch beim Jugendamt im Oktober 2024 gibt er zu, dass B bereits seit einem halben Jahr wieder in der gemeinsamen Wohnung lebt. Die zuständige Sachbearbeiterin beim Jugendamt fordert A daraufhin in einem mit dem Wort „Bescheid“ betitelten Schriftstück dazu auf, den ausgezahlten Unterhaltsvorschuss für die Monate Mai bis Oktober 2024 zurückzuzahlen. In dem Schreiben wird die fällige Summe festgesetzt. Die Sachbearbeiterin gibt das Schreiben an A am 16.10.2024, einem Mittwoch, zur Post. In der beige-fügten Rechtsbehelfsbelehrung weist sie unter anderem darauf hin, dass der zulässige Rechtsbehelf gegen den Bescheid „innerhalb von vier Wochen und schriftlich“ erhoben werden könne. A erhebt gegen den Bescheid am 27.11.2024, einem Mittwoch, schriftlich Widerspruch beim Jugendamt.

Fallfragen

1. Ist der Widerspruch zulässig?
2. Die Sachbearbeiterin möchte dem Widerspruch nicht abhelfen. Sie ist sich allerdings unsicher, ob sie selbst oder eine andere Behörde den ablehnenden Widerspruchsbescheid erlassen kann. Wie ist die Rechtslage?

* Jonas Fechter ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht von Prof. Dr. Hinnerk Wißmann an der Universität Münster.

Bearbeitungshinweis: Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Auszug aus dem Unterhaltsvorschussgesetz (UhVorschG)

§ 5 Ersatz- und Rückzahlungspflicht

(1) Haben die Voraussetzungen für die Zahlung der Unterhaltsleistung in dem Kalendermonat, für den sie gezahlt worden ist, nicht oder nicht durchgehend vorgelegen, so hat der Elternteil, bei dem der Berechtigte lebt, oder der gesetzliche Vertreter des Berechtigten den geleisteten Betrag insoweit zu ersetzen, als er

1. die Zahlung der Unterhaltsleistung dadurch herbeigeführt hat, dass er vorsätzlich oder fahrlässig falsche oder unvollständige Angaben gemacht oder eine Anzeige nach § 6 unterlassen hat, oder
2. gewusst oder infolge Fahrlässigkeit nicht gewusst hat, dass die Voraussetzungen für die Zahlung der Unterhaltsleistung nicht erfüllt waren.

Aufgabe 2¹

A hat eine Gehbehinderung und wohnt in einem urbanen Stadtteil in der kreisfreien Stadt M in Nordrhein-Westfalen. Das von ihm bewohnte Haus steht in seinem Eigentum. Das angesagte Viertel in dem historischen Stadtkern verfügt nur über relativ kleine Straßen und schmale Gehwege, die durch das in den vergangenen Jahrzehnten stark zugenommene Verkehrsaufkommen belastet sind. Aufgrund fehlender Parkplätze stellen viele Anwohner und Besucher des Viertels ihre Autos zum Parken auf den Gehwegen ab, sodass diese halb auf den Gehwegen und halb auf der Straße stehen. Hierdurch verkürzen sich flächendeckend die ohnehin schmalen Gehwege in dem Viertel. Der Gehweg vor dem Haus des A ist durch die parkenden Autos regelmäßig bis weit unter 1,5 m verengt. Aufgrund der Parksituation kann er nur noch unter großem Aufwand sein Haus verlassen und wird in seiner Mobilität weiter eingeschränkt. Der elektrische Rollstuhl, auf den er angewiesen ist, passt zwar gerade noch zwischen den Grundstücksgrenzen und den parkenden Autos durch, kann aber nicht mehr gewendet werden. Sofern sich Gegenstände auf dem Gehweg befinden, etwa Mülltonnen oder Sperrmüll, kann er den Gehweg teilweise gar nicht mehr passieren. Das ist bereits mehrfach vorgekommen, sodass A nur noch selten das Haus verlässt. Die Situation in der nächsten Querstraße, in der sich sein Lieblingsbäcker befindet, ist nicht besser. Verkehrszeichen mit Regelungen zum Halten und Parken finden sich in beiden Straßen nicht.

A wendet sich daher an die zuständige Behörde der Stadt und schildert dieser die Situation. Der zuständige Sachbearbeiter weiß um die Problematik. Die Stadt duldet bereits seit vielen Jahren das aufgesetzte Parken in den innerstädtischen Stadtteilen, da der Parkdruck aufgrund des vermehrten Autobesitzes und des Zuzuges zu groß geworden ist und alternative Parkmöglichkeiten fehlen. Aufgrund vermehrter Beschwerden von Anwohnern hat die Stadt jedoch damit begonnen, ein Parkkonzept für die besonders stark betroffenen Stadtviertel zu entwickeln, mit dem der Parkdruck gesenkt und mithin die Parksituation entlastet werden soll. In diesem Zuge geht die Stadt auch verstärkt gegen das Parken auf Gehwegen vor. Allerdings beschränkt sie dies bisher auf einige wenige, noch stärker betroffene Stadtviertel. In diesen parken Autos regelmäßig mit der vollen Autobreite

¹ Der Sachverhalt beruht auf einer jüngeren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und ist für die Klausurzwicke und auf die Verhältnisse in Nordrhein-Westfalen angepasst worden BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken).

auf den Gehwegen, sodass auch einzelne Fußgänger kaum noch an den Autos vorbeikommen. Der Sachbearbeiter teilt A mit, dass die Stadt nicht gleichzeitig in allen Stadtvierteln gegen das aufgesetzte Parken vorgehen könne, weil die damit verbundenen Verlagerungsbewegungen sonst nicht mehr beherrschbar wären. Mit Blick auf die Straßen in As Stadtviertel sieht er daher keine Möglichkeit, aktuell Abhilfe zu schaffen. Im Übrigen würde A von der Parksituation in der Querstraße seines Bäckers „ja nicht wirklich“ betroffen sein, weil er dort nicht wohne. Andernfalls „könne ja jeder kommen“ und das gesamte Stadtgebiet nach seinen Wünschen umgestalten lassen.

A gibt sich damit nicht zufrieden und stellt bei der Stadt den Antrag, geeignete und effektive Maßnahmen gegen das Gehwegparken in seiner Straße und in der Straße seines Bäckers zu ergreifen. Aus seinem Jurastudium erinnert er sich, dass die Behörde die Befugnis hat, gegen verkehrswidrige Zustände vorzugehen. Er erinnert sich ferner, dass er ein Einschreiten von der Behörde aber grundsätzlich nicht verlangen kann. In diesem Fall, der ihn in seiner persönlichen Freiheitsausübung unmittelbar betreffe, müsse aber etwas anderes gelten. § 12 Abs. 4 und 4a StVO schützten ja wohl nicht nur die Allgemeinheit. Schließlich sei er als Anwohner und aufgrund seiner Behinderung in erheblichem Maße betroffen. Das gelte jedenfalls für die Straße, in der er wohnt.

Fallfrage

Hat A einen Anspruch gegen die Stadt, geeignete und effektive Maßnahmen gegen das Gehwegparken zu ergreifen?

Bearbeitungshinweis

Zuständigkeitsfragen sind nicht zu prüfen. Andere als die abgedruckten Normen der Straßenverkehrsordnung sind nicht zu prüfen. Auf § 22 Abs. 1 StrVG NRW wird hingewiesen. Normen des OBG NRW sind nicht zu prüfen. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Auszug aus der Straßenverkehrsordnung (StVO)

§ 12 StVO

(4) Zum Parken ist der rechte Seitenstreifen, dazu gehören auch entlang der Fahrbahn angelegte Parkstreifen, zu benutzen, wenn er dazu ausreichend befestigt ist, sonst ist an den rechten Fahrbahnrand heranzufahren. [...]

(4a) Ist das Parken auf dem Gehweg erlaubt, ist hierzu nur der rechte Gehweg, in Einbahnstraßen der rechte oder linke Gehweg, zu benutzen.

Aufgabe 3

Stellen Sie die unterschiedlichen gesetzlichen Regulierungsstrategien dar, mit denen der Staat die Freiheitsausübung der Bürgerinnen und Bürger steuert. Gehen Sie hierbei insbesondere auf die verschiedenen Grundtypen ein, die sich in der Verwaltungsrechtspraxis herausgebildet haben, und stellen Sie deren grundrechtliche Relevanz dar. Ordnen Sie zusätzlich folgende Normen den jeweiligen Grundtypen zu: § 34 Abs. 1 S. 1 PolG NRW; § 60 Abs. 1 BauO NRW i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW; § 21a Abs. 1 S. 1 StVO i.V.m. § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 5b StVO. Erläutern Sie, inwiefern es sich bei der Regelung des § 10 Abs. 1 S. 1 VersG NRW um einen Sonderfall dieser Grundtypen handelt.

Auszug aus dem Polizeigesetz NRW (PolG NRW)**§ 34 PolG NRW**

(1) Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten.

Auszug aus der Bauordnung NRW (BauO NRW)**§ 60 BauO NRW**

(1) Die Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und Beseitigung von Anlagen bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61 bis 63, 78 und 79 nichts anderes bestimmt ist.

§ 74 BauO NRW

(1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

Auszug aus der Straßenverkehrsordnung (StVO)**§ 21a StVO**

(1) Vorgeschriebene Sicherheitsgurte müssen während der Fahrt angelegt sein [...].

§ 46 StVO

(1) Die Straßenverkehrsbehörden können in bestimmten Einzelfällen oder allgemein für bestimmte Antragsteller Ausnahmen genehmigen [...]

5b. von den Vorschriften über das Anlegen von Sicherheitsgurten [...] (§ 21a);

Auszug aus dem Versammlungsgesetz NRW (VersG NRW)**§ 10 VersG NRW**

(1) Wer eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel veranstalten will, hat dies der zuständigen Behörde spätestens 48 Stunden vor der Einladung zu der Versammlung anzuzeigen.

Hinweis: Aufgaben 1, 2 und 3 fließen zu jeweils $\frac{1}{3}$ der zu vergebenden Punktzahl in die Gesamtnote ein. Die Gesamtbearbeitungszeit beträgt 180 Minuten.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1	941
Frage 1	941
I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs	941
II. Statthaftigkeit des Widerspruchs	942
1. Rechtsschutzbegehren des A	942
2. Keine Ausnahme vom Grundsatz der Statthaftigkeit	943
3. Zwischenergebnis	943
III. Widerspruchsführer	943

1. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit.....	943
2. Widerspruchsbefugnis.....	943
IV. Form und Frist	943
1. Formgemäßer Widerspruch bei der richtigen Behörde	943
2. Frist	943
a) Monatsfrist.....	944
b) Jahresfrist.....	944
3. Zwischenergebnis.....	945
V. Ergebnis.....	945
Frage 2	945
Aufgabe 2	946
I. Anspruchsgrundlage	946
1. Vermittlung von Drittschutz	946
2. Auslegung der Normen auf ihren drittschützenden Charakter.....	947
3. Reichweite des Drittschutzes	947
4. Zwischenergebnis.....	948
II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen.....	949
III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen	949
IV. Anspruchsinhalt.....	949
1. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung.....	949
2. Ermessensreduzierung auf Null	949
V. Ergebnis.....	951
Aufgabe 3	951

Aufgabe 1

Frage 1

Fraglich ist, ob der Widerspruch zulässig ist. Dies ist der Fall, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs

Es müsste sich um eine Streitigkeit handeln, für die der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten grundsätzlich eröffnet ist. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung müsste daher analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 68 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben sein, die nicht durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Eine Norm ist öffentlich-rechtlich, wenn sie den Staat als solchen einseitig berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie). § 5 UhVorschG spricht dem Staat einen Anspruch auf Rückzahlung des Unterhaltsvorschlusses in den Fällen zu, in denen die Voraussetzungen für die Auszahlung des Unterhaltsvorschlusses nicht vorgelegen haben. Da Unterhaltsvorschlüsse nur vom Staat geleistet werden, berechtigt § 5 UhVorschG den Staat als solchen einseitig, den Unterhaltsvorschuss zurückzuverlangen. Die Norm ist öffentlich-rechtlich und mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.²

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art; eine abdrängender Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 68 VwGO eröffnet.³

II. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch müsste nach § 68 VwGO statthaft sein. Die Statthaftigkeit des Widerspruchs richtet sich nach der statthaften Klageart in einem möglicherweise folgenden gerichtlichen Verfahren. Die statthafte Klageart bemisst sich wiederum nach dem Rechtsschutzbegehren des (potenziellen) Klägers (vgl. § 88 VwGO). Nach § 68 VwGO ist das Widerspruchsverfahren vor Erhebung einer Anfechtungsklage (Abs. 1) und vor Erhebung einer Verpflichtungsklage (Abs. 2) statthaft. Ferner dürfte keine Ausnahme nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO vorliegen.

1. Rechtsschutzbegehren des A

Für das Begehren des A müsste die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage statthaft sein. A wendet sich gegen den „Bescheid“, mit dem er zur Rückzahlung des Unterhaltsvorschlusses für die Monate Mai bis Oktober 2024 aufgefordert wird, und begehrt dessen Aufhebung. In einem späteren gerichtlichen Verfahren kommt mithin eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht. Die Anfechtungsklage wäre statthaft, wenn es sich bei dem „Bescheid“ um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG handelt. Die Entscheidung wird von dem Jugendamt als Behörde (§ 1 Abs. 4 VwVfG) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen. Eine Regelung liegt vor, wenn die Maßnahme auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Zwar ergibt sich die Rechtspflicht zur Rückzahlung des Unterhaltsvorschlusses bereits aus der gesetzlichen Regelung in § 5 Abs. 1 UhVorschG. Durch das Schreiben wird die Rückzahlungspflicht jedoch auf den Einzelfall hin konkretisiert, sodass der „Bescheid“ eine eigenständige rechtliche Regelung enthält. Die Regelung betrifft ferner einen Einzelfall und verlässt den verwaltungsinternen Bereich, sodass ihr Außenwirkung zukommt.

Der „Bescheid“ ist mithin ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Im späteren gerichtlichen Verfahren wäre die Anfechtungsklage statthaft.

Mithin ist das Widerspruchsverfahren gem. § 68 VwGO grundsätzlich statthaft.

² Der Unterhaltsvorschussrückzahlungsanspruch wird vom Staat durch Verwaltungsakt geltend gemacht: *Engel-Boland*, in: BeckOK Sozialrecht, Stand: 1.3.2025, UhVorschG § 5 Rn. 38.

³ Da § 17a Abs. 2 GVG im Widerspruchsverfahren keine Anwendung findet, ist der Verwaltungsrechtsweg im Widerspruchsverfahren eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung. Eine Verweisung an die „zuständige Behörde“ kommt im Widerspruchsverfahren nicht in Betracht. Siehe hierzu *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 2.

2. Keine Ausnahme vom Grundsatz der Statthaftigkeit

Das Widerspruchsverfahren dürfte nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO unstatthaft sein. Danach bedarf es einer Nachprüfung im Widerspruchsverfahren insbesondere dann nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt. Nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NRW bedarf es in Nordrhein-Westfalen keines Widerspruchsverfahrens vor Erhebung der Anfechtungsklage.

Es könnte jedoch die (Gegen-)Ausnahme des § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 JustG NRW einschlägig sein. Danach gilt § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NRW nicht für den Erlass oder die Ablehnung der Vornahme von Verwaltungsakten nach dem Unterhaltsvorschussgesetz. Die Rückforderung des Unterhaltsvorschusses hat das Jugendamt der Stadt Münster auf § 5 Abs. 1 UhVorschG gestützt. Ein Widerspruchsverfahren ist mithin nach § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 JustG NRW statthaft.

3. Zwischenergebnis

Der Widerspruch ist gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO statthaft.

III. Widerspruchsführer

A müsste die beteiligtenbezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen.

1. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit

A ist als natürliche Person gem. § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG NRW beteiligungsfähig. Darüber hinaus ist er nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW handlungsfähig.

2. Widerspruchsbefugnis

A müsste analog § 42 Abs. 2 VwGO widerspruchsbefugt sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er analog § 42 Abs. 2 VwGO geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.

Durch den Bescheid wird A zur Rückzahlung der Unterhaltsvorschussleistungen verpflichtet. Er ist Adressat einer belastenden Maßnahme und mithin jedenfalls möglicherweise in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

A ist analog § 42 Abs. 2 VwGO widerspruchsbefugt.

Damit erfüllt A die beteiligtenbezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

IV. Form und Frist

Der Widerspruch müsste gem. § 70 Abs. 1 VwGO form- und fristgemäß erhoben worden sein.

1. Formgemäßer Widerspruch bei der richtigen Behörde

A hat den Widerspruch schriftlich beim Jugendamt erhoben und mithin die Form des § 70 Abs. 1 VwGO gewahrt und den Widerspruch bei der richtigen Behörde erhoben.

2. Frist

S müsste den Widerspruch fristgerecht erhoben haben.

Hinweis: Die Berechnung der Monatsfrist ist in der Lösungsskizze zwar knapp, aber lehrbuchmäßig nach den gesetzlichen Voraussetzungen vorgenommen worden. Es ist möglich, dass Studierende die konkreten Fristberechnungen dahinstehen lassen und argumentieren, dass *jedenfalls* die Monatsfrist abgelaufen und *jedenfalls* die Jahresfrist nicht abgelaufen ist. Entscheidend ist insbesondere, dass die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist und daher die Jahresfrist gem. § 58 Abs. 2 VwGO gilt.

a) Monatsfrist

Gem. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO muss der Widerspruch grundsätzlich innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe erhoben werden.

Die Stadt hat den Bescheid am 16.10.2024 bei der Post aufgegeben. Nach der Fiktionsregelung des § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW gilt der Verwaltungsakt am vierten Tag nach Aufgabe zur Post, also am 20.10.2024, als bekanntgegeben.⁴

Die Fristberechnung richtete sich nach § 31 VwVfG NRW in Verbindung mit den entsprechenden Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches.⁵ Da es sich im Fall einer Bekanntgabe um eine Ereignisfrist handelt, ist Fristbeginn gem. § 31 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB der 21.10.2024.

Das Fristende richtet sich im Fall von Ereignisfristen nach § 31 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Danach ist das Fristenende im vorliegenden Fall der 20.11.2024.

Da A den Widerspruch erst am 27.11.2024 erhoben hat, ist die Monatsfrist gem. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht gewahrt.

Hinweis: Besonders aufmerksame Studierende mögen erkennen, dass es sich beim 20.10.2024 um einen Sonntag handelt und insoweit die Regelung des § 31 Abs. 3 VwVfG NRW greifen könnte. Auf Fiktionsregelungen zum Fristbeginn ist diese aber gerade nicht anwendbar.⁶

b) Jahresfrist

Die Frist könnte sich allerdings gem. § 70 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO auf ein Jahr seit Eröffnung des Bescheids verlängert haben. Dies setzt voraus, dass die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben ist oder unrichtig erteilt wurde.

Der Bescheid enthält eine Rechtsbehelfsbelehrung. Diese könnte allerdings fehlerhaft sein. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist fehlerhaft, wenn sie nach § 58 Abs. 1 VwGO essenzielle Teile nicht enthält oder fehlerhafte Teile enthält.⁷

(aa) In dem Bescheid heißt es unter anderem, dass der zulässige Rechtsbehelf innerhalb einer Frist von vier Wochen erhoben werden kann. Gem. § 70 Abs. 1 VwGO beträgt die Frist allerdings einen

⁴ Die von drei auf vier Tage erhöhten Zustellungs- und Bekanntgabefiktionen gelten sowohl im Bund als auch in Nordrhein-Westfalen erst ab dem 1.1.2025. Aus didaktischen Gründen werden sie dem im Jahr 2024 spielenden Fall zugrunde gelegt. Studierende, die die alte Drei-Tages-Fiktion zugrunde legen, kommen zum gleichen Ergebnis.

⁵ Zum eher akademischen Streit, ob die Widerspruchsfrist über § 31 VwVfG (NRW) oder über § 57 VwGO berechnet wird *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl. 2024, § 6 Rn. 28.

⁶ Eine andere Auffassung vertritt der Bundesfinanzhof BFH, Urt. v. 14.10.2003 – 9 R 68/98 = NJW 2004, 94. Siehe zum Meinungsstreit *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar*, 10. Aufl. 2023, § 41 Rn. 133.

⁷ *Kastner*, in: *Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Kommentar, VwVfG* 5. Aufl. 2021, § 58 Rn. 19.

Monat und nicht (bloß) vier Wochen. Vier Wochen sind regelmäßig kürzer als ein Monat. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist insoweit fehlerhaft.⁸

(bb) Darüber hinaus enthält die Rechtsbehelfsbelehrung den Hinweis, dass der zulässige Rechtsbehelf schriftlich erhoben werden kann. Gem. § 70 Abs. 1 VwGO kann der Widerspruch aber auch elektronisch, schriftformersetzend und zur Niederschrift bei der Behörde erhoben werden. Zwar handelt es sich bei der Form des Widerspruchs gem. § 58 Abs. 1 VwGO nicht um einen Aspekt, über den zwingend zu belehren ist.⁹ Die Formulierung in der Rechtsbehelfsbelehrung legt allerdings nahe, dass der Widerspruch nur schriftlich erhoben werden kann. Dies ist fehlerhaft.¹⁰

Die Rechtsbehelfsbelehrung ist mithin in zweifacher Hinsicht fehlerhaft, sodass die Jahresfrist gem. § 70 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO gilt. Der Verwaltungsakt wurde am 20.10.2024 bekanntgegeben und mithin eröffnet. Fristbeginn ist der 21.10.2024 (siehe oben). Fristende ist gem. § 31 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB der 20.10.2025. Der am 27.11.2024 erhobene Widerspruch wahrt mithin die Jahresfrist und ist fristgerecht erhoben worden.

Hinweis: Für die Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung bzw. die Jahresfrist ist es unerheblich, ob die Fehler sich kausal dahingehend ausgewirkt haben, dass der Widerspruchsführer die Monatsfrist gem. § 70 Abs. 1 VwGO versäumt hat. Es reicht die *abstrakte* Möglichkeit aus, dass ein solcher Fehler dazu führen kann, dass die Frist verpasst wird.¹¹

3. Zwischenergebnis

S hat den Widerspruch form- und fristgemäß nach den Vorgaben von § 70 VwGO (i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO) erhoben.

V. Ergebnis

Die gesetzlichen Voraussetzungen liegen vor. Der Widerspruch ist zulässig.

Frage 2

Das Jugendamt könnte den Widerspruchsbescheid erlassen, wenn es hierfür zuständig ist.

Es ist zwischen Abhilfebescheid und Widerspruchsbescheid zu differenzieren. Den Abhilfebescheid erlässt gem. § 72 VwGO die Behörde, die den Ausgangsbescheid erlassen hat, also hier das Jugendamt. Die Sachbearbeiterin möchte dem Widerspruch aber nicht abhelfen und daher gerade keinen Abhilfebescheid erlassen. Den Widerspruchsbescheid erlässt hingegen gem. § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO die nächsthöhere Behörde. In NRW gilt jedoch gem. § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 111 S. 1 JustG NRW die Besonderheit, dass der Widerspruchsbescheid von der Ausgangsbehörde erlassen wird. Im Fall des Unterhaltsvorschussgesetzes greift nicht die Rückausnahme des § 111 S. 2 JustG NRW.

Das Jugendamt ist für den Erlass des Widerspruchsbescheids zuständig.

⁸ Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: August 2024, § 58 Rn. 42.

⁹ BVerwG, Urt. v. 30.1.1976 – 4 C 26/74 = NJW 1976, 1332. A.A. Redeker/Kothe/v. Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 58 Rn. 9.

¹⁰ Kimmel, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2025, § 58 Rn. 21.

¹¹ BVerwG, Beschl. v. 27.8.1997 – 1 B 145/97 = NVwZ 1997, 1211 (1213); Kimmel, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2025, § 58 Rn. 20.

Aufgabe 2

Fraglich ist, ob A einen Anspruch gegen die Stadt hat, geeignete und effektive Maßnahmen gegen das Gehwegparken zu ergreifen. Dies ist der Fall, wenn er sein Begehren auf eine Anspruchsgrundlage stützen kann und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

I. Anspruchsgrundlage

Es müsste zunächst eine taugliche Anspruchsgrundlage vorliegen. Als Anspruchsgrundlage kommt § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO in Betracht. Nach § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG kann die für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, wenn Fahrzeuge verbotswidrig abgestellt werden. Bei der Norm handelt es sich jedoch um eine Befugnisnorm. Fraglich ist, ob A aus dieser Norm einen individuellen Anspruch auf behördliches Einschreiten ableiten kann.

Hinweis: Einzelne Studierende könnten auf die Idee kommen, § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG i.V.m. § 18 Abs. 1 StrWG NRW zu prüfen. Die hier relevante Variante über „verbotswidrig abgestellte Fahrzeuge“ (§ 22 Abs. 1 S. 1 StrWG) steht erst seit kurzem im Gesetz, sodass Studierende mit veralteten Gesetzen auf die Prüfung der anderen Variante angewiesen sind.

Zwar müssen die Studierenden an sich die neue Variante des Gesetzes aufgrund des „lex specialis derogat legi generali“-Grundsatzes prüfen. Allerdings handelt es sich bei dieser um eine gesetzgeberische „Klarstellung“¹², da das verbotswidrige Abstellen von Fahrzeugen eine unerlaubte Sondernutzung darstellt. Sofern die sich anschließende Prüfung folgerichtig ist und auf die jeweils relevanten Punkte eingeht, fällt die Wahl der falschen Variante in § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG nicht allzu sehr ins Gewicht.

1. Vermittlung von Drittschutz

Aus Befugnisnormen können im Einzelfall individuelle Ansprüche abgeleitet werden, wenn die Normen *subjektive Rechte* verleihen und mithin drittschützend sind.¹³ Fraglich ist daher, ob § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO dem A ein subjektives Recht auf ein Einschreiten in Bezug auf die verkehrswidrig geparkten Fahrzeuge bzw. zumindest einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung hierüber verleiht.

Ob Normen subjektive Rechte verleihen, bestimmt sich nach der *Schutznormtheorie*. Die Schutznormtheorie besagt, dass eine Norm subjektive Rechte verleiht, wenn sie nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch der Rechtsposition einzelner Bürger zu dienen bestimmt ist und diese hinreichend von der Allgemeinheit abgegrenzt sind.¹⁴ Der Betroffene muss zum Kreis der von der Norm Geschützten zählen.

¹² Gesetzentwurf der Landesregierung über ein Gesetz zur Änderung des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen und anderer Gesetze, LT-Drs. 17/14962, S. 42.

¹³ Allgemein *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 89–91. Am Beispiel der polizeilichen Generalklausel *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 8 Rn. 15.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 40; *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 91.

2. Auslegung der Normen auf ihren drittschützenden Charakter

Ob sich aus § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO ein subjektives Recht auf Einschreiten gegen das Gehwegparken ergibt, ist durch *Auslegung* mithilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu ermitteln.¹⁵ Entscheidend ist, ob das grundsätzliche Verbot des Gehwegparkens in § 12 Abs. 4 und 4a StVO nur die Allgemeinheit oder auch einzelne Bürger schützt.

a) Der Wortlaut von § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO enthält keinerlei Hinweise auf konkrete Personen(kreise), deren Schutz die behördlichen Maßnahmen dienen sollen. Ausweislich des Wortlauts von § 12 Abs. 4 und 4a StVO regelt dieser das Parken im öffentlichen Straßenraum. Ein besonders geschützter Personenkreis wird nicht ausgewiesen.¹⁶ § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW knüpft an die gesetzlichen Verbote bzw. Gebote in § 12 Abs. 4 und 4a StVO an. Der Norm geht es lediglich um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, der aus der Straßenverkehrsordnung folgt. Dies spricht gegen einen drittschützenden Charakter.

b) Auch in systematischer Hinsicht lässt sich den Normen keine drittschützende Funktion entnehmen.¹⁷

Hinweis: Historische Argumente können von den Studierenden in der Klausur nicht erwartet werden.

c) Es kommt mithin entscheidend auf den Sinn und Zweck (Telos) von § 12 Abs. 4 und 4a StVO (i.V.m. § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW) an. Aus der Norm ergibt sich ein grundsätzliches Verbot des Parkens auf dem Gehweg. Hiermit soll im Interesse der Allgemeinheit die sichere und leichte Fortbewegung aller Verkehrsteilnehmer, insbesondere der *Fußgänger*, gewährleistet werden. Es geht um die Sicherstellung der Ordnung des Verkehrs. Ein subjektives öffentliches Recht lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten, weil die Fußgänger nicht in hinreichendem Maße von der Allgemeinheit abgegrenzt sind.¹⁸

Neben allen Fußgängern werden durch § 12 Abs. 4 und 4a StVO in besonderer Weise die *Anwohner* geschützt. Sie sollen die in ihrer unmittelbaren Grundstücksnähe gelegenen Teile des Gehwegs nutzen können und dabei vor erheblichen Beeinträchtigungen durch parkende Fahrzeuge geschützt werden. Anwohner sind ein in räumlicher Hinsicht erkennbar abgesetzter Kreis an Personen und insofern von der Allgemeinheit hinreichend abgegrenzt.¹⁹

d) § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO sind in Bezug auf Anwohner mithin drittschützend und verleihen grundsätzlich ein Recht auf Einschreiten gegen das Gehwegparken. A ist hier (jedenfalls in Bezug auf die Straße vor seinem Haus) Anwohner. Er gehört damit grundsätzlich dem geschützten Personenkreis an.

3. Reichweite des Drittschutzes

Fraglich ist jedoch, wie weit das Recht auf Einschreiten gegen das Gehwegparken reicht. Fraglich ist insbesondere, ob Anwohner nur ein Vorgehen gegen die regelwidrig geparkten Autos in der eigenen Straße oder noch in weiteren Straßen verlangen können.

Drittschutz wird von den Normen vermittelt, soweit die Anwohner in erkennbarer Weise aus der Masse der Allgemeinheit bzw. der sonstigen Fußgänger herausgehoben sind. Dies setzt voraus, dass

¹⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 8 Rn. 9.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 41.

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 41.

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 42.

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 43.

eine erhebliche individuelle Betroffenheit besteht.²⁰ Durch das Gehwegparken wird der Anwohner in seiner Freiheit beeinträchtigt, sein Haus zu verlassen und zu erreichen. Eine solche Betroffenheit kann daher für die Straße, in der der Anwohner lebt, grundsätzlich angenommen werden. Dies gilt in besonderem Maße für Menschen mit Gehbehinderungen.²¹

Hinsichtlich sonstiger, auch in der näheren Umgebung gelegenen Straßen gilt dies jedoch nicht. Hier unterscheidet sich der Anwohner (der anderen Straße) nicht mehr von sonstigen Fußgängern, die mal näher und mal weiter entfernt wohnen. Zwar könnte man annehmen, dass die drittschützende Wirkung des § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO auch noch für Straßen gilt, die für den unmittelbaren Lebensunterhalt begangen werden müssen. Auch dies würde aber den Begriff des Anwohners und die Schutzfunktionen von § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO überdehnen. Es wäre kaum noch eine hinreichende Abgrenzung von Anwohnern und der übrigen Allgemeinheit möglich.²²

Mithin ist die drittschützende Wirkung von § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO auf die eigene Straße, in der der Anwohner wohnt, begrenzt. Hinsichtlich der Querstraße mit dem Bäcker ist A mithin nicht Anwohner; insofern gewährt ihm § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO keinen Drittschutz.

4. Zwischenergebnis

§ 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO kommt als Anspruchsgrundlage für ein Vorgehen gegen das Gehwegparken grundsätzlich in Betracht, soweit die eigene Straße des A betroffen ist. Hinsichtlich der Straße, in der sich der Bäcker befindet, ist keine Anspruchsgrundlage ersichtlich.

Hinweis: Schwerpunkt der Fragestellung ist, ob § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO Drittschutz vermittelt. Dies ist in der Anspruchsgrundlage zu thematisieren. Da der Aufbau viele Studierende allerdings vor Herausforderungen stellen dürfte, fällt es nicht allzu negativ ins Gewicht, wenn sich die Studierenden an einer anderen geeigneten Stelle mit dem Drittschutz auseinandersetzen.

Das Gleiche gilt für die Reichweite des Anspruchs und die im Sachverhalt angelegte Differenzierung zwischen der eigenen Straße und der Straße mit dem Bäcker. Dieser Aspekt kann insbesondere auch in den materiellen Anspruchsvoraussetzungen thematisiert werden. Entscheidendes Argument ist jedoch, dass A als Anwohner in der Querstraße nicht mehr in hinreichendem Maß von der Allgemeinheit abzugrenzen ist. Eine andere Auffassung ist mit guten Argumenten vertretbar.

Es ist ebenfalls mit (sehr) guten Argumenten vertretbar, dass § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO keinen Drittschutz verleiht. Entsprechende Arbeiten müssen jedoch schlüssig darlegen, warum die für einen Drittschutz sprechenden Argumente nicht überwiegen. Der Sachverhalt

²⁰ BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 45.

²¹ Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wurde die Frage untersucht, ob die tatsächlichen Parkverhältnisse bereits die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung tragen. Dies war aufgrund der eindeutigen Sachverhaltsgestaltung im vorliegenden Fall weniger relevant. Siehe hierzu BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 45–47.

²² Unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils stellte das Bundesverwaltungsgericht ferner fest, dass der Anspruch auf ordnungsbehördliches Einschreiten auf die Fahrbahnseite begrenzt ist, an der der Anwohner wohnt BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 62.

legt es in jedem Fall nahe, dass hier Drittschutz besteht. Im Übrigen müssen die Studierenden dann im Hilfsgutachten weiterprüfen.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

A hat einen ordnungsgemäßen Antrag gestellt.

Hinweis: Zuständigkeitsfragen waren nicht zu prüfen.

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Es müssten die materiellen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

§ 22 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StrWG setzt voraus, dass Fahrzeuge verkehrswidrig abgestellt werden. Dies richtet sich nach der Straßenverkehrsordnung. In Betracht kommt hier insbesondere ein Verstoß gegen die Regelungen der Straßenverkehrsordnung über das Parken von Fahrzeugen in § 12 Abs. 4 und 4a StVO. Nach Absatz 4 sind Fahrzeuge auf dem Seitenstreifen, also nicht auf dem Gehweg, zu parken. Auf dem Gehweg dürfen Fahrzeuge gem. Absatz 4a geparkt werden, sofern dies erlaubt ist.²³

In der Straße des A parken die Fahrzeuge regelmäßig aufgesetzt auf dem Gehweg. Verkehrszeichen, die das Gehwegparken gestatten, befinden sich in der Straße nicht.

Mithin werden Fahrzeuge in der Straße des A verkehrswidrig abgestellt.

Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen liegen vor.

IV. Anspruchsinhalt

Fraglich ist, welchen Inhalt der Anspruch aus § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO hat.

1. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung

Aus dem Wortlaut von § 22 Abs. 1 S. 1 StWG ergibt sich, dass ein Einschreiten gegen verbotswidrig geparkte Fahrzeuge im Ermessen der Behörde steht (§ 40 VwVfG NRW). Daraus folgt, dass A grundsätzlich nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung seines Antrags zusteht. Er könnte von der Behörde also nicht eine konkrete Maßnahme, sondern lediglich eine ermessensfehlerfreie Entscheidung verlangen.²⁴

2. Ermessensreduzierung auf Null

In Betracht kommt allerdings, dass im vorliegenden Fall eine Ermessensreduzierung auf Null dazu führt, dass A das von ihm beantragte Einschreiten von der Behörde verlangen kann. Dies wäre der Fall, wenn jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft ist, also an einem Ermessensfehler leiden

²³ Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Übrigen fest, dass durch das längerfristige Dulden des Gehwegparkens durch städtische Behörden kein „Gewohnheitsrecht“ auf Gehwegparken entstehen würde. Siehe hierzu BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 26.

²⁴ Allgemein zum Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 15.

würde.²⁵ Als andere Entscheidung kommt hier insbesondere in Betracht, dass die Behörde ihr Ermessen dahingehend ausübt, nicht gegen die verkehrswidrig geparkten Fahrzeuge vorzugehen, um den Parkdruck in den anderen Stadtteilen nicht zu erhöhen und an dem eigenen Konzept für den Verkehr festzuhalten. Eine solche Entscheidung könnte ermessensfehlerhaft sein, insbesondere gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

Hinweis: Theoretisch könnte man noch über weitere denkbare Handlungsalternativen nachdenken, etwa über ein räumlich eng begrenztes Vorgehen gegen die parkenden Fahrzeuge, die sich unmittelbar vor der Haustür des A befinden. Dies ist im Sachverhalt allerdings nicht angelegt. Entscheidend ist an dieser Stelle vielmehr, dass die Studierenden erkennen, dass eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, wenn alle anderen als die beantragte Maßnahme ermessensfehlerhaft wären.

a) Die Entscheidung, nicht gegen das Gehwegparken in As Straße vorzugehen, müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Die Stadt möchte damit verhindern, dass ihr Verkehrskonzept unterlaufen wird und sich der Parkdruck ungehindert in der Stadt erhöht. Dies ist ein legitimer Zweck.

b) Das Nichteinschreiten gegen das Falschparken in As Straße ist auch geeignet, dieses Ziel zu verfolgen. Da jedes Einschreiten gegen die parkenden Fahrzeuge zu einer Steigerung des Parkdrucks führen würde, sind mildere, gleich geeignete Maßnahmen nicht ersichtlich. Die Entscheidung, nicht einzuschreiten, ist auch erforderlich.

c) Fraglich ist jedoch, ob ein Nichteinschreiten gegen die verkehrswidrig abgestellten Autos in der Straße des A angemessen ist. Dies ist durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu ermitteln. Für die Angemessenheit eines Nichteinschreitens spricht, dass sich die Stadt ausführlich mit dem Problem des Gehwegparkens auseinandergesetzt hat und zur Lösung ein stadtweites Konzept entwickelt hat. Die Herausforderungen des Gehwegparkens und der vermehrten Nutzung von Fahrzeugen führen zu der Notwendigkeit, die Parkraumnutzung nicht punktuell und lokal zu regeln, sondern stadtweite Maßnahmen zu ergreifen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es auch in anderen Stadtteilen zu Nutzungskonflikten und Regelverstößen kommt. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Stadt sich zunächst auf die noch stärker betroffenen Stadtteile konzentriert und sukzessive Maßnahmen ergreift. Darüber hinaus ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Stadt verhindern möchte, dass die von ihr ergriffenen Maßnahmen durch weitere Verlagerungsbewegungen in andere Stadtteile zunichtegemacht werden. Denn wenn Maßnahmen in As Stadtteil ergriffen werden, würde dies dazu führen, dass der Parkdruck in anderen Stadtteilen weiter steigt und mithin die lenkende Wirkung des Parkraumkonzepts unterlaufen wird. Der Stadt würde bei einer Ermessensreduzierung auf Null die Gestaltungsfreiheit genommen werden. Sie könnte das Parkgeschehen nicht mehr gesamthaft steuern. Es muss daher grundsätzlich bei einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung bleiben.²⁶

d) Etwas anderes könnte jedoch mit Blick auf die besonderen Härten im Fall von A gelten. Dieser ist aufgrund seiner Gehbehinderung in ganz besonderem Maße von der Parksituation betroffen und in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt. Zwar werden Fahrzeuge in seiner Straße nur aufgesetzt und nicht mit der vollen Fahrzeugbreite abgestellt wie in den anderen Vierteln. Gleichzeitig verengt sich die Straße auf deutlich unter 1,5 m, sodass er mit seinem Rollstuhl nur noch gerade zwischen Grundstücksgrenzen und Fahrzeugen vorbeifahren kann. Zusätzlich kann er die Straße gar nicht

²⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 24 f. Siehe auch BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 49.

²⁶ Zur Bedeutung der Parkkonzepte BVerwG, Urt. v. 6.6.2024 – 3 C 5/23 (Gehwegparken), Rn. 56.

mehr passieren, wenn weitere Gegenstände wie Mülltonnen und Sperrmüll auf der Straße abgestellt werden. Da dies bereits mehrfach vorgekommen ist, verlässt er sein Haus nur noch selten. Er ist in seiner persönlichen Lebensgestaltung massiv eingeschränkt (Art. 2 Abs. 1 GG).

Diese besondere Härte ist gerade vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Wertung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG besonders schwer hinzunehmen. Die Norm wendet sich gegen Benachteiligungen aufgrund von Behinderungen. Über die reine Abwehrfunktion kommt dem Staat die Pflicht zu, auf Beeinträchtigungen von behinderten Menschen im Rahmen der Möglichkeiten hinzuwirken. Dies spricht für eine Unangemessenheit des Nichteinschreitens und mithin für eine Ermessensreduzierung auf Null.

Im konkreten Fall ist auch nicht zu erwarten, dass bei Gewährung eines gebundenen Anspruchs auf ordnungsrechtliches Einschreiten das Parkraumkonzept der Stadt vereitelt würde. Denn der Kreis an Personen, die einen solchen gebundenen Anspruch hätten, wäre in jedem Fall auf solche beschränkt, bei denen die persönliche Lebensgestaltung in erheblichem Maße durch das verkehrswidrige Parken beeinträchtigt wird. Darüber hinaus ist der Anspruch auf die eigene Straße beschränkt.

e) Die stärkeren Argumente sprechen mithin für eine Unangemessenheit des Nichteinschreitens und mithin für eine Ermessensreduzierung auf Null.

Im konkreten Fall hat § 22 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW i.V.m. § 12 Abs. 4 und 4a StVO daher den Inhalt einer gebundenen Entscheidung.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit guten Gründen vertretbar. Es könnte etwa darauf abgestellt werden, dass der Anspruch doch zu einer erheblichen Beeinträchtigung des städtischen Verkehrskonzeptes führt. Der Sachverhalt deutet die Studierenden allerdings in eine andere Richtung. Entscheidend ist in jedem Fall, dass sich die Studierenden mit den im Sachverhalt angelegten Argumenten gehaltvoll auseinandersetzen.

V. Ergebnis

A hat einen Anspruch gegen die Stadt, geeignete und effektive Maßnahmen gegen das Gehwegparken zu ergreifen. Der Anspruch ist auf seine eigene Straße beschränkt. Ein Anspruch hinsichtlich des Gehwegparkens in der Straße seines Bäckers steht ihm nicht zu.

Aufgabe 3²⁷

Der rechtsstaatliche Ausgangsfall im Verhältnis von Bürgern und Verwaltung ist die (allgemeine) Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.²⁸ Es gilt: „Erlaubt ist, was nicht verboten ist.“²⁹ Als normativer Anknüpfungspunkt kann die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG dienen. Dass der Staat nur bei konkreten Gefährdungen bzw. aus speziellen Anlässen die Freiheitssphäre der Bürgerinnen und Bürger verkürzt, verwirklicht in besonderem Maße das grundfreiheitliche Freiheitsversprechen und ist daher der verfassungsrechtliche Normalfall. Die Platzverweisung gem. § 34 Abs. 1 S. 1 PolG NRW unterfällt diesem Grundtypus staatlicher Regulierung. Die Bürgerinnen und Bürger können sich grundsätzlich an jedem (öffentlichen) Ort aufhalten. Die Polizei hat für Fälle, in denen eine *Gefahr* besteht, die Befugnis, eine Person vorübergehend von einem Ort zu verweisen.

²⁷ Die nachstehenden Ausführungen beruhen auf *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 165–182.

²⁸ *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 165–168.

²⁹ *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 165.

In vielen Fällen wird grundrechtlich geschütztes Verhalten durch den Gesetzgeber zunächst untersagt und unter einen staatlichen Kontrollvorbehalt gestellt. Man spricht von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.³⁰ Der Gesetzgeber bedient sich dieser Regulierungsstrategie, wenn ein bestimmtes Verhalten zwar an sich erwünscht ist, aber typischerweise mit besonderen Gefahren einhergeht, die im Rahmen eines Kontrollverfahrens beherrschbar gemacht werden sollen. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, hat der Bürger einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung. § 60 Abs. 1 BauO NRW i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ist diesem Grundtypus zuzuordnen. Die Errichtung von Anlagen bedarf gem. § 60 Abs. 1 BauO NRW der Baugenehmigung – die an sich erlaubte Tätigkeit der Errichtung von Anlagen wird also zunächst präventiv verboten. Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, besteht jedoch gem. § 74 Abs. 1 BauO NRW ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung („ist zu erteilen“).

Ein dritter verwaltungsrechtlicher Regulierungstyp ist das Verbot mit Befreiungsvorbehalt.³¹ Nach der gesetzgeberischen Wertung werden Tätigkeiten in diesen Fällen grundsätzlich untersagt, wobei in besonderen Einzelfällen von den gesetzlichen Verboten befreit werden kann. Dogmatisch steht die Befreiungsentscheidung jedoch im behördlichen Ermessen; der Bürger hat (typischerweise) keinen Anspruch auf die Erteilung der Befreiung, seine Rechtsposition ist mithin deutlich schwächer als beim Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.³² Um eine solche Regelung handelt es sich bei § 21a StVO i.V.m. § 46 Abs. 1 Nr. 5b StVO. Denn während einer Fahrt mit einem Fahrzeug müssen Sicherheitsgurte aufgrund des hohen Schadenspotenzials grundsätzlich angelegt werden. Nur ausnahmsweise kann hiervon gem. § 46 Abs. 1 StVO befreit werden. Die Entscheidung steht im Ermessen der Behörde („kann“).

Bei der Norm des § 10 Abs. 1 S. 1 VersG NRW handelt es sich um einen Sonderfall. Denn ausweislich des eindeutigen Wortlauts der Norm ist die Veranstaltung einer öffentlichen Versammlung der zuständigen Behörde „anzuzeigen“. Eine Genehmigungspflicht besteht nicht, sodass es sich bei der Regelung nicht um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt. Gleichzeitig handelt es sich aber auch nicht um eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt in ihrer Reinform, da die Veranstaltung der Versammlung der Behörde zu melden ist (anders als etwa in den Fällen des § 34 Abs. 1 PolG NRW). Die Regelung kann daher als ein Sonderfall der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt angesehen werden.³³

Hinweis: Überdurchschnittliche Bearbeitungen sind mit den zentralen Begriffen der Grundtypen vertraut, können ihre Funktionen erklären und die genannten Normenbeispiele richtig zuordnen. Es ist jedoch ebenfalls positiv zu berücksichtigen, wenn Bearbeitungen die treffenden Begrifflichkeiten nicht verwenden, aber die strukturellen Unterschiede der Normenbeispiele erkennen und im Wesentlichen erfassen.

³⁰ Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 169–172.

³¹ Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 173–175.

³² Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 173.

³³ Vgl. Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 168.

Semesterabschlussklausur im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht: Shampoo für den Schulhund*

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Gerhards, Hamburg**

An Schulen werden zunehmend speziell ausgebildete Therapiehunde im Unterricht eingesetzt. Sie können die Atmosphäre im Klassenzimmer verbessern, indem sie den Schülern Wärme, Frohsinn und Motivation vermitteln. Mitunter kann ein Schulhund aber auch Kopfzerbrechen bereiten – etwa bei der Frage, wie dieser bei der Einkommensteuer zu berücksichtigen ist. Neben der Frage nach dem Werbungskostenabzug für einen Schulhund prüft die Klausur grundlegende Kenntnisse des Einkommensteuerrechts und des Körperschaftsteuerrechts – etwa zu verschiedenen Pauschbeträgen, zur verdeckten Gewinnausschüttung und zu § 8b KStG. Für eine Anfängerklausur weist sie aufgrund der Menge an Einzelfragen und erforderlichen Systemkenntnisse des Steuerrechts einen gehobenen Schwierigkeitsgrad auf.

Sachverhalt

Anna Akita (A) wohnt mit ihrem Ehemann Bernd Beagle (B) in Hamburg. Sie ist als Lehrerin an einer Hamburger Schule tätig und dort für ein Bruttojahresgehalt von 50.000 € angestellt. Auf einer Schulkonferenz 2024 wurde der Beschluss gefasst, künftig einen Schulhund im Unterricht einzusetzen. An der Schule war zuvor ein Konzept der tiergestützten Pädagogik erarbeitet worden. A, die schon immer einen Hund als Haustier haben wollte, schafft daraufhin im Juli 2024 die Hündin Lola Labrador (L) zum Preis von 1.600 € an und lässt diese zum Schulhund ausbilden. Die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Hündin beträgt ab dem Kauf noch acht Jahre. Im Rahmen des Schulhundprogramms wird die Hündin L von A insbesondere im Unterricht eingesetzt. Zu diesem Zweck nimmt A die L nahezu jeden Arbeitstag mit in die Schule. Außerhalb der Arbeitszeit lebt L als Haustier bei A und B im Haushalt. A geht mit ihr täglich raus und nimmt sie zu Ausflügen am Wochenende mit. A hat ihre neue vierbeinige Begleiterin von Beginn an ins Herz geschlossen. Es ist davon auszugehen, dass sie die Hündin L je zur Hälfte beruflich und privat nutzt.

Die Entfernung (kürzeste Straßenverbindung) zwischen ihrer Wohnung und der Schule beträgt fünf Kilometer. Auch nach Anschaffung der Hündin nutzt A für den Weg zur Arbeit und für den Heimweg den Bus. Für ihr Nahverkehrsticket zahlt sie im Jahr 2024 insgesamt 600 € (50 € pro Monat). Sie fährt nachweislich an 220 Arbeitstagen zur Arbeit in die Schule.

A möchte in ihrer Einkommensteuererklärung für 2024 neben den Fahrtkosten für den Weg zur Arbeit auch die Aufwendungen für die Hündin als Werbungskosten geltend machen. Diese setzen sich zusammen aus einer Abschreibung für die Anschaffung der Hündin auf acht Jahre (100 € für das Jahr 2024), Aufwendungen für eine Tierhaftpflichtversicherung, Futtermittel, Hundepflege, Tierarzt (800 €) und die Ausbildung zum Therapiehund (1.950 €).

B ist Mitgesellschafter der Wau Wau-GmbH (W-GmbH). Die W-GmbH hat ihren Sitz in Hamburg und produziert und vertreibt Pflegeprodukte für den Hundefriseurbedarf. B erhält im Jahr 2024 Gewinn-

* Die Klausur wurde im Frühjahrstrimester 2025 an der Bucerius Law School in Hamburg als Abschlussklausur der Vorlesung Bilanzen und Steuern gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug zwei Stunden. Für die Veröffentlichung wurde die Klausur leicht überarbeitet.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Steuerrecht von Professorin Dr. Birgit Weitemeyer an der Bucerius Law School in Hamburg.

ausschüttungen i.H.v. 150.000 € von der W-GmbH. Er ist zudem als Geschäftsführer der W-GmbH tätig und als solcher bei dieser angestellt. Er erhält ein Bruttojahresgehalt von 80.000 €, das von der W-GmbH ordnungsgemäß verbucht wird und bei der Gewinnermittlung bereits berücksichtigt wurde.

B möchte seine Ehefrau nach Anschaffung der Hündin L im Juli 2024 unterstützen. Er schenkt ihr aus dem Warenbestand der W-GmbH daher einen Jahresvorrat an Luxushundeshampoo. Diesen hatte die W-GmbH zu einem Einkaufspreis von 300 € angeschafft und hätte ihn für einen Marktpreis von 500 € noch im gleichen Jahr an einen ihrer Kunden weiterveräußern können. Der Vorgang wird von der Buchhaltung der W-GmbH berücksichtigt und das Shampoo wird aus dem Warenbestand gewinnmindernd ausgebucht.

B entstehen im Jahr 2024 im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer unstreitige Werbungskosten i.H.v. 900 €. Zudem hat er sich im August 2024 einen neuen Laptop für 1.800 € (inkl. Ust.) angeschafft, den er fast ausschließlich beruflich nutzt. Die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Laptops beträgt drei Jahre.

Die W-GmbH möchte ihr Geschäft weiter ausbauen. Im Herbst 2024 erwirbt sie daher im Hinblick auf eine künftige enge Zusammenarbeit eine Beteiligung i.H.v. 15 % an der Pudelwohl-GmbH (P-GmbH), die mehrere Hundefriseurgeschäfte in Norddeutschland betreibt. Die P-GmbH schüttet Ende 2024 eine Dividende i.H.v. 1.000.000 € an die W-GmbH aus. Die Dividende wird in voller Höhe bei der Gewinnermittlung der W-GmbH berücksichtigt.

Der bisher ermittelte handelsbilanzielle Gewinn der W-GmbH für 2024 beläuft sich auf 1.000.000 €.

Aufgabe 1

Ermitteln Sie die Summe der Einkünfte von A und B für den Veranlagungszeitraum 2024.

Aufgabe 2

Wie hoch ist die zu zahlende Körperschaftsteuer der W-GmbH für das Jahr 2024?

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass der persönliche Steuersatz von A und B oberhalb von 25 % liegt.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: Summe der Einkünfte von A und B für den Veranlagungszeitraum 2024.....	956
A. Subjektive Steuerpflicht	956
B. Veranlagung.....	956
C. Objektive Steuerpflicht	956
I. Einkünfte der A	957
1. Einkünftequalifikation.....	957
2. Einkünfteermittlung	957
a) Ermittlungsart	957
b) Höhe der Einkünfte.....	957
aa) Einnahmen	957

bb) Werbungskosten	957
(1) Fahrtkosten.....	957
(2) Schulhund.....	958
(a) Arbeitsmittel.....	958
(b) Aufteilung nach objektivem Maßstab.....	959
(aa) Anschaffungskosten	959
(bb) Sonstige Aufwendungen.....	959
(cc) Ausbildung zum Therapiehund	959
(3) Zwischenergebnis.....	959
3. Zwischenergebnis.....	959
II. Einkünfte des B	960
1. Tätigkeit als Geschäftsführer der W-GmbH	960
a) Einkünftequalifikation	960
b) Einkünfteermittlung	960
aa) Ermittlungsart	960
bb) Höhe der Einkünfte	960
(1) Einnahmen.....	960
(2) Werbungskosten.....	960
(a) Unstreitige Werbungskosten	960
(b) Neuer Laptop.....	960
(c) Zwischenergebnis	961
cc) Zwischenergebnis	961
2. Beteiligung an der W-GmbH.....	961
a) Einkünftequalifikation	961
b) Einkünfteermittlung	961
aa) Ermittlungsart	961
bb) Höhe der Einkünfte	961
(1) Dividende.....	961
(2) Geschenk an Ehefrau A als vGA	961
(a) Zuwendung eines Vermögensvorteils	962
(b) Außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung	962
(c) Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis.....	962
(d) Zwischenergebnis vGA.....	963
(3) Zwischenergebnis.....	963
III. Ergebnis.....	963

Aufgabe 2: Höhe der zu zahlenden Körperschaftsteuer der W-GmbH für das Jahr 2024 ... 963

A. Subjektive Steuerpflicht	963
B. Objektive Steuerpflicht	963
I. Einkommen	964
1. Handelsbilanzieller Gewinn	964
2. Dividende der P-GmbH.....	964
a) Privilegierung nach § 8b Abs. 1 S. 1 KStG.....	964
b) Ausschluss nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG.....	964
c) Ausnahme nach § 8b Abs. 4 S. 6 KStG	964
d) Nicht abzugsfähige Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	964
3. Geschenk an A.....	965
4. Zwischenergebnis.....	965
II. Zu versteuerndes Einkommen.....	965
III. Körperschaftsteuer 2024.....	965

Aufgabe 1: Summe der Einkünfte von A und B für den Veranlagungszeitraum 2024**A. Subjektive Steuerpflicht**

A und B sind als natürliche Personen mit Wohnsitz (§ 8 AO) im Inland gem. § 1 Abs. 1 S. 1 EStG unbeschränkt einkommensteuerpflichtig.

B. Veranlagung

A und B sind Ehegatten im Sinne des BGB (vgl. § 1353 Abs. 1 BGB). Sie sind beide unbeschränkt einkommensteuerpflichtig nach § 1 Abs. 1 S. 1 EStG (siehe oben) und leben zudem nicht dauernd getrennt, sodass ihnen das Ehegattenwahlrecht nach § 26 Abs. 1 S. 1 EStG zwischen Einzelveranlagung (§ 26a EStG) und Zusammenveranlagung (§ 26b EStG) zusteht. Da aus dem Sachverhalt nichts Gegenteiliges hervorgeht, ist davon auszugehen, dass sie keine Erklärung i.S.d. § 26 Abs. 2 EStG abgegeben haben. Nach § 26 Abs. 3 EStG ist daher eine Zusammenveranlagung durchzuführen. Demnach werden die Einkünfte von A und B getrennt ermittelt, zusammengerechnet und den Ehegatten gemeinsam zugerechnet. Sodann werden die beiden Ehegatten wie ein Steuerpflichtiger behandelt. Sie unterliegen dem Splittingtarif nach § 32a Abs. 5 EStG.

C. Objektive Steuerpflicht

Der Einkommensteuer unterliegen die von A und B erzielten Einkünfte bzw. das daraus zu entwickelnde zu versteuernde Einkommen, § 2 Abs. 1–5 EStG. Gefragt ist nur nach der Summe der Einkünfte, vgl. § 2 Abs. 3 EStG.

I. Einkünfte der A

1. Einkünftequalifikation

A könnte als Lehrerin Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG i.V.m. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG erzielen. Sie ist als Lehrerin an einer Hamburger Schule angestellt und in diesem Anstellungsverhältnis weisungsgebunden gegenüber ihrem Arbeitgeber. Das erforderliche Dienstverhältnis i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG, § 1 Abs. 1 und 2 LStDV liegt damit vor – unabhängig davon, ob sie an einer privaten oder öffentlichen Schule angestellt ist und ob sie verbeamtet ist.

2. Einkünfteermittlung

a) Ermittlungsart

Einkünfte sind gem. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten nach §§ 8–9a EStG.

b) Höhe der Einkünfte

aa) Einnahmen

Einnahmen sind alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Steuerpflichtigen zufließen, § 8 Abs. 1 EStG. Im Rahmen der nichtselbständigen Tätigkeit zählt dazu insbesondere das Gehalt, § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG. Das Bruttogehalt der A beträgt 50.000 €.

bb) Werbungskosten

Gem. § 9 Abs. 1 S. 1 EStG sind Werbungskosten alle Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen.

(1) Fahrtkosten

Die Aufwendungen der A für den Weg zwischen ihrer Wohnung und ihrer ersten Tätigkeitsstätte (Schule, an der A angestellt ist) stellen nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 S. 1 EStG Werbungskosten dar.

Grundsätzlich werden diese mit der sog. Pendlerpauschale nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 S. 2 Hs. 1 EStG abgegolten, vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 EStG. Demnach ist für jeden Arbeitstag, an dem der Arbeitnehmer die erste Tätigkeitsstätte aufsucht, eine Entfernungspauschale für jeden vollen Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte von 0,30 € anzusetzen, höchstens jedoch 4.500 € im Kalenderjahr.

Für A, die nachweislich an 220 Tagen im Jahr 2024 zur Arbeit in die Schule gefahren ist und dafür eine Entfernung von 5 km überwindet, beträgt die Entfernungspauschale demnach: $220 \times 5 \times 0,30 \text{ €} = 330 \text{ €}$.

A nutzte für den Arbeitsweg den Bus. Die Aufwendungen für die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel können anstelle der Pendlerpauschale angesetzt werden, soweit sie den im Kalenderjahr insgesamt als Entfernungspauschale abziehbaren Betrag übersteigen, § 9 Abs. 2 S. 2 EStG.

A hatte Aufwendungen für die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel i.H.v. insgesamt 600 €. Damit übersteigen sie den als Entfernungspauschale abziehbaren Betrag von 330 € und können als Werbungskosten geltend gemacht werden.

(2) Schulhund

A möchte ihre Aufwendungen für die Hündin L, die sie als Schulhund einsetzt, als Werbungskosten geltend machen.

(a) Arbeitsmittel

Möglicherweise handelt es sich bei der L um ein Arbeitsmittel i.S.d. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 EStG. Arbeitsmittel sind alle Gegenstände, die ausschließlich oder zumindest weitaus überwiegend der Einnahmeerzielung dienen.¹ Es ist grundsätzlich möglich, dass Tiere Arbeitsmittel im einkommensteuerlichen Sinne sind.²

Bei Gegenständen, die auch im Rahmen der allgemeinen Lebensführung (§ 12 Nr. 1 S. 2 EStG) genutzt werden können, ist der tatsächliche Verwendungszweck im Einzelfall für die Einordnung als Arbeitsmittel entscheidend. Um die Aufwendungen vollständig als Werbungskosten absetzen zu können, ist eine ausschließliche oder zumindest weitaus überwiegende berufliche Nutzung zur Einnahmeerzielung erforderlich. Eine geringfügige private Mitnutzung ist unschädlich. Für die Nutzung von Tieren gelten diese Grundsätze gleichermaßen (vgl. § 90a BGB). Ein Hund, der neben beruflichen in nicht unerheblichem Umfang auch privaten Zwecken dient, stellt kein Arbeitsmittel dar. Dies gilt auch, wenn das Tier für berufliche Zwecke erworben wurde und für eine ausschließlich private Nutzung nicht angeschafft worden wäre.³

Die Vorschrift des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG, wonach Aufwendungen für die private Lebensführung des Steuerpflichtigen nicht abziehbar sind, enthält gleichwohl kein generelles Aufteilungs- oder Abzugsverbot für gemischt veranlasste Aufwendungen. Die Norm steht einer Aufteilung von gemischt veranlassten, aber anhand ihrer beruflichen und privaten Anteile trennbaren Kosten nicht entgegen. Eine private Mitbenutzung steht damit grundsätzlich einem Werbungskostenabzug nach § 9 Abs. 1 S. 1 EStG nicht entgegen, wenn anhand von objektiven Maßstäben eine Aufteilung möglich ist.⁴

Die Feststellung, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, erfolgt unter Würdigung aller Umstände nach der tatsächlichen Zweckbestimmung, d.h. nach der Funktion des Wirtschaftsgutes im Einzelfall.

A schaffte die Hündin L an, um diese im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit als Lehrerin an einer Hamburger Schule im Rahmen des dortigen Schulhundprogramms einzusetzen. A hat die Hündin auch tatsächlich an ihren Unterrichtstagen in der Schule eingesetzt. Angesichts des Umfangs von regelmäßig fünf Arbeitstagen pro Woche ist die berufliche Nutzung des Hundes nicht von untergeordneter Bedeutung.

Die Hündin L lebt außerhalb der Arbeitszeit von A in ihrem Haushalt als Haustier. A geht mit der Hündin täglich raus und nimmt sie an Wochenenden mit zu Ausflügen. Damit findet die Hündin L nicht ausschließlich beruflich, sondern in nicht unerheblichem Umfang auch privat Verwendung.

Die Teilhabe der Hündin L am privaten Leben der A, also deren Verpflegung und Unterbringung im Haushalt der A, könnte aber auch eine Voraussetzung dafür sein, dass sie als Schulhund eingesetzt werden kann. Die private Nutzung, so ließe sich argumentieren, dient der Funktionsfähigkeit des Arbeitsmittels Hund. Das ist etwa der Fall bei einem Polizeihund, der aufgrund dienstlicher Anordnung nach Dienstende vom Beamten mit nach Hause genommen werden muss. Nur durch die pri-

¹ Thürmer, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, Kommentar, 176. Lfg., Stand: April 2025, EStG § 9 Rn. 446 mit Nachweisen in der st.Rspr. des BFH.

² Siehe nur BFH DStRE 2010, 1293; BFH DStR 2021, 714.

³ BFH DStRE 2010, 1293 (1293 Rn. 12 m.w.N.); ebenso BFH DStR 2021, 714 (715 Rn. 16).

⁴ Grundlegend der Beschluss des Großen Senats BFH DStR 2010, 101 (102 Rn. 100 ff.).

vate Unterbringung kann die notwendige Bindung zwischen Hundeführer und Hund für den Einsatz des Tieres im Polizeiegebrauch aufrechterhalten werden.⁵ Für die private Unterbringung der L gibt es jedoch keine Dienstanweisung. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dies eine zwingende Voraussetzung für ihren Einsatz als Schulhund ist.

Folglich handelt es sich bei der Hündin L nicht um ein Arbeitsmittel i.S.d. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 EStG, das den vollständigen Abzug der für die Hündin angefallenen Aufwendungen rechtfertigen würde.⁶

(b) Aufteilung nach objektivem Maßstab

Soweit die von A für die Hündin L getätigten Aufwendungen jedoch nach objektiven Maßstäben in einen beruflichen und einen privat veranlassten Teil aufgeteilt werden können, ist ein Werbungskostenabzug des beruflich veranlassten Teils möglich.

Die von A geltend gemachten Aufwendungen setzen sich zusammen aus einer Abschreibung für die Anschaffung des Hundes auf acht Jahre (100 €), den Aufwendungen für eine Tierhaftpflichtversicherung, Futtermittel, Hundepflege, Tierarzt (800 €) und die Ausbildung zum Therapiehund (1.950 €). Es ist davon auszugehen, dass die Hündin je zur Hälfte beruflich und zur anderen Hälfte privat genutzt wird. Somit ist die Aufteilung anhand eines objektiven Maßstabs möglich, sofern im Einzelnen gemischt veranlasste Aufwendungen vorliegen.

(aa) Anschaffungskosten

Die hälftigen Anschaffungskosten für die Hündin sind im Wege der sog. AfA (Absetzung für Abnutzung) gem. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG i.V.m. § 7 Abs. 1 EStG geltend zu machen. Gem. § 7 Abs. 1 S. 4 EStG vermindert sich der Absetzungsbetrag nach Satz 1 im Jahr der Anschaffung um jeweils ein Zwölftel für jeden vollen Monat, der dem Monat der Anschaffung vorangeht. A hat die L im Juli 2024 für 1.600 € angeschafft. Sie kann somit $1.600 € \times \frac{1}{2} \times \frac{1}{8} \times \frac{6}{12} = 50 €$ als Werbungskosten geltend machen.

(bb) Sonstige Aufwendungen

Die Aufwendungen für die Tierhaftpflichtversicherung, Futtermittel, Hundepflege und den Tierarzt i.H.v. 800 € kann A hälftig als Werbungskosten geltend machen: 400 €.

(cc) Ausbildung zum Therapiehund

Die Ausbildung der L zum Therapiehund war vollständig beruflich veranlasst. A hat von dieser keinen privaten Nutzen. Die hierzu von A getätigten Aufwendungen i.H.v. 1.950 € können daher in vollem Umfang im Jahr 2024 als Werbungskosten gelten gemacht werden.

(3) Zwischenergebnis

A kann Werbungskosten i.H.v. insgesamt $600 € + 50 € + 400 € + 1.950 € = 3.000 €$ geltend machen. Diese liegen über dem Werbungskostenpauschalbetrag von 1.230 € (§ 9a S. 1 Nr. 1 lit. a EStG).

3. Zwischenergebnis

A erzielt somit Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.H.v. $50.000 € ./ 3.000 € = 47.000 €$.

⁵ BFH DStRE 2010, 1293 (1294 Rn. 14).

⁶ Siehe hierzu BFH DStR 2021, 714 (715 Rn. 19).

Weitere Einkünfte der A sind nicht ersichtlich.

II. Einkünfte des B

1. Tätigkeit als Geschäftsführer der W-GmbH

a) Einkünftequalifikation

B könnte als Geschäftsführer Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit gem. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG i.V.m. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG erzielen. B ist als Geschäftsführer bei der W-GmbH angestellt. Er ist weisungsgebunden im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) und in die betriebliche Organisation der GmbH eingegliedert. Er steht mit der W-GmbH in einem Dienstverhältnis i.S.d. § 1 Abs. 1, Abs. 2 LStDV und erzielt somit im Rahmen dieser Tätigkeit Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.⁷

Einkünfte, die ein Geschäftsführer erzielt, der zugleich Gesellschafter der Arbeitgeber-GmbH ist, werden grundsätzlich nicht zu gewerblichen Einkünften oder Einkünften aus Kapitalvermögen umqualifiziert.

b) Einkünfteermittlung

aa) Ermittlungsart

Einkünfte sind gem. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten nach §§ 8–9a EStG.

bb) Höhe der Einkünfte

(1) Einnahmen

B erhält von der W-GmbH ein Bruttogehalt i.H.v. 80.000 €.

(2) Werbungskosten

(a) Unstreitige Werbungskosten

B entstanden unstreitige Werbungskosten i.H.v. 900 €, § 9 Abs. 1 S. 1 EStG.

(b) Neuer Laptop

Zudem hat sich B einen neuen Laptop angeschafft. Dabei könnte es sich um ein Arbeitsmittel i.S.d. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 EStG handeln. Arbeitsmittel sind alle Gegenstände, die ausschließlich oder zumindest weitaus überwiegend der Einnahmeerzielung dienen.⁸

B nutzt den Laptop fast ausschließlich beruflich. Es handelt sich somit um ein Arbeitsmittel nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 EStG.

Die Anschaffungskosten für den Laptop sind absetzbar im Wege der AfA gem. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG i.V.m. § 7 Abs. 1 EStG (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 S. 2 EStG). Auch hier gilt gem. § 7 Abs. 1 S. 4 EStG, dass

⁷ Vgl. BFH DStR 2009, 1355 (1356); siehe auch Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 27. Aufl. 2024, Rn. 768.

⁸ Thürmer, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, Kommentar, 176. Lfg., Stand: April 2025, EStG § 9 Rn. 446.

sich der Absatzbetrag nach Satz 1 im Jahr der Anschaffung um jeweils ein Zwölftel für jeden vollen Monat vermindert, der dem Monat der Anschaffung vorangeht.

B hat den Laptop im August 2024 für 1.800 € (inkl. USt.) angeschafft. Da B für den Laptop nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist, sind ihm auch in dieser Höhe Anschaffungskosten entstanden (vgl. § 255 Abs. 1 HGB). Die gewöhnliche Nutzungsdauer beträgt drei Jahre. B kann somit im Wege der AfA Werbungskosten i.H.v. $1.800 \text{ €} \times \frac{1}{3} \times \frac{5}{12} = 250 \text{ €}$ geltend machen.

(c) Zwischenergebnis

B entstanden somit insgesamt tatsächliche Werbungskosten i.H.v. 1.150 €.

Diese Summe liegt knapp unterhalb des Arbeitnehmerpauschbetrags von 1.230 € nach § 9a S. 1 Nr. 1 lit. a EStG. Es ist für ihn günstiger, diesen geltend zu machen. B kann somit 1.230 € als Werbungskosten geltend machen.

cc) Zwischenergebnis

B erzielt einen Überschuss der Einnahmen über den Werbungskosten i.H.v. $80.000 \text{ €} - 1.230 \text{ €} = 78.770 \text{ €}$.

2. Beteiligung an der W-GmbH

a) Einkünftequalifikation

Gewinnanteile und sonstige Bezüge aus Anteilen an einer GmbH gehören nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. B ist Mitgesellschafter der W-GmbH und erzielt mit seiner Beteiligung Einkünfte aus Kapitalvermögen.

b) Einkünfteermittlung

aa) Ermittlungsart

Einkünfte sind gem. §§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und S. 2, 20 Abs. 9 EStG der Überschuss der Einnahmen über dem Sparerpauschbetrag.

bb) Höhe der Einkünfte

(1) Dividende

Zunächst hat B Einnahmen i.H.v. 150.000 €, die er als Gewinnausschüttung von der W-GmbH erhalten hat.

(2) Geschenk an Ehefrau A als vGA

Das Geschenk von B an seine Ehefrau A könnte als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zu qualifizieren sein, die zu Einkünften aus Kapitalvermögen des Gesellschafters führt, § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG.

Eine vGA liegt vor, wenn eine Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat.⁹

(a) Zuwendung eines Vermögensvorteils

Indem B der A Luxushundeshampoo aus dem Warenbestand der W-GmbH schenkte, entstand bei der W-GmbH eine Vermögensminderung: Das für 300 € eingekaufte Shampoo fehlt im Warenbestand der W-GmbH. Zudem liegt eine verhinderte Vermögensmehrung vor. Die W-GmbH hätte das Shampoo für 500 € weiterveräußern und damit einen Gewinn von 200 € machen können. Damit wurde ein Vermögensvorteil zugewendet.

(b) Außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung

Die Zuwendung des Vermögensvorteils steht nicht in Zusammenhang mit einer offenen Gewinnausschüttung und liegt damit außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung.

(c) Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis

Fraglich ist, ob der Vorgang durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Dies ist anhand eines Fremdvergleichs zu beurteilen: Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt vor, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer ein solches Geschäft nicht durchgeführt hätte.¹⁰

Eine gesellschaftliche Veranlassung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn einem Gesellschafter ein Vorteil durch die Gesellschaft zugewendet wird. Hier wurde der Shampoo-Vorrat indes nicht B selbst zugewandt, sondern A.

Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis kann aber auch dann vorliegen, wenn der Vorteil nicht unmittelbar dem Gesellschafter, sondern einer diesem nahestehenden Person zugewendet wird.¹¹ Die Nähebeziehung zum Gesellschafter kann familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein. Sie ist ein Indiz für die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis.¹² Entscheidend ist aber letztlich nicht, ob eine Nähebeziehung besteht, sondern ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer den Vorteil einer nicht nahestehenden Person nicht gewährt hätte.¹³

A ist die Ehefrau von B, somit dessen Angehörige (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 2 AO) und eine dem Gesellschafter nahestehende Person.¹⁴ Diese Nähebeziehung indiziert eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis. Bei dem Shampoo handelt es sich um ein werthaltiges Wirtschaftsgut. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer hätte dieses einem fremden Dritten nicht geschenkt, solange dies nicht mit wirtschaftlichen Vorteilen, etwa in Form von Werbeeffekten verbunden ist.

Folglich hält das Geschäft einem Fremdvergleich nicht stand. Der Vorgang ist somit durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst.

⁹ Ratschow, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, Kommentar, 176. Lfg., Stand: April 2025, EStG § 20 Rn. 112 mit Nachweisen in der st.Rspr. des BFH.

¹⁰ Ratschow, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, Kommentar, 176. Lfg., Stand: April 2025, EStG § 20 Rn. 124 mit Nachweisen in der st.Rspr. des BFH.

¹¹ Weitemeyer/Maciejewski, Unternehmensteuerrecht, 2. Aufl. 2024, Rn. 1067 ff.

¹² Schmidt, in: BeckOK EStG, Stand: 1.4.2025, § 20 Rn. 613 f.

¹³ Weitemeyer/Maciejewski, Unternehmensteuerrecht, 2. Aufl. 2024, Rn. 1068.

¹⁴ BFH DStRE 2016, 158 (159 Rn. 25).

(d) Zwischenergebnis vGA

Das Verschenken des Luxushundeshampoos stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung für B dar. Als Einnahme, die nicht in Geld besteht, bestimmt sich deren Höhe nach § 8 Abs. 2 S. 1 EStG, also nach den um übliche Preisnachlässe geminderten üblichen Endpreisen am Abgabeort.¹⁵ Dieser entspricht dem Marktpreis von 500 € für das Shampoo.

Die vGA führt bei B zu Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG. Die Weitergabe des Shampoos an seine Ehefrau A ist rein privater Natur und daher nach § 12 Nr. 1 EStG einkommensteuerlich nicht relevant.

(3) Zwischenergebnis

B erzielt somit insgesamt Einnahmen aus Kapitalvermögen i.H.v. $150.000 \text{ €} + 500 \text{ €} = 150.500 \text{ €}$.

Von den Einnahmen kann B aufgrund der Zusammenveranlagung mit A gem. § 20 Abs. 9 S. 2 EStG einen Sparerpauschbetrag i.H.v. 2.000 € abziehen.

Der von B erzielte Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten beträgt somit $150.500 \text{ €} - 2.000 \text{ €} = 148.500 \text{ €}$.

Diese Einkünfte bleiben gem. § 2 Abs. 5b EStG jedoch für die Bemessung der Einkommensteuer unberücksichtigt und fließen in die Summe der Einkünfte nicht ein, sondern werden nach § 32d Abs. 1 S. 1 EStG einheitlich mit einem Tarif von 25 % besteuert („Abgeltungsteuer“). Von einem geringeren persönlichen Steuersatz als 25 % ist nach dem Bearbeitungshinweis nicht auszugehen, sodass eine Günstigerprüfung nach § 32d Abs. 6 S. 1, S. 4 EStG nicht in Betracht kommt.

III. Ergebnis

Die Summe der Einkünfte von A und B beträgt damit $47.000 \text{ €} + 78.770 \text{ €} = 125.770 \text{ €}$.

Zusätzlich haben sie Einkünfte aus Kapitalvermögen i.H.v. 148.500 €.

Aufgabe 2: Höhe der zu zahlenden Körperschaftsteuer der W-GmbH für das Jahr 2024**A. Subjektive Steuerpflicht**

Die W-GmbH hat ihren Sitz im Inland und ist damit als Kapitalgesellschaft gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig.

B. Objektive Steuerpflicht

Die Körperschaftsteuer bemisst sich nach dem zu versteuernden Einkommen, § 7 Abs. 1 KStG. Das zu versteuernde Einkommen ist das Einkommen i.S.d. § 8 Abs. 1 KStG, vermindert um die Freibeträge der §§ 24, 25 KStG (vgl. § 7 Abs. 2 KStG). Was als Einkommen gilt und wie das Einkommen zu ermitteln ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des EStG sowie des KStG, § 8 Abs. 1 S. 1 KStG. Nach § 8 Abs. 2 KStG sind dabei alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln.

¹⁵ Schmidt, in: BeckOK EStG, Stand: 1.4.2025, § 20 Rn. 656.

I. Einkommen

1. Handelsbilanzieller Gewinn

Als Handelsgesellschaft nach § 13 Abs. 3 GmbHG finden gem. § 6 HGB die Vorschriften für Kaufleute auch auf die W-GmbH Anwendung. Sie ist daher nach Handelsrecht (§ 238 Abs. 1 S. 1 HGB) und nach Steuerrecht (§ 140 AO) buchführungspflichtig und ermittelt ihren Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich gem. §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 EStG.

Der Gewinn ist nach § 4 Abs. 1 S. 1 EStG der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Ende des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen zum Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahres. Der bisher ermittelte handelsbilanzielle Gewinn der W-GmbH beläuft sich auf 1.000.000 €. Er muss jedoch möglicherweise aufgrund einiger Geschäftsvorfälle modifiziert werden.

2. Dividende der P-GmbH

Die Dividende der P-GmbH wurde bei der W-GmbH handelsrechtlich zutreffend i.H.v. 1.000.000 € als Ertrag erfasst.

a) Privilegierung nach § 8b Abs. 1 S. 1 KStG

Bei der Dividende handelt es sich um einen Bezug i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG. Ein solcher wird grundsätzlich nach § 8b Abs. 1 S. 1 KStG steuerrechtlich privilegiert und bleibt bei der Ermittlung des Einkommens der GmbH außer Ansatz.

b) Ausschluss nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG

Die steuerliche Privilegierung der Dividende könnte aber nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG ausgeschlossen sein, wenn die Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres unmittelbar weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals betragen hat (sog. Streubesitzdividende).¹⁶ Die Beteiligung an der P-GmbH bestand zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht.

c) Ausnahme nach § 8b Abs. 4 S. 6 KStG

Der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % gilt jedoch als zu Beginn des Kalenderjahres erfolgt, § 8b Abs. 4 S. 6 KStG. Die im Laufe des Jahres erworbene Beteiligung an der P-GmbH i.H.v. 15 % fällt daher weiter unter die Privilegierung von § 8b Abs. 1 S. 1 KStG und ist nicht nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG ausgeschlossen.

Die Einnahmen aus der Dividende bleiben bei der Ermittlung des Einkommens der W-GmbH somit außer Betracht und der handelsbilanzielle Gewinn ist steuerlich um 1.000.000 € zu mindern.

d) Nicht abzugsfähige Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 5 S. 1 KStG

Nach § 8b Abs. 5 S. 1 KStG gelten 5 % (= 50.000 €) der nach § 8b Abs. 1 KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleibenden Bezüge als nicht abziehbare Betriebsausgaben und sind daher dem Gewinn wieder hinzuzurechnen.¹⁷

¹⁶ Röder, in: Hüttemann/Schön, Unternehmenssteuerrecht, 2024, Rn. 5.333 f.

¹⁷ Weitemeyer/Maciejewski, Unternehmensteuerrecht, 2. Aufl. 2024, Rn. 1017 ff.

Der handelsbilanzielle Gewinn ist somit steuerlich um 50.000 € zu erhöhen.

3. Geschenk an A

Verdeckte Gewinnausschüttungen dürfen das Einkommen der W-GmbH nicht mindern, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG. Ob und in welcher Höhe eine vGA besteht, wird auf Ebene der Gesellschaft und auf Ebene der Gesellschafter eigenständig beurteilt.¹⁸ Vorliegend bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung bei der W-GmbH als bei B. Insofern stellt die Schenkung des Luxushundeshampoos aus dem Warenbestand der W-GmbH eine vGA i.H.v. 500 € dar. Der handelsbilanziell ermittelte Gewinn ist entsprechend um 500 € zu erhöhen.

4. Zwischenergebnis

Die W-GmbH hat im Jahr 2024 ein Einkommen i.H.v. 50.500 € erzielt:

$$1.000.000 \text{ €} ./\cdot 1.000.000 \text{ €} + 50.000 \text{ €} + 500 \text{ €} = 50.500 \text{ €}.$$

II. Zu versteuerndes Einkommen

Der Freibetrag aus § 25 KStG ist für die W-GmbH nicht anwendbar. Die Ausschüttungen der W-GmbH führen zudem bei ihren Gesellschaftern zu Einkünften aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, daher ist vom Einkommen kein Freibetrag nach § 24 S. 1 KStG abzuziehen, § 24 S. 2 Nr. 1 KStG. Das zu versteuernde Einkommen entspricht somit dem Einkommen der W-GmbH, § 7 Abs. 2 KStG.

III. Körperschaftsteuer 2024

Die Körperschaftsteuer beträgt gem. § 23 Abs. 1 KStG 15 Prozent des zu versteuernden Einkommens. Die von der W-GmbH zu zahlende Körperschaftsteuer im Jahr 2024 beträgt damit: $50.500 \text{ €} \times 15 \% = 7.575 \text{ €}$.

¹⁸ Röder, in: Hüttemann/Schön, Unternehmenssteuerrecht, 2024, Rn. 5.162 ff.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 4.12.2024 – 5 StR 498/23¹

Betrug durch die Abrechnung von Corona-Tests

1. Eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB kann auch konkludent durch eine schlüssige Handlung vorgenommen werden. Welcher Inhalt einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und die Erwartungen der Beteiligten. Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt, in dem die Erklärung steht. (Rn. 35)
2. Bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren ist der Prüfungsmaßstab für den Leistenden herabgesetzt. Es genügt zur Bejahung dessen Irrtums i.S.d. § 263 StGB die stillschweigende Annahme, eine vorgelegte Abrechnung sei insgesamt „in Ordnung“. (Rn. 39)
3. Ein Erstattungsanspruch kann die Vermögensminderung nur dann kompensieren, wenn er abrechnungsfähig ist; die TestV formuliert eine normative Standardisierung der abrechnungsfähigen Leistungen mit der Folge, dass das Bestehen des Erstattungsanspruchs unabhängig vom Marktwert allein von rechtlichen Voraussetzungen abhängt. (Rn. 43)

(Leitsätze der Verf.)

StGB § 263

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel*

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Angeklagte A betrieb in Berlin mehrere Spätis und Gaststätten. Diese Standorte nutzte er aus, um während der COVID-19-Pandemie für Antigen-Schnelltests Leistungen in nicht ordnungsgemäßer Weise abzurechnen.

Die damals geltende Coronavirus-Testverordnung (TestV) ermöglichte es auch Personen ohne besondere medizinische Qualifikationen, „Testleistungen zu erbringen und gegenüber staatlichen Stellen abzurechnen“². Voraussetzung für die Abrechnung war im ersten Schritt eine Online-Zertifizierung der Teststelle bei der Senatsverwaltung für Wissenschaft, Gesundheit, Pflege und Gleichstellung. Dabei mussten Schulungszertifikate der Tester eingereicht werden. Im zweiten Schritt erfolgte die Registrierung bei der Kassenärztlichen Vereinigung (KV). Dafür war u.a. eine Selbsterklärung zur Richtigkeit der Angaben sowie die Verpflichtung zur Einhaltung qualitätssichernder Standards und zur Aufbewahrung der Abrechnungsunterlagen bis Ende 2024 erforderlich. Nach seiner erfolgreichen

* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. unter BeckRS 2024, 40555.

² BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 3.

Registrierung erhielt der Antragsteller eine Abrechnungsnummer, eine teststellenbezogene Betriebsnummer sowie Zugangsdaten zum Abrechnungsportal der KV. Über das Abrechnungsportal konnten monatlich die Anzahl der Tests und der verwendeten Testkits gemeldet werden. Die Vergütung betrug pro Test zwölf Euro (Mai/Juni 2021) bzw. acht Euro ab Juli 2021.

A ließ zwei Teststellen unter seinem Namen zertifizieren, 16 weitere unter Verwendung fremder bzw. falscher, d.h. erfundener Personalien. Für alle 18 Standorte erhielt er Zugang zum Abrechnungsportal der KV Berlin. Zwischen Mai und Oktober 2021 reichte er dort monatlich Abrechnungen ein, in denen er eine Vielzahl angeblich durchgeführter Corona-Tests meldete. Tatsächlich fanden an elf der Standorte gar keine Tests statt. An den übrigen sieben Standorten wurden deutlich weniger Tests durchgeführt, als abgerechnet wurden. Die KV überwies ihm aufgrund der Abrechnungen insgesamt rund 9,7 Millionen Euro.

II. Einführung in die Problematik

In der hier zu besprechenden Entscheidung hat sich der BGH erstmals ausdrücklich mit der strafrechtlichen Bewertung fehlerhafter Abrechnungen sog. Corona-Bürgertests im Rahmen der COVID-19-Pandemie befasst. Das Urteil stellt damit einen weiteren Mosaikstein in der umfangreichen Rechtsprechung des BGH zum Abrechnungsbetrug dar.

Aufhänger des Urteils ist die Rechtmäßigkeit des Einziehungsanspruchs nach §§ 73 ff. StGB. Die Staatsanwaltschaft wandte sich mit ihrer Revision gegen die aus ihrer Sicht unzureichende Höhe der Einziehung. Da diese unmittelbar von der i.R.d. § 263 StGB festgestellten Schadenshöhe abhängt, war inzident eine Prüfung der Strafbarkeit nach § 263 StGB erforderlich.

1. Der Abrechnungsbetrug – ein erster Überblick

Der Abrechnungsbetrug bezeichnet Konstellationen in denen Leistungen – typischerweise im Gesundheitswesen – abgerechnet werden, die tatsächlich nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erbracht wurden.³ So kann etwa ein ambulanter Pflegedienst Pflegeeinsätze abrechnen, obwohl das eingesetzte Personal nicht über die vertraglich geforderte Qualifikation⁴ oder das geforderte sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis⁵ verfügt, oder eine Chefärztin liquidiert privatärztliche Leistungen, die tatsächlich vom Assistenzarzt erbracht wurden.⁶ Dabei sind zahlreiche weitere Spielarten des Abrechnungsbetrugs denkbar.

Oftmals zeichnen sich die Konstellationen dadurch aus, dass tatsächlich eine medizinische Leistung erbracht wurde, die indiziert und lege artis vorgenommen wurde, aber die komplexen Vorschriften des vertragsärztlichen Abrechnungssystems nicht eingehalten wurden.

Zu beachten ist dabei, dass die Abrechnung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht direkt gegenüber der Krankenkasse, sondern über die KV erfolgt.⁷ Die Vertragsärzte reichen ihre Leistungen quartalsweise bei der KV ein, die wiederum gegenüber den Krankenkassen die Gesamtvergütung geltend macht. Die KV zahlt den Ärzten sodann ihr Honorar aus dem von den Krankenkassen bereitgestellten Budget. Eine fehlerhafte Abrechnung kann also dazu führen, dass die KV

³ Dazu ausführlich *Braun*, ZJS 2014, 35 ff.

⁴ Dazu BGH BeckRS 2020, 30917.

⁵ Vgl. dazu LG Hildesheim (Az. 22 KLS 5231 Js 53087/18), zitiert nach *Dann*, medstra 2021, 376 (382) mit Fn. 75.

⁶ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 184.

⁷ Ausführlich zum kassenärztlichen System *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 238.

Leistungen vergütet, auf die der Arzt möglicherweise keinen Anspruch hatte, weil die Leistung formal nicht ordnungsgemäß erbracht wurde.

Ist die Patientin privat versichert, so stellt die Ärztin die Rechnung unmittelbar an die Patientin, die sie anschließend bei ihrer Versicherung zur Erstattung einreicht. Auch in diesem Bereich kann die Abrechnung fehlerhaft sein, etwa wenn die Ärztin bewusst Leistungen in Rechnung stellt, die medizinisch nicht indiziert, tatsächlich nicht erbracht oder von einer nicht qualifizierten Person erbracht wurden.

Im Zentrum steht die Frage einer Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 StGB. Der Fall gibt dabei Gelegenheit, die Tatbestandsmerkmale der Täuschung, des Irrtums sowie des Vermögensschadens näher zu beleuchten. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob mit der Einreichung der Abrechnung konkludent über die Leistung getäuscht wird (2.), ob bei standardisierten Prüfverfahren ein relevanter Irrtum vorliegt (3.) und wie der Vermögensschaden zu bestimmen ist, wenn der Patient zwar medizinisch behandelt und damit ein Leistungsaustausch stattgefunden hat, aber die Rechnungslegung nicht den Vorschriften des vertragsärztlichen Abrechnungssystems entsprach (4.).

2. Die Täuschung, insbesondere zur Normativierung des Täuschungsbegriffs im Rahmen der konkludenten Täuschung

Eine Täuschung ist eine Handlung, die darauf abzielt, eine Fehlvorstellung über gegenwärtige oder vergangene Tatsachen zu erzeugen oder aufrechtzuerhalten, indem sie auf die Vorstellung des zu Täuschenden einwirkt.⁸

Dies kann sowohl aktiv durch ausdrückliches oder konkludentes Handeln als auch – vorbehaltlich einer Garantenpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB – durch Unterlassen erfolgen.⁹ Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse.¹⁰

Als Täuschungsgegenstand kommen im vorliegenden Fall die Angaben zu den Personalien und der durchgeführten Schulungen der „Tester“ gegenüber der Senatsverwaltung in Betracht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Angeklagte im Rahmen der Abrechnung zutreffende Angaben darüber gemacht hat, ob die Corona-Tests tatsächlich durchgeführt wurden, welche Personen diese vorgenommen haben und ob diese über die erforderliche Zertifizierung verfügten und ob die Testung unter Einhaltung aller relevanten Vorschriften erfolgten. In allen Fällen handelt es sich um vergangene Ereignisse, sodass ein tauglicher Täuschungsgegenstand vorliegt.

Betrugsrelevant sind insbesondere die gegenüber der KV gemachten Angaben, die zur Auszahlung der Erstattungsansprüche für die Durchführung von Corona-Tests führten. Die „Abrechnung“ ist dabei schuldrechtlich die Geltendmachung einer Forderung.

Soweit der Angeklagte die Corona-Tests abgerechnet hat, die tatsächlich nicht durchgeführt wurden, hat er (zwingend) miterklärt, dass die abgerechnete Leistung tatsächlich erbracht wurde und gibt vor, einen Anspruch auf eine tatsächlich nicht bestehende Forderung zu haben.

Problematischer gestaltet sich die Bewertung in den Fällen, in denen zwar tatsächlich ein Corona-Test durchgeführt wurde, jedoch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Durchführung und Dokumentation der Testleistung missachtet wurden. Insoweit stellt sich die Frage, ob der Angeklagte miterklärte, als er die Corona-Tests über das Portal unter Verwendung der bei der Regist-

⁸ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 6; Perron, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 263 Rn. 6; Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 5.

⁹ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 528.

¹⁰ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 6.

rierung erhaltenen Abrechnungsnummer und der Login-Daten abgerechnet hat, dass diese auch ordnungsgemäß durchgeführt wurden. Dies könnte zweifelhaft sein, da ausdrückliche Angaben über die Identität der Tester als auch der Durchführungsmodalitäten im Rahmen des Abrechnungsvorgangs nicht erklärt wurden.

Geht man davon aus, dass der Angeklagte dennoch miterklärt hat, dass die Testungen ordnungsgemäß durchgeführt wurden, läge eine konkludente Täuschung vor. Nimmt man dies nicht an, käme lediglich eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht, die jedoch das Bestehen einer Garantenstellung und einer daraus resultierenden Garantenpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB voraussetzt.

Das leitet über zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine konkludente Täuschung vorliegt. Die Möglichkeit einer konkludenten Täuschung wird allgemein anerkannt. Sie liegt vor, wenn sich die Täuschung nicht aus dem ausdrücklichen Gegenstand der Kommunikation ergibt, sondern aus dem, was durch das Verhalten stillschweigend miterklärt wird.¹¹ Problematisch ist aber, wie man das, was miterklärt wurde – also den Aussagegehalt – feststellt.

Insoweit hat sich – wenn auch nicht unumstritten – ein sog. normativer Täuschungsbegriff durchgesetzt, der in einer Klausur vorausgesetzt werden kann.¹² Grundsätzlich richtet sich das Miterklärte nach dem objektivierten Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung.¹³ Allerdings wird die Verkehrsauffassung nicht bloß empirisch – also anhand tatsächlicher Erwartungen – bestimmt, sondern vielmehr auch normativ eingeeht.¹⁴ Bewertungsmaßstab für die Auslegung des Aussageinhalts ist die typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Parteien des jeweiligen Geschäftstypus.¹⁵ Mit anderen Worten: Ob man in einem bestimmten Fall von einer konkludenten Täuschung ausgehen kann, hängt davon ab, welche Art von Rechtsbeziehung vorliegt, und welche Erwartungen oder Gepflogenheiten sich in dieser Art von Rechtsbeziehung entwickelt haben.¹⁶

Doch auch die Frage, wie diese aus der Pflichten- und Risikoverteilung erwachsenen Verantwortungsbereiche voneinander abzugrenzen sind, ist wiederum umstritten und weniger von Dogmatik als vielmehr von Kasuistik geprägt.¹⁷ So soll etwa beim Abschluss eines Vertrages konkludent die Leistungsbereitschaft und -fähigkeit des Schuldners miterklärt werden. Demgegenüber soll aber derjenige, der eine Leistung entgegennimmt, nicht ohne Weiteres konkludent miterklären.¹⁸

Grundsätzlich ist bei der Bestimmung der Risikoverteilung zu berücksichtigen, dass nur solche Erwartungen schutzwürdig sind, die im Lichte der rechtlichen Rahmenbedingungen gerechtfertigt erscheinen. Das bedeutet, dass sich die Risikoverteilung grundsätzlich anhand außerstrafrechtlicher Vorschriften bestimmen lässt, wobei die Einzelheiten auch hier alles andere als unumstritten sind.¹⁹ Für die konkludente Täuschung im Rahmen eines Abrechnungsbetrugs bedeutet das, dass der Erklä-

¹¹ Vogel, in: GS Keller, 2003, S. 313 (315).

¹² Mit Blick auf eine Klausur im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts könnte jedoch möglicherweise ein vertieftes Wissen vorausgesetzt werden. Insbesondere beim sog. Wettbetrug wird die Frage, ob die konkludente Täuschung ontologisch/faktisch zu betrachten oder eher normativ zu deuten ist, ausführlich diskutiert; vgl. dazu grundlegend Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 83 ff.; prägnant didaktisch Becker, JuS 2014, 307 (308); konkret zum Wettbetrug Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 35 ff.

¹³ BGH NJW 2021, 90 (92); BGH NStZ 2023, 37 (38).

¹⁴ BGH NJW 2009, 2900; Becker, JuS 2014, 307 (309).

¹⁵ BGH NStZ 2007, 151 (153).

¹⁶ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 152.

¹⁷ Dazu etwa Eiden/Walter, NStZ 2014, 297 (299); so auch Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 152.

¹⁸ Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 58.

¹⁹ Becker, JuS 2014, 307 (310).

rungswert der eingereichten Abrechnung durch die einschlägigen sozialrechtlichen Vorgaben vorgegeben wird.²⁰

Im vorliegenden Fall der Corona-Testabrechnungen käme es unter Berücksichtigung eines normativen Maßstabes darauf an, ob der Abrechnende mit seinem Verhalten die Einhaltung der in der TestV festgelegten Voraussetzungen zum Ausdruck gebracht hat.

3. Der Irrtum, insbesondere zum sachgedanklichen Mitbewusstsein

Der Getäuschte muss sich ferner geirrt haben. Ein Irrtum liegt bei einer Fehlvorstellung über Tatsachen vor, d.h., wenn ein Widerspruch zwischen der subjektiven Vorstellung des Getäuschten und der Wirklichkeit gegeben ist.²¹ Ein eindeutiger Fall des Irrtums liegt demnach vor, wenn sich die getäuschte Person eine tatsächlich nicht existierende Tatsache vorstellt, also einer positiven Fehlvorstellung unterliegt.²² Im umgekehrten Fall, wenn also das Opfer einen tatsächlich vorhandenen Umstand nicht erkennt oder gar nicht bedenkt, scheidet ein Irrtum hingegen aus. Die bloße Unkenntnis einer Tatsache (*ignorantia facti*) ist nicht ausreichend.²³ Problematisch sind die Fälle, in denen die getäuschte Person weder eine klare Fehlvorstellung noch völlige Unkenntnis, sondern lediglich eine vage Vorstellung vom täuschungsrelevanten Sachverhalt hat. Insoweit stellt sich die Frage, welchen Grad an Fehlvorstellung das Opfer haben muss, damit es sich i.S.d. § 263 StGB irrt.

Bei allem Streit im Detail gilt grundsätzlich, dass neben einer konkreten Fehlvorstellung auch ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein – verstanden als ständiges, unreflektiertes Begleitwissen über bestimmte Tatsachen – für einen Irrtum ausreichend ist. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass insbesondere bei konkludenten Täuschungen häufig über Umstände getäuscht wird, die der Erklärungsempfänger als selbstverständlich voraussetzt, etwa die Leistungsbereitschaft eines Kunden im Restaurant oder die Echtheit von Zahlungsmitteln.²⁴ Davon zu unterscheiden ist jedoch die bloße diffuse Haltung, „alles sei in Ordnung“, die grundsätzlich nicht ausreicht, um einen Irrtum zu begründen, da der Vorstellungsbezug zu konkreten Tatsachen fehlt, die der Täter wahrheitswidrig erklärt hat. Ein typisches Lehrbuchbeispiel ist der Zugschaffner, der davon ausgeht, alle Fahrgäste hätten einen Fahrschein gelöst.²⁵ Hier liegt mangels Bezugs zu bestimmten Tatsachen grundsätzlich kein Irrtum vor. Ein Irrtum wäre erst dann anzunehmen, wenn die Vorstellung des Schaffners auf einer konkreten Täuschung beruht, etwa wenn er ausdrücklich fragt, ob noch jemand zugestiegen sei, und die Schwarzfahrerin dies wahrheitswidrig unkommentiert lässt.²⁶ Vereinfacht ausgedrückt, ist das sachgedankliche Mitbewusstsein eine Art qualifizierte Form einer „Alles in Ordnung“-Vorstellung. Es liegt nicht bloß eine diffuse Haltung vor, sondern eine unausgesprochene Tatsachenannahme, die typischerweise durch soziale Standards oder Verkehrsanschauungen getragen wird.

Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren, der Prüfungsmaßstab herabgesetzt sei. Um einen Irrtum anzu-

²⁰ Vogel, in: GS Keller, 2003, S. 313 (317 f.).

²¹ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 47 m.w.N.

²² Rönna/Becker, JuS 2015, 504 (505).

²³ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 49.

²⁴ Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 39; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338.

²⁵ Rönna/Becker, JuS 2014, 504 (505); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 53.

²⁶ Heger/Petzsch, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2022, StGB § 263 Rn. 65.

nehmen, genüge die stillschweigende Annahme, eine vorliegende Abrechnung sei insgesamt in Ordnung.²⁷

4. Der Vermögensschaden, insbesondere zur sog. formalen Betrachtungsweise

Die getäuschte und sich irrende Person muss aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung vornehmen, die schließlich unmittelbar zu einem Vermögensschaden führen muss. Im Kontext des Abrechnungsbetrugs besteht diese Vermögensverfügung regelmäßig in der Auszahlung der geltend gemachten Vergütung durch die KV oder einen anderen Leistungsträger.

Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn die aufgrund der Verfügung eingetretene Minderung des Vermögens nicht durch einen unmittelbar mit ihr verbundenen Vermögenszuwachs vollständig ausgeglichen wird.²⁸ Ob ein Vermögensschaden besteht, wird in einem Vergleich der Vermögenslagen des Opfers vor und nach der Vermögensverfügung festgestellt. Dies geschieht im Wege der Saldierung. Aus der nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmenden Schadensbestimmung folgt grundsätzlich, den Wert der erbrachten Leistung und – soweit erbracht – den der Gegenleistung nach ihrem Verkehrs- bzw. Marktwert zu bestimmen.²⁹

In den Fällen des Abrechnungsbetrugs ist die Bestimmung des Vermögensschadens deshalb problematisch, weil in der Regel zwar eine medizinische Leistung erbracht wurde, die auch indiziert und lege artis vorgenommen ist, die komplexen Vorschriften des vertragsärztlichen Abrechnungssystems jedoch nicht eingehalten wurden. Dann stellt sich die Frage, ob bei der Saldierung auf den tatsächlichen ökonomischen Wert der erbrachten Behandlung abzustellen ist – schließlich wurde der Patient medizinisch korrekt versorgt – oder ob nur solche Leistungen berücksichtigt werden dürfen, die nach den sozialrechtlichen Vorschriften tatsächlich abrechnungsfähig sind. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass das kassenärztliche Vergütungsrecht streng formal geregelt ist. Ein Anspruch auf Bezahlung besteht nur, wenn die Leistung nach den Regeln des SGB V abrechnungsfähig ist. Dazu gehört insbesondere, dass die Leistung dem Katalog der vertragsärztlichen Versorgung zugeordnet werden kann (§ 73 Abs. 2 SGB V), dass sie medizinisch notwendig und wirtschaftlich ist (§ 12 SGB V – „Wirtschaftlichkeitsgebot“) sowie, dass sie tatsächlich erbracht und ordnungsgemäß dokumentiert wurde (§ 295 Abs. 1 SGB V und allgemeine Abrechnungsgrundsätze). Gleiches gilt im vorliegenden Fall: Auch nach der TestV bestand ein Vergütungsanspruch nur, wenn die Corona-Tests ordnungsgemäß durchgeführt und zuverlässig dokumentiert wurden.

Vor diesem Hintergrund wandte sich die Rechtsprechung des BGH seit den Neunzigerjahren der sog. formalen Betrachtungsweise zu.³⁰ Im Rahmen der Saldierung ist danach nicht maßgeblich, ob die Leistung im Einzelfall medizinisch nützlich war und daher als „werthaltig“ in die Saldierung einzustellen ist. Entscheidend ist danach allein, ob ein rechtlicher Vergütungsanspruch bestand. Fehlt dieser (weil die Leistung aus formalen Gründen sozialrechtlich nicht abrechnungsfähig war), ist die medizinisch erbrachte Leistung keine saldierungsfähige werthaltige Gegenleistung, mit der Folge, dass die Auszahlung des geltend gemachten Anspruchs zu einem Vermögensschaden führt. Diese –

²⁷ Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 243; BGH medstra 2015, 298; Mosbacher, medstra 2025, 3 (4).

²⁸ Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 263 Rn. 36; Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 263 Rn. 52. Kompliziert gestaltet sich regelmäßig die Frage, wer die geschädigte Person ist, vgl. dazu: Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 263 Rn. 49 f.

²⁹ BGH NStZ 2016, 286 (288); Becker/Rönnau, JuS 2017, 975 (976).

³⁰ BGH NStZ 1995, 85; BGH NJW 2003, 1198 (1200); BGH NJW 2021, 90 (95).

in der Literatur teilweise heftig kritisierte – formale Betrachtungsweise ist im Jahr 2021 vom BVerfG bestätigt worden.³¹

III. Die Entscheidung

Die Revision der Staatsanwaltschaft zielte – wie bereits erwähnt – auf eine höhere Einziehungssumme. Damit stellte sich zwangsläufig die Frage nach der Schadensbestimmung i.S.d. § 263 StGB und damit inzident nach den Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Betrugs. Der BGH rügte in diesem Zusammenhang die fehlerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes und eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung.³²

Der BGH führt aus, dass die (unvollständigen) Feststellungen des Tatgerichts deutliche Anhaltspunkte für nicht ordnungsgemäß durchgeführte Tests geboten hätten, sodass eine Strafbarkeit wegen Betrugs im Hinblick auf die geltend gemachten Erstattungsbeträge näher hätte geprüft werden müssen.

„Ausweislich der Urteilsgründe hat der Angeklagte C., soweit er in seinen Teststellen überhaupt Coronatests durchführen ließ, die hierfür bestehenden Anforderungen in mehrfacher Hinsicht missachtet.“³³

Nach der TestV seien für einen Vergütungsanspruch insbesondere eine ordnungsgemäße Schulung des Personals, die Einhaltung der 15-minütigen Wartezeit nach den Tests und eine vollständige Dokumentation erforderlich gewesen – für deren Nichteinhaltung es nach den Feststellungen deutliche Anhaltspunkte gab, die das Tatgericht jedoch nicht hinreichend aufgeklärt habe.

In Bezug auf die Täuschung verweist der BGH auf die gefestigte Rechtsprechung:

„Eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB kann auch konkludent durch eine schlüssige Handlung vorgenommen werden. Welcher Inhalt einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und die Erwartungen der Beteiligten. Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt, in dem die Erklärung steht. Dabei erwartet der Verkehr im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Anspruchs vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne Weiteres überprüfen kann. Liegen keine Besonderheiten vor, kann das Tatgericht regelmäßig von allgemein verbreiteten, durch die Verkehrsanschauung und den rechtlichen Rahmen bestimmten Erwartungen auf den tatsächlichen Inhalt konkludenter Kommunikation schließen.“³⁴

Demnach würden die Abrechnungserklärungen nicht nur die Erklärung über die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Tests beinhalten, sondern weitergehend auch die Erklärung, dass diese Tests ordnungsgemäß durchgeführt und ordnungsgemäß dokumentiert worden seien. Dieser erweiterte Erklärungswert ergäbe sich aus §§ 6, 7 TestV, die den Vergütungsanspruch ausdrücklich an die

³¹ BVerfG BeckRS 2021, 12702.

³² BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 11.

³³ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 29.

³⁴ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 35 f.

ordnungsgemäße Durchführung der Testungen sowie an eine verlässliche Leistungsdokumentation knüpfen.³⁵

Zum Irrtum führt der BGH aus:

„Diese Vorgaben sprechen zugleich dafür, dass die jeweiligen Sachbearbeiter der KV B. angesichts der Abrechnungen des Angeklagten gegebenenfalls einem Irrtum über dort nicht offen gelegte Mängel der Durchführung und Dokumentation der Testungen unterlagen. Denn bei standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren ist der Prüfungsmaßstab herabgesetzt. Es genügt die stillschweigende Annahme, eine vorliegende Abrechnung sei insgesamt ‚in Ordnung‘.“³⁶

Abschließend erörtert der BGH die Frage, ob ein Vermögensschaden vorliegt und bestätigt die höchstrichterliche Rechtsprechung zur „streng formalen Betrachtungsweise“. Das Gericht betont:

„Soweit eine Täuschung und ein Irrtum über die ordnungsgemäße Durchführung oder die Dokumentation der Testleistungen vorlagen, ist davon auszugehen, dass für durchgeführte Tests geleistete Zahlungen der KV B. in voller Höhe zu einem Schaden nach § 263 StGB geführt haben. Sie bewirkten in diesem Fall keine Kompensation durch Erfüllung einer Verbindlichkeit, weil ihnen kein Erstattungsanspruch des Angeklagten gegenüberstand.“³⁷

Zur Begründung verweist der *Senat* auf die Regelungen der TestV (§§ 6, 7, 7a), die den Vergütungsanspruch strikt an eine ordnungsgemäße Durchführung und Dokumentation knüpfen. Verstöße hiergegen ließen den Anspruch unabhängig von einem etwaigen Marktwert der Leistungen vollständig entfallen.³⁸ Diese Sichtweise entspreche nicht nur der bisherigen höchstrichterlichen Linie im Bereich des Abrechnungsbetrugs, sondern auch dem infektionsschutzrechtlichen Zweck der Verordnung: Nur bei ordnungsgemäßer Durchführung und Dokumentation könne die Abrechnung eine verlässliche Grundlage für die Steuerung des Testgeschehens und die sachgerechte Verwendung öffentlicher Mittel bieten.³⁹

IV. Bewertung der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung hält der BGH im Betrugsstrafrecht an seiner Linie fest und etabliert die streng formale Betrachtungsweise im Rahmen der Schadensfeststellung für die Abrechnung von nicht ordnungsgemäß durchgeführten Corona-Tests. Auch in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale Täuschung und dem Irrtum bleibt im Rahmen von standardisierten Massenverfahren alles beim Alten.

1. Täuschung

Die Frage, wann eine konkludente Täuschung vorliegt, ist in der Literatur umfassend behandelt und füllt ganze Regalwände. Für die Klausurbearbeitung kommt es allerdings nicht darauf an, die Vielzahl

³⁵ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 37 ff.

³⁶ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 39.

³⁷ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 40.

³⁸ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 43.

³⁹ BGH BeckRS 2024, 40555 Rn. 44.

der vertretenen Auffassungen im Detail nachzuzeichnen, sondern die Grundlinien zu erfassen und anzuwenden. Zutreffend stellt der BGH darauf ab, dass mit der Geltendmachung von Zahlungsansprüchen stillschweigend miterklärt wird, die Testungen seien nach der TestV ordnungsgemäß erbracht und damit abrechnungsfähig.

Die Möglichkeit einer normativ geformten konkludenten Täuschung ist dabei unverzichtbar, weil Kommunikation im Wirtschaftsleben nicht im luftleeren Raum stattfindet, sondern stets in normativen und sozialen Kontexten eingebettet ist. Einerseits muss man sich darauf verlassen können, dass die rechtlichen Spielregeln eingehalten werden. Andererseits ergibt sich auch aus kommunikationspsychologischer Sicht, dass jede Äußerung nur im jeweiligen Kontext verständlich ist. Schweigen oder schlüssiges Verhalten gewinnen ihre Bedeutung also nicht allein aus tatsächlichen Erwartungen, sondern auch aus den rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Risikoverteilung im Geschäftsverkehr vorstrukturieren.

Der BGH verbindet daher zu Recht beide Ebenen: Maßgeblich ist, wie ein objektiver Erklärungsempfänger das Verhalten in der konkreten Situation deuten durfte, wobei diese Deutung zugleich durch die normativen Vorgaben – hier: die TestV – eingehegt wird. Der richtige Maßstab ist damit ein faktisch-normativer: Er hält fest, dass Täuschung stets kommunikativ vermittelt ist, ihre Reichweite aber durch rechtlich gesetzte Rahmenbedingungen bestimmt wird.

2. Irrtum

Auch hinsichtlich des Irrtums überzeugt die Entscheidung des BGH. Der *Senat* führt aus, dass es in standardisierten Massenverfahren genügt, wenn die Sachbearbeiter davon ausgehen, eine vorgelegte Abrechnung sei „insgesamt in Ordnung“. Auf den ersten Blick könnte diese Formulierung zwar den Eindruck erwecken, es gehe nur um das vage „Alles-in-Ordnung“-Gefühl. Dogmatisch ist damit jedoch das sachgedankliche Mitbewusstsein gemeint, ohne dass der BGH dies ausdrücklich erwähnt.

Im Fall der Corona-Testabrechnungen bedeutet dies, dass die Sachbearbeiter der KV unausgesprochen davon ausgingen, die eingereichten Abrechnungen entsprächen den Vorgaben der TestV und die Tests seien ordnungsgemäß durchgeführt und dokumentiert worden. In solchen Konstellationen lässt sich zwar grundsätzlich nicht leugnen, dass es an einer konkreten Vorstellung über jedes Detail fehlen kann und das sachgedankliche Mitbewusstsein daher als normative Fiktion daherkommt:⁴⁰ Denn letztlich wird eine psychologisch (möglicherweise) nicht vorhandene Fehlvorstellung durch ein normativ vorgeprägtes Vorstellungsbild⁴¹ ersetzt. Diese normative Umdeutung ist jedoch notwendig, weil gerade in standardisierten Massengeschäften viele Selbstverständlichkeiten nicht ausdrücklich überprüft, sondern mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Wirtschaftsverkehrs stillschweigend vorausgesetzt werden. Der Irrtum bleibt zwar ein psychologischer Sachverhalt, wird jedoch – ähnlich wie die konkludente Täuschung – normativ konturiert. Inhalt und Tiefe der Vorstellung bestimmen sich demnach spiegelbildlich nach dem Erklärungswert der Täuschung.⁴²

In standardisierten Abrechnungsabläufen darf daher innerhalb der durch die rechtlichen Rahmenbedingungen vorgeprägten Erwartungen auch eine unreflektierte, aber tatsachenbezogene Annahme – etwa die Vorstellung, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß – als Fehlvorstellung gewertet werden.

⁴⁰ Becker, JuS 2014, 307 (309).

⁴¹ Rönna/Becker, JuS 2014, 504 (507).

⁴² BGH NStZ 2009, 506 (507); Becker/Rönna, JuS 2015, 504 (507).

3. Vermögensschaden

Zu Recht bejaht der BGH schließlich einen Vermögensschaden, in den Fällen, in denen der Corona-Test zwar vorgenommen, aber nicht ordnungsgemäß durchgeführt oder falsch dokumentiert wurde. Die Durchführung der Testung ist nicht erstattungsfähig, wenn die einschlägigen formalen Vorschriften der Testverordnung nicht eingehalten wurden, und ist damit im Rahmen der Saldierung als wertloser Rechnungsposten zu berücksichtigen.

Im Schrifttum wird die Annahme eines Vermögensschadens in den Fällen des Fehlens bestimmter rechtlicher Voraussetzungen kritisiert.

„Danach wird selbst lege artis erbrachten Leistungen, hier also fachlich beanstandungsfrei erbrachten Corona-Tests, die aber lediglich nicht abrechenbar sind, jeder wirtschaftliche Wert abgesprochen.“⁴³

Dies sei jedenfalls in den Konstellationen nicht gerechtfertigt, in denen es nur um die Identitätstäuschung der testenden Person gehe.⁴⁴ Werde die Leistung als wertlos erachtet, führe das dazu, dass der Betrugstatbestand zum Schutz rechtsgutsfremder Ziele (hier: Infektionsschutz) zweckentfremdet werde.⁴⁵ Darin wird eine Entgrenzung⁴⁶ des Betrugstatbestandes durch die Anknüpfung an nicht vermögensschützende Vorschriften gesehen. Aufgrund einer normativen Überformung des § 263 StGB könne „die Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise nicht (mehr) als hinreichende Methode betrachtet werden, um das Vorliegen eines Schadens“⁴⁷ zu bewerten.

Diesen Einwänden ist im Grundsatz darin zuzustimmen, dass je mehr die Schadensfeststellung von normativen Erwägungen getragen wird, desto höher die Gefahr ist, dass nicht mehr das Vermögen das geschützte Rechtsgut darstellt.⁴⁸ Gleichwohl gehen diese Einwände gegen die streng formale Betrachtungsweise von einem Gegensatzpaar der Begriffe „normativ“ und „wirtschaftlich“ aus und legen ein rein wirtschaftliches Verständnis des Vermögensbegriffs zugrunde. So versteht es offenbar auch der 5. *Strafsenat*, wenn er betont, dass ein Erstattungsanspruch nicht vom Marktwert der Leistung abhängt, sondern ausschließlich von der Erfüllung der rechtlichen Voraussetzungen. Doch bilden Recht und Wirtschaft keine widerstreitenden Systeme, sondern aufeinander bezogene Wertbereiche. Vermögen ist kein natürliches Phänomen, sondern das Ergebnis einer rechtlichen Konstruktion.⁴⁹ Erst die Rechtsordnung schafft den Rahmen für die Entstehung einer wirtschaftlich wertvollen Position.⁵⁰ Der Wert eines abrechnungsfähigen Corona-Tests richtet sich daher nach den Voraussetzungen der TestV. Die Erfüllung der rechtlichen Voraussetzungen ist gleichsam Voraussetzung dafür, dass ein „Marktwert“ überhaupt erst entsteht. Da die Leistungen des Angeklagten nach der TestV nicht abgerechnet werden können, gelten sie im Abrechnungssystem folglich als wertlos. *Hefendehl* weist zudem auf folgende Kontrollüberlegung hin:

⁴³ Michel, ZWH 2025, 254 (255).

⁴⁴ Werner, GesR 2025, 292 (293 f.).

⁴⁵ Allgemein zur Kritik an der sog. „streng formalen Betrachtungsweise“ Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 249.

⁴⁶ Dann, medstra 2021, 378 (380).

⁴⁷ Braun, ZJS 2024, 35 (40).

⁴⁸ Dazu bereits Brüning, ZJS 2021, 538 (543).

⁴⁹ Fischer, in: Fischer u.a., Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 51 (54); vgl. dazu bereits Brüning, ZJS 2016, 781 (784).

⁵⁰ Zum sog. normativ-ökonomischen Vermögensbegriff Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 526.

„Wüsste der zuständige Sachbearbeiter von den fehlenden Anspruchsvoraussetzungen [...] und würde er nun trotzdem die Auszahlung bewirken, so wäre an einer Untreue-Strafbarkeit kaum zu zweifeln.“⁵¹

Das Ergebnis erscheint zudem konsequent, weil in Pandemiezeiten niemand – auch die KV nicht – bereit gewesen wäre, Geld für einen sorglos durchgeführten Infektionsschutz aufzuwenden, der von einer nicht zertifizierten Person vorgenommen wurde. Vermögen schafft vor allem Handlungspotenziale. Gibt man Geld für eine Leistung aus, die für die vorausgesetzten Ziele nicht effektiv war und wird dadurch insgesamt das wirtschaftliche Handlungspotenzial geschwächt, wird das Rechtsgut Vermögen verletzt. Die Sorge, dass der Betrugstatbestand zum Schutz rechtsgutsfremder Ziele zweckentfremdet wird, kann daher nicht geteilt werden.

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH fügt sich in die bisherige Linie zur streng formalen Betrachtungsweise ein und hebt die Rolle außerstrafrechtlichen Regelungen im Betrugsstrafrecht hervor. Es wird deutlich, dass die Tatbestandsmerkmale Täuschung, Irrtum und Vermögensschaden im Zusammenspiel mit den rechtlichen Rahmenbedingungen betrachtet werden müssen.

⁵¹ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 849.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 4.2.2025 – 3 StR 468/24¹

Verbreitung des Bildes eines Lagereingangstors mit dem Schriftzug „Impfen macht frei“ als Volksverhetzung

1. Bei der rechtlichen Bewertung einer Äußerung als „Verharmlosung“ i.S.d. § 130 Abs. 3 StGB ist deren Inhalt stets unter Berücksichtigung der konkreten Begleitumstände und aus Sicht eines verständigen Betrachters zu interpretieren; dabei ist insbesondere das Spannungsverhältnis zu der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG geschützten Meinungsfreiheit zu beachten.
2. Eine „Verharmlosung“ i.S.d. § 130 Abs. 3 StGB liegt auch dann vor, wenn die Aussage primär auf eine überzogene Dramatisierung zielt, zugleich aber derart unangemessen erscheint, dass sie zwangsweise eine Bagatellisierung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 6 Abs. 1 VStGB bezeichneten Art bewirkt.
3. Die „Verharmlosung“ ist zur Störung des öffentlichen Friedens geeignet, wenn sie berechnete Gründe für die Annahme bietet, der Friedenszustand oder das Vertrauen in diesen werde – zumindest in Teilen der Bevölkerung – erschüttert oder die Neigung zu Rechtsbrüchen angeheizt.

(Leitsätze der Verf.)

GG Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2

StGB § 130 Abs. 3

VStGB § 6 Abs. 1

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiterin Hannah Welling, Hamburg*

I. Sachverhalt

Im April 2020, während der ersten Infektionswelle der COVID-19-Pandemie, veröffentlichte der Angeklagte auf seinem öffentlich einsehbaren „Facebook“-Profil eine Abbildung, die den Zugang zu einem Lager zeigte. Über dem Eingangstor des Lagers war der geschwungene Schriftzug „Impfen macht frei“ angebracht. Die Darstellung wies damit augenscheinlich eine Anlehnung an die Eingangstore nationalsozialistischer Konzentrationslager auf, insbesondere an jenes in Auschwitz, welches den Schriftzug „Arbeit macht frei“ trug. Neben dem abgebildeten Eingangstor befanden sich zwei schwarz gekleidete, soldatisch anmutende Wächter, die jeweils eine übergroße, mit einer grünen Flüssigkeit gefüllte Spritze in den Händen hielten. Im Inneren des Lagers waren zwei blumengeschmückte Bildnisse zu erkennen: zum einen das Portrait eines überzeichnet dargestellten Chinesen und zum anderen das Portrait des „Microsoft“-Gründers Bill Gates, welcher sich umfangreich im

* Milan Kuhli ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg und im zweiten Hauptamt Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht, Hannah Welling ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur und Rechtsreferendarin.

¹ Der Beschluss ist veröffentlicht in BeckRS 2025, 8182.

Rahmen etwaiger Impfkampagnen einsetzte. Versehen war die Abbildung mit dem Untertitel „Die Pointe des Coronawitzes“.

Der Beitrag des Angeklagten wurde in der nachfolgenden Zeit von 92 Nutzern des sozialen Netzwerkes geteilt, sodass der Beitrag auch deren „befreundeten“ Nutzern angezeigt wurde. Darüber hinaus reagierten mindestens 62 Nutzer mit Emojis – darunter einer Daumen-hoch-Geste, lachendem aber auch einem weinenden Smiley – auf die Abbildung.

II. Verfahrensgang und Entscheidung

Das Landgericht Köln verurteilte den Angeklagten aufgrund des zuvor dargestellten Sachverhaltes am 12.6.2024 wegen Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 StGB zu einer Geldstrafe.² Der Angeklagte legte hiergegen das Rechtsmittel der Revision (§ 333 StPO) ein, blieb jedoch im Ergebnis erfolglos, da der BGH die auf die Sachrüge gestützte Revision für unbegründet i.S.d. § 349 Abs. 2 StPO hielt. So bestätigte der *Senat* die Entscheidung des Landgerichts Köln in den einzelnen Punkten und führte diesbezüglich aus:

„Das Landgericht hat das festgestellte Verhalten als Volksverhetzung nach § 130 Abs. 3 StGB in der Tathandlungsvariante des Verharmlosens beurteilt. Dies hält sachlichrechtlicher Nachprüfung stand. [...] Die Annahme der Strafkammer, der Angeklagte habe eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 VStGB bezeichneten Art öffentlich verharmlost, begegnen keine rechtlichen Bedenken.“³

Bezogen auf die Tathandlungsvariante hatte das Landgericht Köln zuvor ausgeführt⁴:

„Durch die Veröffentlichung der [...] beschriebenen Abbildung [...] hat der Angeklagte die Tatbestandsvariante des öffentlichen Verharmlosens einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung im Sinne des § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) verwirklicht. Zunächst bezieht sich die von ihm veröffentlichte Abbildung auf eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung im Sinne des § 6 Abs. 1 VStGB, nämlich auf die auf Vernichtung angelegte Deportation und den massenhaften Mord von Juden und anderen vom NS-Regime verfolgten Gruppen in Konzentrationslagern im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 3 VStGB. Denn sie stellt ein Lager dar, dessen Eingangstor durch den geschwungenen Schriftzug ‚[Impfen macht frei]‘ offensichtlich an die Eingangstore nationalsozialistischer Konzentrationslager, insbesondere an das Eingangstor des Konzentrationslagers [Auschwitz], und den dortigen geschwungenen Schriftzug ‚[Arbeit macht frei]‘ angelehnt ist [...].

Ein Verharmlosen im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB liegt vor, wenn eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung im Sinne des § 6 Abs. 1 VStGB in tatsächlicher Hinsicht heruntergespielt, beschönigt oder in ihrem wahren Gewicht verschleiert wird. Hiervon erfasst werden nicht nur das explizite Herunterspielen oder Beschönigen, sondern alle denkbaren Facetten agitativer Hetze wie auch verbrämter diskriminierender Missachtung, ebenso wie alle Formen des Relativie-

² LG Köln (13. große Strafkammer), Urte. v. 12.6.2024 – 113 KLs 16/23 = BeckRS 2024, 18484.

³ BGH BeckRS 2025, 8182 Rn. 4 f.

⁴ Es sei darauf hingewiesen, dass in dem veröffentlichten Urteil des Landgerichts Köln einzelne Passagen zum konkreten Inhalt der Abbildung geschwärzt wurden. Diese Stellen wurden vorliegend zur besseren Verständlichkeit durch die Ausführungen aus dem Beschluss des BGH ergänzt.

rens oder Bagatellisierens des Unrechts einer NS-Gewalttat [...]. Dabei ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG der inhaltliche Gesamtaussagewert der Äußerung aus Sicht eines verständigen Zuhörers, Lesers oder Betrachters durch genaue Bild- beziehungsweise Textanalyse unter Berücksichtigung der Begleitumstände zu ermitteln [...].

Durch die Darstellung eines Lagers mit einem Eingangstor, das offensichtlich an die Eingangstore nationalsozialistischer Konzentrationslager, insbesondere an das Eingangstor des Konzentrationslagers [Auschwitz] angelehnt ist und die Abwandlung des dortigen Schriftzuges [...] setzt die Abbildung [...] die zur Tatzeit bestehenden und zu erwartenden staatlichen Maßnahmen zum Schutz gegen das Coronavirus sowie die Benachteiligung derjenigen, die sich den staatlichen Maßnahmen widersetzen und sich insbesondere nicht gegen SARS-CoV-2 impfen lassen wollen, mit dem nationalsozialistischen Völkermord an Millionen Juden und anderen vom NS-Regime verfolgten Gruppen gleich. Die Situation von Gefangenen in Konzentrationslagern unter der Herrschaft des Nationalsozialismus und die dortige geschichtlich einzigartige, gleichsam fabrikmäßig begangene massenhafte Vernichtung menschlichen Lebens ist jedoch nicht einmal ansatzweise mit der Situation der Menschen vergleichbar, die sich im April 2020 den staatlichen Corona-Schutzmaßnahmen, die in der Regel bußgeldbewehrt waren, widersetzen. Auch waren im heutigen rechtsstaatlichen Deutschland nicht einmal im Ansatz mit dem NS-Unrecht vergleichbare Repressalien gegenüber Menschen, die sich nicht gegen SARS-CoV-2 impfen lassen wollten, – wie etwa eine zwangsweise Durchsetzung einer Impfung in Internierungslagern – zu befürchten oder gar zu erwarten. Durch die qualitative Gleichsetzung der durch die Abbildung verglichenen, jedoch nicht im Ansatz vergleichbaren Sachverhalte wurde das historisch einzigartige Unrecht der Vernichtung von Millionen Juden und anderen vom NS-Regime verfolgten Gruppen in Konzentrationslagern mithin erheblicher Weise in seinem wahren Gewicht verschleiert oder bagatellisiert [...].⁵

Im Hinblick auf eine an der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) orientierte Auslegung heißt es in der Entscheidung des Landgerichts sodann:

„Andere Deutungsmöglichkeiten, die nicht zu einer Strafbarkeit führen würden, sind hingegen ausgeschlossen. Insbesondere kann die Abbildung nicht dahingehend verstanden werden, dass sie – wie in Bezug auf ähnliche Abbildungen teilweise vertreten worden ist [...] – das den Juden und anderen vom NS-Regime verfolgten Gruppen unter der Herrschaft des Nationalsozialismus zugefügte Unrecht gerade nicht bagatellisiert, sondern lediglich das eigene Leid im Sinne einer überzogenen Dramatisierung aufwertet, was voraussetzt, dass die Verbrechen des NS-Völkermords anerkannt werden. [...] Eine qualitative Bagatellisierung findet [...] offensichtlich statt, wenn die (befürchteten) Benachteiligungen solcher Menschen, die sich im April 2020 den staatlichen Maßnahmen zum Schutz gegen das Coronavirus widersetzen und sich insbesondere nicht gegen SARS-CoV-2 impfen lassen wollten, verglichen werden mit dem unvorstellbaren Leid von Gefangenen in Konzentrationslagern unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Denn durch diesen Vergleich wird – auch wenn dies nicht das alleinige oder das vorrangige Ziel der Abbildung sein sollte – das wahre Gewicht der damaligen Verfolgung und Vernichtung der Juden und anderer verfolgter Gruppen in erheblicher Weise verschleiert, indem durch die Gleichstellung mit den (befürchteten) Benachteiligungen der Gegner der staatlichen Corona-Schutzmaßnahmen im heutigen rechtsstaatlichen Deutschland der Eindruck erweckt wird, dass das NS-Unrecht ein vergleichbares als unliebsam und belastend empfundenes Übel gewesen sei, wodurch jedoch das geschichtlich einzigartige Ausmaß der massenhaften Vernich-

⁵ LG Köln (13. große Strafkammer), Urt. v. 12.6.2024 – 113 KLS 16/23 = BeckRS 2024, 18484 Rn. 20 ff.

tung menschlichen Lebens unter der Herrschaft des Nationalsozialismus unterschlagen wird. In Bezug auf die von dem Angeklagten veröffentlichte Abbildung sind somit die Überzeichnung eigener Betroffenheit von staatlichen Corona-Schutzmaßnahmen im heutigen rechtsstaatlichen Deutschland und die damit verbundene missachtende Abwertung des Schicksals der in Konzentrationslagern internierten Menschen unter der Herrschaft des Nationalsozialismus nicht voneinander zu trennen [...].“⁶

Der BGH betont in seinem Beschluss, dass die Interpretation der Äußerung bzw. der Abbildung Tatfrage des Einzelfalls sei und somit dem Tatgericht obliege.⁷ Dem *Senat* selbst sei eine eigene Würdigung untersagt. Das Landgericht Köln habe jedoch dem Gewährleistungsinhalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit in dem vorliegenden Fall beanstandungsfrei Rechnung getragen.

Im Hinblick auf die Öffentlichkeit der Verharmlosung heißt es in der Entscheidung des Landgerichts:

„Da der Angeklagte die Abbildung über sein öffentlich einsehbares [...] Profil veröffentlichte und sie damit für eine nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenkreis unmittelbar wahrnehmbar war, erfolgte die Verharmlosung öffentlich im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB [...].“⁸

Bezüglich der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens heißt es sodann:

„[...] Im Lichte des Art. 5 Abs. 1 GG ist ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen oder Ideologien zielt, nicht tragfähig. Der Schutz vor einer ‚Vergiftung des geistigen Klimas‘ ist ebenso wenig ein Eingriffsgrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte. Eine Verharmlosung des Nationalsozialismus als Ideologie oder eine anstößige Geschichtsinterpretation dieser Zeit allein begründen eine Strafbarkeit nicht [...]. Art. 5 Abs. 1 GG ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen. Dies ist der Fall, wenn sie den öffentlichen Frieden in dem Verständnis als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung gefährden und so den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren [...]. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände festzustellen [...].

[Bei] einer Gesamtwürdigung aller Umstände, [...] insbesondere [dem] Inhalt der Abbildung, [der] Art und Weise ihrer Veröffentlichung [...], [der] politischen Situation und [...] Stimmungslage in der Bevölkerung im April 2020 [...], [war] die Veröffentlichung der Abbildung vor dem Hintergrund der sich aufheizenden gesellschaftlichen Debatte um die staatlichen Maßnahmen zum Schutz gegen das Coronavirus geeignet [...], gewalttätige Reaktionen derjenigen, die sich als Opfer der Corona-Schutzmaßnahmen sahen und sich insbesondere nicht gegen SARS-CoV-2 impfen lassen wollten, hervorzu-rufen. Da die Abbildung [...] denjenigen, die sich als Opfer der staatlichen Schutzmaßnahmen sahen, insinuierte, ihnen werde Unrecht zugefügt, das dem NS-Völkermord gleichzusetzen sei, war sie geeignet, diese Betrachter aggressiv zu emotionalisieren. Überdies konnte die Abbildung als Appell

⁶ LG Köln (13. große Strafkammer), Urt. v. 12.6.2024 – 113 KLs 16/23 = BeckRS 2024, 18484 Rn. 25.

⁷ BGH BeckRS 2025, 8182 Rn. 7.

⁸ LG Köln (13. große Strafkammer), Urt. v. 12.6.2024 – 113 KLs 16/23 = BeckRS 2024, 18484 Rn. 26.

verstanden werden, sich gegen die staatlichen Maßnahmen rechtzeitig zur Wehr zu setzen, bevor es zum [...] befürchteten staatlichen Impfwang [...] kommt. [...] Dieser Appell [war] auch nicht auf friedliche Proteste und Kundgebungen gegen die staatlichen Maßnahmen beschränkt [...]. Der gezogene Vergleich lieferte der Personengruppe, die sich als Opfer der staatlichen Maßnahmen sah, somit ein Argument, sich als ‚Widerstandskämpfer gegen den Staat‘ gegen vermeintliches Unrecht zu stilisieren beziehungsweise zu legitimieren.“⁹

Als weiteren Gesichtspunkt hinsichtlich der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens führte das Landgericht zudem noch die Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls der Holocaustüberlebenden bzw. deren Nachkommen an:

„[...] Die Abbildung degradiert den Holocaust zum austauschbaren Vergleichsobjekt für unliebsame und als belastend empfundene, jedoch nicht im Ansatz mit dem geschichtlich einzigartigen massenhaften NS-Völkermord vergleichbare Maßnahmen [...]. Da die Anerkennung der Schwere und Außergewöhnlichkeit des Unrechts, das den Juden unter der Herrschaft des Nationalsozialismus widerfahren ist, zugleich einen Schutzwall gegen antisemitische Übergriffe bildet, kann eine derartige Bagatellisierung des Holocausts bewirken, dass die Hemmschwellen hinsichtlich antisemitischer Übergriffe gesenkt werden und das Sicherheitsgefühl der in Deutschland lebenden Holocaustüberlebenden beziehungsweise Nachkommen der Holocaustopfer beeinträchtigt wird [...].“¹⁰

Auch der BGH schloss sich in seinem Beschluss dieser Argumentation an; das Landgericht Köln habe die Feststellungen zur Friedensgefährdung rechtsfehlerfrei getroffen und die aufgezeigten Maßstäbe zutreffend darauf angelegt.¹¹

III. Rechtliche Würdigung

Die vorliegenden Entscheidungen setzen sich eingehend mit dem Straftatbestand der Volksverhetzung (§ 130 Abs. 3 StGB) und insbesondere mit der Frage der Abgrenzung zwischen einem durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) geschützten und einem strafrechtlich relevanten Verhalten auseinander. Insbesondere diese Abgrenzung dürfte in der juristischen Ausbildung von Relevanz sein. Nach dem Wortlaut von § 130 Abs. 3 StGB macht sich strafbar, „wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost“. In Betracht kam hier das Verharmlosen (Var. 3).

1. Handlung i.S.d. § 6 Abs. 1 VStGB

§ 130 Abs. 3 Var. 3 StGB verlangt also das Verharmlosen einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung, die heute eine der Tatvarianten des § 6 Abs. 1 VStGB erfüllen würde.¹² Die Prüfung der Strafbarkeit gem. § 130 Abs. 3 StGB setzt demnach implizit die Prüfung voraus, ob

⁹ LG Köln (13. große Strafkammer), Urt. v. 12.6.2024 – 113 KLS 16/23 = BeckRS 2024, 18484 Rn. 28 f.

¹⁰ LG Köln (13. große Strafkammer), Urt. v. 12.6.2024 – 113 KLS 16/23 = BeckRS 2024, 18484 Rn. 31.

¹¹ BGH BeckRS 2025, 8182 Rn. 8 ff.

¹² Vgl. Altenhain, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 130 Rn. 19.

die Handlung, auf die der Täter Bezug nimmt, heute unter den Tatbestand des Völkermordes nach dem – 2002 in Kraft getretenen¹³ – § 6 Abs. 1 VStGB fallen würde. Dass die durch die Nationalsozialisten in den Konzentrationslagern begangenen Verbrechen unter den eben genannten Tatbestand des § 6 Abs. 1 VStGB zu subsumieren wären, dürfte unstreitig sein und bedurfte daher in den vorliegenden Entscheidungen keiner weiteren Ausführungen.¹⁴ Der Fokus war vielmehr auf die Merkmale des „öffentlichen Verharmlosens“ und der „Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens“ zu richten.

2. Öffentliches Verharmlosen

Eine Verharmlosung liegt – wie sich auch aus den Entscheidungen entnehmen lässt – grundsätzlich dann vor, wenn der Täter das betreffende Geschehen in tatsächlicher Hinsicht herunterspielt, beschönigt in seinem wahren Gewicht verschleiert oder in seinem Unwertgehalt bagatellisiert bzw. relativiert.¹⁵ In Betracht kommen insbesondere eine quantitative und eine qualitative Form der Abwertung.¹⁶ Ersteres meint bspw. die Behauptung, dass die Zahl der von den Nationalsozialisten ermordeten Menschen maximal eine Million betrage, oder die Aussage, dass es die massenhaften Gaskammer-Morde nicht gegeben habe.¹⁷ Eine qualitative Form der Abwertung hingegen meint Aussagen wie die, dass der Massenmord an der jüdischen Bevölkerung „doch nicht so schlimm“ gewesen sei.¹⁸ Das Tatbestandsmerkmal des Verharmlosens umfasst grundsätzlich zahlreiche Spielarten agitativer Hetze wie auch verbrämter diskriminierender Missachtung.¹⁹

Der Inhalt der betreffenden Äußerung bzw. im vorliegenden Fall der Abbildung ist stets unter Berücksichtigung der Begleitumstände und unter Zugrundelegung eines verständigen Zuhörers bzw. Betrachters zu ermitteln.²⁰ Dabei ist insbesondere auch das Spannungsverhältnis zu der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit zu berücksichtigen. Schließlich handelt es sich bei der Tathandlungsvariante des qualitativen Verharmlosens im Kern um eine Meinungsäußerung, die nicht als „wahr“ oder „unwahr“ klassifiziert werden kann. Eine strafrechtliche Verurteilung greift daher zwangsläufig in die Meinungsfreiheit des Betroffenen ein.²¹ Dieses Grundrecht steht gem. Art. 5 Abs. 2 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt, d.h. die Meinungsfreiheit kann durch „allgemeine [...] Gesetze“ erfolgen, die „nicht eine Meinung als solche verbieten“. ²² Vor diesem Hintergrund stellt § 130 Abs. 3 StGB durchaus eine Besonderheit dar: Er verbietet eine solche Meinung gerade. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang jedoch eine Ausnahme anerkannt: Zum Schutz des Grundgesetzes als „Gegenentwurf“²³ zum nationalsozialistischen Regime

¹³ BGBl. I 2002, S. 2254.

¹⁴ Streitig ist hingegen bspw., ob die Verpflichtung der Juden zum Tragen eines „Judensterns“ unter eine Tathandlung des § 6 Abs. 1 VStGB zu subsumieren ist und damit auch das Tragen von sog. „Ungeimpft“-Sternen möglicherweise eine Straftat gem. § 130 Abs. 3 StGB darstellt (vgl. hierzu OLG Braunschweig BeckRS 2023, 24623; a.A. OLG Saarbrücken BeckRS 2021, 4322).

¹⁵ Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 130 Rn. 82.

¹⁶ Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 130 Rn. 28.

¹⁷ Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 130 Rn. 21 m.w.N.

¹⁸ Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 130 Rn. 21 m.w.N.

¹⁹ Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 130 Rn. 82; Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 130 Rn. 28.

²⁰ Altenhain, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 130 Rn. 22.

²¹ Hoven/Obert, NStZ 2022, 331 (332).

²² BVerfGE 7, 198 (209 f.); BVerfGE 97, 125 (146); von der Decken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 35 ff.

²³ Der Begriff des Gegenentwurfes geht auf das BVerfG zurück (BVerfGE 124, 300 [327 f.]).

kann eine Beschränkung der Meinungsfreiheit durch Gesetze, die explizit dem Schutz vor einer propagandistischen Verherrlichung des Nationalsozialismus dienen, gerechtfertigt sein.²⁴

Die Frage, ob die jeweilige Handlung noch von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG gedeckt und damit straflos ist oder dessen Schutzbereich bereits verlassen hat und damit als strafbar einzustufen ist, kann im Einzelfall zu Schwierigkeiten führen und bedarf daher einer hinreichenden Begründung.²⁵

In den vorliegenden Entscheidungen kam das Landgericht Köln zu dem Ergebnis, dass infolge des Vergleiches zwischen dem nationalsozialistischen Völkermord an Millionen Menschen und den in der COVID-19-Pandemie zu erwartenden Benachteiligungen für Personen, die sich nicht gegen das Virus impfen ließen, eine Verharmlosung durch den Angeklagten erfolgte. In Bezug auf eine am Grundrecht der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG orientierte und damit für den Angeklagten möglicherweise günstigere Interpretation sind die Ausführungen des Landgerichts vertretbar. So wird dargelegt, dass der von dem Angeklagten vorgenommene Vergleich – auch wenn er nicht unmittelbar darauf gerichtet war, das den Juden und anderen Gesellschaftsgruppen unter der NS-Herrschaft zugefügte Übel in Frage zu stellen – derart unangemessen und realitätsfern erscheint, dass er letztlich eine Bagatellisierung dieses historischen Unrechtes darstellte.²⁶ Schließlich ist im heutigen demokratischen Rechtsstaat, der – wie bereits zuvor aufgezeigt worden ist – vom Bundesverfassungsgericht als „Gegenentwurf“²⁷ zu dem nationalsozialistischen Unrechtsregime verstanden wird, niemals mit etwaigen Maßnahmen zu rechnen, die in ihrem Eingriffscharakter auch nur annähernd einen mit den in den Konzentrationslagern angewandten Methoden vergleichbaren Unrechtsgehalt aufweisen. Insofern musste hier – wie sowohl vom Landgericht Köln als auch dem Bundesgerichtshof angenommen – die Meinungsfreiheit zurücktreten.

Die Verharmlosung muss öffentlich erfolgen, d.h. sie muss für eine nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenkreis unmittelbar wahrnehmbar sein.²⁸ Vorliegend erfolgte die Verharmlosung durch ein Posting auf einem öffentlich zugänglichen Profil in den sozialen Medien, sodass unstreitig das Merkmal „öffentlich“ erfüllt war, was auch in der gebotenen Kürze durch das Landgericht angenommen und vom BGH bestätigt wurde.

3. Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts indiziert die Verharmlosung der Verbrechen des Nationalsozialismus nicht die Eignung zur Friedensstörung. Vielmehr ist diese eigens und unter erneuter Berücksichtigung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG durch das Tatgericht festzustellen.²⁹ Dies wurde vom Landgericht Köln im Rahmen einer ausführlichen Auseinandersetzung und unter Zugrundelegung eines entsprechenden Maßstabes richtigerweise vorgenommen.

Die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens liegt allgemein dann vor, wenn die jeweilige Tat berechnete Gründe für die Annahme bietet, der Friedenszustand oder das Vertrauen in diesen werde – zumindest in Teilen der Bevölkerung – erschüttert oder die Neigung zu Rechtsbrüchen werde

²⁴ BVerfGE 124, 300 (327 f.); vgl. Stein, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 130 Rn. 9. Ausführlich hierzu auch Labus, ZJS 2019, 59 ff.; Michael, ZJS 2010, 155 ff.

²⁵ Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 130 Rn. 82; Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 130 Rn. 28.

²⁶ Krit. hierzu Hörnle, JZ 2025, 732 (736): „Die Beschreibung ‚Verharmlosen‘ passt nicht. Die Vergleichsfolie des historischen Unrechtes soll die Schwere des kritisierten gegenwärtigen Unrechtes unterstreichen, was nicht funktioniert, wenn Ersteres herunter[ge]spielt würde“.

²⁷ Der Begriff des Gegenentwurfes geht auf das BVerfG zurück (vgl. hierzu oben Fn. 23).

²⁸ Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 130 Rn. 83.

²⁹ BVerfG NJW 2018, 2861 (2862).

angereizt.³⁰ Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Abbildung im April 2020 befand sich die Bundesrepublik Deutschland – wie auch vom Landgericht festgestellt – inmitten der ersten Infektionswelle der COVID-19-Pandemie. Die öffentliche Debatte über staatliche Schutzmaßnahmen (wie zum Beispiel Kontaktbeschränkungen oder Einschränkungen im öffentlichen Leben durch Schließung von Gastronomie, Kindergärten und Schulen) nahm zu diesem Zeitpunkt zu und die anfänglich breite Akzeptanz drohte allmählich zu schwinden. Eine Impfpflicht war zu diesem Zeitpunkt infolge des Fehlens eines zugelassenen Impfstoffes noch kein Gegenstand politischer Diskussionen, aber perspektivisch zu erwarten. Kritiker eben dieser Maßnahmen – wozu auch der Angeklagte zu zählen war – setzten sich mitunter offen feindselig mit der Thematik auseinander.

Vor diesem Hintergrund war im Zeitpunkt der Tat durchaus zu erwarten, dass die von dem Angeklagten veröffentlichte Abbildung nicht auf besonnene Mitbürger stieß, sondern vor allem auf solche, die sich durch den vom Angeklagten vorgenommenen Vergleich in ihrer „Opferposition“ bestätigt sahen. Für diese Bürger suggerierte die Abbildung zudem, dass ihnen ein Unrecht zugefügt wurde, das dem Unrecht des NS-Völkermordes entsprach. Vor diesem Hintergrund erschien die Abbildung durchaus dazu geeignet, die politische Debatte weiter zu verschärfen und zu Rechtsbrüchen zu verleiten.

Der Argumentation des Landgerichts Köln dahingehend, dass die Abbildung den öffentlichen Frieden auch dadurch gefährdete, dass sie geeignet gewesen sei, bei den in Deutschland lebenden Überlebenden des Holocausts sowie deren Nachfahren ein Klima der Angst und Verunsicherung zu verbreiten, ist in Anbetracht der vom Angeklagten vorgenommenen Bagatellisierung des NS-Unrechts ebenfalls zuzustimmen.

IV. Fazit

Die Entscheidungen verdeutlichen die zentrale Bedeutung der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG verankerten Meinungsfreiheit und den daraus resultierenden Grundsatz, dass unsere Demokratie grundsätzlich auch provokante und völlig geschmacklose Meinungsäußerungen ertragen muss. Zugleich legen die Entscheidungen auch dar, dass diese Freiheit nicht grenzenlos gilt: Massive unangemessene Vergleiche, die zwangsweise zu einer Bagatellisierung des historischen Unrechts des Holocausts führen, überschreiten die Grenze der Zulässigkeit.

³⁰ Fahl, JR 2023, 310 (312) m.w.N.