

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. 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

2/2026
19. Jahrgang

S. 243–496

Inhalt

AUFSÄTZE

| Zivilrecht

Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Dr. Thomas Winter, Karlsruhe 243

| Öffentliches Recht

Die Vergabe von Zuwendungen zwischen politischer Steuerung und rechtlicher Steuerlosigkeit

Richterin Dr. Kristiane Saro, LL.M. (Norwich), Leipzig 254

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

| Zivilrecht

Schadensersatz statt und neben der Leistung

Stud. iur. Lamyae Amjahad, Düsseldorf 266

| Öffentliches Recht

Die besonderen Gleichheitssätze des Grundgesetzes

Wiss. Mitarbeiter Jonas von Zons, München 283

ÜBUNGSFÄLLE

| Zivilrecht

Fortgeschrittenenübungsklausur: Baustahl, Bestechung, Bankrott – Ein Fall zur Rückabwicklung im Bereicherungsrecht

Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Bielefeld 299

Anfängerhausarbeit: Fleisch oder Nicht-Fleisch – Das ist hier die Frage!

Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rätin a.Z. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer,
Wiss. Mitarbeiter Dr. Sebastian Meyer, Stud. iur. Anton Schäffler, München 321

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenübungsklausur: Torfgrippe am Checkpoint

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Wittenbrock, Osnabrück 349

Strafrecht

Anfängerhausarbeit: K.O.-Tropfen

Prof. Dr. Boris Burghardt, Wiss. Mitarbeiterin Damaris Seyoum, Marburg 365

Fortgeschrittenenklausur: Der Mitternachtsclub

Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Saarbrücken, Wiss. Mitarbeiter Deniz
Özdemir, Bayreuth 388

Anfängerhausarbeit: „Ein frevelhaftes Unterfangen“

Wiss. Mitarbeiter Justus Kriegsch, Noah-Luca Räderer, Stud. Hilfskraft Paul
Schwarz, München 408

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19

(Trojaner I – der präventive Einsatz von Telekommunikationsüberwachungs- und
Quellen-Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen)

(Carolin Kemper, Potsdam) 434

BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336

(Anbringung eines Kruzifixes im Eingangsbereich eines staatlichen Gymnasiums
grundrechtswidrig)

(Maximilian Sammer, Passau) 441

Strafrecht

BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 (DNS-Überwachung)

(RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter Paul Benk, Kiel) 452

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23
(Zeugnisverweigerungsrecht für unverheiratete Eltern eines gemeinsamen Kindes)
(Prof. Dr. Anne Schneider, Düsseldorf) 468

BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24
(Zwangsentsperrung des Smartphones mittels Fingerabdrucks)
(Anton Jansen, Tübingen) 479

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

Epping, Volker/Lenz, Sebastian/Leydecker, Philipp: Grundrechte, 10. Aufl. 2024
(Stud. Hilfskraft Jan Hendrik Bergmann, Düsseldorf) 485

VARIA

Allgemeines

Studieren und Promovieren mit Kind
Dr. Kerstin Koopmann, Lea Timmer, Bielefeld 488

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. 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

Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Dr. Thomas Winter, Karlsruhe*

I. Einleitung	243
II. Grundlagen zum (individuellen) Zivilprozess	244
III. Kollektivierung des Rechtsschutzes	247
1. Repräsentation der Gruppe	247
2. Bestimmung der Gruppenzugehörigkeit	247
3. Abhilfe oder bloße Vorfragenklärung	247
4. Exklusivität der kollektiven Rechtsschutzinstrumente	248
5. Verbindlichkeit des Kollektivrechtsschutzes	248
6. Kollektivierungsansätze im deutschen Prozessrecht	249
a) Rechtsschutz nach dem Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz	249
b) Die Verbandsklage nach dem UKlaG	250
c) Abhilfe- und Musterfeststellungsklage nach dem VDuG	251
d) Folgenbeseitigung durch Gewinnabschöpfung	252
e) Das "improvisierte" Sammelklageinkasso	252

I. Einleitung

Die Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung im Zivilverfahren gehören nicht zum Prüfungsstoff des ersten juristischen Staatsexamens (vgl. z.B. § 18 Justizprüfungsordnung Bayern). Dennoch lohnt es sich auch für Studierende der Rechtswissenschaft, sich frühzeitig mit diesen Instrumenten zu beschäftigen. Ein mindestens erster Einblick in Musterfeststellungsklage, VDuG¹ oder kollektive Unterlassungsklagen ist allemal besser als ein unreflektiertes Einstimmen in die stereotype Wiederholung vermeintlich unerwünschter „amerikanischer Verhältnisse“. Überdies zwingt die Beschäftigung mit dem kollektiven Rechtsschutz zu einer intensiven – abgrenzenden – Befassung mit dem „normalen“ Zivilverfahren. Nur wer dessen Defizite versteht und sich der Grundzüge des individuellen Rechtsschutzes bewusst ist, kann sinnvoll über kollektiven Rechtsschutz nachdenken. Die Befassung mit dessen Instrumenten lohnt sich also auch mit Blick auf das prüfungsrelevante Verständnis der Grundzüge des Zivilprozesses.

* Der Verf. ist Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof und Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilian-Universität München.

¹ Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (Verbraucherrechedurchsetzungsgesetz – VDuG), v. 8.10.2023 BGBl. I 2023 Nr. 272, S. 2., zuletzt geändert durch Art. 5 Zweites Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes vom 16.7.2024 (BGBl. I 2024 Nr. 240).

II. Grundlagen zum (individuellen) Zivilprozess

Leitbild der Zivilprozessordnung ist das Verfahren zwischen zwei Parteien, dem Kläger und dem Beklagten. Dieses Verfahren setzt die Initiative des (späteren) Klägers voraus. Ohne Klageerhebung kein Zivilprozess, oder umgangssprachlich: Wo kein Kläger, da kein Richter. Es genügt also nicht, einen Anspruch zu haben, die Lebenswirklichkeit verlangt dessen Durchsetzung. Diese wiederum setzt das Wissen um den eigenen Anspruch voraus. Sodann stellt sich die Frage, ob sich die Anspruchsdurchsetzung lohnt. Schließlich ist noch vor Beginn des Verfahrens zu prüfen, ob dieses denn zur Rechtswahrung noch rechtzeitig kommt.

Ebenfalls zu den grundlegenden Einsichten des Zivilprozesses gehört, dass er aus zwei großen Abschnitten besteht: Am Anfang steht das Erkenntnisverfahren, in dem darüber entschieden wird, ob der mit der Klage behauptete Anspruch bzw. das dort geltend gemachte Recht besteht. Prüfung und Entscheidung dieser Frage obliegen dem hierzu berufenen Richter. An dieses Erkenntnisverfahren schließt sich bei auf Leistung gerichteten Ansprüchen und entsprechend ergehenden Urteilen die Durchsetzung des titulierten Anspruchs an, mithin das Verfahren über die Zwangsvollstreckung.² Dieses Verfahren liegt bei den Vollstreckungsorganen, die nicht zwingend Richterinnen oder Richter sind. Letzteres bedingt, dass der Durchsetzungsbefehl hinreichend konkret beschrieben sein muss, damit etwa die Gerichtsvollzieherin oder der Gerichtsvollzieher das Erstrittene zu Gunsten des Klägers erlangen können. Die Verantwortung für die hinreichend konkrete Beschreibung eines solchen Anspruchs liegt nur scheinbar bei dem erkennenden Gericht, denn dieses ist seinerseits gem. § 308 Abs. 1 ZPO an die Anträge des Klägers gebunden (sog. Ne-ultra-petita-Grundsatz). Ihm obliegt es, gem. § 253 Abs. 2 ZPO entsprechende Anträge konkret zu formulieren. Verlangt wird die Formulierung eines vollstreckungsfähigen Leistungsbefehls. Der Klageantrag dient zugleich der Inkenntnissetzung des Gerichts von dem erstrebten Klageziel sowie der Sicherstellung, dass sich der Beklagte angemessen gegen die Klage verteidigen kann.³

Die Initiative zur Durchsetzung eines Anspruchs in Form der Erhebung einer Zivilklage will auch im Übrigen wohl überlegt sein. Denn nicht nur die Verurteilung des Beklagten wirkt zwischen den Parteien, in diesem Fall zum Nachteil des Beklagten, auch die Klageabweisung entfaltet Wirkung, in diesem Fall zum Nachteil des seinen Anspruch verlierenden Klägers.⁴ Der Zivilprozess kann also trotz eines möglicherweise vorhandenen materiellen Anspruchs zu einem Rechtsverlust führen, zusätzlich geht er regelmäßig mit einem Kostenrisiko der Parteien einher. Die mit dem Zivilverfahren verbundenen Wirkungen rechtfertigen sich vor diesem Hintergrund nur, wenn die Parteien an dem Prozess mitwirken und auf dessen Ergebnis Einfluss nehmen können. Ausdruck finden diese Mitwirkungsmöglichkeiten insbesondere in den Verfahrensgrundrechten, etwa dem Anspruch auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

Das Ergebnis eines Zivilverfahrens, insbesondere ein abschließendes Urteil, entfaltet Wirkungen grundsätzlich nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits und erfasst ferner nur die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch. Ausdruck findet dieser Gedanke in den Regeln über die Rechtskraft, die objektiv, subjektiv und zeitlich begrenzt ist. So findet die materielle Rechtskraft ihre objek-

² Vgl. vertiefend zum Vollstreckungsverfahren *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 403 ff.; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 10.

³ Vgl. vertiefend zum Klageantrag *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 41; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 164.

⁴ Vgl. vertiefend zur formellen und materiellen Rechtskraftwirkung *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 378; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 691, 693.

tive Grenze beim Tenor der Entscheidung (§ 322 Abs. 1 ZPO).⁵ Die Rechtskraft wirkt subjektiv zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien (§ 325 Abs. 1 ZPO).⁶ Die zeitliche Grenze der materiellen Rechtskraft bildet der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung. Gegenüber einer rechtskräftigen Entscheidung können nur die nach diesem Zeitpunkt im Erkenntnisverfahren eingetretenen Umstände geltend gemacht werden (§ 767 Abs. 2 ZPO).⁷

Das Zivilprozessrecht bildet damit den Rahmen für die Rechtsfindung. Die Entscheidung über die streitgegenständlichen Ansprüche hängt dagegen im Regelfall vom materiellen Recht ab, es sei denn, dass der Prozess besonderen Situationen Rechnung trägt, etwa bei Säumnis einer Partei.⁸ In diesem Fall kann ein Ausspruch jedenfalls teilweise unabhängig vom materiellen Rechtszustand ergehen. Eine Verschränkung von materiellem und formellem Recht findet sich ferner etwa bei den Regeln über die Beweislast⁹ und ihr folgend bei der Obliegenheit zu substantiiertem Vortrag und Bestreiten im Prozess. Maßgeblich für den Ausgang des Verfahrens sind in jedem Fall die Verhältnisse zwischen den beiden konkret streitenden Parteien. Diese Verhältnisse können über ihre unmittelbaren Rechtsbeziehungen hinausreichen, etwa wenn man an die Fehlerhaftigkeit eines Börsenprospekts denkt, der dem konkreten Kläger als Entscheidungsgrundlage für eine Beteiligung an der beklagten Emittentin diene. Streitentscheidend können aber auch höchst individuelle Umstände sein, etwa die persönlichen Kenntnisse des Klägers oder des Beklagten z.B. von dem Mangel einer Sache im Zeitpunkt ihres Erwerbs (vgl. §§ 442 Abs. 1 S. 1, 444 BGB).

Die Zivilprozessordnung kennt die Beteiligung mehrerer Personen an einem Rechtsstreit. So finden sich in §§ 59, 60 ZPO Regeln über die Streitgenossenschaft, also eine subjektive Klagehäufung (§§ 59 ff. ZPO).¹⁰ Es können mehrere Personen Partei eines Rechtsstreits sein. Ebenso schließt es das Prozessrecht nicht aus, dass ein Kläger statt eigener Ansprüche die Ansprüche einer dritten Person im Wege der Prozessstandschaft¹¹ verfolgt oder sich Ansprüche eines Dritten abtreten lässt und diese in der Folge im Prozess selbst geltend macht.

Daneben kennt das Prozessrecht die Beteiligung Dritter an einem Zivilverfahren (§§ 64 ff. ZPO). Verwiesen sei an dieser Stelle auf die Bestimmungen zum Streitbeitritt und zur Streitverkündung. Beim Streitbeitritt bleibt es im Ausgangspunkt bei dem Prozess zwischen zwei Parteien, dem allerdings Dritte auf beiden Seiten beitreten können, wenn hierfür ein entsprechendes rechtliches Interesse besteht. Auf diese Weise wird über die Grenzen der subjektiven Rechtskraft hinaus eine Interventionswirkung hergestellt. Dadurch werden nicht nur der Entscheidungsausspruch, sondern auch die ihn tragenden rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen auf das Verhältnis zum Intervenienten erstreckt. Insoweit geht die Interventionswirkung sogar über die Rechtskraftwirkung hinaus. Wegen seiner Wirkung geht der Streitbeitritt mit entsprechenden Beteiligungsrechten des Intervenienten im Prozess einher (§ 67 S. 1 ZPO). Während der Streitbeitritt von Intervenienten ausgeht, dient die

⁵ Vgl. vertiefend zur materiellen Rechtskraft *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 380; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 701; *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 17 Rn. 11 ff.

⁶ Vgl. vertiefend zur subjektiven Rechtskraftwirkung *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 385; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 710; *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 17 Rn. 25 ff.

⁷ Vgl. vertiefend zur zeitlichen Grenze der Rechtskraft *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 386; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 715; *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 17 Rn. 28 ff.

⁸ Vgl. vertiefend zu den Versäumnisurteilen gegen Kläger oder Beklagten *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, S. 118 ff., 124 f.; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 581 ff., 574 ff.

⁹ Vgl. vertiefend *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 352 ff.; *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 14 Rn. 42.

¹⁰ Vgl. vertiefend *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 8 Rn. 25.

¹¹ Vgl. vertiefend *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 6 Rn. 32 ff.; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 252 ff.

Streitverkündung der Herbeiführung einer Interventionswirkung durch eine der Parteien des Hauptprozesses. Typischerweise ist ein entsprechendes Prozedere dann geboten, wenn das Rechtsverhältnis einer Partei zu dem Dritten vom Ausgang des Zivilverfahrens abhängt.

Gleichwohl können die Bestimmungen zur subjektiven Klagehäufung und zur Beteiligung Dritter an einem Zivilverfahren nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Bestimmungen der Zivilprozessordnung nicht auf eine Vielzahl von Beteiligten innerhalb eines Verfahrens zugeschnitten sind.¹² Nimmt man die Anspruchsverfolgung aus abgetretenem Recht in den Blick, zeigt sich ferner, dass das Verfahren nicht auf die Prüfung einer Vielzahl von Ansprüchen in einem Erkenntnisprozess zugeschnitten ist, insbesondere wenn die oben beschriebenen individuellen Umstände in großer Zahl streitentscheidend sind.

Allerdings sind, an Fallbeispiele der vergangenen Jahre angelehnt, Fallkonstellationen denkbar, in denen zur Klärung streitentscheidender Fragen ein einziges Erkenntnisverfahren statt einer Vielzahl von parallel geführten Prozessen ausreichen könnte. Zu denken ist etwa an die Fragestellung nach manipulierten Dieselmotoren, nach Schäden infolge eines Kartells unter den Herstellern von mittelschweren und schweren LKW, die Frage nach einer Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen in Policen über die Betriebsschließung von Gaststätten und Hotels während der COVID-19-Pandemie oder – etwas länger zurückliegend – behauptete Fehler bzw. Auslassungen in einem Börsenprospekt anlässlich des dritten Börsengangs der Deutschen Telekom. Gerade am letztgenannten Beispiel wird deutlich, dass die Klärung der behaupteten Unrichtigkeit des Börsenprospekts in *einem* Verfahren statt in von 17.000 Anlegern parallel angestregten Prozessen sinnvoll erscheint. Mehrere Erkenntnisverfahren bedeuten nicht nur einen höheren, ökonomisch unsinnigen Aufwand. Werden mehrere Gerichte befasst, drohen auch widersprechende Ergebnisse. Anders als im Common-law-Rechtskreis kennt das deutsche Zivilrechtssystem keine Doktrin des „stare decisis“, die die Gerichte in Rechtsfragen an vorherige Entscheidungen höherer und meist auch gleichgeordneter Gerichte bindet. Deutsche Spruchkörper sind bei ihrer rechtlichen Würdigung nur an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) und damit auch zu einander widersprechenden Entscheidungen befähigt. Derartige unterschiedliche Entscheidungen zu ein und derselben Rechtsfrage schaden dem Ansehen der Justiz und untergraben das Vertrauen in den Rechtsstaat.

Exkurs: Auch auf der Ebene individueller Prozesse lässt sich die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gleichwohl wahren. Deutlich wird dies am Rechtsmittelsystem der ZPO. Nach der Entscheidung des Ausgangs- und des Berufungsgerichts steht am Ende des Rechtswegs der BGH. Gerade das Revisionsgericht dient nicht nur Einzelfallinteressen, sondern hat die Funktion, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern. Dennoch erweist sich die Herstellung einer einheitlichen Rechtsprechung auf diesem Weg als nur unvollkommen. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass der Individualprozess den Beteiligten vielfältige taktische Möglichkeiten eröffnet. So ist es Ausfluss der Dispositionsmaxime, dass sich die Parteien in jeder Phase des Rechtsstreits über eine einvernehmliche Beendigung einigen können. Taktisch motivierte Vergleiche zur Vermeidung einer höchstrichterlichen Entscheidung waren in den vergangenen Jahren nicht selten. Nicht zuletzt deshalb wurde Ende des Jahres 2024 mit §§ 552b, 565 ZPO für den BGH die Möglichkeit geschaffen, im Rahmen des Leitentscheidungsverfahrens auch ohne Urteil zu rechtlichen Grundsatzfragen Stellung zu nehmen.¹³

¹² Meller-Hannich, NJW-Beil. 2018, 29 (30).

¹³ Vgl. instruktiv Vollkommer, NJW 2024, 3257; zu dem Alternativvorschlag eines Vorlageverfahrens zum BGH Gsell, ZRP 2021, 166.

III. Kollektivierung des Rechtsschutzes

Aus dem Beschriebenen resultiert die Überlegung einer Kollektivierung des Rechtsschutzes. Statt einer Vielzahl von Prozessen gilt das Motto: „Einer für alle“.

1. Repräsentation der Gruppe

Die erste Frage, die sich in diesem Kontext stellt, ist, wer ist der oder die „eine“. Im Ausgangspunkt ist es denkbar, aus der Gruppe von bereits vorhandenen Klägern oder sonstigen Anspruchsberechtigten einen Repräsentanten auszuwählen, der sodann als „Musterkläger“ das Verfahren führt. Entscheidet man sich hierfür, stellt sich die Anschlussfrage, wer dieser eine aus der Gruppe sein soll. Hier könnte man daran denken, den Schnellsten zu nehmen; ebenso ist aber auch ein Koordinierungsprozess, sei es durch die Betroffenen selbst, sei es durch ein Gericht, denkbar. Anstatt einen unmittelbar selbst Betroffenen auszuwählen, ist ebenso denkbar, dass die Rolle des Klägers von einem hierzu ermächtigten Vertreter, etwa einem Verband, wahrgenommen wird. Insoweit stellt sich sodann die Frage, wer die entsprechende Ermächtigung definiert und wie ein solcher Verband sachlich ausgestattet wird. Es liegt nahe, in der Anspruchsdurchsetzung auch eine staatliche Aufgabe zu sehen. Allerdings stellt sich sodann sofort die Frage nach einer Vermischung von staatlicher Fürsorge und privater Rechtsdurchsetzung. Sind Allgemeininteressen berührt bzw. ist eine Regulierung von Nöten, ist dies üblicherweise durch öffentlich-rechtliches Handeln des Staates auszugestalten. Dennoch ist eine Ermächtigung von hoheitlichen Stellen und Verbänden nicht per se ausgeschlossen.

2. Bestimmung der Gruppenzugehörigkeit

Als zweite Frage stellt sich diejenige nach dem für „alle“. Wer gehört zu der Gruppe Betroffener? Zu klären ist zunächst, welcher Grad an Übereinstimmung bzw. welche Schnittmenge eine von einem Massenphänomen betroffene Gruppe bestimmt. Neben dieser per se notwendigen gegenständlichen Übereinstimmung stellt sich die weitere Frage, ob der wie auch immer bestimmte Vertreter nur mit ausdrücklichem Willen des gruppenzugehörigen Individuums klagt oder ob eine solche Stellvertretung auch ohne entsprechende individuelle Willensbildung stattfindet. Letzteres wiederum kann danach unterschieden werden, ob eine Repräsentanz tatsächlich gänzlich ohne Zutun stattfindet oder ob die Möglichkeit besteht, aus der Gruppe hinaus zu optieren. Hintergrund dieser Überlegungen ist die vom Zweiparteienverfahren bekannte Korrelation von Bindungswirkung an das Ergebnis eines Erkenntnisverfahrens einerseits und den damit verbundenen Mitwirkungsmöglichkeiten andererseits. Kollektiver Rechtsschutz ist nur dann sinnvoll, wenn auch in Ansehung der vielen eine Bindungswirkung eintritt. Diese Bindung wiederum erfordert regelmäßig die Möglichkeit zur Mitwirkung. Nicht zu vernachlässigen ist in diesem Fall ebenso die Frage, wer das Kostenrisiko kollektiver Rechtsdurchsetzung trägt. Bekanntlich ist der deutsche Zivilprozess vom sog. Loser-pays-Prinzip getragen.

Ebenfalls zu beantworten ist die Frage, ob sich eine repräsentative Klageerhebung für alle auf die besonders schutzwürdige Gruppe der Verbraucher beschränkt oder ob darüber hinaus auch die Kollektivierung von Unternehmensinteressen angezeigt ist.

3. Abhilfe oder bloße Vorfragenklärung

Als dritte Frage stellt sich sodann diejenige danach, wie weit kollektiver Rechtsschutz reichen kann. Zunächst könnte man daran denken, im Zuge eines kollektivierten Verfahrens lediglich Vorfragen im Hinblick auf den einzelnen Anspruch gemeinsam zu klären. Dies zeigt sich typischerweise in Feststel-

lungsanträgen, die auch dem Zweiparteienprozess auf dem Weg zum Urteil nicht fremd sind, wie § 256 Abs. 2 ZPO (Zwischenfeststellungs- bzw. Zwischenfeststellungswiderklage) zeigt. Bei andauernden Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Vorschriften lässt sich ferner überlegen, ob ein Repräsentant für eine Vielzahl von Betroffenen im Wege der Unterlassung vorgeht, um den Rechtsverstoß wenigstens für die Zukunft zu beenden. Insoweit liegt die Überlegung nahe, einem entsprechenden durch einen Verband erstrittenen Urteil Wirkung nicht nur inter partes, sondern erga omnes beizumessen. Konsequenz zu Ende gedacht, kann der kollektive Rechtsschutz aber auch vor einem Verfahren nicht halt machen, an dessen Ende die Zuerkennung eines Anspruchs besteht, also ein Verfahren einzurichten, das auf Leistung an die Betroffenen gerichtet ist. Dabei leuchtet unmittelbar ein, dass insbesondere bei im Einzelnen noch unbekannter Gruppengröße und bei besonders vielgestaltigen Sachverhalten der konkrete Schaden nicht als absolute Zahl bezifferbar ist, möglicherweise genügt aber der Rückgriff auf eine formelhafte Berechnung der jeweils eingetretenen Schäden.

4. Exklusivität der kollektiven Rechtsschutzinstrumente

Sodann als vierte Frage steht der Regelungsgeber vor der Entscheidung, ob er ein gesetzliches Instrumentarium zur kollektiven Rechtsdurchsetzung exklusiv ausgestaltet oder ob daneben die privatrechtliche Gestaltung einer Sammelklage durch Marktakteure rechtlich zulässig bleibt. Die ZPO mag auf die massenhafte Bündelung von Ansprüchen im Wege der Abtretung nicht ausgerichtet sein, sie verbietet eine solche Bündelung allerdings auch nicht. Die Bedenken gegen ein entsprechendes Vorgehen¹⁴ ergeben sich daher auch nicht aus dem Prozessrecht, sondern haben sich in der Vergangenheit aus dem materiellen Recht gespeist. Hinzuweisen ist auf die Regelungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes¹⁵, das die Erbringung von Rechtsdienstleistungen im Grunde den rechtsberatenden Berufen vorbehält (§ 3 Nr. 2 RDG i.V.m. § 3 Abs. 1 BRAO). Die Frage, wann die Grenze zur Rechtsberatung überschritten ist, ist keineswegs trivial. Die Bündelung von Ansprüchen zur Rechtsdurchsetzung ist ohne juristisches Wissen nicht denkbar. Ferner ist in diesem Zusammenhang zu überlegen, dass insbesondere bei der Einschaltung von gering kapitalisierten Gesellschaften als Zessionarinnen verbunden mit der Aufgabe der Rechtsdurchsetzung ein Sittenwidrigkeitsverdikt im Raum steht: Unterliegt das Klagevehikel, hat es nämlich die Kosten des obsiegenden Beklagten zu ersetzen. Ist es hierfür vorhersehbar nicht in der Lage, kann sich die Abtretung als sittenwidrig erweisen. Insoweit würde sich das an anderer Stelle als wirksame Incentivierung gegen missbräuchliche Klagen bemühte loser pays-Prinzip¹⁶ als wirkungslos herausstellen. Schließlich stellt sich die Frage, wie prozessökonomisch sinnvoll die Bündelung einer Vielzahl von Ansprüchen ist. Man denke nur daran, dass die Beklagtenseite die Wirksamkeit sämtlicher Abtretungen bestreitet und hierüber sodann Beweis zu erheben ist.

5. Verbindlichkeit des Kollektivrechtsschutzes

Ebenfalls zu beantworten ist eine fünfte Frage, ob die Bereitstellung kollektivrechtlicher Instrumente derart für alle verbindlich ist, dass sie etwaige Individualprozesse sperren. Eine solche Exklusivität würde zweifelsfrei in ein Spannungsverhältnis zur Rechtsschutzgarantie treten. Erlaubt man dem-

¹⁴ Vgl. exemplarisch *Meller-Hannich*, NJW-Beil. 2018, 29 (32) – „Rechtsunsicherheit“.

¹⁵ Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG), v. 12.12.2007, BGBl. I 2007, S. 2840, zuletzt geändert durch Art. 1, 2 Gesetz zur Stärkung der Aufsicht bei Rechtsdienstleistungen und zur Änderung weiterer Vorschriften, v. 10.3.2023, BGBl. I 2023 Nr. 64.

¹⁶ Vgl. *Stadler*, ZHR 2018, 623 (636 f.).

gegenüber konkurrierend die Verfolgung in einzelnen Prozessen neben dem Kollektivprozess, stellt sich die Frage, ob der mit der Kollektivierung verbundene Effekt eintreten kann. In diese Konfliktlage lässt sich auch die Diskussion über die Aussetzung anhängiger Parallelverfahren bei Ergreifung eines kollektivrechtlichen Rechtsschutzinstruments¹⁷ einordnen.

6. Kollektivierungsansätze im deutschen Prozessrecht

In der deutschen Rechtspraxis werden die vorstehend skizzierten Fragen je nach Instrument unterschiedlich ausgestaltet. In der Praxis findet sich nahezu alles.

a) Rechtsschutz nach dem Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz

Betrachtet man zunächst das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG)¹⁸ lässt sich festhalten, dass dieses Gesetz im Wesentlichen bereits thematisch begrenzt ist. Es bezieht sich auf kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten. Trotz geringfügiger Erweiterungen des Anwendungsbereiches seit seiner Einführung im Jahr 2005 sind die Verfahren nach dem KapMuG im Wesentlichen auf die Haftung im Zusammenhang mit nicht ordnungsgemäßer öffentlicher Kapitalmarktinformation¹⁹ beschränkt. Das Gesetz ist ursprünglich als Reaktion auf die spezifischen Probleme massenhafter Anlegerschutzverfahren anlässlich des zweiten und dritten Börsengangs der Deutschen Telekom-AG verabschiedet worden. Auch heute erfasst es etwa mit Erfüllungsansprüchen aus Wertpapierübernahmen²⁰ und Schadensersatzansprüchen gegen Krypto-Dienstleister einzelne Ansprüche, die typischerweise in Fällen auftreten, von denen eine große Anzahl von Personen in gleicher Art und Weise betroffen ist.

Das Musterverfahren vor dem OLG wird durch einen Vorlagebeschluss in Gang gesetzt, wenn mindestens zehn Klagen einzelner Anleger beim jeweiligen Prozessgericht rechtshängig geworden sind und entsprechende Musterverfahrensanträge gestellt wurden (§§ 2–8 KapMuG).

Das KapMuG beantwortet die Frage des „einen“ für alle dahin, dass ein Musterkläger aus der Gruppe der Kläger bestimmt wird. Dessen Bestimmung erfolgt nach billigem Ermessen²¹ im Eröffnungsbeschluss des zuständigen OLG (§ 9 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 KapMuG). Die weiteren Kläger sind von einer Mitwirkung allerdings nicht abgeschnitten, sondern haben die Möglichkeit, als Beigeladene am Musterverfahren teilzunehmen (§ 11 Abs. 4 KapMuG).

Mit Blick auf die Bindungswirkung des Musterentscheids für die ausgesetzten Einzelprozesse ist eine solche Mitwirkungsmöglichkeit unumgänglich. Das Kapitalanlegermusterverfahren wirkte in der Vergangenheit grundsätzlich für sämtliche mit einem parallelen Anspruch an die Gerichte herangetretenen Kläger. Die Aussetzung ihrer Verfahren war bei Vorgreiflichkeit der Feststellungsziele auch für Verfahren zwingend, in denen selbst kein Musterverfahrensantrag gestellt wurde. Hiervon hat der Gesetzgeber mit seiner Neuregelung Abstand genommen. Offenbar unter dem Eindruck der langen Verfahrensdauer einzelner KapMuG-Verfahren in der Vergangenheit ist an die Stelle der obligatorischen Aussetzung sämtlicher Parallelverfahren eine solche nur noch auf Antrag des Klägers getreten (§ 10 Abs. 2 KapMuG).²²

¹⁷ Vgl. Gsell, ZRP 2021, 166 (167); Heiß, NJW 2025, 1625 (1629 Rn. 15).

¹⁸ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG), v. 16.7.2024, BGBl. I 2024 Nr. 240.

¹⁹ Vgl. Möllers, BKR 2025, 97 – zur Auslegung des zentralen Begriffs im Zusammenhang mit dem Wirecard-Skandal.

²⁰ Dies sind in erster Linie solche aus §§ 31 Abs. 1, Abs. 4, oder Abs. 5 WpÜG.

²¹ In der Praxis ist dies oftmals der Kläger mit dem größten geltend gemachten Anspruch.

²² Vgl. Kirchner/Lühmann/Taufmann, NJW 2024, 2359 (2360 Rn. 18 ff.).

Hinsichtlich der Reichweite der Kollektivierung ist das Kapitalanlegermusterverfahren auf die Feststellung von Anspruchsvoraussetzungen, sei es tatsächlicher, sei es rechtlicher Art, beschränkt. Auf Leistung kann jeweils nur durch das jeweilige Prozessgericht erkannt werden. Die Verfahren dort werden bei Aussetzung erst nach Abschluss des Musterverfahrens und unter Zugrundlegung von dessen Feststellungen fortgesetzt (§ 25 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 KapMuG). Die Bindungswirkung des Musterentscheids ähnelt der Interventionswirkung nach § 68 ZPO.²³

Von dieser Bindungswirkung nicht erfasst sind Gläubiger, die ihre Ansprüche lediglich zum Musterverfahren angemeldet haben (§ 13 KapMuG), ohne selbst zu klagen. Die Anmeldung führt nur zur Hemmung der Verjährung ihrer Ansprüche (§ 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB). Dieser zunächst eigentümlich anmutende Mechanismus soll es Gläubigern ermöglichen, den Ausgang eines Musterverfahrens abzuwarten, um anschließend unter dessen Eindruck mit dem Beklagten bestenfalls eine außergerichtliche Einigung zu erzielen oder andernfalls in einem späteren Verfahren zumindest von der regelmäßig prägenden Wirkung eines Musterbescheids zu profitieren.²⁴

Alternativ zum Musterentscheid kann das Musterverfahren in einem Vergleich enden (§ 26 KapMuG). Dieser kann von Musterkläger und Musterbeklagtem für alle Verfahrensbeteiligten abgeschlossen werden. Die Beigeladenen können jedoch nach gerichtlicher Genehmigung und Zustellung ihren Austritt aus dem Vergleich erklären. Wirksam wird er nur bei einem Verbleib von mehr als 70 % der Beigeladenen (§ 21 Abs. 3 KapMuG).

b) Die Verbandsklage nach dem UKlaG

Eine dem KapMuG vergleichbare Beschränkung auf Rechtsfolgenseite findet sich auch im Unterlassungsklagengesetz²⁵, das – wie der Name schon sagt – auf die zukünftige Unterlassung von gegenwärtigen Rechtsverstößen ausgerichtet ist. Ähnlich wie das KapMuG ist auch dieses Kollektivrechtsschutzinstrument auf einen engen thematischen Bereich begrenzt. Die jeweiligen Unterlassungs-, Widerrufs- und Beseitigungsansprüche (§§ 1–2b UKlaG) bestehen vornehmlich im Zusammenhang mit unwirksamen AGB und der Verletzung von Verbraucherschutzgesetzen.

Grundsätzlich anders als das KapMuG-Verfahren ist das Unterlassungsklageverfahren vom Gesetzgeber als Verbandsklage ausgestaltet, d.h. lediglich eine qualifizierte Einrichtung kann mit Wirkung für alle einen Antrag auf Unterlassung stellen. Dabei tritt der jeweilige Verband nur funktional, aber nicht rechtsdogmatisch als Repräsentant einer Gruppe auf. Nach § 3 UKlaG sind die qualifizierten Stellen selbst materiell-rechtlich aktivlegitimiert. Ein Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz entfaltet keine Sperrwirkung im Hinblick auf eine etwaige Rechtsdurchsetzung einzelner von einer Vertragsgestaltung betroffener individueller Kläger. Im Falle eines Unterliegens des Verbandes erleiden einzelne auch keinen Rechtsverlust und haben keine Rechtsnachteile. Umgekehrt entfaltet das Urteil einer Klage auf Unterlassung Breitenwirkung im Falle des Obsiegens des Verbandes. § 11 UKlaG ordnet eine dispositive Rechtskrafterstreckung zulasten des Verwenders einer AGB an. Von einer Rechtskrafterstreckung kann deshalb gesprochen werden, weil der Tenor des Unterlassungsurteils

²³ Vgl. *Poelzig*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 1010, 1032; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 1370 – beide zur insoweit unveränderten alten Rechtslage.

²⁴ Vgl. v. *Rummel/Waßmuth*, RdF 2025, 180 (186–187).

²⁵ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) i.d.F. der Bekanntmachung v. 27.8.2002, BGBl. I 2002, S. 3422, zuletzt geändert durch Art. 18 Gesetz zur Durchführung der VO (EU) 2022/2065 sowie zur Durchführung der VO (EU) 2019/1150 und zur Änderung weiterer Gesetze v. 6.5.2024, BGBl. I 2024 Nr. 149.

im Verbandsprozess bereits eine Feststellung der Unwirksamkeit der betreffenden Klausel enthält.²⁶ Diese tritt aber im Einzelprozess nur ein, wenn sich der Vertragspartner auf das Unterlassungsurteil beruft.

c) Abhilfe- und Musterfeststellungsklage nach dem VDuG

Ebenfalls zwei Arten der Verbandsklage sind in dem im Oktober 2023 in Kraft getretenen VDuG geregelt. Dieses Gesetz geht ebenso wie die Unterlassungsklage zurück auf die Verbandsklagerichtlinie der Europäischen Union.²⁷ Im VDuG sind zwei Klagearten geregelt, zum einen die mit dem Gesetz neu eingeführte Abhilfeklage (§§ 14 ff. VDuG), zum anderen die vormals in der ZPO geregelte Musterfeststellungsklage (§§ 41 ff. VDuG). Letztere ist, wie ebenfalls aus dem Namen bereits ersichtlich, auf Feststellung gerichtet. Demgegenüber ist die Abhilfeklage in ihren drei Varianten²⁸ erstmals ein auf Leistung gerichtetes kollektives Rechtsschutzinstrument.

Sowohl für die Abhilfeklage als auch für die Musterfeststellungsklage hat der Gesetzgeber die Rolle des Klägers einem hierfür zugelassenen Verband vorbehalten. Gerade dieses Repräsentationsmodell in Verbindung mit einer kollektiven Leistungsklage bereitet Schwierigkeiten bei der rechtsdogmatischen Verortung innerhalb der überkommenen Prozessrechtsdogmatik. Mit Auftreten des Verbands als Prozessstandschafter der Verbraucher oder der Durchsetzung eines verbandseigenen Anspruchs kommen für diese Konstruktion verschiedene Erklärungsansätze in Frage.²⁹

Das Verfahren der Abhilfeklage ist auf die Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrags in einen Umsetzungsfond gerichtet (§ 14 VDuG). Aus diesem werden dann im Umsetzungsverfahren (§§ 22 ff. VDuG) die Verbraucher durch einen Sachwalter befriedigt. Die Abhilfeklage mündet daher entweder in ein klageabweisendes Endurteil (§ 16 Abs. 1 S. 3 VDuG) oder zunächst in ein zusprechendes Abhilfegrundurteil (§ 16 Abs. 1 S. 1 VDuG). Das Verfahren kann nach dem Grundurteil noch durch einen Vergleich mit Wirkung für die angemeldeten Betroffenen beendet werden (§§ 17, 9 Abs. 1 VDuG). Ansonsten wird im Abhilfeendurteil das Umsetzungsverfahren angeordnet (§ 18 Abs. 1 VDuG), in welchem die genaue Schadenshöhe ermittelt wird (§ 27 Nr. 7 VDuG). Der im Abhilfeendurteil zur Zahlung bestimmte kollektive Gesamtbetrag ist mit Blick auf dessen Schätzung durch das Gericht (§ 19 VDuG) und die Möglichkeit der Nachforderung im Umsetzungsverfahren (§ 21 Abs. 1, 2 VDuG) nur vorläufig.

An das Ergebnis des Verfahrens wird lediglich gebunden, wer sich zuvor durch ein entsprechendes Opt-in für die Teilnahme an der Klage entschieden hat (§ 11 Abs. 3 VDuG). Die angemeldeten Personen sind an der Erhebung einer parallelen Einzelklage gehindert (§ 11 Abs. 2 VDuG). Für Betroffene, die sich gegen ein solches Opt-in entschließen, gibt es demgegenüber keine Sperre in Bezug auf die individuelle Rechtsdurchsetzung. Das Opt-in selbst können die Betroffenen noch bis zum Ablauf von drei Wochen nach Schluss der mündlichen Verhandlung erklären (§ 46 Abs. 1 VDuG). So ist es ihnen trotz fehlender Beteiligungsrechte möglich, unter dem Eindruck der Verhandlung informiert über einen Anschluss an die Kollektivklage zu entscheiden.³⁰ Kommt es im Rahmen der Abhilfeklage zu

²⁶ Vgl. *Micklitz/Rott*, in: *MüKo-ZPO*, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, UKlaG § 11 Rn. 3; *Witt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, Kommentar, 13. Aufl. 2022, UKlaG § 11 Rn. 5, 10.

²⁷ Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. EU 2020 Nr. L 409, S. 1.

²⁸ Für vier Varianten *Bruns*, ZJP 137 (2024), 3 (4 f.).

²⁹ Vgl. *Gsell*, GRUR 2024, 979 (985 f.); ausführlich *Bruns*, ZJP 137 (2024), 3 (14 ff.).

³⁰ Zu diesem im Gesetzgebungsverfahren umstrittenen Punkt kritisch vgl. *Schreier*, VersR 2024, 144 (150); zu praktischen Problemen vgl. *Gsell*, GRUR 2024, 979 (985).

einem Vergleich, besteht zusätzlich eine späte Möglichkeit für ein Opt-out der ursprünglich für das Verfahren optierenden einzelnen Betroffenen (§ 10 VDuG).

Das VDuG behält die Kollektivierung des Rechtsschutzes den Verbrauchern und ihnen gleichgestellten kleinen Unternehmen³¹ vor. In sachlicher Hinsicht stehen die Verbandsklagen des VDuG aber nicht nur zur Durchsetzung spezifischer Verbraucherrechte zur Verfügung, sondern grundsätzlich für jeden bürgerlichen Rechtsstreit, der mit dem notwendigen Quorum eine Vielzahl von Betroffenen betrifft (vgl. § 1 Abs. 1 VDuG).

Trotz ihres breiten Anwendungsbereichs kommen sowohl die Abhilfe- als auch die Musterfeststellungsklage in der Praxis selten zur Anwendung. Die Gründe hierfür sind vielfältig, unter anderem eine geringe Zahl an Klageberechtigten sowie die Haftungsrisiken potenzieller Kläger gegenüber Verbrauchern und im Hinblick auf Prozesskosten.³²

d) Folgenbeseitigung durch Gewinnabschöpfung

Ferner finden sich gesetzliche Regelungen zur Folgenbeseitigung, etwa in § 10 UWG oder § 34a GWB in Form der Abschöpfungsklage. Diese Abschöpfungsklagen sind als Verbandsklagen ausgestaltet und können nur durch bestimmte Verbände, Einrichtungen und Kammern³³ eingeleitet werden. Das verfolgte Rechtsschutzziel ist die Herausgabe eines unzulässig erzielten Gewinns an den Bundeshaushalt. Damit stehen sie trotz ihrer Gestalt als Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes eher neben Befugnissen zu Gunsten von Behörden, wie sie in § 32a GWB und § 65 EnWG zu finden sind. In ihrer Zielrichtung adressieren die Gewinnabschöpfungsklagen das kollektivrechtliche Grundproblem der geringfügigen Streuschäden. Sie dienen den privaten Interessen aufgrund ihrer Ähnlichkeit zu behördlichen Maßnahmen in der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung in Form einer Folgenbeseitigung eher mittelbar.

e) Das „improvisierte“ Sammelklageinkasso

Schließlich lassen sich in der deutschen Rechtswirklichkeit Fälle des Sammelklageinkassos finden. Dabei handelt es sich nicht um eine rechtsanwaltliche Tätigkeit, sondern um Angebote des Rechtsdienstleistungsmarktes, die auf eine für die eigentlichen Rechteinhaber möglichst risikofreie Rechtsdurchsetzung gerichtet sind.³⁴ Mangels Regulierung sind diese Klagen auf alle denkbaren Rechtsschutzziele gerichtet; typischerweise dominiert in der Praxis die Klage auf Leistung. Dies verwundert nicht, berücksichtigt man, dass sich gewerblich handelnde Klagevehikel in aller Regel durch eine Erlösbeteiligung im Erfolgsfall finanzieren.

Eine entsprechende Klage setzt die Abtretung durch die potenziellen Anspruchsinhaber voraus. Ansprüche einzelner Betroffener werden also nur dann rechtshängig, wenn der Betroffene selbst in Form einer Zession mitwirkt. Dies rechtfertigt es, ihn an das Prozessergebnis im Sinne einer Rechtskraft zu binden. Typischerweise werden derart gebündelte Ansprüche durch eine eigens hierfür gegründete Gesellschaft („Klagevehikel“) geltend gemacht, die wiederum typischerweise Verträge mit einem Prozessfinanzierer schließt. Dieser Prozessfinanzierer übernimmt das Kostenrisiko, lässt sich im Gegenzug allerdings für den Fall des Obsiegens einen Anteil am Gewinn versprechen, der typi-

³¹ Vgl. § 1 Abs. 2 ZPO; als kleine Unternehmen gelten Unternehmen, die nicht sowohl weniger als zehn Personen beschäftigen und nicht mehr als 2.000.000 € Jahresbilanz oder Jahresumsatz haben.

³² Vgl. Röthemeyer, BKR 2024, 977 (981).

³³ Vgl. §§ 10 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 3 Nrn. 2–4 UWG, §§ 34a Abs. 1, 33 Abs. 4 GWB.

³⁴ Vgl. auch zum typischen Verlauf beim Angebot solcher Inkassomodelle Heiß, NJW 2025, 1625 (1627 Rn. 12 f.).

scherweise 30 % beträgt.³⁵ In dieser Möglichkeit liegt ein für die Anbieter praktisch wichtiger Vorteil gegenüber den sonstigen Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes. Anhaltendes Problem der improvisierten und gesetzlich nicht geregelten „Sammelklagen“ bleibt die Rechtssicherheit ihrer Abtretungskonstruktion. Verstößt diese etwa wegen eines Interessenkonflikts zwischen den gebündelten Ansprüchen gegen das Verbot des § 4 S. 1 RDG³⁶ oder ist das Klagevehikel mangels Vermögensausstattung im Unterliegensfall nicht in der Lage die gegnerischen Prozesskosten aufzufangen,³⁷ scheitert mit der Unwirksamkeit der Zession gem. §§ 134 oder 138 BGB nicht nur die Klage wegen fehlender Prozessführungsbefugnis. Mangels wirksamer Klageerhebung für die Rechteinhaber droht auch der Ablauf der dadurch nicht gehemmten Verjährungsfrist.

Trotz der heterogenen Landschaft des kollektiven Rechtsschutzes im deutschen Zivilprozessrecht bleiben den von gesetzgeberischer Seite zur Verfügung gestellten Instrumenten Probleme gemein. Speziell die begrenzten Möglichkeiten der Drittfinanzierung des kollektiven Rechtsschutzes geben begründeten Anlass zu Zweifeln an der Tragweite der jeweiligen Klagemöglichkeiten.³⁸ Die Existenz von Lösungen wie dem Sammelklageinkasso belegen die stete Nachfrage nach weitergehenden Rechtsschutzmöglichkeiten auch und gerade im Angesicht der bisherigen Regelungsversuche des Gesetzgebers.

³⁵ Zur Beschränkung der Erfolgsbeteiligung bei der Prozessfinanzierung *Riehm*, NJW 2024, 2713 (2715 Rn. 11 ff.).

³⁶ Bisher hat der BGH die Konstruktionen im Einzelfall gebilligt BGH, Urt. v. 13.7.2021 – II ZR 84/20 = NJW 2021, 3046 (3053 Rn. 199); BGH, Urt. v. 13.7.2021 – II ZR 84/20 = NJW 2021, 3046 (3052 Rn. 45 ff.); BGH, Urt. v. 13.6.2022 – VIa ZR 418/21; a.A. statt vieler noch v. *Lewinski/Kerstges*, ZJP 132 (2019), 177.

³⁷ Vgl. zum Schutz der Gegenpartei vor vermögenslosen Klagevehikeln *Riehm*, NJW 2024, 2713 (2716 Rn. 21 f.).

³⁸ Vgl. *Wais*, NJW 2025, 1441; *Heiß*, NJW 2025, 1625 (1627 Rn. 10).

Die Vergabe von Zuwendungen zwischen politischer Steuerung und rechtlicher Steuerlosigkeit

Richterin Dr. Kristiane Saro, LL.M. (Norwich), Leipzig*

I. Systematische Einordnung von Zuwendungen	255
1. Der rechtliche Rahmen staatlicher Zuwendungen: Begriff, Zweck und Abgrenzung	255
2. Strukturen ohne Gesetz: Haushaltsrecht und untergesetzliche Regelungen	255
II. Verfassungsrechtliche Grenzen: Die staatliche Neutralitätspflicht in der Zuwendungspraxis	256
1. Staatliche Neutralitätspflicht	256
2. Neutralitätspflicht auch für den Zuwendungsempfänger?	256
III. Verfassungsrechtliche Prüfung der Festsetzung einer Neutralitätspflicht.....	258
1. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)	258
a) Schutzbereich	258
b) Eingriff.....	259
c) Rechtfertigung	260
a) Qualifizierter Gesetzesvorbehalt.....	260
b) Verhältnismäßigkeit, insbesondere Angemessenheit	261
(1) Legitimer Zweck.....	261
(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit	261
(3) Angemessenheit.....	262
(4) Zwischenergebnis	264
2. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot	264
IV. Zusammenfassung	265

Mit dem Erstarken der AfD und des Extremismus allgemein rückt das Thema der Förderung und Auszahlung staatlicher Mittel an gesellschaftliche Organisationen immer mehr in den Vordergrund. Obwohl es um Auszahlungen in Milliardenhöhe geht, gibt es kein eigenständiges Gesetz dafür. Auch Rechtsprechung gibt es kaum.¹ Besonders problematisch wird diese Betrachtung, wenn man berücksichtigt, dass staatliche Fördermittel nicht nur finanziellen Charakter haben, sondern auch politische

* Die Verf. ist Richterin im Justizdienst des Landes Sachsen-Anhalt und Lehrbeauftragte an der Universität Leipzig. Dieser Beitrag behandelt ausbildungsrelevante Aspekte aus ihrer im Jahr 2025 im Verlag C.F. Müller erschienenen Dissertation „Die staatliche Förderung gesellschaftlicher Organisationen“.

¹ Das relevanteste Urteil stammt von 2023 und beinhaltet die Entscheidung zu einer staatlichen Förderung der AfD-nahen Desiderius-Erasmus-Stiftung; BVerfG, Urt. v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19.

Wirkung entfalten können. Denn durch die Auswahl geförderter Projekte und Organisationen nimmt der Staat Einfluss auf gesellschaftliche Prozesse. In der Praxis fehlt es an Klarheit: In bundespolitisch relevanten Fällen wie der Diskussion um parteinahe Stiftungen (insbesondere die Desiderius-Erasmus-Stiftung) und der Förderung von Initiativen gegen Extremismus, aber auch dem Demokratiefördergesetz zeigt sich, dass es an verbindlichen Kriterien fehlt, auf deren Grundlage Mittel rechtssicher vergeben werden können.

Für die juristische Ausbildung bietet dieses Thema eine Vielzahl prüfungsrelevanter Konstellationen sowohl im Bereich des Verwaltungsrechts als auch bei den Grundrechten. Im Folgenden sollen die staatlichen Neutralitätspflichten bei der Zuwendungsvergabe und daran anknüpfend die Problematik eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit des Zuwendungsempfängers dargestellt werden.

I. Systematische Einordnung von Zuwendungen

1. Der rechtliche Rahmen staatlicher Zuwendungen: Begriff, Zweck und Abgrenzung

Staatliche Zuwendungen sind Leistungen an Stellen außerhalb der Bundes- oder Landesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke, für die ein erhebliches staatliches Interesse besteht. Sie unterscheiden sich von Subventionen, Sozialleistungen, Beihilfen, Finanzhilfen und der öffentlichen Auftragsvergabe. Anders als bei Subventionen steht bei Zuwendungen nicht primär die Wirtschaftsförderung im Vordergrund, sondern das öffentliche Interesse und das Allgemeinwohl. Zuwendungen dienen damit als Lenkungsinstrument staatlicher Politik, insbesondere in Bereichen wie Bildung, Kultur, Umwelt, Demokratie, Sport oder Forschung. Sie bieten dem Staat die Möglichkeit, gesellschaftliche Aufgaben durch nichtstaatliche Akteure erfüllen zu lassen, ohne eigene Strukturen aufzubauen.

Beispiele 1:

- a) Eine Gemeinde zahlt Zuwendungen an einen Verein, damit dieser (anstelle der Kommune) das öffentliche Schwimmbad im Ort betreibt.
- b) Eine Landesbehörde vergibt Zuwendungen an eine privatrechtliche Stiftung, damit diese sich (anstelle des Landes) um die Aufforstung des Waldes kümmert.
- c) Das Bundesministerium für Bildung, Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMBFSFJ) stellt Mittel im Bundesprogramm „Demokratie leben“ bereit, um welche sich verschiedene Organisationen für Projekte, die sich für Demokratie und Vielfalt stark machen und gegen Extremismus einsetzen, bewerben können.
- d) Aus dem Bundeshaushalt erhalten Stiftungen, die den im Bundestag vertretenen Parteien nahe stehen, finanzielle Zuwendungen, um damit Bildungsarbeit zu betreiben.

2. Strukturen ohne Gesetz: Haushaltsrecht und untergesetzliche Regelungen

Ein Kernproblem des Zuwendungsrechts ist das Fehlen eines einheitlichen Gesetzes, welches die Vergabe von Zuwendungen, insbesondere die materiellen Kriterien für die Vergabe, das bei der Verteilung der Mittel zu beachtende Verfahren und die Ausgestaltung der Zuwendungsbescheide, regelt. Zum einen sind die normativen Grundlagen verstreut: Neben den zentralen Vorschriften der Bundeshaushaltsordnung (§§ 23, 44 BHO) existieren Verwaltungsvorschriften, allgemeine und besondere Nebenbestimmungen – vergleichbar den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zivilrecht – sowie zahlreiche Förderrichtlinien. Diese untergesetzlichen Regelungen entfalten jedoch keine Außen-

wirkung und dienen nur der innerbehördlichen Organisation. Rechtsverbindlich wird die Zuwendung erst durch den jeweiligen Verwaltungsakt – regelmäßig in Form eines Zuwendungsbescheids.² Dieser konkretisiert die Rechte und Pflichten des Empfängers, bleibt jedoch inhaltlich oft vage. Damit ist der Umgang mit dem Zuwendungsrecht schon praktisch schwierig.

Zum anderen stellt sich die Frage der normativen Legitimation der Förderungen. Das Haushaltsgesetz dient zwar als formale Grundlage der Zuwendungen. Es enthält aber keine Regelungen zu Auswahlkriterien, Kontrollen oder verfassungsrechtlichen Vorgaben. Diese befinden sich stattdessen in den durch die Exekutive erstellten Förderrichtlinien, während sich das Haushaltsgesetz auf die Höhe der insgesamt zur Verfügung stehenden Geldbeträge und pauschale Zweckbestimmungen beschränkt. Dabei müssen jedoch nach der Wesentlichkeitstheorie alle maßgeblichen Entscheidungen, die in Grundrechte eingreifen oder diese betreffen, vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst getroffen werden.³ In der aktuellen Praxis fehlt es an einer solchen ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung, wenngleich es ein – wenn auch ausbaufähiges – Stiftungsfinanzierungsgesetz und erste Anstöße für ein Demokratiefördergesetz gibt. Derzeit ist somit mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage weder eine hinreichende demokratische Kontrolle noch eine über Einzelfälle hinausgehende gerichtliche Überprüfbarkeit der Zuwendungspraxis gegeben.

II. Verfassungsrechtliche Grenzen: Die staatliche Neutralitätspflicht in der Zuwendungspraxis

1. Staatliche Neutralitätspflicht

Die Neutralitätspflicht ist ein zentrales Prinzip staatlichen Handelns. Sie folgt aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG), den Gleichbehandlungsgeboten (Art. 3 GG) sowie aus dem Recht auf freie Meinungsbildung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) und verbietet es staatlichen Stellen, bei der Verteilung öffentlicher Mittel eine einseitige politische oder weltanschauliche Positionierung vorzunehmen.⁴ Besonders relevant wird die Neutralitätspflicht bei der Förderung politischer Organisationen, parteinaher Stiftungen oder religiöser Einrichtungen. Eine einseitige Mittelvergabe kann hier nicht nur die politische Konkurrenz verzerren, sondern auch die Meinungsbildung der Bevölkerung beeinflussen. Die Rechtsprechung betont, dass parteipolitisch geprägte Förderentscheidungen besonders strengen Neutralitätsanforderungen unterliegen. Die öffentliche Hand muss sicherstellen, dass keine Privilegierung einzelner Strömungen erfolgt.⁵

2. Neutralitätspflicht auch für den Zuwendungsempfänger?

Inwieweit auch die Empfänger staatlicher Zuwendungen generell zur Neutralität verpflichtet sind, ist bislang ungeklärt. Eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Organisationen wird in der Regel

² Auf die Unterscheidung zwischen der Gewährung einer Zuwendung als solche („Ob“) und der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Zuwendungsgeber und -empfänger („Wie“) und die Frage, welche Rechtsnatur die Entscheidungen über das „Ob“ und das „Wie“ der Zuwendungen haben können/müssen (Stichwort: „Zwei-Stufen-Theorie“), kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Der Einfachheit halber wird im Folgenden in Bezug auf die Zuwendungsentscheidung einheitlich vom „Zuwendungsbescheid“ gesprochen.

³ BVerfGE 40, 237 (248 ff.); 47, 46 (78); 49, 89 (126 f.); 64, 261 (268); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 108, 282 (312); Kloepfer, Verfassungsrecht, 2011, § 10 Rn. 125 m.w.N.

⁴ Inwieweit staatliche Stellen einer Neutralitätspflicht unterliegen, wird umfassend bei Saro, Die staatliche Förderung gesellschaftlicher Organisationen, 2025, S. 45 ff., beleuchtet.

⁵ BVerfGE 73, 1; BVerfG, Urt. v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2012, 1265.

abgelehnt.⁶ Gleichwohl können auch derzeit schon im Einzelfall – etwa durch entsprechende Auflagen im Zuwendungsbescheid – bestimmte Verhaltenspflichten begründet werden.⁷

Beispiele 2:

- a) Eine Gemeinde vergibt Zuwendungen an eine privatrechtliche GmbH, damit diese die Stadthalle betreibt, in der neben dem Schul- und Vereinssport auch Veranstaltungen verschiedenster Art stattfinden. Im Zuwendungsbescheid ist festgelegt, dass die Möglichkeit der Anmietung für alle in Bundes- oder Landtag vertretenen Parteien gegeben sein muss und dass die GmbH sich nicht in einer bestimmten Richtung politisch äußern darf.
- b) Ein Verein erhält Zuwendungen für ein Sommercamp, welches das Verständnis von Kindern und Jugendlichen für Politik und Demokratie fördern und diese für ein gesellschaftliches Engagement begeistern soll. Im Zuwendungsbescheid hat der Zuwendungsgeber bestimmt, dass im Rahmen des Camps keine „Parteiwerbung“ stattfinden darf und alle politischen Strömungen gleich zu behandeln sind. Förderschädlich wäre es damit beispielsweise, wenn von zehn Referenten sieben dem links-progressiven Lager entstammen, einer der liberalen Mitte und zwei dem rechts-konservativen Spektrum und alle vortragenden Personen darüber hinaus explizit vorstellen, warum ein Engagement gerade für die eigene Partei toll wäre.
- c) Eine Kirchengemeinde⁸ betreibt eine Einrichtung für Obdachlose und erhält dafür finanzielle Zuwendungen der Kommune. Der Zuwendungsbescheid verpflichtet die Kirchengemeinde, in der Einrichtung keine missionarische Arbeit mit dem Zweck der Gewinnung neuer Mitglieder zu betreiben.

Der Pflicht zur neutralen Mittelverwendung als zentralem Kriterium des Zuwendungsverhältnisses kommt hierbei eine herausragende Bedeutung zu. Wie oben dargelegt, sind Zuwendungen ein Instrument des Staates, um gesellschaftliche und damit im staatlichen Interesse liegende Aufgaben nicht selbst erledigen zu müssen, sondern durch nichtstaatliche Akteure erfüllen zu lassen. Es handelt sich quasi um eine Form von „Outsourcing“. Mithin werden hier nichtstaatliche Akteure anstelle des Staates tätig. Wenn jemand eine Aufgabe für den Staat mit dessen (finanziellen) Mitteln übernimmt, macht es gegenüber einem Dritten keinen Unterschied, ob ihm der Staat selbst oder ein Zuwendungsempfänger gegenübertritt. Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, die für den Staat geltenden Anforderungen auch gegenüber dem anstelle des Staates auftretenden privatrechtlichen Akteur zur Anwendung zu bringen. Nachdem eine Neutralitätspflicht des Staates nicht ernsthaft infrage gestellt werden kann, sind somit auch die staatliche Mittel erhaltenden Akteure bei dem Einsatz dieser finanziellen Ressourcen zur Neutralität verpflichtet.

Problematisch ist in der Praxis jedoch, dass solche Grenzen für die Mittelverwendung meist nicht hinreichend klar geregelt sind und damit ihre Einhaltung für den Zuwendungsgeber weder kontrollierbar noch sanktionierbar ist. Ohne eine eindeutige Festschreibung der Pflichten kann von dem Zuwendungsempfänger schließlich nicht erwartet werden, dass er genau weiß, in welchen Grenzen er die

⁶ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 259 ff.; Gersdorf, Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Umgang des DOSB und der dsj mit (rechts-)populistischen Parteien, 2021, S. 17; a.A. Michl, JZ 2018, 910 (917).

⁷ Vertiefende Ausführungen dazu, insbesondere zur Differenzierung zwischen einer Neutralitätspflicht und einer Neutralitätsobliegenheit sowie den praktischen Möglichkeiten der Festsetzung einer Neutralitätsbindung der Zuwendungsempfänger, gibt es bei Saro, Die staatliche Förderung gesellschaftlicher Organisationen, 2025, S. 123 ff. und S. 158 f.

⁸ Hiermit ist nicht explizit eine christliche Kirchengemeinde gemeint.

Mittel einsetzen kann. Anders gewendet kann der Zuwendungsgeber eine missbräuchliche Verwendung der Mittel kaum sanktionieren, wenn die vermeintlich überschrittenen Grenzen eines zulässigen Mitteleinsatzes nicht klar genug in den Zuwendungsbestimmungen festgelegt sind. Insofern kann eine Parallele zum Gebot der Normenklarheit als Geltungsvoraussetzung für Rechtsnormen gezogen werden.

Abhilfe schaffen kann hier der Erlass eines Zuwendungsgesetzes als normative Grundlage für staatliche Zuwendungen, in dem neben dem Verfahren vor allem festgelegt wird, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Zuwendungsgeber und dem Zuwendungsempfänger auszugestalten ist. So könnte etwa eine verpflichtende Auflage vorgesehen werden, dass die erhaltenen Mittel nicht nur einseitig im Sinne einer politischen, religiösen oder weltanschaulichen Strömung eingesetzt werden dürfen, sondern neutral zu nutzen sind. Wenn das Gesetz eine solche Auflage klar konturiert vorsieht und der Zuwendungsgeber sich bei der Ausgestaltung des Zuwendungsverhältnisses eindeutig auf diese bezieht, wäre eine staatliche Reaktion auf eine missbräuchliche Mittelverwendung möglich.

Beispiel:

Im angewandelten Beispiel 2b) führt ein an einem Rand des politischen Spektrums stehender Verein das Sommercamp durch und nutzt dieses nicht für eine neutrale Förderung der politischen Bildung der Teilnehmer, sondern betreibt verfassungsfeindliche Propaganda „für die eigene Sache“. Wenn im Zuwendungsbescheid, der sich auf ein entsprechendes Zuwendungsgesetz stützt, der neutrale Mitteleinsatz verpflichtend vorgesehen ist, kann der Zuwendungsgeber auf die nicht neutrale Mittelverwendung reagieren, etwa mit einer Rückforderung der Zuwendung.

III. Verfassungsrechtliche Prüfung der Festsetzung einer Neutralitätspflicht

Der Gesetzgeber muss daher eine gesetzliche Grundlage schaffen, um die Rahmenbedingungen der Zuwendungsvergabe zu regeln. Er hat dafür Sorge zu tragen, dass die Mittel neutral eingesetzt werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass staatliche Mittel aus Steuergeldern möglicherweise für verfassungswidrige Zwecke eingesetzt werden. Ein besonderes Augenmerk ist in diesem Zusammenhang auf die Frage zu legen, ob sich solch eine Regelung mit den Grundrechten des Zuwendungsempfängers vereinbaren lässt. Durch ein entsprechendes Gesetz wäre der Empfänger in seinen Handlungen und in seiner Meinungskundgabe eingeschränkt. Im Folgenden soll sich auf einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit fokussiert werden.

1. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG)

Die gängige Grundrechtsprüfung umfasst die Frage der Eröffnung des Schutzbereichs, die Feststellung eines staatlichen Eingriffs in diesen und die mögliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs.⁹

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erstreckt sich unter anderem auf die Meinungsäußerung, -bildung und -verbreitung. Meinungen sind wertende, von einem Element des Dafürhaltens geprägte

⁹ Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Vorb. zu Art. 1 Rn. 139 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Vorb. zu Art. 1 Rn. 14 ff.; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 1 Abs. 3 Rn. 30 ff.

Stellungnahmen.¹⁰ Auch juristische Personen (etwa Vereine, die Interesse an einer Zuwendung haben) können sich – wegen der wesensmäßigen Anwendbarkeit – gem. Art. 19 Abs. 3 GG auf die Meinungsfreiheit berufen. Beim Bestehen einer Neutralitätspflicht müssen die Geförderten ihre Äußerungen und Handlungen vorsichtig abwägen und besondere Maßstäbe beachten. Eine Neutralitätspflicht verlangt von den Zuwendungsempfängern ein Bekenntnis zur Neutralität, sei es durch das Äußern einer konkreten inneren – neutralen – Haltung bzw. durch das Nicht-Äußern bestimmter Inhalte.¹¹ Somit ist die intellektuelle Selbstverwirklichung und damit die Meinungsfreiheit betroffen.¹² Demgegenüber wird die Eröffnung des Schutzbereiches zum Teil mit dem Argument verneint, dass Zuwendungen freiwillige staatliche Leistungen sind und die Zuwendungsempfänger im Gegenzug für deren ordnungsgemäße Verwendung Sorge zu tragen haben.¹³ Das Argument der „Gegenleistung“ ist jedoch eher im Bereich der Rechtfertigung zu verorten, sodass der Schutzbereich nach alledem eröffnet ist.

b) Eingriff

Indes lehnt ein Teil der Wissenschaft die Einordnung der Neutralitätspflicht als Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ab. Ein Eingriff liegt nach der modernen Grundrechtsdogmatik vor, wenn staatliches Handeln dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt.¹⁴ Ein solcher Eingriff liegt hier vor, da die festgeschriebene Neutralitätspflicht das Verhalten des Zuwendungsempfängers auch hinsichtlich des Äußerns oder auch Nicht-Äußerns von Meinungen steuert.¹⁵ Um einen Entzug der Fördermittel zu vermeiden, müssen sich die Zuwendungsempfänger im förderungsrelevanten Bereich an die Neutralitätspflicht halten. Dementsprechend können sie ihre Meinung nicht mehr frei äußern und müssen ihre nach außen gerichteten meinungsrelevanten Handlungen mit Bedacht wählen.

Gegen die Annahme eines Eingriffs bei der gesetzlichen Festsetzung einer Neutralitätspflicht könnte sprechen, dass erst die eigentliche Mittelzuwendung den Empfänger an die Neutralität bindet, sodass es nicht per se durch die gesetzliche Regelung zu einem Eingriff kommt, sondern sich der Zuwendungsempfänger bewusst auf diese Pflicht einlässt. Es steht ihm frei, die Zuwendung nicht zu beantragen oder diese abzulehnen. Der Staat schuldet die Zuwendung lediglich nach Maßgabe der Ausschreibung, da er für die Durchsetzung der Neutralitätspflicht Sorge zu tragen hat. Mit entsprechender Argumentation kann also auch ein Eingriff bereits verneint werden.

¹⁰ BVerfGE 61, 1 (8); Schemmer, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2016, Art. 5 Rn. 4, 9; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 5 I Rn. 47 ff.; Paulus, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 73 ff.

¹¹ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Extremismusklausel im Zuwendungsbereich, Verfassungsmäßigkeit des Verlangens eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung von Trägern von Projekten des Programms „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, Ausarbeitung v. 1.2.2011 – WD 3 – 3000 – 020/11, S. 12.

¹² Vgl. bspw. Merten, DÖV 1990, 761 (766) (766).

¹³ So etwa Ossenbühl, Die Zulässigkeit von „Demokratieerklärungen“ im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes, Februar 2011, S. 23.

¹⁴ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 333 ff.; Klein, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, § 6 S. 299; erste und wegweisende Betrachtungen dazu bei Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 165 ff.; BVerfGE 71, 183 (191); BVerfG, Urf. v. 27.3.1992 – 7 C 21/90, Rn. 30 ff. (juris); kritisch zu dem Begriff Sachs, JuS 2018, 731 (732 f.).

¹⁵ Ingold, DÖV 2015, 13 (19).

Ein weiteres Argument gegen einen Eingriff ist, dass es bei der Neutralitätspflicht vordergründig nicht um die Pflicht zur Äußerung oder Nicht-Äußerung einer bestimmten Meinung, sondern bloß um die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft (Neutralität) gehe. Es handele sich lediglich um eine Verhaltenspflicht, die die Umsetzung des Förderziels sicherstellen solle.¹⁶ Des Weiteren wird das Fehlen eines Eingriffs damit begründet, dass der Zuwendungsempfänger außerhalb des geförderten Projekts weiterhin seine Meinung äußern könne.¹⁷ Auch dieser Argumentation ist einiges abzugewinnen, jedoch ist das Vorliegen eines Eingriffs objektiv und abstrakt zu bestimmen. Mögliche Begründungen, die aus Sicht des Zuwendungsgebers und/oder der Allgemeinheit für die Eingriffe sprechen können, sind erst auf Rechtfertigungsebene zu prüfen.

Beispiele:

Im Beispiel 2a) greift die Verpflichtung, sich nicht in einer bestimmten Richtung politisch zu äußern, in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit der Stadthallen-GmbH ein.

Im Beispiel 2b) ist die Meinungsfreiheit des Camp-Veranstalters betroffen, da er keine „Parteiwerbung“ stattfinden lassen darf und er alle politischen Strömungen gleich zu behandeln hat, ihm also die Möglichkeit abgeschnitten wird, seine (politische) Meinung zu äußern.

c) Rechtfertigung

Sofern ein Eingriff besteht, könnte dieser verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Die herrschende Meinung in der Literatur bejaht eine Rechtfertigung.

aa) Qualifizierter Gesetzesvorbehalt

Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit kann im Rahmen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts aus Art. 5 Abs. 2 GG insbesondere durch allgemeine Gesetze erfolgen. Ein allgemeines Gesetz ist dann gegeben, wenn es sich nicht gegen eine spezielle Meinung an sich richtet, sondern dem Schutz eines im Vergleich zur Meinungsfreiheit höherrangigen Rechtsguts dient.¹⁸ Unter den Begriff „Gesetze“ fallen dabei alle förmlichen Gesetze sowie Gesetze im materiellen Sinn und andere auf eine formell-gesetzliche Ermächtigung gestützte Rechtsvorschriften.¹⁹ Ein neues Gesetz dürfte also nicht eine Meinung als solche ausschließen, sondern müsste sich auf die Durchsetzung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung berufen. Die staatliche Neutralität ist in einer Demokratie ein wichtiges Gut, weil deren Nichtbeachtung das Vertrauen der Bevölkerung als Souverän (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) in das staatliche Handeln und damit auch den gesellschaftlichen Zusammenhalt beschädigen könnte. Mithin ist die staatliche Neutralität für den Schutz der Demokratie unerlässlich. Folglich sind Regelungen zur Neutralitätspflicht allgemeine Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG und mithin taugliche Schranken der Meinungsfreiheit.

¹⁶ Kluth, *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 2013, 84 (90).

¹⁷ Battis, *Zur Zulässigkeit der „Extremismusklausel“ im Bundesprogramm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“*, 29.11.2010, S. 22. *Link?*

¹⁸ BVerfGE 7, 198 (209 f.); 124, 300 (322); Kaiser, in: Dreier, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 I, II Rn. 126 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz, Kommentar*, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 66 f.

¹⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz, Kommentar*, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 66; Wendt, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 5 Rn. 117; Kaiser, in: Dreier, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 I, II Rn. 126.

bb) Verhältnismäßigkeit, insbesondere Angemessenheit

Nunmehr müssen diese Regelungen selbst formell und materiell verfassungsmäßig sein („Schranken-Schranken“). Hierbei kommt es insbesondere auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an. Das setzt wiederum die Legitimität des Zwecks sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des zur Zweckerreichung eingesetzten Mittels voraus.²⁰

(1) Legitimer Zweck

Als legitim wird jeder mit der Verfassung in Einklang stehende Zweck verstanden.²¹ Ein solcher ist unproblematisch in der Durchsetzung der Werte des Grundgesetzes, insbesondere der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, und der damit in Zusammenhang stehenden staatlichen Neutralitätspflicht zu sehen. Durch Neutralitätsverpflichtungen für Zuwendungsempfänger wird bezweckt, dass staatliche Mittel in demokratieverträglicher Art und Weise eingesetzt werden, was wiederum verfassungslegitim ist.

Beispiel: Scheitern könnte eine Regelung zur Neutralitätspflicht bereits (teilweise) daran, wenn unter dem „Deckmantel“ der zu wahrenen Neutralität Äußerungen untersagt werden, welche die staatliche Neutralität von vornherein nicht tangieren und mithin nicht von (diesem) verfassungslegitimen Zweck getragen werden.

(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Geeignetheit ist gegeben, wenn der mit der Regelung verfolgte Zweck zumindest gefördert wird.²² Aufgrund der Festsetzung der Neutralitätspflicht ist eine Rückforderung nach § 49 Abs. 3 VwVfG bei einer nicht neutralen Mittelverwendung möglich. Zudem wird den Zuwendungsempfängern durch die Festsetzung ihre Pflicht deutlich vor Augen geführt.²³ Dieses „Damoklesschwert“ einer bei mangelnder Neutralität drohenden Rückforderung der Mittel wird den Zuwendungsempfänger dazu anhalten, die erhaltenen finanziellen Ressourcen neutral einzusetzen, also sich nicht neutraler politischer Äußerungen zu enthalten.

Erforderlichkeit liegt vor, wenn kein milderes, aber gleich effektives Mittel zur Verfügung steht.²⁴ Ein bloßes Begleit-, Warn- oder Hinweisschreiben, in welchem die Zuwendungsempfänger auf die Neutralität hingewiesen werden, hätte keine rechtlich bindende Wirkung und würde keine Rück-

²⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 116; Sommermann, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 312; Badura, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, C Rn. 28; Poscher, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3 Rn. 44 ff.

²¹ BVerfGE 100, 313 (359); Poscher, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3 Rn. 52.

²² BVerfGE 134, 204 (227); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 118; Sommermann, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 314; Poscher, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3 Rn. 62.

²³ So auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Extremismusklausel im Zuwendungsbereich, Verfassungsmäßigkeit des Verlangens eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung von Trägern von Projekten des Programms „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, Ausarbeitung v. 1.2.2011 – WD 3 – 3000 – 020/11, S. 11.

²⁴ BVerfGE 126, 112 (144 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 119; Sommermann, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 314; Badura, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, C Rn. 28; Poscher, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3 Rn. 63.

forderung ermöglichen. Zudem hätte es auf die Zuwendungsempfänger nicht dieselbe eindruckliche Wirkung wie ein positives Bekenntnis durch Anerkennung einer konkret geregelten Neutralitätsverpflichtung.²⁵

(3) Angemessenheit

Als argumentationsintensiv und kontrovers diskutiert stellt sich allerdings der letzte Prüfungspunkt dar, bei dem die Angemessenheit der staatlichen Maßnahme geprüft wird (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Da die Thematik in Rechtsprechung und Literatur kaum betrachtet wurde, bietet dies den Vorteil, dass frei und anhand des Einzelfalls argumentiert werden kann.

Dabei ist das allgemeine Gesetz vor dem Hintergrund der fundamentalen Bedeutung der Meinungsfreiheit auszulegen und so in seiner einschränkende Wirkung selbst wieder einzuschränken (Wechselwirkungslehre).²⁶ Folglich muss sich nicht die Meinungsfreiheit am allgemeinen Gesetz messen, sondern vielmehr sind die Gesetze am Maßstab ihrer grundrechtlichen Gewährleistung zu prüfen.²⁷ Die Rechtfertigung kann nur durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange erfolgen, was eine einzelfallbezogene Abwägung voraussetzt. Im Falle der Zuwendungen steht der Meinungsfreiheit der Empfänger insbesondere das öffentliche Interesse der Bürger als Träger der Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) gegenüber. Die Zuwendungen stellen nämlich staatliche Leistungen dar, welche aus Steuermitteln finanziert werden, sodass ein berechtigtes Interesse der Bürger daran besteht, dass diese Mittel im Sinne der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eingesetzt werden. Dies umfasst auch ein Interesse an der meinungs- und politikneutralen Verwendung der Mittel.

Der Großteil der wenigen Literatur hält eine Neutralitätspflicht für angemessen, da es an einem schweren Nachteil für die Meinungsfreiheit fehle. Die Leistungsverwaltung ist für den Zuwendungsempfänger lediglich vorteilhaft, da ihm keine Rechtsposition entzogen wird, sondern er eine freiwillige staatliche Leistung erhält, für die er sich freiwillig beworben hat.²⁸ Der im Bewerbungsverfahren betriebene Aufwand zeigt dem Zuwendungsempfänger die Bedeutung der Sache. Zudem wird der Leistungszweck konkret benannt, wodurch der Leistungsempfänger die an ihn gestellten Pflichten erkennen kann. Ferner bezieht sich die Neutralitätspflicht allein auf den Einsatz der zweckgebundenen staatlichen Mittel, d.h. im Übrigen kann sich der Zuwendungsempfänger weiterhin umfassend äußern.²⁹ Allerdings wird mitunter eine Abstufung dahingehend vorgenommen, in welchem Umfang der Leistungsempfänger zur Neutralität verpflichtet wird. Eine grundsätzliche Neutralität ist möglich und muss durch eine fortlaufende Kontrolle gewährleistet werden. Jedoch kann es keine generelle

²⁵ Ingold, DÖV 2015, 13 (19); Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Extremismusklausel im Zuwendungsbereich, Verfassungsmäßigkeit des Verlangens eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung von Trägern von Projekten des Programms „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, Ausarbeitung v. 1.2.2011 – WD 3 – 3000 – 020/11, S. 11.

²⁶ BVerfGE 59, 231 (265); 71, 206 (214); Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 I, II Rn. 140; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 5 I Rn. 139.

²⁷ Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 5 I Rn. 140 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 69 f.; Paulus, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 281; Bethge, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2006, § 203 Rn. 83; Merten, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 80.

²⁸ Ebenso Ossenbühl, Die Zulässigkeit von „Demokratieerklärungen“ im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes, Februar 2011, S. 23; Kluth, Recht der Jugend und des Bildungswesens 2013, 84 (90).

²⁹ Ebenso Battis, Zur Zulässigkeit der „Extremismusklausel“ im Bundesprogramm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, 29.11.2010, S. 22.

Untersagung politischer Bildungsarbeit geben.³⁰ Lediglich, wenn die politische Bildungsarbeit einseitig erfolgt oder gegen das Gebot der Sachlichkeit verstößt, kann sie untersagt werden. Ansonsten könnte der Staat eine von ihm favorisierte Ansicht stärker fördern als andere. Ausnahmen kann es nur bei extremistischen Ansichten geben, die sich in ihrer Gesamtheit gegen die Werte des Grundgesetzes richten.

Teilweise wird in der Literatur unter Bezugnahme auf das Beamten- und Einbürgerungsrecht angenommen, dass eine Neutralitätspflicht für bloße Empfänger von staatlichen Zuwendungen zu weit geht. Die staatliche Forderung, ein bestimmtes Bekenntnis – hier in Form der Neutralität – abzulegen, sei nämlich nur ausnahmsweise dort zulässig, wo wegen einer besonderen Beziehung oder Rechtsstellung die Grundrechtsbeschränkung unerlässlich ist.³¹ Beispielhaft dafür ist § 60 Abs. 1 BBG beziehungsweise § 33 Abs. 1 BeamStG, wonach sich Beamte neutral und unparteiisch verhalten müssen. Im Einbürgerungsrecht ist ebenso eine Bekenntnispflicht normiert. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 StAG hängt die Einbürgerung unter anderem davon ab, dass sich der Ausländer zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennt.³² Diese Loyalitätserklärung soll die innere Hinwendung zur Bundesrepublik Deutschland dokumentieren und wird für die Integration als erforderlich angesehen.³³

Die Konstellation im Beamten- und Einbürgerungsrecht ist jedoch nicht mit dem hier betrachteten System der staatlichen Förderungen vergleichbar. Sowohl das Beamtenverhältnis als auch die Einbürgerung betreffen eine auf Dauer angelegte und eng mit dem Staat verknüpfte Rechtsstellung, wohingegen das Zuwendungsverhältnis, gerade im Rahmen einer Projektförderung, nur vorübergehender Natur und auf einzelne Maßnahmen begrenzt ist.³⁴

Gegen die herrschende Meinung, nach der die Neutralitätspflicht angemessen ist, wird weiterhin vertreten, dass in der Bestimmung, die Mittel neutral einzusetzen, ein Befehl läge, welcher einen Eingriff in die individuelle Rechtssphäre darstelle, sodass die Zuwendung für den Empfänger nicht wirklich rein vorteilhaft sei. Auch die damit verbundene Gefahr einer Rückzahlungspflicht könne eine harte Belastung für den Empfänger darstellen.³⁵ Dagegen kann jedoch eingewandt werden, dass der Empfänger sich dessen bewusst ist, wenn er die Förderung beantragt und sie ihm unter Bezugnahme auf die Neutralitätspflicht ausgezahlt wird.

Beispiele:

In den Beispielen 2a) und 2b) wären die geschilderten Auflagen – Berücksichtigung aller in Bundes- oder Landtag vertretenen Parteien, Unterlassen der Bevorzugung einzelner politischer Strömungen und Unterlassen politischer Äußerungen – nach der hier vertretenen Auffassung angemessen. Nicht mehr angemessen und damit unverhältnismäßig könnten demgegenüber Auflagen sein, bei denen

³⁰ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Politische Bildungsarbeit von Zuwendungsempfängern Sachstand v. 25.3.2019 – WD 3 – 3000 – 055/19, S. 4 f.

³¹ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Extremismusklausel im Zuwendungsbereich, Verfassungsmäßigkeit des Verlangens eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung von Trägern von Projekten des Programms „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, Ausarbeitung v. 1.2.2011 – WD 3 – 3000 – 020/11, S. 13.

³² Hailbronner/Gnatzy, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, 7. Aufl. 2022, StAG § 10 Rn. 47.

³³ BT-Drs. 14/533, S. 12, 18.

³⁴ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Bekenntnisklausel im Zuwendungsbereich, Dürfen Zuwendungen aus dem Programm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“ von einem Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung abhängig gemacht werden?, Ausarbeitung v. 13.1.2011 – WD 3 – 3000 – 505/10, S. 13.

³⁵ Kormann, GewArch 1975, 249 (254).

den Zuwendungsempfängern auch innerhalb des Neutralen ganz konkret vorgeschrieben wird, was sie zu sagen haben, wenn ihnen also ihre Gestaltungsfreiheit hinsichtlich ihrer Äußerungen ganz genommen wird.

(4) Zwischenergebnis

Nach alledem wiegt der Eingriff in die Meinungsfreiheit des Zuwendungsempfängers nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig nicht so schwer wie das öffentliche Interesse an der neutralen und sachlichen Verwendung staatlicher Mittel. Ein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit wird mithin nach der hier vertretenen Auffassung meist nicht anzunehmen sein, wenngleich – vor allem in der Klausur – Konstellationen denkbar sind, in denen die Rechtfertigung nicht gelingen kann.

2. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot

Ebenso wird ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot von der herrschenden Meinung abgelehnt.³⁶ Ein möglicher Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine verfassungsrechtlich relevante, nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung voraus.³⁷ Schon das Vorliegen einer Ungleichbehandlung ist zweifelhaft, da eine Neutralitätspflicht alle Zuwendungsempfänger desselben Förderprogramms gleichermaßen betrifft³⁸ und ausschließlich den Zuwendungszweck fördern soll, ohne förderungs-externe Ziele zu verfolgen.³⁹ Zwar unterscheiden sich die Anforderungen zwischen einzelnen Förderprogrammen, doch begründet dies wegen der Individualität der Programme keine wesentliche Gleichheit der Empfänger und damit keine tauglichen Vergleichsgruppen. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz könnte nur vorliegen, wenn innerhalb eines Programms die Neutralitätspflicht für einzelne Empfänger unterschiedlich ausgestaltet würde, was jedoch eine Frage des Einzelfalls ist.⁴⁰

In Anlehnung an Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG könnte ferner eine Benachteiligung wegen politischer Anschauung in Betracht kommen. Auch wenn mittelbare Benachteiligungen erfasst sind, wird eine solche hier nicht angenommen.⁴¹ Zwar ist auch das forum internum – das bloße „Haben“ einer politischen Auffassung⁴² – vor Diskriminierung geschützt, jedoch ist dieser Schutz bereits in Freiheitsrechten wie Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG enthalten.⁴³ Die Neutralitätspflicht knüpft zudem nicht an eine

³⁶ Ingold, DÖV 2015, 13 (20); Kluth, Recht der Jugend und des Bildungswesens 2013, 84 (91); Ossenbühl, Die Zulässigkeit von „Demokratieerklärungen“ im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes, Februar 2011, S. 19 ff.; a.A. lediglich Battis, Zur Zulässigkeit der „Extremismusklausel“ im Bundesprogramm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, 29.11.2010, S. 2 ff.

³⁷ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 618 ff.; Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 I Rn. 29, 37; Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2016, Art. 3 Rn. 15 ff.; Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 69 ff.

³⁸ A.A. Battis, Zur Zulässigkeit der „Extremismusklausel“ im Bundesprogramm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, 29.11.2010, S. 2, der als Vergleichsgruppe die Projekte wählt, welche keine Förderungen erhalten.

³⁹ Zu den rechtlichen Maßstäben vgl. Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 I Rn. 36 f.; Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2016, Art. 3 Rn. 15; Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 80 f.

⁴⁰ Ossenbühl, Die Zulässigkeit von „Demokratieerklärungen“ im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes, Februar 2011, S. 19 ff.

⁴¹ BVerfGE 121, 241 (254 f.); Ingold, DÖV 2015, 13 (20).

⁴² BVerfGE 39, 334 (368); 124, 300 (338).

⁴³ v. Achenbach, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Rn. 134; zudem sind Äußerungen und politische Betätigungen nach herrschender Meinung nicht von Art. 3 Abs. 3 GG umfasst: BVerfGE 39, 334 (368); Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 305 ff.; Ingold, DÖV 2015, 13 (20).

Meinung als solche an, sondern stellt eine aktiv-betätigungsbezogene Vorgabe dar, die der Stärkung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung dient. Eine mögliche Einschränkung politischer Ansichten ist lediglich eine faktische Folge, die alle Antragsteller gleichermaßen trifft, sodass weder eine Ungleichbehandlung „wegen“ einer politischen Anschauung noch eine Diskriminierung vorliegt.⁴⁴ Auch hier ist zu beachten, dass die Förderung zur Disposition des Zuwendungsempfängers steht und die Neutralitätspflicht alle Antragsteller betrifft, wodurch es zu keiner Diskriminierung kommen kann.

IV. Zusammenfassung

Der Staat muss bei der Vergabe von Zuwendungen parteipolitische und weltanschauliche Neutralität wahren; insbesondere darf er politische Organisationen nur unter Beachtung der Chancengleichheit fördern. Für Zuwendungsempfänger besteht per se keine umfassende Neutralitätspflicht wie für den Staat; eine solche muss ausdrücklich in einem Gesetz oder dem Zuwendungsbescheid festgelegt werden und hinreichend bestimmt sein. Ohne eine hinreichend konkrete, eindeutige Regelung zur Bindung der Zuwendungsempfänger an die Neutralität hat der staatliche Zuwendungsgeber keine Handhabe, bei einer nicht neutralen, tendenziösen Verwendung der staatlichen finanziellen Ressourcen einzuschreiten. Angesichts fehlender klarer Vorgaben besteht daher ein erheblicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf, um Transparenz und Rechtssicherheit zu schaffen und einem Missbrauch der Zuwendungen, etwa durch verfassungsfeindliche Organisationen, zu begegnen. Ein Gesetz, welches die Neutralität der Fördermittelverwendung festsetzt, verstößt regelmäßig weder gegen die Meinungsfreiheit des Zuwendungsempfängers noch gegen das Gleichbehandlungsgebot.

⁴⁴ BVerfGE 39, 334 (368); vgl. BVerfGE 13, 46 (49); Boysen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 189; Ingold, DÖV 2015, 13 (21) m.w.N.

Schadensersatz statt und neben der Leistung

Stud. iur. Lamyae Amjahad, Düsseldorf*

Die Abgrenzung zwischen dem Schadensersatz statt der Leistung und dem Schadensersatz neben der Leistung zählte bereits vor der Schuldrechtsreform 2002 zu den klassischen Problemfeldern des allgemeinen Schuldrechts. Während die Anspruchsvoraussetzungen in §§ 280 ff. BGB formal klar geregelt erscheinen, bereitet ihre dogmatisch konsistente Anwendung auf konkrete Fallkonstellationen, insbesondere bei vermögensbezogenen Schäden infolge unterbliebener oder verzögerter Leistung, erhebliche Schwierigkeiten. Besondere praktische Relevanz entfaltet dieses Spannungsverhältnis im Kontext des sog. vorzeitigen Deckungsgeschäfts. Im Zentrum stehen dabei zwei wegweisende Entscheidungen des BGH: die Biodiesel-Entscheidung (BGH, Urt. v. 3.7.2013 – VIII ZR 169/12) sowie die Frachtkosten-Entscheidung (BGH, Urt. v. 20.4.2023 – I ZR 140/22). Beide Urteile nehmen sich der Problematik aus unterschiedlichen Perspektiven an und illustrieren die rechtliche Komplexität vorzeitiger Ersatzbeschaffungen sowie die dogmatische Unsicherheit bei der Bestimmung der Anspruchsgrundlage. Ziel dieser Arbeit ist es, die den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte darzustellen, den Argumentationsgang herauszuarbeiten und auf seine dogmatische Stringenz zu untersuchen. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, nach der Abgrenzung der Schadensersatzansprüche.

I. BGH-Entscheidungen im Überblick	267
1. Biodiesel-Entscheidung (BGH, Urt. v. 3.7.2013 – VIII ZR 169/12)	267
2. Frachtkosten-Entscheidung (BGH, Urt. v. 20.4.2023 – I ZR 140/22)	267
3. Erste Gegenüberstellung	268
II. Abgrenzung der Schadensersatzansprüche	268
1. Darstellung der Schadensersatzansprüche	268
a) Schadensersatz statt der Leistung	268
b) Schadenersatz neben der Leistung	269
2. Erforderlichkeit einer Abgrenzung	269
3. Abgrenzungsmodelle	270
a) Schadensphänomenologische Abgrenzung	270
aa) Feststellung der Charakteristika	271
bb) Teleologischer Gehalt und Verbindung mit Schadenskategorien	271
b) Zeitlich-dynamischer Abgrenzungsansatz	272
III. Problematik des „verfrühten“ Deckungsgeschäfts	273
1. Problemaufriss	273
2. Einordnung in den Abgrenzungsmodellen	274

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

a) Schadensphänomenologische Betrachtung	274
b) Zeitliche Betrachtung.....	275
IV. Analyse und Vergleich der BGH-Entscheidungen.....	275
1. Analyse der Biodiesel-Entscheidung.....	276
a) Begründungsgang	276
b) Kritische Würdigung	278
2. Analyse der Frachtkostenentscheidung	278
a) Begründungsgang	278
b) Kritische Würdigung.....	280
3. Vergleich und Bewertung der dogmatischen Konsistenz.....	281
V. Fazit	282

I. BGH-Entscheidungen im Überblick

Die beiden Entscheidungen des BGH werden im Folgenden exemplarisch vorgestellt und bilden die Grundlage für die Analyse der Abgrenzungsproblematik der Schadensersatzansprüche und der Einordnung vorzeitiger Deckungsgeschäfte.

1. Biodiesel-Entscheidung (BGH, Urt. v. 3.7.2013 – VIII ZR 169/12)

Dem Urteil des *VIII. Zivilsenats* vom 3.7.2013 lag ein Kaufvertrag über 2.000.000 l Biodiesel zugrunde, den eine Spedition am 31.10.2007 mit der beklagten Lieferantin zu einem Festpreis abgeschlossen hatte. Die Lieferung sollte sukzessiv zwischen April und September 2008 erfolgen. Nachdem die Beklagte zunächst Teilmengen lieferte, verweigerte sie im Juni 2008 die weitere Belieferung mit dem Hinweis, ihre Lieferantin sei insolvent. Die Spedition beschaffte daraufhin zwischen Ende Mai und September 2008 den noch fehlenden Biodiesel anderweitig zu inzwischen gestiegenen Marktpreisen. Die daraus resultierenden Mehrkosten beliefen sich auf 475.085,58 €. In einem Vorprozess wurde die Beklagte zur Lieferung der ausstehenden Biodieselmenge verurteilt. Die Spedition klagte erfolgreich vor dem Landgericht Kiel auf Schadensersatz in Höhe der entstandenen Mehrkosten. Dagegen legte die Beklagte erfolglos Berufung ein und verfolgte vor dem BGH ihren Klageabweisungsantrag weiter. Streitentscheidend war dabei die Frage, ob das Deckungsgeschäft dem Verzögerungsschadensersatz oder dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen ist.

2. Frachtkosten-Entscheidung (BGH, Urt. v. 20.4.2023 – I ZR 140/22)

Der Entscheidung des *I. Zivilsenats* vom 20.4.2023 lag ein Werkvertrag mit Transportleistung zugrunde. Die Klägerin, Transportversicherer der S-GmbH, beauftragte die Beklagte, ein Logistikunternehmen, ab April 2016 mit dem Transport von Produktionsteilen für die Montage von Fahrzeug-Cockpits nach Bremen, von wo aus diese nach Mexiko verschifft werden sollten. Im Juni 2017 transportierte die Beklagte Produktionsteile nach Bremen, aufgrund eines Maschinenschadens konnte die ursprünglich geplante Verladung auf das Containerschiff „APL H.“ jedoch nicht erfolgen und die Verladung verzögerte sich auf den 10.7.2017 und die Ankunft in Mexiko auf den 25.7.2017. Die Beklagte lehnte trotz Aufforderung am 6.7.2017 einen Lufttransport der am dringendsten benötigten Teile und die Prüfung früherer Versandmöglichkeiten ab. Daraufhin ließ die Versicherungsnehmerin Teile gleicher

Art ab dem 20.7.2017 per Luftfracht befördern, wodurch Mehrkosten i.H.v. 12.876,03 USD entstanden. Die Lieferung sollte einen kostspieligeren Produktionsstillstand eines Werks in Mexiko verhindern, der entstanden wäre, wenn die Lieferung erst am 25.7.2017 eingetroffen wäre. Zwar erstattete die Beklagte die entstandenen Kosten abzüglich ersparter Seefracht, behielt jedoch einen Selbstbehalt ein. Streitgegenständlich war hier jener verbliebene Selbstbehalt und damit inzident die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts.

3. Erste Gegenüberstellung

Ein Vergleich der beiden Fälle zeigt Parallelen und Unterschiede, die die Ausgangspunkte für die vertiefte Analyse bilden. Die Sachverhalte unterscheiden sich zwar hinsichtlich Vertragsart und Leistungsgegenstand, im Kern geht es jedoch jeweils um eine Ersatzbeschaffung, um den wirtschaftlichen Erfolg des Gläubigers sicherzustellen. Während im Biodiesel-Fall das primäre Ziel darin bestand, die geschuldete Leistung überhaupt zu erhalten, stand im Frachtkosten-Fall die Vermeidung eines Produktionsstillstands und daraus resultierender Schäden im Vordergrund. Insoweit unterschieden sich die subjektiven Motive hinter den Deckungsgeschäften.

II. Abgrenzung der Schadensersatzansprüche

Mit der Schuldrechtsreform 2002 hat der Gesetzgeber dem alten Schuldrecht den Rücken zugekehrt,¹ damit auch Begriffen wie „Mangelschaden“, „Mangelfolgeschaden“ oder „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“. Um den bis dahin bestehenden unüberwindbaren² Abgrenzungsproblemen „durch eine Neuordnung der Normen über die Anspruchsbegründung“³ entgegenzuwirken, wurde mit § 280 Abs. 1 BGB eine einheitliche Anspruchsgrundlage geschaffen, die durch spezielle Anspruchsvoraussetzungen in §§ 281 ff. BGB und § 286 BGB ergänzt wird.⁴ Diese Differenzierung bildet seither den Ausgangspunkt für jede Auseinandersetzung über die Einordnung von Schadensfolgen bei Pflichtverletzungen.

1. Darstellung der Schadensersatzansprüche

a) Schadensersatz statt der Leistung

Der Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und Abs. 3 BGB dient dem Ausgleich des positiven Interesses⁵ und soll den Gläubiger so stellen, wie er stünde, wenn die geschuldete Leistung ordnungsgemäß erbracht worden wäre.⁶ Dieser tritt gem. § 281 Abs. 4 BGB an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs und schließt diesen endgültig aus. Seine Geltendmachung setzt neben den allgemeinen Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB, die Verwirklichung der zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281, 282 oder 283 BGB voraus. „Diese Vorschriften lassen sich auf [den] einheitli-

¹ BT-Drs. 14/6040, S. 133.

² So Benicke/Hellwig, NJW 2014, 1697 (1702) mit Verweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 133.

³ BT-Drs. 14/6040, S. 133.

⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 133; Arnold, ZJS 2009, 22 (23).

⁵ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 49. Aufl. 2025, § 22 Rn. 57; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 28 Rn. 16; Wörlen/Metzler-Müller/Balleis, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2023, Rn. 220; Hellgardt, JuS 2016, 1057 (1059).

⁶ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 49. Aufl. 2025, § 22 Rn. 57; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 28 Rn. 16.

chen Gedanken zurückführen“⁷, dass der Vorrang der (Nach-)Erfüllung grundsätzlich gewahrt werden soll.⁸ Das Fristsetzungserfordernis des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB nimmt dabei eine zentrale Stellung ein. Ausnahmen davon bestehen bei ernsthafter, endgültiger Leistungsverweigerung, Unzumutbarkeit am Festhalten der Leistungserbringung (§ 281 Abs. 2 BGB), Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1–3 BGB (§ 283 BGB) oder besonderen Schutzpflichtverletzungen i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB (§ 282 BGB), die jeweils Modifikationen des Grundsatzes der Fristsetzung darstellen.⁹

b) Schadenersatz neben der Leistung

Unter „Schadenersatz neben der Leistung“ soll im Folgenden der einfache Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB sowie der Verzögerungsschadenersatz gem. §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB verstanden werden. Ein solcher Oberbegriff ist zwar kritisch zu betrachten,¹⁰ dient für die nachfolgenden Ausführungen jedoch allein der Verständlichkeit. Im Rahmen des Verzögerungsschadenersatzes sind solche Schäden ersatzfähig, die „durch den Verzug [des Schuldners] adäquat kausal verursacht“¹¹ wurden.¹² Vorausgesetzt wird ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch, dessen Erfüllung der Schuldner verzögert, ferner ein Vertretenmüssen des Schuldners sowie der Eintritt des Verzugs durch Mahnung oder Eintritt eines gesetzlich bestimmten Verzugsgrunds (§ 286 Abs. 2 BGB). Der Erfüllungsanspruch entfällt durch Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs nicht, sondern besteht neben der Leistung.¹³ Der einfache Schadensersatz erfasst schließlich alle sonstigen Schäden, für die die zusätzlichen Voraussetzungen nach § 280 Abs. 2 und Abs. 3 BGB nicht einschlägig sind.¹⁴ Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde.¹⁵

2. Erforderlichkeit einer Abgrenzung

Die Entscheidung, welcher Anspruchsgrundlage eine bestimmte Schadensposition zuzuordnen ist, hat unmittelbare Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen, den Prüfungsaufbau und den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs. Insofern ist die Abgrenzung „die systematische Ausgangsfrage der Schadensersatzhaftung im [...] Leistungsstörungenrecht“¹⁶. Der Gesetzgeber hat mit der Schuldrechtsreform über die Systematik der §§ 280 ff. BGB den einzelnen Schadensersatzansprüchen bewusst unterschiedliche zusätzliche Voraussetzungen zugewiesen. Während beim Verzögerungsschadenersatz der Verzug erforderlich ist, setzt der Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich eine Fristsetzung zur Leistung voraus. Demgegenüber genügt im Rahmen des einfachen Schadensersatzes bereits eine zu vertretende Pflichtverletzung des Schuldners. Daraus ergeben sich hinsicht-

⁷ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (733).

⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 138; Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2834).

⁹ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (733); Huber, AcP 2010 (2010), 319 (321).

¹⁰ Kritisch zu dem Begriff Kramme, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Kommentar, 20. Aufl. 2025, § 280 Rn. 7; Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 280 Rn. E 22; Schroeter, AcP 220 (2020), 234 (264); Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (7).

¹¹ Dornis, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 286 Rn. 288.

¹² RGZ 109, 97 (99); Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 149.

¹³ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 25 Rn. 1; Jacoby/v. Hinden, in: Studienkommentar BGB, 18. Aufl. 2022, § 280 Rn. 12.

¹⁴ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 25 Rn. 1; Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 280 Rn. 46.

¹⁵ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 25 Rn. 19; Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 223.

¹⁶ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (729).

lich der Schadensersatzberechtigung unterschiedliche Eintrittszeitpunkte, was zugleich das Risiko möglicher Überschneidungen mit sich bringt.¹⁷

3. Abgrenzungsmodelle

Um dies zu vermeiden, wurden in der Literatur verschiedene Modelle entwickelt, die eine systematische Einordnung ermöglichen sollen. Die gesetzlichen Regelungen in §§ 280 ff. BGB enthalten keine ausdrückliche Abgrenzungsnorm, sodass sich Kriterien und Modelle im Wege von Auslegung, Systematik und teleologischer Betrachtung herausgebildet haben. Konsens besteht dahingehend, dass die hinter der gesetzlichen Differenzierung stehenden Leitgedanken von sämtlichen Abgrenzungsmodellen zu berücksichtigen sind. Diese Leitgedanken reflektieren grundlegende Wertungen des Schuldrechts.¹⁸ Der Schuldner soll im Regelfall Gelegenheit erhalten, seine Leistungspflicht ordnungsgemäß zu erfüllen, bevor diese durch einen Schadensersatzanspruch ersetzt wird (Vorrang der Naturalerfüllung).¹⁹ Ebenso dient das „Gebot der Beachtung des Mahnungserfordernisses“²⁰ dem Schutz des Schuldners vor vorschneller Inanspruchnahme.²¹ Zugleich soll nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 249 ff. BGB gewährleistet werden, dass der Gläubiger für alle kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführenden Nachteile Ersatz verlangen kann, ohne jedoch eine Überkompensation zu erhalten, die ihm sowohl die Naturalleistung als auch deren monetären Gegenwert verschafft.²² Ebenfalls prägender Leitgedanke ist das Verbot der Unterkompensation, aus dem folgt, dass der Gläubiger umfassend entschädigt wird, ohne dass Ersatzlücken auftreten.²³

a) Schadensphänomenologische Abgrenzung

Der schadensphänomenologische oder auch schadenstypologische Abgrenzungsansatz²⁴ knüpft im Unterschied zu streng pflichtenbasierten Ansätzen nicht primär an die Art der Pflichtverletzung an, sondern an das Erscheinungsbild des eingetretenen Schadens.²⁵ Die Wurzeln dieses Ansatzes werden häufig bei *Canaris* verortet, der auf die intendierte Rechtsfolge abstellte,²⁶ seine systematische Ausformulierung und die heutige Terminologie gehen maßgeblich auf die Arbeit von *Grigoleit* und *Riehm* zurück.²⁷ Zentral ist die Annahme, dass „jeder Schadensposten im Hinblick auf eine Pflichtverletzung genau einer Schadenskategorie der Abs. 1–3 zugeordnet“²⁸ werden kann. Zur Konturierung der Ersatzkategorien wird im Rahmen des schadensphänomenologischen Ansatzes ein dreistufiges Prüfungs-

¹⁷ *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 280 Rn. 5; *Kramme*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Kommentar, 20. Aufl. 2025, § 280 Rn. 12; *Otto*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 280 Rn. E 36; *Giesen*, in: FS Huber, 2006, S. 264 (273); *Hellgardt*, JuS 2016, 1057 (1060).

¹⁸ *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 209 f.; *Ackermann*, JuS 2012, 865 (868); *Kindl*, Jura 2020, 773 (774).

¹⁹ *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 209; *Gsell*, in: FS Canaris, 2017, S. 451 (453 f.); *Benicke/Hellwig*, ZIP 2015, 1106 (1110 f.).

²⁰ *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 209.

²¹ *Gsell*, in: FS Canaris, 2007, S. 337 (346); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (8 f.).

²² *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 209; *Huber*, AcP 210 (2010), 319 (335).

²³ *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 209.

²⁴ *Ackermann*, JuS 2012, 865 (868); *Bach*, ZJS 2013, 1 (2); *Kindl*, Jura 2020, 773 (779 f.); *Greiner/Baumann*, JA 2023, 1 (2).

²⁵ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (730 ff.); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (4).

²⁶ *Canaris*, in: Lorenz, Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 5; *ders.*, ZIP 2003, 321 (322); *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (193).

²⁷ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (730); *Canaris*, ZIP 2003, 321.

²⁸ *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 221.

modell herangezogen.²⁹ In einem ersten Schritt werden die charakteristischen Merkmale herausgearbeitet, um sie sodann anhand der systematischen sowie teleologischen Struktur des Haftungsrechts in ihrem normativen Gehalt zu analysieren. Zuletzt wird aus den gewonnenen Wertungen abgeleitet, welche Schadensposten den einzelnen Ersatzkategorien zuzuordnen sind.³⁰

aa) Feststellung der Charakteristika

Wie bereits festgestellt, setzt der einfache Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB lediglich eine zu vertretende Pflichtverletzung und einen kausal daraus resultierenden Schaden voraus. Demgegenüber steht der Verzögerungsschadensersatz nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB, welcher darüber hinaus grundsätzlich eine Mahnung erfordert. Von den beiden Schadenskategorien unterscheidet sich wiederum der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281–283 BGB, welcher zum einen grundsätzlich eine Fristsetzung erfordert und zum anderen nach § 281 Abs. 4 BGB in einem Exklusivitätsverhältnis zur Primärleistung steht.³¹

bb) Teleologischer Gehalt und Verbindung mit Schadenskategorien

Der Zweck der Mahnung, die als eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung des Gläubigers an den Schuldner definiert wird,³² liegt in ihrer Informations- und Warnfunktion.³³ Der Schuldner soll vom Bestehen des Anspruchs erfahren und ihm die Zeitrelevanz der Leistungserbringung vor Augen halten, ohne dass das Recht des Schuldners auf Naturalandienung beeinträchtigt wird.³⁴ Der Schutzzweck der qualifizierten Verzugsvoraussetzungen begrenzt den Kreis der ersatzfähigen Schäden auf solche, die die rechtzeitige pflichtgemäße Erfüllung des Naturalleistungsanspruchs betreffen. Da § 286 BGB keine dem § 281 Abs. 4 BGB vergleichbare Vorschrift enthält, kann der Verzögerungsschadensersatz neben der Naturalleistung verlangt werden. Entsprechend erfassen die von §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB erfassten Schadensposten solche Schäden, die neben das Naturalleistungsinteresse treten und dieses unberührt lassen.³⁵ Für seine Liquidation bedarf es auch keiner Fristsetzung, da die über die Fristsetzung zu sichernde Naturalandienungsmöglichkeit nicht gefährdet wird. Das vom Verzögerungsschaden erfasste Äquivalenzinteresse ist demnach leistungsergänzend.³⁶ Weil der Schaden gerade aufgrund der zeitlichen Relevanz der Leistungserbringung endgültig eintritt, unabhängig vom endgültigen Ausbleiben der Leistung, ist das dem Ersatz des Verzögerungsschadens zuzuordnende Äquivalenzinteresse als zeitabhängig zu beschreiben. Ohne diesen zeitlichen Bezug entstünde dem Gläubiger kein Schaden durch die Verzögerung.³⁷ Somit ist die dem Verzögerungsschadensersatz

²⁹ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (7); Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (2).

³⁰ So auch Canaris, ZIP 2003, 321 (322), für den Verzögerungsschadensersatz.

³¹ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (7 ff.); Kindl, Jura 2020, 773 (779 f.).

³² BGH NJW 1998, 2132; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 26 Rn. 5; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 49. Aufl. 2025, § 23 Rn. 10; Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 63, 65; Dornis, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 286, Rn. 132; Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 286 Rn. 23, 26.

³³ BGH NJW 2023, 3285 (zitierte Seite Rn. 39); Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 26 Rn. 5; Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 286 Rn. 17; Kaiser, in: FS Westermann, 2008, S. 351 (354); Lorenz, JuS 2008, 203 (204); Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (3); Katelouzou, NJOZ 2025, 768 (776 Rn. 46).

³⁴ Grigoleit, ZfPW 2019, 1 (8); Kindl, Jura 2020, 773 (779 f.); Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (3).

³⁵ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (6).

³⁶ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (6).

³⁷ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (6, 26 f., 54); Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (3); Leitmeier, NJW 2024, 3473 (3475); Grigoleit, in: FS Canaris, 2007, S. 275 (289 – „zeitabhängiger Leistungsausfall“); ähnlich Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (752 – „zeitbezogenes Leistungsinteresse“).

zugeordnete abstrakt-normative Schadenskategorie als zeitabhängig leistungsergänzendes Äquivalenzinteresse zu beschreiben.

Die maßgeblichen Charakteristika des Schadensersatzes statt der Leistung sind das Fristsetzungserfordernis und das Exklusivitätsverhältnis. Die Fristsetzung hat, wie die Mahnung auch, die Informations- und Appellfunktion inne und verkörpert das Recht des Schuldners auf Möglichkeit zur Naturalandienung.³⁸ Aus diesen teleologischen Gesichtspunkten ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung den Wegfall des Rechts des Schuldners auf Naturalandienung regelt und diejenigen Schadensposten erfasst, die gerade durch das Ausbleiben der Naturalleistung bedingt sind, also an deren Stelle treten, als Kompensation dafür, dass das Naturalleistungsinteresse des Gläubigers nicht bzw. nicht vollständig vom Schuldner befriedigt wird.³⁹ Der Schadensersatz statt der Leistung muss also zu einer „schadensrechtlichen Rekonstruktion des Naturalleistungsinteresses im Vermögen des Gläubigers“⁴⁰ führen. Insofern wird vom endgültig leistungsersetzendem Äquivalenzinteresse gesprochen.⁴¹ Mithin ergänzen sich diese beiden Schadenskategorien und bilden zusammen das Äquivalenzinteresse ab. Damit verbleiben für § 280 Abs. 1 BGB diejenigen Schadensposten, für die die spezifischen Wertungsgesichtspunkte des Schadensersatzes statt der Leistung und des Verzögerungsschadensersatzes nicht einschlägig sind. Der Schaden darf daher nicht dem Äquivalenzinteresse des Gläubigers unterfallen. Insoweit kann man positiv formuliert von Verletzungen des Integritätsinteresses sprechen,⁴² welches „das Interesse des Gläubigers an der Erhaltung [...] seines Vermögensstatus, wie er ohne die geschuldete Leistung bestünde“, ⁴³ betrifft.

b) Zeitlich-dynamischer Abgrenzungsansatz

Der zeitlich-dynamische Abgrenzungsansatz, dessen bekannteste Ausprägung auf *Lorenz* zurückgeht und als „Zauberformel“ bezeichnet wird,⁴⁴ verlagert die Unterscheidung auf eine zeitliche Ebene. Entscheidend sei, ob der geltend gemachte Schaden bereits zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, zu dem die geschuldete Leistung noch erbracht werden konnte, oder ob er erst aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung resultiert.⁴⁵ Die „Testfrage“ lautet dementsprechend: Würde eine gedachte Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt den Schaden entfallen lassen?⁴⁶ Ist dies der Fall, so handelt

³⁸ Gsell, in: FS Canaris, 2007, S. 337 (345); vgl. auch *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 128 („Gnadenfrist“); *Grigoleit*, in: Artz/Gsell/Lorenz, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 55 (59 f.); *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 27 Rn. 10; *ders.*, in: FS Canaris, 2017, S. 403 (420); *Benicke/Hellwig*, NJW 2014, 1697 (1700); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (8); *Kindl*, Jura 2020, 773 (779).

³⁹ *Grigoleit*, in: FS Canaris, 2007, S. 275 (289); *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (735); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (11, 26).

⁴⁰ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (735).

⁴¹ *Greiner/Baumann*, JA 2023, 1 (2).

⁴² *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 235; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 24 Rn. 20, § 25 Rn. 9; *Jacoby/v. Hinden*, in: Studienkommentar BGB, 18. Aufl. 2022, § 280 Rn. 9; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (748 f., 751); *Ackermann*, JuS 2012, 865 (868); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (6); vgl. auch *Westermann/Bydlinki/Arnold*, BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, Rn. 412; auch *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl. 2007, § 280 Rn. 4, der von „Mangelfolge- und Begleitschäden“ spricht; ebenso *Schulze*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 280 Rn. 4 mit gleicher Begründung ohne Benennung als Integritätsinteresse.

⁴³ *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 223; kritisch gegenüber einer solchen Positivbestimmung *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (21 f.), *Kindl*, Jura 2020, 773 (779).

⁴⁴ So plakativ *Lorenz*, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (151 f.).

⁴⁵ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 22. Aufl. 2022, § 28 Rn. 2; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 30. Aufl. 2025, § 13 Rn. 237.

⁴⁶ Vgl. *Lorenz*, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (151 f.); *ders.*, JuS 2008, 203 (204); *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 280 Rn. 75; *Klöhn*, JZ 2010, 46 (47); *Greiner/Baumann*, JA 2023, 1 (5).

es sich um einen Schadensersatz statt der Leistung. Statt der Leistung können danach nur Schäden ersetzt werden, die kausal auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen sind und nicht bereits vorher (endgültig) entstanden sind.⁴⁷ Kann die Schadensposition durch eine spätere Erfüllung hingegen nicht mehr verhindert bzw. behoben werden, liegt ein Schadensersatz neben der Leistung vor.⁴⁸ Die Abgrenzung zwischen dem einfachen Schadensersatz neben der Leistung und dem Verzögerungsschadensersatz erfolgt anschließend mit Rückgriff auf die phänomenologische Abgrenzung.⁴⁹ Damit differenziert die Zauberformel zwischen dem endgültigen, nicht mehr durch nachfristige Erfüllung kompensierbaren Schaden und dem Schaden, der erst durch das endgültige Ausbleiben der Leistung entsteht. Umstritten ist in der Literatur, was der letztmögliche Zeitpunkt für die (hypothetische) Nacherfüllung ist. Teilweise wird auf den Ablauf der gesetzten Nachfrist abgestellt.⁵⁰ Diese Sichtweise kann jedoch nicht überzeugen, da der Primärleistungsanspruch auch nach Fristablauf grundsätzlich fortbesteht und der Schuldner durch nachfristige Leistung weiterhin erfüllen kann.⁵¹ Es ist vielmehr Sache des Gläubigers, durch Rücktritt oder Schadensersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs herbeizuführen. Die überwiegende Auffassung stellt daher auf das endgültige Ausbleiben der Leistung ab.⁵² Wann das vorliegt, hängt von der Art der Pflichtverletzung ab: Bei Unmöglichkeit tritt die „Leistungsbefreiung ipso iure mit deren Eintritt“ (§ 275 Abs. 1 BGB) ein,⁵³ bei Unzumutbarkeit wiederum erst durch wirksame Ausübung des schuldnerseitigen Leistungsverweigerungsrechts (§ 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB), bei Nichtleistung trotz Möglichkeit durch Rücktritt (§§ 323, 346 Abs. 1 BGB) oder auch Schadensersatzverlangen (§ 281 Abs. 4 BGB).⁵⁴

III. Problematik des „verfrühten“ Deckungsgeschäfts

Die Tragfähigkeit der dargestellten Abgrenzungsmodelle zeigt sich insbesondere an ihrer praktischen Handhabung in typischen Anwendungsfällen. Ein besonders instruktives Beispiel bildet das sog. „verfrühte“ Deckungsgeschäft.

1. Problemaufriss

Unter einem Deckungsgeschäft versteht man den vom Gläubiger vorgenommenen Erwerb einer gleichwertigen Ersatzleistung eines Dritten, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringt.⁵⁵ Es dient regelmäßig der zeitnahen „Befriedigung seines Erfüllungsinteresses“.

⁴⁷ Gsell, in: FS Canaris, 2007, S. 337 (344); Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (149); Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254); Döll/Rybak, Jura 2005, 582 (586); Gerhardt, Jura 2012, 251 (252).

⁴⁸ Vgl. Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 215; auch Faust, in: Lorenz, Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, Kap. 3 Rn. 183 ff.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 507; Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 280 Rn. 28; Huber, in: FS Schlechtriem, 2003, S. 521 (524); Gsell, in: FS Canaris, 2007, S. 337 (344); Kaiser, in: FS Westermann, 2008, S. 351 (356); Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); Rieble/Gutfried, JZ 2008, 593 (601); Klöhn, JZ 2010, 46 (47); Hirsch, JuS 2014, 97 (99).

⁴⁹ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1 (28); Kindl, Jura 2020, 773 (781); Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (5); dies., JA 2023, 89 (93).

⁵⁰ Otto, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 280 Rn. E 18; Tiedtke/Schmitt, BB 2005, 615 (617).

⁵¹ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 72, 85 f.; Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 281 Rn. 54; ders., JuS 2008, 203 (205); Katelouzou, NJOZ 2025, 768 (769).

⁵² Gsell, in: FS Canaris, 2017, S. 451 (458, 466); Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (149, 152); Kaiser, in: FS Westermann, 2008, S. 351 (355); Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); ders., JuS 2008, 203 (204).

⁵³ Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (5).

⁵⁴ Greiner/Baumann, JA 2023, 1 (5).

⁵⁵ Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 243; Haberzettl, NJW 2007, 1328.

ses“.⁵⁶ Die dabei entstehenden Mehrkosten, etwa ein höherer Kaufpreis, stellen grundsätzlich einen ersatzfähigen Schaden dar, soweit die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 BGB erfüllt sind.⁵⁷ Besondere Schwierigkeiten bereitet jedoch die Fallkonstellation des „verfrühten“ Deckungsgeschäfts. Darunter versteht man Ersatzbeschaffungen, die der Gläubiger noch vor Eintritt der regulären Anspruchsvoraussetzungen tätigt. Während der Regelfall, in dem der Schuldner das Deckungsgeschäft nach Rücktritt oder Schadensersatzverlangen tätigt, unproblematisch dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen ist, bereitet die vorzeitige Ersatzbeschaffung Schwierigkeiten. Besonders relevant werden zwei Konstellationen: zum einen das Deckungsgeschäft vor Fristsetzung oder Fristablauf und zum anderen das Deckungsgeschäft im Zeitraum zwischen Fristablauf und Rücktritt bzw. Schadensersatzverlangen.⁵⁸ Diese verdichten die dogmatische Abgrenzungsproblematik von Schadensersatz neben und statt der Leistung. Einerseits soll das Fristsetzungserfordernis dem Schuldner die Chance eröffnen, durch nachträgliche Erfüllung den Schadenseintritt zu vermeiden oder zumindest zu verringern, andererseits besteht für den Gläubiger häufig ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, die Ersatzbeschaffung unverzüglich vorzunehmen, etwa um Preissteigerungen, Lieferengpässen oder Nutzungsausfällen vorzubeugen. Je nachdem, ob die hierdurch entstehenden Kosten dem Verzögerungsschadensersatz oder dem Schadensersatz statt der Leistung zugeordnet werden, läuft der Gläubiger entweder Gefahr, mit den Kosten seines Ersatzgeschäfts endgültig belastet zu bleiben, oder das gesetzliche Fristsetzungserfordernis wird durch eine zu frühe Geltendmachung faktisch unterlaufen. Damit wird das vorzeitige Deckungsgeschäft zum Prüfstein der dogmatischen Abgrenzungsmodelle.⁵⁹

2. Einordnung in den Abgrenzungsmodellen

Die beiden maßgeblichen Abgrenzungstheorien gelangen in dieser Konstellation bei strikter Anwendung zu unterschiedlichen Ergebnissen.

a) Schadensphänomenologische Betrachtung

Nach der schadensphänomenologischen Betrachtungsweise richtet sich die Abgrenzung nach der abstrakt-normativen Art des Schadens. Die Differenzierung knüpft an das jeweils betroffene Interesse des Gläubigers an. Im Falle des verfrühten Deckungsgeschäfts beschafft sich der Gläubiger die geschuldete Leistung bei einem Dritten und erlangt dadurch dasjenige, was er ursprünglich vom Schuldner hätte erhalten sollen. Der Ersatzkauf befriedigt somit dasselbe wirtschaftliche Interesse des Gläubigers, das auch durch die Primärleistung zu erfüllen gewesen wäre, das Äquivalenzinteresse. Unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme des Deckungsgeschäfts wird dieses Interesse endgültig anderweitig befriedigt, sodass phänomenologisch betrachtet das endgültig leistungsersetzende Äquivalenzinteresse betroffen ist.⁶⁰ In der Literatur gibt es innerhalb dieses Ansatzes Stimmen, die zwischen zwei Grundtypen unterscheiden wollen, namentlich dem Ersetzungsgeschäft bzw. dem echten Deckungsgeschäft, bei dem die Leistung des Schuldners dauerhaft substituiert wird, und dem

⁵⁶ Lutz, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Aufl. 2021, CISG Art. 75 Rn. 4; Saenger, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, CISG Art. 75 Rn. 4.

⁵⁷ Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 245; Haberzettl, NJW 2007, 1328 (1331); Ackermann, JuS 2012, 865 (869).

⁵⁸ Haberzettl, NJW 2007, 1328 (1329 ff.); Korch/Hagemeyer, Jura 2014, 1077 (1083 f.).

⁵⁹ So auch Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (152); Hesse/Rottmann, ZfPW 2025, 189 (211, 224).

⁶⁰ Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 245 ff.; Kramme, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Kommentar, 20. Aufl. 2025, § 280 Rn. 41; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (737); Bredemeyer, ZGS 2010, 71 (75 f.).

Überbrückungsgeschäft bzw. dem unechten Deckungsgeschäft, das lediglich eine vorläufige Kompensation bis zur möglichen Primärleistung bezweckt.⁶¹ Bei letzterem hält der Gläubiger am Erfüllungsanspruch fest, sodass das leistungsergänzende Äquivalenzinteresse betroffen ist. Mithin soll das Überbrückungsgeschäft dem Verzögerungsschadensersatz zugeordnet werden.⁶² Im Grundsatz qualifiziert die schadensphänomenologische Abgrenzung die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts jedoch als Schadensersatz, der an Stelle der Leistung tritt.⁶³ Der Gläubiger hat die geschuldete Leistung nicht erhalten, sondern sie durch eine Drittbeschaffung ersetzt, sodass die hierfür aufgewendeten Kosten funktional an die Stelle der unterbliebenen Leistung treten.

b) Zeitliche Betrachtung

Bei einer zeitlichen Abgrenzung unter Rückgriff auf die Zauberformel ergibt sich, dass der Schuldner bei einem Deckungskauf vor dem endgültigen Ausbleiben der Leistung kraft der Fristsetzungserfordernisse der §§ 281, 323 BGB weiterhin zur Leistungserbringung berechtigt ist. Da der Gläubiger den Erfüllungsanspruch weiterhin geltend machen kann, ist ihm in Bezug auf den Erhalt der Leistung als solcher bislang kein Schaden entstanden. Er kann diese noch verlangen und wird sie eventuell auch noch erhalten. Endgültig eintreten kann damit, solange der Erfüllungsanspruch fortbesteht, allenfalls ein Verzögerungsschaden. Mit der Vornahme des Deckungsgeschäfts entsteht dem Gläubiger eine Vermögenseinbuße in Gestalt der hierfür aufgewendeten Kosten, die durch eine spätere Erfüllung nicht mehr ausgeglichen werden kann. Daher ist das verfrühte Deckungsgeschäft dem Verzögerungsschadensersatz nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB zuzuordnen. Problematisch ist allerdings, dass diese Vermögenseinbuße durch das eigene Handeln des Gläubigers verursacht wird. Mangels Unfreiwilligkeit kann ein Schaden nur schwer bejaht werden, und wegen der fehlenden unmittelbaren Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Vermögenseinbuße muss konsequenterweise ein Verzögerungsschadensersatz abgelehnt werden. Insofern besteht bereits im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität ein Problem, das *Lorenz* korrigieren möchte, indem er die „Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden [...] unter Zuhilfenahme der Herausforderungslogik [herstellt]“⁶⁴ und so das Bestehen des Verzögerungsschadensersatzes bejaht.⁶⁵ Diese Argumentation, die aus dem Deliktsrecht stammt,⁶⁶ beruht auf der Überlegung, dass der Schuldner durch seine Pflichtverletzung den Gläubiger zum Abschluss des Deckungsgeschäfts geradezu herausgefordert hat, wobei dies regelmäßig erst nach erfolglosem Ablauf einer von ihm gesetzten Nachfrist bejaht wird.⁶⁷

IV. Analyse und Vergleich der BGH-Entscheidungen

Die unter I. dargestellten Entscheidungen des BGH markieren den aktuellen Stand der höchststrichterlichen Rechtsprechung zur Einordnung des vorzeitigen Deckungsgeschäfts. Für sich genommen enthalten sie bereits differenzierte dogmatische Überlegungen; ihre Bedeutung erschließt sich jedoch erst vollständig, wenn sie mit den in der Literatur entwickelten Abgrenzungsmodellen in Beziehung

⁶¹ *Leitmeier*, NJW 2024, 3476 (3477); *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (191); ähnlich auch *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 243 f., der zwischen echtem und unechtem Deckungskauf unterscheidet.

⁶² So zumindest *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 244; *Leitmeier*, NJW 2024, 3473 (3477 Rn. 22).

⁶³ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (737).

⁶⁴ *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (214).

⁶⁵ *Lorenz*, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (158 f., 160, 165 f.); *Ackermann*, JuS 2012, 865 (869, 872); *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (31 f.).

⁶⁶ *Lorenz*, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 f.); *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (214 f.).

⁶⁷ *Ackermann*, JuS 2012, 865 (869); *Ostendorf*, ZJS 2012, 742; *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (198 f.).

gesetzt werden. Auf dieser Grundlage lässt sich bestimmen, welche Linie der BGH verfolgt und ob seine Lösungen konsistent sind.

1. Analyse der Biodiesel-Entscheidung

a) Begründungsgang

Mit dem Urteil vom 3.7.2013 qualifizierte der BGH die streitgegenständlichen Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung und widersprach damit dem Berufungsgericht, das diese dem Verzögerungsschadensersatz zugeordnet hatte. Zunächst setzte sich der *Senat* mit früheren Entscheidungen auseinander, die das Berufungsgericht für seine Lösung herangezogen hatte. Dabei zeigte er auf, dass diese Fälle strukturell anders gelagert und daher nicht übertragbar waren.⁶⁸ Davon grenzte der BGH die Streitfrage präzise ab. Im vorliegenden Fall ginge es ausschließlich darum, ob der Käufer neben der Vertragserfüllung auch die Mehrkosten seines Deckungsgeschäfts liquidieren könne. Hier zeigt sich bereits der Bezug zu den Leitgedanken, indem das Gericht das Exklusivitätsverhältnis als zentralen Orientierungspunkt hervorhebt. Anschließend wandte sich der *Senat* den im Schrifttum vertretenen Auffassungen zur Einordnung des Deckungsgeschäfts zu.⁶⁹ Zunächst kam er auf die Ansicht zu sprechen, die das Deckungsgeschäft vor Erlöschen des Erfüllungsanspruchs dem Verzögerungsschadensersatz zuordnet und stellt den Grundsatz des zeitlich-dynamischen-Abgrenzungsansatzes dar.⁷⁰

„Gegenstand des Schadensersatzes statt der Leistung sei allein derjenige Schaden, der durch das endgültige Ausbleiben der Leistung verursacht werde, etwa wenn der Käufer nach dem erklärten Rücktritt oder nach dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung einen Deckungskauf vornehme“.⁷¹

Maßgeblich sei insoweit das Abgrenzungskriterium des Fortbestands des Erfüllungsanspruchs im Verhältnis zum Zeitpunkt des Deckungsgeschäfts. In diesem Zusammenhang arbeitete der BGH die von dieser Auffassung entwickelten Einschränkungen heraus, da die Einordnung als Verzögerungsschaden nicht ohne weiteres dazu führen soll, dass der Käufer die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts neben dem Erfüllungsanspruch geltend machen kann.⁷² So verweist er auf *Faust*, der betont, dass ein Deckungsgeschäft grundsätzlich nicht über § 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB geltend gemacht werden könne, solange der Käufer noch Erfüllung verlangen dürfe.⁷³ Würde man dem Käufer bereits vorher ermöglichen, die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts auf den Schuldner abzuwälzen, liefe dies der gesetzgeberischen Wertung für das System von Fristsetzung und Naturalrestitution zuwider.⁷⁴ Dementsprechend sei der Verursachungsbeitrag des Käufers bei einem vorzeitigen Deckungskauf regelmäßig so gewichtig, dass ein Schadensersatzanspruch über § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sei.⁷⁵ Daraufhin griff der BGH die von *Lorenz* entwickelte Korrektur auf, der das Problem

⁶⁸ BGH NJW 2013, 2959 (2959 Rn. 15 ff.).

⁶⁹ BGH NJW 2013, 2959 (2959 Rn. 19).

⁷⁰ BGH NJW 2013, 2959 (2959 Rn. 20).

⁷¹ BGH NJW 2013, 2959 (2959 Rn. 20).

⁷² BGH NJW 2013, 2959 (2959 Rn. 21).

⁷³ BGH NJW 2013, 2959 (2959 Rn. 22).

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 22); so auch *Korch/Hagemeyer*, Jura 2014, 1077 (1080).

⁷⁵ BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 22).

im Rahmen der Kausalität verortet und stellte diese in groben Zügen vor.⁷⁶ Danach resultiere der Schaden nicht unmittelbar aus der Verzögerung der Leistung, sondern aus der eigenständigen Entscheidung des Gläubigers zum Deckungsgeschäft, sodass es sich um einen Fall psychisch vermittelter Kausalität handle, mithin einen Herausforderungsfall.⁷⁷ Ersatzfähig sei ein solcher Schaden nur, wenn sich der Gläubiger zum Zeitpunkt des Deckungsgeschäfts bereits gerechtfertigt veranlasst fühlen durfte, sich endgültig anderweitig einzudecken, insbesondere dann, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung vorlägen und eine gesetzte Nachfrist abgelaufen sei. Durch die Darstellung dieser Hilfskonstruktionen machte der BGH auf die zentralen Schwachpunkte des Ansatzes aufmerksam, die laut Kritikern nur durch solche „ad-hoc-Hypothesen“⁷⁸ gelöst werden können.⁷⁹ Demgegenüber verwies der BGH auf die im Schrifttum ganz überwiegend vertretene Gegenauffassung, wonach die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts stets als Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizieren seien.⁸⁰ Begründet wird dies damit, dass ein Deckungsgeschäft die geschuldete Leistung endgültig ersetzt und funktional an ihre Stelle tritt. Mithin geht es nicht um einen bloßen Verzögerungsschaden, sondern um die Realisierung des (endgültig leistungsersetzenden) Äquivalenzinteresses. Insoweit bezieht sich der BGH ganz eindeutig auf die schadensphänomenologische Betrachtung und die Zuordnung zu Ersatzkategorien.⁸¹ Daneben führte er eine weitere Auffassung an, die der erstgenannten ähnelt und nach der maßgeblich sei, ob eine Nacherfüllung den Schaden beseitigt hätte. Träfe dies zu, so käme der Schadensersatz statt der Leistung zur Anwendung.⁸² Damit rekurriert der BGH auf die Zauberformel. Auf den Streitfall wandte der *Senat* diese Testfrage jedoch nicht an und übergab sie wortlos. Andernfalls würde er zum Ergebnis gelangen, die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts dem Verzögerungsschadensersatz zu unterstellen, da diese durch eine spätere Nacherfüllung nicht beseitigt werden würden.⁸³ Ohne nähere Auseinandersetzung mit der Zauberformel schloss sich der *Senat* schließlich „der letztgenannten Auffassung an“, damit im Kern einer schadensphänomenologischen Abgrenzung. Diese Entscheidung stützte der *Senat* im Wesentlichen auf die Vermeidung einer Doppelkompensation. Würden die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts als Verzögerungsschadensersatz anerkannt, könnte der Käufer sowohl Vertragserfüllung als auch Ersatz dieser Kosten verlangen.⁸⁴ Das widerspräche dem Leitgedanken des Verbots der Überkompensation. Insofern werde bereits „besonders deutlich, dass die Kosten des eigenen Deckungskaufs [...], der an die Stelle der vom Verkäufer geschuldeten Leistung tritt, nicht neben dieser Leistung als Verzögerungsschaden geltend gemacht werden können“.⁸⁵ Im Ergebnis verneinte der BGH aufgrund der nachgeholten Erfüllung folgerichtig einen Anspruch auf Schadensersatz, indem er auf § 281 Abs. 4 BGB verwies.⁸⁶ Damit positionierte sich der BGH innerhalb der schadensphänomenologischen Betrachtung, ordnete das Deckungsgeschäft dem endgültig leistungsersetzenden Äquivalenz-

⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 23).

⁷⁷ BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 23); *Riehm*, in: FS Canaris, 2007, S. 1079 (1100); *Korch/Hagemeyer*, Jura 2014, 1077 (1080).

⁷⁸ *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (31); ähnlich *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 216; *Benicke/Hellwig*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 273.

⁷⁹ Zu ad-hoc-Annahmen als wesentliches Manko der Leistungsfähigkeit juristischer Theorien vgl. *Canaris*, JZ 1993, 377; *Auer*, in: FS Canaris, 2007, S. 509 (523).

⁸⁰ BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 24).

⁸¹ So auch *Hirsch*, JuS 2014, 97 (100 f.); *Hellgardt*, JuS 2016, 1057 (1058).

⁸² BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 26).

⁸³ *Hirsch*, JuS 2014, 97 (100).

⁸⁴ BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 27 f.).

⁸⁵ BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 28).

⁸⁶ BGH NJW 2013, 2959 (2960 Rn. 29).

interesse zu und stellte die Leitgedanken des Vorrangs der Naturalrestitution sowie des Verbots der Überkompensation als tragende Argumentationslinien heraus.

b) Kritische Würdigung

Diese Entscheidung verblieb nicht ohne Kritik, insbesondere aufgrund der Kürze der Begründung. Dem zentralen Argument, es drohe die Gefahr einer Doppelkompensation des Vertragsinteresses, wenn man die Mehrkosten eines Deckungskaufs dem Verzögerungsschadensersatz unterstelle, wird entgegengehalten, dass eine solche Überkompensation keineswegs zwingend eintrete.⁸⁷ Insofern ist zu untersuchen, welche Einbußen bei der Kombination von Deckungsgeschäft und nachträglicher Erfüllung wirklich entstünden. Nach der Differenzhypothese ist der hypothetische Vermögensstand, wie er sich bei ordnungsgemäßer Durchführung des Leistungsaustausches dargestellt hätte, mit dem tatsächlichen Vermögensstand, wie er sich aufgrund des zunächst unterlassenen Leistungsaustauschs darstellt, zu vergleichen.⁸⁸ Dabei zeigt sich, dass die vertraglich geschuldete Gegenleistung, regelmäßig der Kaufpreis, gerade nicht erspart wird, sondern zweimal aufgebracht werden muss, zum einen zur Begleichung der Kaufpreisforderung aus dem Deckungsgeschäft und zum anderen gegenüber dem säumigen Schuldner bei späterer Erfüllung. Allerdings lässt sich einwenden, dass der BGH weniger eine faktische doppelte Leistung zum Preis von einer, sondern die Doppelkompensation zum vertraglich vereinbarten Preis im Blick hat. Kommt es nach Vornahme des Deckungskaufs zu Preissteigerungen, würde der Gläubiger von dem günstigeren Geschäft profitieren und damit besser stehen als er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte.⁸⁹ In solchen Ausnahmefällen hat das Doppelkompensations-Argument durchaus Gewicht. Gerade dieser Umstand offenbart jedoch die Schwäche der pauschalen Argumentation des BGH. Die Gefahr einer Überkompensation besteht nur in eng begrenzten Konstellationen, die nicht den Regelfall bilden.⁹⁰ Bleiben die Preise nach dem Deckungskauf konstant oder sinken sogar, fehlt es an einer Besserstellung des Gläubigers. Diese Ausnahmekonstellationen, in denen das Doppelkompensationsargument tatsächlich greift, lassen sich im Rahmen der Schadensberechnung sachgerecht auffangen.⁹¹ Insofern überzeugt die Begründung, mit der die kategorische Einordnung zum Schadensersatz statt der Leistung gerechtfertigt wird, zumindest nicht vollständig.

2. Analyse der Frachtkostenentscheidung

a) Begründungsgang

In der Entscheidung vom 20.4.2023 entschied das Gericht, dass die streitgegenständlichen Mehrkosten den §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB zu subsumieren seien. Dabei stellte der *Senat* fest, dass das Berufungsgericht die Klage im Ergebnis richtigerweise als begründet angesehen hatte, im Gegensatz jedoch auf den Verzugsschadensersatz abstellte.⁹² Zunächst hielt das Gericht fest, dass die Beklagte ihrer Hauptleistungspflicht, namentlich der Seefracht der Produktionsteile nach Mexiko, nicht recht-

⁸⁷ Hilbig-Lugani, NJW 2013, 2959 (2962); Hesse/Rottmann, ZfPW 2025, 189 (212 f.).

⁸⁸ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. 2025, § 29 Rn. 3; Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 281 Rn. 60; Huber, AcP 210 (2010), 319 (336).

⁸⁹ Nietsch, NJW 2014, 2385 (2389); Schwab, JuS 2014, 167; Hesse/Rottmann, ZfPW 2025, 189 (212 f.).

⁹⁰ Hesse/Rottmann, ZfPW 2025, 189 (225).

⁹¹ Insofern wird auf die Begründung von Nietsch, NJW 2014, 2385 (2390 f.) verwiesen; siehe auch Hesse/Rottmann, ZfPW 2025, 189 (212 f., 233).

⁹² BGH NJW 2023, 3285 (3286 Rn. 19).

zeitig nachgekommen war. Die Ablieferung der Cockpitmodule sei frühestens am 13.7.2017, jedenfalls aber vor dem 25.7.2017 fällig gewesen,⁹³ sodass „eine Ablieferung unter Einsatz des erst nahezu zwei Wochen später in Mexiko eintreffenden Motorschiffs ‚MS B‘ jedenfalls verspätet gewesen“ wäre.⁹⁴ Im Anschluss prüfte der *Senat* die Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 Abs. 1 BGB.⁹⁵ Er stellte fest, dass die Versicherungsnehmerin nach Fälligkeit keine Mahnung ausgesprochen hatte, diese jedoch entbehrlich war.⁹⁶ Der BGH leitete die Entbehrlichkeit der Mahnung aus § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ab, wonach aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. Nach Ansicht des Gerichts lagen solche besonderen Gründe vor, da die Beklagte aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung, insbesondere der wöchentlichen Lieferzyklen, bereits erkennen konnte, dass die Einhaltung des Zeitplans für die Versicherungsnehmerin von essenzieller Bedeutung war.⁹⁷ Hinzu kam, dass die Beklagte bereits bei Mitteilung der erstmaligen Verzögerung der Verschiffung die baldige Leistung ankündigte, den zugesagten Termin jedoch nicht einhielt. Damit stand fest, dass sie ihrer Lieferverpflichtung nicht rechtzeitig würde nachkommen können, sodass die Mahnung bereits aus dem Aspekt der Selbstmahnung entbehrlich wäre.⁹⁸ Auch die vor Fälligkeit erfolgte Aufforderung der Versicherungsnehmerin, einen schnelleren Transport zu organisieren, wurde durch die Beklagte verneint. Zwar handelte es sich dabei nicht um eine Mahnung i.S.d. § 286 Abs. 1 BGB, mit der zweiten E-Mail hat die Beklagte jedoch zu erkennen gegeben, nicht rechtzeitig leisten zu können. Der *Senat* begründete, dass durch das Fortwirken dieser vor Fälligkeit liegenden besonderen Gründe, der Verzug gem. § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB sofort eintrat und „es eine reine Förmerei darstellen [würde], den Eintritt des Verzugs von einer Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit abhängig zu machen, der der Schuldner seinen Erklärungen zufolge ohnehin nicht Folge leisten“ könne.⁹⁹ Aus diesen Gesichtspunkten ergäbe sich schließlich die Entbehrlichkeit der Mahnung und der Eintritt des Verzugs der Beklagten. Weiterhin stellte der BGH fest, dass die Aufwendungen der Versicherungsnehmerin für den Lufttransport als erforderliche Kosten der Schadensvermeidung nach § 254 Abs. 1 BGB gem. §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig seien.¹⁰⁰ In aller Kürze nahm der BGH Bezug auf die schadensphänomenologische Abgrenzung und das Biodiesel-Urteil, wonach die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts stets dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen seien. Von dieser Rechtsprechung nahm er in diesem Zusammenhang ausdrücklich Abstand und erklärte, dass diese im Streitfall nicht zur Anwendung gelangen könne,¹⁰¹ da die Kosten nicht entstünden, um die geschuldete Leistung endgültig zu ersetzen, sondern um einen höheren Verzögerungsschaden zu vermeiden, der bei verspäteter Ablieferung der Container in Mexiko eingetreten wäre.¹⁰² Insoweit lehnt er die Zuordnung zum, phänomenologisch betrachtet, endgültig leistungsersetzendem Äquivalenzinteresse ab. Eine abstrakt-normative Festlegung auf eine bestimmte Schadenskategorie nahm der *Senat* dabei jedoch nicht vor. Er umging diese Einordnung und führte aus, „[d]er Schadensminderungspflicht des Geschädigten [stünde] die Pflicht des Schädigers gegenüber, dem Geschädigten den Aufwand für seine Maßnahmen zur Schadensminderung oder -abwen-

⁹³ BGH NJW 2023, 3285 (3286 Rn. 24 ff.).

⁹⁴ BGH NJW 2023, 3285 (3287 Rn. 32).

⁹⁵ BGH NJW 2023, 3285 (3287 Rn. 33–42).

⁹⁶ BGH NJW 2023, 3285 (3287 Rn. 36).

⁹⁷ BGH NJW 2023, 3285 (3287 Rn. 40).

⁹⁸ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 41).

⁹⁹ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 42).

¹⁰⁰ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 43).

¹⁰¹ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 47).

¹⁰² BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 49).

„dung zu ersetzen“, ¹⁰³ sodass die Versicherungsnehmerin die Mehrkosten ihrerseits gegenüber der Beklagten i.R.d. §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB geltend machen könne. ¹⁰⁴ Die Kosten der Schadensabwendung seien bekanntlich nach derjenigen Anspruchsgrundlage zu ersetzen, nach der die vermiedenen Schäden auszugleichen gewesen wären. ¹⁰⁵ Der *Senat* führte insbesondere aus, dass der Ersatzfähigkeit der Kosten der Luftbeförderung nicht entgegenstünde, dass diese Kosten nicht unmittelbar durch den Verzug der Beklagten verursacht wurden. Aus Rechtsgründen müssten die Kosten zur Schadensabwendung, konkret zur Vermeidung eines Produktionsstillstands ihres Kunden in Mexiko, als adäquat-kausal durch den Verzug der Beklagten angesehen werden, da andernfalls ein der Haftung zugrunde liegender Schaden eingetreten wäre, den die Versicherungsnehmerin dann der Beklagten hätte zurechnen können. ¹⁰⁶ Daher komme es auch nicht entscheidend darauf an, ob die Luftbeförderung erst nach Eintritt des Verzugs oder vorsorglich bereits vorher in Auftrag gegeben wurde. Insoweit verwies der *Senat* auch auf *Lorenz* und seinen Ansatz des Zurechnungskriteriums der Herausforderung, den er im Rahmen der Korrektur der Zauberformel entwickelte. ¹⁰⁷ Mithin nahm der BGH Abstand von seiner bisherigen Rechtsprechung, ohne sie grundsätzlich zu verwerfen und verdeutlichte, dass die frühere Rechtsprechung in dem konkreten Fall nicht anzuwenden war, weil die Sachverhaltskonstellation wegen der Vermeidung eines adäquat-kausalen Verzögerungsschadens anders gelagert war.

b) Kritische Würdigung

Bezüglich des Urteils zum Frachtkosten-Fall wird beanstandet, dass der *Senat* sich einiger dogmatischer Kunstgriffe bedient, um ein sachgerechtes Ergebnis zu erzielen. ¹⁰⁸ Indem er die Mehrkosten des Deckungskaufs dem Verzögerungsschadensersatz zuordnete, schloss der BGH sich zwar einer im Schrifttum bereits zur Zeit des Biodiesel-Urteils vertretenen Auffassung an, wonach die Mehrkosten ausnahmsweise dem Verzögerungsschadensersatz zu unterstellen seien, „wenn sie [der] Abwehr ansonsten eintretender (die Mehrkosten des Deckungskaufs übersteigender) Schäden“ ¹⁰⁹ dienen. ¹¹⁰ Diese Argumentation wirkt indes konstruiert. Der BGH versucht „im Interesse dogmatischer Stringenz ein Motivbündel künstlich aufzuspalten, das sich in Wahrheit nicht aufspalten lässt.“ ¹¹¹ Denn um einen höheren Verzögerungsschaden zu vermeiden, musste das Erfüllungsinteresse der Gläubigerin endgültig befriedigt werden, indem die Ware ihren Bestimmungsort erreichte und ein erneuter Transport nicht mehr erforderlich war. Die Luftfracht wurde vorliegend bereits vor Fälligkeit der Seefracht organisiert, da absehbar war, dass die Beklagte nicht rechtzeitig leisten würde. Dass der BGH durch Rückgriff auf § 254 Abs. 2 BGB diese Vorwegnahme als Verzögerungsschadensersatz akzeptierte, führt faktisch dazu, dass der Gläubiger bereits vor Fälligkeit der vertraglich geschuldeten Leistung im Rahmen seiner Schadensminderungsobliegenheit eine originäre Schuldnerleistung selbst

¹⁰³ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 51).

¹⁰⁴ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 49).

¹⁰⁵ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 49).

¹⁰⁶ BGH NJW 2023, 3285 (3288 Rn. 53).

¹⁰⁷ BGH NJW 2023, 3285 (3289 Rn. 51).

¹⁰⁸ *Hellwig*, AcP 224 (2024), 188 (192 f.); *Riehm*, ZIP 2023, 2620 (2623, 2626); *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (196).

¹⁰⁹ *Ostendorf*, JZ 2023, 881 (883).

¹¹⁰ *Dornis*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 286 Rn. 27.1; *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 145; *Haberzettl*, NJW 2007, 1328 (1330 f.); *Looschelders*, JA 2013, 865 (867); *Gsell*, LMK 2013, 353035; *Nietsch*, NJW 2014, 2385 (2387).

¹¹¹ *Gutzeit*, NJW 2023, 3289 (3290).

erbringen muss.¹¹² Damit wird er gezwungen, antizipierend tätig zu werden, obwohl gerade der Schuldner das Verzugsrisiko tragen soll. Hierdurch verschiebt sich die Risikoverteilung zulasten des Gläubigers. Erschwerend tritt hinzu, dass für den Gläubiger regelmäßig schwer vorhersehbar ist, ob seine Maßnahmen tatsächlich als Verzögerungsschadensersatz anerkannt werden.¹¹³ Der BGH baut so über § 254 Abs. 2 BGB eine Haftungskonstruktion auf, die dem Gläubiger Pflichten auferlegt, bevor der Schuldner überhaupt leistungs- oder schadensersatzpflichtig wäre und unterläuft so die Systematik der §§ 280 ff. BGB. Im Übrigen lässt die Einordnung zum Verzögerungsschadensersatz auch die Bereicherungsproblematik wieder aufleben, die durch eine kategorische Einordnung zum Schadensersatz statt der Leistung durch § 281 Abs. 4 BGB behoben werden sollte. Solange der Gläubiger weiterhin auf Erfüllung pochen kann, besteht die Gefahr einer Überkompensation, etwa bei Preissteigerungen. Eine solche Besserstellung ließe sich zwar im Wege der Vorteilsausgleichung korrigieren,¹¹⁴ wird vom BGH jedoch nicht weiter thematisiert, obwohl die Gläubigerin im konkreten Fall weiterhin auf Erfüllung bestand und die Beklagte dieser auch nachkam. Positiv hervorzuheben ist, dass der BGH die Entbehrlichkeit der Mahnung überzeugend bejaht, jedoch bleibt die Kausalitätsprüfung mangels unmittelbarer Kausalität zwischen Verzug und Mehrkosten zweifelhaft. Die Fiktion einer solchen Kausalität „aus Rechtsgründen“ fügt sich dem Bild, dass das Urteil ergebnisorientiert ist. Insgesamt erscheint die Entscheidung unter Billigkeitsgesichtspunkten nachvollziehbar, ihre Begründung weist jedoch erhebliche Schwächen auf.

3. Vergleich und Bewertung der dogmatischen Konsistenz

Vergleicht man die Urteile, so zeigt sich, dass die Mehrkosten dogmatisch unterschiedlich eingeordnet werden. Die Ergebnisse lassen sich zwar jeweils mit Blick auf die entsprechenden Sachverhalte schlüssig begründen und sind im Ergebnis auch kaum bestreitbar, gleichwohl ist kritisch zu betrachten, dass der BGH das Deckungsgeschäft einmal als leistungsersetzend, ein anderes Mal als bloße Schadensabwendungsmaßnahme qualifiziert. Diese inhaltliche Verschiebung wirkt weniger dogmatisch konsequent als vielmehr ergebnisorientiert.¹¹⁵ Indem der *Senat* das Deckungsgeschäft im Frachtkosten-Fall nicht mehr der abstrakt-normativen Schadenskategorie des endgültig leistungsersetzenden Äquivalenzinteresses zuordnete, und stattdessen auf das subjektive Motiv des Gläubigers abstellte, löste er sich von einer streng objektiven, phänomenologischen Betrachtung. Er verzichtete gänzlich auf eine kategoriale Verortung und begnügte sich mit einer fallbezogenen Begründung, die jegliche dogmatische Hürden durch teleologische Kunstgriffe überwindet. Insofern ist sowohl eine Bewertung der dogmatischen Konsistenz hinsichtlich der Zuordnung des verfrühten Deckungsgeschäfts zu einer Schadenskategorie als auch in Bezug auf die vom BGH herangezogenen Abgrenzungskriterien, um das „verfrühte“ Deckungsgeschäft sachgerecht zu verorten, nur schwer möglich. Der Vorschlag, zwischen zwei Fallgruppen des Deckungsgeschäfts zu unterscheiden, erleichtert zwar die Vereinbarkeit der Rechtsprechung mit einer schadensphänomenologischen Abgrenzung, da nicht vorrangig an das subjektive Motiv des Gläubigers angeknüpft wird, sondern die Einordnung weiterhin objektiv anhand der konkret-empirischen Schadenskategorien des Ersetzungs- und Überbrückungsgeschäfts mit Blick auf die Sach- und Rechtslage erfolgt.¹¹⁶ Allerdings bleibt das Problem bestehen, dass die Abgrenzung zwischen diesen Varianten in der Praxis zwangsläufig wieder auf sub-

¹¹² Katelouzou, NJOZ 2025, 768 (772 Rn. 25).

¹¹³ So bereits *Nietsch*, NJW 2014, 2385 (2387).

¹¹⁴ Dazu *Faust*, in: FS Huber, 2006, S. 239 (256 ff.).

¹¹⁵ *Leitmeier*, NJW 2024, 3473 (3474).

¹¹⁶ Dazu *Leitmeier*, NJW 2024, 3473 (3477 ff.); *Hesse/Rottmann*, ZfPW 2025, 189 (212 f., 225 f.).

jektive Kriterien hinauslaufen würde.¹¹⁷ Zudem genügt bereits das Festhalten am Erfüllungsanspruch, um den Schadensersatz statt der Leistung abzulehnen, da anderenfalls der Zweck des Fristsetzungserfordernisses leerlaufen würde, da die Naturalandienungsmöglichkeit nicht angetastet wird.¹¹⁸ Folglich ließe sich bereits aus diesem Gesichtspunkt auf §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB abstellen. Ob die Rechtsprechung im Ergebnis einer einheitlichen Linie folgt, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend beurteilen. Jedenfalls lehnte der BGH seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich nicht ab, sondern betonte, dass diese mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht zur Anwendung käme. Insofern ist dies nicht als Abkehr von einer schadensphänomenologischen Abgrenzung zu verstehen. Immerhin schließt der BGH sich einer in der Literatur seit der Biodiesel-Entscheidung vertretenen Auffassung an, wonach solche Mehrkosten grundsätzlich dem Schadensersatz statt der Leistung, zur Vermeidung höherer Schäden ausnahmsweise aber dem Verzögerungsschadensersatz zuzuordnen sind.¹¹⁹ Die Rechtsprechung des BGH ist damit nicht inkonsistent oder gar widersprüchlich, bleibt aber unscharf und führt mit Blick auf das antizipierte Deckungsgeschäft zu einer Haftungsverschiebung zulasten des Gläubigers. Insgesamt zeigt sich, dass der BGH weniger einer strikten dogmatischen Grundkonzeption folgt, sondern fallbezogen teleologische Erwägungen heranzieht. Daraus ergeben sich Zweifel, ob dies den Anforderungen an eine einheitliche und vorhersehbare Rechtsanwendung genügt.¹²⁰

V. Fazit

Die Abgrenzung zwischen den Schadensersatzansprüchen bleibt damit auch nach über zwanzig Jahren Schuldrechtsmodernisierung ein dogmatisch herausforderndes und zugleich praktisch hochrelevantes Problemfeld. Die Untersuchung hat gezeigt, dass sowohl die von der Literatur entwickelten Abgrenzungsmodelle als auch die höchstrichterliche Rechtsprechung bemüht sind, eine systematische Lösung zu etablieren, die den grundlegenden Wertungen des Schuldrechts gerecht wird. Die Analyse der Biodiesel- und Frachtkosten-Entscheidung des BGH verdeutlicht allerdings, dass die strenge Zuordnung hinter pragmatische Erwägungen zurückzutreten scheint. Dies führt zwar in Einzelfällen zu sachgerechten Ergebnissen, lässt jedoch die dogmatische Stringenz vermissen und trägt nur begrenzt zur Rechtssicherheit bei. Das verfrühte Deckungsgeschäft zeigt, dass keine der Abgrenzungstheorien für sich genommen eine befriedigende Lösung ohne Wertungswidersprüche bereitstellt. Die Linie des BGH ist zwar nicht inkonsistent, da die Unterschiede in den Fallgestaltungen die abweichenden Ergebnisse rechtfertigen, gleichwohl bleibt eine gewisse Ungewissheit in der Behandlung des vorzeitigen Deckungsgeschäfts bestehen, da eine klare, abstrakt-normative Einordnung im Sinne einer schadensphänomenologischen Abgrenzung vermieden wird. Damit bestätigt sich, dass die Abgrenzung von Schadensersatz statt und neben der Leistung, trotz aller Reformbemühungen, zunächst ein „ewig währendes“ Thema des Schuldrechts bleibt.

¹¹⁷ Gsell, in: FS Canaris, 2017, S. 451 (469 f.).

¹¹⁸ So auch Ostendorf, JZ 2023, 881 (884).

¹¹⁹ Dornis, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 286 Rn. 27.1; Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 286 Rn. 145; Haberzettl, NJW 2007, 1328 (1330 f.); Looschelders, JA 2013, 865 (867); Gsell, LMK 2013, 353035; Nietsch, NJW 2014, 2385 (2387).

¹²⁰ So auch Weiss, NJOZ 2024, 353 (357).

Die besonderen Gleichheitssätze des Grundgesetzes

Wiss. Mitarbeiter Jonas von Zons, München*

Der allgemeine Gleichheitssatz ist von enormer Bedeutung für Rechtspraxis, Lehre sowie Prüfungen und zählt deshalb zum grundrechtlichen Standardrepertoire des juristischen Studiums. Im Gegensatz dazu finden die besonderen Gleichheitssätze (etwa Art. 3 Abs. 2, 3 GG, aber insbesondere auch Art. 33 GG) oft weniger Beachtung und werden meist nur am Rande und als Begleiterscheinungen des Art. 3 Abs. 1 GG thematisiert. Dessen ungeachtet spielen sie eine zentrale Rolle bei der verfassungsdogmatischen Bewältigung zahlreicher und vielschichtiger Fallkonstellationen sowie rechtspolitischer Grundsatzenfragen. Die besonderen Gleichheitssätze verdienen daher mehr Aufmerksamkeit – sowohl aus wissenschaftlichem Interesse als auch für die Prüfungsvorbereitung im Rahmen der juristischen Ausbildung.

I. Einleitung	284
II. Verfassungssystematischer Überblick.....	284
III. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 GG).....	285
1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	285
2. Normaktivierende Ungleichbehandlung.....	286
a) Unmittelbare Diskriminierungen	287
b) Mittelbare Diskriminierungen	287
3. Rechtfertigungsmodalitäten.....	288
4. Aktuelle Fallgruppe: Frauenquoten	288
IV. Der Merkmalskatalog des Art. 3 Abs. 3 GG.....	289
1. Tatbestandlicher Ausgangspunkt	290
2. Die Merkmale im Einzelnen	290
3. Rechtfertigungsmodalitäten.....	291
4. Aktuelle Fallgruppen.....	292
a) Norminterpretation: „Drittes Geschlecht“	292
b) Normanwendung: „Racial profiling“	293
5. Reformdiskussionen	294
V. Sonstige besondere Gleichheitssätze	295
VI. Konkurrenzen	296
VII. Fazit	298

* Der Verf. arbeitet als Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie (Prof. Dr. Peter M. Huber) der Ludwig-Maximilians-Universität München. Alle Internetfundstellen sind zuletzt am 16.2.2026 abgerufen worden.

I. Einleitung

Das (rechts-)philosophische Postulat der Gleichheit reicht bis in die Antike zurück und zählt spätestens seit der französischen Revolution („liberté, égalité, fraternité“) zum „Kernbestand der Verfassungsstradition“¹. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verfügt über eine geradezu unüberschaubare rechtspraktische wie dogmatische Relevanz, die exemplarisch in Gestalt der Selbstbindung der Verwaltung² auch weit über das Verfassungsrecht hinausragt. Auf einem vergleichbaren Niveau bewegt sich dementsprechend die Bedeutung für die juristische Ausbildung und die Praxis der Justizprüfungsämter. Die besonderen Gleichheitssätze – gedacht sei dabei nicht nur an Art. 3 Abs. 2, 3 GG, sondern ebenfalls an die sachbereichsspezifischen Gewährleistungen etwa in Art. 33 Abs. 1–3, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG – als Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitsgedankens³ zählen hingegen zu den eher stiefmütterlich behandelten Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten des Grundgesetzes. Dieser Ausgangsbefund befreit keineswegs von einer vertieften Auseinandersetzung mit ihren Schutzdimensionen. Vielmehr sollte der Charakter der Vorschriften als zumeist unbekanntes Terrain gerade den studentischen Entdeckungsgeist wecken. Aber auch im Hinblick auf die Prüfungspraxis sollten die besonderen Gleichheitssätze nicht vorschnell in einer vergessenen und verstaubten Schublade verstaut werden, sondern stets im Hinterkopf behalten werden.

II. Verfassungssystematischer Überblick

Den Ausgangspunkt aller Gleichheitsrechte bildet die Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 GG, die die prinzipielle verfassungsrechtliche Prüfungslogik der besonderen Gleichheitsgewährleistungen vorgibt. Letztere beanspruchen nach dem auch im Verfassungsrecht geltenden Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* selbstredend vorrangige Anwendbarkeit. Anders als der insoweit „semantisch leere“⁴ allgemeine Gleichheitssatz greifen die besonderen Gleichheitssätze spezifische soziale Phänomene und Themenkomplexe auf. In Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG findet sich eine erste spezielle Gleichheitsgewährleistung, die die Gleichheit von Mann und Frau normiert und 1994 um einen Verfassungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ergänzt worden ist,⁵ der den Staat zur „tatsächlichen Durchsetzung“ der im ersten Satz statuierten Gleichberechtigung anhält. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wiederum ergänzt das konkrete Gleichheitsthema des zweiten Absatzes um einen Katalog einiger Merkmale, die nicht zum Differenzierungskriterium einer Ungleichbehandlung gemacht werden dürfen. Die meisten dieser Merkmale gehen in historisch-genetischer Perspektive auf die (nicht selten sogar mörderische, jedenfalls aber verbrecherische) Diskriminierungspolitik während der nationalsozialistischen Diktatur zurück und werden aus diesem Grund häufig als „Diskriminierungsverbote“⁶ bezeichnet. Der Merkmalskatalog des ersten Satzes ist ebenfalls erst „nachkonstitutionell“ um einen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergänzt worden,⁷

¹ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 765.

² Dazu im Überblick Wollenschläger, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 192 ff.

³ BVerfGE 75, 40 (69 f.).

⁴ Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 5.

⁵ Art. 1 Nr. 1 lit. a des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994; BGBl. I 1994, S. 3146 (3146). Vgl. dazu auch der verfassungsändernde Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 12/6633, S. 6; ebenso der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission (BT-Drs. 12/6000, S. 50 f.).

⁶ Exemplarisch Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 225.

⁷ Art. 1 Nr. 1 lit. b des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994; BGBl. I 1994, S. 3146 (3146); vgl. auch BT-Drs. 12/6000, S. 52 f.

der eine „Benachteiligung“ aufgrund einer Behinderung untersagt und damit eine im Vorfeld vielfach beanstandete Regelungslücke des ersten Satzes behebt.

Über die erste Reihe der besonderen Gleichheitssätze hinaus enthalten auch Art. 6 Abs. 1 sowie Abs. 5 GG gleichheitsrechtliche Ausprägungen. Art. 33 Abs. 1 bis 3 GG wiederum betreffen die Gleichbehandlung beim Zugang zu staatlichen Ämtern und bei staatsbürgerlichen Pflichten, die mit Abstand praxisbedeutsamste Vorschrift bildet hier das „Recht auf Zugangsgleichheit“⁸ bei der Besetzung öffentlicher Ämter. Ebenfalls in die Kategorie der besonderen Gleichheitssätze fällt die Wahlrechtsgleichheit des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, die aufgrund ihrer eher staatsorganisationsrechtlichen Bezüge im Rahmen dieses Beitrages ausgespart bleibt. Zuletzt finden sich auch im staatskirchenrechtlichen Normenkomplex der Weimarer Reichsverfassung, der über den Anwendungsbefehl in Art. 140 GG in das Grundgesetz inkorporiert worden ist, spezielle Gleichheitsvorschriften. Art. 136 Abs. 1 und Abs. 2 WRV untersagen wiederum eine nachteilige Berücksichtigung der Religionsfreiheit bei den staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten sowie dem Zugang zu öffentlichen Ämtern.

III. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 GG)

Art. 3 Abs. 2 GG beinhaltet eine spezifische Gleichheitsgewährleistung, die das Verhältnis der Geschlechter zueinander betrifft.

1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

Den verfassungsrechtlichen Fixpunkt dieses speziellen Gleichheitssatzes bildet Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG, der die Gleichberechtigung von Mann und Frau gewährleistet. Während Art. 109 Abs. 2 WRV sich lediglich auf „staatsbürgerliche Rechte und Pflichten“ bezog und die Gleichheit unter einen ausdrücklichen Vorbehalt stellte („grundsätzlich“), ist das Grundgesetz in dieser Hinsicht großzügiger formuliert. In verfassungsgenetischer Perspektive geht der Wortlaut der Norm auf einen Vorschlag der Sozialdemokraten zurück, der zunächst abgelehnt⁹, unter dem Eindruck öffentlicher Kritik letztlich aber einstimmig angenommen worden ist.¹⁰ In den 1950er-Jahren kam der Vorschrift eine nicht zu ignorierende Relevanz zu, musste sie doch ihre praktische Wirksamkeit und sogar ihre Rechtsverbindlichkeit in einem verfassungsdogmatischen Emanzipationsprozess erst durchsetzen,¹¹ der in einem Urteil des *Ersten Senats* vom 18. Dezember 1953 zum Güterstand seinen vorläufigen Höhepunkt erreichte.¹² Als besonders aufreibend stellte sich folglich das Familienrecht dar, das zu jener Zeit in weiten Teilen den Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG (a. F.) widersprach, jedoch nach Art. 117 Abs. 1 GG längstens bis zum 31. März 1953 in Kraft blieb. Die Umsetzung zahlreicher gesellschaftspolitischer Reformvorhaben der folgenden Jahrzehnte führte allerdings dazu,¹³ dass heutzutage in formaler Hinsicht weitgehend Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau herrscht.¹⁴

⁸ Terminologisch etwa v. Zons, DVBl 2025, 869 (870).

⁹ 26. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 30.11.1948; vgl. Parlamentarischer Rat 5/II, S. 738 ff.

¹⁰ 42. Sitzung des Hauptausschusses v. 18.01.1949; vgl. Parlamentarischer Rat 14/II, S. 1311 ff.

¹¹ Dazu instruktiv Darnstädt, Verschlussache Karlsruhe, 2018, S. 91 ff.

¹² BVerfGE 3, 225 (239): „Art. 3 Abs. 2 GG ist eine echte Rechtsnorm“.

¹³ Den Beginn markierte etwa das Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) v. 14.6.1976; BGBl. I 1976, S. 1421 ff. Ein Überblick zu den Rechtsprechungslinien des BVerfG wiederum bei Kingreen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 202. Lfg., Stand: 2020, Art. 3 Rn. 463 ff.

¹⁴ Skeptisch aber Richter, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, 2013, § 126 Rn. 107.

Das BVerfG verstand Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG in Übereinstimmung mit dem Wortlaut lange als Gebot der Rechtsgleichheit der Geschlechter. In der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot dehnte es den Anwendungsbereich der Norm jedoch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit aus und ergänzte es um einen Verfassungsauftrag, der den Gesetzgeber zur tatsächlichen Herstellung von Gleichheit verpflichtet.¹⁵ Der verfassungsändernde Gesetzgeber folgte dieser Rechtsprechung wenig später und ergänzte Art. 3 Abs. 2 GG um einen insoweit deklaratorischen zweiten Satz,¹⁶ der eine Staatszielbestimmung¹⁷ zur tatsächlichen Durchsetzung der in Satz 1 formulierten Gleichberechtigung sowie zur Beseitigung existierender Nachteile statuiert. Aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG wiederum folgt kein Individualrecht, vielmehr hat der Verfassungsauftrag lediglich objektiv-rechtlichen Charakter.¹⁸ In Ansehung der formalen Gleichberechtigung verschob sich der thematische Schwerpunkt des Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 GG von rechtlichen bzw. gesetzlichen Ungleichbehandlungen zu indirekten Formen der Ungleichbehandlung und insbesondere mit der Debatte um sog. Frauenquoten ab den 1980er-Jahren spiegelbildlich zu einer möglichen Benachteiligung von Männern durch diese und ähnliche „positive Maßnahmen“¹⁹. Der Charakter des Gleichberechtigungsgebots von Mann und Frau als Individualrecht bleibt hiervon unberührt, vielmehr enthalten weder Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG noch Satz 2 ein weibliches „Gruppengrundrecht“.²⁰

2. Normaktivierende Ungleichbehandlung

Im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bildet Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG einen einheitlichen Regelungskomplex, der sich gegen geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen richtet.²¹ Auf Tatbestandsseite wird dabei zumeist mit dem Schlüsselbegriff der Diskriminierung operiert. Gemeint ist damit in Übereinstimmung mit der Wortherkunft (lat. *discriminare*), deren Bedeutung sich am ehesten mit „trennen“ oder „unterscheiden“ erfassen lässt,²² eine bevorzugende oder benachteiligende Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG liegt mithin ein symmetrisches Verständnis zugrunde, vom Schutzgehalt des geschlechterbezogenen Gleichheitssatzes sind daher nicht nur Frauen, sondern auch Männer erfasst.²³ Auch ist der Vorschrift ebenso wie Art. 3 Abs. 3 GG eine individuelle Ausrichtung gemein, sodass der grundrechtliche Bezugspunkt stets der Einzelne bleibt, nicht aber

¹⁵ Ausdrücklich BVerfGE 85, 191 (207) und erste Ansätze bereits in BVerfGE 74, 163 (179 f.).

¹⁶ BVerfGE 92, 91 (109).

¹⁷ So der verfassungsändernde Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 12/6633, S. 6. Aus dem Schrifttum statt vieler *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Rn. 34 und *Reimer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 67.

¹⁸ So auch der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission (BT-Drs. 12/6000, S. 50). Ferner statt vieler *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 34 und *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 2 Rn. 55; a.A. etwa *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 113; *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 849.

¹⁹ Terminologisch statt vieler *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 29.

²⁰ So aber prominent *Slupik*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, 79 ff.; ferner *Maidowski*, Umgekehrte Diskriminierung, 1987, S. 130 f., und *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1995, S. 312 ff., 349 ff.

²¹ *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 183; *Reimer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 1.

²² *Schulz/Basler*, Deutsches Fremdwörterbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 1999, S. 666.

²³ Zutreffend *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 23 und *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 76. Anders etwa *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 221 ff.

ein nach Identitätsmerkmalen bestimmtes Kollektiv im Sinne eines Gruppengrundrechts.²⁴ Je nach Erkennbarkeit einer solchen Differenzierung wird zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen unterschieden.

a) Unmittelbare Diskriminierungen

Die klassische Erscheinungsform der Ungleichbehandlung ist das Gesetz: Jede Rechtsnorm, die auf Tatbestandsebene die Begrifflichkeiten „Frauen“ und „Männer“ aufgreift und an diese Unterscheidung Rechtsfolgen knüpft, bewegt sich prinzipiell im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG. Das Geschlecht ist prinzipiell kein tauglicher Anknüpfungspunkt,²⁵ was dessen ungeachtet nicht die automatische Verfassungswidrigkeit einer solchen Norm bedeutet. Die Kategorie der *unmittelbaren Diskriminierung* reicht allerdings weiter als derartige Ungleichbehandlungen auf formaler Ebene. Wird eine Unterscheidung der Sache nach intendiert, aber kaschiert, existiert also mit anderen Worten ein Finalzusammenhang, ohne dass dieser einen Ausdruck im Normtext findet, liegt eine *verdeckte Diskriminierung* vor.²⁶

b) Mittelbare Diskriminierungen

Der Schutzgehalt des Gleichberechtigungssatzes in Art. 3 Abs. 2 GG erschöpft sich nach herrschender Auffassung gleichwohl nicht in einer Abwehr unmittelbarer Diskriminierungen. Als *mittelbare* (alternativ: *faktische*) *Diskriminierung* ebenfalls erfasst sind nach der Rechtsprechung²⁷ sowie der herrschenden Ansicht im Schrifttum²⁸ rechtliche Regelungen, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, aber in statistischer Hinsicht entweder aufgrund natürlicher Unterschiede oder gesellschaftlicher Rahmenbedingungen lediglich oder jedenfalls überwiegend bzw. typischerweise ein Geschlecht betreffen. Dieses erst in der jüngeren Rechtsprechung entwickelte Konzept verlangt zunächst, dass die betreffende Regelung erhebliche Nachteile mit sich bringt, von denen ausschließlich oder überwiegend ein Geschlecht berührt ist.²⁹ Tatbestandsrelevante Nachteile können beispielsweise finanzieller Natur sein oder den beruflichen Werdegang betreffen. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung ist dessen ungeachtet kritikwürdig, denn bei den unter diesem Gesichtspunkt inkriminierten Regelungen handelt es sich nicht um staatliche Unterscheidungen, sondern geschlechtsindifferentes Staatshandeln trifft schlicht und ergreifend auf ungleiche soziale Bedingungen.³⁰

²⁴ Zu solchen alternativen Interpretationsangeboten exemplarisch *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 312 ff., 349 ff., und *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 235 ff.

²⁵ BVerfGE 85, 191 (206 f.); 114, 357 (364).

²⁶ *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 71; *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 828.

²⁷ BVerfGE 85, 191 (206); 97, 35 (43); 104, 373 (393); 113, 1 (15); 121, 241 (254); 126, 29 (53); 132, 72 (97 Rn. 57); 138, 296 (354 Rn. 144); 153, 358 (387 Rn. 68). Zur uneinheitlichen Handhabung auch hinsichtlich der normativen Verortung *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 72 ff.

²⁸ Statt vieler *Baer/Markard*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 430 f.; v. *Achenbach*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 41; *Uerpmann-Witzack*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, 2013, § 128 Rn. 15.

²⁹ Ausführlich *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 199 ff.

³⁰ Treffend *Reimer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 39 ff.; ablehnend zu Recht zum Beispiel auch *Vrhovac*, Mittelbare Diskriminierung, 2021, S. 69 ff. et passim; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 95; kritisch *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 23 und *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 38.

3. Rechtfertigungsmodalitäten

Nicht jede Ungleichbehandlung – ähnlich insoweit ein Eingriff in den Schutzbereich eines Freiheitsrechts – zieht automatisch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit nach sich. Normrelevante Ungleichbehandlungen sind grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich, die im Falle unmittelbarer Diskriminierungen allerdings strengen Maßstäben unterliegt. Einerseits muss die inkriminierte Regelung zwingend notwendig zur Lösung von Problemen sein, die „ihrer Natur nach nur bei Männern oder Frauen auftreten“³¹, gemeint ist folglich eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ursprünglich nahm das BVerfG dabei Bezug auf biologische oder funktionale Unterschiede zwischen den Geschlechtern, die neue Formulierung bedeutet hiervon jedoch in der Sache keine großen Abweichungen. Überholt ist lediglich der Rekurs auf funktionale Gesichtspunkte,³² denn der Gleichberechtigungssatz soll eine Verfestigung der sozialen Rolle von Männern und Frauen gerade verhindern. Alternativ kann die jeweilige Vorschrift dem Schutz gegenläufiger Rechtsgüter von Verfassungsgütern dienen,³³ Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG unterliegt über den eingangs erwähnten normspezifischen Rechtfertigungsmodus mithin auch verfassungsimmanente Schranken. Ausdrücklich ist hier etwa an Art. 12a Abs. 1 GG zu denken, ferner an Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.

Nichtsdestotrotz divergiert der verfassungsrechtliche Rechtfertigungsmaßstab hinsichtlich der zuvor skizzierten Erscheinungsformen einer Ungleichbehandlung. Als Faustregel lässt sich hier formulieren, dass eine Rechtfertigung für mittelbare Diskriminierungen niedrigschwelliger ansetzt,³⁴ indem bereits „hinreichende sachliche Gründe“³⁵ die fragliche Regelung tragen müssen. Das ist aus praktischer Perspektive nachvollziehbar, denn eine Vorschrift soll nicht allein deshalb einen Verfassungsverstoß begründen, weil sie zufälligerweise ein Geschlecht härter trifft als das andere. Dieser Befund befreit jedoch nicht von einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit, die mithin auch zur Rechtfertigung mittelbarer Ungleichbehandlungen notwendig ist, aber weniger strikt erfolgt.

4. Aktuelle Fallgruppe: Frauenquoten

Im Nachgang der abstrakten Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen sollte selbstredend nicht unterschlagen werden, dass Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG nach wie vor eine große praktische Relevanz zukommt, die sich natürlich auch auf die Prüfungsinhalte der juristischen Ausbildung auswirkt. Eine besonders umstrittene Konstellation bildet dabei die rechtliche Zulässigkeit sog. Frauenquoten. Im Zuge der feministischen Bewegung kam in den 1980er-Jahren die Diskussion um die rechtliche Zulässigkeit „positiver“ Fördermaßnahmen in Gestalt sog. Frauenquoten auf. Zu differenzieren ist zwischen einer „starrten Quote“, die einer weiblichen Bewerberin automatisch und unabhängig vom Einzelfall den Vorzug vor etwaigen Konkurrenten gibt und einer „weichen Quote“ mit Leistungsbezug, wobei zunächst eine Analyse konkurrierender Aspiranten unter den Gesichtspunkten des Art. 33 Abs. 2 GG durchzuführen ist. Eine „starre Quote“ im Sinne einer faktischen Kontingentierung

³¹ BVerfGE 85, 191 (207); 92, 91 (109); 114, 357 (367); 132, 72 (97 f. Rn. 58).

³² Desgleichen aus der Literatur *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 2 Rn. 84; *Nußberger/Hey*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 268; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 91; zweifelnd aus der Rspr. bereits BVerfGE 78, 38 (53); 84, 9 (18 f.).

³³ BVerfGE 92, 91 (109).

³⁴ Vgl. etwa *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 145.

³⁵ BVerfGE 113, 1 (20); 126, 29 (54).

bestimmter Stellen ist nach Auffassung des verfassungsändernden Gesetzgebers,³⁶ in der Rechtsprechung zur Frauenquote³⁷ sowie nahezu einhelliger Auffassung im Schrifttum gänzlich unzulässig.³⁸

Dies entspricht einem intendierten Gleichlauf zur Rechtsprechung des EuGH: Der Gerichtshof hielt derartige Regelungskonzepte in der Rechtssache Kalanke aus dem Jahr 1995 für unionsrechtswidrig.³⁹ Im Falle einer „weichen Quote“ wird das Geschlecht des Anwärters zwar als Hilfskriterium und folglich durchaus zu einem entscheidungserheblichen Merkmal erhoben, betrifft aber nicht das Recht auf Zugangsgleichheit, denn den dort normierten Kriterien wird im vorgelagerten Auswahlprozess gerade Rechnung getragen. Ergänzend tritt zumeist eine Härtefallregelung („Öffnungsklausel“⁴⁰) in Kraft, die in begründeten Einzelfällen bei Vorliegen von in der Person des Bewerbers liegenden Gründen eine Abweichung von den gesetzlichen Quotenvorgaben rechtfertigt (so z.B. § 8 Abs. 1 S. 2 BGleig). Zentrale Relevanz kommt nicht zuletzt der Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zu, die als kollidierendes Verfassungsrecht jedenfalls nach der wohl herrschenden Ansicht die mit einer derartigen Frauenquote einhergehende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen zu rechtfertigen vermag.⁴¹ Dies kann man berechtigterweise auch anders sehen, denn das Fördergebot zielt auf die Herstellung individueller Chancengleichheit, nicht auf die artifizielle Anordnung von Ergebnisgleichheit zwischen den Geschlechtern.⁴²

IV. Der Merkmalskatalog des Art. 3 Abs. 3 GG

Die speziellen Gleichheitssätze zählen zu den unter Studenten wohl eher wenig bekannten Verfassungsnormen, sind aus ihrem „Dornröschenschlaf“⁴³ jedoch in der jüngeren Vergangenheit teilweise erwacht. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthält einen Katalog verschiedener Merkmale, die grundsätzlich unstatthafte Anknüpfungspunkte für Ungleichbehandlungen bilden. Diese Aufzählung verschiedener Eigenschaften ist abschließender Natur,⁴⁴ sodass etwa eine analoge Anwendung auf andere Merkmale oder eine Erweiterung durch ungeschriebene Charakteristika ausgeschlossen ist.

³⁶ BT-Drs. 12/6000, S. 50: „Es bestand Übereinstimmung darüber, daß diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestattet.“

³⁷ Vgl. nur BAGE 82, 211 (217 f.).

³⁸ Aus der Literatur statt vieler Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 213; Papier/Heidebach, DVBl 2015, 125 (129); a.A. Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1995, S. 378 f. Die Unzulässigkeit „starrer Quoten“ entspricht auch der Position des verfassungsändernden Gesetzgebers zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 50.

³⁹ EuGH, NJW 1995, 3109 (3110 Rn. 15 ff.). Skeptisch zur Relevanz dieser Rspr. für das nationale Verfassungsrecht Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 15 Rn. 136.

⁴⁰ Dieser Begriff etwa bei OVG NRW, Beschl. v. 5.9.2019 – 6 B 852/19 = BeckRS 2019, 20928 Rn. 2.

⁴¹ So etwa Döring, Frauenquoten und Verfassungsrecht, 1996, S. 253 ff. und Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 22. Anders zutreffend etwa Domgörgen, in: Hörnig/Wolff/Kluth, Grundgesetz, Handkommentar, 14. Aufl. 2025, Art. 33 Rn. 4, 18; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 113 sowie Isensee, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 32 Rn. 46 ff.

⁴² So z.B. ThürVerfGH NVwZ 2020, 1266 (1274 Rn. 20) im Kontext sog. Paritätsgesetze sowie aus der Literatur etwa Englisch, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 93.

⁴³ Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 15 Rn. 121.

⁴⁴ Statt aller Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 41.

1. Tatbestandlicher Ausgangspunkt

Anders als Art. 3 Abs. 2 GG (a.F.) war der dritte Absatz der Norm während der Beratungen im Parlamentarischen Rat kaum umstritten. Zahlreiche Merkmale der Aufzählung lassen erahnen, dass die Vorschrift eine Reaktion auf die seinerzeit in der kollektiven Erinnerung noch präsenten nationalsozialistischen Verbrechen darstellt.⁴⁵ Streit entzündete sich in historischer Perspektive lediglich an der normtextlichen Wendung „wegen“. Vormalig interpretierte das BVerfG Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Verbot einer gezielten Ungleichbehandlung im Sinne eines Kausalzusammenhangs,⁴⁶ mittlerweile versteht es den Begriff extensiver als tatbestandliches Anknüpfungsverbot.⁴⁷

2. Die Merkmale im Einzelnen

Namentlich der Begriff des Geschlechts wirft Fragen auf. Zwar begrenzt der Wortlaut der Norm deren Anwendungsbereich nicht auf Unterscheidungen nach Männern und Frauen, sondern ist mit dem Oberbegriff „Geschlecht“ offener formuliert. Gleichwohl legt der binnensystematische Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 GG es nahe, diesen Terminus übereinstimmend im Sinne der Zweigeschlechtlichkeit zu verstehen.⁴⁸ Abstammung wiederum meint die „natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“⁴⁹ und thematisiert jede Anknüpfung an Eigenschaften der Eltern des Grundrechtsträgers. Zu den umstrittenen Merkmalen des Kataloges zählt der Begriff der „Rasse“, der jedoch eine der deutlichsten Erscheinungsformen einer Abgrenzung vom Unrecht der nationalsozialistischen Diktatur im Verfassungstext darstellt. Hier offenbart sich die Paradoxie dieses Diskriminierungsverbots, denn unter Rücksicht auf den Entstehungskontext und die Teleologie der Norm müssen auch heute überholte Verständnisse dieses Konzepts erfasst sein.⁵⁰ Im Zusammenhang mit der Ächtung des Rassebegriffs in Deutschland gestaltet sich eine rechtssichere Definition jedoch als ausgesprochen diffizil. Rasse meint in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wohl bestimmte Menschengruppen, die unter Rückgriff auf tatsächlich oder auch nur vermeintlich vererbte Merkmale, zumeist phänotypische Charakteristika, voneinander abgegrenzt werden.⁵¹ Die popkulturelle und sozialwissenschaftliche Prävalenz neuartiger Umdeutungen des Rassismusbegriffs, man denke beispielhaft an die behauptete Existenz eines „strukturellen Rassismus“, darf zuletzt nicht dazu verführen, derlei Postulate auf das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot wegen der Rasse zu übertragen.⁵²

„Sprache“ greift zwar einen intuitiven Begriff auf, meint aber nicht pauschal sprachliche Fähigkeiten, sondern ist aus teleologischen Gründen lediglich auf die Muttersprache sowie Dialekte

⁴⁵ Vgl. nur *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 9.

⁴⁶ BVerfGE 2, 266 (286); 39, 334 (368).

⁴⁷ BVerfGE 64, 135 (157); 85, 191 (206); 102, 41 (53); 107, 257 (269). So auch aus dem Schrifttum statt vieler *Wolff/Kluth*, in: *Hörnig/Wolff/Kluth*, Grundgesetz, Handkommentar, 14. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 20.

⁴⁸ So noch BVerfGE 49, 286 (298); ferner etwa *Kischel*, in: BeckOK, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 244; *Englisch*, in: *Stern/Becker*, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 77 und wohl *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 42; *Hufen*, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2025, § 40 Rn. 3; zurückhaltend *Reimer*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 34. A.A. BVerfGE 147, 1 (28 ff. Rn. 58 ff.) und zustimmend etwa *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 174 ff. sowie *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 637.

⁴⁹ BVerfGE 9, 124 (128).

⁵⁰ *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 250.

⁵¹ *Nußberger/Hey*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 295 m.w.N.; näher *Kischel*, AöR 145 (2020), 227 (235 ff.).

⁵² Dazu instruktiv *Kischel*, AöR 145 (2020), 227 (258 ff.).

beschränkt.⁵³ „Heimat“ rekurriert auf Geburt oder Ansässigkeit und lässt sich insbesondere vor dem Zuzug von Vertriebenen aus den ehemaligen Ostgebieten erklären.⁵⁴ Gegenstand des Schutzes ist daher nicht nur der bloße Wohnort, sondern darüber hinausgehend die emotionale Beziehung des Einzelnen zu einem geographisch begrenzten Raum.⁵⁵ Der Begriff der „Herkunft“ referenziert nicht etwa die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht oder einem Milieu, sondern die von den eigenen Vorfahren abgeleitete Verwurzelung.⁵⁶ Die Konkretisierung des „Glaubens“ sowie der „religiösen Anschauungen“ folgt im Sinne einer verfassungsdogmatischen Kongruenz von Freiheits- und Gleichheitsrechten dem Muster der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG.⁵⁷ Der Terminus der „politischen Anschauungen“ im Sinne der Vorschrift ist wiederum weit zu verstehen.⁵⁸ Den Merkmalen, die an eine Anschauung anknüpfen, ist ferner gemein, dass nicht nur das forum internum, sondern auch das forum externum vom Schutzgehalt erfasst ist.⁵⁹ Das Merkmal der „Behinderung“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG wird zuletzt als regelwidriger Zustand körperlicher, geistiger oder seelischer Art mit daraus folgenden dauerhaften Funktionsbeeinträchtigungen verstanden.⁶⁰ Nicht von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erfasst sind folglich beispielsweise die Staatsangehörigkeit,⁶¹ die sexuelle Orientierung bzw. Identität sowie das Lebensalter.

3. Rechtfertigungsmodalitäten

Eine Ungleichbehandlung auf Grundlage der „verpönten Merkmale“⁶² führt jedoch nicht – ebenso wie im Kontext des zweiten Absatzes – automatisch zur Verfassungswidrigkeit der betreffenden staatlichen Regelung oder Maßnahme. Vielmehr sind Einschränkungen der vorbehaltlos gewährleisteten Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG einer Rechtfertigung durch kollidierende Rechtsgüter von Verfassungsrang zugänglich.⁶³ Im Falle einer Differenzierung nach dem Geschlecht besteht zusätzlich die Möglichkeit einer bereichsspezifischen Rechtfertigung durch die Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur bei Männern oder Frauen auftreten.⁶⁴ Für die übrigen Merkmale des Kataloges existiert ein vergleichbarer Maßstab hingegen nicht. Bisweilen wird postuliert, zumindest eine Ungleichbehandlung nach dem Merkmal der Rasse sei aufgrund des engen Bezugs zur Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG einer Rechtfertigung generell nicht zugänglich.⁶⁵ Einen derartigen

⁵³ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 266.

⁵⁴ BVerfGE 107, 257 (269).

⁵⁵ BVerfGE 92, 26 (50); 102, 41 (53 f.).

⁵⁶ BVerfGE 5, 17 (22); 9, 124 (129); 48, 281 (287 f.).

⁵⁷ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 247; Boysen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 189.

⁵⁸ Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 306.

⁵⁹ BVerfGE 63, 266 (304), abw. Meinung Simon; Baer/Markard, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 522; Sachs, in: Stern/Sachs/Dietlein, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/2, 2011, S. 1703 (1738); a.A. etwa BVerfGE 39, 334 (368) und Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 74. Lfg., Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 70.

⁶⁰ BVerfGE 96, 288 (301); 99, 341 (356 f.); BVerfG NJW 2000, 2658 (2659) und BVerfGE 151, 1 (23 f. Rn. 54).

⁶¹ BVerfGE 90, 27 (37).

⁶² Dieser Begriff statt vieler bei Boysen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 126.

⁶³ BVerfGE 85, 191 (206); 92, 91 (109); 114, 357 (364); 121, 241 (257); BVerfG(K) NVwZ 1999, 756 (756); BVerfG NJW 2009, 661 (661 Rn. 18).

⁶⁴ Vgl. dazu III. 3.

⁶⁵ v. Achenbach, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 86; Tendenziell Tischbirek/Wihl, JZ 2013, 219 (220); Riegner/Schnitzer, JuS 2014, 1003 (1007); Payandeh, JuS 2015, 695 (697). Offenlassend Drohla, ZAR 2012, 411 (414).

Sondermaßstab ist im Sinne einheitlicher grundrechtsdogmatischer Leitlinien indes abzulehnen; ferner ist nicht einzusehen, warum nur dieses Merkmal eine spezifische Handhabung verdient.

4. Aktuelle Fallgruppen

Auch Art. 3 Abs. 3 GG ist in der Gegenwart wiederholt in das Zentrum der fachlichen und öffentlichen Aufmerksamkeit getreten. Zum einen schärfte die Frage der Anerkennung des „dritten Geschlechts“ die juristische Auseinandersetzung mit dem Merkmalskatalog, zum anderen steht die Vorschrift auch im Mittelpunkt der kontrovers geführten Debatte über „racial profiling“.

a) Norminterpretation: „Drittes Geschlecht“

Die Binnensystematik des Art. 3 GG legt es nahe, den Begriff des Geschlechts im Sinne des zweiten Absatzes zu verstehen. Vorsicht ist dabei geboten, die Gleichheitssätze „beliebig mit nachkonstitutionellen Deutungsangeboten“⁶⁶ zu unterlegen. Das BVerfG interpretiert Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG seit seiner Entscheidung zum „dritten Geschlecht“ im Jahr 2017 sowie in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung⁶⁷ anders und sieht im Einklang mit der wohl herrschenden Auffassung im Schrifttum⁶⁸ auch weitere geschlechtliche Identitäten vom Merkmal des Geschlechts erfasst an.⁶⁹ Der Wortlaut als äußerste Grenze der Interpretation mag eine solche Lesart bei isolierter Betrachtung wohl tragen,⁷⁰ das erweiternde Verständnis fußt maßgeblich auf teleologischen Gesichtspunkten.⁷¹ Die Unverfügbarkeit eines bestimmten Merkmals oder die „Vulnerabilität“⁷² bestimmter sozialer Gruppen legen es gleichwohl nicht automatisch nahe, dieses den Eigenschaften des dritten Absatzes zu subsumieren. So werden beispielsweise auch die Merkmale des Lebensalters oder der sexuellen Orientierung nicht in extensiver Interpretation unter den besonderen Gleichheitssatz gefasst, sondern dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unterstellt, wenn auch mit gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen.⁷³ Stattdessen ist diese extensive teleologische Interpretation des Merkmalskatalogs „potentiell grenzenlos“⁷⁴. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bezweckt vor diesem Hintergrund nicht pauschal den Schutz „strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen“⁷⁵, sondern knüpft Ungleichbehandlungen anhand der dort genannten Merkmale an strenge Rechtfertigungsanforderungen. Eine Erweiterung des Merkmalskataloges stünde nach der gewaltenteilenden Architektur des Grundgesetzes möglicher-

⁶⁶ Reimer, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 34.

⁶⁷ BVerfGE 49, 286 (298); dazu Rixen, JZ 2018, 317 (325).

⁶⁸ Baer/Markard, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 454 (wiewohl Baer als damalige Richterin des BVerfG selbst an der Entscheidung beteiligt war); v. Achenbach, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 75; Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 288; Krieger, in: Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 86; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 138; Wolff/Kluth, in: Hörnig/Wolff/Kluth, Grundgesetz, Handkommentar, 14. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 21.

⁶⁹ BVerfGE 147, 1 (28 Rn. 58).

⁷⁰ Desgleichen Boysen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 174.

⁷¹ BVerfGE 147, 1 (28 Rn. 59).

⁷² BVerfGE 147, 1 (28 Rn. 59).

⁷³ Englisch, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 77, will etwa ergänzend die Wertungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) heranziehen.

⁷⁴ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 244.

⁷⁵ BVerfGE 147, 1 (28 Rn. 59) unter Hinweis auf BVerfGE 88, 87 (96).

weise allenfalls dem verfassungsändernden Gesetzgeber zu.⁷⁶ Festzuhalten ist allerdings, dass sich das Urteil zunächst nur mit Fällen von Intersexualität befasst, also medizinischen Situationen, in denen sich Personen aufgrund ihrer körperlichen Merkmale weder eindeutig dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen lassen.⁷⁷ Die Reichweite der Entscheidung ist also begrenzt. Nicht zu überzeugen vermag angesichts der damit verbundenen Unsicherheiten die Tendenz zu einer allgemeinen „Subjektivierung“⁷⁸ der geschlechtlichen Zugehörigkeit.⁷⁹

b) Normanwendung: „Racial profiling“

Das insbesondere aus dem Diskurs der Vereinigten Staaten stammende Schlagwort „racial profiling“ beschreibt den Problembefund polizeilicher Kontrollen in Abhängigkeit von der sichtbaren ethnischen Zugehörigkeit („Rasse“) des Adressaten und verlagert die Relevanz des besonderen Gleichheitssatzes von der Ebene des Gesetzes auf eine gesetzesvollziehende Einzelfallmaßnahme. Derartige tritt zumeist im Kontext polizeilicher Standardmaßnahmen auf, die einschlägigen Konstellationen dürften dabei als verdachtsunabhängige Maßnahmen vorrangig eine Befragung, so beispielsweise in Zügen nach § 22 Abs. 1a BPolG, oder eine allgemeine Identitätsfeststellung nach § 23 Abs. 1 BPolG bzw. an „gefährlichen Orten“ (§ 23 Abs. 2 Nr. 1 BPolG) betreffen. Problematisch ist hingegen bereits die mit diesem eher wenig bestimmten und umstrittenen Begriff⁸⁰ einhergehende (Vor-)Bewertung des bezeichneten Verhaltens, dem auf diese Weise pauschal das Stigma der Rechtswidrigkeit angehaftet wird. Stellenweise wird jede Anknüpfung an das genannte Merkmal, auch im Rahmen eines Motivbündels, als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gewertet.⁸¹ Eine solche Beurteilung geht indes zu weit, denn der Merkmalskatalog unterliegt keinem absoluten Differenzierungsverbot, sondern entsprechende Ungleichbehandlungen sind prinzipiell durchaus einer Rechtfertigung zugänglich, die freilich erhöhten Anforderungen unterliegt.⁸² Bei näherem Hinsehen geht es nicht unbedingt um eine Differenzierung nach der Rasse, sondern zumeist um einen in der Polizeipraxis üblichen, typisierenden Rückgriff auf das äußerliche Erscheinungsbild von Personen.⁸³ Polizeiliche Maßnahmen, die gemeinhin, aber oftmals wenig konsistent und trennscharf mit dem Ausdruck „racial profiling“ belegt werden, sind keinesfalls generell verfassungswidrig.⁸⁴ Stattdessen sind sie etwa im Falle verdachtsabhängiger Maßnahmen, die sich auf bestimmte Personengruppen konzentrieren, zulässig,

⁷⁶ Daher zu Recht kritisch *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 244; *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 77; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, GG, Kommentar, 6. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 88.

⁷⁷ Für die Subsumtion somatischer Intersexualität dem Begriff des Geschlechts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG etwa bereits *Sachs*, in: Stern/Sachs/Dietlein, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/2, 2011, S. 1596 (1629).

⁷⁸ In diese Richtung BVerfGE 147, 1 (21 Rn. 43); terminologisch ausdrücklich Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 288.

⁷⁹ *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 245.

⁸⁰ Definitionsversuch bei *Froese*, DVBl 2017, 293 (293).

⁸¹ *Alter*, NVwZ 2015, 1567 (1569); *Liebscher*, NJW 2016, 2779 (2781) und wohl *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 17 Rn. 49; beim „tragenden“ Motiv OVG RP NJW 2018, 2820 (2827 Rn. 107). Kritisch zur Rechtsprechung *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 26 Rn. 59 ff.

⁸² Differenzierend richtigerweise auch *Pettersson*, ZAR 2019, 301 (304 ff., 307). In diese Richtung spezifisch im Sprachgebrauch der Verhältnismäßigkeit *Baer/Markard*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 478: „Fraglich ist schon die Eignung zur Erreichung allgemein legitimer Ziele von Ermittlungen und erst recht die Zumutbarkeit angesichts des öffentlichen Stigmas.“

⁸³ *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 252; tendenziell auch *Froese*, DVBl 2017, 293 (294 f.).

⁸⁴ *Froese*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 111; *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 253.

solange sich die Polizeibehörden im jeweiligen Einzelfall auf belastbare Anhaltspunkte stützen können.⁸⁵ In Betracht kommt dabei im Rahmen verdachtsabhängiger Maßnahmen die Übereinstimmung der kontrollierten Person mit einer Täterbeschreibung oder ihre Zugehörigkeit zu einer Gruppe, von der Gefahren für ein polizeiliches Schutzgut ausgehen.⁸⁶ Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entfaltet eine rationalisierende und restringierende Wirkung für die Polizeipraxis.⁸⁷ Für den Bereich verdachtsunabhängiger Maßnahmen ist die Konzentration auf Personen mit Bezug zur Teleologie einer polizeirechtlichen Vorschrift prinzipiell zulässig, wenn die Einzelmaßnahme auf „reale[n] und nachvollziehbare[n] polizeiliche[n] Lageerkenntnisse[n]“⁸⁸ beruht. Die genaue Bewertung hängt dessen ungeachtet von der Rechtsgrundlage der Maßnahme und auch von den Umständen der konkreten Kontrollsituation ab. Eine vermittelnde Lösung entspricht am ehesten einem schonenden Ausgleich zwischen dem Diskriminierungsverbot auf der einen und der Effektivität der Gefahrenabwehr als praktische Realisierung des Rechtsstaatsprinzips und als mittelbares Schutzinstrument der Grundrechtspositionen Dritter auf der anderen Seite. Die aus Gründen des effektiven Grundrechtsschutzes freilich erhöhte Darlegungslast liegt insoweit bei der Behörde,⁸⁹ wobei diese Anforderungen nicht überspannt werden dürfen.⁹⁰ Einer Diskriminierungsabsicht der handelnden Beamten bedarf es zuletzt nicht.⁹¹

5. Reformdiskussionen

Der Merkmalskatalog in Art. 3 Abs. 3 GG ist in der jüngeren Vergangenheit wiederholt Gegenstand rechtspolitischer Reformdebatten gewesen. Die Kontroversen entzündeten sich einerseits am in Deutschland aus (guten) historischen Gründen vorbelasteten Begriff der „Rasse“. Die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke im Deutschen Bundestag legten hierzu im Jahr 2020 zwei ähnliche Gesetzesentwürfe zur Streichung dieses Terminus und Ergänzung des dritten Absatzes um einen Satz 3, der ein an den Staat gerichtetes Fördergebot nach dem Muster des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthielt, vor,⁹² die letztlich erfolglos blieben. Mit dem Rassebegriff sollen jedoch keineswegs rassistische Stereotype perpetuiert werden, sondern im entstehungsgeschichtlichen Kontext gerade verhindern. Auch die ehemalige Bundesregierung aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP formulierte die Absicht der Streichung,⁹³ nahm aber später Abstand von diesem Vorhaben. Zum anderen wird in Ansehung des abschließenden Charakters des Merkmalskataloges bisweilen dessen Ergänzung um das Merkmal der sexuellen Orientierung bzw. der sexuellen Identität gefordert. Die Bundestags-

⁸⁵ OVG NW NVwZ 2018, 1497 (1500 Rn. 46); Müller/Schwabenbauer, in: Lisken/Denninger, Handbuch Polizei- und Sicherheitsrecht, 8. Aufl. 2026, Rn. 1348.

⁸⁶ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 253; Müller/Schwabenbauer, in: Lisken/Denninger, Handbuch Polizei- und Sicherheitsrecht, 8. Aufl. 2026, Rn. 1348; speziell zu letztgenanntem Aspekt Pettersson, ZAR 2019, 301 (304).

⁸⁷ Erwägungen hierzu bei Pettersson, ZAR 2019, 301 (305 ff.).

⁸⁸ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 256.

⁸⁹ OVG NW NVwZ 2018, 1497 (1500 Rn. 46); OVG RP NJW 2018, 2820 (2830 Rn. 129) unter Berufung auf Krieger, in: Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 63; Nußberger/Hey, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 296; Boysen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 183; Tischbirek, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 26 Rn. 53. Kritisch dazu und speziell zum Literaturverweis in der Entscheidung des OVG NW Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 255.

⁹⁰ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 255, verlangt etwa die Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Darlegungslast für Gefahreingriffe.

⁹¹ Müller/Schwabenbauer, in: Lisken/Denninger, Handbuch Polizei- und Sicherheitsrecht, 8. Aufl. 2026, Rn. 1348.

⁹² BT-Drs. 19/24434 bzw. BT-Drs. 19/20628.

⁹³ Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 96. Beispielsweise hier abrufbar ?.

fraktionen der FDP, von Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke legten hierzu zuletzt im Jahr 2019 einen entsprechenden Gesetzesentwurf vor,⁹⁴ der nicht in die zweite und dritte Lesung überwiesen worden ist. Bereits in den vorherigen Legislaturperioden hatte es ähnliche Vorstöße gegeben.⁹⁵ Die rechtspolitische Sinnhaftigkeit dieses Reformvorhabens ist mitnichten unbestritten,⁹⁶ wird im Wege der Maßstabsbildung und nachfolgenden Anwendung bei der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes als „Quasi-Diskriminierungsverbot“⁹⁷ doch bereits ein vergleichbares Schutzniveau erzielt.⁹⁸ Einen erneuten Vorstoß für eine Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG um das Merkmal der „sexuellen Identität“ hat es im September 2025 gegeben, als der Bundesrat einen entsprechenden Entwurf zur Änderung des Grundgesetzes vorgelegt hat.⁹⁹ Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hat unter Bezugnahme auf diesen Vorschlag kurz darauf einen sehr ähnlichen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht.¹⁰⁰

V. Sonstige besondere Gleichheitssätze

Über den wohl unter diesem Terminus geläufigen Gewährleistungen des Art. 3 Abs. 2, 3 GG existieren weitere, bereichsspezifische besondere Gleichheitssätze. Art. 6 Abs. 1 GG weist über seinen Charakter als Freiheitsrecht sowie als Institutsgarantie auch eine gleichheitsrechtliche Dimension auf, die eine Schlechterstellung der Ehe gegenüber anderen Formen der Partnerschaft bzw. Gemeinschaft¹⁰¹ und gegenüber Ledigen¹⁰² sowie der Familie im Vergleich zu Kinderlosen¹⁰³ verbietet. In Art. 6 Abs. 5 GG findet sich schließlich ein an die Legislative adressierter Verfassungsauftrag zur Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder und ein besonderer Gleichheitssatz,¹⁰⁴ der aufgrund der sozialen Entwicklung jedoch an Bedeutung eingebüßt hat. Der Gesetzgeber hat die vormalig verbreitete und vordergründig das Erbrecht betreffende Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder mittlerweile größtenteils ausgeräumt,¹⁰⁵ einzig der Ausschluss vor dem 1. Juli 1949 geborener unehelicher Kinder vom Erbrecht ist vor einiger Zeit seitens des BVerfG gebilligt worden.¹⁰⁶

Für die politische und staatsbürgerliche Gleichheit ist nicht nur das Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG von Bedeutung, sondern insbesondere die Gewährleistungen des Art. 33 GG. Art. 33 Abs. 1 GG verbürgt die Gleichheit staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten aller Deutschen im gesamten Bundesgebiet. Untersagt ist folglich eine Ungleichbehandlung verschiedener Landeskinder, maßgeblich ist

⁹⁴ BT-Drs. 19/13123, S. 3.

⁹⁵ BT-Drs. 17/88, S. 3; BT-Drs. 17/254, S. 2; BT-Drs. 17/472, S. 3.

⁹⁶ Kritisch etwa Wolff/Kluth, in: Hörnig/Wolff/Kluth, Grundgesetz, Handkommentar, 14. Aufl. 2025, Art. 3 Rn. 24 und Hufen, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2025, § 40 Rn. 4.

⁹⁷ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 137.

⁹⁸ Statt vieler Huster, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2023, Art. 3 Abs. 1 Rn. 101 ff. und Sacksofsky, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 19 Rn. 135; zur Rspr. exemplarisch BVerfGE 88, 87 (96); 124, 199 (220 f.); 126, 400 (419); 131, 239 (255 f. Rn. 54 ff.); 132, 179 (188 f. Rn. 29 ff.); 133, 377 (408 Rn. 77).

⁹⁹ Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1); BR-Drs. 313/25.

¹⁰⁰ BT-Drs. 21/2027, S. 4.

¹⁰¹ BVerfGE 67, 186 (196); 99, 216 (232); 107, 205 (215).

¹⁰² BVerfGE 76, 126 (128 f.); 87, 234 (259).

¹⁰³ BVerfGE 87, 1 (37); 103, 242 (263 ff.); 112, 268 (279).

¹⁰⁴ Wendt, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, 2013, § 127 Rn. 86. Zur Rechtsverbindlichkeit der Vorschrift BVerfGE 25, 167 (178 ff.).

¹⁰⁵ Vgl. etwa das Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder v. 19.12.1997; BGBl. I, S. 2941.

¹⁰⁶ BVerfG NJW 2013, 2103 (2104 f. Rn. 31 ff.); vgl. bereits BVerfGE 44, 1 (22) sowie BVerfG (K), Beschl. v. 3.7.1996 – 1 BvR 563/96 = BeckRS 1995, 12504.

die jeweilige Verwurzelung in den Ländern der Bundesrepublik oder Deutscher im Ausland. Aufgrund des Fehlens einer Landesstaatsangehörigkeit ist die Bedeutung der Vorschrift freilich gering.¹⁰⁷ Nach Art. 33 Abs. 2 GG wiederum hat jeder Deutsche nach „Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“ Zugang zu einem öffentlichen Amt.¹⁰⁸ Die Vorschrift enthält eine subjektiv-rechtliche Dimension, die dem Einzelnen ein spezielles Gleichheitsrecht auf leistungsadäquaten und willkürfreien Zugang zu öffentlichen Ämtern im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten verschafft; die Vorschrift garantiert mithin kein originäres, sondern ein derivatives Leistungsrecht.¹⁰⁹ Anders als es die geläufige Bezeichnung als „Beamtentrias“ vermuten lässt, findet die Norm auf Grundlage eines Umkehrschlusses aus Art. 33 Abs. 4, 5 GG nicht nur auf Beamtenverhältnisse Anwendung, sondern der Amtsbegriff ist weit zu verstehen und erfasst dabei den gesamten öffentlichen Dienst.¹¹⁰ Im Kern erhält damit also die „Bestenauslese“¹¹¹ als Ausdruck des Leistungsprinzips verfassungsrechtlichen Schutz. Die Gewährleistungen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie Art. 136 Abs. 2 WRV werden von Art. 33 Abs. 3 GG wiederholt.¹¹² Der Vorschrift kommt in erster Linie symbolischer Charakter zu, der sich mit den historisch konfliktbehafteten und verbreiteten Diskriminierungen nach konfessionellen Unterschieden erklären lässt.¹¹³ Die über die Transmissionsnorm des Art. 140 GG in das Grundgesetz übernommenen Gewährleistungen des Art. 136 Abs. 1, 2 WRV stehen in einem engen Sachzusammenhang mit den ähnlichen Regelungen in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 33 Abs. 3 GG und betonen ebenfalls aus historischen Gründen die Irrelevanz konfessioneller Unterschiede. Eine darüber hinausragende praktische Wirkkraft erhalten die Vorschriften zuletzt im Wege ihrer dogmatischen Integration in das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität.¹¹⁴ Den übrigen besonderen Gleichheitssätzen ist gemein, dass sie als vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte einer Rechtfertigung nur zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts zugänglich sind, sodass die Maßstäbe starke Parallelen zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 2, 3 GG aufweisen.

VI. Konkurrenzen

Näherer Aufmerksamkeit bedürfen die Grundrechtskonkurrenzen der besonderen Gleichheitssätze. Die Rechtsnatur des Art. 3 Abs. 2, 3 GG als vorrangig anzuwendende *lex specialis* zum allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ist bereits deutlich geworden und dürfte sich auf die übrigen besonderen Gleichheitsgewährleistungen übertragen lassen.¹¹⁵ Selbiges gilt für den hier nicht näher behandelten Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.¹¹⁶ Die Rechtsprechung des BVerfG hingegen ist uneindeutig: Zwar rekurriert das Gericht im Falle unmittelbarer Ungleichbehandlungen zumeist auf Abs. 3 S. 1 GG¹¹⁷ und bei mittelbaren Diskriminierungen wiederum auf

¹⁰⁷ Sachs, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 133.

¹⁰⁸ Zu diesen Kriterien im Überblick Groß, Jura 2023, 549 (551 f.).

¹⁰⁹ BVerfGE 39, 334 (369); BVerfGE 68, 109 (110).

¹¹⁰ Vgl. nur Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 15.

¹¹¹ Dieser Begriff z.B. bei BVerfGE 86, 169 (171) und Wendt, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, 2013, § 127 Rn. 54.

¹¹² Battis, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 42; Germann, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 140 Rn. 11.

¹¹³ Bickenbach, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2025, Art. 33 Rn. 7.

¹¹⁴ Der Sache nach erstmals in BVerfGE 18, 385 (386 f.); ferner BVerfGE 19, 206 (216); 24, 236 (246); 137, 273 (304 Rn. 86); 139, 321 (349 f. Rn. 91); 153, 1 (36 f. Rn. 87).

¹¹⁵ Vgl. nur Wollenschläger, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 328 m.w.N.

¹¹⁶ BVerfGE 99, 1 (8 ff.); 151, 1 (18 f. Rn. 42).

¹¹⁷ BVerfGE 97, 35 (43); 104, 373 (393); 121, 241 (255).

Abs. 2,¹¹⁸ doch ergeben sich auch Abweichungen von dieser Faustregel.¹¹⁹ Naheliegend ist es hingegen, davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ein im Hinblick auf das Geschlecht einheitliches Differenzierungsverbot enthalten,¹²⁰ da die erstgenannte Vorschrift seit der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 um einen zweiten Satz keinen über den Merkmalskatalog hinausgehenden Regelungsgehalt aufweist. Im Hinblick auf das binnensystematische Verhältnis von Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG erfährt das Recht auf Zugangsgleichheit in bestimmten Fallkonstellationen eine Ergänzung um den Schutzgehalt des Art. 33 Abs. 3 GG und bildet mit diesem einen Prüfungsverbund,¹²¹ der ausdrücklich klarstellt, dass der Glaube eines Kandidaten grundsätzlich kein verfassungslegitimes Auswahlkriterium bei der Besetzung öffentlicher Ämter ist. Art. 33 Abs. 1 GG ergänzt Art. 3 Abs. 2, 3 GG um ein zusätzliches Rechtfertigungsverbot.¹²² Als ungleich anspruchsvoller gestaltet sich wiederum das Verhältnis der besonderen Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 2, 3 GG zu den bereichsspezifischen Regelungen aus Art. 33 Abs. 2, 3 GG. Stellenweise wird davon ausgegangen, das Recht auf Zugangsgleichheit verdränge den besonderen Gleichheitssatz im Wege der Spezialität.¹²³ Andere wiederum postulieren ein Verhältnis der Idealkonkurrenz zwischen beiden Regelungskomplexen.¹²⁴ Vorzugswürdig ist es, von der parallelen Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2, 3 GG und des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auszugehen,¹²⁵ beide Vorschriften stehen damit in einem Verhältnis der Komplementarität zueinander.¹²⁶ Begründen lässt sich dies nicht nur mit der divergierenden Zweckrichtung der Gewährleistungen sowie der Behebung möglicher Schutzlücken, so etwa im Hinblick auf leistungsabhängige Quotensysteme im öffentlichen Dienst.¹²⁷ Die in das Grundgesetz inkorporierte Norm des Art. 136 Abs. 1, Abs. 2 WRV entfaltet zuletzt vorrangig deklaratorischen Charakter.¹²⁸

¹¹⁸ BVerfGE 113, 1 (15); 126, 29 (53); 153, 358 (387 Rn. 68).

¹¹⁹ BVerfGE 121, 241 (255): Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG für eine mittelbare Ungleichbehandlung; offenlassend ausdrücklich BVerfGE 132, 72 (97 Rn. 57) und implizit BVerfGE 138, 296 (354 Rn. 144).

¹²⁰ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 3 Rn. 194; Reimer, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 1; Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 15 Rn. 119.

¹²¹ So tendenziell Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 909; Anders Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 211 und Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 24b, die von einem Vorrang des Art. 33 Abs. 3 GG vor Abs. 2 ausgehen.

¹²² Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 667.

¹²³ Höfling, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 130. Lfg., Stand: 2007, Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 427; Leisner, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 15; Sacksofsky, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Bd. 1, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 303; Gröpl, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, GG, Kommentar, 6. Aufl. 2025, Art. 33 Rn. 38; Isensee, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 32 Rn. 40; jedenfalls für Art. 33 Abs. 3 GG Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 24b; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 21; Germelmann, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2022, Art. 33 Rn. 18; Battis, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 11.

¹²⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 32.

¹²⁵ Sachs, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 166.

¹²⁶ Mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG Kaiser, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 13; Wendt, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, 2013, § 127 Rn. 60.

¹²⁷ Dazu im Kontext der Forderung einer „Migrantenquote“ v. Zons, DVBl 2025, 869 ff.

¹²⁸ Germann, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 140 Rn. 11; Ehlers/Jasper, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, WRV Art. 136 Rn. 1; Unruh, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, WRV Art. 136 Rn. 4; Schmahl, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, WRV Art. 136 Rn. 1; Mager, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2025, Art. 140 Rn. 15 für Abs. 2, für Abs. 1: „komplementäres Verhältnis mit erheblichem Überschneidungsbereich“ (Rn. 10). Gleichsinnig, aber für die vorrangige Anwendbarkeit des Art. 136 Abs. 1, 2 WRV Koriath, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar,

VII. Fazit

Ungeachtet der großen praktischen Bedeutung des Art. 3 Abs. 1 GG sollten Studenten und insbesondere Examenskandidaten die besonderen Gleichheitssätze im Zuge der juristischen Ausbildung keineswegs aus den Augen verlieren. Mag ihre Funktionsweise stellenweise divergieren, unterliegen sie doch oftmals vergleichbaren Rechtfertigungsmaßstäben, den von anderen Grundrechten bereits bekannten verfassungsimmanenten Schranken begegnet man exemplarisch im Kontext sowohl der Art. 3 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als auch des Art. 33 Abs. 2 GG. Zuletzt kreisten namentlich um Art. 3 Abs. 3 GG in der jüngeren Vergangenheit nicht nur verfassungspolitische Reformvorschläge, sondern die Vorschrift dient gegenwärtig auch immer wieder als verfassungsrechtliche Diskussionsplattform und Begründungsfolie für (tages-)politische Kontroversen, die sich insbesondere an den Rechten gesellschaftlicher Minderheiten und divergierenden Verständnissen des schillernden, aber ebenso unbestimmten Grundrechtstopos der Gleichheit entzünden. Vorsicht ist dabei geboten, den Katalog des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG über seine Eigenschaft als „Kristallisationspunkt für identitätspolitische Debatten“¹²⁹ hinaus auch im Wege der Verfassungsinterpretation politisch zu instrumentalisieren.

42. Lfg., Stand: 2003, WRV Art. 136 Rn. 7; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 673.

¹²⁹ *Reimer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 130 Rn. 12.

Fortgeschrittenenübungsklausur: Baustahl, Bestechung, Bankrott – Ein Fall zur Rückabwicklung im Bereicherungsrecht –

*Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas D. Brinkmann, Bielefeld/Kiel**

Sachverhalt

Die A AG (A) betreibt ein mittelständisches Maschinenbauunternehmen. Aufgrund steigender Auftragslage beschließt der Vorstand, ein weiteres Lager auf dem Firmengelände errichten zu lassen. Mit der Durchführung des Projekts wird der langjährige Prokurist P betraut. Die Prokura ist im Handelsregister eingetragen; intern wurde P jedoch angewiesen, nur Angebote unterhalb der Grenze von 350.000 € zu akzeptieren.

P holt Angebote zweier Generalunternehmer (X und Y) ein: Während X die Errichtung des Lagers für (objektiv angemessene) 300.000 € anbietet, bietet Y dasselbe Projekt für 450.000 € an.

Während Y dem P das Angebot im persönlichen Gespräch erläutert, legt er (Y) ein Kuvert mit 10.000 € auf den Tisch und meint, dies könne die Entscheidungsfindung für P womöglich erleichtern. P nimmt das Geld entgegen und verkündet, er sei nun überzeugt, dass Y der richtige Mann für das Projekt sei. Zwischen A und Y wird daraufhin ein Vertrag über den Bau des Lagerhauses gegen Zahlung von 450.000 € aufgesetzt und unterzeichnet. Für die A unterschreibt P „i.V.“ und verweist auf seine Prokura.

Zur Durchführung des Projekts bestellt Y bei dem Stahlhändler S Baustahl im Wert von 20.000 €. Dabei haben S und Y einen einfachen Eigentumsvorbehalt vereinbart. Bei der A bestand keine Kenntnis von den Vorgängen zwischen S und Y. Der Stahl wurde – wie zwischen S und Y vereinbart – direkt an die Baustelle der A geliefert und von Mitarbeitern der A in Empfang genommen. Später wurde der Stahl vollständig von Y beim Bau der Lagerhalle verarbeitet.

Am Tag, an dem das Lager fertiggestellt und übergeben wurde, decken Investigativjournalisten die Bestechungspraktiken des Y auf. A stellt interne Ermittlungen an und der Vorstand kommt zu dem Ergebnis, dass der Vertrag mit Y „möglicherweise aufgrund einer festgestellten Bestechungszahlung an P unwirksam sei“ und verweigert unter Hinweis darauf die Zahlung der vereinbarten 450.000 € an Y.

Durch die negative Berichterstattung über den „Korruptionsskandal“ kommt Y in finanzielle Schieflage. Noch bevor es zu weiteren Gesprächen mit A kommt, stellt Y einen Insolvenzantrag; das Insolvenzverfahren wird eröffnet und I zum Insolvenzverwalter bestellt.

I fragt sich, welche Ansprüche er gegen die A geltend machen kann und ob er von P die Zahlung der 10.000 € Bestechungsgeld zurückverlangen kann.

Nachdem S, der für den Stahl noch nicht bezahlt wurde, von der Insolvenz des Y erfährt, fragt er sich wiederum, ob er wegen des Stahls möglicherweise Ansprüche gegen A hat.

* Dr. Jonas D. Brinkmann ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Markus Artz) an der Universität Bielefeld und im Wintersemester 25/26 als Vertreter eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Europäische Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Rechtsvergleichung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel tätig.

Fallfrage 1

Welche Ansprüche kann I gegen die A geltend machen?

Fallfrage 2

Kann I von P die Rückzahlung der 10.000 € verlangen?

Fallfrage 3

Hat S gegen die A Ansprüche wegen der Lieferung des Stahls?

Anmerkung: Aus didaktischen Gründen konzentriert sich der folgende Lösungsvorschlag besonders auf einige der (zahlreichen) im Bereicherungsrecht bestehenden Meinungsstreitigkeiten und zeigt auf, wie mit diesen in einem Gutachten umgegangen werden kann. In einer Klausur wäre eine derart umfassende und vertiefte Auseinandersetzung keinesfalls zu erwarten. Der Fall samt Lösungsvorschlag ist vielmehr als praktische Wiederholung und Vertiefung des Bereicherungsrechts konzipiert.

Lösungsvorschlag**Fallfrage 1: Ansprüche des I gegen die A.....302****I. Anspruch des I auf Zahlung von 450.000 € aus Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB****i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO302**

1. Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf I..... 302
2. Anspruch als Teil der Insolvenzmasse 303
 - a) Forderungen als Teil der Insolvenzmasse i.S.d. § 80 InsO..... 303
 - b) Bestehen eines entsprechenden Anspruchs..... 303
 - aa) Vertragsschluss zwischen Y und der A 303
 - bb) Wirksamkeit des Vertrags..... 304
 - (1) Nichtigkeit nach § 134 BGB 304
 - (2) Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB..... 304
3. Zwischenergebnis 305

II. Anspruch auf Zahlung von 450.000 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB**i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO305**

1. Etwas Erlangt..... 305
2. Durch Leistung..... 306
3. Ohne Rechtsgrund 306
4. Rechtsfolge 306
5. Kein Ausschluss des Bereicherungsanspruchs 306
 - a) Ausschluss nach § 814 Fall 1 BGB..... 306

b) Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB.....	307
III. Ergebnis zu Frage 1.....	308
Frage 2: Ansprüche des I gegen P auf Rückzahlung der 10.000 €.....	309
I. Anspruch des I gegen P auf Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO	309
1. Etwas Erlangt.....	309
2. Durch Leistung.....	309
3. Zwischenergebnis	310
II. Anspruch des I gegen P auf Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO	311
1. Etwas erlangt.....	311
2. Durch Leistung.....	311
3. Nichteintritt des bezweckten Erfolgs.....	311
a) Zweckvereinbarung.....	311
b) Nichteintritt des Erfolgs	312
4. Kein Ausschluss	312
a) Ausschluss nach § 815 BGB.....	312
b) Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB.....	313
5. Zwischenergebnis	313
III. Anspruch des I gegen P auf Zahlung von 10.000 € aus § 817 S. 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO	313
1. Etwas durch Leistung erlangt	313
2. Gesetzes- oder Sittenverstoß bei Annahme.....	314
3. Kein Ausschluss	314
4. Zwischenergebnis	314
IV. Ergebnis zu Frage 2.....	314
Frage 3: Ansprüche des S gegen A wegen der Lieferung des Stahls	314
I. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB	314
II. Anspruch des S gegen A auf Herausgabe des Stahls nach § 985 BGB	315
1. Eigentum des S.....	315
a) Eigentumsverlust durch Ablieferung an der Baustelle	315
b) Eigentumsverlust nach § 946 BGB	315
2. Zwischenergebnis	315
III. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 BGB	315

1. Rechtsverlust des S und zugunsten der A infolge der Vorschriften der §§ 946 ff. BGB	316
2. Weitere Anspruchsvoraussetzungen.....	316
a) Eigentumsverlust in sonstiger Weise.....	316
aa) Abgrenzung nach der Rspr.....	317
bb) Abgrenzung nach der h.L.	317
(1) Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb.....	317
(2) Erwerb ohne Gegenleistung.....	317
(3) Zwischenergebnis	318
cc) Streitentscheid zur Abgrenzung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion	319
b) Ohne Rechtsgrund	319
3. Rechtsfolge	320
4. Zwischenergebnis	320
IV. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB	320
V. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB	320
VI. Ergebnis zu Frage 3.....	320

Fallfrage 1: Ansprüche des I gegen die A

I. Anspruch des I auf Zahlung von 450.000 € aus Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

Insolvenzverwalter I könnte einen Anspruch gegen die A auf Zahlung von 450.000 € aus einem Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO haben. Dies setzt voraus, dass das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Insolvenzmasse des Y gehörende Vermögen auf den I übergegangen ist und eine entsprechende Forderung zur Insolvenzmasse des Y gehört.

1. Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf I

Zunächst müssten das Verwaltungs- und Verfügungsrecht der Insolvenzmasse des Y auf I übergegangen sein. Nach § 80 InsO geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter über. Über das Vermögen des Y wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und I wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Somit ist das Verwaltungs- und Verfügungsrecht der Insolvenzmasse des Y nach § 80 InsO auf I übergegangen.

2. Anspruch als Teil der Insolvenzmasse

Damit I den Anspruch auf Zahlung von 450.000 € aus Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB gegen A gelten machen kann, muss eine entsprechende Forderung zudem Teil der Insolvenzmasse sein. Dies setzt einerseits voraus, dass eine entsprechende Forderung überhaupt zur Insolvenzmasse i.S.d. § 80 InsO gezählt werden kann und andererseits, dass der konkrete Anspruch auch besteht.

a) Forderungen als Teil der Insolvenzmasse i.S.d. § 80 InsO

Unter den Begriff der Insolvenzmasse fällt nach § 35 InsO das gesamte Vermögen, dass dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Mit Vermögen sind alle geldwerten Güter einer Person gemeint, wobei auf eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist und sämtliche Aktiva – Sachen, Rechte, Forderungen und sonstige Vermögenswerte – gemeint sind, die einen geldwerten Vorteil ergeben.¹ Forderungen sind in der Regel Massebestandteile, wenn sie pfändbar im Sinne der ZPO sind.² Gründe, warum eine etwaige Werklohnforderung des Y gegen die A unpfändbar wäre, sind nicht ersichtlich. Dementsprechend fällt die Forderung, so sie denn besteht, unter die Insolvenzmasse i.S.d. § 80 InsO.

b) Bestehen eines entsprechenden Anspruchs

Fraglich ist allerdings, ob ein entsprechender Anspruch auf Zahlung von 450.000 € gegen die A besteht. Dazu müsste zunächst ein wirksamer Vertrag zwischen der A und Y geschlossen worden sein.

aa) Vertragsschluss zwischen Y und der A

Y hat der A die Errichtung eines Lagers auf dem Firmengelände gegen Zahlung von 450.000 € angeboten. Dieses Angebot wurde durch Erklärung des P angenommen. Die von P abgegebene Willenserklärung könnte allerdings gem. § 164 BGB für und gegen die A wirken. Dafür müsste es sich bei der Annahmeerklärung um eine im Namen der A und im Rahmen der dem P zustehenden Vertretungsmacht abgegebene Willenserklärung des P handeln. P hat eine eigene Willenserklärung abgegeben und nicht lediglich eine fremde Willenserklärung überbracht. P unterzeichnete den Vertrag zudem „i.V.“ also „in Vertretung“ und damit nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der A, sodass auch das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt ist.

Fraglich ist allerdings, ob P auch im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelte. P ist Prokurist der A. Gem. § 49 Abs. 1 HGB berechtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Zudem wurde P explizit mit der Durchführung des Projekts des Lagerneubaus betraut. Somit lag der Vertragsschluss mit Y grundsätzlich im Rahmen seiner Vertretungsmacht. Problematisch scheint jedoch, dass P intern angewiesen wurde, nur Angebote unterhalb der Grenze von 350.000 € zu akzeptieren, das Angebot des Y allerdings ein Volumen von 450.000 € hatte. Folglich könnte P im konkreten Fall außerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben. Nach § 50 Abs. 1 HGB ist die Beschränkung der Prokura gegenüber Dritten unwirksam. Somit wird durch die interne Anweisung nur das rechtliche Sollen, nicht aber das rechtliche Können des P beschränkt. Die Überschreitung der internen Beschränkung steht einem Handeln des P im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht nicht entgegen.

¹ OLG Düsseldorf BeckRS 2015, 5345?.

² B. Peters/J. Peters, in: MüKo-InsO, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 35 Rn. 408.

Dementsprechend ist ein Vertragsschluss zwischen Y und A, vertreten durch P, grundsätzlich zu bejahen.

bb) Wirksamkeit des Vertrags

(1) Nichtigkeit nach § 134 BGB

Der Werkvertrag zwischen Y und A könnte allerdings nach § 134 BGB nichtig sein. Die Zahlung der 10.000 € von Y an P erfüllt den Tatbestand der Bestechlichkeit und der Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB. Der Folgevertrag einer derartigen sog. Schmiergeldabrede wird allerdings nur dann von der Nichtigkeit der Schmiergeldabrede nach § 134 BGB i.V.m. § 299 StGB erfasst, wenn er seinerseits derart von der Rechtsordnung missbilligt wird, dass auch ihm die Wirksamkeit zu versagen ist.³

Inhaltlich verstößt der Werkvertrag nicht gegen ein gesetzliches Verbot – vielmehr wird Y lediglich zur Errichtung der Lagerhalle gegen Zahlung eines Werklohns verpflichtet. § 299 StGB dient der Verhinderung von unlauteren Verzerrungen des Wettbewerbs, weshalb eine Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 299 StGB nach Auffassung des BGH nur für solche Folgeverträge gilt, bei denen „der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung selbst die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens innewohnt“. ⁴ Dem Werkvertrag zwischen Y und der A wohnt jedoch kein wettbewerbswidriges Verhalten inne. Da sich § 299 StGB nicht auf den Abschluss des hier maßgeblichen Werkvertrags bezieht, scheidet eine Nichtigkeit nach § 134 BGB aus (a.A. wohl vertretbar).

(2) Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Der Werkvertrag zwischen Y und A könnte allerdings nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dieser Vorschrift nach sind Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen die guten Sitten verstoßen. Sittenwidrig ist ein Rechtsgeschäft, dass dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.

Nach ständiger Rechtsprechung ist dies etwa bei Vereinbarungen, die ein Vertreter im Einverständnis mit dem Vertragspartner zum eigenen Vorteil zum Schaden des Vertretenen trifft (sog. Kollusion), zu bejahen.⁵ Teilweise wird jedoch Infrage gestellt, ob die Qualifikation als sittenwidrig mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei der Kollusion angebracht ist.⁶ Dabei wird auf die mit der Kollusion verwandten Fälle der Evidenz verwiesen, bei denen der Dritte nur von der Überschreitung der Vertretungsmacht wusste oder hätte wissen müssen und wo nach h.M. § 177 BGB entsprechend anzuwenden ist.⁷ Vertreter dieser Auffassung argumentieren, dass es nicht plausibel sei, dass der Vertretene in Fällen der Kollusion wegen der zwingenden Vertragsnichtigkeit schlechter gestellt werde als in Fällen der bloßen Evidenz, in denen er ein Wahlrecht dahingehend hat, ob er den Vertrag gegen sich gelten lassen möchte oder nicht.⁸ Mitunter wird auch vorgeschlagen dieses Problem durch ein restriktives Verständnis der Kollusion zu lösen und diese nur für Konstellationen anzuwenden, in denen es den zusammenwirkenden Beteiligten gerade um die Schädigung des Vertretenen geht und die

³ BGH NJW 1999, 2266.

⁴ BGH NJW 1999, 2266.

⁵ BGH NJW 1989, 26.

⁶ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2016, Rn. 1557.

⁷ Brinkmann, ZJS 2014, 471 (473).

⁸ Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 138 Rn. 502 f.

übrigen Fälle, in denen beispielsweise die eigene Bevorteilung handlungsleitend für die Beteiligten ist, dem Bereich der Evidenz zuzuordnen.⁹

Y hat dem P ein Kuvert mit 10.000 € „zur Erleichterung der Entscheidungsfindung“ übergeben, woraufhin sich P für den objektiv schlechteren Vertrag mit Y entschieden hat. P schloss den Vertrag also im Einverständnis mit Y zum eigenen Vorteil und schädigte dabei A. Nach dem in Literatur und Rechtsprechung herrschenden weiten Verständnis des Kollusionsbegriffs liegt hier ein kollusives Zusammenwirken von P und Y vor. Nach der vereinzelt vertretenen engen Auffassung wäre hingegen nur ein Fall der Evidenz anzunehmen und § 177 BGB analog anzuwenden. Aber auch wenn man entsprechend der h.M. im vorliegenden Fall von einem kollusiven Zusammenwirken ausgeht, wäre nach der oben genannten teilweise vertretenen Auffassung § 177 BGB und nicht § 138 BGB anzuwenden.

Ein Streitentscheid kann an dieser Stelle jedoch unterbleiben – selbst wenn man entgegen der h.M. davon ausgeht, dass auf den vorliegenden Fall nicht § 138 BGB, sondern § 177 BGB (analog) anwendbar ist, wäre der Vertrag hier gleichwohl unwirksam. Denn nach § 177 BGB ist ein vom Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossener Vertrag schwebend unwirksam und bedarf einer Genehmigung durch den Vertretenen. Eine solche Genehmigung wurde seitens der A jedoch nicht erteilt. Ganz im Gegenteil lässt sich das Verhalten der A, nämlich die Verweigerung der Zahlung unter Hinweis auf die mögliche Unwirksamkeit des Vertrags wegen der Bestechung, als konkludente Verweigerung der Genehmigung verstehen, sodass der Vertrag als endgültig unwirksam zu verstehen ist.

3. Zwischenergebnis

Der Werkvertrag zwischen Y und A über den Bau der Lagerhalle ist nicht wirksam geschlossen worden. Somit kann I keine Zahlung von 450.000 € gegen A aus Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO verlangen.

II. Anspruch auf Zahlung von 450.000 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

Möglicherweise steht I jedoch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Zahlung der 450.000 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall, 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO gegenüber der A zu. Wie oben bereits festgestellt, ist das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Insolvenzmasse des Y gehörende Vermögen auf den I übergegangen und Forderungen gehören grundsätzlich auch zur Insolvenzmasse. Fraglich ist einzig, ob ein entsprechender Anspruch auch besteht. Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB ist derjenige, der durch Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

1. Etwas Erlangt

A müsste etwas erlangt haben. Etwas meint jeden geldwerten Vorteil. Die A hat Eigentum und Besitz an der auf ihrem Grundstück errichteten Lagerhalle, mithin ein geldwerter Vorteil und damit Etwas i.S.d. § 812 BGB, erlangt.

⁹ Brinkmann, ZJS 2014, 471.

2. Durch Leistung

Dies müsste auch durch Leistung des Y erfolgt sein. Leistung meint die zweckgerichtete bewusste Mehrung fremden Vermögens. Mit der Errichtung des Lagerhauses wollte Y die vermeintliche Verpflichtung gegenüber A aus dem Werkvertrag erfüllen (sog. Leistung solvendi causa). Dementsprechend erfolgte die Errichtung des Lagerhauses seitens des Y zweckgerichtet und bewusst zur Mehrung des Vermögens der A. Eine Leistung liegt vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Mangels Wirksamkeit des Werkvertrags zwischen Y und der A fehlte auch ein Rechtsgrund für die Leistung.

4. Rechtsfolge

Grundsätzlich ist nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB das Geleistete in natura herauszugeben. Das von Y errichtete Lager ist jedoch fest mit dem Grund und Boden des Grundstücks der A verbunden und somit ein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 BGB) und kann mangels eigenständiger Sachqualität nicht herausgegeben werden. Ist die Herausgabe des Erlangten, wie hier, wegen seiner Beschaffenheit nicht möglich, ordnet § 818 Abs. 2 BGB stattdessen die Herausgabe von Wertersatz an. Maßgeblich ist dabei der sog. objektive Wert, d.h. der Preis, den ein durchschnittlicher Empfänger aus dem Verkehrskreis des Betroffenen auf dem für ihn maßgeblichen Ankaufsmarkt hätte zahlen müssen, um den Bereicherungsgegenstand zu erlangen.¹⁰ Auf das in einem (unwirksamen) Vertrag vereinbarte Entgelt kommt es grundsätzlich nicht an.¹¹ Laut Sachverhalt waren für die Errichtung des Lagerhauses objektiv ein Preis von 300.000 € angemessen. Somit beläuft sich ein etwaiger Wertersatzanspruch des I gegen die A grundsätzlich auf 300.000 €.

5. Kein Ausschluss des Bereicherungsanspruchs

Im vorliegenden Fall könnte der Bereicherungsanspruch des I gegen die A jedoch ausgeschlossen sein.

a) Ausschluss nach § 814 Fall 1 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Ausschluss gem. § 814 Fall 1 BGB. Demnach ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Kenntnis ist der Augenblick der Leistungserbringung. Abzustellen ist zudem auf die Kenntnis des Y als Leistender – denn der Insolvenzverwalter tritt hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs „in die Fußstapfen“ des Schuldners.¹² § 814 Fall 1 BGB setzt positive Kenntnis vom Fehlen der Leistungsverpflichtung voraus, wobei jedoch keine präzise juristische Kenntnis erforderlich ist, sondern eine Kenntnis entsprechend einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ genügt.¹³ Vorliegend fehlte ein Rechtsgrund für die Leistung des Y an die A, weil der Werkvertrag wegen der Schmiergeldzahlung von Y an P unwirksam war. Fraglich ist, ob sich aus dem Umstand,

¹⁰ Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 818 Rn. 27.

¹¹ BGH NJW-RR 2001, 1332.

¹² Linardatos, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 814 Rn. 0.39.

¹³ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 814 Rn. 18.

dass Y den P bestochen hat, auch auf dessen Kenntnis der Unwirksamkeit des auf Grundlage der Bestechung geschlossenen Werkvertrags schließen lässt. Die bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unwirksamkeit der Verpflichtung ergibt, genügt jedenfalls nicht, um die Kenntnis der Nichtschuld zu bejahen.¹⁴ Vielmehr muss der Leistende auch wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet – er muss aus den bekannten Umständen also auch die richtigen juristischen Schlüsse im Sinne einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ziehen. Positive Hinweise darauf, dass Y sich bewusst war, dass der Werkvertrag wegen der Bestechung des P unwirksam war, sind nicht ersichtlich. Auch das Eingreifen eines Beweises des ersten Anscheins durch Abstellen auf die übliche Kenntnis bestimmter Verkehrskreise¹⁵ scheint hier zweifelhaft – ob in der Baubranche üblicherweise Kenntnis darüber besteht, dass Bestechungen zur Unwirksamkeit des Hauptvertrags führen, lässt sich nicht feststellen. Ein Ausschluss nach § 814 Fall 1 BGB ist dementsprechend abzulehnen (a.A. gut vertretbar).

b) Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB

Der Bereicherungsanspruch könnte allerdings nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Seinem Wortlaut nach betrifft die Vorschrift zwar nur den Ausschluss eines Bereicherungsanspruchs nach § 817 S. 1 BGB, jedoch wird der Ausschlussgrund über seinen Wortlaut hinaus auf jede Art der Leistungskondition erstreckt.¹⁶ § 817 S. 2 BGB dient der Generalprävention – wer sich an gesetzes- oder sittenwidrigen Transaktionen beteiligt, muss wissen, dass eine Leistung selbst dann unwiederbringlich und ersatzlos verloren ist, wenn im Rahmen solcher Geschäfte Störungen auftreten.¹⁷ Dem Rechtsgedanken des § 817 S. 2 BGB nach ist daher eine Rückforderung von Leistungen ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot zur Last fällt.¹⁸ Der Vorwurf des rechts- bzw. sittenwidrigen Verhaltens des Leistenden geht – entgegen einer früheren Rspr. – nach heute herrschender und überzeugender Meinung grundsätzlich auch zulasten eines Insolvenzverwalters.¹⁹ Die Begriffe des gesetzlichen Verbots und der guten Sitten entsprechen denjenigen in §§ 134, 138 BGB.²⁰

Zwar ist die Vereinbarung des Werkvertrags über die Errichtung einer Lagerhalle für sich genommen (inhaltlich) nicht sittenwidrig, die Sittenwidrigkeit eines Vertrags kann sich allerdings auch aus der Art und Weise des Zustandekommens ergeben.²¹ Vorliegend wurde P durch Zahlung von 10.000 € von Y zum Vertragsschluss bewegt. Wie oben dargelegt, mag dies zwar nicht die Nichtigkeit des Werkvertrags nach § 134 BGB i.V.m. § 299 StGB begründen, es könnte jedoch zur Folge haben, dass der Werkvertrag als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB einzustufen ist.

Folgt man dem weiten Kollisionsbegriff der h.M., liegt im vorliegenden Fall eine sittenwidrige Kollusion vor, sodass der daraus resultierende Werkvertrag ebenfalls als sittenwidrig einzustufen ist. Nach dieser Auffassung wären auch die Voraussetzungen der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB erfüllt. Vertritt man hingegen den engen Kollisionsbegriff, wonach die Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB nur in Fällen angezeigt ist, in denen die Schädigung das primäre Motiv des Dritten und des Vertreters war, wäre hier eine Sittenwidrigkeit wie oben erläutert zu verneinen. Das enge Verständnis

¹⁴ BGH NJW 2015, 1672 (1676 Rn. 44).

¹⁵ Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 814 Rn. 13.

¹⁶ Wiese, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024?, § 817 Rn. 6.

¹⁷ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 817 Rn. 10.

¹⁸ LG Saarbrücken ZfBR 2015, 75 (83).

¹⁹ Hierzu näher Linardatos, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 817 Rn. 0.47.

²⁰ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 817 Rn. 2.

²¹ LG Saarbrücken ZfBR 2015, 75 (83).

des Kollusionsbegriffs wird primär mit Blick auf die Rechtsfolgenseite des § 138 BGB begründet und argumentiert, dass die Vertragsnichtigkeit im Interesse des Vertretenen, der in diesen Fällen kein Wahlrecht hat, den Vertrag doch gegen sich gelten zu lassen, nur berechtigt sei, wenn das primäre Motiv von Vertreter und Dritten in der Schädigung des Vertretenen lag. Nur dann könnte das Rechtsgeschäft von der Rechtsordnung schlechthin nicht toleriert werden und auch der Vertretene dürfte in derartigen Fällen für gewöhnlich kein Interesse haben, den Vertrag gleichwohl gegen sich gelten zu lassen. Umgekehrt ließe sich formulieren, dass das Streben der Parteien nach eigenem Vorteil weniger verwerflich sei als das Motiv, anderen Schaden zuzufügen. Folgt man dieser Überlegung, nämlich dass ein Vertrag, der auf Grund einer Schmiergeldabrede zustande gekommen ist, grundsätzlich nicht so verwerflich ist, dass die Rechtsordnung dem Vertrag schlechthin die Wirksamkeit verweigern muss, scheint es nur konsequent, wenn auch die aufgrund des Vertrags vom Bestechenden erbrachten Leistungen im Falle der Vertragsunwirksamkeit zurückgefordert werden können. Zumal der Leistungsempfänger selbst kein berechtigtes Interesse daran hat, die Leistung „kostenlos“ behalten zu dürfen – aus Perspektive des Leistungsempfängers handelt es sich streng genommen um sog. „Windfall Profits“, also zufällige Vorteile. Dem berechtigten Interesse des Leistungsempfängers wird in Fällen der Schmiergeldabrede in der Regel bereits durch die Beschränkung des Ersatzanspruchs auf die Herausgabe des Erlangten bzw. dessen objektiven Wert genüge getan.

Für eine Konditionssperre könnte allerdings der generalpräventive Zweck des § 817 S. 2 BGB sprechen. Denn wenn der Bestechende Gefahr läuft, nicht nur die mit der Schmiergeldzahlung angestrebten Vorteile zu erhalten, sondern sogar umsonst zu leisten und dementsprechend einen erheblichen Verlust zu erleiden, könnte ihn dies von der Schmiergeldzahlung abhalten. Bei dieser Argumentation droht indes ein Zirkelschluss – denn der Gedanke der Generalprävention trägt nur, sofern die Schmiergeldzahlung als so verwerflich angesehen wird, dass sie zwingend verhindert werden muss. Wenn man allerdings mit den Argumenten, die mit Blick auf ein enges Verständnis der Kollusion vorgebracht werden, konform geht, dann müssen die nicht als Kollusion erfassten Fälle auch nicht zwingend verhindert werden. Allenfalls auf die Wertung des § 299 StGB ließe sich insofern zurückgreifen und argumentieren, dass das dort enthaltene Verbot der Bestechung und Bestechlichkeit über § 817 S. 2 BGB generalpräventiv durchgesetzt wird. Dann stellt sich allerdings die Frage, ob dann nicht auch der auf Grundlage der Schmiergeldzahlung geschlossene Vertrag aus generalpräventiven Gründen ebenfalls vom Nichtigkeitsgebot des § 134 BGB erfasst sein müsste, was er nach der Rspr. und h.M. jedoch regelmäßig nicht der Fall ist.

Letztlich handelt es sich also um eine Wertungsfrage, für wie verwerflich man eine primär zum eigenen Vorteil geschlossene Schmiergeldabrede einstuft und ob man das Verhalten für so verwerflich ansieht, dass es gerechtfertigt ist, dem Bestechenden auch etwaige bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche abzuschneiden oder nicht. Nach Auffassung der Rspr. und h.M. ist eine Schmiergeldabrede jedenfalls dann ausreichend verwerflich, wenn auf Seiten des Vertretenen ein Schaden entsteht. Folgt man dieser Auffassung, ist der bereicherungsrechtliche Anspruch des I gegen A auf Zahlung von 300.000 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen (a.A. mit guter Argumentation wohl vertretbar).

III. Ergebnis zu Frage 1

I stehen keine Ansprüche gegen A zu.

Frage 2: Ansprüche des I gegen P auf Rückzahlung der 10.000 €

Fraglich ist, ob I von P Rückzahlung der 10.000 € verlangen kann. Wie zuvor bereits festgestellt, ist das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Insolvenzmasse des Y gehörenden Vermögens gem. § 80 Abs. 1 InsO auf I übergegangen. Gründe, warum eine etwaige Forderung auf Rückzahlung des Schmiergelds nicht zur Insolvenzmasse des Y gehören sollte, sind nicht ersichtlich. Fraglich ist allerdings, ob ein entsprechender Zahlungsanspruch besteht.

I. Anspruch des I gegen P auf Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

I könnte einen Anspruch gegen P auf Rückzahlung der 10.000 € Schmiergeld aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO haben.

1. Etwas Erlangt

Hierzu müsste P etwas, mithin einen geldwerten Vorteil, erlangt haben. Indem Y das Kuvert auf den Tisch gelegt hat und meinte, dies könne die Entscheidungsfindung für P womöglich erleichtern, und P nach dem Umschlag gegriffen hat, ist das Eigentum an den im Umschlag befindlichen 10.000 € i.S.d. § 929 S. 1 BGB auf P übergegangen. P hat somit Eigentum und Besitz an 10.000 € und damit Etwas i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erlangt.

2. Durch Leistung

Fraglich ist, ob hier die für eine Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB erforderliche bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens vorliegt.²² Insofern gilt es die *condictio indebiti* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB von anderen Fällen der Leistungskondition, insbesondere der *condictio ob rem* gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB, abzugrenzen, was im Wesentlichen über die Zweckbestimmung des Leistungsbegriffs erfolgt.²³ Wie *Wendehorst* zutreffend feststellt, erfolgt jede bewusste Vermögensmehrung zu irgendeinem Zweck.²⁴ Umstritten ist dementsprechend, welche Zwecke von der *condictio indebiti* und welche Zwecke von der *condictio ob rem* erfasst werden.

Nach h.M. unterscheidet sich die Leistung im Sinne der *condictio indebiti* von sonstigen Zuwendungen im Sinne der *condictio ob rem* durch den Bezug auf ein Schuldverhältnis zwischen Anspruchsteller und Empfänger, welches die Zuwendung vermeintlich erfordert oder begründen soll.²⁵ Dabei wird auf die weitere Voraussetzung in § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB, dem Fehlen eines Rechtsgrundes, verwiesen: Rechtsgrund sei hier mit Verbindlichkeit gleichzusetzen, woraus folge, dass die *condictio indebiti* einen Bezug auf ein Schuldverhältnis erfordere.²⁶ Daraus wird teilweise geschlossen, dass die *condictio ob rem* nur einschlägig sei, wenn die Leistung auf einen anderen Zweck hin als zur Erfüllung einer Verpflichtung erfolgt ist.²⁷ Die Rspr. und Teile der Literatur nehmen hingegen an, dass

²² Ausführlich zum Leistungsbegriff *Kamionka*, JuS 1992, 845 und 929.

²³ *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 54 Rn. 8.

²⁴ *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 812 Rn. 48.

²⁵ *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 812 Rn. 47.

²⁶ *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 54 Rn. 8.

²⁷ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13 Aufl. 1994, § 69 II.

die *condictio ob rem* auch dann einschlägig ist, wenn zwar auf eine Verbindlichkeit geleistet wird, aber ein weiterer, über die Erfüllung dieser Verbindlichkeit hinausgehender Zweck verfolgt wird.²⁸

Eine andere Auffassung versteht die *condictio indebiti* weiter und lässt grundsätzlich jeden Zweck genügen.²⁹ Dabei wird argumentiert, dass eine Leistung immer auf eine Forderung gerichtet sein müsse: Denn als Bezugspunkt einer Leistung sei zwar nicht zwingend ein Anspruch (der eine Berechtigung des Anspruchsinhabers zur Durchsetzung einer Leistungspflicht begründet) notwendig. Als Bezugspunkt müsse einer Leistung jedoch stets eine Forderung (die einen Rechtsgrund dafür bilde, dass der Gläubiger die Leistung behalten könne) zugrunde liegen. Dementsprechend sei der einzig denkbare Leistungszweck immer der Erfüllungszweck. Daraus wird teilweise geschlossen, dass die *condictio ob rem* letztlich überflüssig sei und alle Fälle von der *condictio indebiti* erfasst würden.³⁰

Im vorliegenden Fall übergab Y dem P die 10.000 €, um diesen dazu zu bewegen, ihn (Y) im Namen der A mit der Erstellung des Lagers zu beauftragen. Eine Verpflichtung des Y zur Zahlung der 10.000 € bestand nicht. Mangels entsprechender Willenserklärungen von Y und P wurde mit der Zahlung auch keine schuldrechtliche Abrede im Sinne eines Anspruchs zwischen den beiden getroffen. Eine Leistungsbeziehung zwischen Y und P bestand zum Zeitpunkt der Zahlung also nicht und sollte mit der Zahlung auch nicht begründet werden.

Somit fehlte es für die *condictio indebiti* an dem (nach der h.M. erforderlichen) Bezug auf ein Schuldverhältnis zwischen Anspruchsteller und Empfänger. Ein Streitentscheid zwischen den im Rahmen der h.M. vertretenen Untermeinungen, ob die *condictio ob rem* auch dann einschlägig ist, wenn zwar auf eine Verbindlichkeit geleistet wird, aber ein weiterer, über die Erfüllung dieser Verbindlichkeit hinausgehender Zweck verfolgt wird, oder nur dann, wenn die Leistung (ausschließlich) auf einen anderen Zweck hin als zur Erfüllung einer Verpflichtung erfolgt, bedarf es hier nicht. Nach der Auffassung, die grundsätzlich jeden Zweck für die *condictio indebiti* genügen lässt, wäre hingegen eine bewusste, zweckgerichtete Mehrung des Vermögens des P durch Y i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB, mithin eine Leistung, zu bejahen. Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass ein derart weites Verständnis der *condictio indebiti* zur Folge hätte, dass für die *condictio ob rem* kein Anwendungsbereich bliebe. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die *condictio ob rem* nicht nur ausdrücklich im Gesetz verankert ist, sondern auch Gegenstand selbständiger Sonderregeln wie §§ 815, 820 Abs. 1 S. 1 BGB ist.³¹ Das Ergebnis, dass die *condictio ob rem* keinen Anwendungsbereich hat, ist vom Gesetzgeber also offensichtlich nicht gewollt. Dementsprechend ist der h.M. zu folgen. Die für eine Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB erforderliche bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens liegt nicht vor.

3. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des I gegen P auf Rückzahlung der 10.000 € Schmiergeld aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO besteht nicht.

²⁸ BGH NJW 1984, 233; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 1452.

²⁹ *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 179 ff., 197 f.

³⁰ *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 179 ff., 198 ff.

³¹ *Schwab*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 479.

II. Anspruch des I gegen P auf Zahlung von 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

I könnte einen Anspruch gegen P auf Rückzahlung des Schmiergelds i.H.v. 10.000 € aus § 812 Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB (condictio ob rem) haben.

1. Etwas erlangt

Wie gesehen, hat P in Form der 10.000 € Etwas erlangt.

2. Durch Leistung

Auch bei der condictio ob rem ist eine Leistung im Sinne einer bewussten und zweckgerichteten Mehrung fremden Vermögens erforderlich. Um die condictio ob rem allerdings von der condictio indebiti nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB zu unterscheiden, wird von der hier vertretenen h.M. angenommen, dass der Leistungszweck bei der condictio ob rem nicht bloß in der Erfüllung bzw. der Begründung einer Verbindlichkeit bestehen darf. Wie bereits dargestellt, bestand zum Zeitpunkt der Übergabe der 10.000 € von Y an P weder eine Leistungsbeziehung zwischen den beiden, noch sollte mit der Zahlung eine solche begründet werden. Vielmehr wollte Y den P mit der Zahlung dazu bewegen, ihm (Y) im Namen der A den Auftrag zum Bau des Lagers zu erteilen. Mit der Zahlung verfolgte Y also ausschließlich einen anderen Zweck als einen Erfüllungszweck i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB. Der Streit, ob die condictio ob rem auch Fälle erfasst, in denen ein weiterer Zweck neben einem vertraglichen Zweck verfolgt wird, kann hier somit offenbleiben. Eine Leistung des Y an P i.S.d. § 812 Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB liegt somit vor.

3. Nichteintritt des bezweckten Erfolgs

a) Zweckvereinbarung

Zwar darf der mit der Leistung verfolgte (und frustrierte) Zweck nicht in der Erfüllung eines Vertrags bzw. Begründung eines solchen bestanden haben, jedoch muss der bezweckte Erfolg „Inhalt des Rechtsgeschäfts“ geworden sein, sodass ein bloßes Motiv bzw. eine einseitige Erwartung des Leistenden nicht genügt.³² Notwendig ist vielmehr eine – ggf. stillschweigende – Einigung im Sinne einer tatsächlichen Willensübereinstimmung über den verfolgten Zweck zwischen den Parteien (Zweckvereinbarung).³³ Der Zweck muss dergestalt Eingang in die Zweckvereinbarung gefunden haben, dass der Empfänger seinen Nichteintritt als auflösende Bedingung für das Behaltendürfen akzeptiert.³⁴ Das setzt einerseits die Kenntnis des vom Leistenden verfolgten Zwecks seitens des Leistungsempfängers voraus und erfordert andererseits die zumindest konkludente Billigung des Zwecks durch den Leistungsempfänger (die freilich auch durch die bloße Annahme der Leistung zum Ausdruck gebracht werden kann).³⁵

Y hat P das Kuvert mit den 10.000 € „zur Erleichterung der Entscheidungsfindung“ übergeben – offenkundig gemeint war, dass die Übergabe des Geldes dazu dienen sollte, dass P den Auftrag über

³² BGH NJW 1973, 612.

³³ BGH NJW 1973, 612.

³⁴ Wendehorst, in: BeckOK-BGB, Stand: 1.2.2026, § 812 Rn. 93.

³⁵ v. Sachsen Gessaphe, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 812 Rn. 63, 64.

die Errichtung des Lagers im Namen der A an Y erteilt. In anderen Worten war der von Y mit der Geldübergabe verfolgte Zweck der Abschluss eines Werkvertrags zwischen ihm und der A über die Errichtung des Lagerhauses gegen Zahlung von 450.000 €. Indem P das Geld angenommen hat, hat er diesen Zweck gebilligt. P hat den Abschluss des Werkvertrags zwischen der A und Y als Bedingung für das Behaltendürfen akzeptiert. Die für die *condictio ob rem* notwendige Zweckvereinbarung liegt dementsprechend vor.

b) Nichteintritt des Erfolgs

Der mit der Übergabe der 10.000 € verfolgte Zweck dürfte auch nicht eingetreten sein. In Fällen, in denen die Leistung in Erwartung eines bestimmten Erfolgs erbracht wird, darf der Leistungsempfänger die Leistung solange behalten, bis endgültig feststeht, dass der bezweckte Erfolg nicht mehr eintreten wird.³⁶ Der von Y verfolgte und von P gebilligte Zweck der Geldübergabe bestand wie gesehen in dem Abschluss eines (wirksamen) Werkvertrags zwischen Y und der A über die Errichtung eines Lagerhauses gegen Zahlung von 450.000 €. Ein solcher Werkvertrag ist jedoch, wie oben bereits festgestellt, nicht wirksam zustande gekommen. Selbst wenn man der Ansicht folgt, dass in Fällen wie dem vorliegenden nicht § 138 Abs. 1 BGB, sondern stattdessen § 177 BGB analog anzuwenden ist, wäre die Unwirksamkeit des Vertrags zumindest ab dem Zeitpunkt endgültig, ab dem seitens der A zu verstehen gegeben wurde, dass der Vertrag nicht genehmigt würde. Dementsprechend ist der mit der Geldübergabe verfolgte Zweck verfehlt worden.

4. Kein Ausschluss

a) Ausschluss nach § 815 BGB

Der Rückzahlungsanspruch des I gegen P könnte jedoch nach § 815 Fall 1 BGB ausgeschlossen sein. Demnach kann der Leistende bei der *condictio ob rem* die Leistung nicht zurückfordern, wenn der Erfolgseintritt von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies wusste. Geht man mit der h.M. und nimmt an, dass der zwischen Y und der A geschlossene Werkvertrag auf Grund der Bestechung des P durch Y wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig ist, wäre eine anfängliche Unmöglichkeit des Erfolgseintritts zu bejahen. Wenn man allerdings in Fällen wie dem vorliegenden von einer Anwendbarkeit des § 177 BGB analog ausgeht – also die Möglichkeit der Genehmigung des Vertrags seitens des Vertretenen in Betracht zieht, wird man eine anfängliche Unmöglichkeit ablehnen müssen.

Allerdings könnte die Streitfrage hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Bestechung auf den Hauptvertrag hier offenbleiben, wenn die weitere Voraussetzung des § 815 Fall 1 BGB, nämlich die Kenntnis der anfänglichen Unmöglichkeit des Leistenden, nicht vorliegt. Mit Blick auf die Kenntnis nach § 815, Fall 1 BGB gelten dieselben Anforderungen wie mit Blick auf die Kenntnis bei § 814 Fall 1 BGB.³⁷ Es ist also positive Kenntnis der anfänglichen Unmöglichkeit des Erfolgseintritts erforderlich. Im vorliegenden Fall geht es insofern um die Frage, ob Y zum Zeitpunkt der Übergabe der 10.000 € an P positiv wusste, dass wegen der Bestechung des P ein zwischen ihm (Y) und P im Namen der A geschlossener Werkvertrag unwirksam wäre. Wie bei § 814 Fall 1 BGB genügt die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die rechtliche Unmöglichkeit ergibt, nicht. Vielmehr muss Y zumindest entsprechend einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ die daraus erforderlichen rechtlichen Schlüsse gezogen haben.

³⁶ BGH NJW 2013, 2025 (2026 Rn. 21).

³⁷ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 815 Rn. 6.

Folgt man der hier zuvor i.R.d. § 814 Fall 1 BGB vertretenen Einschätzung, dass eine solche Kenntnis im hiesigen Fall nicht gegeben war, ist auch ein Ausschluss des Bereicherungsanspruchs nach § 815 Fall 1 BGB abzulehnen (a.A. vertretbar).

b) Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB

In Betracht kommt hier jedoch ein Ausschluss des Rückforderungsanspruchs bezüglich des Schmiergelds i.H.v. 10.000 € aus § 817 S. 2 BGB. Wie oben bereits erläutert, ist die Vorschrift nicht nur auf Bereicherungsansprüche nach § 817 S. 1 BGB anzuwenden, sondern entsprechend auch auf sämtliche anderen Leistungskondiktionsansprüche, mithin auch auf die *condictio ob rem*. Hier geht es um die Rückforderung der Schmiergeldzahlung. Diese verstieß objektiv gegen das in § 299 StGB enthaltene Verbot der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Die Frage nach den in subjektiver Hinsicht zu stellenden Anforderungen wird im Schrifttum zwar intensiv erörtert, jedoch wird soweit ersichtlich überwiegend angenommen, dass es bereits genüge, wenn der Leistende sich der Einsicht in die Rechtswidrigkeit seines Handelns leichtfertig verschlossen hat. Wenn Y sich nicht sogar bewusst war, dass die Bestechung des P rechtswidrig ist, hätte sich diese Erkenntnis jedenfalls aufdrängen müssen. Dementsprechend hat sich Y mindestens der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit seines Handelns leichtfertig verschlossen. Der Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 € aus § 812 Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB ist somit nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

5. Zwischenergebnis

I kann von P nicht die Rückzahlung der 10.000 € aus § 812 Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB verlangen.

III. Anspruch des I gegen P auf Zahlung von 10.000 € aus § 817 S. 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO

Möglicherweise kann I von P die Rückzahlung der 10.000 € aus § 817 S. 1 BGB i.V.m. § 80 Abs. 1 InsO verlangen.

1. Etwas durch Leistung erlangt

Hierzu müsste P etwas durch Leistung erlangt haben. Die rechtsdogmatische Einordnung des § 817 S. 1 BGB ist umstritten – teilweise wird die Vorschrift als Sonderfall der *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB) angesehen,³⁸ während es sich nach anderer Auffassung um einen Sondertatbestand der *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB) handelt.³⁹ Zwar hat P in Form von Besitz und Eigentum an den 10.000 € Etwas erlangt. Allerdings dürfte nach den oben gefundenen Ergebnissen die für einen Anspruch aus § 817 S. 1 BGB erforderliche zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens mit Blick auf den vorliegenden Fall nur zu bejahen sein, wenn man der zweiten Ansicht (§ 817 S. 1 BGB als Sonderfall der *condictio ob rem*) folgt. Denn mit Blick auf die Zahlung des Schmiergelds fehlt es, wie oben festgestellt, an dem für die *condictio indebiti* gemäß der h.M. erforderlichen Bezug zu einem Schuldverhältnis, sodass die Zweckgerichtetheit i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB mit Blick auf die Schmiergeldzahlung nicht vorliegt. Der Leistungsbegriff entsprechend der *condictio ob rem* ist jedoch, wie zuvor dargestellt, erfüllt. Die Frage, welches Zweckverständnis i.R.d. § 817 S. 1 BGB zugrunde zu legen ist (ob es sich also um einen Sondertatbestand der *condictio indebiti* oder einen Sondertatbe-

³⁸ Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 817 Rn. 3 f.

³⁹ So etwa Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 32 ff.

stand der *condictio ob rem* handelt), kann jedoch offenbleiben, wenn ein Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 € gem. § 817 S. 1 BGB aus anderen Gründen scheitert.

2. Gesetzes- oder Sittenverstoß bei Annahme

P müsste bei der Annahme der 10.000 € gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen haben. Vorliegend hat P durch die Annahme der 10.000 € objektiv gegen das in § 299 Abs. 1 StGB enthaltene Verbot der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr verstoßen. Ob neben dem objektiven Verstoß i.R.d. § 817 S. 1 BGB auch eine subjektive Komponente erfüllt sein muss, ist umstritten. Nach teilweise vertretener Auffassung genügt insofern bereits der objektive Verstoß.⁴⁰ Die Gegenansicht verlangt, dass der Empfänger positive Kenntnis vom Gesetzes- bzw. Sittenverstoß haben muss, wobei auch hier genügen soll, wenn der Empfänger sich leichtfertig der Einsicht des Verstoßes verschlossen hat. Auch P dürfte sich entweder bewusst gewesen sein, dass die Bestechlichkeit rechtswidrig ist, oder er hat sich dieser Erkenntnis mindestens leichtfertig verschlossen. Somit kommen beide Ansichten im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis, nämlich dass ein Gesetzesverstoß bei Annahme zu bejahen ist.

3. Kein Ausschluss

In Bezug auf Kondiktionsansprüche ist § 817 S. 2 BGB unmittelbar anwendbar. Wie oben dargelegt sind die Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB im vorliegenden Fall auch erfüllt. Mit der Schmiergeldzahlung verstieß Y ebenfalls gegen § 299 StGB und hat sich der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mindestens leichtfertig verschlossen. Dementsprechend ist auch der Anspruch des I gegen P auf Zahlung der 10.000 € aus § 817 S. 1 BGB nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

4. Zwischenergebnis

I kann von P nicht die Rückzahlung der 10.000 € aus § 817 S. 1 BGB verlangen.

IV. Ergebnis zu Frage 2

I hat keinen Anspruch gegen P auf Zahlung von 10.000 €.

Frage 3: Ansprüche des S gegen A wegen der Lieferung des Stahls

I. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB

S könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 20.000 € aus einem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB haben. Hierzu müsste zwischen S und A ein Kaufvertrag geschlossen worden sein. Die Bestellung des Stahls bei S erfolgte durch Y. Y handelte nicht als Stellvertreter der A, sondern im eigenen Namen, sodass durch das Handeln des Y kein Kaufvertrag zwischen S und der A zustande gekommen ist. Daran ändert auch nichts, dass S und Y vereinbart haben, dass der Stahl unmittelbar auf die Baustelle bei A geliefert werden soll. Ein Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € scheidet somit aus.

⁴⁰ Schwab, in: MüKoBGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 817 Rn. 86 m.w.N.

II. Anspruch des S gegen A auf Herausgabe des Stahls nach § 985 BGB

Fraglich ist, ob S gegen A ein Anspruch auf Herausgabe des Stahls nach § 985 BGB zusteht. Hierzu müsste S Eigentümer und A Besitzer des Stahls ohne Recht zum Besitz sein.

1. Eigentum des S

Ursprünglich war S Eigentümer des Stahls. S könnte das Eigentum an dem Stahl jedoch zwischenzeitlich verloren haben.

a) Eigentumsverlust durch Ablieferung an der Baustelle

Das Eigentum könnte durch Ablieferung an der Baustelle nach § 929 S. 1 BGB durch Einigung und Übergabe auf Y bzw. A übergegangen sein. Vorliegend haben S und Y einen einfachen Eigentumsvorbehalt vereinbart. Daraus folgt, dass die Einigung bezüglich der Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung von Y an S stand. Y hat den Kaufpreis noch nicht bezahlt. Damit fehlt es an der für einen Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB erforderlichen Einigung. S hat durch die Ablieferung des Stahls an der Baustelle nicht das Eigentum an dem Stahl verloren.

b) Eigentumsverlust nach § 946 BGB

S könnte das Eigentum an dem Stahl jedoch verloren haben, als dieser bei der Errichtung der Lagerhalle auf dem Grundstück der A verwendet wurde. Nach § 946 BGB erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auch auf bewegliche Sachen, die derart mit einem Grundstück verbunden werden, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks werden. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude (§ 94 Abs. 1 BGB). Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen (§ 94 Abs. 2 BGB). Der von S gelieferte Stahl wurde zum Bau des Lagers verwendet und ist somit wesentlicher Bestandteil des Lagers geworden. Das Lager ist wiederum fest mit dem Grundstück der A verbunden und somit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Dementsprechend hat der Stahl seine Qualität als eigenständige Sache eingebüßt und S sein Eigentum an dem Stahl verloren. Das Eigentum am Stahl ist kraft originärem Eigentumserwerb als Teil des Lagerhauses auf die A übergegangen.

2. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des S gegen A auf Herausgabe des Stahls nach § 985 BGB scheitert am zwischenzeitlichen Eigentumsverlust des S.

III. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € nach §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 BGB. Gem. § 951 Abs. 1 S. 1 BGB kann derjenige, der infolge der Vorschriften §§ 946 ff. BGB einen Rechtsverlust erleidet, von demjenigen zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts verlangen.

1. Rechtsverlust des S und zugunsten der A infolge der Vorschriften der §§ 946 ff. BGB

Wie soeben festgestellt, hat S sein Eigentum an dem Stahl nach § 946 BGB verloren. Ein Rechtsverlust des S nach §§ 946 ff. BGB ist somit zu bejahen. Durch die Verbindung des Stahls mit dem Gebäude, das wesentlicher Bestandteil des Grundstücks der A ist, ging der Stahl in das Eigentum der A über, sodass die Rechtsänderung auch zugunsten der A eingetreten ist.

2. Weitere Anspruchsvoraussetzungen

Gem. § 951 BGB richtet sich ein etwaiger Entschädigungsanspruch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Bedeutung dieser Verweisung auf das Bereicherungsrecht ist umstritten. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass es sich um eine Rechtsgrundverweisung handelt, wobei sich die Verweisung nach der h.L. auf die Fälle der Nichtleistungskondition beschränkt,⁴¹ während insbesondere die Rspr. annimmt, dass sowohl auf die Nichtleistungs- als auch auf die Leistungskondition verwiesen wird⁴². Nach einer Mindermeinung handelt es sich bei § 951 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen um eine Rechtsfolgenverweisung, sodass sich nur der Umfang des Anspruchs nach dem Bereicherungsrecht, insbesondere den §§ 818 ff. BGB, richtet.

Folgt man der h.M. und geht von einer Rechtsgrundverweisung aus, müssen auch die weiteren Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs erfüllt sein. Folgt man der Ansicht, dass es sich bei § 951 Abs. 1 S. 1 BGB um eine Rechtsfolgenverweisung handelt, steht der Anspruch grundsätzlich unter keinen weiteren Voraussetzungen – allerdings wird auch von Vertretern dieser Ansicht ein Vorrang der Leistungskondition angenommen. Daraus ergibt sich folgendes Bild: Nach der h.L. muss die Bereicherung in sonstiger Weise erfolgt sein – es darf also keine Leistung vorliegen. Entsprechendes wird man auch mit Blick auf die Mindermeinung annehmen müssen, da die Leistungskondition nach den Vertretern dieser Auffassung vorrangig vor dem Anspruch aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB ist und diesen somit verdrängt. Nach der Rspr. kommt § 951 Abs. 1 BGB hingegen auch in Betracht, wenn die Rechtsveränderung auf einer Leistung beruht. Folgt man der Auffassung, dass es sich bei § 951 BGB um eine Rechtsgrundverweisung handelt, muss die Rechtsänderung zudem ohne rechtlichen Grund erfolgt sein.

a) Eigentumsverlust in sonstiger Weise

Ob der Eigentumsverlust des S an dem Stahl, wie von der h.L. und der Mindermeinung gefordert, „in sonstiger Weise“ erfolgt ist, scheint fraglich. Zwar bestand zwischen S und der A keine unmittelbare vertragliche Verbindung, sodass keine Leistung des S an die A vorliegt. Allerdings verbrachte S den Stahl zur Baustelle der A, weil er (S) damit seine Verpflichtung gegenüber Y aus dem zwischen Y und S geschlossenen Kaufvertrag erfüllen wollte. Y wiederum verbaute den Stahl um seine (vermeintliche) werkvertragliche Pflicht gegenüber der A zu erfüllen. Andererseits hat S mit der Lieferung des Stahls jedoch nur dessen Besitz geleistet, aber wegen des Eigentumsvorbehalts nicht auch das Eigentum. Das Eigentum an den Stahl verlor S erst als der Stahl durch Einbau in die Lagerhalle wesentlicher Bestandteil des Grundstücks der A wurde.

⁴¹ Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 817 Rn. 2.

⁴² BGH NJW 1989, 2745.

aa) Abgrenzung nach der Rspr.

Die Rechtsprechung lehnt in Fällen, in denen ein Werkunternehmer ihm von einem Lieferanten zur Verfügung gestelltes und weiter im Eigentum des Lieferanten befindliches Material auf einem fremden Grundstück einbaut, einen Kondiktionsanspruch des Lieferanten gegen den Grundstückseigentümer bereits dann ab, wenn Leistungsbeziehungen zwischen dem Lieferanten und dem Werkunternehmer sowie dem Werkunternehmer und dem Grundstückseigentümer bestanden haben.⁴³ Demnach wäre im vorliegenden Fall wegen der (vermeintlichen) Vertragskette eine Leistungskondition zu bejahen und eine Eingriffskondition abzulehnen.

bb) Abgrenzung nach der h.L.

Nach einer in der Literatur sehr verbreiteten Auffassung ist hingegen in derartigen Fällen mit Blick auf die Abgrenzung zwischen Leistungs- und Eingriffskondition zu differenzieren: Aus einer entsprechenden Heranziehung der §§ 932, 935, 816 BGB, § 366 HGB folge die Zulässigkeit der Nichtleistungskondition auch in Fällen, in denen ein gutgläubiger Erwerb der Sache – bei unterstellter rechtsgeschäftlicher Übertragung – nicht stattgefunden hätte (sog. Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre).⁴⁴ Verschafft also jemand dem Eigentümer im Wege der Sachverbindung Eigentum an Gegenständen, die einem Dritten gehören, kommt ein Anspruch des Dritten gegen den Eigentümer aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB in Betracht, wenn der Eigentümer die betreffenden Gegenstände nicht auch gutgläubig rechtsgeschäftlich hätte vom Verschaffenden erwerben können oder wenn der Eigentümer dem Verschaffenden keine Gegenleistung erbracht hat.⁴⁵

(1) Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb

S hat Y den Besitz am Stahl verschafft. Der Stahl ist S somit nicht i.S.d. § 935 BGB abhandengekommen. Zudem hatte A keine Kenntnis vom zwischen S und Y vereinbarten Eigentumsvorbehalt, sodass er den Stahl auch gem. § 932 BGB gutgläubig von Y hätte erwerben können. Die erste Alternative einer Ausnahme von der Leistungskondition nach einer Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre ist demnach nicht erfüllt.

(2) Erwerb ohne Gegenleistung

Allerdings hat A dem Y den Werklohn nicht bezahlt und muss dies, wie oben festgestellt, auch nicht. Dementsprechend könnte es sich um einen Fall handeln, in dem der Eigentümer dem Verschaffenden keine Gegenleistung erbracht hat. Diese Fallgruppe der ausnahmsweise zulässigen Eingriffskondition wird aus einer entsprechenden Heranziehung des § 816 BGB hergeleitet. Nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Empfänger bei einer unentgeltlichen Verfügung den auf Grund der Verfügung erlangten Vorteil an den Berechtigten herauszugeben. Unentgeltlich ist eine Verfügung, wenn der Erwerber für das Verfügungsobjekt keine Gegenleistung erbracht hat oder erbringen sollte. Vorliegend war zwischen Y und der A – wenngleich unwirksam – vereinbart, dass die A an Y Werklohn für die Errichtung des Lagerhauses zahlt. Dementsprechend sollte die Eigentumsverschaffung bezüglich des Stahls nicht unentgeltlich i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB erfolgen.

⁴³ OLG Hamm NJW-RR 1992, 1105; OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 1171.

⁴⁴ Vieweg/Regenfus, in: juris PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, § 951 Rn. 37.

⁴⁵ Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 951 Rn. 10.

Allerdings wird § 816 Abs. 1 S. 2 BGB von der Rspr. auch analog auf rechtsgrundlose entgeltliche Verfügungen angewendet, wenn der Erwerber nicht schutzbedürftig ist⁴⁶ – also auch auf Fälle, in denen (wie hier) dem Erwerb ein unwirksames Rechtsgeschäft zugrunde liegt. Begründet wird dies mit der vergleichbaren Interessenlage – auch bei einem unwirksamen Vertrag hat der Empfänger – jedenfalls wenn er seine Leistung noch nicht erbracht hat – das Empfangene ohne Aufopferung aus seinem Vermögen erlangt. Auf der anderen Seite hat der Nichtberechtigte keinen Gegenwert erlangt, auf den der Berechtigte (etwa im Rahmen eines Bereicherungsanspruchs) zugreifen könnte. Die h.L. lehnt eine entsprechende Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auf Fälle des rechtsgrundlosen Erlangens ab.

Geht man von einer analogen Anwendbarkeit des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auf Fälle des rechtsgrundlosen Erwerbs aus, käme auch im vorliegenden Fall eine Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht und somit wäre entsprechend einer Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre eine Eingriffskondition möglich, sodass § 951 BGB nach allen zur Reichweite der Verweisung auf das Bereicherungsrecht vertretenen Auffassungen anwendbar wäre. Lehnt man eine entsprechende Analogie hingegen ab, würde man (entsprechend der von der Rechtsprechung präferierten Abgrenzung zwischen Leistungs- und Eingriffskondition) auch nach der Auffassung, die eine Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre fordert, zu dem Ergebnis kommen, dass vorliegend nicht ausnahmsweise eine Eingriffskondition in Betracht kommt. In diesem Fall wäre zwar ein Meinungsstreit mit Blick auf die Frage nach der Abgrenzung zwischen der Leistungs- und Eingriffskondition vertretenen Auffassungen entbehrlich, allerdings müsste dann geklärt werden, welche Bedeutung der Verweis auf das Bereicherungsrecht in § 951 Abs. 1 S. 1 BGB zukommt.

Es ist somit ein Streitentscheid mit Blick auf die analoge Anwendbarkeit des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB auf rechtsgrundlose Verfügungen erforderlich. Die ablehnende Auffassung führt aus, dass ein rechtsgrundloses Erlangen einem unentgeltlichen nicht gleichgesetzt werden könne, da der Erwerber bei ersterem anders als beim letzteren regelmäßig ein in der Gegenleistung an seinen Vertragspartner liegendes Opfer erbracht hat.⁴⁷ Wenn aber der Erwerber die Gegenleistung an den Veräußerer schon erbracht hat, stehe er de facto einem unentgeltlichen Erwerber nicht mehr gleich: Er müsste die Gegenleistung mühsam vom Verfügenden beitreiben und droht in dessen Insolvenz mit dem Anspruch auf die Rückgewähr jener Gegenleistung auszufallen.⁴⁸ Diese Argumente überzeugen jedoch nicht, um die vom BGH vorgenommene Analogie abzulehnen. Denn der BGH setzt für eine analoge Anwendbarkeit voraus, dass der Vermögensempfänger die Gegenleistung gerade nicht erbracht hat und er deshalb nicht schutzbedürftig ist. Denn nur dann überzeugen die Ausführungen, dass der Empfänger das Empfangene ohne Aufopferung aus seinem Vermögen erlangt und der Verfügende keinen Gegenwert erhalten hat, auf den der Berechtigte zurückgreifen könnte. Beschränkt man die Analogie indes auf Fälle des rechtsgrundlosen Erlangens, in denen die Gegenleistung auch faktisch nicht erbracht wurde (oder nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB erfolgreich zurückgefordert wurde), muss der Empfänger die Leistung nicht mühsam beim Verfügenden beitreiben. Somit ist dem BGH zu folgen und eine analoge Anwendbarkeit des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB für Fälle der rechtsgrundlosen Verfügung zu bejahen, wenn der Empfänger nicht schutzwürdig ist.

(3) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Auffassung ist es vorliegend zum Erwerb ohne Gegenleistung gekommen. Nach einer Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre würde hier somit ausnahms-

⁴⁶ BGH NJW 1962, 1671 (1672).

⁴⁷ v. Sachsen Gessaphe, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 816 Rn. 30.

⁴⁸ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 62.

weise eine Eingriffskondition in Betracht kommen und nicht durch eine vorrangige Leistungskondition verdrängt werden.

cc) Streitentscheid zur Abgrenzung zwischen Leistungs- und Eingriffskondition

Während man nach der in der Rspr. vertretenen Abgrenzungsmethode zwischen Leistungs- und Eingriffskondition (keine Eingriffskondition bei Leistungsbeziehungen zwischen dem Lieferanten und dem Werkunternehmer sowie dem Werkunternehmer und dem Grundstückseigentümer) im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis käme, dass hier eine vorrangige Leistungskondition die Eingriffskondition verdrängt, käme die von der h.L. vertretene Auffassung (Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre) zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Fall ausnahmsweise eine Eingriffskondition möglich ist. Für die Auffassung der h.L. spricht, dass die für die Parallelwertung in der rechtsgeschäftlichen Übereignungssphäre herangezogenen Regelungen allgemeingültige Wertungen des Gesetzgebers enthalten, die nicht dadurch unterlaufen werden dürfen, dass vorliegend kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein gesetzlicher Eigentumserwerb stattgefunden hat.⁴⁹ Daher ist letztgenannter Auffassung zu folgen.

Im vorliegenden Fall ist eine Eingriffskondition dementsprechend nicht wegen einer vorrangigen Leistungskondition ausgeschlossen, sodass an dieser Stelle ein Streitentscheid zwischen den verschiedenen Ansichten zur Reichweite der Verweisung in § 951 Abs. 1 S. 1 BGB offen bleiben kann.

b) Ohne Rechtsgrund

Während bezüglich der Auffassung, die die Verweisung in § 951 Abs. 1 S. 1 BGB als Rechtsfolgenverweis sieht, keine weiteren Voraussetzungen vorliegen müssen, muss die Vermögensverschiebung nach der von der h.M. vertretene Theorie der Rechtsgrundverweisung auch ohne Rechtsgrund erfolgt sein.

Für eine Rechtsfolgenverweisung wird angeführt, dass die Vorschrift andernfalls überflüssig wäre.⁵⁰ Zudem wird auf den Wortlaut hingewiesen, wonach eine Vergütung zu zahlen ist und nicht – wie es dem bereicherungsrechtlichen Sprachgebrauch entspricht – Wertersatz (für das nicht in Natur herausgebbare Erlangte) zu leisten ist.⁵¹ Daraus und aus der systematischen Stellung der Norm im Sachenrecht wird deshalb geschlossen, dass es sich um eine selbständige sachenrechtliche Vorschrift handelt.⁵² Die Gegenansicht argumentiert hingegen, dass eine Einstufung des § 951 Abs. 1 S. 1 BGB als selbständige sachenrechtliche Vorschrift im Ergebnis darauf hinauslaufe, die durch den Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnte Versionsklage wieder einzuführen.⁵³ Zudem würde die im Gesetz angelegte Trennung zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondition eingeebnet.⁵⁴

Ein Streitentscheid ist an dieser Stelle allerdings nur erforderlich, wenn die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kämen – was der Fall wäre, wenn ein Rechtsgrund für die Vermögensverlagerung von S auf A vorläge. Nach der heute ganz herrschenden „Lehre vom Zuweisungsgehalt“ wird die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung indiziert, wenn das erlangte Etwas rechtlich nicht dem Bereicherungsschuldner, sondern dem Bereicherungsgläubiger zugewiesen ist. Aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB folgt, dass der gesetzliche Eigentumsübergang nach den §§ 946 ff BGB keinen „rechtlichen

⁴⁹ Vieweg/Regenfus, in: juris PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, § 951 Rn. 37.

⁵⁰ Imlau, NJW 1964, 1999.

⁵¹ Imlau, NJW 1964, 1999.

⁵² Imlau, NJW 1964, 1999.

⁵³ Füller, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 951 Rn. 3.

⁵⁴ Füller, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 951 Rn. 3.

Grund“ für den Rechtsverlust bildet.⁵⁵ Ein rechtlicher Grund für den Rechtsverlust ist somit nicht gegeben. Die Bereicherung der A erfolgte somit ohne Rechtsgrund. Ein Streitentscheid zwischen den verschiedenen Auffassungen zum Umfang der Verweisung in § 951 Abs. 1 S. 1 BGB ist also auch insoweit nicht erforderlich.

3. Rechtsfolge

Nach § 951 Abs. 1 S. 1 BGB steht dem Rechtsverlierer gegen den Rechtsgewinner ein Anspruch auf Vergütung zu. Aus dem Verweis auf das Bereicherungsrecht folgt, dass „Vergütung“ im Sinne von „Wertersatz“ gem. § 818 Abs. 2 BGB zu verstehen ist. Wie zuvor bereits ausgeführt, ist bei § 818 Abs. 2 BGB der objektive Wert zugrunde zu legen. Laut Sachverhalt hat S Stahl im Wert von 20.000 € zur Baustelle geliefert. Dementsprechend schuldet A Wertersatz i.H.v. 20.000 € aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB.

4. Zwischenergebnis

S kann von A Zahlung von 20.000 € aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB verlangen.

IV. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB scheitert, wie oben dargestellt, daran, dass vorliegend keine Leistung des Y an A gegeben ist.

V. Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB

Entsprechend der Ausführungen zu § 951 Abs. 1 S. 1 BGB ist auch ein Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 20.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB grundsätzlich zu bejahen.

VI. Ergebnis zu Frage 3

S kann von A Zahlung von 20.000 € aus § 951 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB bzw. aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB verlangen.

⁵⁵ Jacoby, in: Jacoby/v. Hinden, Studienkommentar, BGB, 18. Aufl. 2022, § 951 Rn. 1.

Anfängerhausarbeit: Fleisch oder Nicht-Fleisch – Das ist hier die Frage!*

*Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rätin a.Z. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer,
Wiss. Mitarbeiter Dr. Sebastian Meyer, Stud. iur. Anton Schäffler, München***

Sachverhalt

Beyza (B) möchte ihren Freund Dominic (D) zu einem gutbürgerlichen bayerischen Abendessen in das Lokal der ihr flüchtig bekannten Nachbarin Uljana (U) einladen. Bevor B und D in dem sehr gut besuchten Lokal endlich die Speisekarte gebracht wird, studieren sie schon einmal die am Tisch aufgestellte Tafel mit „Empfehlungen heute“. Dort heißt es: „Wiener‘ Schnitzel: 25 €“, „großer Salatteller, wahlweise mit Feta: 18 €, oder Lachs: 20 €“. Außerdem ist dort als Dessert genannt: „Bayerische Krem: 7 €“.

Die beiden bestellen bei Kellner Erik (E) für D ein „Wiener Schnitzel“, für B einen großen Salatteller mit Feta, außerdem „ein Mal diesen Bayerischen Pudding oder was das ist“ und Getränke.

E bringt ein Schnitzel und einen Salatteller mit Lachs. B weist darauf hin, dass sie den Salat mit Feta bestellt hätten. E, der einen gestressten Eindruck macht, entschuldigt sich und erklärt, dass sie zwei neue Küchenkräfte hätten und deshalb heute leider schon manches schiefgelaufen sei. B, die Mitleid mit E hat und vermeiden möchte, dass sie und D zeitversetzt essen müssen, antwortet: „Na gut, ich kann auch den Lachs essen“, woraufhin E ihr mit sichtlicher Erleichterung den Salatteller mit Lachs serviert. Als B ihren Freund D fragt, wie das Schnitzel schmecke, drückt D etwas herum, räumt dann aber ein, dass es nicht nach Fleisch und ihm deshalb „überhaupt nicht“ schmecke. Daraufhin werfen die beiden einen Blick in die Speisekarte, wo es heißt: „Unsere ‚Wiener‘ Schnitzel stellen wir vegan mit leckerem und besonders proteinreichem ‚VeganNoVleisch‘ her“. D, der unbedingt ein Fleischgericht essen wollte, nimmt von dem Schnitzel nur wenige Bissen, lässt den Rest des Gerichts stehen und genießt umso mehr die Bayerische Krem.

Als die Rechnung gebracht wird, protestiert B gegenüber E: Sie ist der Meinung, dass sie das „Pseudoschnitzel“ nicht bezahlen müsse, da schon auf der Tafel hätte deutlich gemacht werden müssen, dass es fleischfrei sei, oder sie jedenfalls bei der Bestellung um explizite Zustimmung hätten gebeten werden müssen. Außerdem ist sie erbost, dass der Salat mit 20 € auf der Rechnung steht, obwohl es doch klar gewesen sei, dass sie diesen nur statt des bestellten Feta-Salates angenommen habe. Schließlich ist sie erschüttert, dass für die Bayerische Krem 8 € berechnet wurden. Tatsächlich steht die Bayerische Krem mit diesem Preis auf der Speisekarte. E wirkt verzweifelt und bittet B, die Rechnung doch trotzdem „vorläufig“ zu bezahlen und sich dann mit U auseinanderzusetzen, die augenblicklich nicht zugegen ist, aber am nächsten Tag wieder im Lokal sei. B erklärt sich damit murrend einverstanden und bezahlt bar, aber ohne Trinkgeld. D hat seinerseits Mitleid mit E und erklärt:

* Diese Hausarbeit wurde im Grundkurs Zivilrecht II im Sommersemester 2025 an der Ludwig-Maximilians-Universität München als Nachholhausarbeit gestellt.

** Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München sowie Richterin am OLG München. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer ist Akad. Rätin a.Z., Dr. Sebastian Meyer Wiss. Mitarbeiter und Anton Schäffler Stud. Hilfskraft, jeweils am selben Lehrstuhl.

„Ich übernehme das Trinkgeld“. D möchte E einen 5 €-Schein geben, erwischt aber in der Aufregung versehentlich einen 20 €-Schein.

Kurze Zeit später in der U-Bahn stellt D seinen Fehler fest.

Frage

B ruft gleich am nächsten Morgen im Lokal an, erreicht tatsächlich U und E, die beide am Telefon mithören, und verlangt unter detaillierter Schilderung des am Vorabend Geschehenen Rückzahlung des „überzahlten Teils der Rechnung“ und – so wie mit D am Vorabend besprochen – Rückzahlung der von D „nur irrtümlich gezahlten 15 €“. Zu Recht?

Bearbeitungsvermerk

Es sind ausschließlich Ansprüche aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu prüfen. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

A. Das „Wiener“ Schnitzel	324
I. Anspruch B gegen U auf Herausgabe des Bargelds aus § 985 BGB.....	324
1. Eigentümer des Bargelds	325
a) Ursprünglich.....	325
b) Nach Einigung und Übergabe, § 929 S. 1 BGB	325
aa) Einigung	325
bb) Übergabe	325
cc) Verfügungsbefugnis.....	326
c) Zwischenergebnis.....	326
2. Ergebnis.....	326
II. Anspruch B gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB.....	326
1. Rücktrittserklärung, § 349 BGB.....	326
2. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes.....	327
a) Vorliegen eines dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts unterliegenden Vertrags.....	327
aa) Aufstellen der Tafel als Antrag.....	327
bb) Speisekarte als Antrag.....	327
cc) Bestellung bei E als Antrag.....	327
dd) Annahme durch Aufnahme der Bestellung oder Lieferung des Essens	329
ee) Wirkung für und gegen U nach §§ 164 ff. BGB.....	329
ff) Vertragstypologische Einordnung	329

b) Mangel der Kaufsache zum maßgeblichen Zeitpunkt	330
aa) Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 2 BGB	330
bb) Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 3 BGB	330
cc) Aliud-Lieferung, § 434 Abs. 5 BGB	331
dd) Zum maßgeblichen Zeitpunkt	331
c) Kein Ausschluss der Mängelhaftung	331
3. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rücktritts	331
a) Fristsetzung bzw. Entbehrlichkeit, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB	332
b) Keine rücktrittsspezifischen Ausschlussgründe	332
4. Zug-um-Zug-Einrede, §§ 348, 274 Abs. 1 BGB	333
5. Ergebnis	334
III. Anspruch B gegen U auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB	334
1. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes	334
2. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Schadensersatzes	334
a) Einschlägige Anspruchsgrundlage	334
b) Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB	335
c) Voraussetzungen der §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB	335
aa) Abgrenzung der Schadensarten	335
bb) Fristablauf oder Entbehrlichkeit	336
cc) Vertretenmüssen, §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB	336
d) Zwischenergebnis	336
3. Rechtsfolge	336
4. Ergebnis	337
B. Die Bayerische Krem	338
I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 1 €	338
1. Etwas erlangt	338
2. Durch Leistung	338
3. Ohne Rechtsgrund	338
4. Konditionssperre nach § 814 BGB	340
5. Rechtsfolge	340
II. Ergebnis	340
C. Der Lachs-Salat	340
I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 2 €	340
1. Etwas erlangt	340

2. Durch Leistung.....	341
3. Ohne Rechtsgrund	341
a) Wirksamer Vertragsschluss.....	341
b) Anspruch auf Mehrkosten des Lachs-Salats?	341
aa) Vertragsänderung	341
bb) Annahme an Erfüllungs statt, § 364 Abs. 1 BGB.....	342
(1) Anwendbarkeit	342
(2) Dogmatische Einordnung der Annahme an Erfüllungs statt.....	343
(3) Auswirkung der Annahme an Erfüllungs statt auf die Vergütung.....	343
II. Ergebnis.....	344
D. Das Trinkgeld	344
I. Anspruch gegen E aus § 985 BGB.....	344
II. Geltendmachung eines Anspruchs von D gegen E aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 15 € durch B.....	344
1. Etwas erlangt.....	344
2. Durch Leistung.....	345
3. Ohne Rechtsgrund	345
a) Handschenkung.....	345
b) Wirksamkeitshindernisse.....	345
aa) Anfechtungserklärung.....	346
bb) Anfechtungsgrund	346
cc) Anfechtungsfrist.....	346
dd) Ergebnis	347
c) Zwischenergebnis.....	347
4. Konditionssperre nach § 814 BGB.....	347
5. Zwischenergebnis	347
6. Einziehungsermächtigung	347
7. Ergebnis.....	347
E. Gesamtergebnis	348

A. Das „Wiener“ Schnitzel

I. Anspruch B gegen U auf Herausgabe des Bargelds aus § 985 BGB

Anmerkung: Das Ansprechen von § 985 BGB wurde in der Hausarbeit nur von sehr guten Bearbeitenden erwartet.

B könnte einen Anspruch auf Herausgabe des zur Bezahlung des Schnitzels hingegebenen Bargelds gegen U gem. § 985 BGB haben. Hierfür müsste B Eigentümerin des Bargelds sein und U Besitzerin ohne Recht zum Besitz.

1. Eigentümer des Bargelds

B müsste zunächst Eigentümerin des Bargelds sein.

a) Ursprünglich

Ursprünglich war B – mangels entgegenstehender Angaben – Eigentümerin des Bargelds (vgl. auch § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB¹).

b) Nach Einigung und Übergabe, § 929 S. 1 BGB

Durch das Bezahlen in bar könnte B ihr Eigentum jedoch verloren haben. Nach § 929 S. 1 BGB kann das Eigentum an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe übertragen werden.

aa) Einigung

Hier haben sich B und E über den Eigentumsübergang an dem Bargeld geeinigt. Diese Einigung könnte allerdings für und gegen U wirken, wenn E als Stellvertreter nach §§ 164 ff. BGB agierte. Hierfür müsste E eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen mit Vertretungsmacht abgegeben haben. E hatte Entscheidungsspielraum hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Einigung,² da insbesondere das zu übereignende Bargeld nicht schon individualisiert ist. Er hat somit eine eigene Willenserklärung abgegeben. Die Erklärung müsste auch in fremdem Namen abgegeben worden sein, wobei sich dies auch aus den Umständen ergeben kann (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Bei unternehmensbezogenen Geschäften geht der Wille der Parteien im Zweifel dahin, dass das Rechtsgeschäft mit dem Inhaber des Unternehmens zustande kommt, was auch anzunehmen ist, wenn die soziale Stellung des Handelnden dies deutlich zu erkennen gibt.³ Hier ist der handelnde E als Kellner⁴ im Lokal der U angestellt, eine solche Stellung ist mithin anzunehmen. Folglich handelte E auch in fremdem Namen – im Namen der U. Des Weiteren müsste E innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben. Eine Vertretungsmacht kann entweder rechtsgeschäftlich erteilt werden (Vollmacht, vgl. § 166 Abs. 2 BGB) oder kraft Gesetzes bestehen. Hier ist davon auszugehen, dass E von U im Wege einer Art- oder Gattungsvollmacht zur Vornahme der schuldrechtlichen und dinglichen Geschäfte, die üblicherweise im Rahmen des Restaurantbetriebs anfallen, bevollmächtigt wurde.⁵ Damit handelte E auch mit Vertretungsmacht. Folglich wirkte die Einigung zwischen B und E für und gegen U.

bb) Übergabe

Außerdem müsste eine Übergabe stattgefunden haben. Eine Übergabe setzt voraus, dass der Veräußerer jeglichen Besitz verliert, der Erwerber eine Form von Besitz erlangt und dies auf Veranlassung

¹ Auf Geld findet § 1006 BGB grds. Anwendung, vgl. *Rapatz*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 1006 Rn. 19.

² *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 80.

³ *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 164 Rn. 25.

⁴ Vgl. *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 164 Rn. 25.

⁵ Vgl. *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 167 Rn. 11.

des Veräußerers geschieht.⁶ B hat hier durch die Aushändigung an E jeglichen Besitz an dem Bargeld verloren. Zwar hat sie es nicht an U persönlich ausgehändigt, sondern an E, allerdings könnte E Besitzdiener von U sein, sodass U dennoch unmittelbaren Besitz erlangt hätte. Nach § 855 BGB ist Besitzdiener, wer für jemand anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, insbesondere in dessen Erwerbsgeschäft, und dabei dessen Weisung Folge zu leisten hat. Hier übt E die tatsächliche Gewalt über das Bargeld aus und hat als Angestellter der U auch den Weisungen der U zu folgen. E ist damit Besitzdiener von U, die somit durch die Aushändigung unmittelbare Besitzerin des Bargelds wurde.⁷ Dies geschah auch auf Veranlassung von B. Eine Übergabe ist somit erfolgt.⁸

cc) Verfügungsbefugnis

B war als Eigentümerin auch verfügungsbefugt.

c) Zwischenergebnis

Damit wurde U Eigentümerin des Bargelds gem. § 929 S. 1 BGB.

2. Ergebnis

Folglich scheidet ein Anspruch von B gegen U aus § 985 BGB auf Herausgabe des Bargelds aus.

II. Anspruch B gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB

B könnte jedoch gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 25 € aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

1. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Zunächst wäre hierfür eine Rücktrittserklärung erforderlich. Hier „protestiert“ B, sie müsse das „Pseudoschnitzel“ nicht bezahlen, was als Ausübung des Rücktrittsrechts auszulegen sein könnte (§§ 133, 157 BGB). Durch den Wunsch des Nichtbezahlens bringt B – für einen objektiven Dritten ersichtlich – zum Ausdruck, die Gegenleistung nicht erbringen zu wollen. Ein Wegfall der Gegenleistungspflicht lässt sich im Wege des Rücktritts erreichen.⁹ Folglich kann die Äußerung als Rücktrittserklärung verstanden werden.¹⁰ Dass sich die Erklärung nur auf einen Teil des Vertrags bezieht, ist im

⁶ Vgl. Wellenhofer, Sachenrecht, 40. Aufl. 2025, § 7 Rn. 7–8.

⁷ Vgl. auch Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 14.

⁸ Vgl. Götz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2025, § 855 Rn. 46.

⁹ Vgl. Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 22.

¹⁰ Nach a.A. kann die Rückforderung des Geleisteten nur als Schadensersatzverlangen ausgelegt werden, vgl. Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 14. Begründet wird dies damit, dass das Rücktrittsbegehren auch im Rahmen des Schadensersatzes geltend gemacht werden könne, was den Vorteil habe, dass die Wahlmöglichkeit zwischen „Surrogationsmethode“ und „Differenzmethode“ länger aufrechterhalten bleibe, Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 7–14. Durch den Rücktritt verliere der Gläubiger das Recht, seine eigene Leistung zu erbringen („Surrogationsmethode“), vgl. Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 12. Dieser mögliche Nachteil spielt hier aber schon deshalb keine Rolle, weil die Gegenleistung der B in einer Zahlung von Geld besteht, sodass – anders als möglicherweise beim Tausch – kein Interesse der B ersichtlich ist, die Gegenleistung noch zu erbringen. Zum allgemeinen Verhältnis zwischen Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt, siehe Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 2 m.w.N.

Übrigen unproblematisch, da in Fällen der Teilschlechtleistung grundsätzlich die Möglichkeit eines Teilrücktritts besteht, vgl. § 323 Abs. 5 BGB.¹¹

2. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes

a) Vorliegen eines dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts unterliegenden Vertrags

Außerdem müsste ein Vertrag vorliegen, auf den das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht Anwendung findet. Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Antrag (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB), zustande. Dabei könnte hier auch eine mögliche Einigung zwischen B und dem bei U angestellten E nach §§ 164 ff. BGB für und gegen U wirken.

aa) Aufstellen der Tafel als Antrag

Als Antrag könnte zunächst das Aufstellen der Tafel an dem Tisch ausgelegt werden, wobei unklar ist, ob dies durch E oder U selbst erfolgte. Allerdings könnte es sich dabei auch um eine bloße invitatio ad offerendum, also eine Einladung – hier an die Gäste –, ein Angebot abzugeben, handeln. Bei einer invitatio ad offerendum fehlt es an dem für eine Willenserklärung notwendigen Willen, eine rechtliche Bindung zu bewirken.¹² Ob ein solcher Rechtsbindungswille besteht, ist analog §§ 133, 157 BGB durch Auslegung des Verhaltens zu bestimmen. Würde das Aufstellen der Tafel einen Antrag i.S.d. § 145 BGB darstellen, so könnte ein Vertrag ohne weiteres Zutun des Restaurantinhabers oder dessen Vertreter durch die Bestellungen der Restaurantgäste geschlossen werden. Jedoch kann es in einem Restaurant vorkommen, dass Speisen nicht mehr verfügbar sind, sodass bei einer solchen Auslegung der Inhaber das Risiko eingehen würde, den Vertrag nicht erfüllen zu können und Sekundäransprüchen ausgesetzt zu sein. Nach dem objektiven Empfängerhorizont ist davon auszugehen, dass der Restaurantinhaber dieses Risiko nicht eingehen möchte. Folglich ist das Aufstellen der Tafel kein Antrag i.S.d. § 145 BGB.

bb) Speisekarte als Antrag

Ähnlich könnte die Speisekarte einen Antrag i.S.d. § 145 BGB oder eine invitatio ad offerendum darstellen. Allerdings liegt auch hier mit gleicher Argumentation – aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens – eine bloße invitatio ad offerendum vor.

cc) Bestellung bei E als Antrag

Des Weiteren könnte in der Bestellung bei E ein Antrag i.S.d. § 145 BGB liegen. Hier bestellt B für D ein „Wiener Schnitzel“. Der Rechtsbindungswille ist hier vorhanden, allerdings ist für einen Antrag auch erforderlich, dass die Erklärung bestimmt genug ist, also auch alle essentialia negotii, d.h. die wesentlichen Vertragspunkte des angestrebten Vertrags, enthält.¹³ Für die Bestimmtheit ist es allerdings ausreichend, wenn sich der Vertragsinhalt durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermitteln lässt.¹⁴ Hierfür ist der objektive Erklärungswert der Willenserklärung maßgeblich, also was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte.¹⁵ Fraglich

¹¹ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 323 Rn. 280 m.w.N.

¹² Vgl. Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 7.

¹³ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 6.

¹⁴ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 6.

¹⁵ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 133 Rn. 33.

ist somit, ob sich durch Auslegung des Begriffs „Wiener Schnitzel“ der Vertragsgegenstand bestimmen lässt.¹⁶ Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut, wobei grundsätzlich der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich ist.¹⁷ Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist ein „Wiener Schnitzel“ ein Schnitzel aus Kalbsfleisch.¹⁸ Allerdings kann sich aus den Begleitumständen ein abweichendes Begriffsverständnis ergeben. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn in den betroffenen Verkehrskreisen ein spezieller Sprachgebrauch üblich ist.¹⁹ Hier könnte angedacht werden, dass die Kellner einem Verkehrskreis angehören, der unter einem „Wiener Schnitzel“ ein veganes Schnitzel versteht. Allerdings müssten beide Vertragspartner dem Verkehrskreis angehören, sodass diese Erwägung nicht ausschlaggebend ist.²⁰

Zudem könnte überlegt werden, ob sich aus der Erläuterung in der Speisekarte oder der besonderen Schreibweise auf der Tafel („Viener“ statt „Wiener“ Schnitzel) ein anderes Begriffsverständnis ergibt. Was die Erläuterung in der Speisekarte angeht, so kann ein Kellner im Fall der Bestellung von Speisen, die auf einer Tafel angeschlagen sind, schon generell nicht unterstellen, dass die Kunden auch die Speisekarte gelesen haben. Erst recht gilt dies, wenn die Speisekarte – wie hier – erst zeitversetzt gebracht wird, nachdem die Kunden bereits längere Zeit warteten und vermutlich die Tafel studierten. Was die besondere Schreibweise auf der Tafel angeht, so ist zu berücksichtigen, dass auf der Tafel auch der eher unübliche Begriff „Bayerische Krem“ verwendet wurde, und die Tafel keine objektiven Anhaltspunkte dafür liefert, dass das „Viener Schnitzel“ ein „veganes Schnitzel“ bezeichnen sollte – insbesondere wurde auf die Anmerkung in der Speisekarte keinen Bezug genommen. So ergibt sich auch aus diesen Umständen kein abweichender Erklärungswert.

Dass der Kellner hier subjektiv von einem veganen Schnitzel aufgrund des im Restaurant angebotenen „VeganNoVleisch“ ausgeht, ist für die Auslegung der Willenserklärung von B unerheblich, da der Maßstab der Auslegung objektiver und nicht subjektiver Natur ist. Insbesondere liegt hier auch kein Fall der *falsa demonstratio non nocet* vor, da kein übereinstimmender Wille der Parteien gegeben ist: B ging von einem „Wiener Schnitzel“ aus.²¹

Anmerkung: Eine andere Ansicht, wonach ein Vertrag über ein veganes Schnitzel abgeschlossen wurde, ist mit großem Argumentationsaufwand vertretbar. Zur anschließenden Prüfung siehe III. 4.

Nachdem diese Hausarbeit gestellt worden war, hat das Europäische Parlament vorgeschlagen, die VO (EU) Nr. 1308/2013 dahingehend zu ändern, dass gewisse Bezeichnungen nur noch für Erzeugnisse verwendet werden dürfen, die Fleisch enthalten und ein als „Schnitzel“ bezeichnetes Produkt stets aus Fleisch sein muss.²² Mittlerweile wurde ein Kompromiss erzielt, wonach bestimmte

¹⁶ Bei der Auslegung der Willenserklärung eines Vertreters ist auf den Vertreter (hier: E) abzustellen, nicht auf den Vertretenen (hier: U), vgl. Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 166 Rn. 34.

¹⁷ Biehl, JuS 2010, 195 (198).

¹⁸ Vgl. nur Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse, Ziff. 2.1.3.4: „Wiener Schnitzel ist paniertes Kalbsschnitzel. Auf Wiener Art zubereitete Schnitzel von anderen Tierarten werden entsprechend gekennzeichnet (z.B. Schweineschnitzel Wiener Art, Putenschnitzel Wiener Art).“; Bundesministerium Land- und Forstwirtschaft, Klima- und Umweltschutz, Regionen und Wasserwirtschaft, Wiener Schnitzel, https://www.bmluk.gv.at/themen/lebensmittel/trad-lebensmittel/speisen/wiener_schnitzel.html (17.12.2025). Ggf. ist vertretbar, ein „Wiener Schnitzel“ müsse nicht aus Kalbsfleisch sein, jedenfalls aber aus Fleisch, vgl. VG Arnsberg, Urt. v. 26.10.2009 – 3 K 3516/08 = LMRR 2009, 87.

¹⁹ Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 52.

²⁰ Vgl. Biehl, JuS 2010, 195 (198).

²¹ Vgl. Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 34.

²² Vgl. Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1308/2013, (EU) 2021/2115 und (EU) 2021/2116 hin-

Bezeichnungen weiterhin auch für fleischlose Produkte verwendet werden dürfen, insbesondere „Burger“²³ und wohl auch „Schnitzel“.²⁴
Eine solche Regelung müsste ggf. zukünftig im Rahmen der Auslegung Berücksichtigung finden.

Folglich ist der Vertragsgegenstand bestimmt und die essentialia negotii liegen vor. B gab einen Antrag auf Abschluss eines Vertrags über ein „Wiener Schnitzel“ aus Fleisch ab.

dd) Annahme durch Aufnahme der Bestellung oder Lieferung des Essens

Eine Annahme kann hier entweder in der Aufnahme der Bestellung durch E oder in der Lieferung des Essens liegen (siehe C. I. 3. a)). Dies kann letztlich dahinstehen, da in beiden Fällen von einer unbedingten Annahme ausgegangen werden kann. Folglich ist ein Vertrag geschlossen worden.

ee) Wirkung für und gegen U nach §§ 164 ff. BGB

Die Einigung zwischen E und B wirkt gem. § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB für und gegen U, wenn die Voraussetzungen einer Stellvertretung vorliegen. Hier gab E eine eigene Willenserklärung ab. E konnte über das „Ob“ des Vertrags entscheiden – er konnte z.B. störende oder insolvente Gäste ablehnen – und auch über das „Wie“ – er konnte z.B. Bestellungen über nicht mehr verfügbare Speisen zurückweisen. E gab die Willenserklärung im Rahmen eines unternehmensbezogenen Geschäfts auch in fremdem Namen – im Namen der U – und mit Vertretungsbefugnis aufgrund einer Vollmacht ab (siehe I. 1. b) aa)). Damit wirkt die Einigung für und gegen U nach den §§ 164 ff. BGB.

ff) Vertragstypologische Einordnung

Zur Anwendung des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsregimes wäre weiterhin erforderlich, dass ein Kaufvertrag vorliegt, bzw. die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Hier schlossen die Vertragsparteien einen Bewirtungsvertrag, der als gemischt typischer Vertrag verschiedene Elemente enthält.²⁵ Zunächst enthält der Vertrag, da die Gerichte erst zubereitet werden, Elemente eines Werklieferungsvertrags i.S.d. § 650 BGB.²⁶ Die Bedienung des Gastes stellt ein Dienstvertrags-element dar, die Zurverfügungstellung von Tisch, Stuhl, Geschirr und Besteck beinhaltet Elemente der Gebrauchsüberlassung.²⁷ Eine ggf. vorhandene Garderobe kann ein Verwahrungselement darstellen.²⁸ Fraglich ist, wie mit einem solchen Vertrag umzugehen ist. Nach der Kombinationsmethode sind für jedes betroffene Vertragselement die Normen dieses Elements anzuwenden.²⁹ Nach der Absorptionsmethode hingegen ist das Recht des Vertragstypus anzuwenden, der im Vordergrund steht; andere in Betracht kommende Vertragstypen werden so verdrängt.³⁰ Eine Entscheidung kann hier dahinstehen, da der Schwerpunkt, nämlich Elemente des Werklieferungsvertrags, und das

sichtlich der Stärkung der Position der Landwirtinnen und Landwirte in der Lebensmittelversorgungskette (COM(2024)0577 – C10-0209/2024 – 2024/0319(COD)), Änderungsantrag 113.

²³ Wenzel/Nickel/Treppn, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/eu-namensstreit-fleischersatz-um-benennung-veggie-burger-vegan> (30.3.2026).

²⁴ Bundesministerium für Landwirtschaft, Ernährung und Heimat, <https://www.instagram.com/p/DVq1lUkJP8o/> (30.3.2026).

²⁵ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (561–562).

²⁶ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (561–562).

²⁷ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (562).

²⁸ Ramrath, AcP 189 (1989), 559 (562).

²⁹ Emmerich, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 311 Rn. 37.

³⁰ Emmerich, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 311 Rn. 37.

betroffene Vertragselement, die Lieferung des Schnitzels, identisch sind, und somit nach beiden Methoden die Vorschriften des Werklieferungsvertrags und damit gem. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB die Normen über den Kauf Anwendung finden.

Folglich unterliegt der Vertrag dem kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsregime.

b) Mangel der Kaufsache zum maßgeblichen Zeitpunkt

Außerdem müsste ein Mangel der Kaufsache zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen. Nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu liefern. Ein Sachmangel liegt nach § 434 Abs. 1 BGB vor, wenn die Sache bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen oder den Montageanforderungen nicht entspricht. Nach § 434 Abs. 5 BGB steht eine Aliud-Lieferung einem Sachmangel gleich.

aa) Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 2 BGB

Nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB sind die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nicht erfüllt, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Traditionell werden an Beschaffenheitsvereinbarungen hohe Anforderungen gestellt; so soll grundsätzlich keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung infrage kommen.³¹ Begründet wird dies damit, dass § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB sonst nur ein kleiner Anwendungsbereich zukäme.³² Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die verschiedenen Varianten des § 434 BGB nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen, so die Grenze zur Garantie (§ 443 BGB) verwischt würde und dies für Verbrauchsgüterkäufe wohl kaum mit der RL (EU) 2019/771 vereinbar wäre.³³ Vor allem aber bedarf es stets einer Vereinbarung, um festzulegen, was überhaupt geschuldet ist und um die objektiven Anforderungen an die Sache (§ 434 Abs. 3 BGB) zu bestimmen. Der vorliegende Fall macht dies deutlich: Die Vereinbarung, dass ein Schnitzel aus Fleisch geliefert werden soll, legt den Vertragsgegenstand fest und determiniert damit zugleich i.S.v. § 434 Abs. 2 BGB die Soll-Beschaffenheit. Niemand möchte eine Blackbox verkaufen oder kaufen und das Gesetz kann nicht anstelle der Parteien festlegen, ob sie Äpfel, Birnen, Schweine- oder Kalbsschnitzel oder vegane Schnitzel verkaufen oder kaufen wollen. Warum an die vertragliche Festlegung der maßgeblichen Eigenschaften der Kaufsache hohe Anforderungen zu stellen sind, erschließt sich schon deshalb nicht; ohne die Vereinbarung wäre gar nicht bestimmt, welche Sache gem. §§ 650 Abs. 1, 433 Abs. 1 BGB übergeben und übereignet werden soll.

Da ein veganes Schnitzel geliefert wurde, wich die gelieferte Sache von dieser Beschaffenheitsvereinbarung ab. Damit liegt ein Sachmangel vor.

bb) Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, § 434 Abs. 3 BGB

Außerdem könnte eine Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit vorliegen. Nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB muss die Kaufsache die Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Bei der Bestimmung der „Art“ der Sache muss zwingend auf die vertragliche Vereinbarung abgestellt werden.³⁴ Das Verständnis der von den Parteien verwendeten Terminologie richtet sich dabei nach der Verkehrsanschauung, sofern

³¹ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 33.

³² Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 33.

³³ Der Begriff „Beschreibung“ in Art. 6 lit. a RL (EU) 2019/771 wird so verstanden, dass jegliche vertragliche Vereinbarung umfasst ist, welche die Eigenschaft der Sache betrifft, vgl. Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Kommentar, 2. Aufl. 2025, RL (EU) 2019/771 Art. 6 Rn. 20.

³⁴ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 63; zur RL (EU) 2019/771 auch Gsell, ZfPW 2022, 130 (144–148).

nicht ein davon abweichendes subjektiv übereinstimmendes Verständnis vorlag. Hier haben die Vertragsparteien sich über die Übergabe eines „Wiener“ Schnitzels geeinigt (siehe a) cc)). Bei einem Wiener Schnitzel gehört zu der üblichen Beschaffenheit nach der Verkehrsanschauung, dass es aus Kalbsfleisch besteht.³⁵ Folglich weicht das Schnitzel aus „VeganNoVleisch“ hiervon ab. Damit entspricht das vegane Schnitzel auch nicht den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB.

cc) Aliud-Lieferung, § 434 Abs. 5 BGB

Außerdem könnte eine Aliud-Lieferung nach § 434 Abs. 5 BGB vorliegen. Hier war die Übergabe eines „Wiener“ Schnitzels geschuldet, sodass das vegane Schnitzel eine andere Art und damit ein Qualifikationsaliud darstellen könnte. Allerdings gibt es jenseits der Fälle des Identitätsaliuds – das bei der hier vorliegenden Gattungsschuld nicht in Betracht kommt – kein verlässliches Kriterium, um die Aliud-Lieferung von der Schlechtleistung abzugrenzen, weswegen § 434 Abs. 5 BGB klarstellt, dass die Aliud-Lieferung dem Sachmangel gleichsteht, also genauso zu behandeln ist. Zudem kann streng genommen ein Qualifikationsaliud i.R.d. § 434 Abs. 5 BGB ohnehin gar nicht mehr vorliegen, da in § 434 Abs. 2 S. 2 BGB die Art der Sache – in Übereinstimmung mit dem zugrundeliegenden Europarecht (Art. 6 lit. a RL (EU) 2019/771) – als Teil der subjektiven Anforderungen eingeordnet wird.³⁶

dd) Zum maßgeblichen Zeitpunkt

Der Mangel müsste auch zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen, also zum Zeitpunkt des hypothetischen Gefahrübergangs (§ 434 Abs. 1 BGB). Bei Übergabe, also dem Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB), war das Schnitzel bereits vegan. Damit liegt ein Mangel zum maßgeblichen Zeitpunkt vor.

c) Kein Ausschluss der Mängelhaftung

Auch dürfte die Mängelhaftung nicht ausgeschlossen sein. Eine handelsrechtliche Rügeobliegenheit (§ 377 HGB) kommt hier schon mangels Kaufmanneigenschaft bei B nicht in Betracht. Da hier ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, weil B Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB, U Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB und das Schnitzel eine Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB ist, ist wegen § 474 BGB i.V.m. § 475 Abs. 3 S. 2 BGB auch der Anwendungsbereich des § 442 BGB nicht eröffnet. Folglich liegt kein Ausschluss der Mängelhaftung vor.

3. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rücktritts

Darüber hinaus müssten die besonderen Voraussetzungen für einen Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB vorliegen.

³⁵ Vgl. bereits vor und mit Fn. 18.

³⁶ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 434 Rn. 146. Unerheblich ist es deshalb, dass die RL (EU) 2019/771 den Fall einer Aliud-Lieferung nicht explizit anspricht, sondern nur den Fall einer Minderlieferung, Art. 6 lit. a, 7 Abs. 1 lit. d RL (EU) 2019/771; vgl. auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, BT-Drs. 19/27424, S. 24; dazu, dass auch die Aliud-Lieferung von der Mängelgewährleistung nach der RL (EU) 2019/771 umfasst ist, auch Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Kommentar, 2. Aufl. 2025, RL (EU) 2019/771 Art. 6 Rn. 21.

a) Fristsetzung bzw. Entbehrlichkeit, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

Nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB bedarf es für einen Rücktritt grundsätzlich des erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Nacherfüllung. Eine Fristsetzung ist die Aufforderung zur Leistungsbewirkung durch den Gläubiger nach Fälligkeit.³⁷ Eine solche ist hier nicht ersichtlich.

Es ließe sich allerdings überlegen, ob die Nacherfüllung i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, mit der Folge, dass gem. § 326 Abs. 5 BGB die Fristsetzung entbehrlich wäre. Die Beseitigung des Mangels der gelieferten Speise durch Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) ist jedenfalls unmöglich, denkbar wäre aber die Nachlieferung eines mangelfreien Schnitzels (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Der Sachverhalt lässt offen, ob das Restaurant auch „Wiener“ Schnitzel im Angebot hat. Wenn nicht könnte die in diesem Fall erforderliche Besorgung eines solchen Schnitzels mithilfe eines Dritten deshalb nicht genügen, weil die Bestellung in einem Restaurant typischerweise und auch hier zeitlich gebunden ist (der Gast soll nicht irgendwann essen, sondern in der nächsten halben oder dreiviertel Stunde). Ob Unmöglichkeit vorliegt, kann an dieser Stelle allerdings offenbleiben, sofern eine Fristsetzung aus anderen Gründen entbehrlich ist.

Ob die Fristsetzung aus anderen Gründen als der Unmöglichkeit entbehrlich ist, bestimmt sich hier – da ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt (siehe bereits 2. c)) – nach § 475d BGB, der § 323 Abs. 2 BGB und § 440 BGB vollständig verdrängt. Eine Fristsetzung könnte hier entbehrlich sein, weil ein schwerwiegender Mangel nach § 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB vorliegt. Die Beurteilung dieses Tatbestandes erfordert eine Abwägung der Interessen des Unternehmers und des Verbrauchers im Einzelfall; die Details wurden der Rechtsprechung überlassen.³⁸

Der Sachverhalt lässt offen, ob U überhaupt ein Interesse daran hat, nachzuliefern. Hätte das Restaurant kein „Wiener“ Schnitzel im Angebot, wäre eine Nacherfüllung allenfalls unter großem Aufwand möglich. Zumindest ist kein besonderes, über das normale Interesse an der Nacherfüllung hinausgehendes Interesse der U ersichtlich.

Auf der anderen Seite ist ein starkes Interesse von B zu erkennen, zusammen mit D zu speisen, welches das Interesse der U jedenfalls überwiegt. Folglich ist die Fristsetzung entbehrlich.

Anmerkung: Eine andere Auffassung ist bei entsprechender Argumentation vertretbar. Es ist hier ebenso gut vertretbar, sich mit entsprechender Argumentation auf ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 BGB oder §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB festzulegen. Zum Schadensersatz siehe III.

b) Keine rücktrittsspezifischen Ausschlussgründe

Fraglich ist allerdings, ob rücktrittsspezifische Ausschlussgründe vorliegen. Gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist ein Rücktritt im Fall einer Schlechtleistung ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Das Schnitzel war zwar grundsätzlich essbar, schmeckte aber nicht nach Fleisch, sodass es eine seiner wesentlichen Funktionen überhaupt nicht erfüllen konnte. Der Mangel war daher mehr als geringfügig³⁹ und somit erheblich.

³⁷ Fries, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 323 Rn. 5.

³⁸ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 475d Rn. 21; RegE, BT-Drs. 19/27424, S. 37–38.

³⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 5 RL (EU) 2019/771. Der BGH unterscheidet grundsätzlich zwischen behebbaren und unbeheb-
baren Mängeln und stellt bei behebbaren Mängeln nicht auf die Funktionsbeeinträchtigung, sondern auf die
Kosten der Mängelbeseitigung ab, vgl. BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = NJW 2014, 3229 (3230 Rn. 17).
Da hier nicht klar ist, ob bzw. mit welchem Aufwand eine Mängelbeseitigung möglich ist, ist es jedoch vor-
zugswürdig, auf die Funktionsbeeinträchtigung abzustellen, vgl. Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand:
1.8.2025, § 323 Rn. 324–325.

Ein Ausschlussgrund könnte sich allerdings aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB ergeben. Danach kann im Fall einer Teilleistung nur vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat. Hier bestellte B ein Schnitzel, eine Bayerische Krem und einen Salat. Nur das Schnitzel ist mangelhaft. Damit liegt ein Fall einer Teilschlechtleistung vor. Da die Rücktrittserklärung aber nicht als Rücktritt vom gesamten Vertrag verstanden werden kann (§§ 133, 157 BGB; siehe 1.), kommt es auf § 323 Abs. 5 S. 1 BGB nicht an und es liegt auch insofern kein rücktrittsspezifischer Ausschlussgrund vor. Dass die Voraussetzungen von §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 6 BGB gegeben sind, ist nicht ersichtlich. B konnte somit wirksam von dem Vertrag mit U zurücktreten.

4. Zug-um-Zug-Einrede, §§ 348, 274 Abs. 1 BGB

Anmerkung: Dieser Punkt musste in der Hausarbeit nicht unbedingt angesprochen werden.

Nach § 348 BGB sind die Ansprüche aus dem Rücktritt jedoch Zug-um-Zug zu erfüllen. Fraglich ist deshalb, ob hier ein Gegenanspruch der U gegen B besteht, den diese der B entgegenhalten könnte. Grundsätzlich muss nach § 346 Abs. 1 BGB die empfangene Leistung einschließlich gezogener Nutzungen in Natur herausgegeben werden. B und D haben zwar das empfangene Schnitzel bereits vor Ort im Restaurant auf dem Teller liegen lassen, sodass die Rückgewährpflicht bereits nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wurde, allerdings erst nachdem einige Bissen davon gegessen wurden.

Ein solcher Verbrauch stellt keine Nutzung dar,⁴⁰ sondern wird als bestimmungsgemäßer Verzehr der Sachsubstanz⁴¹ von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB erfasst, sodass B hier keine Nutzungen gezogen hat, sondern ein Anspruch auf Wertersatz aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB in Betracht kommt. Ferner könnte eine Verschlechterung i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vorliegen, worunter jede nachteilige Veränderung der Substanz oder Funktionsweise der Sache fällt,⁴² nicht jedoch eine Abnutzung der Sache durch bestimmungsgemäßen Gebrauch, da diese bereits durch den Nutzungsersatz abgedeckt ist.⁴³ Die „wenigen Bissen“ des Schnitzels stellen zweifellos einen „Verbrauch“ i.S.d. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB dar. Der Teil des Schnitzels, den D nicht gegessen hat, kann entweder ebenfalls als „verbraucht“ angesehen werden, mit der Argumentation, dass durch den ersten Bissen das ganze Schnitzel – als hygienisch sensibles Produkt – verzehrt wurde, oder als Verschlechterung. Nimmt man eine Verschlechterung an, so stellt sich das Problem, ob diese durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB) entstand. Hierunter ist jede allgemein vorgesehene, übliche Aufnahme der Verwendung des Leistungsgegenstands zu verstehen,⁴⁴ worunter auch der Beginn des Verzehrs eines Schnitzels zu verstehen sein wird, sodass schon nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB kein Wertersatz für diesen Wertverlust zu leisten wäre.

Jedenfalls besteht der Anspruch auf Wertersatz nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB auch dann nicht, wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung des Gegenstands gezeigt hat. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB ist analog auf die Fälle anzuwenden, in denen sich der Mangel

⁴⁰ Stresemann, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 100 Rn. 6.

⁴¹ Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 102; Metzger, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn. 9.

⁴² Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 106; Metzger, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn. 11.

⁴³ BT-Drs. 14/6040, S. 196; Metzger, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn. 12.

⁴⁴ Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 346 Rn. 544.

erst während des bestimmungsgemäßen Verbrauchs der Sache zeigt.⁴⁵ Hier hat sich erst beim Probieren des Schnitzels gezeigt, dass dieses vegan (mithin mangelhaft, siehe 2. b)) ist; die Pflicht zum Wertersatz entfällt damit. Auch wurde D durch die wenigen Bissen nicht nennenswert gesättigt, sodass B nicht durch ersparte Aufwendungen bereichert ist und auch nicht nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB Ersatz schuldet.⁴⁶

Somit steht U keine Zug-um-Zug-Einrede zu. Diese wurde überdies nicht erhoben.⁴⁷

5. Ergebnis

Folglich hat B gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 25 € aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB.

III. Anspruch B gegen U auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB

Außerdem könnte B gegen U einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB haben.

Anmerkung: Der Schadensersatzanspruch wird hier der Vollständigkeit halber ausführlich behandelt; es wäre aber auch sehr gut vertretbar, den Schadensersatz nur knapp zu verneinen mit der Begründung, dass kein über die Rückzahlung des Kaufpreises hinausgehender Schaden geltend gemacht wird und hinsichtlich des Kaufpreises aufgrund des rücktrittfolgenrechtlichen Rückzahlungsanspruchs kein Schaden (mehr) gegeben ist.

1. Allgemeine Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes

Die allgemeinen Voraussetzungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes liegen hier vor (siehe bereits II. 2.).

2. Besondere Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Schadensersatzes

Fraglich ist allerdings, ob auch die besonderen Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung erfüllt sind. Die Pflichtverletzung liegt hier in der Lieferung einer mangelhaften Sache durch die Übergabe eines veganen Schnitzels statt eines „Wiener“ Schnitzels.

a) Einschlägige Anspruchsgrundlage

Fraglich ist hierbei zunächst, ob §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt einschlägig sind oder anfängliche (qualitative) Unmöglichkeit vorliegt mit der Folge der Anwendbarkeit von §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB. Hierfür ist entscheidend, ob es U bei Vertragsschluss möglich gewesen wäre, ein „Wiener“ Schnitzel zu liefern. Wie bereits erwähnt (siehe II. 3. a)), lässt es der Sach-

⁴⁵ Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 120; Kaiser/Sittmann-Haury, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 346 Rn. 175.

⁴⁶ Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 346 Rn. 120; vgl. auch Kaiser/Sittmann-Haury, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 346 Rn. 175; Führich/Artz, in: Führich/Staudinger, Reiserecht, Handbuch, 9. Aufl. 2024, § 49 Rn. 15.

⁴⁷ Vgl. zur Notwendigkeit der Erhebung Gaier, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 348 Rn. 3.

verhält offen, ob das Restaurant auch „Wiener“ Schnitzel im Angebot hatte. Falls dem nicht so sein sollte, hätte U die Optionen gehabt, bei einem Dritten Fleisch zu besorgen und anschließend selbst ein Fleischschnitzel zuzubereiten oder direkt ein „Wiener“ Schnitzel zu besorgen. Da die Bestellung zeitlich gebunden ist, ist allerdings zweifelhaft, ob diese Optionen die Unmöglichkeit ausschließen würden. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, wie viel Aufwand die Beschaffung eines „Wiener“ Schnitzels mithilfe eines Dritten verursachen würde. Die Frage der Unmöglichkeit kann allerdings offenbleiben, wenn beide Alternativen zum selben Ergebnis führen. Dies ist deshalb nachfolgend zu prüfen:

Anmerkung: Hier ist auch vertretbar, sich für eine der beiden Varianten – Unmöglichkeit oder keine Unmöglichkeit – zu entscheiden und entweder § 311a Abs. 2 BGB oder §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu prüfen.

b) Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB

Läge anfängliche Unmöglichkeit vor, wären die Voraussetzungen von § 311a Abs. 2 S. 1 BGB erfüllt. Insbesondere wäre ein Kenntnisverschulden i.S.v. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB gegeben. Da beim Vertragschluss E als Stellvertreter der U tätig wurde, kommt es nach § 166 Abs. 1 BGB grundsätzlich auf dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis an.⁴⁸ E wusste zwar nicht, dass der Vertrag über ein Fleischschnitzel zustande kommen würde und deshalb nicht erfüllt werden konnte, seine Unkenntnis beruhte jedoch auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Da nämlich die Bezeichnung „Wiener“ Schnitzel für ein veganes Schnitzel nicht geläufig ist und es im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dafür gab, dass ein veganes Schnitzel gewollt war (siehe II. 2. a) cc)), resultierte die Unkenntnis des E aus der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB. Somit lägen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vor und es wären die Rechtsfolgen in den Blick zu nehmen (siehe 3.).

c) Voraussetzungen der §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Geht man hingegen von der Möglichkeit der Leistung aus, ist § 311a Abs. 2 BGB nicht anwendbar und es ist i.R.v. § 280 BGB weiter zu bestimmen, welche Schadensart geltend gemacht wird.

aa) Abgrenzung der Schadensarten

Hier macht B den durch Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Schaden geltend. Nach der „Zauberformel“ umfasst der Schadensersatz *neben* der Leistung diejenige Schadensposition, die sich bereits vor dem Erlöschen der Leistungspflicht in der Weise endgültig verfestigt hat, dass sie durch Nacherfüllung nicht mehr abwendbar oder kompensierbar ist.⁴⁹ Hier wäre der durch das „falsche“ Schnitzel eingetretene Schaden noch durch Nacherfüllung (Nachlieferung eines „Wiener“ Schnitzels) abwendbar gewesen, sodass hiernach Schadensersatz *statt* der Leistung vorliegt.

Nach der schadensphänomenologischen Abgrenzung betrifft der Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 280 Abs. 3 BGB den Schadensposten, der dadurch entsteht, dass das Naturalleistungs-

⁴⁸ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 311a Rn. 66. Vertretbar ist es auch, hier auf eine Zurechnung nach § 278 BGB abzustellen (siehe dazu c) cc)).

⁴⁹ Gsell, in: FS Canaris, 2017, S. 451 (452).

interesse des Gläubigers endgültig nicht mehr vom Schuldner befriedigt wird.⁵⁰ Das Naturalleistungsinteresse besteht hier in der Übergabe eines „Wiener“ Schnitzels; der von B geltend gemachte Schaden betrifft daher auch nach dieser Abgrenzungsmethode einen im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung geltend zu machenden Schadensposten.

Da somit „Zauberformel“ und schadensphänomenologische Abgrenzung zum gleichen Ergebnis kommen, kann ein Streitentscheid ausbleiben.

bb) Fristablauf oder Entbehrlichkeit

Die Fristsetzung ist auch hier gem. § 475d Abs. 2, Abs. 1 Nr. 3 BGB entbehrlich (siehe bereits II. 3. a)).

cc) Vertretenmüssen, §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Fraglich ist, ob U die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Hier ist der Bezugspunkt des Vertretenmüssens problematisch: Es könnte auf die ursprüngliche Schlechtleistung abgestellt werden (Bereitstellen eines „nur“ veganen Schnitzels), die Nichtvornahme der Nacherfüllung zum Zeitpunkt des Eintritts des Entbehrlichkeitstatbestandes, die Herbeiführung des Entbehrlichkeitstatbestandes oder auf alle drei Punkte.⁵¹ Da hier allerdings die Fristsetzung zur Nacherfüllung aufgrund der Unzumutbarkeit, alleine essen zu müssen, entbehrlich war (siehe II. 3. a)), ergibt sich unabhängig von der vertretenen Ansicht der gleiche Bezugspunkt: die Nichtbereitstellung des „Wiener“ Schnitzels.

Ob U hier selbst schuldhaft gehandelt hat, ist fraglich. Gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB muss sie sich allerdings das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen. Erfüllungsgehilfe von U ist, wer bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit mit ihrem Wissen und Wollen als ihre Hilfsperson tätig wird;⁵² damit ist E Erfüllungsgehilfe der U. E wusste hier, dass er ein veganes Schnitzel übergab und könnte daher vorsätzlich i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB gehandelt haben. Jedoch setzt Vorsatz auch das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit voraus.⁵³ E ging davon aus, dass ein Kaufvertrag über ein veganes Schnitzel geschlossen worden war, sodass ihm dieses Bewusstsein fehlte. Allerdings könnte dieser Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhen, mit der Folge, dass E dennoch schuldhaft handelte. Wie bereits erläutert (b)), hätte E erkennen müssen, dass der Vertrag über ein „Wiener“ Schnitzel zustande kam. Damit handelte E fahrlässig. Dieses Verschulden ist der U gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zuzurechnen. Mithin liegt Vertretenmüssen vor.

d) Zwischenergebnis

Folglich führt die Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB einerseits und §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB andererseits zum selben Ergebnis, sodass eine Entscheidung für die eine oder andere Anspruchsgrundlage offen bleiben kann.

3. Rechtsfolge

Rechtsfolge ist Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB. Dieser bestimmt sich nach der Differenzhypothese durch Vergleich der tatsächlichen Güterlage mit der hypothetischen Güterlage bei korrekter Vertragserfüllung. Tatsächlich hat B ein veganes Schnitzel erhalten und den Rücktritt erklärt und hierdurch

⁵⁰ Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (762).

⁵¹ Vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 281 Rn. 59.

⁵² Schulze, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 278 Rn. 5.

⁵³ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 276 Rn. 14.

einen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung erlangt (siehe II.).⁵⁴ Ein etwaiger Schaden kann folglich nur noch in der Differenz zwischen dem Wert von Leistung und Gegenleistung zuzüglich weiterer im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung geltend zu machender Schadensposten bestehen.⁵⁵ Ein solcher Schaden ist hier nicht ersichtlich, insbesondere ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt, wie hoch der Marktpreis eines „Wiener“ Schnitzels gewesen ist; sonst könnte B diese Differenz geltend machen.

4. Ergebnis

Folglich besteht kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

Anmerkung: Alternativer Lösungsweg für den Fall der Annahme eines Vertrags über ein veganes Schnitzel:

Anspruch B gegen U auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo)

Wurde angenommen, dass der Vertrag über ein veganes Schnitzel zustande kam, der durch Anfechtung ex tunc nichtig wurde, so ist ein Schadensersatzanspruch aus der c.i.c. zu prüfen, der grundsätzlich neben der Irrtumsanfechtung Anwendung finden kann.⁵⁶ Hier stellt sich das Problem, ob eine Pflicht zur Aufklärung darüber, dass es sich um ein veganes Schnitzel handelte, bestand. Eine solche Pflicht ist insbesondere anzunehmen, wenn eine Partei einen Irrtum der Gegenseite erregt oder erkennt oder erkennen muss, dass die Gegenseite einem Irrtum unterliegt,⁵⁷ was hier – je nach Argumentation – beides vertretbar ist. Als Rechtsfolge kommt insbesondere die Vertragsaufhebung als Naturalrestitution in Betracht.⁵⁸

Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (ebenfalls vertretbar: § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB)⁵⁹ ist ebenfalls nur zu prüfen, wenn angenommen wurde, dass ein Vertrag über ein veganes Schnitzel zustande kam, der infolge einer Anfechtung ex tunc nichtig wurde gem. § 142 Abs. 1 BGB. Hier wären im Rahmen der Rechtsfolge insbesondere die Zwei-Konditionen-Theorie und die Saldotheorie zu diskutieren.⁶⁰

⁵⁴ Vgl. Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 5.

⁵⁵ Gsell, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 325 Rn. 6.

⁵⁶ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 251.

⁵⁷ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 244.

⁵⁸ Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 351.

⁵⁹ Der BGH lässt offen, ob bei einer Anfechtung § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB Anwendung findet, BGH, Urt. v. 13.2.2008 – VIII ZR 208/07 = NJW 2008, 1878 (1879 Rn. 15); vgl. auch Wiese, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 812 Rn. 7 m.w.N. zum Streitstand.

⁶⁰ Siehe zu diesen Theorien Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 56 Rn. 25–35.

B. Die Bayerische Krem

I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 1 €

Fraglich ist, welche Ansprüche B in Bezug auf die Bayerische Krem hat. B könnte diesbezüglich einen Anspruch gegen U gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Zahlung i.H.v. 1 € haben. Hierfür wäre erforderlich, dass U durch Leistung der B etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

1. Etwas erlangt

Dafür müsste U zunächst etwas erlangt haben. Darunter ist zumindest jeder vermögenswerte Vorteil zu verstehen.⁶¹ U hat Besitz und Eigentum (siehe A. I. 1. b)) an dem Bargeld erhalten und somit i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB etwas erlangt.

2. Durch Leistung

Außerdem müsste U dies durch Leistung der B erlangt haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁶² B hat U das Geld zur Erfüllung ihrer (angeblichen) Zahlungspflicht aus dem Bewirtungsvertrag übereignet. Eine Leistung liegt mithin vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Außerdem dürfte kein Rechtsgrund zum Behaltendürfen des zugeflossenen Vorteils bestehen.⁶³ Als Rechtsgrund kommt hier der Bewirtungsvertrag zwischen U und B in Betracht, wenn dieser wirksam mit einer vereinbarten Gegenleistung i.H.v. 8 € zustande kam.

Eine Einigung zwischen B und U ist hier nicht ersichtlich (siehe A. II. 2. a)); eine Einigung kommt damit nur zwischen B und E infrage, die nach den Regeln der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) für und gegen U wirken könnte. E hat hier, ebenso wie hinsichtlich des Schnitzels, eine eigene Willenserklärung abgegeben. Da ein unternehmensbezogenes Geschäft vorliegt (siehe A. I. 1. b) aa)), gab E diese auch im Namen der U ab. Außerdem hat E innerhalb der ihm durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht gehandelt (siehe A. I. 1. b) aa)). Damit liegen die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB vor, sodass die Einigung zwischen B und E für und gegen U wirkt.

Fraglich ist allerdings auch hier, ob hinsichtlich der essentialia negotii eine Einigung zwischen B und E zustande kam. Der Ausdruck „Bayerischer Pudding oder was das ist“ wurde von B und E⁶⁴ als „Bayerische Krem“ verstanden. Damit liegt hinsichtlich des Vertragsgegenstands eine Übereinstimmung des wirklichen Willens vor, sodass es insofern auf den objektiven Empfängerhorizont nicht ankommt.⁶⁵ Allerdings könnte es an einer Einigung über die Höhe des Preises der Speise fehlen.⁶⁶ Hier gingen B und E bei Abgabe ihrer Willenserklärungen jeweils von anderen Beträgen (E von 8 € und B von 7 €) aus. Entscheidend dafür, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, ist somit, ob aus dem

⁶¹ Martinek/Heine, in: juris PraxisKommentar BGB, Stand: 1.2.2023, § 812 Rn. 13.

⁶² Siehe nur Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 47 m.w.N.

⁶³ Vgl. Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 427.

⁶⁴ Im Rahmen der Auslegung einer Willenserklärung ist auf den Vertreter abzustellen, Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 166 Rn. 34.

⁶⁵ Vgl. nur Möslein, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 33–34.

⁶⁶ Dazu, dass auch der Kaufpreis zu den essentialia negotii eines Kaufvertrags gehört, siehe Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2025, § 8 Rn. 38.

objektiven Erklärungswert beider Erklärungen eine Übereinstimmung folgt. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist gem. §§ 133, 157 BGB nach der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont so auszulegen, wie ein objektiver, vernünftiger Dritter in der Position des Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Treu und Glauben diese verstanden hätte.⁶⁷ Ein objektiver Dritter würde hier die auf der Tafel angegebenen Preise als maßgeblich erachten, wenn die Preise in der Speisekarte höher ausgewiesen werden. Denn es liegt nahe, dass es sich bei der mit „Empfehlungen heute“ überschriebenen Angabe auf der Tafel um ein besonders beworbenes Sonderangebot handelte, das gegenüber der Karte Vorrang haben sollte. Außerdem können bei Auslegung der Willenserklärungen die Vorschriften der Preisangabeverordnung (PAngV) berücksichtigt werden. Der Besucher einer Gaststätte darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Preise den Vorschriften der Preisangabeverordnung entsprechend angegeben werden.⁶⁸ Nach § 13 PAngV unterliegt die Preisangabe in Gaststätten bestimmten Transparenzvorgaben. Danach sind etwa Preisunterschiede zwischen verschiedenen Räumen eindeutig und klar anzugeben.⁶⁹ Ein objektiver Dritter würde daher bei einer Tafel, die – wie hier – keinen Hinweis darauf enthält, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein höherer Preis fällig wird, davon ausgehen, dass der auf der Tafel angegebene Preis beim Vertragsschluss zugrunde gelegt wird.

Anmerkung: Ein Abstellen auf die Preisangabeverordnung kann von den Studierenden nicht erwartet werden, allerdings ist die Anwendung der Preisangabeverordnung auch nicht nach dem Bearbeitervermerk ausgeschlossen, da dieser – mit Ausnahme des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – nur Ansprüche auf das Bürgerliche Gesetzbuch begrenzt.

Eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ergibt also, dass zwei korrespondierende Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags über eine Bayerische Krim gegen ein Entgelt i.H.v. 7 € vorliegen; folglich ist ein solcher Vertrag zustande gekommen.

Dieses Ergebnis wird zudem durch die Regelung des § 305c Abs. 2 BGB gestützt: Danach gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB zulasten des Verwenders. Eine Unklarheit liegt vor, wenn nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden mindestens zwei Auslegungen vertretbar sind.⁷⁰ Hier erklärt B nur, dass sie eine Bayerische Krim möchte. Säge man für die Bestimmung des Preises die Tafel und die Speisekarte aus Sicht eines objektiven Empfängers als gleichwertig an, läge wegen der unterschiedlichen Preisangaben objektive Mehrdeutigkeit vor. Da die Tafel und die Speisekarte für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen enthalten, die mit der mit dem Einbeziehungsverlangen versehenen Annahmeerklärung⁷¹ Teil des Vertrags werden, liegen AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB vor. Die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB ist auch nicht nach § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, da dieser nur §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 308, 309 BGB exkludiert, nicht jedoch §§ 305a ff. BGB.⁷² Damit gehen Zweifel gem. § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders, hier der U.

Der Bewirtungsvertrag ist somit über eine Bayerische Krim zu einem Entgelt von 7 € wirksam zustande gekommen. Folglich hat B 1 € der geleisteten 8 € ohne Rechtsgrund geleistet.

⁶⁷ Vgl. nur BGH, Urt. v. 22.3.2023 – IV ZR 95/22 = NJW 2023, 1957 (1957 Rn. 14); Dörner, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 133 Rn. 8.

⁶⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.2014 – 15 U 71/14 = BeckRS 2015, 3183 Rn. 27.

⁶⁹ Vgl. Gesmann-Nuissl, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, Bd. 2, 94. Lfg., Stand: Januar 2024, PAngV § 13 Rn. 11.

⁷⁰ Bonin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2025, § 305c Rn. 115.

⁷¹ Vgl. Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 305 Rn. 87.

⁷² Wurmnest, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 307 Rn. 23.

4. Konditionssperre nach § 814 BGB

Dem Anspruch könnte jedoch die Konditionssperre aus § 814 BGB entgegenstehen. Dies wäre an sich der Fall, wenn B trotz positiver Kenntnis der Nichtschuld leistete (Gedanke des „venire contra factum proprium“).⁷³ Hier bringt E der B die Rechnung, welche für die Bayerische Krim einen Preis von 8 € ausweist, während nur Zahlung von 7 € geschuldet war (siehe 3.). Diese Preisdifferenz wird von B sofort moniert. Allerdings bittet E sie, die Rechnung trotzdem vorläufig zu bezahlen und die Angelegenheit mit U am nächsten Tag zu besprechen, worauf sich B einlässt. Folglich wusste B positiv um ihre Nichtschuld.

Allerdings ist anerkannt, dass bei Leistung unter Vorbehalt die Ausschlusswirkung des § 814 BGB nicht greift,⁷⁴ da sich der Leistende durch den Vorbehalt gerade gegen eine Deutung seines Verhaltens als Leistung ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Verpflichtung wehrt.⁷⁵

Da hier B die 8 € nur „vorläufig“ zahlt und damit – wie sich aus dem objektiven Empfängerhorizont ergibt – unter Vorbehalt, findet § 814 BGB keine Anwendung. Damit ist der Anspruch der B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nicht gesperrt.

5. Rechtsfolge

Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, dass eine Herausgabe des von B konkret gezahlten Bargelds in natura (noch) möglich ist, sodass nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten ist.⁷⁶ Eine Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB ist nicht ersichtlich.

II. Ergebnis

B hat damit einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Wertersatz i.H.v. 1 €.

C. Der Lachs-Salat

Fraglich ist auch, welche Ansprüche B in Bezug auf den Lachs-Salat hat.

I. Anspruch B gegen U aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 2 €

B könnte gegen U einen Anspruch auf Zahlung von 2 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. Erforderlich wäre hierfür, dass U durch Leistung der B etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

1. Etwas erlangt

Hierzu müsste U zunächst etwas erlangt haben. U hat Eigentum und Besitz an dem Bargeld, mithin einen vermögenswerten Vorteil (siehe B. I. 1.) erlangt.

⁷³ Wiese, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 814 Rn. 1; vgl. auch BGH, Urt. v. 7.5.1997 – IV ZR 35/96, Rn. 20 (juris) = NJW 1997, 2381.

⁷⁴ Vgl. nur Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 814 Rn. 5.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 17.2.1982 – IV b ZR 657/80, Rn. 10 m.w.N. (juris) = BGHZ 83, 278.

⁷⁶ Zur Kondition bei rechtsgrundlos erlangtem (Bar-)Geld, siehe Wendehorst, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 818 Rn. 22.

2. Durch Leistung

Auch müsste U diesen Vorteil durch Leistung erlangt haben, also durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (siehe B. I. 2.). B hat U als Inhaberin des Restaurants die 2 € bewusst verschafft. Dies geschah zum Zweck, einen etwaigen Anspruch der U gegen B aus dem Bewirtungsvertrag zu tilgen. Somit liegt eine Leistung vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Zudem dürfte kein Rechtsgrund vorliegen. Als Rechtsgrund kommt hier der Bewirtungsvertrag zwischen B und U in Betracht.

a) Wirksamer Vertragsschluss

Dafür wäre zunächst eine Einigung zwischen B und E erforderlich, die nach §§ 164 ff. BGB für und gegen U wirkt (siehe A. II. 2. a) ee)). Hier gab B mit der Bestellung bei E einen Antrag i.S.d. § 145 BGB ab (siehe A. II. 2. a) cc)). Wie oben angesprochen (siehe A. II. 2. a) dd)), bestehen zwei Möglichkeiten für den Zeitpunkt der Annahme durch E im Namen der U: (1.) die Aufnahme der Bestellung durch E oder (2.) die Übergabe der Speise. Im zweiten Fall (2.) würde die Lieferung des Lachs-Salats eine abändernde Annahme und damit einen neuen Antrag (§ 150 Abs. 2 BGB) darstellen, während im ersten Fall (1.) der Vertrag über die Lieferung eines Feta-Salats schon geschlossen worden wäre, sodass nur eine nachträgliche Vertragsänderung oder Annahme der nicht geschuldeten Leistung (Lachs-Salat) an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) in Betracht käme. Ob die Aufnahme der Bestellung bereits eine Annahme darstellt, bestimmt sich danach, ob nach dem objektiven Empfängerhorizont⁷⁷ Rechtsbindungswille⁷⁸ vorliegt. Bei der Aufnahme der Bestellung hat der Kellner bereits die Möglichkeit, Bestellungen über Speisen, die ggf. nicht zubereitet werden können, abzulehnen. Zudem besteht hier – anders als etwa bei einer Speisekarte oder Tafel (siehe A. II. 2. a) aa) und A. II. 2. a) bb)) – nicht die Gefahr, dass zu viele Gäste das Angebot annehmen und damit den Wirt an einen Vertrag binden.⁷⁹ Folglich ist hier von einem Rechtsbindungswillen auszugehen. Damit wurde ein Vertrag über einen Feta-Salat geschlossen. Es ist somit ein Anspruch von U gegen B i.H.v. 18 € entstanden.

b) Anspruch auf Mehrkosten des Lachs-Salats?

Fraglich ist, ob U dennoch gegen B auch einen Anspruch auf den höheren Preis für einen Lachs-Salat hat. Ein solcher Anspruch könnte aus einer nachträglichen Vertragsänderung folgen oder sich aus einer mit einer etwaigen Annahme an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) zusammenhängenden Preisanpassung ergeben.

aa) Vertragsänderung

Eine nachträgliche Änderung des Inhalts eines Vertrags erfolgt auch durch Vertrag.⁸⁰ Hier könnte die Aussage des E, dass leider schon manches schiefgelaufen sei, als Angebot zur Vertragsänderung ausgelegt werden (§§ 133, 157 BGB). Jedenfalls liegt aber in der Aussage der B „Na gut, ich kann auch den Lachs essen“ keine Annahme. Diese Aussage lässt nicht die Bereitschaft erkennen, den Vertrag zu

⁷⁷ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 10.

⁷⁸ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 6.

⁷⁹ Vgl. auch Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 49. Aufl. 2025, § 8 Rn. 2.

⁸⁰ Schmidt, in: Weber, Rechtswörterbuch, 34. Aufl. 2025, Vertrag.

ändern, sondern nur, eine andere als die ursprünglich geschuldete Leistung in Kenntnis der Abweichung anzunehmen. Dies ist aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht dahingehend zu verstehen, dass der ursprüngliche Vertrag geändert werden soll, sondern vielmehr dahingehend, dass B nicht auf einer Lieferung des richtigen Salats besteht, sondern die Vertragspflicht der U trotz der Lieferung eines anderen Salats erlöschen soll.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist hier mit entsprechender Argumentation vertretbar.

bb) Annahme an Erfüllung statt, § 364 Abs. 1 BGB

Näherliegender ist es daher, die Annahme des Lachs-Salats durch B als Annahme an Erfüllung statt i.S.d. § 364 Abs. 1 BGB auszulegen. Eine solche ist anzunehmen, wenn das Schuldverhältnis (i.e.S.) durch die – ursprünglich nicht geschuldete – Leistung erlöschen soll.⁸¹ Mit der Aussage „Na gut, ich kann auch den Lachs essen“ bringt B grundsätzlich zum Ausdruck, dass durch Leistung des Lachs-Salats das Schuldverhältnis erlöschen soll. Danach läge eine Annahme an Erfüllung statt vor.

(1) Anwendbarkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Regelungen zur Annahme an Erfüllung statt überhaupt anwendbar sind. Da ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt (siehe bereits A. II. 2. c)), könnte der Anwendung des § 364 BGB § 476 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Danach kann sich ein Unternehmer auf Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von insbesondere §§ 433, 434, 437 und 439 BGB abweichen, nicht berufen, wenn diese vor Mitteilung des Mangels getroffen wurden.⁸² Die Annahme an Erfüllung statt würde dazu führen, dass sich B – trotz Aliud-Lieferung und damit an sich mangelhafter Leistung gem. § 434 Abs. 2, Abs. 5 BGB (siehe A. II. 2. b) aa) und A. II. 2. b) cc)) – nicht auf eine Mangelhaftigkeit des Feta-Salats berufen könnte, da mit Annahme an Erfüllung statt der Anspruch auf die ursprünglich geschuldete Leistung erlöschen und sich die Pflicht zur mangelfreien Leistung auf den neuen Gegenstand – den Lachs-Salat – beziehen würde (vgl. § 365 BGB).⁸³ Mangel und Annahme an Erfüllung statt schließen sich insoweit aus. Die Annahme an Erfüllung statt könnte daher eine die Mängelrechte des Verbrauchers beschränkende Abrede i.S.v. § 476 Abs. 1 BGB darstellen.

Allerdings gilt § 476 Abs. 1 BGB nicht für Vereinbarungen, die nach Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffen werden. Hier machte B den E (der als Vertreter der U handelte) darauf aufmerksam, dass es sich bei der gelieferten Speise fälschlicherweise um einen Lachs-Salat handelt. Damit liegt eine Mitteilung des Mangels i.S.d. § 476 Abs. 1 BGB vor.⁸⁴ Folglich kann hier eine Vereinbarung, die von § 434 Abs. 2, Abs. 5 BGB abweicht, getroffen werden.⁸⁵

Anmerkung: Selbst wenn man sich hier anders entscheidet, würde dies nicht zur Unwirksamkeit der Annahme an Erfüllung statt führen, denn Rechtsfolge des § 476 Abs. 1 BGB ist nur, dass sich der Unternehmer – hier U – nicht auf die Vereinbarung berufen kann, im Übrigen bleibt die Vereinbarung jedoch wirksam.⁸⁶ Folglich steht § 476 Abs. 1 BGB einer Annahme an Erfüllung statt i.S.d. § 364 BGB

⁸¹ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 6.

⁸² Vgl. Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 476 Rn. 17.

⁸³ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5.

⁸⁴ Vgl. Grunewald, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 476 Rn. 2.

⁸⁵ Vgl. Augenhöfer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2025, § 476 Rn. 26; Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 476 Rn. 17; Grunewald, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 476 Rn. 2.

⁸⁶ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 25.

nicht entgegen. In Abweichung von § 364 BGB⁸⁷ könnte der Verbraucher – hier B – sich jedoch weiterhin auf die Mangelhaftigkeit – hier des Salats – berufen.

(2) Dogmatische Einordnung der Annahme an Erfüllung statt

Die frühere h.M. klassifizierte eine Annahme an Erfüllung statt als selbstständigen entgeltlichen Austauschvertrag.⁸⁸ Der neue Vertrag ersetze das ursprüngliche Schuldverhältnis, auf das dann nicht mehr zurückgegriffen werden könne.⁸⁹ Begründet wurde diese Austauschvertragstheorie mit § 365 BGB.⁹⁰ Diese Theorie ist zu Recht vom BGH und auch in der Literatur kritisiert worden, da es sich bei der Annahme an Erfüllung statt nach den Parteivorstellungen gerade nicht um ein eigenständiges Rechtsgeschäft handeln soll; vielmehr um ein Hilfsgeschäft.⁹¹

Stimmen in der neueren Literatur gehen davon aus, dass es sich bei der neuen Vereinbarung um einen Schuldänderungsvertrag handle.⁹² Dies birgt gegenüber der Austauschvertragstheorie den Vorteil, dass bereits entstandene Einreden bzw. Sicherheiten bestehen bleiben.⁹³ Nach der Änderungsvertragstheorie wird nur der ursprünglich geschuldete Leistungsgegenstand geändert und somit neu bestimmt.⁹⁴ Allerdings ist fraglich, ob diese Änderungsvertragstheorie mit dem Wortlaut des § 364 Abs. 1 BGB vereinbar ist. Ändert sich die Leistung durch den Änderungsvertrag, so schuldet der Schuldner nun die neue Leistung mit der Folge, dass mit dieser Leistung der Vertrag bereits nach § 362 Abs. 1 BGB – nicht § 364 Abs. 1 BGB – erlöschen würde.⁹⁵

Die neue h.M. sieht in der Vereinbarung zwischen den Parteien daher berechtigterweise eine Erfüllungsabrede (bzw. einen Erfüllungsvertrag).⁹⁶ Danach wird kein neues Schuldverhältnis begründet, sondern nur die bestehende Schuld gem. § 364 Abs. 1 BGB zum Erlöschen gebracht.⁹⁷

Anmerkung: Ausführungen zu der dogmatischen Einordnung sind hier nicht unbedingt erforderlich.

(3) Auswirkung der Annahme an Erfüllung statt auf die Vergütung

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Annahme an Erfüllung statt Auswirkungen auf die Gegenleistung, hier den Preis für den Salat, hat. Allerdings wird bei der Annahme an Erfüllung statt zwar

⁸⁷ Vgl. Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5; Kreutz, JA 2017, 655 (656).

⁸⁸ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 8 m.w.N.; BGH, Urt. v. 18.1.1967 – VIII ZR 209/64, Rn. 12 (juris) = BGHZ 46, 338 = NJW 1967, 553 (554).

⁸⁹ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 8.

⁹⁰ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 9.

⁹¹ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 9; vgl. auch Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 364 Rn. 2.

⁹² Buck-Heeb, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 364 Rn. 3; Schreiber, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, § 364 Rn. 1.

⁹³ Schreiber, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/3, 13. Aufl. 2010, § 364 Rn. 1.

⁹⁴ Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 10.

⁹⁵ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 1; Looschelders/Erm, JA 2014, 161 (164).

⁹⁶ BGH, Urt. v. 30.11.1983 – VIII ZR 190/82, Rn. 15 (juris) = BGHZ 89, 126 = NJW 1984, 429 (431); Stürner, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 364 Rn. 1; Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 1; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 18 IV; Bülow, JuS 1991, 529 (534); dies als Vereinbarung über die Erfüllung der ursprünglichen Schuld bezeichnend Avenarius, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 364 Rn. 2; Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 364 Rn. 2.

⁹⁷ Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 1; Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 1.

die eine geschuldete Leistung durch die Erfüllungsabrede modifiziert, die Gegenleistung dadurch jedoch nicht tangiert.⁹⁸ Die Gegenleistung ist nur betroffen, wenn und soweit dies gesondert vereinbart wurde.⁹⁹ Eine solche Abrede ist hier jedoch nicht ersichtlich, sodass nur ein Anspruch von U gegen B auf Vergütung i.H.v. 18 € besteht.

B hat somit 2 € ohne Rechtsgrund an U geleistet. Der Ausschluss gem. § 814 BGB findet wieder keine Anwendung, weil die Leistung auch hier nur unter Vorbehalt erfolgte (siehe B. I. 4.).

II. Ergebnis

B hat somit einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Wertersatz (siehe B. I. 5.; § 818 Abs. 2 BGB) i.H.v. 2 €.

D. Das Trinkgeld

Zuletzt ist fraglich, ob B gegen E Ansprüche bezüglich des zu viel gezahlten Trinkgelds geltend machen kann.

I. Anspruch gegen E aus § 985 BGB

Ein Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe des 20 €-Scheins entspricht schon nicht dem – nach §§ 133, 157 BGB analog – zu bestimmenden Rechtsschutzbegehren, da B nur die Herausgabe von 15 € verlangt und nicht des 20 €-Scheins; eine Geldwertvindikation ist abzulehnen.¹⁰⁰

II. Geltendmachung eines Anspruchs von D gegen E aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.H.v. 15 € durch B

Allerdings könnte B gegenüber E im eigenen Namen eine Forderung von D gegen E auf Zahlung von 15 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen, wenn dieser Anspruch besteht und B zur Einziehung der Forderung nach § 185 BGB analog ermächtigt ist.

1. Etwas erlangt

Hierzu müsste der E zunächst etwas erlangt haben. Anders als das Entgelt für die in einem Restaurant bestellten Speisen und Getränke wird das Trinkgeld nicht an die Inhaberin entrichtet, sondern den Mitarbeitenden zugewendet, vgl. auch § 107 Abs. 3 GewO. E hat somit Eigentum und Besitz an dem 20 €-Schein erlangt.

Anmerkung: Die Nennung von § 107 Abs. 3 GewO wurde in der Hausarbeit nicht erwartet.

⁹⁸ Buck-Heeb, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 364 Rn. 5; Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 28; Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5.

⁹⁹ Buck-Heeb, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 364 Rn. 5; Looschelders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2025, § 364 Rn. 28; Schmidt, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 364 Rn. 5.

¹⁰⁰ Vgl. Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 76.

2. Durch Leistung

Des Weiteren müsste D an E geleistet (siehe B. I. 2.) haben. D hat E den Besitz und das Eigentum an dem 20 €-Schein bewusst und zweckgerichtet verschafft. Somit liegt eine Leistung von D an E vor.

3. Ohne Rechtsgrund

Außerdem müsste die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung, Trinkgeld zu zahlen, vgl. auch § 107 Abs. 3 GewO. Fraglich ist jedoch, ob die Leistung dennoch mit Rechtsgrund erfolgte.

a) Handschenkung

Als Rechtsgrund kommt hier eine Handschenkung i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB von D an E in Betracht. Eine Handschenkung beinhaltet eine Einigung darüber, dass die zugleich vollzogene Zuwendung unentgeltlich erfolgt (schuldrechtliche Rechtsgrundabrede).¹⁰¹ Problematisch könnte hier sein, dass die Zahlung des Trinkgelds auch als Gegenleistung für den geleisteten Service angesehen werden kann. Eine nachträgliche Zuwendung für eine Leistung, die ohne Anspruch auf Entgelt vorgenommen wurde, ist nicht als Schenkung einzuordnen, wenn die Leistung in der erkennbaren Absicht einer späteren Zuwendung erfolgte; es handelt sich dann um eine vorweggenommene Erfüllungshandlung in Bezug auf einen künftigen entgeltlichen Vertrag.¹⁰² Dagegen ist eine belohnende, nicht entlohnende Zuwendung als Schenkung zu klassifizieren, wobei die Abgrenzung nach dem Parteiwillen erfolgt.¹⁰³ Hier möchte sich D für den Service des E erkenntlich zeigen und gibt diesem ein Trinkgeld, das nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht als Entlohnung, sondern als Belohnung aufzufassen ist. Denn E hat den Service nicht nur mit der Absicht der späteren Trinkgeldzahlung vorgenommen, sondern war hierzu arbeitsvertraglich gegenüber U verpflichtet.¹⁰⁴ Damit liegt hier eine unentgeltliche Zuwendung vor.

Die Einigung ist hier durch das Angebot des D („Ich übernehme das Trinkgeld“) und die Entgegennahme des 20 €-Scheins durch E zustande gekommen. Dass D subjektiv lediglich 5 € zuwenden wollte, ist nach §§ 133, 157 BGB unerheblich, da er E einen 20 €-Schein übergab, was nach dem objektiven Empfängerhorizont als Angebot für eine Rechtsgrundabrede hinsichtlich einer unentgeltlichen Zuwendung i.H.v. 20 € auszulegen ist. Einer besonderen Form (vgl. § 518 Abs. 1 BGB) bedarf die Handschenkung i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB nicht.¹⁰⁵

b) Wirksamkeitshindernisse

Möglicherweise ist die schuldrechtliche Rechtsgrundabrede jedoch nach § 142 Abs. 1 BGB – zumindest teilweise – als ex tunc nichtig anzusehen. Hierzu bedürfte es eines Anfechtungsgrunds und einer Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner innerhalb der Anfechtungsfrist.

¹⁰¹ Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 14.

¹⁰² Siehe Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 30.

¹⁰³ Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 31.

¹⁰⁴ Vgl. auch Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 31.

¹⁰⁵ Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 518 Rn. 2.

aa) Anfechtungserklärung

Zunächst muss eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB vorliegen, also eine Erklärung, welche den Willen zum Ausdruck bringt, dass der Berechtigte das Rechtsgeschäft nicht bestehen lassen möchte,¹⁰⁶ wobei das Wort „Anfechtung“ nicht fallen muss. B erklärt E am Telefon, dass D irrtümlich 20 € überreichte und nur 5 € überreichen wollte. Daraus ergibt sich hinreichend deutlich, dass eine Schenkung nur i.H.v. 5 € erfolgen sollte, was sich als Anfechtung der Rechtsgrundabrede auslegen lässt (§§ 133, 157 BGB).¹⁰⁷

Problematisch ist hier jedoch, dass nicht D, sondern B die Erklärung am Telefon abgegeben hat. Hier könnte B als Stellvertreterin oder als Botin agiert haben (siehe A. I. 1. b) aa)). B hat mit D am Abend zuvor besprochen, dass sie für D das zu viel gezahlte Trinkgeld zurückfordern werde, sodass B nicht über das „Ob“ und „Wie“ der Erklärung bestimmt hat, mithin keine eigene Willenserklärung abgab. B agierte somit als Botin für D. Eine ordnungsgemäße Anfechtungserklärung liegt damit vor. Weiterhin müsste diese auch dem richtigen Anfechtungsgegner zugegangen sein. Der „andere Teil“ i.S.d. § 143 Abs. 1, Abs. 2 BGB ist hier der beschenkte E. Da E laut Sachverhalt auch mit B am Telefon verbunden war, erfolgte damit die Anfechtungserklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner.

bb) Anfechtungsgrund

Außerdem müsste ein Anfechtungsgrund bestehen. D könnte sich in einem Erklärungsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB befunden haben. Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn dem Erklärenden die Umsetzung seines Erklärungswillens missglückt.¹⁰⁸ Insbesondere liegt ein solcher Irrtum vor, wenn der Erklärende sich verspricht, verschreibt oder vergreift.¹⁰⁹ Laut Sachverhalt will D dem E einen 5 €-Schein überreichen und damit konkludent den Antrag für eine Rechtsgrundabrede hinsichtlich einer Zuwendung i.H.v. 5 € abgeben. Er vergreift sich jedoch und übergibt E einen 20 €-Schein. Das rechtsgeschäftlich Erklärte, die Zuwendung eines 20 €-Scheins, weicht somit von dem durch die Erklärung Gewollten, der Zuwendung eines 5 €-Scheins, ab. Ein Erklärungsirrtum liegt somit vor. Da der Irrtum nur einen Teil der Schenkung i.H.v. 15 € umfasst und nach dem Parteiwillen von einer Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen ist,¹¹⁰ ist hier eine teilweise Anfechtung i.H.v. 15 € erfolgt.¹¹¹

cc) Anfechtungsfrist

Schließlich muss die Anfechtung innerhalb der Frist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB erklärt worden sein, also unverzüglich, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Kenntnis von seinem Vergreifen erlangte D am selben Abend. Unverzüglich bedeutet nicht sofort, sondern nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Damit ist die Frist je nach Einzelfall zu bestimmen,¹¹² wobei auch ausreichend Zeit zum Ersuchen rechtlichen Rats einzuräumen ist.¹¹³ Laut Sachverhalt wird hier die Anfechtung innerhalb nur weniger Stunden erklärt. Ein schuldhaftes Zögern liegt mithin nicht vor, sodass die Anfechtung fristgerecht war.

¹⁰⁶ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 143 Rn. 3.

¹⁰⁷ Vgl. Beurskens, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2025, § 143 Rn. 10.

¹⁰⁸ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 119 Rn. 22.

¹⁰⁹ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2025, § 119 Rn. 22.

¹¹⁰ Vgl. Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 139 Rn. 60.

¹¹¹ Vgl. Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 142 Rn. 26.

¹¹² Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 121 Rn. 7.

¹¹³ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 21 Rn. 3.

dd) Ergebnis

Durch die Anfechtung ist die Rechtsgrundabrede i.H.v. 15 € gem. § 142 Abs. 1 BGB als ex tunc nichtig anzusehen.

c) Zwischenergebnis

Somit leistete D i.H.v. 15 € ohne Rechtsgrund.

4. Konditionssperre nach § 814 BGB

Eine Konditionssperre nach § 814 BGB ist hier nicht gegeben, da D schon nicht wusste, dass er 20 € übergab und übereignete.

5. Zwischenergebnis

Somit hat D gegen E einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Da die 15 € nicht von dem 20 €-Schein abtrennbar sind, ist Herausgabe in natura nicht möglich, sodass gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz i.H.v. 15 € zu leisten ist.

6. Einziehungsermächtigung

Schließlich ist fraglich, ob B den Anspruch des D im eigenen Namen geltend machen kann. Hier sind verschiedene Konstruktionen denkbar.

Denkbar wäre zunächst eine Abtretung nach §§ 398 ff. BGB. Dies hätte jedoch zur Folge, dass der Anspruch von D gegen E auf B übergeht, sodass nunmehr nur B von E Leistung verlangen kann. Dies dürfte jedoch nicht dem nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Begehren des D entsprechen, der das Recht, selbst Zahlung von E zu verlangen, wohl nicht aufgeben möchte.

Daher ist es naheliegender, von einer Einzugsermächtigung nach § 185 BGB analog auszugehen. Deren Zulässigkeit war zunächst umstritten, da eine übermäßige Benachteiligung des Schuldners, dem nun plötzlich zwei Gläubigern gegenüberstehen, befürchtet wurde.¹¹⁴ Allerdings ist diese mittlerweile weit anerkannt und in der Praxis etabliert; etwaigen Missbrauchsgefahren wird mithilfe von § 242 BGB Rechnung getragen.¹¹⁵ Hier hat D mit B besprochen, dass B für D das Geld besorgen soll. Mithin ist von einer Einzugsermächtigung auszugehen.¹¹⁶

Anmerkung: Hier sind beide Varianten mit entsprechender Argumentation vertretbar.

7. Ergebnis

Demnach kann B gegenüber E im eigenen Namen (§ 185 Abs. 1 BGB analog) eine Forderung von D gegen E auf Zahlung von 15 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen.

¹¹⁴ Bayreuther, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 185 Rn. 34.

¹¹⁵ Bayreuther, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 185 Rn. 34–35.

¹¹⁶ Vgl. zur Einziehungsermächtigung auch Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 57 Rn. 1.

E. Gesamtergebnis

Folglich hat B gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des für das Schnitzel gezahlten Kaufpreises i.H.v. 25 € aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 650 Abs. 1 S. 1 BGB und jeweils aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 1 € bezüglich der Bayerischen Krem und 2 € bezüglich des Salats. D wiederum hat einen Anspruch gegen E auf Zahlung von 15 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB, wobei B diesen Anspruch aufgrund der Einziehungsermächtigung analog § 185 BGB geltend machen kann.

Fortgeschrittenenübungsklausur: Torfgrippe am Checkpoint

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Wittenbrock, Osnabrück*

Der Klausurfall ist inspiriert durch das Urteil des BVerwG vom 13.6.2024¹, wobei der diesem zugrunde liegende Sachverhalt in entscheidenden Punkten abgewandelt und gekürzt wurde. Die Klausur kombiniert verwaltungs- und unionsrechtliche Fragen in einem verwaltungsprozessualen Aufbau. Sie wurde im Sommersemester 2025 als dreistündige Übungsklausur für Studenten des sechsten Fachsemesters gestellt.

Sachverhalt

A ist niederländischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in der niederländischen Stadt G unmittelbar an der deutsch-niederländischen Grenze. Zum Haareschneiden fährt er schon seit Jahren über die Grenze in die niedersächsische Stadt S. Zwar gibt es auch in G mehrere Friseursalons, A ist von dem Können seines Stammfriseurs aber in besonderem Maße überzeugt.

Am Beginn des Jahres 2025 bricht weltweit eine neuartige Grippeerkrankung aus. Die wegen ihres erstmaligen Auftretens im Emsland „Torfgrippe“ genannte Infektionskrankheit wird durch einen Erreger des Typs A/H16N9/Emsland/1/2025 verursacht. Bei der Torfgrippe handelt es sich um eine virale Atemwegsinfektion, die hauptsächlich über Tröpfchen- und Aerosolinfektionen beim Kontakt oder gleichzeitiger Anwesenheit in geschlossenen Räumen übertragen wird. Laut offizieller Einschätzung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) handelt es sich um eine „Infektionskrankheit mit pandemischem Potential“. Die Torfgrippe löst mitunter schwere und sogar tödlich verlaufende Atembeschwerden aus, während auf der anderen Seite viele Infizierte keine oder nur sehr leichte Symptome haben. Die Inkubationszeit (Zeit von der Ansteckung bis zum Beginn der Erkrankung) dauert etwa vier bis fünf Tage. Auch in Deutschland und den Niederlanden kommt es zu Infektionen und Todesfällen im Zusammenhang mit der Torfgrippe. Bis zum heutigen Tag gibt es weder einen zugelassenen Impfstoff noch eine flächendeckend verfügbare Methode zur zuverlässigen und schnellen Testung.

Zum Schutz der Gesundheit ihrer Bürger beschließt die Bundesregierung weitreichende Maßnahmen und Kontaktbeschränkungen im Inland. Darüber hinaus ist allen Personen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben, vom 1.3.2025 an die Einreise ins Bundesgebiet zu verweigern. Auch A, der sich am 3. März, einem Montag, wie jeden Monat von zu Hause zum Haareschneiden nach S aufmacht, wird von Beamten der zuständigen Bundespolizeidirektion Niedersachsen an einem der neu errichteten Grenzübergänge zurückgehalten. Eine Einreise sei derzeit nur zum Zweck der Durchreise, als Arbeitspendler, im Rahmen des beruflichen Warenverkehrs oder aus einem anderen wichtigen Grund möglich. Als A angibt, auf dem Weg zu seinem Friseur zu sein, wird ihm eine ausdrückliche Einreiseverweigerung erteilt, und er wird, wie viele andere niederländische Staatsangehörige vor ihm, wieder nach G zurückgeschickt. Grundlage der erteilten Einreiseverweigerung ist der verfassungs-

* Maximilian Wittenbrock ist Wiss. Mitarbeiter an der Universität Osnabrück.

¹ BVerwG, Urt. v. 13.6.2024 – 1 C 2/23 [ECLI:DE:BVERwG:2024:130624U1C2.23.0].

mäßige § 6 FreizügG/EU, der die Freizügigkeitsrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates umsetzt.

A ist fassungslos. Noch bevor er aber gerichtlich gegen das Einreiseverbot vorgehen kann, werden alle Einreisebeschränkungen von der Bundesregierung am 10.3.2025 wieder aufgehoben. A beschließt, dennoch vor Gericht zu ziehen. Schließlich sei eine solche Verletzung seiner Freizügigkeit nicht hinnehmbar, was er von einem Gericht festgestellt wissen will. Ihn betreffend habe kein gesundheitliches Risiko vorgelegen, da er selbst nicht krank gewesen sei und er keinerlei Symptome gehabt habe. Die deutschen Behörden könnten nicht einfach pauschal Unionsbürger an der Einreise hindern – die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit sei unionsrechtlich ja mit gutem Grund verboten. A erhebt deshalb am 20.3.2025 Klage vor dem örtlich zuständigen deutschen Verwaltungsgericht.

Im Verfahren trägt die Behörde vor, sie habe gem. § 6 Abs. 1 FreizügG/EU jedes Recht, auch einen Unionsbürger an der Einreise zu hindern. Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit sei hierin nicht zu sehen, denn die Einreise sei grundsätzlich allen anderen Staatsangehörigen untersagt. Deutschen Staatsangehörigen könne man die Einreise nun einmal nicht verbieten. A solle sich außerdem nicht so anstellen, da er bloß zum Haarschneiden die Grenze überqueren wollte. Einen Haarschnitt hätte er auch in den Niederlanden bekommen können. Ein gewichtiges Recht von A sei jedenfalls nicht verletzt, denn ein Recht auf die Einreise ergebe sich allenfalls aus § 2 FreizügG und damit aus dem einfachen Recht. Der deutsche Staat sei hingegen verfassungsrechtlich zum Schutz der Gesundheit seiner Bürger verpflichtet. Zur Eindämmung des Infektionsgeschehens sei die Verweigerung der Einreise deshalb gerechtfertigt.

A hält dagegen, die Behörde könne offensichtlich nicht mal ihr eigenes Gesetz richtig lesen. Dort sei die Rede von Krankheiten mit „epidemischem Potential“, was die WHO für die Torfgrippe aber gar nicht festgestellt habe. Mit Blick auf sein eigenes Heimatland, das derartige Grenzsicherungen nicht verhängt hat, könne außerdem davon ausgegangen werden, dass die deutschen Maßnahmen unverhältnismäßig seien. Als Unionsbürger gewähre die EU ihm auch in Deutschland Rechte.

Fallfrage

Hat die Klage des A Aussicht auf Erfolg?

Zusatzfrage

§ 6 Abs. 1 S. 4 FreizügG/EU setzt den wortlautgleichen Art. 29 Abs. 1 der europäischen Freizügigkeitsrichtlinie um. Vorausgesetzt, der Fall von A befände sich bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht: Wäre dieses hinsichtlich der Frage, ob die Einstufung der WHO einer Krankheit als „pandemisch“ auch die Einstufung als „epidemisch“ umfasst, zur Vorlage an den EuGH verpflichtet? Wäre es denkbar, dass eine solche Pflicht im Einzelfall nicht besteht?

Bearbeitungsvermerk

Die Erfolgsaussichten der Klage sind umfassend und ggf. hilfsgutachtlich zu prüfen. Für die Zwecke der Bearbeitung bezeichnet „pandemisch“ ein Infektionsgeschehen, welches sich weltweit mit hohen Erkrankungszahlen und in der Regel auch schweren Verläufen ausbreitet. Epidemisch ist ein Infektionsgeschehen, wenn örtlich begrenzt vermehrt Krankheitsfälle mit einheitlicher Ursache auftreten.

Auszug aus dem Freizügigkeitsgesetz

§ 2 FreizügG/EU – Recht auf Einreise und Aufenthalt

- (1) Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.
- (2) Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:
1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
 - 1a. Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden,
 2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),
 3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels AEUV Artikel 57 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
 4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
 5. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,
 6. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,
 7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.

§ 6 FreizügG/EU – Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt

- (1) ¹Der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 kann unbeschadet des § 2 Abs. 4 und des § 5 Abs. 4 nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union) festgestellt und die Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht oder die Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte eingezogen werden.
- ²Aus den in Satz 1 genannten Gründen kann auch die Einreise verweigert werden. ³Die Feststellung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit kann nur erfolgen, wenn es sich um Krankheiten mit epidemischem Potenzial im Sinne der einschlägigen Rechtsinstrumente der Weltgesundheitsorganisation und sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten handelt, sofern gegen diese Krankheiten Maßnahmen im Bundesgebiet getroffen werden.
- (8) ¹Vor der Feststellung nach Abs. 1 soll der Betroffene angehört werden. ²Die Feststellung bedarf der Schriftform.

Art. 29 EU-Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG – Öffentliche Gesundheit

- (1) Als Krankheiten, die eine die Freizügigkeit beschränkende Maßnahme rechtfertigen, gelten ausschließlich die Krankheiten mit epidemischem Potenzial im Sinne der einschlägigen Rechtsinstrumente der Weltgesundheitsorganisation und sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten, sofern gegen diese Krankheiten Maßnahmen zum Schutz der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats getroffen werden.
- (2) Krankheiten, die nach Ablauf einer Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreise auftreten, stellen keinen Ausweisungsgrund dar.
- (3) ¹Wenn ernsthafte Anhaltspunkte dies rechtfertigen, können die Mitgliedstaaten für die Personen, die zum Aufenthalt berechtigt sind, binnen drei Monaten nach der Einreise eine kostenlose ärztliche Untersuchung anordnen, um feststellen zu lassen, dass sie nicht an einer Krankheit im Sinne von Abs. 1 leiden. ²Diese ärztlichen Untersuchungen dürfen nicht systematisch angeordnet werden.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit.....	353
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.....	353
II. Statthafte Klageart.....	353
III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog.....	355
IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.....	355
V. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO analog.....	357
VI. Klagefrist.....	357
VII. Klagegegner, § 78 VwGO analog.....	357
VIII. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit.....	357
IX. Zwischenergebnis.....	357
B. Begründetheit.....	358
I. Taugliche Ermächtigungsgrundlage.....	358
II. Formelle Rechtmäßigkeit.....	358
1. Zuständigkeit.....	358
2. Verfahren.....	358
3. Form.....	358
4. Zwischenergebnis.....	359
III. Materielle Rechtmäßigkeit.....	359
1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU.....	359
a) Krankheit mit pandemischem Potential.....	359
b) Individuelles Gesundheitsrisiko des A?.....	360
c) Zwischenergebnis.....	360
2. Rechtsfolge.....	360
a) Legitimes Ziel.....	360
b) Geeignetheit.....	361
c) Erforderlichkeit.....	361
d) Angemessenheit.....	361
a) Anwendungsbereich der Art. 56 ff. AEUV.....	361
b) Eingriff in Anwendungsbereich.....	362
c) Interessenabwägung.....	362
C. Ergebnis Fallfrage.....	363

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig² und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor, weshalb sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO richtet. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, wenn keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtliche sind, also einen Träger hoheitlicher Gewalt in eben dieser Funktion berechtigen oder verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie).³ Vorliegend richtet sich die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Einreiseverweigerung nach § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU, der die Grenzbehörden der Bundesrepublik in ihrer Funktion als Hoheitsträger berechtigt. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Die Streitigkeit müsste ferner nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Dies setzt nicht voraus, dass es sich um eine Streitigkeit von zwei unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Rechtsträgern handelt, die inhaltlich im Kern über Verfassungsrecht streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Entscheidend ist vielmehr, „ob es im Kern des Rechtsstreits um das besondere, staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsorgans als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen geht“.⁴ Der Kern des vorliegenden Rechtsstreites dreht sich nicht um staatsorganisationsrechtliche Fragen, sondern um die fachrechtlichen Befugnisse der Bundespolizei und etwaige unionsrechtliche Vorgaben. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art.

Hinweis: Es ist in der Klausur nicht erforderlich, auf die durch die hier zitierte, und unbedingt zu kennende, BVerwG-Entscheidung aus dem März 2025 überholte Rechtslage einzugehen. Die Voraussetzung der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit wurde hier nur zur Verdeutlichung erwähnt. Im vorliegenden Fall hätte ihre Anwendung im Übrigen zum gleichen Ergebnis geführt.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist damit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist sodann, welche Klageart statthaft ist. Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO. A begehrt die Feststellung, dass die Einreiseverweigerung vom 3.3.2025 rechtswidrig war. Die VwGO kennt insoweit die Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO und die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Die Fortsetzungsfeststellungsklage stellt eine Erweiterung der Anfechtungsklage dar. Falls A in diesem Fall seine Rechte mit der Anfechtungs-

² Zur Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Klagen siehe *Lemke*, JuS 2023, 920.

³ *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 45, 45.4.

⁴ BVerwG, Urt. v. 26.3.2025 – 6 C 6.23, Rn. 25.

klage hätte verfolgen können, wäre die Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO subsidiär. Voraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO wäre, dass A Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes war, der sich bereits erledigt hat.

Ein Verwaltungsakt ist gem. § 35 S. 1 VwVfG jede hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, die unmittelbare Rechtswirkungen erzeugt.⁵ Hinsichtlich der Einreiseverweigerung gegenüber A könnte lediglich überlegt werden, ob das Merkmal der Einzelfallregelung fehlt. Denn aufgrund der Maßnahmen der Bundesregierung vom 1. März ist grundsätzlich allen ausländischen Staatsangehörigen die Einreise ins Bundesgebiet verboten. Durch die A gesondert erteilte Einreiseverweigerung wird dieses Verbot jedoch für den Einzelfall konkretisiert. Bei der Einreiseverweigerung handelt es sich mithin um einen Verwaltungsakt. Dieser Verwaltungsakt müsste sich außerdem nach Klageerhebung erledigt haben. Die Erledigung bestimmt sich nach § 43 Abs. 2 VwVfG.⁶ Ein Verwaltungsakt kann sich etwa durch Vollziehung bzw. die Erfüllung des Gebotes erledigen.⁷ A wurde der Grenzübertritt für seinen konkreten Übertrittsversuch am 3.3.2025 verweigert. Dieser Anordnung hat A mit dem Umkehren Folge geleistet. Die Einreiseverfügung hat sich somit allerdings bereits vor der Klageerhebung am 20. März erledigt. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO kommt somit nicht in Betracht.

Hinweis: Es ist wichtig, auf den richtigen Rechtsakt abzustellen. A wendet sich gegen die konkrete Einreiseverweigerung, nicht gegen die Maßnahmen der Bundesregierung.

Die Norm könnte jedoch auf den Fall der Erledigung vor Klageerhebung analog anwendbar sein. Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. Eine Regelungslücke besteht nur dann, wenn keine andere Klage im vorliegenden Fall statthaft wäre. Eine Anfechtungsklage wäre mangels eines anfechtbaren Klagegegenstands nicht mehr zulässig. Es könnte aber eine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO zulässig sein.

Hinweis: Die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage konnte auch schon vorher, konkret nach der Ablehnung der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO geprüft werden.

Fraglich ist, ob ein Verwaltungsakt bzw. dessen Rechtmäßigkeit ein feststellbares Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO ist. Bei der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes geht es nicht um ein Rechtsverhältnis, sondern um die rechtliche Eigenschaft eines konkreten Verwaltungshandelns. Dies zeigt auch die systematische Auslegung, denn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist ausdrücklich als Ausnahme in § 43 Abs. 1 Alt. 2 VwGO normiert.⁸ Ob die Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage mit ihren jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen einschlägig wäre, hinge ansonsten nur vom zufälligen Zeitpunkt der Erledigung ab.⁹ Die Feststellungsklage wäre mithin unzulässig, weshalb eine Regelungslücke besteht.

⁵ Siehe allg. zum Verwaltungsakt *Herrmann*, ZJS 2011, 25.

⁶ *Schemmer*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 43 Rn. 46.

⁷ *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, VwVfG, Kommentar, Bd. III, 4. Lfg., Stand: November 2023, § 43 Rn. 126; *Schemmer*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2025, § 43 Rn. 54 f.

⁸ *Marsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 47. Lfg., Stand: Februar 2025, § 43 Rn. 27; *Möstl*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 43 Rn. 4.

⁹ *Decker*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 113 Rn. 90.

Die Regelungslücke müsste außerdem planwidrig sein. Planwidrig ist eine Regelungslücke, wenn der Gesetzgeber eine Situation unbewusst nicht geregelt hat.¹⁰ Das Nichtbestehen einer Rechtsschutzmöglichkeit wäre mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar. Dieses lässt sich in Art. 19 Abs. 4 GG und, im Anwendungsbereich des Unionsrechts, in Art. 47 EU-GRCh verorten. Da das Bestehen einer Regelungslücke folglich zu einer Verletzung von (Unions-)Grundrechten führen würde, ist sie planwidrig.¹¹ Beide Situationen müssten darüber hinaus miteinander vergleichbar sein. Die Interessenlage hinter einer fortgesetzten Klage gegen einen belastenden Verwaltungsakt, der sich nach Klageerhebung erledigt, müsste der hinter einer Klage gegen einen bereits vorher erledigten Verwaltungsakt entsprechen. Der Kläger begehrt in beiden Fällen ein Urteil über die Rechtmäßigkeit der Handlung einer Behörde, die ihn nicht mehr beschwert, weshalb die Interessenlage vergleichbar ist.¹² Entsprechend liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vor. Die Klage des A auf ist statthaft.¹³

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist auch der Weg über eine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO vertretbar, die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen müssen dann jedoch entsprechend angepasst werden.

III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

A müsste klagebefugt sein. Nach der Adressatentheorie ist A als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes klagebefugt.¹⁴ Die Klagebefugnis kann darüber hinaus mit der Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts bejaht werden: Hier erscheint die Verletzung seiner Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV, der Freizügigkeit gem. Art. 21 AEUV, der allgemeinen Handlungsfreiheit oder des Einreiserechts aus § 2 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU zumindest möglich.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog

A müsste, nachdem sich der Verwaltungsakt erledigt hat und eine mit diesem verbundene Beschwerde nicht mehr ohne Weiteres anzunehmen ist, ein besonderes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Einreiseverweigerung haben. Ein solches kann sich aus einer der anerkannten Fallgruppen der konkreten Wiederholungsgefahr, des Rehabilitierungsinteresses oder der sich typischerweise schnell erledigenden, Grundrechtseingriffe ergeben.¹⁵ Da die Einreisebeschränkungen bereits wieder aufgehoben wurden, besteht allenfalls eine abstrakte, nicht jedoch eine konkrete Wiederholungsgefahr. Die Einreiseverweigerung wies auch keinen besonderen Öffentlichkeitsbezug auf und traf nicht speziell A, weshalb ein Rehabilitationsinteresse ebenfalls nicht ersichtlich ist.

Es könnte aber ein sich typischerweise schnell erledigender Grundrechtseingriff vorliegen. Ein Eingriff erledigt sich typischerweise schnell, wenn Rechtsschutz durch eine Anfechtungsklage in der Regel zeitlich nicht mehr erlangt werden kann. Ein konkretes Einreiseverbot gilt nur für einen

¹⁰ Reichold, in: Reichold/Droege/Heinrich, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2024, § 3 Rn. 27.

¹¹ Decker, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 113 Rn. 90.

¹² Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1421.

¹³ Vgl. zur analogen Fortsetzungsfeststellungsklage auch Pernice-Warneke, ZJS 2015, 501 (502); Grosche/Wedemeyer, ZJS 2022, 889 (890 f.).

¹⁴ Schmidt-Kötters, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 42 Rn. 173.

¹⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.12.2018 – 11 LA 66/18, Rn. 8; Muckel, JA 2024, 347 (349); Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 32 Rn. 1426 ff.

konkreten Grenzübertrittsversuch und erledigt sich mit der Aufgabe des Grenzübertrittsversuchs in der Regel sofort. In der Hauptsache kann Rechtsschutz regelmäßig nicht erlangt werden.

Für die Anforderungen der Fallgruppe der sich typischerweise schnell erledigenden Grundrechtseingriffe ist umstritten, ob zusätzliche Anforderungen an den Eingriff zu stellen sind. Während das BVerwG einen qualifizierten (gewichtigen, tiefgreifenden oder schwerwiegenden) Eingriff in ein besonderes subjektives Recht fordert,¹⁶ lässt eine andere Auffassung jede, sich typischerweise schnell erledigende, Rechtsverletzung ausreichen.¹⁷ Fraglich ist, ob ein schwerwiegender Grundrechtseingriff vorliegt. A hat als niederländischer Staatsbürger einen grundrechtlichen Anspruch auf Einreise allenfalls aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Dies stellt aber keinen tiefgreifenden Grundrechtseingriff dar. Auch ein schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht auf Freizügigkeit aus Art. 11 GG kommt vorliegend nicht in Betracht. Denn zwar kann sich A als Unionsbürger auf dieses Grundrecht berufen,¹⁸ jedoch fällt das Recht zur Einreise zum Zweck des Haareschneidens nicht in dessen Schutzbereich.¹⁹

Anders als von der Behörde behauptet, könnte sich ein Recht des A zur Einreise jedoch nicht nur aus dem einfachen Recht, sondern direkt aus der unmittelbar anwendbaren (passiven) Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV ergeben. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit könnte einem qualifizierten Grundrechtseingriff gleichstehen. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO fordert ein berechtigtes Interesse an der Feststellung. Die einzelnen Fallgruppen sind durch die Rechtsprechung entstanden.²⁰ Hintergrund der Fallgruppe der sich kurzfristig erledigenden Grundrechtseingriffe ist das Gebot des effektiven Rechtsschutzes.²¹ Vorliegend könnte eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 EU-GRCh drohen. Die Grundrechtecharta ist nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 EU-GRCh immer anwendbar, wenn die Staaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln,²² etwa, indem sie Grundfreiheiten einschränken.²³ Nach seinem Wortlaut erfasst Art. 47 EU-GRCh auch durch das Recht der Union garantierte Freiheiten, worunter auch die Dienstleistungsfreiheit fällt.²⁴ Darüber hinaus gebietet Art. 19 Abs. 4 GG eine Rechtsschutzmöglichkeit nicht nur bei einem Grundrechtseingriff, sondern bei jedem Eingriff in ein subjektives Recht.²⁵ Auch die Grundfreiheiten sind subjektive Rechte des Einzelnen.²⁶ Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gebietet daher auch im Fall des Eingriffs in eine Grundfreiheit eine Klagemöglichkeit.

Hinweis: Das BVerwG nimmt im zugrunde liegenden Urteil ein berechtigtes Interesse bei einem Eingriff in eine Grundfreiheit ohne weitere Begründung an und verweist lediglich auf Urteile, in denen

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 13.6.2024 – 1 C 2/23, Rn. 13 m.w.N.

¹⁷ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1427.

¹⁸ Mager, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2024, Rn. 224.

¹⁹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1090 f. Ob die Einreise in das Bundesgebiet an sich in den Schutzbereich des Art. 11 GG fällt, ist umstritten, vgl. Mager, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2024, Rn. 226; Battis/Edenharter, Einführung in das Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2025, Rn. 1102; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1094 f.

²⁰ Hoffmann, JA 2024, 229 (230).

²¹ Hoffmann, JA 2024, 229 (230).

²² Kotzur, in: Geiger u.a., EUV/AEUV, Kommentar, 7. Aufl. 2023, EU-GRCh Art. 51 Rn. 2.

²³ Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, EU-GRCh Art. 51 Rn. 16.

²⁴ Blanke, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, EU-GRCh Art. 47 Rn. 7.

²⁵ Enders, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 19 Rn. 62.

²⁶ Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2021, 407 (407).

es um Grundrechte ging. Solange Sie noch kein Bundesrichter sind, wird von Ihnen in der Klausur allerdings eine kurze Begründung erwartet werden.

Da beide Ansichten hier zum gleichen Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme nicht erforderlich. A hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung.

V. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO analog

Fraglich ist, ob A vor Klageerhebung analog §§ 68 ff. VwGO ein Vorverfahren hätte betreiben müssen. In Niedersachsen findet ein Vorverfahren abweichend von §§ 68 ff. VwGO gem. § 80 Abs. 1 NJG jedoch nicht statt.²⁷

VI. Klagefrist

Bei der analogen Fortsetzungsfeststellungsklage ist umstritten, welche Fristen einzuhalten sind. Nach der engsten Auffassung gilt die Monatsfrist gem. § 74 Abs. 1 VwGO.²⁸ Da A auch diese Frist eingehalten hat, ist die Klage in jedem Fall fristgemäß.

VII. Klagegegner, § 78 VwGO analog

Analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Klage gegen den Bund zu richten. Im Fall der Bundespolizei ist nicht Abs. 1 Nr. 2 anzuwenden, da es sich nicht um eine Landebehörde handelt.

VIII. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungs- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.²⁹

Der Bund ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungs-³⁰ und gem. § 62 Abs. 3 VwGO in Vertretung durch den Bundesminister des Innern,³¹ wiederum vertreten durch den Präsidenten der Bundespolizeidirektion Niedersachsen, prozessfähig.

Hinweis: Die Kenntnis der Vertretung durch den Präsidenten der Bundespolizeidirektion Niedersachsen wurde in der Klausur nicht verlangt.

IX. Zwischenergebnis

Die Klage des A ist zulässig.

²⁷ Vgl. dazu Jochum, in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn. 16 ff.

²⁸ Darstellung des Streitstandes bei Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1432 ff.

²⁹ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1344, 1348.

³⁰ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1345.

³¹ Kintz, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.10.2025, § 62 Rn. 15.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt vor seiner Erledigung rechtswidrig war und A dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.³² Die Einreiseverweigerung war rechtmäßig, wenn sie sich auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützen kann, und diese formell sowie materiell rechtmäßig angewendet wurde.³³

I. Taugliche Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage bzw. Befugnisnorm für die durch die Beamten erteilte Einreiseverweigerung kommt § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Einreiseverweigerung ist formell rechtmäßig, wenn sie von der zuständigen Behörde im ordnungsgemäßen Verfahren und in der entsprechenden Form erlassen worden ist.³⁴

1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt waren die Beamten der Bundespolizeidirektion Niedersachsen zuständig.

2. Verfahren

Fraglich ist, ob das ordnungsgemäße Verfahren eingehalten wurde. Insbesondere müsste A als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes gem. § 28 VwVfG grundsätzlich angehört worden sein. Anhörung meint die Gelegenheit zur Äußerung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen.³⁵ A wurde Gelegenheit zur Erklärung des Grundes für den Grenzübertritt gegeben. Der Beweggrund zur Einreise stellt für ausländische Staatsangehörige die zentrale, entscheidungserhebliche Tatsache dar. Ferner hatte A darüber hinaus Gelegenheit, andere Tatsachen vorzubringen.³⁶ A ist mithin angehört worden. (Andernfalls könnte eine unterbliebene Anhörung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch nachgeholt werden.)³⁷

3. Form

Der Verwaltungsakt müsste die gesetzliche Form erfüllen. Ein Verwaltungsakt kann gem. § 37 Abs. 2 VwVfG auch mündlich erlassen werden. § 6 Abs. 8 S. 2 FreizügG/EU setzt für die Feststellung nach Abs. 1 hingegen die Schriftform fest. Vorliegend geht es jedoch um die Verweigerung der Einreise, nicht um die Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechtes. Die Formvorschrift des § 6 Abs. 8 S. 2 FreizügG/EU ist deshalb nicht anwendbar. Der Verwaltungsakt durfte mündlich erteilt werden

³² Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1435.

³³ Zum Prüfungsschema siehe Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 25.

³⁴ Zu den formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes siehe Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 573 ff.; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 37 ff. Ausführlich Fremuth, JA 2012, 844.

³⁵ Herrmann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 28 Rn. 15.

³⁶ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 28.

³⁷ Zur Folge von Verfahrens- und Formfehlern Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 57 ff. Zur Anhörungspflicht abseits des Verwaltungsaktes siehe Lang, ZJS 2020, 234.

und war damit formgemäß. Eine schriftliche Bestätigung gem. § 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG hat A nicht verlangt.

4. Zwischenergebnis

Die Einreiseverweigerung war formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Einreiseverweigerung war materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Behörde die richtige Rechtsfolge festgesetzt hat.³⁸

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU müssten vorliegen.³⁹

a) Krankheit mit pandemischem Potential

Die Einreise kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit verweigert werden. Hier kommt angesichts der Torfgrippenpandemie eine Verweigerung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit in Betracht. Gem. § 6 Abs. 1 S. 3 FreizügG/EU können Feststellungen aus dem Grund der öffentlichen Gesundheit nur erfolgen, wenn es sich um eine Krankheit mit epidemischem Potential handelt. Fraglich ist, ob dies nicht nur auf Verlustfeststellungen, sondern auch auf Einreiseverweigerungen nach S. 2 anzuwenden ist.

Der Wortlaut des Satzes 3 spricht nur von Feststellungen. Dies gilt jedoch auch für Abs. 1 S. 1. Satz 2 vereinheitlicht die Anforderungen für Verlustfeststellungen und Einreiseverweigerungen. Die Gesetzessystematik ordnet Satz 3 hinter Satz 2 an, was darauf hindeutet, dass er nicht von dem Verweis des Satz 2 erfasst sein soll. Die systematische Auslegung spricht daher dafür, dass das Erfordernis einer Krankheit mit epidemischem Potential nur auf Verlustfeststellungen anwendbar ist.

Art. 29 der Freizügigkeitsrichtlinie, deren Umsetzung die Norm des § 6 Abs. 1 S. 3 FreizügG/EU dient, sieht eine Einschränkung aber für alle freizügigkeitsbeschränkenden Maßnahmen vor.⁴⁰ Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung⁴¹ kann deshalb auch die Einreiseverweigerung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nur wegen einer Krankheit mit epidemischem Potential erfolgen.

Von der WHO wurde jedoch stattdessen ein pandemisches Potential der Torfgrippe festgestellt. Sowohl bei einer Pandemie, als auch bei einer Epidemie kommt es zu einer starken Häufung von Fällen einer Infektionskrankheit. Während eine Epidemie aber auf einen bestimmten geographischen Raum beschränkt ist, treten die Fälle bei einer Pandemie weltweit auf. Für die Zwecke der Gefahrenabwehr ist eine Pandemie folglich das „größere Übel“. Wenn Einschränkungen schon aufgrund einer Epidemie erlaubt sind, dann erst recht aufgrund einer Pandemie.⁴²

³⁸ Prüfungsschema bei *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 610.

³⁹ *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2024, Rn. 530.

⁴⁰ Allg. zu unionsrechtlichen Handlungsform der Richtlinie *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 366 ff.

⁴¹ Zur unionsrechtskonformen Auslegung *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 383 ff.

⁴² Zum Erst-recht-Schluss und anderen juristischen Schlüssen siehe *Beaucamp*, JA 2024, 881; *Früh*, JuS 2021, 905 (909 f.).

Hinweis: Vertiefte Kenntnisse oder präzisere Definitionen werden nicht verlangt. Es sollte aber der Erst-recht-Schluss (argumentum a minore ad maius) überzeugend vollzogen werden.

Bei der Torfgrippe handelt es sich damit um eine Krankheit mit epidemischem Potential i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 3 FreizügG/EU.

b) Individuelles Gesundheitsrisiko des A?

Die Einreise muss darüber hinaus wegen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit verweigert werden. A macht insoweit geltend, kein individuelles Risiko dargestellt zu haben, weil er nicht erkrankt und symptomfrei gewesen sei. Fraglich ist also, ob ein individuelles Gesundheitsrisiko erforderlich ist.

Bei dem Schutz vor einer Pandemie/Epidemie ist entscheidend, das Infektionsgeschehen zu bremsen und zu verlangsamen, insbesondere um die Gesundheitssysteme des Staates nicht zu überfordern. Da die Torfgrippe durch Tröpfchen- und Aerosolinfektionen übertragen wird, war der zwischenmenschliche Kontakt, bei dem Ansteckungen erfolgen können, zu verringern. Ob eine einzelne Person dabei konkret erkrankt war, ist nicht entscheidend. Darüber hinaus fordern weder § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU noch Art. 29 Freizügigkeitsrichtlinie eine individuelle Gefahrenprognose, weshalb das Vorliegen einer allgemeinen Gefährdungslage ausreicht. Ein individuelles Gesundheitsrisiko ist deshalb nicht erforderlich.

c) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU lagen vor.

2. Rechtsfolge

Die Verweigerung der Einreise des A müsste eine rechtmäßige Rechtsfolge des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen gewesen sein. Der Behörde steht bei der Verweigerung einer Einreise nach der Ermächtigungsgrundlage Ermessen zu („kann [...] verweigern“).⁴³ Dieses ihr zustehende Ermessen müsste sie fehlerfrei ausgeübt haben.⁴⁴ Insbesondere dürfte die Behörde keine unverhältnismäßige Maßnahme getroffen haben.⁴⁵ Die Einreiseverweigerung ist verhältnismäßig,⁴⁶ wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt und dafür geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁴⁷

a) Legitimes Ziel

Der bezweckte Schutz der öffentlichen Gesundheit stellte ein legitimes Ziel dar.

⁴³ Zum Ermessen, auch im Unterschied zum Beurteilungsspielraum siehe *Hufen*, ZJS 2010, 603; *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193.

⁴⁴ Zu Ermessensfehlern siehe *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 19 ff.; *Wolff/Humbert*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, Rn. 80 ff. Zur Ermessens- und Beurteilungsfehler im Vergleich siehe *Beaucamp*, JA 2012, 193.

⁴⁵ Auch eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit neben dem Ermessen ist möglich, da dieses eine stete Anforderung des Rechtsstaatsgebotes an das Handeln der Verwaltung ist, *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 50.

⁴⁶ Allgemein zur Verhältnismäßigkeit siehe *Wienbracke*, ZJS 2013, 148; *Michaelis*, JA 2021, 573; *Britz*, JuS 2024, 905.

⁴⁷ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 51.

b) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste geeignet gewesen sein. Geeignet ist jede Maßnahme, die das Ziel zumindest fördert.⁴⁸ Durch die mit der Einreiseverweigerung einhergehende räumliche Beschränkung der Fortbewegung wurden Kontakte des A zu anderen Personen, speziell zu Personen in Deutschland und damit Übertragungsmöglichkeiten verhütet. Die Maßnahme war mithin geeignet.

c) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste außerdem erforderlich gewesen sein. Erforderlich ist das mildeste aller gleich geeigneten Mittel.⁴⁹ Mildere Mittel, wie ein Einreisekontingent oder die Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen oder FFP2-Maske, sind nicht gleich geeignet, da sie den Kontakt und damit das Infektionsrisiko nicht vollständig ausschließen können. Flächendeckende, zuverlässige und schnelle Test, mit denen sich eine Nichterkrankung des A und seiner Kontaktpersonen ausschließen würden, standen zum Zeitpunkt der beabsichtigten Einreise ebenso wenig zur Verfügung wie eine wirksame Schutzimpfung. Die Einreiseverweigerung war damit auch erforderlich.

d) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste zudem angemessen sein. Sie ist angemessen, wenn das gewählte Mittel in Relation zu dem verfolgten Ziel nicht außer Verhältnis steht.⁵⁰

Die Behörde bezweckt den Schutz der öffentlichen Gesundheit und damit ein hohes Gut. Der Staat ist außerdem verpflichtet, das Leben und die Gesundheit seiner Bürger zu schützen. Ihn trifft insoweit die Schutzpflicht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

Die Einreiseverweigerung könnte auf der anderen Seite in die Dienstleistungsfreiheit des A aus Art. 56 AEUV eingreifen. Hierbei handelt es sich um unmittelbar (vorrangig) anzuwendendes Unionsprimärrecht. Dafür müsste der Anwendungsbereich der Art. 56 ff. AEUV eröffnet sein.

Ob die Dienstleistungsfreiheit tatsächlich einschlägig ist, kann auch schon früher geprüft werden, etwa beim Feststellungsinteresse. Strenggenommen ist dafür jedoch nur die Möglichkeit einer Verletzung glaubhaft zu machen, weshalb die Prüfung erst an dieser Stelle erfolgt.

a) Anwendungsbereich der Art. 56 ff. AEUV

Der persönliche Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit müsste eröffnet sein.⁵¹ Auf die Dienstleistungsfreiheit kann sich jeder Unionsbürger berufen, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist.⁵² A ist als Niederländer Unionsbürger und auch in den Niederlanden ansässig. Der persönliche Schutzbereich ist damit eröffnet.

Weiterhin müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Dazu müsste es sich beim Haarschneiden um eine Dienstleistung handeln. Eine Dienstleistung ist gem. Art. 57 AEUV jede selbständige Leistung nicht körperlicher Art, die in der Regel gegen Entgelt und nur vorübergehend erbracht wird.⁵³ Ein Haarschnitt ist eine handwerkliche Leistung, für die regelmäßig gezahlt wird. Die Leistung

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, Rn. 112.

⁴⁹ Michaelis, JA 2021, 573 (576).

⁵⁰ Michaelis, JA 2021, 573 (577).

⁵¹ Zu den Grundfreiheiten allg. siehe Sauer, JuS 2017, 310; Ruffert/Grisczek/Schramm, JuS 2021, 407.

⁵² Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 968.

⁵³ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 963.

wird im Verhältnis zum einzelnen Kunden in einem vorübergehenden Zeitraum erbracht. Der sachliche Schutzbereich ist mithin eröffnet.

Abschließend müsste der räumliche Schutzbereich eröffnet sein. Dazu ist ein grenzüberschreitender Bezug erforderlich.⁵⁴ Hier überschreitet A als Empfänger der Dienstleistung eine Binnengrenze. Es handelt sich dabei um die sog. passive Dienstleistungsfreiheit,⁵⁵ auf die sich auch der Dienstleistungsempfänger berufen kann.⁵⁶ Der räumliche Anwendungsbereich ist damit ebenfalls eröffnet.

b) Eingriff in Anwendungsbereich

In den Anwendungsbereich der DLF müsste eingegriffen worden sein. Ein Eingriff könnte zunächst in Form einer Diskriminierung vorliegen. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn A als Dienstleistungsempfänger in der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund seiner Staatsangehörigkeit eingeschränkt worden ist.⁵⁷ A durfte die Grenze nicht überqueren, da er niederländischer Staatsangehöriger ist. Ein deutscher Staatsangehöriger in der gleichen Situation hätte die Grenze in Richtung Deutschland überqueren dürfen. A wurde diskriminiert. Damit liegt ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des A vor.

c) Interessenabwägung

Die widerstreitenden Rechtsgüter der Gesundheit der Bevölkerung und der Dienstleistungsfreiheit des A sind in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.⁵⁸

A kann geltend machen, dass er durch die Verweigerung diskriminiert wird, da die Regelung an die Staatsangehörigkeit anknüpft und auf deutsche Staatsangehörige keine Anwendung findet. Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit wiegt deshalb besonders schwer.⁵⁹ Es ist jedoch zutreffend, dass deutschen Staatsangehörigen die Einreise völkerrechtlich nicht verweigert werden darf,⁶⁰ die Diskriminierung lässt sich damit kaum vermeiden. Die öffentliche Gesundheit umfasst als geschriebene Schranke der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 AEUV außerdem auch Diskriminierungen und kann diese grundsätzlich rechtfertigen.⁶¹ Allein aus der Diskriminierung ergibt sich deshalb keine Unangemessenheit.

Nicht tragfähig ist hingegen das Argument, A wolle nur aus einem unwichtigen Grund die Grenze überqueren, denn Art. 56 AEUV schützt auch die passive Dienstleistungsfreiheit.⁶² Ferner waren Einreisen zur Wahrnehmung anderer Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit und Warenverkehrsfreiheit) möglich. Dass die Dienstleistungsfreiheit von diesen Ausnahmen nicht umfasst ist, erscheint unangemessen. Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist allerdings deutlich weiter als

⁵⁴ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 965.

⁵⁵ EuGH, Ur. v. 31.1.1984 – 286/82, 26/83, Rn. 10.

⁵⁶ Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. I, 86. Lfg., Stand: September 2025, AEUV Art. 56, 57 Rn. 53.

⁵⁷ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 57 Rn. 56. Ausführlich zu Beeinträchtigungen und Diskriminierungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit siehe Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 976 ff.

⁵⁸ BVerwG, Ur. v. 13.6.2024 – 1 C 2/23, Rn. 20. Allg. dazu siehe Michaelis, JA 2021, 573 (577 f.).

⁵⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 799.

⁶⁰ EuGH, Ur. v. 26.11.2002 – C-100/01, Rn. 40.

⁶¹ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 799.

⁶² Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 965.

derjenige des beruflichen Warenverkehrs oder der Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁶³ Wie vorliegend umfasst sie im Vergleich auch Grenzüberschritte, die wirtschaftlich von nur geringer Bedeutung sind und sich leicht vermeiden lassen: Den Friseur wechseln zu müssen, ist deutlich weniger eingriffsintensiv, als den Arbeitsplatz wechseln zu müssen.

Medizinisch betrachtet war das Risiko, welches A als einzelne Person für das landesweite Infektionsgeschehen bedeutet hätte, wohl zu vernachlässigen. Es wäre allenfalls zu einer abstrakten Gefährdung von geringem Ausmaß gekommen. Mit dieser Begründung könnte jedoch jede gegen Individuen gerichtete Einzelmaßnahme, die erst im Verbund mit einer Summe gleich gearteter Maßnahmen substantielle Wirkung zeigt, für unverhältnismäßig erklärt werden.

Die Mitgliedstaaten dürfen das Niveau des Gesundheitsschutzes und die zu Erreichung notwendigen Modalitäten laut dem EuGH grundsätzlich selbst bestimmen.⁶⁴ Dass ein Mitgliedstaat Maßnahmen unterlässt, bedeutet deshalb nicht zwangsläufig, dass die eines anderen Mitgliedstaates unverhältnismäßig sind.⁶⁵ Art. 35 S. 2 EU-GRCh schreibt sogar explizit ein hohes Gesundheitsschutzniveau vor.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist der Erlass des Verwaltungsaktes,⁶⁶ nachträgliche Erkenntnisse über die Gefährlichkeit der Torfgrippe müssen unberücksichtigt bleiben. Das Infektionsgeschehen war am Anfang der Pandemie nicht vorhersehbar. Es war hingegen gesichert und bekannt, dass es durch Infektionen zu schweren und teilweise tödlichen Verläufen kommen kann. Jede einzelne Infektion barg daher ein erhebliches Risiko.

In der Gesamtbetrachtung war die Einreiseverweigerung damit angemessen.

Grundsätzlich kann mit entsprechender Begründung auch das Gegenteil vertreten werden. Insbesondere mit Verweis darauf, dass der weite Anwendungsbereich die Dienstleistungsfreiheit und ihre Rolle als Auffangtatbestand der Grundfreiheiten sie materiell nicht weniger wichtig macht, kann in dem Umstand, dass im vorliegenden Fall keine Ausnahme aus wichtigem Grund – wie es für die Warenverkehrs- oder Arbeitnehmerfreizügigkeit laut Sachverhalt angeordnet wäre – angenommen worden ist, eine unverhältnismäßige Diskriminierung und damit ein Ermessensfehler gesehen werden.

C. Ergebnis Fallfrage

Die Klage des A ist zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg.

Zusatzfrage

Als letztinstanzliches Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann – die Verfassungsbeschwerde ist kein Rechtsmittel – wäre das BVerwG hinsichtlich der Frage nach der Auslegung des Art. 29 Abs. 1 Freizügigkeitsrichtlinie gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV grundsätzlich zur Vorlage an den EuGH verpflichtet.⁶⁷ Etwas anderes ergäbe sich im Einzelfall aus der C.I.L.F.I.T.-Rechtsprechung des Gerichtshofes,⁶⁸ wenn der EuGH die Frage bereits entschieden hat

⁶³ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 955.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 19.11.2020 – C-663/18, Rn. 90.

⁶⁵ BVerwG, Urt. 13.6.2024 – 1 C 2/32, Rn. 24.

⁶⁶ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 10 Rn. 23.

⁶⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 556 ff.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – C-283/81.

(acte éclairé)⁶⁹ oder die Auslegung des Unionsrechts derart klar ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (acte clair).⁷⁰

Die Schlagwörter der Ausnahme wurden nicht erwartet und hätten lediglich Zusatzpunkte eingebracht. Insbesondere die erste Kategorie der Ausnahme sollte aber umschrieben werden können. Die konkrete Rechtslage wurde vom EuGH tatsächlich bereits entschieden,⁷¹ weshalb das BVerwG von einer Vorlage absah.⁷²

⁶⁹ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. III, 86. Lfg., Stand: September 2025, AEUV Art. 267 Rn. 59.

⁷⁰ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. III, 86. Lfg., Stand: September 2025, AEUV Art. 267 Rn. 60.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 5.12.2023 – C-128/22.

⁷² BVerwG, Urt. v. 13.6.2024 – 1 C 2/32, Rn. 18.

Anfängerhausarbeit: K.O.-Tropfen

Prof. Dr. Boris Burghardt, Wiss. Mitarbeiterin Damaris Seyoum, Marburg*

*Der Fall wurde im Sommersemester 2025 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Anfänger*innen an der Philipps-Universität Marburg als Hausarbeit gestellt. Er umfasst zentrale Fragen des Allgemeinen Teils sowie der vorsätzlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte. Im Zentrum stehen die Fragen, ob K.O.-Tropfen als gefährliches Werkzeug einzuordnen sind und ob sich der realisierte error in persona im Rahmen der Rücktrittsprüfung als Fehlschlag der versuchten Tat auswirkt sowie das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes bei einer „Trennungstötung“. Von 149 Studierenden haben 10,7 % die Hausarbeit nicht bestanden. Der Notendurchschnitt lag bei 7,4 Punkten.*

Sachverhalt

Der schüchterne Marburger Student B ist bereits seit mehreren Semestern heimlich in seine Kommilitonin E verliebt. Bei einer Fachbereichsparty kommt es schließlich zu einem Kennenlernen. B und E verbringen ein leidenschaftliches Wochenende miteinander, und B glaubt sich kurzzeitig am Ziel seiner Träume von einer gemeinsamen Zukunft mit E. Als er entsprechende Andeutungen gegenüber E macht, reagiert diese indes befremdet und teilt ihm mit, er sei zwar ein netter Typ, mit dem sie eine schöne Zeit gehabt hätte. Sie sei aber derzeit nicht an einer festen Beziehung interessiert. Vielmehr genieße sie ihre Freiheit und Ungebundenheit. B ist am Boden zerstört, er denkt die ganze Zeit an E und kann sich einfach nicht vorstellen, dass es für ihn jemals noch eine andere Frau geben werde.

A, ein trinkfester Freund aus Schulzeiten, der in Gießen studiert, überredet B, ihn am Freitagabend besuchen zu kommen, damit die beiden dort „ordentlich einen drauf machen können“. Als die beiden in einer gut besuchten, unübersichtlichen Bar bei einem Getränk sitzen, merkt A, dass B plötzlich bleich wird. Von A gefragt, was denn los sei, stammelt B, dass soeben „seine Ex“, die E, in das Lokal gekommen sei. Dazu deutet er verstohlen auf eine junge Frau mit langen dunklen Haaren, die sich gerade den Weg in den hinteren Teil der Bar bahnt, ohne A und B wahrgenommen zu haben. A, der den Kummer des B kennt und seinerseits im Umgang mit Frauen ziemlich rücksichtslos ist, schlägt B daraufhin Folgendes vor: Er werde sich zu der ihm unbekannten E setzen und sie auf ein Getränk einladen. In dieses will er unbemerkt die K.O.-Tropfen mischen, die er „für alle Fälle“ immer bei sich trägt. Die Tropfen sollen dafür sorgen, dass E bewusstlos wird. Dass K.O.-Tropfen bei den Betroffenen auch noch Tage später körperliche Beschwerden, wie Erbrechen, Kopfschmerzen oder Schwindel herbeirufen können, wissen die beiden. Nach kurzem Zögern stimmt B zu und ergänzt den Plan sogar: Er will von der bewusstlosen E sodann kompromittierende Fotos anfertigen und diese auf sozialen Medien hochladen, um sie zu demütigen. Zudem gibt er A ein paar Tipps, mit welchen Themen er E leicht in ein Gespräch verwickeln könne.

Doch der gemeinsam gefasste Plan geht nicht auf. Mit E hatte nämlich S, die Schwester der E, die Bar betreten. S und E sehen sich sehr ähnlich, insbesondere haben sie beide dunkle lange Haare. Als B den A auf E aufmerksam machte, glaubte A, B habe auf S gewiesen und hält daher S für E. Daher verwickelt er nun zielstrebig S in ein Gespräch und kauft ihr auch ein Getränk. Kurz bevor er

* Prof. Dr. Boris Burghardt ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Juristische Zeitgeschichte an der Philipps-Universität Marburg. Damaris Seyoum ist Wiss. Mitarbeiterin an jener Professur.

ihr die K.O.-Tropfen in das Getränk mischen will, bemerkt B, der sich verstohlen in die Nähe von A, S und E begeben hat, um zu sehen, ob der Plan gelinge, den Fehler des A. Mit heftigen Gesten macht B den A noch im letzten Moment auf sich aufmerksam. A erkennt seine Verwechslung. Zwar ist es A im Grunde egal, ob er nun S oder E die K.O.-Tropfen verabreicht, er denkt sogar, dass E sich vielleicht noch mehr über bloßstellende Bilder ihrer Schwester S ärgern würde. Er will aber nicht gegen den Willen des B handeln und bricht sein Vorhaben ab. Obwohl A und B bewusst ist, dass A versuchen könnte, nun den Angriff tatsächlich auf E zu verüben, verlassen die beiden die Bar und ziehen weiter in eine andere Kneipe.

Einige Wochen später kreisen die Gedanken des B noch immer unablässig um E. Er kann sich ein Leben ohne „seine E“ nicht vorstellen und quält sich zudem mit Gedanken, dass E mit anderen Männern Zeit verbringen könne. Auf seine drängenden Kontaktaufnahmen reagiert E inzwischen nicht mehr. B steigert sich daraufhin zunehmend in einen Zustand der Wut und Verzweiflung. Er meint, E habe kein Recht, ihn einfach zu ignorieren, sondern sei es ihm schuldig, ihn anzuhören und eine neue Chance zu geben. Als E auf sozialen Medien auch noch ein Bild teilt, das sie Arm in Arm mit einem anderen Mann zeigt, entschließt er sich, E aufzusuchen und sie entweder zur Wiederaufnahme des Kontakts zu überreden oder bei einer erneuten Zurückweisung zu töten oder zumindest schwer zu verletzen. Dafür wartet er vor ihrer Wohnung auf sie. Als E nach Hause kommt, entwickelt sich sofort ein hitziges Gespräch zwischen ihnen. E teilt B unmissverständlich mit, dass sie an weiteren Treffen kein Interesse habe. Daraufhin zieht B ein großes Küchenmesser aus seiner Tasche und versetzt ihr drei Stiche. E erleidet stark blutende Schnittwunden am linken Arm und der Brust, taumelt nach hinten und geht zu Boden. Als B sich über sie beugt, meint er zu erkennen, dass E zwar schwer, aber nicht lebensgefährlich verletzt ist. Er denkt sich zudem, dass die erlittenen Verletzungen jedenfalls ausreichen, um ihr „eine Lehre“ zu erteilen, und lässt von ihr ab. E wird wenig später von Passanten gefunden, die Hilfe verständigen. Tatsächlich war die Stichverletzung in der Brust der E so gravierend, dass sie ohne Rettungsmaßnahmen verblutet wäre.

Aufgabe

Wie haben sich A und B nach dem Strafgesetzbuch strafbar gemacht? §§ 221, 238, 240, 323c StGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: In der Kneipe	368
A. Strafbarkeit des A.....	368
I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB.....	368
1. Vorprüfung.....	369
2. Tatentschluss.....	369
a) Hinsichtlich des Grunddelikts	369
b) Hinsichtlich der Qualifikation.....	369
aa) § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	369
bb) § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	370
cc) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	372

dd) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.....	372
ee) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.....	373
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB.....	373
4. Rechtswidrigkeit.....	373
5. Schuld.....	373
6. Kein Rücktritt.....	373
a) Kein fehlgeschlagener Versuch	374
b) Rücktrittshandlung.....	375
c) Freiwilligkeit.....	375
7. Ergebnis.....	376
II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB.....	376
B. Strafbarkeit des B.....	376
I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB	376
1. Vorprüfung.....	376
2. Tatentschluss.....	376
3. Ergebnis.....	377
II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 StGB	377
1. Tatbestandsmäßigkeit	378
a) Objektiver Tatbestand	378
aa) Vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat	378
bb) Hilfeleisten.....	378
b) Subjektiver Tatbestand.....	378
aa) Vorsatz hinsichtlich der Haupttat	378
bb) Vorsatz hinsichtlich des Hilfeleistens zur Haupttat	379
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	379
3. Kein Rücktritt.....	379
a) Kein fehlgeschlagener Versuch	379
b) Rücktrittshandlung.....	379
c) Freiwilligkeit.....	379
4. Ergebnis.....	380
III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 StGB	380
Zweiter Tatkomplex: Der Messerangriff	380
A. Strafbarkeit des B.....	380
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB.....	380

1. Vorprüfung.....	380
2. Tatenschluss.....	380
a) Hinsichtlich der Tötung eines Menschen	380
b) Hinsichtlich eines tatbezogenen Mordmerkmals.....	380
c) Täterbezogenes Mordmerkmal.....	381
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB.....	384
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	384
5. Kein Rücktritt.....	384
a) Kein fehlgeschlagener Versuch	384
b) Rücktrittshandlung.....	385
aa) Beendeter oder unbeendeter Versuch	385
bb) Aufgabe der Tat.....	385
c) Freiwilligkeit.....	386
d) Zwischenergebnis.....	386
6. Ergebnis.....	386
II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB	386
1. Tatbestandsmäßigkeit	387
a) Grundtatbestand	387
b) Qualifikation.....	387
aa) § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	387
bb) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	387
cc) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.....	387
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	387
3. Ergebnis.....	387
Gesamtergebnis.....	387

Erster Tatkomplex: In der Kneipe

A. Strafbarkeit des A

I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Hinweis: Es sollte direkt der Versuch geprüft werden.

A könnte sich der versuchten gefährlichen Körperverletzung an S gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er ihr ein Getränk kaufte und kurz davor war, ihr die K.O.-Tropfen zu verabreichen.

1. Vorprüfung

A hat die Tropfen nicht verabreicht, die Tat ist somit nicht vollendet. Der Versuch einer gefährlichen Körperverletzung ist gem. § 224 Abs. 2 StGB stets strafbar.

2. Tatentschluss

A müsste einen Tatentschluss zur Begehung einer gefährlichen Körperverletzung an S gehabt haben. Ein Tatentschluss liegt vor, wenn der*die Täter*in Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale hat und ggfs. alle sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale aufweist.¹

a) Hinsichtlich des Grunddelikts

A müsste Vorsatz hinsichtlich einer körperlichen Misshandlung und/oder einer Gesundheitsschädigung der S gehabt haben. Eine körperliche Misshandlung ist eine üble unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.² Durch die Tropfen sollte eine Bewusstlosigkeit hervorgerufen werden, wobei A auch Erbrechen, Schwindel und Kopfschmerzen bei dem Opfer in Kauf genommen hat. Jedenfalls diese in Kauf genommenen körperlichen Beschwerden stellen eine körperliche Misshandlung dar.

Ferner stellen die Bewusstlosigkeit, Erbrechen, Schwindel und Kopfschmerzen auch das nicht ganz unerhebliche Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktion nachteilig abweichenden pathologischen (krankhaften) Zustand körperlicher Art und somit eine Gesundheitsschädigung dar.³

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass A die S für E hielt. Darin könnte ein vorsatzausschließender Irrtum über einen Tatumstand gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB liegen. A hatte seinen Vorsatz, eine Körperverletzung mittels K.O.-Tropfen zu begehen, auf S und damit einen anderen Menschen konkretisiert. Er unterlag (lediglich) einem sog. error in persona, d.h. einer Fehlvorstellung über die Identität des Tatopfers. Indes sind S und E beide andere Menschen und daher als Objekte einer Körperverletzung tatbestandlich gleichwertig. Die Identität des Opfers ist dagegen kein „Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. ⁴ Der Irrtum des A ist somit für den Vorsatz ohne Bedeutung. A hatte einen Körperverletzungsvorsatz hinsichtlich der S.

b) Hinsichtlich der Qualifikation

Der Tatentschluss müsste sich auf die Verwirklichung qualifizierender Umstände erstreckt haben.

aa) § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB

A könnte beabsichtigt haben, die Körperverletzung durch die Beibringung von Gift oder mittels eines anderen gesundheitsschädlichen Stoffes herbeizuführen.

¹ Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 23.

² BGH NStZ 2022, 224 (226 Rn. 16); Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 223 Rn. 4.

³ Zur Bewusstlosigkeit als Gesundheitsschädigung vgl. Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 9.

⁴ Zur Unbeachtlichkeit des error in persona vgl. BGH NJW 1991, 933; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 193 ff.

Ein Gift ist jeder organische oder anorganische Stoff, der im Einzelfall nach seiner Art, der beigebrachten Menge, der Art der Beibringung oder der Konstitution des Opfers durch thermische, chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit zu beschädigen geeignet ist.⁵ Bei K.O.-Tropfen handelt es sich um einen organischen Stoff. Sie beeinflussen das zentrale Nervensystem und haben eine betäubende Wirkung. Damit sind sie in der Lage, die Gesundheit einer Person zu beschädigen. Es handelt sich also um ein Gift.

Ein Gift ist dann beigebracht, wenn der Stoff so mit dem Körper in Kontakt gerät, dass er seine gesundheitsschädliche Wirkung entfalten kann.⁶ A wollte S die Tropfen in das Getränk kippen, dadurch wäre der Stoff so mit dem Körper in Kontakt geraten, dass er die Gesundheit hätte schädigen können.

Darüber hinaus wird teilweise gefordert, dass die Substanz geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung zu verursachen.⁷ Für diese Restriktion spricht die systematische Erwägung, dass an Nr. 1 keine geringeren Anforderungen als an Nr. 2 gestellt werden dürfen.⁸ Durch die K.O.-Tropfen sollte S bewusstlos werden. Die – nicht lediglich ganz kurzfristige – Bewusstlosigkeit kann schon für sich betrachtet, unabhängig von weiteren Risiken, die aus diesem Zustand erwachsen, als eine erhebliche Körperverletzung, also eine solche von überdurchschnittlicher Intensität oder Dauer, eingestuft werden.

bb) § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Hinweis: Es handelt sich hierbei um einen der Problemschwerpunkte der Hausarbeit. An dieser Stelle sollten die Bearbeiter*innen das Urteil des BGH (NJW 2024, 3735) gefunden haben. Da auch in dem Urteil die klassischen Auslegungsmethoden herangezogen werden, ist dies auch von den Studierenden zu erwarten.

Bei der von A beabsichtigten Beibringung von K.O.-Tropfen könnte es sich zudem um die Begehung einer Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs handeln. Als gefährliches Werkzeug gilt jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art und Weise seiner konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

Nach der Einnahme der K.O.-Tropfen kann es über die Bewusstlosigkeit hinaus zu Schwindel, Erbrechen und Kopfschmerzen kommen, womit die Tropfen jedenfalls geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Jedoch handelt es sich bei den K.O.-Tropfen um eine Flüssigkeit, die ihre Wirkung erst infolge einer biochemischen Reaktion im Körperinneren entfaltet. Fraglich ist damit, ob es sich bei K.O.-Tropfen auch um ein „Werkzeug“ handelt.

(1) Der 5. *Strafsenat* des BGH hat jüngst in einem erkennbar als Grundsatz-Entscheidung angelegten Beschluss vertreten, dass K.O.-Tropfen schon aufgrund des Wortlauts der Vorschrift kein gefährliches Werkzeug darstellen würden.⁹ Bei einem Werkzeug handele es sich nach dem allgemeinen

⁵ Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 224 Rn. 12; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 2.

⁶ BGH, Urt. v. 6.12.2023 – 5 StR 281723, Rn. 23.

⁷ BGHSt 51, 18 (22); Sobota/Lichtenthäler, JuS 2017, 516 (517).

⁸ Sobota/Lichtenthäler, JuS 2017, 516 (517).

⁹ BGH NJW 2024, 3735. In diesem Sinne auch BGH NSTz 2009, 505 f.; Müller, jM 2025, 88; Schiemann, KriPoZ 2025, 182; Jahn, JuS 2025, 276; Jäger, JuS 2025, 79; Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 14; Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 224 Rn. 31. A.A. BGH, Beschl. v. 20.4.2017 – 2 StR 79/17; Hörnle, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 177 Rn. 305. Für eine differenzierende Auslegung des Begriffs bei § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB vgl. Pschorr/Gmelin, ZfStw 5/2024, 318 ff.

Sprachgebrauch (welcher am Duden¹⁰ bemessen wird) um einen für bestimmte Zwecke geformten Gegenstand, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet wird. Unter einem Gegenstand verstehe man gemeinhin nur feste Körper. Da K.O.-Tropfen Flüssigkeiten sind und damit keine festen Körper haben, seien sie keine Gegenstände. Ihnen könne deshalb auch keine Werkzeugqualität zukommen. Eine andere Auslegung, die sich auf Gerechtigkeitsgründe stützt, lasse die Wortlautgrenze und damit letztlich den Gesetzlichkeitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG außer Acht.¹¹

Der BGH hat zudem systematische Erwägungen geltend gemacht. Das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs findet sich auch in anderen, insoweit wortlautgleichen Qualifikationstatbeständen, z.B. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Insoweit hat der BGH bereits entschieden, dass ein Mittel, welches erst nach einem Stoffwechselprozess sedierend oder narkotisierend wirkt, kein (gefährliches) Werkzeug sei, selbst wenn es zu einer vorübergehenden Bewusstlosigkeit führe.¹² Dies müsse auch für den Werkzeugbegriff nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten und stünde auch nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung, die ätzende Säure, die dem Opfer ins Gesicht gegossen wird, als gefährliches Werkzeug einordnet, denn anders als bei der Beibringung von K.O.-Tropfen über ein Getränk können die mit einem Gegenstand von außen auf den Körper gebrachten Stoffe unmittelbar zu einer erheblichen Körperverletzung führen.¹³

(2) Dieser Argumentation lassen sich die folgenden Erwägungen entgegenhalten: Juristische Begriffe müssen sich nicht mit der umgangssprachlichen Begriffsverwendung decken.¹⁴ Die Grenze des zulässigen Wortlauts lässt sich daher jedenfalls nicht (nur) im Duden finden. Selbst wenn der Begriff des Werkzeugs üblicherweise körperliche Gegenstände bezeichnet, erscheint es nicht zwingend, die feste Verkörperung als unverzichtbares Begriffsmerkmal anzusehen.¹⁵ Entscheidender als der Aggregatzustand ist für den Werkzeugbegriff, dass sich ein Gegenstand zielgerichtet zur erheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit gebrauchen lässt. Dass der Wortlaut keineswegs derart eindeutig auf körperliche Gegenstände beschränkt ist, zeigt sich auch daran, dass selbst die Rechtsprechung in früheren Entscheidungen flüssige Substanzen mit betäubender oder ätzender Wirkung als gefährliches Werkzeug subsumiert hat. So wurde etwa bei Säure, die ins Gesicht gegossen wurde, das Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs angenommen.¹⁶ Außerdem wurde auch im Gesetzgebungsverfahren zum 6. StrRG Salzsäure als ein Beispiel für ein gefährliches Werkzeug erwähnt.¹⁷ Damit ist die Wortlautgrenze nicht überschritten.

Für eine Einbeziehung auch flüssiger Substanzen sprechen außerdem teleologische Erwägungen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, besonders gefährliche Begehungsweisen bzw. Tatmittel zu erfassen. Der Aggregatzustand des Tatmittels ist für seine Gefährlichkeit aber irrelevant. Die Verwendung von Substanzen mit dem Ergebnis einer länger andauernden Bewusstlosigkeit ist unter Umständen auch gefährlicher und eingriffsintensiver als Tatmittel, die feste Körper haben. K.O.-Tropfen sind besonders gefährlich, da sie nicht nur die Bewusstlosigkeit herbeiführen können, sondern auch die Wehrlosigkeit des Opfers und damit das Risiko weiterer Straftaten, wie etwa Diebstähle oder sexualisierte Gewalt erhöhen. E sollte bewusstlos und dadurch wehrlos werden, damit A und B bloßstellende Bilder von ihr hätten machen können.

¹⁰ Duden (24.11.2025).

¹¹ Zustimmend *Grafe*, ZfIStw 5/2025, 666 (667 f.).

¹² BGH NSTZ-RR 2018, 141.

¹³ BGH NJW 2024, 3735 (3736 Rn. 20).

¹⁴ *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 1 Rn. 20.

¹⁵ *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 12. Aufl. 2023, § 177 Rn. 305.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1951, 82.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18.

Mithin handelt es sich bei den K.O.-Tropfen um ein gefährliches Werkzeug.

Hinweis: A.A ist ebenso gut vertretbar. Praktische Bedeutung hat diese teleologische Erwägung insbesondere bei anderen Tatbeständen (z.B. § 177 Abs. 8 StGB), die – anders als § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB – nicht gesondert eine Herbeiführung mit Gift oder gesundheitsschädlichen Stoffen als qualifizierende Umstände aufführen.

cc) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Darüber hinaus könnte ein Tatentschluss bezüglich eines hinterlistigen Überfalls i.S.d. Nr. 3 vorliegen. Ein solcher liegt vor, wenn eine ahnungslose Person unter planmäßig berechnender Verdeckung der wahren Absichten plötzlich angegriffen wird.¹⁸ S sollten K.O.-Tropfen als ein bewusstseinstrübendes Mittel durch heimliche Beimischung in ein unverdächtiges Getränk verabreicht werden. Dies stellt eine planmäßig berechnende Verdeckung der wahren Absichten dar, womit eine hinterlistige Vorgehensweise erfüllt ist. Der Begriff „Überfall“ könnte jedoch das Vorliegen eines körperlichen Angriffs erfordern. Allerdings spricht auch hier der Sinn und Zweck der Nr. 3 für eine weite Auslegung. Strafgrund der Nr. 3 ist einerseits die erhöhte Gefährlichkeit der Begehungsweise, die für das Opfer daraus erwächst, dass es sich unvorhergesehen und plötzlich dem Angriff ausgesetzt sieht, andererseits die erhöhte kriminelle Energie, die sich in der planmäßigen Verdeckung der Angriffsabsicht manifestiert.¹⁹ Durch das heimliche Beimischen hatte S keine Möglichkeit, sich zu verteidigen. Die Plötzlichkeit des Angriffs sollte im unvorhersehbaren Eintreten der Betäubungswirkung liegen.²⁰ Nr. 3 ist verwirklicht.²¹

Hinweis: A.A ist vertretbar.

dd) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Ferner könnte der Tatentschluss des A auch auf die Verwirklichung der Qualifikation der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gerichtet sein. Dafür müsste er beabsichtigt haben, die Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich zu begehen. Dies liegt vor, wenn mindestens zwei Personen bei ihrer Ausführung einverständlich zusammenwirken und so die Gefährlichkeit des Angriffs für das Opfer erhöhen.²² Beteiligung ist nach der Legaldefinition des § 28 Abs. 2 StGB der Oberbegriff für Täterschaft und Teilnahme. Bei A und B handelt es sich jedenfalls um Beteiligte im Sinne der Vorschrift. Ob sie die Körperverletzung aber auch tatsächlich gemeinschaftlich i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB begangen haben, ist fraglich: A sollte nämlich die aktive Rolle übernehmen, während B das Geschehen aus der Ferne beobachten sollte. Der strafschärfende Grund von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist, dass das Opfer durch die erhöhte Zahl der Angreifer*innen eingeschüchtert oder in den Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt wird.²³ Daraus ergibt sich aber auch, dass wenigstens zwei Personen am Tatort anwesend sein und eine aktive Rolle spielen müssen. Zwar ist nicht erforderlich, dass jede beteiligte Person die Tathandlung eigenhändig oder gleichzeitig vollzieht, aber

¹⁸ BGH NStZ 2004, 93; Dölling, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 4.

¹⁹ Sternberg-Lieben, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 18.

²⁰ Sternberg-Lieben, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 18.

²¹ Vgl. BGH NStZ-RR 1996, 100 (101); Hardtung, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 224 Rn. 34; Grünwald, in: *LK-StGB*, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 26. A.A. Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1*, 11. Aufl. 2019, § 9 Rn. 16.

²² Engländer, in: *Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 12.

²³ BGH NStZ 2016, 595; Sternberg-Lieben, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 19 ff.

dass durch das Zusammenwirken tatsächlich eine gesteigerte Gefährlichkeit des Angriffs begründet wird.²⁴ Dem Opfer müssen also mindestens zwei Personen gegenüberstehen. S sollten hier aber gerade nicht A und B gegenüberstehen, damit B nicht erkannt würde. § 224 Abs. 1 Nr.4 StGB ist nicht einschlägig.

Hinweis: A.A. ebenso gut vertretbar, wenn darauf abgestellt wird, dass die Begehungssituation so gestaltet bzw. geplant war, dass B jederzeit hätte eingreifen können (und nach dem Tatplan jedenfalls nach Eintritt der Bewusstlosigkeit wohl auch eingreifen sollte).

ee) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Mangels näherer Sachverhaltsangaben kommt eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung selbst dann nicht in Betracht, wenn man hierfür mit der h.M. schon die Eignung ausreichen lässt, eine abstrakte Lebensgefahr zu schaffen.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Unmittelbares Ansetzen liegt vor, wenn der*die Täter*in subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-lost“ überschritten und objektiv zu einer tatbestandlichen Angriffshandlung angesetzt hat, die ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung einmünden soll.²⁵ A hatte sich S bereits genähert und war dabei, ihr die K.O.-Tropfen ins Getränk zu mischen. Ein unmittelbares Ansetzen liegt vor.

4. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, womit A rechtswidrig handelte.

5. Schuld

Auch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, A handelte schuldhaft.

6. Kein Rücktritt

In Betracht kommt ein strafbefreiender Rücktritt des A vom Versuch (§ 24 StGB). Da mehrere Personen (A und B) an der Tat beteiligt waren, ergeben sich die Voraussetzungen unter denen ein strafbefreiender Rücktritt erfolgen kann, aus § 24 Abs. 2 StGB.²⁶ Gem. S. 1 wird danach wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Gem. S. 2 genügt zur Straflosigkeit jedoch auch ein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne Zutun der betroffenen Person nicht vollendet oder unabhängig von dem früheren Tatbeitrag begangen wird. Indem A von der Tat abließ, könnte S. 1 einschlägig sein.

²⁴ Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 21.

²⁵ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 34 Rn. 22.

²⁶ Zur Klarstellung: Es ist hier ein anderer Maßstab anzulegen als bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB: Während bei der gefährlichen Körperverletzung eine *gemeinschaftliche* Tatbegehung mit einem anderen Beteiligten erforderlich ist, muss bei § 24 Abs. 2 StGB die versuchte Tat lediglich mehrere Beteiligte haben.

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein Rücktritt wäre jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn ein fehlgeschlagener Versuch vorliegen würde. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der*die Täter*in nach seiner subjektiven Vorstellung die Tat mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.²⁷

Hier war A bewusst, dass ihm eine Vollendung der von ihm versuchten Körperverletzung der S noch möglich wäre. Ein Fehlschlag in rein tatsächlicher Hinsicht liegt daher weder objektiv noch nach seiner Vorstellung vor. Allerdings hatte A zwischenzeitlich erkannt, dass sich sein Versuch auf S, nicht – wie eigentlich beabsichtigt – auf E bezog. Ob in einem solchen Fall, in dem der*die Täter*in nach Versuchsbeginn seinen*ihren error in persona realisiert, ein Fehlschlag vorliegt, ist umstritten.

Gegen einen Fehlschlag kann hier zunächst angeführt werden, dass es dennoch möglich war, S die K.O.-Tropfen zu verabreichen, damit sie bewusstlos wird. Die Tat konnte also trotzdem auch noch an ihr vollendet werden.²⁸ Dem könnte man – wenn man für einen Fehlschlag²⁹ argumentiert – aber entgegenhalten, dass A der S die Tropfen zwar faktisch noch hätte verabreichen können, dies allerdings den durch den Tatplan bestimmten Sinn verfehlt hätte: Bei dem Opfer handelte es sich nämlich nicht um die Exfreundin des B, sondern um ihre Schwester, womit sie sich jedenfalls nicht an E gerächt hätten. Bei einer solchen Argumentation umfasst der Fehlschlag nicht nur die tatsächliche Unmöglichkeit, sondern auch die soziale Sinnlosigkeit der Tatvollendung.

Auf der anderen Seite ist aber die Ausdehnung der Rücktrittsmöglichkeit letztlich die Konsequenz aus der Annahme der Unbeachtlichkeit der Personenverwechslung für den Vorsatz.³⁰ Wenn auf Tatbestandsebene die Personenverwechslung nicht zum Vorsatzausschluss führt, dann darf dem*der Täter*in, wenn er*sie seinen*ihren Irrtum erkennt und von der Vollendung der dennoch möglichen Tatbegehung absieht, nicht die Straffreiheit gem. § 24 StGB von vorneherein versagt werden.³¹ Setzt der*die Täter*in unmittelbar zur Verwirklichung des Tatgeschehens an, so bezieht sich sein*ihr Vorsatz auf die anvisierte Person.³² Gab A also diesen Vorsatz auf, dann trat er auch von genau dieser Tat zurück, wobei seine Motive zunächst unerheblich sind. Die Motive werden erst bei der Freiwilligkeit relevant.³³

Außerdem wird – wenn ein Fehlschlag angenommen wird – die ohnehin außergesetzliche Kategorie des Fehlschlags zu Lasten der Versuchstatperson normativiert. Das gesetzliche Erfordernis der Freiwilligkeit würde dann von der ungeschriebenen Kategorie des Fehlschlags vollständig verdrängt werden.

In teleologischer Hinsicht spricht gegen die Annahme eines Fehlschlags, dass damit Belange des Opferschutzes vernachlässigt werden, die die gesetzliche Rücktrittsregelung nach h.M. stark bestimmen. In diesem Zusammenhang lässt sich anführen, dass bei einem beendeten Versuch richtigerweise unstreitig kein fehlgeschlagener Versuch angenommen wird, sondern aus Gründen des Opferschutzes die soziale Sinnlosigkeit der Tat außer Acht gelassen wird.³⁴

²⁷ BGH NSTZ 2024, 31 (31 Rn. 5); BGH NSTZ-RR 2020, 102 (103).

²⁸ Vgl. in diesem Sinne *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 26.

²⁹ Einen Fehlschlag in entsprechenden Fallkonstellationen bejahend etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 39 Rn. 94; *ders.*, JuS 1998, 1 (3); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 37 Rn. 23; *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 97.

³⁰ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 777.

³¹ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 777.

³² *Feltes*, GA 1992, 395 (413).

³³ *Feltes*, GA 1992, 395 (413). In diesem Sinne auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 21.

³⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 37 Rn. 24; *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023,

Im konkreten Fall spricht darüber hinaus dagegen, dass, wie die Erwägungen des A zeigen, der soziale Sinn der Tat als Racheakt gegen E sich durchaus auch durch eine Betäubung der S realisieren ließe, wenn auch in anderer, lediglich mittelbarer Form.

Damit liegt kein Fehlschlag vor.

Hinweis: A.A. (und wohl h.M.) vertretbar. Grundlage einer solchen Argumentation muss dann ein Tatbegriff sein, der sich stärker an der Tat orientiert, die A „eigentlich“ verüben wollte, nämlich E zu betäuben. Durch die Verwechslung konnte die Tat so, wie sie geschehen sollte, nicht mehr verwirklicht werden. Es bedürfte freilich einer Begründung, warum im Rahmen der Prüfung des Fehlschlags plötzlich diese im Rahmen des Vorsatzes irrelevante Motivations-/Willenssituation des A ausschlaggebend sein soll. Es ist schwer nachvollziehbar, warum als vorsätzlich versuchte Tat die Betäubung der S gewertet wird, die dann fehlgeschlagen sein soll, weil „eigentlich“ E angegriffen werden sollte. Die Argumentation müsste hervorheben, dass nun das Tatmotiv des A, das sich nur auf E (und nicht auf S) bezog, für den Tatentschluss wesentlicher und bestimmender Faktor war und daher auch für die Bewertung des Versuchs als fehlgeschlagen entscheidend sei. Dagegen spricht im konkreten Fall allerdings auch die Sachverhaltsangabe, nach der A es explizit gleichgültig war, ob er statt E die S betäubt. Die a.A. sieht darin keinen Widerspruch zur Behandlung des Vorsatzes. Wenn ein Fehlschlag bejaht wird, dann müsste die Prüfung des Rücktritts an dieser Stelle beendet werden.

b) Rücktrittshandlung

A müsste die Vollendung der Tat verhindert haben. Indem er das Vorhaben nicht fortführt, hat er die Tatvollendung verhindert.

c) Freiwilligkeit

Im Rahmen der Freiwilligkeit ist zu klären, ob die Intervention des B eine Freiwilligkeit des A ausschließt. Voraussetzung für die Annahme der Freiwilligkeit ist nach ständiger Rechtsprechung, dass der*die Täter*in die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will und die Ausführung seines*ihres Tatplans noch für möglich hält, also sich weder durch eine äußere Zwangslage noch durch seelischen Druck an der Vollendung gehindert sieht.³⁵

Wie bereits festgestellt, hielt A eine Rache an E auch durch die Betäubung von S noch für möglich, es liegt also keine vollständige soziale Sinnlosigkeit vor, der Tatplan erschien ihm auch nach Entdeckung seines Irrtums noch realisierbar. Fraglich ist jedoch, ob A „Herr seiner Entschlüsse“ blieb, nachdem ihn B auf seinen Irrtum aufmerksam machte und zum Ausdruck brachte, dass er (B) nicht an der von A begonnen Tat mitwirken würde. Die Erwägung, dass A meinte, auch durch eine Betäubung der S ließe sich Rache an E üben, spricht für eine Freiwilligkeit. Gegen die Freiwilligkeit spricht, dass sein Komplize B eindeutig zu verstehen gab, die versuchte Tat nicht zu wollen. Jedenfalls als Freundesdienst verliert die noch vollendbare Tat damit ihren Sinn. Freilich bleibt die Wichtigkeit dieses Gesichtspunkts eine autonome Setzung des A. A brach die Tat nicht aus Angst vor Entdeckung oder anderen Hinderungsgründen ab, sondern aus Respekt vor dem Willen des B, also aus eigenem Antrieb. Damit ist der Rücktritt freiwillig.

§ 24 Rn. 25.

³⁵ BGH NStZ 2013, 639 (640).

Dass A und B anschließend (insoweit durchaus freiwillig) übereinkamen, es nicht noch einmal bei E zu probieren, begründet nicht die Anwendung des § 24 StGB. Denn insoweit handelt es sich lediglich um den Verzicht auf ein erneutes Ansetzen zu einer weiteren (!) Versuchstat.

Damit ist der Rücktritt freiwillig.

7. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung an S strafbar gemacht.

II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung der versuchten gefährlichen Körperverletzung an E gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB schuldig gemacht haben.

Indes erstreckte sich der Vorsatz des A zu dem gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB i.V.m. § 8 S. 1 StGB relevanten Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zur Tat allein auf die – fälschlich für E gehaltene – S. Einen tatbezogenen Vorsatz zur Verletzung der E im rechtlichen Sinne gab es zu diesem Zeitpunkt, trotz seines eigentlichen Willens, diese als die „abtrünnige Geliebte“ seines Freundes B zu verletzen, nicht. A hat sich nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung an E schuldig gemacht.

Hinweis: Hier sollte sich sehr kurz gefasst werden.

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB

Indem A ansetzte, die K.O.-Tropfen zu verabreichen, könnte B sich der versuchten gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch einer gefährlichen Körperverletzung ist gem. § 224 Abs. 2 StGB stets strafbar.

2. Tatentschluss

B sollte keine unmittelbar tatbestandsmäßige Handlung erbringen. Allerdings könnten ihm die Tatbeiträge des A zugerechnet werden. Dafür müsste B einen Tatentschluss zur mittäterschaftlichen Verwirklichung der versuchten Körperverletzung gefasst haben. Fraglich ist, ob der Tatplan auch auf eine mittäterschaftliche Begehung gerichtet war. Bei dem geplanten Tatbeitrag des B könnte es sich auch nur um eine Teilnahmehandlung handeln.

Mit einer subjektiven Betrachtungsweise könnte die Frage der Täterschaft danach zu beurteilen sein, wer die Tat subjektiv als eigene will, also mit Täterwillen handelt und objektiv irgendeinen fördernden Beitrag erbringt.³⁶ Anhaltspunkt für den Täterwillen könnten der Grad des Interesses am

³⁶ BGH NStZ-RR 2017, 5 (6); BGH NStZ 2006, 94.

Taterfolg, der Umfang der Tatherrschaft bzw. der Wille zur Ausübung der Tatherrschaft sein.³⁷ Dafür könnte darauf abgestellt werden, dass B ein besonderes persönliches Interesse an der Tat hatte, denn es handelte sich um seine Exfreundin und er wollte anschließend Bilder von E anfertigen, um sie zu demütigen. Damit dies aber geschehen konnte, musste die Betäubung gelingen. Zudem gab er auch Tipps für einen Gesprächseinstieg, welcher nach seiner Vorstellung entscheidend für das Gelingen der Tat war, denn nur wenn A die (vermeintliche) E in ein Gespräch verwickeln konnte, konnte er ihr unbemerkt die K.O.-Tropfen verabreichen und B anschließend die Bilder anfertigen. Damit könnte man mit einer eher subjektiven Betrachtung eine Mittäterschaft annehmen. Eine solche Subjektivierung ist jedoch abzulehnen, denn sie widerspricht jedenfalls dem Wortlaut des § 25 Abs. 1 StGB. Zudem sollte B an der eigentlichen Tatbegehung nicht mitwirken.

Mit einer eher objektiven Auslegung hingegen könnte Täter*in sein, wer als Zentralgestalt des Geschehens die planvoll lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft besitzt.³⁸ Teilnehmer*in könnte sein, wer ohne eigene Tatherrschaft als Randfigur des Geschehens die Begehung der Tat veranlasst oder sonst fördert. A hatte den für die Körperverletzung relevanten Tatplan allein geschmiedet, verfügte über die K.O.-Tropfen, sprach das vermeintliche Opfer an und führte die eigentliche Schädigungshandlung durch. B hingegen blieb im Hintergrund, beobachtete das Geschehen, hatte keinen unmittelbaren Kontakt zum Opfer und leistete auch keine dies kompensierende Mehrleistung im Vorbereitungsstadium. A besaß die Tatherrschaft und bildete die Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens, wohingegen B als Randfigur anzusehen ist. Auch nach dieser Ansicht liegt keine Mittäterschaft vor.

Hinweis: A.A. noch vertretbar. Wenn eine Mittäterschaft bejaht wird, dann müsste im Tatentschluss noch thematisiert werden, wie sich der error in persona des A auf B auswirkt. Außerdem müsste die Frage des unmittelbaren Ansatzens bei der Mittäterschaft behandelt werden. Schließlich ergeben sich beim Rücktritt aber die u.g. Probleme.

3. Ergebnis

B hat sich nicht der versuchten gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft schuldig gemacht.

II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 StGB

Allerdings könnte B sich der Beihilfe zur versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 27 StGB schuldig gemacht haben, indem er der Tat zustimmte und Rat-schläge erteilte.

³⁷ BGH NStZ-RR 2017, 5 (6); BGH NStZ 2006, 94.

³⁸ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 27 ff.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 25 ff. m.w.N.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat

Die versuchte gefährliche Körperverletzung des A ist eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat.

bb) Hilfeleisten

Hilfeleisten meint jeden Tatbeitrag, der die Haupttat entweder ermöglicht oder erleichtert.³⁹ Durch das Zustimmung zur Tat und Erteilung der Ratschläge hat B die Haupttat erleichtert und damit (jedenfalls psychische) Beihilfe geleistet.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz hinsichtlich der Haupttat

B müsste auch Vorsatz hinsichtlich der von A begangenen Haupttat gehabt haben. Problematisch ist nun, wie sich der error in persona des Haupttäters A auf seinen Gehilfen B auswirkt.

Hinweis: Die Frage, wie sich der error in persona auf die teilnehmende Person auswirkt, ist ein zentrale Streitfrage des Allgemeinen Teils zurückgehend auf die Rose-Rosahl-Entscheidung des Preußischen Obertribunals aus dem Jahr 1859. Dabei beschränkt sich die Diskussion jedoch fast ausschließlich auf den*die Anstifter*in. Wie sich der error in persona auf den Gehilfen auswirkt, wird in der Literatur hingegen kaum diskutiert.⁴⁰ Oftmals wird ohne Weiteres festgestellt, dass die bei der Anstiftung entwickelten Grundsätze entsprechend gelten.⁴¹

Man könnte zunächst der Auffassung sein, dass die Objektverwechslung des A für den B ein Fehlgehen der Tat, eine sog. aberratio ictus, bedeutet.⁴² Dies könnte damit begründet werden, dass sich der Vorsatz des B auf ein bestimmtes Opfer bezogen hat, nämlich E. Die Verletzung von S sei ihm damit nicht zurechenbar. Wenn A ein anderes Opfer trifft, als von B gewollt, dann sei dies genauso zu beurteilen, wie wenn ein Schuss fehlgeht.⁴³ Danach würde eine Beihilfe des B am Vorsatz hinsichtlich der Haupttat scheitern.

Man könnte aber auch vertreten, dass A und B gleich zu behandeln sind, also ein error in persona des A auch für B unbeachtlich ist, wenn die Verwechslung noch innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren liegt.⁴⁴ Dass A zwei ihm unbekannte Schwestern miteinander verwechselt, liegt innerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung. B würde somit vorsätzlich handeln.

³⁹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 2.

⁴⁰ Ausführlich dazu aber Haft/Eisele, in: GS Keller, 2003, S. 89 ff.

⁴¹ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 911.

⁴² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 6; Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 132 ff.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 209; Fahl, ZJS 2009, 63 (65).

⁴³ Vgl. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, Rn. 1312.

⁴⁴ BGHSt 37, 214 ff.; BGH NSTZ 1998, 294 (295).

Für die letztgenannte Auffassung und damit eine Gleichbehandlung von Täter*in und Teilnehmer*in spricht insbesondere der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme. Im Übrigen ist diese Situation nur bedingt vergleichbar mit einer aberratio ictus: Bei der aberratio ictus individualisiert der*die Täter*in seinen*ihren Vorsatz im Zeitpunkt seines*ihres Angriffs auf ein konkretes Objekt, welches er*sie dann verfehlt. Bei der Beihilfe erfolgt die Individualisierung aber gerade nicht durch die Person, die Beihilfe leistet, sondern durch den*die Haupttäter*in. Der Gehilfenvorsatz ist daher auch weiter als der Anstiftervorsatz. Auch hier überließ B die Individualisierung in der konkreten Situation dem A, er konnte sich praktisch nur „wünschen“, dass A die richtige Person ins Visier nahm. Die Objektverwechslung des A schließt daher auch für B nicht den Vorsatz aus.

Hinweis: A.A. vertretbar.

bb) Vorsatz hinsichtlich des Hilfeleistens zur Haupttat

Auch hinsichtlich des Hilfeleistens handelte B vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Verhalten des B war rechtswidrig und schuldhaft.

3. Kein Rücktritt

In Betracht kommt ein Rücktritt des B nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB.

Hinweis: Zwar liegt hier ein Fall der vollendeten Teilnahme vor, da B seinen Förderungshandlungen schon erbracht hat. Aber bei § 24 StGB geht es um die Haupttat, sodass nicht nur der*die Täter*in des Versuchs, sondern auch der*die Teilnehmer*in nach den Regeln des § 24 Abs. 2 StGB von der versuchten Haupttat zurücktreten kann. Wäre die Teilnahmehandlung noch nicht vollständig erbracht oder erfolglos geblieben, dann läge lediglich eine versuchte Teilnahme vor, die aber nicht von § 24 Abs. 2 StGB erfasst ist (sondern ggf. von § 30 StGB).

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Die versuchte Tat des A ist nicht fehlgeschlagen (siehe oben).

b) Rücktrittshandlung

B müsste die Tatvollendung verhindert haben, § 24 Abs. 2 S. 1 StGB. Durch seine wilden Gesten sorgte B dafür, dass A seinen Irrtum bemerkte und die Tat deshalb nicht fortsetzte. Damit verhinderte B die Tatvollendung.

c) Freiwilligkeit

Zudem müsste B auch freiwillig gehandelt haben. Durch sein Verhalten sorgte B dafür, dass A seinen Irrtum bemerkte. Für B war erkennbar, dass A den Angriff fortsetzen wird, wenn er den Irrtum nicht aufklärt. Als B den A auf seinen Irrtum hinwies, handelte er weder in einer äußeren Zwangslage noch unter seelischem Druck, sondern war Herr seiner Entschlüsse. Genau dies ist es, was nach den Wer-

tungen des § 24 StGB und insbesondere im Sinne eines optimalen Opferschutzes von B verlangt wird. Zwar könnte man bei B argumentieren, dass die Durchführung der Tat für ihn nicht mehr sinnvoll war (Verbrechervernunft). Schließlich wollte sich B bei E rächen und nicht bei S. Jedoch ist zu beachten, dass dies in der Konsequenz bedeuten würde, dass ein strafbefreiender Rücktritt in Fällen des error in persona stets unmöglich wäre. Dies ist allerdings insbesondere im Sinne eines optimalen Opferschutzes unbillig (siehe oben, die Argumentation zum fehlgeschlagenen Versuch).

Damit liegt ein Rücktritt vor.

Hinweis: A.A. vertretbar, wenn man die Sinnlosigkeit der Durchführung für B betont und auch hier eher den konkreten Tatplan für entscheidend hält. Man könnte argumentieren, dass B durch äußere Umstände zur Aufgabe gezwungen wird, da es sich nicht um E, sondern um S handelte und der Entschluss damit nicht mehr selbstbestimmt ist.

4. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des B scheidet aus.

III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur versuchten gefährlichen Körperverletzung an E scheitert am Vorsatz.

Zweiter Tatkomplex: Der Messerangriff

A. Strafbarkeit des B

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB

B könnte sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf E einstach.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des Mordes, § 12 Abs. 1 StGB i.V.m. § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB.

2. Tatenschluss

a) Hinsichtlich der Tötung eines Menschen

B handelte mit Vorsatz hinsichtlich der Tötung von E.

b) Hinsichtlich eines tatbezogenen Mordmerkmals

B könnte sich eine heimtückische Tötung vorgestellt haben. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und

Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.⁴⁵ Arglos ist, wer sich bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs keines erheblichen tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁴⁶ Wehrlos ist, wer aufgrund der Arglosigkeit in seiner Verteidigungsbereitschaft herabgesetzt ist.⁴⁷

B wollte zwar vorher ein Gespräch mit E führen. Weder ein Gespräch noch eine daraus entstehende Auseinandersetzung lassen jedoch die von B vorgestellte Arglosigkeit der E entfallen.⁴⁸ Dies wäre nur dann der Fall, wenn B sich vorgestellt hätte, dass sich für E aus dem Gespräch ein akuter Anlass für die Annahme eines bevorstehenden Angriffs durch ihn ergeben hatte. Das lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. B hat das Messer erst unmittelbar vor der Tatbegehung herausgezogen. Dadurch konnte E sich gegen den Angriff auch nicht wehren. Mithin war E nach der Vorstellung des B arglos und in Folge ihrer Arglosigkeit auch wehrlos. Dies wusste B und nutzte ihre Arg- und Wehrlosigkeit damit bewusst aus.

c) Täterbezogenes Mordmerkmal

Hinweis: Es handelt sich um einen Problemschwerpunkt der Hausarbeit.

B könnte weiterhin aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Ein Beweggrund ist niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist.⁴⁹ Der Beweggrund muss mithin in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag verwerflich sein.⁵⁰ Die Einstufung beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des*der Täters*Täterin und seine*ihre Persönlichkeit einschließt.⁵¹ Gefühlsregungen wie Wut, Zorn, Ärger, Hass und Rachsucht kommen nur dann als niedriger Beweggrund in Betracht, wenn sie nicht menschlich verständlich sind, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des*der Täters*Täterin und ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen.⁵²

Tötungen aus purer Frauenfeindlichkeit lassen sich anerkanntermaßen als Mord aus niedrigen Beweggründen einordnen.⁵³ Allerdings tötet B die E nicht aus genereller Frauenfeindlichkeit. Er wollte sie töten, weil sie sich von ihm getrennt hat. Es handelt sich um eine sog. Trennungstötung. Wie diese rechtlich zu behandeln sind, ist streitig.

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur erfolgt die Tötung einer ehemaligen Intimpartnerin, die sich vom Täter abgewendet hat, nicht zwangsläufig aus niedrigen Beweggründen.⁵⁴ Vielmehr sei stets im Einzelfall zu beurteilen, ob in einem solchen Fall nicht tatalösend und tatbestimmend auch Gefühle der Verzweiflung und der inneren Ausweglosigkeit sind.⁵⁵ Zu berücksichtigen sei das Gebot einer grundsätzlich restriktiven Auslegung der Mordmerkmale.

⁴⁵ BGH NStZ 2021, 609 (610 Rn. 12).

⁴⁶ BGH NStZ 2021, 609 (610 Rn. 12).

⁴⁷ BGH NStZ 2021, 609 (610 Rn. 12).

⁴⁸ Safferling, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 211 Rn. 42a.

⁴⁹ BGH NStZ 2020, 617 (617 Rn. 9); BGH NStZ 2006, 284 (285 Rn. 2).

⁵⁰ BGH NStZ 2020, 617 (617 Rn. 9).

⁵¹ BGH NStZ 2015, 690 (692).

⁵² BGH NStZ 2023, 231 (231 Rn. 3); BGH NStZ 2019, 206 (207 Rn. 16).

⁵³ In diesem Sinne bspw. Wolters, GA 2014, 556 (557).

⁵⁴ BGH NStZ-RR 2006, 340 (342).

⁵⁵ LG Kiel, Urt. v. 5.7.2022 – 13 Ks 598 Js 62014/21, Rn. 218.

Ein niedriger Beweggrund kommt nach der Rechtsprechung dann in Betracht, wenn der Täter getrieben sei von einer hemmungslosen Eifersucht.⁵⁶ Sie soll vorliegen, wenn der andere Teil dem Täter „keinen berechtigten Anlass“ zur Eifersucht gegeben hat.⁵⁷ Zwar sei der Ursprung einer solchen Eifersucht die „unglückliche Liebe“.⁵⁸ Jedoch entbinde dies den Täter nicht von der Pflicht zur Beherrschung seiner „Triebe“ und vor der Achtung vor dem menschlichen Leben ganz besonders dann, wenn ihm der andere Teil keinen berechtigten und verständlichen Anlass zu so tiefgreifenden Gefühlen gegeben hat.⁵⁹ Liege hingegen nur eine „normale“, d.h. nicht egoistisch qualifizierte Eifersucht vor und sei ein verständlicher Anlass gegeben, so liege schon gar kein Beweggrund (sondern eine Leidenschaft) vor, jedenfalls aber sei dieser nicht niedrig.⁶⁰

Ob nach diesen – erkennbar von überholten Geschlechterstereotypen geprägten – Maßstäben für B von einer „hemmungslosen Eifersucht“ gesprochen werden kann, ist zweifelhaft. Dagegen ließe sich einwenden, dass E mit dem Hinweis, sie wolle ihre Freiheit und Ungebundenheit genießen, und indem sie ein Bild von sich und einem anderen Mann öffentlich machte, einen „Anlass“ für die Eifersucht des B schuf. Eine solche Argumentation geht allerdings an dem Umstand vorbei, dass E und B keine Beziehung, sondern nur ein kurzes unverbindliches Verhältnis hatten. E hatte B ausdrücklich mitgeteilt, dass sie keine feste Beziehung wollte, B hat also keinerlei Exklusivität erwarten durfte.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen einen niedrigen Beweggrund sprechen könnte, ist, dass die Beendigung des Verhältnisses von E ausging. Bezeichnend für eine solche Argumentation, ist die Rechtsprechung, die bis 2008 formulierte, dass die Annahme eines niedrigen Beweggrundes dann fraglich sei, wenn die Trennung vom Opfer ausging „und der Angeklagte sich dessen beraubt [sieht], was er eigentlich nicht verlieren will“.⁶¹ Zwar hat die neuere Rechtsprechung diese Formulierung mittlerweile aufgegeben, allerdings wertet sie und Teile der Literatur die opferseitige Trennung noch als ein gegen das Mordmerkmal sprechendes Indiz.⁶²

Eine solche Auslegung ist allerdings abzulehnen.⁶³ In der Initiierung der Trennung durch das Opfer liegt kein Umstand, der die Beherrschungswünsche des*der Täters*Täterin als normativ im Ansatz nachvollziehbares Tötungsmotiv erscheinen lässt und damit zur Verneinung der niedrigen Beweggründe führen kann.⁶⁴ Eine solche Argumentation ist vielmehr opferbeschuldigend und Ausdruck patriarchaler Besitzkonstitutionen.⁶⁵ Auch der 5. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs sieht in dem Umstand, dass die Trennung vom Tatopfer ausging, in Entscheidungen der jüngeren Vergangenheit kein gegen die Annahme niedriger Beweggründe sprechendes Indiz.⁶⁶ Mit dem Menschenbild des Grundgesetzes und den Werten des durchweg auf Selbstbestimmung, Gleichberechtigung und gegenseitige personelle Achtung angelegten deutschen Rechts sei es unvereinbar, der legitimen Inanspruchnahme des Rechts auf ein selbstbestimmtes Leben eine derartige Relevanz für die sozial-ethische Bewertung des Tötungsmotivs zuzusprechen.⁶⁷

⁵⁶ BGHSt 3, 180 (182).

⁵⁷ BGHSt 3, 180 (182 f.).

⁵⁸ BGHSt 3, 180 (183).

⁵⁹ BGHSt 3, 180 (183).

⁶⁰ OGHSt 2, 117.

⁶¹ BGH NStZ 2009, 568 (568 Rn. 9).

⁶² BGH NStZ 2024, 673 (674 Rn. 10); LG Kiel, Ur. v. 5.7.2022 – 13 Ks 598 Js 62014/21, Rn. 218; *Mitsch*, in: *Anwalt-Kommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 211 Rn. 42.

⁶³ Siehe *Steinl*, NStZ 2025, 129 (130).

⁶⁴ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (319); *Drees*, NStZ 2020, 215 (217).

⁶⁵ *Steinl*, NStZ 2025, 129 (130).

⁶⁶ BGH NStZ 2023, 231 (232 Rn. 5).

⁶⁷ BGH NStZ 2023, 231 (232 Rn. 5).

Auch der Wunsch der E, keine feste Beziehung mit B einzugehen, sondern ungebunden zu bleiben, ist eine völlig legitime Ausübung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Bs Vorstellung, E sei es ihm „schuldig“, ihn anzuhören, und habe „kein Recht“, ihn zu ignorieren, zeigen dagegen, dass er nicht bereit war, die Entscheidung der E zu akzeptieren, die Beziehung zu ihm zu beenden, und ihr ein selbstbestimmtes Leben ohne B (und möglicherweise mit neuen Partnern) zuzugestehen. Aus menschen- und grundrechtlicher Sicht ist es aber das Recht jedes Menschen, frei darüber zu entscheiden, mit wem man eine Partnerschaft eingeht oder aufrechterhält.⁶⁸ Mit seinem Angriff auf E setzte sich B über diese grundlegende rechtliche Wertentscheidung unserer Rechtsgemeinschaft hinweg. Mit der versuchten Tötung ging eine – über den Umstand der bloßen Tötung hinausgehende – Negation des personalen Eigenwerts der getöteten Person einher, der ein selbstbestimmtes Leben nicht zugestanden wird. In (versuchten) Trennungstötungen einer (ehemaligen) Partnerin durch den Mann spiegelt sich regelmäßig in besonders drastischer Weise die Vorstellung von einer Ungleichwertigkeit der Geschlechter.⁶⁹

Bei der Auslegung des Merkmals der niedrigen Beweggründe in Trennungstötungen sind zudem auch die Wertungen der Istanbul-Konvention zu berücksichtigen. Nach dessen Art. 46 lit. a sind die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, Strafschärfungsmöglichkeiten für den Umstand bereitzustellen, dass eine Straftat gegen eine frühere oder derzeitige Partnerin (u.a.) verübt wurde. Dem wird teilweise entgegengehalten, dass die Istanbul-Konvention keine normativen Vorgaben für eine ausnahmslose Einstufung von Trennungstötungen als Mord enthalte.⁷⁰ Zwar seien die Vertragsstaaten angehalten, ihre Strafrechtsordnung derart auszugestalten, dass Gewalttaten, die sich gegen die frühere oder derzeitige Ehefrau/Partnerin des Täters richten, strenger geahndet werden können als solche gegen andere weibliche Opfer. Diesem Postulat trage das deutsche Strafrecht jedoch hinreichend Rechnung, indem es den Strafgerichten die Möglichkeit eröffnet, die in Rede stehende Trennungstötung – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – als Mord anzusehen und mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden.⁷¹

Das Gegenargument überzeugt nicht. Indem die Rechtsprechung, nach der eine opferseitige Trennung als Indiz gegen die Annahme eines niedrigen Beweggrundes zu berücksichtigen sei, abgelehnt wird, wird keine ausnahmslose Einstufung von Trennungstötungen als Tötung aus niedrigen Beweggründen gefordert. Es wird aber als den Wertungen von Art. 46 lit. b der Istanbul-Konvention widersprechend abgelehnt, dass der Umstand der Trennung aus dem Kontext der normalpsychologischen Motivlage herausgelöst wird und unabhängig von der dahinterstehenden Gesinnung des Täters zu seinen Gunsten herangezogen wird.⁷² Die opferseitige Trennung kann so pauschal als indizieller Faktor angeführt werden, um ein bestimmtes Ergebnis zu präjudizieren oder zu bekräftigen, ohne die genaue Argumentationskette offenzulegen.⁷³ Der bloße Umstand einer Trennung sagt aber zunächst einmal weder etwas über das Vorhandensein einer normalpsychologischen Motivlage aus noch über die dahinterstehende Gesinnung der tatbegehenden Person.⁷⁴

⁶⁸ Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme 25.2.2021, S. 5 (24.11.2025)

⁶⁹ Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme 25.2.2021, S. 5 (24.11.2025); *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (318); *Steinl*, NSTZ 2025, 129 (130).

⁷⁰ Vgl. *Schneider*, ZRP 2021, 183 (184).

⁷¹ *Schneider*, ZRP 2021, 183 (184).

⁷² *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (319).

⁷³ Deutsches Institut für Menschenrechte (24.11.2025).

⁷⁴ *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312 (319).

Schließlich ist auch Vorverhalten des*der Täters*Täterin in die Bewertung der niedrigen Beweggründe mit einzubeziehen.⁷⁵ B hat vorher an dem Plan mitgewirkt, E K.O.-Tropfen zu verabreichen, um sich an ihr zu rächen und sie bloßzustellen. Außerdem hat er sie über Wochen mehrmals zum Kontakt gedrängt.

Damit liegen niedrige Beweggründe vor.

Hinweis: A.A. vertretbar. Eine solche Ausführlichkeit (insbesondere die Einbeziehung der Istanbul-Konvention) wurde allerdings auch bei weit überdurchschnittlichen Bearbeitungen nicht erwartet.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Mit dem Stich hat B unmittelbar zur Tatbegehung angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

B könnte strafbefreiend zurückgetreten sein.

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Problematisch ist, dass B bereits einen erfolgsgeeigneten Akt vorgenommen hat und er danach von weiteren Handlungen absieht, obwohl ihm diese, wie er wusste, im unmittelbaren Anschluss noch möglich waren. Wann ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, ist streitig.

Die sog. Einzelaktstheorie trennt das Tatgeschehen und beurteilt jede auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Handlung selbstständig.⁷⁶ Ein fehlgeschlagener Versuch liegt nach dieser Ansicht bereits dann vor, wenn der*Täter*in erkennt, dass ein Akt, den er*sie bei Ausführung für erfolgsgeeignet hielt, sich nach der Ausführung als nicht erfolgsgeeignet herausstellt.⁷⁷ B stach dreimal zu und hielt diese Stiche für tödlich. Nach der Ausführung stellte er fest, dass diese nicht tödlich waren. Danach läge bereits nach den drei Stichen ein fehlgeschlagener Versuch vor, da B davon ausging, diese seien geeignet, den Erfolg herbeizuführen.

Gegen die Einzelaktstheorie spricht jedoch, dass sie ein einheitliches Geschehen künstlich in Einzelakte aufspaltet.⁷⁸ Außerdem werden die Rücktrittsmöglichkeiten dadurch stark eingeschränkt, was auch gegen diese Ansicht spricht.⁷⁹ Überzeugender ist deshalb eine Gesamtbetrachtung, welche nicht auf den Einzelakt abstellt, sondern die Versuchstat als ein einheitliches Geschehen begreift.⁸⁰ Ein Fehlschlag ist deshalb erst dann gegeben, wenn der*Täter*in nach der Vornahme der letzten Ausführungshandlung subjektiv glaubt, den Erfolg mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht

⁷⁵ Schneider, ZRP 2021, 183 (186).

⁷⁶ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 13 ff.; Bosch, Jura 2014, 395 (398 f.).

⁷⁷ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17.

⁷⁸ Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 18; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 37 Rn. 47.

⁷⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1020.

⁸⁰ Vgl. bspw. BGH NStZ 2007, 399.

mehr herbeiführen zu können. Geht der*in Täter*in zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass er*sie noch weitere Handlungen ausführen kann, um den Erfolg herbeizuführen, liegt kein Fehlschlag vor.⁸¹

B hatte erkannt, dass er nach den Messerstichen noch die Möglichkeit gehabt hätte, weiter zu handeln. Die vorangegangenen Messerstiche und die möglichen weiteren Stiche stellen nach der Vorstellung des B ein einheitliches Handlungsgeschehen dar. Da B unmittelbar nach Ausführung des Messerstiches bemerkt hatte, dass E noch nicht zeitnah sterben werde, hätte er den Tötungsversuch auch noch im Rahmen eines einheitlichen Tatgeschehens fortsetzen können. Damit war der Versuch nicht fehlgeschlagen.

Hinweis: A.A. vertretbar. Für die Einzelaktstheorie könnte angeführt werden, dass das Nichtgelingen des tötungstauglichen Angriffs des*der Täters*Täterin und das Bestehen/Nichtbestehen weiterer Möglichkeiten der Erfolgsherbeiführung vom Zufall (und letztlich vom Einlassungsgeschick des*der Täters*Täterin) abhängt und nicht als Verdienst des*der Täters*Täterin zu bewerten ist.

b) Rücktrittshandlung

E hat dadurch überlebt, dass B nicht weiter auf sie eingestochen hat, weshalb § 24 Abs. 1 S. 1 StGB einschlägig ist. Für die genaueren Voraussetzungen an die Rücktrittshandlung ist zu klären, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt.

aa) Beendeter oder unbeendeter Versuch

B ging davon aus, dass der Stich nicht tödlich war, weshalb ein unbeendeter Versuch vorliegt. B müsste also die weitere Ausführung der Tat aufgeben, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB.

Hinweis: Es ist nicht vertretbar, einen beendeten Versuch anzunehmen, da im Sachverhalt ausdrücklich steht, dass B nicht dachte, E sei lebensgefährlich verletzt.

bb) Aufgabe der Tat

Fraglich ist jedoch, ob er seine Tat tatsächlich „aufgegeben“ hatte, weil B neben dem tatbestandlichen Ziel des Todes ein anderes Ziel verfolgte, nämlich E eine Lehre zu erteilen. Dieses Ziel hat B seiner Meinung nach auch erreicht. B sah nur von weiteren Ausführungshandlungen ab, weil er davon ausging, dass er E eine Lehre erteilt hat. Man könnte deshalb einen Rücktritt verneinen.⁸² Dies könnte man dadurch begründen, dass der Rücktritt getragen ist von dem Gedanken der Gefährdungsumkehr und von einer solchen Gefährdungsumkehr gerade nicht mehr gesprochen werden kann, wenn der*die Täter*in schon erreicht hat, was er*sie wollte.⁸³ Wenn der*die Täter*in erreicht hat, was er*sie erreichen wollte, dann sei nichts mehr da, wovon zurückgetreten werden könnte.⁸⁴ Der Verzicht des*der Täters*Täterin sei keine honorierungsfähige Umkehrleistung, und wenn sich

⁸¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1022.

⁸² Beispielhaft für diese Ansicht (sog. Zweckerreichungstheorie) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 47 ff.; Puppe, JuS 1993, 361; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, Rn. 837 ff.; zur Darstellung des Streits siehe z.B. Sobota/Kahl, ZJS 2015, 206 (215); Kühl/Schramm, JuS 2003, 681 (684).

⁸³ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 58 f.

⁸⁴ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 64; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 24 Rn. 12

der*die Täter*in doch noch entscheide, die Tat zu vollenden, dann sei dies nicht die Fortsetzung der bisherigen Versuchstat, sondern der Beginn einer neuen Tat.⁸⁵ Danach wäre B nicht zurückgetreten.

Richtigerweise muss aber darauf abgestellt werden, dass die Tat i.S.d. § 24 StGB die Tat im sachlich-rechtlichen Sinne, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene Handlung und ihr Erfolg ist.⁸⁶ Daher muss nur diese konkrete Tat aufgegeben werden. Auf weitere, außertatbestandsmäßige Beweggründe, Absichten oder Ziele kommt es nicht an.⁸⁷ Wenn es schon bei der Freiwilligkeit nicht auf die sittliche und ethische Bewertung der Rücktrittsmotive ankommt, dann muss dies erst recht beim äußerlichen Aufgeben der weiteren Tatausführung gelten.⁸⁸ Das Gesetz belohnt die Tatsache, dass der*die Täter*in auf ein mögliches Weiterhandeln verzichtet.⁸⁹ Weitere wertende Elemente sind nicht zu berücksichtigen.⁹⁰ Dies ist vor allem unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes sinnvoll.⁹¹ Dem*der Täter*in soll so lange wie möglich der Anreiz zum Nichtweiterhandeln erhalten bleiben.⁹² Nach dieser Auffassung hat B somit die weitere Tatausführung aufgegeben und eine ausreichende Rücktrittshandlung vorgenommen.

Hinweis: A.A. vertretbar. Das Problem kann auch schon beim Fehlschlag⁹³ oder erst im Rahmen der Freiwilligkeit⁹⁴ angesprochen werden.

c) Freiwilligkeit

B müsste auch freiwillig gehandelt haben. B entschloss sich zum Rücktritt, da er E bereits eine Lehre erteilt hatte. Die sittliche/ethische Bewertung dieses Motivs ist unerheblich. Der Rücktritt erfolgte aufgrund autonomer Motive, weshalb die Freiwilligkeit vorliegt.

d) Zwischenergebnis

B ist zurückgetreten.

6. Ergebnis

Eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes scheidet aus.

II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB

Indem B auf E einstach, könnte er sich zudem der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

⁸⁵ BGH NStZ 1994, 493; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 39; *Puppe*, NStZ 1986, 14 (17); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, Rn. 837.

⁸⁶ BGHSt 39, 221 (230); BGH NStZ 2008, 275 (276); *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694 (698); *Hoven*, JuS 2013, 403 (404).

⁸⁷ BGHSt 39, 221 (230); *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694 (698); *Hoven*, JuS 2013, 403 (404).

⁸⁸ BGHSt 39, 221 (230).

⁸⁹ BGHSt 39, 221 (231).

⁹⁰ BGHSt 39, 221 (231).

⁹¹ *Sobota/Kahl*, ZJS 2015, 206 (215); *Hauf*, MDR 1993, 929 (930).

⁹² *Hauf*, MDR 1993, 929 (930).

⁹³ *Bock*, JuS 2006, 605 f.

⁹⁴ *Streng*, JuS 1990, 212 (214 ff.); *Beckemper*, JA 2003, 203 (207).

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Grundtatbestand

Die Messerstiche verwirklichen den Tatbestand der Körperverletzung.

b) Qualifikation

aa) § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Das Messer ist ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art und Weise seiner konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen und somit ein gefährliches Werkzeug.

bb) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Zwar verwickelte B die E erstmal in ein Gespräch und zückte erst unmittelbar vor der Tat das Messer. Allerdings handelte er jedenfalls zum Zeitpunkt des Gesprächs noch nicht mit einem Körperverletzungsvorsatz. Dieser ergab sich erst, als E ihn erneut abwies. Nachdem er den Vorsatz gefasst hatte, handelte er jedoch nicht mehr in einer seine wahren Absichten verdeckenden Weise. Ein hinterlistiger Überfall liegt nicht vor.

cc) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Die Verletzung der E war so gravierend, dass sie ohne Rettungsmaßnahmen verblutet wäre. Damit liegt eine konkrete Lebensgefährdung vor, womit nach allen Ansichten Nr. 5 einschlägig ist.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelt rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich der gefährlichen Körperverletzung an E schuldig gemacht.

Gesamtergebnis

B hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung an E strafbar gemacht.

Fortgeschrittenenklausur: Der Mitternachtsclub*

Prof. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Saarbrücken, Wiss. Mitarbeiter Deniz Özdemir, Bayreuth*

Die nachfolgende Klausur behandelt in ihrem Schwerpunkt die Straßenverkehrsdelikte und einen Diebstahl in den unterschiedlichen Begehungsformen des allgemeinen Teils. Dabei werden neben den Grundlagen aus dem Abschnitt über die Straßenverkehrsdelikte auch vertieft Kenntnisse aus dem allgemeinen Teil vorausgesetzt. Die Fallbearbeitung ist auf eine Bearbeitungszeit von etwa 3 Stunden ausgelegt und weist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf.

Sachverhalt

Der automobilbegeisterte M und seine Freundin K sind seit geraumer Zeit Teil eines Tuning-Clubs, bei dem sich die Mitglieder hin und wieder nach Mitternacht an verschiedenen Orten in der Stadt treffen, um ihre hochmotorisierten Autos gegenseitig und untereinander zur Schau zu stellen. Die genaue Uhrzeit sowie den Treffpunkt geben die Mitglieder dabei auf einem gemeinsamen Internet-Forum kurz vorher bekannt. Nachdem sich M einen lang ersehnten Wunsch verwirklicht und sein Traumauto – einen BMW E30 M – erstanden hat, will er sich an diesem Abend bei den anderen Mitgliedern beweisen. Als um 00:45 Uhr das Mitglied S (Benutzername „SukiSkyline“) als Treffpunkt einen Parkplatz in der Südstadt festlegt, beschließt M, sogleich aufzubrechen und bittet K, mitzufahren. K fühlt sich unsicher, weil ihr die äußerst waghalsige Fahrweise des M während der Probefahrt in Erinnerung geblieben ist. Sie fordert M daher auf, „anständig“ zu fahren und nicht andere zu gefährden. M nickt zwar, lässt aber bei Fahrtantritt grinsend den Motor grölen, weswegen K nicht davon ausgeht, dass er sich an ihre Aufforderung hält.

Der Weg zum Treffpunkt führt über die Bundesautobahn. Der von M befahrene geradlinig und eben verlaufende Streckenabschnitt verfügt über drei nicht beleuchtete Spuren mit separatem Standstreifen. Aus Lärmschutzgründen ist der Streckenabschnitt zwischen 22:00 Uhr und 06:00 Uhr auf 120 km/h beschränkt. Innerhalb der Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h wechselt M vom Beschleunigungsstreifen dieses Abschnitts auf die mittlere Spur. Der Streckenabschnitt ist, wie M bemerkt, nicht nur durchweg neblig, sondern aufgrund hügeligen Landschaft unübersichtlich; daher sind die vorausfahrenden Fahrzeuge auch nur aus relativ kurzer Distanz erkennbar. Dennoch schließt M zu einem vor ihm auf der ebenfalls mittleren Fahrspur fahrenden Pkw auf und geht erst relativ spät leicht vom Gas. Nachdem der Fahrer (F) dieses Wagens den sich mit hoher Geschwindigkeit nähernden E30 bemerkt hat, gibt M wieder stark Gas, schert trotz schlechter Sicht nach links aus, um den Pkw in der Mitte zu überholen. Hierbei beschleunigt er weiter auf mindestens 220 km/h, wobei er allerdings darauf vertraut, dass eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer und der K ausbleiben würde.

Kurz vor Beendigung des Überholvorgangs nimmt M nun im letzten Augenblick den mit eingeschaltetem Abblendlicht vor ihm fahrenden Honda s2000 der S wahr und kann mit einem spektaku-

* Der Titel des Falllösung ist eine Hommage auf Fall 12a in *Kudlich*, Prüfe dein Wissen, Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2021.

** Der Autor *Oğlakcioğlu* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes. Der Autor *Özdemir* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht (Prof. Dr. Christian Rückert) an der Universität Bayreuth.

lären Ausweichmanöver einen Unfall wie durch ein Wunder verhindern. Bei einem Aufprall wären alle Insassen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich verunglückt.

Am Treffpunkt angekommen fällt M auf, dass er seinen monatlichen „Mitgliedsbeitrag“ für den Tuningclub noch nicht beglichen hat. Geplagt von Gewissensbissen legt er K offen, dass er aufgrund des Neuwagenkaufs in Zahlungsschwierigkeiten geraten sei und sich auch nicht beim Treffpunkt blicken lassen kann, ohne den Mitgliedsbeitrag bezahlt zu haben. Daraufhin schlägt K dem M vor, dass er noch schnell „einen Geldautomaten machen“ könnte. Hiervon überzeugt, lässt M die K anschließend ab und begibt sich zu einer nächstgelegenen SB-Geschäftsstelle einer Bank, um Geld aus einem der Automaten zu entwenden. Auf dem Weg dorthin trifft M seinen langjährigen Schulfreund Y, dem er von seinen Sorgen erzählt und den er sofort für sein Vorhaben begeistern kann. Auf der kurzen Fahrt besprechen die beiden das genaue Vorgehen. Y soll im Auto warten und „Schmiere stehen“, während M den Geldautomaten knackt und das Bargeld sichert. An Geld ist Y indessen nicht interessiert, er will M lediglich einen freundschaftlichen Dienst erweisen. Bei der SB-Geschäftsstelle angekommen parkt M seinen E30 zwischen zwei Autos parallel auf einem Parkstreifen. Wie vereinbart steigt er daraufhin aus seinem Wagen und holt eine Brechstange aus seinem Kofferraum, während Y im Fahrzeug verbleibt und Ausschau nach Passanten hält, welche das Geschehen wahrnehmen und die Polizei verständigen könnten. M begibt sich an den an der Außenwand der Bank eingebauten Geldautomaten und setzt die Brechstange an dessen Bedienteil an, um diesen zu öffnen. Er geht hierbei fälschlicherweise davon aus, nach dem Aufbruch direkt an das im Automaten befindliche Geld zu gelangen. Nach ungefähr 10 Minuten muss er bereits feststellen, dass sich die Brechstange dermaßen verbogen hat, dass ein Aufbrechen nicht mehr möglich ist. Da er keine andere Möglichkeit sieht, an das Geld heranzukommen, begibt er sich wütend und enttäuscht zurück zum Auto. Gerade als M die Zündung seines BMW betätigt, klopft Hauptkommissar HK an das Fenster und führt die beiden mit den Worten „Hauptsache richtig eingeparkt“ ab.

Aufgabe

Wie haben sich M, K und Y strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

Eventuell erforderliche Strafanträge wurden gestellt. Die Strafvorschriften des StVG sowie §§ 129 ff., 240, 244, 303, 315d StGB bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht. Auf §§ 1, 3 und 5 StVO wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Die Fahrt zum Treffpunkt	392
A. Strafbarkeit des M	392
I. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB durch das Überholen an einer unübersichtlichen Stelle	392
1. Tatbestand.....	392
a) Objektiver Tatbestand	392
aa) Handlungsteil: falsches Überholen gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB	392

bb) Gefährdungsteil: Gefahr für Leib und Leben oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert.....	393
(1) Fahrzeug des M.....	393
(2) Fahrer F und dessen Fahrzeug auf der mittleren Spur	393
(3) „SukiSkyline“ (S) und ihr Fahrzeug	393
(4) Beifahrerin K.....	394
cc) Zurechnungszusammenhang.....	394
b) Subjektiver Tatbestand.....	396
2. Ergebnis.....	396
II. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 Nr. 1 StGB durch das Überholen an einer unübersichtlichen Stelle	397
1. Tatbestand.....	397
a) Objektiver Tatbestand	397
b) Vorsatz bzgl. des Handlungsteils und fahrlässige Herbeiführung der Gefahr	397
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	398
3. Ergebnis.....	398
Tatkomplex 2: Der Geldautomat.....	398
A. Strafbarkeit des M	398
I. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB durch das Ansetzen der Brechstange an der Schutzvorrichtung des Geldautomaten	398
1. Vorprüfung.....	398
a) Nichtvollendung	398
b) Strafbarkeit des Versuchs	399
2. Tatentschluss.....	399
a) Fremde bewegliche Sache.....	399
b) Wegnahme.....	399
c) Absicht rechtswidriger Zueignung.....	400
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB.....	400
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	400
5. Persönliche Strafaufhebungsgründe, § 24 Abs. 1 StGB	400
6. Strafzumessung, § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB.....	401
7. Ergebnis.....	402
B. Strafbarkeit des Y	402
I. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB durch das „Schmiere-Stehen“ bzw. Ausschau halten.....	402

1. Vorprüfung.....	402
2. Tatentschluss, § 22 StGB	402
a) Bzgl. § 242 Abs. 1 StGB	402
b) Bzgl. einer Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB	402
aa) Gemeinsamer Tatplan.....	402
bb) Gemeinsame Tatausführung (täterschaftlicher Tatbeitrag)	403
3. Ergebnis.....	404
II. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB durch das „Schmiere-Stehen“ bzw. Ausschau halten.....	404
1. Tatbestand.....	404
a) Objektiver Tatbestand	404
aa) Vorsätzliche rechtswidrige (Haupt-)Tat	404
bb) Teilnahmehandlung i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB.....	404
b) Subjektiver Tatbestand.....	405
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	405
3. Ergebnis.....	405
C. Strafbarkeit der K.....	405
I. §§ 242 Abs. 1, 22, 26 StGB durch Vorschlag, „einen Geldautomaten zu machen“	405
1. Tatbestand.....	405
a) Objektiver Tatbestand	405
aa) Vorsätzlich rechtswidrige (Haupt-)Tat	405
bb) Bestimmen als Anstiftungshandlung.....	406
b) Subjektiver Tatbestand.....	406
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	406
3. Ergebnis.....	406
D. Gesamtergebnis und Konkurrenzen	407

Hinweis: Der Sachverhalt setzt sich aus zwei Tatkomplexen zusammen, die sich isoliert auch als kleinere Übungsfälle zu den Straßenverkehrsdelikten (1. Tatkomplex) einerseits und den Vermögensdelikten (2. Tatkomplex) andererseits, eignen. Im ersten Tatkomplex werden die Bearbeitenden mit den – zwar gängigen, jedoch dogmatisch und aufbautechnisch anspruchsvollen – Fragen der Straßenverkehrsdelikte konfrontiert. Im zweiten Tatkomplex hingegen stehen neben klassischen Problemstellungen aus dem AT anspruchsvolle Fragen aus dem Bereich der Vermögensdelikte im Vordergrund.

Tatkomplex 1: Die Fahrt zum Treffpunkt**A. Strafbarkeit des M****I. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB durch das Überholen an einer unübersichtlichen Stelle**

M könnte sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB strafbar gemacht haben, indem er an einer unübersichtlichen Stelle des Streckenabschnitts der Bundesautobahn einen Überholvorgang vorgenommen hat.

Hinweis: Im Folgenden werden die in Betracht kommenden Gefährdungserfolge im Anschluss an den Handlungsteil des § 315c Abs. 1 StGB gemeinsam geprüft. Diese Vorgehensweise wird generell empfohlen, auch wenn es die Prüfung eines Delikts manchmal überfrachten kann. So kann bei weiteren einschlägigen Straßenverkehrsdelikten hinsichtlich der Gefährdungserfolge nach oben verwiesen und eine ggf. gebotene Andersbehandlung deutlich hervorgehoben werden.

1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand****aa) Handlungsteil: falsches Überholen gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB**

Hierzu müsste M zunächst ein Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr geführt haben. Der öffentliche Straßenverkehr umfasst Straßen, Wege und Plätze, die von der Allgemeinheit, d.h. einem unbestimmten Personenkreis, tatsächlich benutzt werden und für jedermann frei zugänglich sind. Ein Fahrzeug führt, wer dieses mittels Bedienung seiner wesentlichen technischen Einrichtungen in Bewegung setzt.¹ M befindet sich zum Zeitpunkt des Geschehens in seinem BMW E30 M auf der Bundesautobahn und steuert den Wagen. Er führt ein Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr.

Darüber hinaus müsste M durch das Annähern an das Fahrzeug des F und das anschließende Ausscheren nach links grob verkehrswidrig und rücksichtslos einen in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB aufgeführten Verstoß („sieben Todsünden des Straßenverkehrs“) verwirklicht haben. Insofern kommt ein falsches Überholen i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB in Betracht: Dieses bezieht sich auf den gesamten Prozess des Passierens eines anderen Verkehrsteilnehmers. Dabei ist eine Einzelfallbewertung erforderlich, sofern ein eindeutiger Verstoß aus § 5 StVO nicht ersichtlich ist.² Gem. § 5 Abs. 3 Nr. 1 StVO ist das Überholen „bei unklarer Verkehrslage“ unzulässig. Laut Sachverhalt ist die Sicht der Verkehrsteilnehmer aufgrund des dichten Nebels schlecht; hinzutritt, dass sich die Verkehrsteilnehmenden, infolge der hügeligen Landschaft, unter Umständen erst sehr spät wahrnehmen (vgl. § 3 StVO), sodass angenommen werden kann, dass das plötzliche Ausscheren des M nach links an einer unübersichtlichen Stelle und damit auch bei unklarer Verkehrslage erfolgt. Demnach lässt sich bereits ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 Nr. 1 StVO und damit auch ein falscher Überholvorgang i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB bejahen.

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 43 Rn. 4 ff.; vgl. hierzu BGHSt 35, 390.

² Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315c Rn. 42; Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 49; BGH NSTZ 2019, 215 (216).

Ferner müsste M grob verkehrswidrig agiert haben. Grob verkehrswidriges Handeln setzt einen objektiv als besonders schwerwiegend erscheinenden Verkehrsverstoß voraus, hier folglich eine besonders schwerwiegende Verletzung von Verkehrsvorschriften und der Verkehrssicherheit.³ Der Überholvorgang des M lässt sich angesichts der hohen Geschwindigkeit und damit verbundenen Lebensgefahren als besonders schwerwiegend einordnen. Mithin hat M grob verkehrswidrig i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB überholt.

Hinweis: Das Tatbestandsmerkmal der Rücksichtslosigkeit kann auch schon im Rahmen der Gefährdungshandlung neben dem grob verkehrswidrigen Verhalten geprüft werden.⁴ Jedoch ist es präziser, dieses subjektive Tatbestandsmerkmal an passender Stelle, also auf der Ebene des subjektiven Tatbestands, zu prüfen;⁵ Entsprechendes würde für das Tatbestandsmerkmal „eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ i.R.d. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB gelten.

bb) Gefährdungsteil: Gefahr für Leib und Leben oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert

Das grob verkehrswidrige, fehlerhafte Verkehrsverhalten des M zum Zeitpunkt des Überholvorgangs müsste ferner kausal („und dadurch“) zu einer konkreten Gefahr für Leib und Leben oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert geführt haben. Es genügt also keine rein abstrakte Gefahr; vielmehr muss es sich um eine Situation handeln, in der nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Verletzung von einem der genannten Objekte kommt („Beinaheunfall“).⁶ Laut Sachverhalt kommen gleich mehrere Gefährdungsobjekte in Betracht; neben dem eigenen Fahrzeug des M das überholte Fahrzeug und dessen Insasse F, der Honda und dessen Insasse S und schließlich die Beifahrerin K.

(1) Fahrzeug des M

Das Fahrzeug von M selbst ermöglicht erst die Verwirklichung des Delikts, lässt sich also nicht als taugliches Gefährdungsobjekt ansehen.⁷

(2) Fahrer F und dessen Fahrzeug auf der mittleren Spur

Eine Gefährdung des Fahrzeugs in der mittleren Spur und dessen Fahrer lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

(3) „SukiSkyline“ (S) und ihr Fahrzeug

Etwas anderes könnte im Hinblick auf S und ihr Fahrzeug gelten. Laut Sachverhalt konnte M einen Unfall mit dem Honda s2000 „wie durch ein Wunder“ gerade noch verhindern. S wäre bei einem Unfall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ums Leben gekommen. Insofern lässt sich ein „Beinaheunfall“ im eingangs genannten Sinne bejahen, sodass auch eine konkrete Gefahr für das Leben der S anzunehmen ist.

³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 19.

⁴ Vgl. zur Prüfung im objektiven Tatbestand Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil I, 48. Aufl. 2025, § 22 Rn. 1007.

⁵ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 44 Rn. 4.

⁶ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 89; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 44 Rn. 12 f.; vgl. Oğlakcioğlu/Rückert, Fälle zum Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2022, Fall 5, S. 120 ff.

⁷ So auch die ganz h.M., vgl. nur Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 97; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 44 Rn. 22.

Überdies könnte auch eine entsprechende Gefährdung ihres Fahrzeugs (Honda s2000), mithin einer fremden Sache von bedeutendem Wert, angenommen werden. Ein bedeutender Sachwert liegt bereits ab einem Wert von 750 € vor. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Schaden i.H.v. 750 € noch nicht eingetreten sein muss, sondern bereits ein drohender Schadeneintritt ausreichend ist.⁸ Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts kann man davon ausgehen, dass das Fahrzeug den Wert von 750 € bis 1.300 €⁹ ohne Weiteres übersteigt. Somit lässt sich sowohl eine konkrete Gefahr für das Leben der S als auch für deren Fahrzeug als fremde Sache von bedeutendem Wert bejahen.

(4) Beifahrerin K

Der Beinaheunfall betraf auch Beifahrerin K, da auch diese hätte versterben können. Anders als beim Tatfahrzeug vertritt die h.M., dass Mitfahrer grds. nicht vom Schutzbereich der Norm ausgeschlossen sind.¹⁰ Allerdings besteht Streit darüber, ob ein Mitfahrer vom Schutzbereich des § 315c StGB auszuschließen ist, soweit die Person als Beifahrer auch die Teilnahmevoraussetzungen an der Straftat erfüllt.¹¹ Jedoch hat K den M dazu angehalten, vernünftig zu fahren, sodass weder ein Bestimmen i.S.d. § 26 StGB noch eine Bestärkung des Tatentschlusses des M (und damit eine Hilfeleistung i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB) angenommen werden kann. K ist demnach keine Teilnehmerin an der Haupttat, sodass der Streit rund um die Einbeziehung von Beteiligten dahinstehen kann. Vielmehr zählt sie unstrittig zum geschützten Personenkreis.

cc) Zurechnungszusammenhang

Ferner müsste ein Zurechnungszusammenhang zwischen der herbeigeführten (konkreten) Gefahr für das Leben der S sowie dem Sachschaden an ihrem Fahrzeug und dem falschen Überholvorgang bejaht werden können („und dadurch“). Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn sich im Gefährdungserfolg gerade die typische Gefahr der beschriebenen Tathandlung realisiert.¹² Die vom falschen Überholvorgang an der unübersichtlichen Stelle ausgehende abstrakte Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer mündete in den Beinaheunfall, sie war ursächlich für die konkreten Gefahren für das Leben der S sowie des Sachschadens an ihrem Honda s2000. Dabei wird man nicht ausschließlich das Ausscheren von der mittleren Spur auf die linke, sondern den gesamten Überholvorgang in den Blick nehmen müssen. Insofern war gerade auch der „Verbleib“ auf der linken Spur während des Überholvorgangs, der dann unmittelbar in den drohenden Aufprall mündete, Teil der „gefährlichen Handlung“. Ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem Handlungsteil und den eingetretenen Gefährdungserfolgen kann insoweit bejaht werden.

Fraglich ist im Hinblick auf die Gefährdung der K allerdings, wie es sich auswirkt, dass K bereits vor der Fahrt zum Treffpunkt unsicher war und den M daraufhin anhielt, vernünftig zu fahren und niemanden zu gefährden. Nachdem M bereits kurz nach dem „Nicken“ mit dem Aufheulen des Motors signalisierte, sich nicht an diese Vorgabe zu halten, stellt sich die Frage, ob eine Zurechnung des Gefährdungserfolgs infolge des Umstands ausgeschlossen ist, dass sich K in voller Kenntnis des Risikos

⁸ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 44 Rn. 21 f.; vgl. Kudlich, JA 2023, 747 f. mit Falllösung.

⁹ Vgl. für den Grenzwert ab 1.300 € OLG Jena StV 2009, 194; BGHSt 48, 119 (121).

¹⁰ Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315c Rn. 63; BGH NJW 1989, 1227; BGH NStZ-RR 1998, 150.

¹¹ Hierzu Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315c Rn. 63 f.; BGH NStZ 2013, 167; BGH NStZ 2012, 701.

¹² Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 103.

in das Fahrzeug gesetzt und sich somit eigenverantwortlich selbst gefährdet bzw. in die Gefährdung eingewilligt hat.¹³

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll auf Seiten des M bereits keine zurechenbare Verursachung einer konkreten Gefahr vorliegen, wenn sich K sehenden Auges und im vollen Bewusstsein des Risikos einer Gefährdung ihres Lebens ausgesetzt hat.¹⁴ K, die ihren Unmut ausdrücklich gegenüber M äußert, ist über die Gefahr und Risiken für Leib und Leben im Bilde, zumal sie M auch auf eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer hinweist. Als erwachsene Person ist sie auch ohne Weiteres imstande, Art und Tragweite des eingegangenen Risikos zu überblicken. Würde man die Lehre der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ohne Einschränkungen auf diese Konstellation übertragen, müsste eine Zurechnung der bei K eingetretenen Gefahr für M verneint werden.

Allerdings setzte eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung voraus, dass K alleinige Tatherrschaft hinsichtlich des eingetretenen Gefahrerfolgs hat; dies lässt sich vor dem Hintergrund, dass M das Fahrzeug führt, allerdings kaum annehmen. Selbst wenn man sich jedoch auf den Standpunkt stellte, dass K sich zumindest bis zum Einsteigen frei bewegen konnte, wird man einen „Übergang der Tatherrschaft“ ab Fahrtantritt annehmen müssen.¹⁵

Hinweis: Wer dennoch auf den Zeitpunkt des „Einsteigens“ abstellen und schlussendlich eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung annehmen würde, müsste sich dennoch zur Frage verhalten, ob die Erwägungen zur Einschränkung der Einwilligung, vgl. im Folgenden, dann nicht auch greifen müssten.

Doch auch unter Zugrundelegung, dass M das Fahrzeug führt, müsste die „Mitwirkung der K“ Berücksichtigung erfahren: Insofern kommt hier eine Anwendung der Regeln der Einwilligung in Betracht, wobei hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit einer Einwilligung in §§ 315 ff. StGB Streit herrscht:

Insbesondere die Rechtsprechung verneint dies, da es dem Betroffenen regelmäßig (jedenfalls partiell) an der Dispositionsbefugnis über das von §§ 315 ff. StGB geschützte Rechtsgut, nämlich den Straßenverkehr als überindividuelles Rechtsgut, fehle.¹⁶

Die Gegenauffassung hingegen verweist darauf, dass es sich bei § 315c StGB um ein „Kombinationsdelikt“ handelt, welches lediglich im Handlungsteil „überindividuellen Charakter“ habe. Im Erfolgsfall setze der Wortlaut des § 315c StGB explizit eine Gefahr für Leib und Leben voraus, wobei es sich unstrittig um ein Individualrechtsgut handelt. Da die Kombinationsdelikte der §§ 315b, 315c StGB sowie § 315d StGB trennbar sind – dies manifestiert sich auch in § 316 StGB sowie in der milderen Bestrafung der bloß fahrlässigen Verwirklichung des Erfolgsfalls jener Delikte – könne eine Verfügungsbefugnis des Opfers hinsichtlich des Erfolgsfalls und damit auch eine Einwilligung diesbezüglich angenommen werden.¹⁷

Diese Streitfrage könnte an dieser Stelle jedenfalls dahinstehen, wenn losgelöst von der Frage einer Verfügungsbefugnis keine wirksame Einwilligung seitens K angenommen werden könnte. Insofern ist hier zu berücksichtigen, dass eine rechtfertigende Einwilligung hier jedenfalls an den Schranken der §§ 216, 228 StGB scheitern könnte. Insbesondere aus der Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen

¹³ Vgl. zum folgenden Streit eingehend in der Fallbearbeitung Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, § 15 Rn. 721 f.

¹⁴ Dazu Otto, Grundkurs BT, 4. Aufl. 1992, S. 62–63.

¹⁵ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 134a.

¹⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 32; BGHSt 27, 40.

¹⁷ Vgl. dazu etwa Schroeder, JuS 1994, 848; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 44 Rn. 19; BGHSt 23, 261 (264).

wird nämlich gemeinhin eine gesetzliche Einwilligungssperre im Hinblick auf lebensgefährliche Handlungen abgeleitet.¹⁸

Bereits zum Zeitpunkt des Überholvorgangs mit weit erhöhter Geschwindigkeit an einer unübersichtlichen Stelle lag eine konkrete Gefahr für das Leben der K vor. In eine derart massive Lebensgefahr, die auch schon zum Zeitpunkt des Antritts der Fahrt nicht ausgeschlossen war, konnte K nicht rechtfertigend einwilligen,¹⁹ wobei man freilich auch annehmen könnte, dass sich das Risiko, in das K „eingewilligt“ hat (Mitfahrt und hohe Geschwindigkeit) vom letztlich ursächlichen Risiko (Überholvorgang an unübersichtlicher Stelle) unterschieden hat.²⁰ Somit lässt sich eine lebensgefährliche Handlung, die einer Einwilligung entgegensteht, bejahen. Auf die Frage einer Verfügungsbefugnis der K kommt es somit nicht an. Der Eintritt des Gefährerfolgs kann M zugerechnet und der objektive Tatbestand bejaht werden.

b) Subjektiver Tatbestand

Darüber hinaus müsste M vorsätzlich agiert haben. Es handelt sich bei § 315c Abs. 1 StGB um eine Vorsatz-Vorsatz-Kombination, d.h. der Vorsatz muss sich sowohl auf den Handlungsteil (Verkehrsverstoß) als auch auf den Gefährdungserfolg beziehen.²¹ Unter Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller seiner Tatumstände nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu verstehen.²² Laut Sachverhalt ist sich M der unklaren Verkehrslage (Nebel, Hügellandschaft) bewusst; dennoch entscheidet er sich, zum Überholvorgang anzusetzen. Demnach lässt sich ein vorsätzliches Handeln des M bzgl. seines grob verkehrswidrigen Verhaltens im Straßenverkehr und des konkreten Verkehrsverstoßes des falschen Überholvorganges unschwer feststellen.

Im Handlungsteil müsste der von M vorgenommene falsche Überholvorgang zudem ein rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr darstellen. Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über die ihm bewusste Pflicht zur Vermeidung unnötiger Gefährdung anderer (§ 1 StVO) hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit Bedenken gegen sein Verhalten von vornherein nicht aufkommen lässt.²³ Das Verhalten des M stellt eine schwerwiegende Verletzung von Verkehrsvorschriften dar und ist auch subjektiv von einer besonderen Rücksichtslosigkeit geprägt. M handelte somit auch rücksichtslos im Straßenverkehr.

Allerdings erscheint fraglich, ob M dabei im Zuge des falschen Überholvorganges auch vorsätzlich hinsichtlich des Gefährdungserfolgs, also der Herbeiführung einer konkreten Lebensgefahr für S (und insoweit auch hinsichtlich der Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert) sowie K mit bedingtem Vorsatz handelte. Im Zuge des Überholvorgangs vertraute M darauf, dass eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer und der K ausbleiben würde. Somit hat er den Eintritt einer konkreten Gefährdung nicht billigend in Kauf genommen.

2. Ergebnis

M hat sich nicht wegen Gefährdung des Straßenverkehrs durch das Überholen an einer unübersichtlichen Stelle gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB strafbar gemacht.

¹⁸ Zum Ganzen *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 121 unter Verweis auf BGHSt 4, 88 (93).

¹⁹ So der 5. Strafsenat im „Beschleunigungstest-Fall“ (BGHSt 53, 55 = NJW 2009, 1155).

²⁰ Eher in diese Richtung *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 134b.

²¹ *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315c Rn. 69.

²² *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 14 Rn. 5.

²³ *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315c Rn. 41; vgl. nur BGHSt 5, 392.

II. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 Nr. 1 StGB durch das Überholen an einer unübersichtlichen Stelle

M könnte sich wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er an einer unübersichtlichen Stelle des Streckenabschnitts der Bundesautobahn einen falschen Überholvorgang vorgenommen hat.

Hinweis: Aufgrund der besonderen Ausgestaltung der Straßenverkehrsdelikte (Kombinationsdelikte) muss nach der Ablehnung eines Vorsatzdelikts nicht zwangsläufig eine neue Prüfung eröffnet werden; vielmehr steht es den Bearbeitenden auch offen, direkt in die Prüfung der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination einzusteigen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

M hat grob verkehrswidrig und falsch i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB überholt (siehe oben I. 1. a)).

Zudem liegt eine konkrete Gefahr in Gestalt eines „Beinaheunfalls“ für das Leben der Verkehrsteilnehmer S und K sowie das Fahrzeug der S als fremde Sache von bedeutendem Wert vor (siehe oben I. 1. b)).

Ferner lässt sich auch ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem falschen Überholvorgang und der konkreten Gefahr bejahen (siehe oben I. 1. c)).

b) Vorsatz bzgl. des Handlungsteils und fahrlässige Herbeiführung der Gefahr

Anders als im Falle des § 315c Abs. 1 StGB, bei dem sich der Vorsatz des M auch auf die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer erstrecken muss, verlangt Abs. 3 Nr. 1 vorsätzliches Handeln lediglich in Bezug auf den Handlungsteil, während im Hinblick auf den Erfolgsteil Fahrlässigkeit genügt.²⁴ Im Hinblick auf den falschen Überholvorgang handelte M vorsätzlich und in einer die Verkehrsvorschriften verletzenden rücksichtslosen Weise (siehe oben I. 2.).

Damit bleibt lediglich zu überprüfen, ob M durch sein Verhalten eine Gefahr für Leib und Leben der S und K sowie des Fahrzeugs der S fahrlässig herbeigeführt hat. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den konkreten Umständen und nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist.²⁵

Der im konkreten Fall einzuhaltende Sorgfaltsmaßstab ergibt sich aus der Vorschrift des bereits geprüften § 5 StVO, aus dem sich auch die Anforderungen an einen richtigen Überholvorgang ergeben: Diesbezüglich wurde bereits dargelegt, dass M die Regeln für ein richtiges Überholen missachtet und § 5 Abs. 3 Nr. 1 StVO verletzt hat. Gerade hierin ist jedoch nicht nur ein Verstoß gegen die StVO als Regelwerk, sondern auch eine Missachtung der objektiven Sorgfalt im Straßenverkehr zu sehen. Indem M an einer unübersichtlichen Stelle zum Überholen ausscherte, verletzte M bewusst die gebotene Sorgfaltspflicht. Zudem war es auch objektiv vorhersehbar, dass ein solches Verhalten eine Gefahr

²⁴ Vgl. hierzu Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 315c Rn. 29.

²⁵ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 52 Rn. 15.

für andere Verkehrsteilnehmer mit sich bringen würde. Eine objektive Fahrlässigkeit hinsichtlich der herbeigeführten Gefahr lässt sich somit bejahen.²⁶

Hinweis: Soweit man sich auf den Standpunkt stellt, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung infolge der Bejahung des Vorsatzdeliktes in objektiver Hinsicht zwingend vorliegt, kann die Prüfung auch knapper ausfallen und sich auf die Prüfung der objektiven und subjektiven Vorhersehbarkeit der Gefährdungsfolge beschränken.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte dabei rechtswidrig und schuldhaft. Er war nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage, einen Überholvorgang nach dem Sorgfaltsmaßstab des § 5 StVO zu erbringen. Von der subjektiven Vorhersehbarkeit der Gefahrenherbeiführung ist auch für M bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts auszugehen.

3. Ergebnis

M hat sich wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs durch das Überholen an einer unübersichtlichen Stelle gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Das dichte Auffahren hätte eine Nötigung gem. § 240 StGB darstellen können, während im Hinblick auf das Beschleunigen auf der linken Spur wiederum § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB (Alleinraser-Tatbestand) einschlägig ist. Beide Delikte waren aber laut Bearbeitungsvermerk nicht zu prüfen.

Tatkomplex 2: Der Geldautomat

A. Strafbarkeit des M

I. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB durch das Ansetzen der Brechstange an der Schutzvorrichtung des Geldautomaten

Indem M die Brechstange an der Schutzvorrichtung des Geldautomaten angesetzt hat, könnte er sich wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

a) Nichtvollendung

Zunächst dürfte kein vollendeter Diebstahl vorliegen. Hierfür dürfte das Diebstahlsdelikt gem. § 242 Abs. 1 StGB nicht vollendet sein.²⁷ M gelingt es nicht, das Bargeld aus dem Geldautomaten zu ent-

²⁶ Vgl. hierzu ähnlich *Beulke/Zimmermann*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 6. Aufl. 2023, Fall 12 Rn. 787.

²⁷ *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 22 Rn. 19; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 34 Rn. 6.

wenden. Mangels Wegnahme scheidet ein vollendeter Diebstahl daher aus.

b) Strafbarkeit des Versuchs

Des Weiteren müsste der Versuch strafbar sein. Der Versuch eines Diebstahls als Vergehen gem. § 12 Abs. 2 StGB ist gem. §§ 242 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

M müsste zunächst mit Tatentschluss hinsichtlich der Begehung eines Diebstahls handeln. Der Tatentschluss umfasst hierbei den Vorsatz, also das willentliche Handeln in Kenntnis aller objektiven Tatumstände (§ 15 StGB) sowie das besondere subjektive Merkmal der Absicht rechtswidriger Zueignung.²⁸

Demnach müsste sich der Vorsatz des M zunächst auf die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 242 Abs. 1 StGB, mithin auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, beziehen.

a) Fremde bewegliche Sache

Unter einer Sache ist jeder körperliche Gegenstand zu verstehen (vgl. § 90 S. 1 BGB). Fremd ist bereits eine Sache, wenn sie im Miteigentum eines anderen steht. Beweglich ist eine Sache dann, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann.²⁹ Das im Geldautomaten befindliche Bargeld steht im Eigentum der Bank, kann fortgeschafft werden und stellt somit eine fremde bewegliche Sache dar.

b) Wegnahme

Unter Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen (nicht notwendigerweise tätereigenen) Gewahrsams.³⁰ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung.³¹ Die Sachherrschaft an den Geldscheinen kann bei sozial-normativer Betrachtung den entsprechend zuständigen Bankmitarbeitenden zugeordnet werden, wobei es unschädlich ist, dass diese nicht zugegen sind. Insofern genügt ein „gelockerter Gewahrsam“ hinsichtlich des in den Automaten befindlichen Geldes.

Hinweis: Ungenau wäre es, von einem Gewahrsam der „Bank“ als juristische Person zu sprechen. Das tatsächliche Herrschaftsverhältnis können nur natürliche Personen ausüben.

M geht es darum, nach dem Aufbrechen des Automaten das Geld zu entwenden und die tatsächliche Sachherrschaft an sich zu reißen. Dabei kann dahinstehen, ob er das Geld direkt in eine Tasche verbringen oder partiell offen zum Wagen tragen wollte: Denn dies beträfe lediglich die Begründung neuen Gewahrsams und damit den Vollendungszeitpunkt. Jedenfalls will M fremden (bereits bestehenden) Gewahrsam brechen und neuen begründen.

²⁸ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 34 Rn. 7; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 24; Hoffmann-Holland, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 102.

²⁹ Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2025, § 2 Rn. 6-9.

³⁰ Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2025, § 2 Rn. 22.

³¹ Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 26. Aufl. 2025, § 2 Rn. 22; Wittig, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2025, § 242 Rn. 11.

c) Absicht rechtswidriger Zueignung

M müsste ferner mit Zueignungsabsicht hinsichtlich des Bargeldes gehandelt haben. Somit müsste M die Absicht gehabt haben, sich die Sache wenigstens vorübergehend einzuverleiben (Aneignungskomponente) sowie den Vorsatz, den Eigentümer dauerhaft aus seiner wirtschaftlichen Position zu verdrängen (Enteignungskomponente).³² M wollte das Geld der Bank entziehen und für sich verwenden, handelte also mit dem Vorsatz, die Bank aus ihrer Eigentümerposition zu verdrängen und das Bargeld wirtschaftlich zu verwerten. Darüber hinaus müsste M auch vorsätzlich hinsichtlich Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung gehandelt haben. Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung entfällt, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat.³³ M war bewusst, dass er keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf das im Geldautomaten befindliche Bargeld hat, sodass die Zueignung damit auch objektiv rechtswidrig wäre und die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung vorliegt.

Ein Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung eines Diebstahls i.S.v. § 242 Abs. 1 StGB liegt demnach vor.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Ein unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB liegt vor, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten und objektiv Handlungen vorgenommen hat, die nach seiner Vorstellung ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in den Taterfolg einmünden würden.³⁴ Das Ansetzen des Brecheisens an der Schutzvorrichtung des Geldautomaten soll nach der Vorstellung des M unmittelbar den Zugriff auf das Geld ermöglichen. Damit kommt es auf den Streit, ob das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Regelbeispiels zugleich auch ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt darstellt, nicht an: Vielmehr ist davon auszugehen, dass M beim Ansetzen des Brecheisens nicht mehr von wesentlichen Zwischenakten ausgegangen ist; zudem brauchte es keines weiteren Willensimpulses mehr, d.h. M hat die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten. M hat unmittelbar zur Tat i.S.v. § 22 StGB angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Persönliche Strafaufhebungsgründe, § 24 Abs. 1 StGB

Allerdings könnte M gem. § 24 Abs. 1 StGB straffbefreiend vom Versuch des Diebstahls zurückgetreten sein, indem er das Vorhaben abbrach und zum Auto zurückkehrte. Ein straffbefreiender Rücktritt setzt allerdings voraus, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter den tatbestandlichen Erfolg nach seiner Vorstellung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann.³⁵ Das von M zum Aufbrechen des Geldautomaten eingesetzte Brecheisen ist nach ungefähr 10 Minuten unbrauchbar geworden und verbogen. Ein Aufbrechen erscheint ihm mit den zur Verfügung stehenden Mitteln

³² Vgl. hierzu auch eingehend zur Zueignungsabsicht in der Fallbearbeitung Kudlich/Oğlakcioğlu, JA 2012, 321 ff.

³³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2025, § 2 Rn. 187.

³⁴ Vgl. hierzu BGHSt 31, 178; 43, 177 (178); BGH NStZ 2001, 415; BGH NJW 2002, 1057; BGH NStZ 2003, 149 (150).

³⁵ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 37 Rn. 15.

am Tatort auch nicht mehr möglich, was M auch erkennt. Aus Sicht des M ist die Wegnahme unmöglich, das konkrete Handlungsziel unerreichbar geworden. Demnach liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor. Ein Rücktritt nach § 24 Abs. 1 StGB ist ausgeschlossen.

6. Strafzumessung, § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB

Indessen ist zu überprüfen, ob auch eine Strafschärfung durch Verwirklichung eines Regelbeispiels gem. § 243 StGB in Betracht kommt. Hierzu müsste M eine Sache stehlen, die durch ein verschlossenes Behältnis i.S.v. § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB besonders gesichert ist. Ein Behältnis ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das – im Gegensatz zum umschlossenen Raum (Nr. 1) – nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden. Verschlossen ist ein Behältnis, wenn sein Inhalt durch ein Schloss, eine andere technische Schließvorrichtung oder in sonstiger Weise gegen den ordnungswidrigen Zugriff von außen besonders gesichert ist.³⁶ Das im Geldautomaten befindliche Bargeld ist durch einen Zugriff von außen durch eine besondere technische Schließvorrichtung besonders gesichert, mithin verschlossen.³⁷ Der Geldautomat an der SB-Geschäftsstelle stellt somit ein verschlossenes Behältnis i.S.v. § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB dar.

Demnach wäre zwar ein verschlossenes Behältnis nach § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB gegeben, jedoch stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass es nicht zu einer Wegnahme gekommen ist, mithin der Diebstahl im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Ob die strafschärfende Wirkung des Regelbeispiels auch bei bloß versuchter, d.h. unvollständiger Begehung eintreten kann, ist umstritten.³⁸ Dabei wird im Wesentlichen danach differenziert, ob das Regelbeispiel selbst nur versucht ist oder eben auch das Grunddelikt. Während man sich weitestgehend darüber einig ist, dass bei einem vollendeten Grunddelikt ein nicht vollständig verwirklichtes Regelbeispiel keine Berücksichtigung erfahren kann, besteht hinsichtlich der Konstellation, in der sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel versucht sind, Streit: Teile der Rechtsprechung bejahen hier neben dem versuchten Diebstahl nach §§ 242, 22 StGB auch einen Versuch des besonders schweren Falles. Die Rechtsprechung begründet dies mit historischen Erwägungen bzw. dem Willen des Gesetzgebers sowie der Überlegung, dass beim Versuch ohnehin das Handlungsunrecht die Strafbarkeit begründe, sodass es auch beim Regelbeispiel genügen müsse, dass lediglich das Handlungsunrecht vorliege. Zudem wird auf die „tatbestandsähnliche“ Ausgestaltung der Regelbeispiele verwiesen, weswegen eine entsprechende Übertragung der Versuchsgrundsätze sachgerecht sei. Die Gegenansicht nimmt dagegen lediglich einen einfachen versuchten Diebstahl nach §§ 242, 22 StGB an. § 22 StGB sei trotz der „tatbestandsähnlichen“ Ausgestaltung der Regelbeispiele nicht auf die Vorschrift des § 243 StGB anwendbar, da sich diese Vorschrift eben nur auf „Tatbestände“ beziehe und Regelbeispiele explizit nicht so bezeichnet würden. Das Vorgehen des BGH führe letztlich zu einer Gleichsetzung von Versuch und Vollendung eines Regelbeispiels (zumal gerade kein „Versuch“ angenommen wird und damit auch § 23 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung gelangt). Letztere Auffassung erscheint daher vorzugswürdig, zumal der BGH partiell schon selbst von erstgenannter Auffassung – nämlich i.R.d. § 263 StGB und dessen Regelbeispielen – abgewichen ist. Entsprechend ist eine Erhöhung des Strafrahmens nach § 243 StGB abzulehnen (a.A. gut vertretbar).

³⁶ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 243 Rn. 16.

³⁷ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 33; vgl. auch BGHSt 9, 173 (gewöhnliche Automaten als verschlossenes Behältnis i.S.v. § 243 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB).

³⁸ Vgl. ausführlich zum folgenden Streit und den drei Versuchskonstellationen Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 3 Rn. 51 ff.; BGHSt 33, 370; zur abweichenden Ansicht des BGH im Rahmen des Betruges siehe BGH wistra 2007, 111.

7. Ergebnis

M hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 12 Abs. 2, 22 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des Y

I. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB durch das „Schmiere-Stehen“ bzw. Ausschau halten

Y könnte sich wegen versuchten Diebstahls in Mittäterschaft nach §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er im Auto verblieben ist und als Späher am Tatort tätig war.

1. Vorprüfung

Ein vollendeter Diebstahl liegt nicht vor. Der Versuch ist nach §§ 242 Abs. 2, 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar (siehe oben A. I. 1).

2. Tatentschluss, § 22 StGB

Ferner müsste Y einen hinreichend konkreten Tatentschluss hinsichtlich der mittäterschaftlichen Begehung des versuchten Diebstahls gefasst haben.

a) Bzgl. § 242 Abs. 1 StGB

Y müsste zunächst einen hinreichenden Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung eines einfachen Diebstahls gefasst haben. M und Y vereinbaren auf der Fahrt zur SB-Geschäftsstelle hin die Einzelheiten der Tat. Y wusste, dass M Geld stehlen wollte, hatte also hinsichtlich des objektiven Tatbestands Vorsatz. Unschädlich ist es, dass Y selbst kein Interesse am Geld hatte. Gem. § 242 StGB genügt nämlich in subjektiver Hinsicht auch eine Drittzueignungsabsicht. Y wollte, dass M das Geld erhält, obwohl er keinen Anspruch hierauf hat. Dies genügt für eine Drittzueignungsabsicht. Ein Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung eines einfachen Diebstahls liegt demnach vor.

b) Bzgl. einer Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB

Allerdings müsste der hinreichend gefasste Tatentschluss des Y auch auf eine gemeinschaftliche Begehungsweise gerichtet sein. Eine wechselseitige Zurechnung des zentralen Tatbeitrags in Form des unmittelbaren Ansetzens durch M setzt ein Handeln auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans voraus, das insoweit auch eine gemeinsamen Tatausführung vorsieht.³⁹

aa) Gemeinsamer Tatplan

Unter einem gemeinsamen Tatplan versteht man den gemeinschaftlich gefassten Entschluss, eine Tat gemeinsam, d.h. als gleichberechtigte Partner, arbeitsteilig durchzuführen.⁴⁰ M kann Y für seinen Plan

³⁹ Vgl. hierzu Pohlreich, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 25 Rn. 9.

⁴⁰ Siehe hierzu nur Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 25 Rn. 46.

begeistern und einbinden. Demnach könnte man grundsätzlich von einem gemeinsamen Tatplan ausgehen.

bb) Gemeinsame Tatausführung (täterschaftlicher Tatbeitrag)

Allerdings müsste sich der Vorsatz auch auf eine gemeinsame Tatausführung beziehen, d.h. jeder Mittäter müsste auch einen objektiven Beitrag zur Tatbegehung leisten, welcher auch von einigem Gewicht und Bedeutung für das Gelingen der Tat ist.⁴¹ Gerade dieses Merkmal dient auch dazu, einen die Mittäterschaft begründenden, gewichtigen Beitrag von sonstigen Handlungen abzugrenzen, bei denen der Beteiligte als bloß untergeordnete Randfigur des Geschehens erscheint und somit nur als Gehilfe eingeordnet werden kann.

Laut Sachverhalt soll Y gemäß der Abrede im Fahrzeug des M verweilen und das Geschehen überwachen. Einen Beitrag an der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung soll Y nicht leisten.

Insofern erscheint fraglich, ob die bloße Stellung als „Späher“ einen derart gewichtigen Tatbeitrag darstellt, dass er die Annahme einer Mittäterschaft i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB trägt, oder ob nicht eben vielmehr nur eine Beihilfe zum (versuchten) Diebstahl des M anzunehmen ist.

Die anzulegenden Maßstäbe für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sind umstritten:

Die Rechtsprechung folgt im Ausgangspunkt auch heute noch einer subjektiven Lehre, die als gemäßigte subjektive Theorie bezeichnet wird. Danach ist Täter, wer mit seinem Tatbeitrag nicht bloß fremdes Tun fördern will (animus socii), sondern die Tat als eigene will (animus auctoris). Dieser Wille wird sodann über Kriterien wie dem Umfang der Tatbeteiligung und dem Interesse an der Tat ermittelt.⁴²

Nach der Tatherrschaftslehre ist hingegen derjenige Täter, der als Zentralgestalt das Geschehen planvoll lenkt oder mitgestaltet. Anders formuliert: Tatherrschaft ist das tatbestandsmäßige In-den-Händen-Halten des Geschehensablaufs, was angenommen werden kann, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen steuern, d.h. abwenden oder eintreten lassen kann.⁴³ Teilnehmer ist hingegen, wer ohne eigene Tatherrschaft als Randfigur des tatsächlichen Geschehens die Begehung der Tat veranlasst oder sonst fördert.⁴⁴ Beide Abgrenzungstheorien ziehen dabei ähnliche Kriterien zur Bestimmung einer Täterschaft oder Teilnahme heran und unterscheiden sich allenfalls in Nuancen (v.a. im Hinblick auf die Gewichtung der Kriterien zueinander):

Hinweis: Im Normalfall der Darstellung eines Streitstands sollte stets direkt unter die jeweilige Auffassung subsumiert werden, bevor die nächste Ansicht dargestellt wird. So kann eruiert werden, ob ein Streitentscheid überhaupt notwendig ist. Dies gilt grundsätzlich auch für die unterschiedlichen Ansätze zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Da hier allerdings auf eine Wiedergabe der inzwischen überholten extrem subjektiven Theorie und formal-objektiven Theorie verzichtet wurde, vielmehr die vermittelnden Ansichten von Rechtsprechung und Lehre genannt werden, die oftmals zu ähnlichen Ergebnissen gelangen, wurde auf solch eine „Zwischensubsumtion“ verzichtet.

Wesentliche Anhaltspunkte sind nach der Rechtsprechung dabei der Grad des Tatinteresses, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille zur Tatherrschaft,⁴⁵ sodass

⁴¹ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 107.

⁴² Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 6 Rn. 329.

⁴³ Maurach, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 617 ff.

⁴⁴ Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, § 6 Rn. 328.

⁴⁵ Vgl. BGH NSTz 2003, 253 (254).

Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Tatbeteiligten abhängen. Hingegen stellt die Tatherrschaftslehre noch stärker auf objektive Umstände, wie etwaige Abreden, Mitspracherechte u.Ä. ab. Vor diesem Hintergrund kann ein Streit dahinstehen, wenn die Kriterien nach beiden Ansätzen zu demselben Ergebnis führen.

Y lässt sich zwar für die Durchführung der Tat generell begeistern. Jedoch wird ein unbedingter Wille zur Tat bzw. ein unbedingtes Interesse am Taterfolg nicht ersichtlich, insbesondere ist er auch nicht am Geld interessiert, sondern will lediglich M einen freundschaftlichen Dienst erweisen. Y war auch nicht im Rahmen der Entstehung des Tatentschlusses und Tatplans eingebunden; schließlich hat Y auch keinen besonderen Einfluss auf die Tat oder ein irgendwie geartetes Mitspracherecht. All diese Gesichtspunkte sprechen insgesamt gegen eine Rolle des Y als Zentralgestalt des Geschehens und damit auch gegen einen Täterwillen. Ferner steht und fällt die Tat nicht mit dem Ausspähen durch Y, sodass nach beiden Abgrenzungslehren eine Mittäterschaft des Y ausscheidet.

Hinweis: Eine andere Auffassung scheint angesichts der vom Sachverhalt angebotenen Informationen kaum vertretbar. Was die „Tiefe“ der Darstellung des Streitstands angeht, dürfte in einer Klausur (anders als im Rahmen einer Hausarbeit) wohl nicht mehr erwartet werden, dass sich die Klausurkandidat*innen ausführlich mit den überholten Abgrenzungslehren, also insbesondere der formal-objektiven sowie streng-subjektiven Theorie, auseinandersetzen.

3. Ergebnis

Y hat sich nicht wegen versuchten Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB durch das „Schmiere-Stehen“ bzw. Ausschau halten

Allerdings könnte sich Y wegen Beihilfe zum versuchten Diebstahl nach §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er im Auto verblieben ist und den Tatort ausgespäht hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche rechtswidrige (Haupt-)Tat

Eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat liegt in Form des versuchten einfachen Diebstahls durch M vor (siehe oben A.).

bb) Teilnahmehandlung i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB

Ferner müsste Y die Haupttat durch einen Tatbeitrag i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben. Als physische Beihilfe kommt jede tätige Mitwirkung am äußeren Tatgeschehen in Betracht.⁴⁶ Der Gehilfen-

⁴⁶ Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 6.

beitrag muss dabei nicht zwingend für den Taterfolg kausal bzw. ursächlich geworden sein.⁴⁷ Das Verbleiben im Fahrzeug, um Ausschau zu halten, bzw. das „Schmiere-Stehen“, stellt eine Mitwirkung am äußeren Tatgeschehen, mithin eine Förderung der Haupttat in Form der physischen Beihilfe, dar. Eine Teilnahmehandlung des Y liegt i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB vor.

b) Subjektiver Tatbestand

Ferner müsste Y sowohl im Hinblick auf den von M vorgenommenen versuchten Diebstahl als auch in Kenntnis seiner Handlung als Gehilfenhandlung vorsätzlich agiert haben (sog. doppelter Teilnehmervorsatz).⁴⁸ Anders als bei der Mittäterschaft ist für die strafbare Beihilfe i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB keine (Dritt-)Zueignungsabsicht im Hinblick auf den versuchten Diebstahl des M erforderlich.⁴⁹ Y und M haben auf der Fahrt zur SB-Geschäftsstelle hin den genauen Ablauf vereinbart und dabei festgelegt, dass Y im Auto die Situation überwachen, also „Schmiere-Stehen“, soll. Er war sich sowohl im Hinblick auf den von M vorgenommenen versuchten Diebstahl als auch seiner Rolle im Fahrzeug des M bewusst und hat hieraufhin gehandelt, um M einen freundschaftlichen Dienst zu erweisen. Somit hat Y sowohl im Hinblick auf die rechtswidrige Haupttat als auch auf die Hilfeleistung mit dolus directus 1. Grades gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Y handelte zudem rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Y hat sich wegen Beihilfe zum versuchten Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit der K

I. §§ 242 Abs. 1, 22, 26 StGB durch Vorschlag, „einen Geldautomaten zu machen“

K könnte sich wegen Anstiftung zum versuchten Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 22, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem sie M vorgeschlagen hat, einen Geldautomaten zu machen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzlich rechtswidrige (Haupt-)Tat

Eine versuchte, vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt in Form des versuchten einfachen Diebstahls durch M vor.

⁴⁷ Vgl. BGH NSTz 2007, 230.

⁴⁸ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 114.

⁴⁹ Vgl. hierzu Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 242 Rn. 49 f. und Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 189 f.

bb) Bestimmen als Anstiftungshandlung

Ferner müsste K den M zur Begehung des Diebstahls bestimmt haben. Bestimmen i.S.d. § 26 StGB bedeutet das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses.⁵⁰ Die h.M. fordert diesbezüglich einen geistigen Kontakt zwischen Anstifter und Haupttäter.⁵¹ K könnte durch ihre Äußerung, M solle „einen Geldautomaten machen“ einen kausalen Tatentschluss hervorgerufen haben. Problematisch ist lediglich, dass ihre Aussage sowohl hinsichtlich der Durchführung der Tat als auch des Ziels relativ vage bleibt. Allerdings steht dies einem Bestimmen nicht entgegen, soweit sich aus der Aussage, einen „Geldautomaten zu machen“, die Voraussetzungen der Begehung eines Diebstahls implizieren.⁵² Dies lässt sich annehmen, als M sofort verstanden hat, dass K mit ihrem Vorschlag zum Ausdruck bringen wollte, dass M auf irgendeine Art und Weise Geld aus einer Bank entwenden sollte. Dieser Mindestgehalt lässt sich der Erklärung der K entnehmen, sodass es unerheblich ist, wie mit etwaigen Unklarheiten hinsichtlich der Tatbegehung umzugehen wäre, wenn diese K zugerechnet werden müssten (bspw. ein Raub oder ein Diebstahl mit Waffen). Im Ergebnis hat K den M zur Begehung des Diebstahls bestimmt, mithin sind auch die Voraussetzungen an die Teilnahmehandlung für ein Bestimmen i.S.v. § 26 StGB erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

K müsste ihre Äußerung sowohl im Hinblick auf den von M vorgenommenen versuchten einfachen Diebstahl als auch im Hinblick auf ihr Handeln als Bestimmungshandlung vorsätzlich getroffen haben (sog. doppelter Teilnehmervorsatz).⁵³ K handelt jedenfalls im Hinblick auf die Bestimmungshandlung vorsätzlich. Allerdings drängt sich die Frage auf, ob auch die fehlende Konkretisierung der Haupttat einem Vorsatz diesbezüglich entgegensteht. Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Vorsatz des Anstifters auf die Ausführung einer zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen, insbesondere in ihrer Unrechts- und Angriffsrichtung konkretisierten Tat beziehen.⁵⁴ Letztlich hängt es gerade nicht davon ab, ob M einen Diebstahl an einem fest ortsbezogenen Geldautomaten vornimmt, sondern davon, dass die Tat in ihren Grundzügen verwirklicht wird. Überdies handelte K auch im vollen Bewusstsein, M zur Tat zu bestimmen. K hat vorsätzlich mit *dolus directus* 1. Grades gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zudem handelte K rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

K hat sich wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

⁵⁰ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 24; siehe nur BGH NStZ 2018, 80.

⁵¹ Jäger, *Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil*, 10. Aufl. 2024, § 6 Rn. 381.

⁵² Vgl. zur Bestimmtheit der Tat BGHSt 34, 63; BGH NJW 1986, 2770; bei dem der 2. *Strafsenat* für das „Bestimmen“ i.S.v. § 26 StGB die Äußerung des Anstifters „eine Bank machen“ ausreichen ließ.

⁵³ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 44 f.

⁵⁴ Zur Konkretisierung der Haupttat mit Fallbeispielen Jäger, *Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil*, 10. Aufl. 2024, § 6 Rn. 384.

D. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Die beiden Tatkomplexe stehen zueinander in Tatmehrheit. M ist somit strafbar gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 Nr. 1 StGB in Tatmehrheit mit §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Y hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. K hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

Anfängerhausarbeit: „Ein frevelhaftes Unterfangen“

Wiss. Mitarbeiter Justus Kriegsch, Noah-Luca Räderer, Stud. Hilfskraft Paul Schwarz, München*

Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2025 als Teil des Grundkurses Strafrecht bei Herrn Prof. Dr. Frank Saliger und Herrn Prof. Dr. Helmut Satzger gestellt. Es wurde ein Durchschnitt von 6,11 Punkten bei einer Durchfallquote von 17 % erzielt. Die Hausarbeit weist einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Kombiniert wurden klassische Delikte des besonderen Teils mit einerseits geläufigen, andererseits eher unbekannten, anspruchsvollen Problemstellungen des allgemeinen Teils. Hierbei erfordern insbesondere die Themenkreise rund um den Versuch von Regelbeispielen und der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten eine tiefergehende Auseinandersetzung und argumentative Erörterung.

Sachverhalt

Die beiden Ganoven A und B planen einen gemeinsamen Coup. Ihr Plan besteht darin, den – seit dem vergangenen Osterfest prallgefüllten – Opferstock der Dorfkirche zu entwenden. Die ein Meter hohe, 30 cm breite und mit Inhalt 70 kg schwere Stahl-Spendenbox steht, wie sie wissen, gleich am Eingang direkt hinter der Kirchentür und ist von dort gut zu erreichen. Sie rechnen damit, ungestört zu bleiben und keine Gewalt gegen Dritte anwenden zu müssen.

Ihrem Plan folgend kreuzen sie in einer kühlen Frühlingsnacht vor der Tür der Kirche auf. A, der anders als B ein eigenes Auto hat, soll das für die Verbringung der Beute unabdingbare Fluchtfahrzeug steuern und wartet wegen der Kälte mit laufendem Motor auf die Rückkehr des B. B, der im Vergleich zu A deutlich kräftiger und in Sachen Schlossknacken um einiges versierter ist, macht sich mit einem Spezial-Schraubenzieher an der Tür der Kirche zu schaffen, welches zu Knacken für ihn aufgrund seiner Erfahrung kein Problem darstellt. Noch bevor er das Türschloss jedoch tatsächlich öffnen kann, gehen im angrenzenden Pfarrhaus die Lichter an. Zwar weiß er, dass er die Kirchentür immer noch mit Leichtigkeit knacken und im Handumdrehen an die Beute gelangen könnte, er hat allerdings ein ungutes Gefühl bei der ganzen Sache und große Angst, entdeckt zu werden. Deshalb bricht er seine Öffnungsversuche an der Tür ab und dreht um in Richtung Auto. Auf dem Rückweg hört er von der Seite Schritte und sieht den Pfarrer P der Gemeinde, der B tatsächlich bei seinen Machenschaften beobachtet hatte, aus seinem Pfarrhaus auf ihn zugehen. B zögert nicht lange, stellt sich dem Mann mit drohender Faust entgegen und verpasst ihm einen schmerzhaften Kinnhaken, sodass P bewusstlos wird. Anschließend schleift B ihn zum Auto, um den einzigen Zeugen der Tat in den Kofferraum zu zwängen. Als B sich, nachdem er den immer noch bewusstlosen P im Kofferraum verstaut hat, auf den Beifahrersitz neben den von den Geschehnissen völlig überrumpelten A schwingt, schreit A ihn an: Dies sei so nicht abgemacht gewesen, er habe ein schlechtes Gewissen und das so alles nicht gewollt. B solle den armen Geistlichen sofort aus dem Kofferraum befreien und abhauen – er wolle von ihrem gemeinsamen Plan, dessen Realisierung er in der konkreten Situation nun ohnehin für aussichtslos hält, nichts mehr wissen und ihn nie wiedersehen. B steigt aus dem Auto aus, denkt aber gar nicht daran, A Folge zu leisten. Stattdessen geht er zur Fahrertür und zückt den Schrauben-

* Die Verf. Kriegsch und Räderer sind Doktoranden und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Helmut Satzger an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Verf. Schwarz ist ebendort Stud. Hilfskraft. Der Verf. Räderer ist zudem als Wiss. Mitarbeiter bei einer Rechtsanwaltskanzlei tätig.

zieher. Er reißt die Fahrertür auf und zerrt A mit vorgehaltenem Schraubenzieher aus dem Fahrzeug. B fordert dabei, A solle sich besser fügen, wenn ihm sein Leben lieb sei. A, der es mit der Angst zu tun bekommt, tut wie ihm geheißen und wehrt sich nicht. Anschließend setzt sich B ans Steuer, lässt A zurück und fährt mit P im Kofferraum davon.

Nach kurzer Zeit plagt B allerdings ein schlechtes Gewissen, weshalb er P in die Notaufnahme des nächstgelegenen Krankenhauses bringt. Dann stellt er das Auto – wie von Anfang an geplant – mit steckendem Schlüssel vor der Haustür des A ab und macht sich auf den Heimweg.

Frage

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

§§ 211, 212, 239 bis 241, 316a StGB sind nicht zu prüfen. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: An der Kirche	412
A. Strafbarkeit des B.....	412
I. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB.....	412
1. Vorprüfung.....	412
2. Tatbestand.....	412
a) Tatentschluss	412
b) Unmittelbares Ansetzen.....	413
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	414
4. Kein Rücktritt vom Versuch.....	414
a) Kein Fehlschlag	414
b) Erforderliches Rücktrittsverhalten	415
c) Freiwilligkeit.....	417
d) Zwischenergebnis.....	417
5. Strafzumessung.....	418
a) Vollendete Regelbeispiele	418
aa) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB	418
bb) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 3 StGB	418
cc) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB	418
dd) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB	419
b) „Versuchtes“ Regelbeispiel gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 3, Nr. 2 StGB	419
6. Strafverfolgungsvoraussetzungen	420

7. Ergebnis.....	420
II. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB	420
1. Vorprüfung.....	420
2. Tatbestand.....	420
a) Tatentschluss	420
aa) Bzgl. des Grundtatbestands, § 242 Abs. 1 StGB.....	420
bb) Bzgl. der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB.....	421
3. Ergebnis.....	422
III. Strafbarkeit gem. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB.....	422
IV. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4 StGB	422
1. Tatbestandsmäßigkeit	422
a) Objektiver Tatbestand	422
aa) Grunddelikt.....	422
bb) Qualifikationstatbestand.....	423
(1) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB	423
(2) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.....	423
(3) Zwischenergebnis	424
b) Subjektiver Tatbestand.....	424
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	424
3. Strafantrag.....	424
4. Ergebnis.....	424
B. Strafbarkeit des A.....	424
I. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB.....	424
1. Vorprüfung.....	424
2. Tatbestand.....	424
a) Tatentschluss	424
aa) Gemeinsamer Tatplan.....	425
bb) Gemeinsame Tatausführung	425
cc) Zwischenergebnis.....	426
b) Unmittelbares Ansetzen.....	426
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	426
4. Strafzumessung.....	426
5. Kein Rücktritt.....	426

a) Kein Fehlschlag	426
b) Zwischenergebnis	427
6. Ergebnis	427
II. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB	427
III. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, 25 Abs. 1 StGB	427
Ergebnis des ersten Tatkomplexes	427
Zweiter Tatkomplex: Am Auto	428
A. Strafbarkeit des B gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB bzgl. A	428
I. Tatbestandsmäßigkeit	428
1. Objektiver Tatbestand	428
a) Grundtatbestand	428
aa) Diebstahlskomponente	428
(1) Fremde, bewegliche Sache	428
(2) Wegnahme	428
bb) Nötigungskomponente	428
(1) Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels	428
(2) Zusammenhang zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme	429
b) Qualifikation § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB	429
2. Subjektiver Tatbestand	429
a) Vorsatz	429
b) Absicht rechtswidriger Zueignung	430
II. Ergebnis	430
B. Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB	430
I. Tatbestandsmäßigkeit	430
1. Objektiver Tatbestand	430
a) Nötigungsmittel	430
b) Nötigungserfolg	430
II. Ergebnis	432
C. Strafbarkeit gem. § 248b Abs. 1 StGB	432
I. Tatbestand	432
1. Objektiver Tatbestand	432
2. Subjektiver Tatbestand	432
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	432

III. Strafantrag	432
IV. Ergebnis.....	432
Ergebnis des zweiten Tatkomplexes	433
Gesamtergebnis	433

Erster Tatkomplex: An der Kirche

A. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB

B könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich mit dem Schraubenzieher an der Kirchentür zu schaffen machte, um den hinter der Tür stehenden Opferstock in das Auto zu verbringen.

1. Vorprüfung

B hat den Diebstahl hier mangels Wegnahme nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ist gem. §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2, 242 Abs. 2 StGB gegeben.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

B müsste mit Tatentschluss hinsichtlich der Begehung des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB gehandelt haben. Dazu müsste seine Vorstellung auf die Verwirklichung aller den Tatbestand ausfüllenden Umstände gerichtet gewesen sein und er alle besonderen subjektiven Merkmale aufgewiesen haben. Er müsste mithin Vorsatz bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gehabt haben. Eine Sache ist fremd, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist.¹ Beweglich ist eine Sache als körperlicher Gegenstand i.S.v. § 90 BGB, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann.² B war bewusst, dass sich der Opferstock im Eigentum der Kirche und damit nach seiner Vorstellung zumindest auch im Eigentum eines anderen befand und trotz seiner Größe fortschaffbar war – er hatte mithin Tatentschluss bzgl. Fremdheit und Beweglichkeit des Opferstocks. Wegnahme meint den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise, tätereigenen Gewahrsams.³ Bruch meint die Aufhebung des fremden Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers, wobei Gewahrsam das von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffas-

¹ Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 12; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 15; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 11.

² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 3; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 11; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 10.

³ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 242 Rn. 49; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 22.

sung ist.⁴ Ursprünglich war die Stehle im tatsächlichen Herrschaftsbereich der Kirchenleitung. Daran hindert auch nicht, dass die Kirchenleitung zu diesem Zeitpunkt keinen tatsächlichen Zugriff auf den Opferstock hatte. Ausreichend ist, dass unter normalen Umständen auf die Sache eingewirkt werden könnte und einer Herrschaftsausübung keine Hindernisse entgegenstehen.⁵ Ferner erfasst der generelle Gewahrsamswille der Kirchenleitung bzgl. ihres Gewahrsamsbereichs Kirche auch den Opferstock.⁶ B war sich bewusst, dass der Opferstock sich im tatsächlichen Herrschaftsbereich der Kirche befand und auch der Mangel des tatsächlichen Zugriffs durch die Kirchenleitung zum Tatzeitpunkt dies nicht hinderte. Ihm kam es gerade darauf an, den Opferstock in seinen eigenen bzw. den mit A geteilten Herrschaftsbereich des Autos zu bringen und damit eigenen Gewahrsam zu begründen. B wusste auch, dass dies gegen den mutmaßlichen Willen, bzw. mindestens ohne das Einverständnis der Kirchenleitung, geschah.

B müsste ferner die Absicht rechtswidriger Zueignung gehabt haben. Dies meint Aneignungsabsicht, also die Absicht, die Sache seinem eigenen oder dem Vermögen eines Dritten jedenfalls vorübergehend einzuverleiben sowie Enteignungsvorsatz, d.h. den Willen zur dauerhaften Enteignung.⁷ B kam es gerade darauf an, sich und A den Opferstock bzw. das darin enthaltene Geld einzuverleiben und es der Kirchenleitung dauerhaft zu entziehen. Rechtswidrig ist diese Zueignung, wenn der Täter keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung der Sache hat.⁸ Ein solcher Anspruch liegt weder bei A noch bei B vor, was B auch wusste. Damit handelte er auch vorsätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung. B hatte daher insgesamt Tatentschluss bzgl. der Begehung des Diebstahls.

b) Unmittelbares Ansetzen

B müsste weiterhin unmittelbar zur Tat angesetzt haben, § 22 StGB. Dafür müsste er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten und objektiv das Rechtsgut bereits in dem Sinne angegriffen haben, dass nach seinem Tatplan das Geschehen bei ungehindertem Fortlauf ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet, mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits konkret gefährdet ist.⁹ Fraglich ist, welche Handlung für das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall erforderlich ist.

Einerseits könnte das strafbare Versuchsstadium immer bereits dann erreicht sein, wenn der Täter mit der Verwirklichung des Regelbeispiels beginnt.¹⁰ In Betracht kommen diesbezüglich § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB.

Andererseits könnte der Versuchsbeginn durch das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung bestimmt werden.¹¹ Demnach wäre der Versuchsbeginn erst dann gegeben, wenn B eine Handlung vornimmt, die zum Gewahrsamsbruch führt, ohne dass noch weitere wesentliche Zwischenschritte erforderlich sind. Dabei ist kein allzu kleinteiliger Maßstab anzusetzen.

⁴ Vgl. nur BGHSt 16, 271.

⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 9; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 25 f.; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 19.

⁶ Vgl. BGH NJW 1968, 662; OLG Düsseldorf NJW 1988, 1335 (1336).

⁷ BGH NJW 1961, 2122; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 2 Rn. 89.

⁸ BGH NJW 1962, 971; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 59.

⁹ Vgl. BGH NStZ 2022, 409 (412); BGH NJW 2020, 2570; Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 110 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 951.

¹⁰ Siehe etwa OLG Hamm MDR 76, 155; BayObLG NStZ 1997, 442.

¹¹ Dafür BGH HRRS 2014, Nr. 1106 Rn. 8; Rotsch, ZJS 2020, 481 (484); Kudlich/Schuh, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 22 Rn. 47; Engländer, NStZ 2017, 86.

Die Überwindung eines Hindernisses, wie in diesem Fall der geschlossenen Tür, stellt nicht zwingend einen wesentlichen Zwischenakt dar. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Überwindung der Zugangssperre aus Sicht des Täters keine besonderen Schwierigkeiten bereitet, etwa weil er annimmt, sie ohne größeren Aufwand öffnen oder überklettern zu können, und deshalb nach seiner Vorstellung die Tatbestandsverwirklichung bereits unmittelbar bevorsteht. Aus der Perspektive des B stellt die geschlossene Tür kein erhebliches Hindernis dar, sodass die Wegnahme des Opferstocks für ihn unmittelbar bevorstand. Da der Versuchsbeginn nach beiden Ansichten zu bejahen ist, bedarf es keiner Entscheidung des Meinungsstreits. Somit hat B unmittelbar zum Diebstahl angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Kein Rücktritt vom Versuch

Möglicherweise ist B aber gem. § 24 StGB strafbefreiend vom versuchten Diebstahl zurückgetreten.

Anmerkung: Es ist vertretbar, sich bereits an dieser Stelle mit der Frage auseinanderzusetzen, welcher Absatz des § 24 StGB einschlägig ist.

a) Kein Fehlschlag

Zunächst dürfte der Versuch nicht schon fehlgeschlagen sein. Dies ist der Fall, wenn aus der Sicht des Täters die zum Zweck der Tatbegehung vorgenommenen Handlungen ihr Ziel nicht erreicht haben und er erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg entweder gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann.¹²

Umstritten ist der Zeitpunkt, auf den es für diese Vorstellung ankommt.

Nach einer Ansicht¹³ ist auf den Einzelakt abzustellen. Danach liegt ein Fehlschlag vor, wenn der Täter eine Maßnahme ergriffen hat, die aus seiner Sicht für die Tatbestandsverwirklichung ausreichend sein soll, und diese Maßnahme erfolglos war. Hier war B gerade erst dabei, den ersten Akt, nämlich das Aufknacken der Tür mit dem Schraubenzieher, durchzuführen. Diesen Akt hatte er noch nicht zu Ende ausgeführt und allein auch nicht für ausreichend gehalten, um an den Opferstock heranzukommen. Nach dieser Ansicht war der Versuch also nicht fehlgeschlagen.

Nach der Tatplantheorie¹⁴ ist auf den vor dem Versuch gefassten Tatplan abzustellen. Hiernach ist der Versuch fehlgeschlagen, wenn der Täter seinen zuvor gefassten Tatplan vollständig ausgeführt hat und dessen Scheitern erkennt. Der Tatplan des B umfasste hier das Öffnen der Tür, das Hineingehen in die Kirche und Heraustragen des Opferstocks. Diesen Plan hat er nicht vollständig ausgeführt, sodass nach dieser Ansicht der Versuch ebenfalls nicht fehlgeschlagen ist.

¹² BGH NStZ 2008, 393; BGH NStZ 2010, 690; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1014.

¹³ Siehe zur Einzelaktstheorie nur Bosch, JA 2009, 392 (393 f.); Paeffgen, in: FS Puppe, 2011, S. 809.

¹⁴ Siehe zur Tatplantheorie etwa BGH NJW 1957, 595; BGH NJW 1953, 1231 (1232).

Nach der h.L. von der Gesamtbetrachtung¹⁵ ist hingegen die Vorstellung des Täters nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont) maßgeblich. Hiernach liegt kein Fehlschlag vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt glaubt, die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln und ohne wesentliche zeitliche Zäsur noch vollenden zu können. Als B davon abließ, die Tür zu öffnen, wusste er, dass er die Tür weiter leicht öffnen und an den Opferstock gelangen konnte. Auch nach dieser Ansicht liegt also kein fehlgeschlagener Versuch vor.

b) Erforderliches Rücktrittsverhalten

Für die Bestimmung des erforderlichen Rücktrittsverhaltens ist zunächst zu klären, welcher Absatz des § 24 StGB maßgeblich ist. Mittäter werden nach ganz h.M. unter § 24 Abs. 2 StGB subsumiert.¹⁶ Ungleich streitiger ist die Einordnung bei Beteiligung mit Teilnehmern (Anstifter, Gehilfen). Der Wortlaut des § 24 Abs. 2 StGB legt im Hinblick auf die Legaldefinition des § 28 Abs. 2 StGB nahe, dass hierunter auch der Rücktritt des Alleintäters erfasst wird, soweit Dritte als Anstifter oder Gehilfen beteiligt waren.¹⁷ In der Literatur überwiegt indes die Ansicht, dass in solchen Konstellationen auf § 24 Abs. 1 StGB zurückzugreifen ist.¹⁸ Auf § 24 Abs. 2 StGB ist dann nur für die Teilnehmer zurückzugreifen.

Anmerkung: Es ist ohne Weiteres vertretbar, bereits an dieser Stelle inzident (und nicht später im Rahmen der Zurechnung der Tatbeiträge an A) die Beteiligung des A dahingehend zu prüfen, ob dieser Teilnehmer oder Mittäter ist, um die richtige Rücktrittsnorm zu bestimmen. Käme man zum Ergebnis, dass A Mittäter ist, dürfte man sich direkt mit den Voraussetzungen § 24 Abs. 2 StGB auseinandersetzen, weil die Gegenansicht zur Anwendung des § 24 Abs. 1 StGB nur dann greift, wenn beide Mittäter aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses die Vollendung der Tat aufgeben und damit verhindern können. Diese Konstellation ist offenkundig nicht gegeben. Käme man indes zu dem Ergebnis, dass A lediglich Teilnehmer der Tat ist, müsste man sich konsequent der Folgefrage widmen, ob in diesen Fällen auch für B auf § 24 Abs. 2 StGB zurückzugreifen wäre. Dies würde man richtigerweise offenlassen, weil ein Streitentscheid nicht notwendig wäre. Schlussendlich würde die Prüfung genauso fortgesetzt werden, wie in der Lösungsskizze im Folgenden vorgeschlagen.

Ein Streitentscheid ist indes nicht notwendig, wenn B sowohl nach § 24 Abs. 1 StGB als auch nach § 24 Abs. 2 StGB das erforderliche Rücktrittsverhalten an den Tag gelegt hätte.

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Das erforderliche Rücktrittsverhaltens richtet sich dabei danach, ob der Versuch beendet oder unbeendet ist. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter davon ausgeht, alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben. Demge-

¹⁵ Siehe zur Gesamtbetrachtungslehre BGH NJW 1983, 764; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 187 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1022; *Bürger*, ZJS 2015, 23 (25).

¹⁶ *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 24 Rn. 67 m.w.N.; *Kudlich/Schuh*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 24 Rn. 55; für eine a.A. vgl. *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 24 Rn. 73 m.w.N.

¹⁷ Siehe dazu *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 24 Rn. 68; *Zaczyk*, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 96.

¹⁸ Dafür *Ladiges*, JuS 2016, 15 (16); *Rotsch*, JuS 2002, 887 (892).

genüber liegt ein unbeendeter Versuch vor, wenn der Täter noch weitere Handlungen für erforderlich hält, um den Tatbestand zu verwirklichen.¹⁹

Entsprechend den o.g. Auffassungen zum Zeitpunkt, auf den hinsichtlich des Vorstellungsbildes des Täters für die Beurteilung eines Fehlschlags des Versuchs abzustellen ist, ist auch der Zeitpunkt streitig, auf den es hinsichtlich des Vorstellungsbildes des Täters bei der Frage ankommt, ob der Versuch beendet oder unbeendet ist. Nach der Einzelakttheorie ist das Vorstellungsbild nach Vornahme einer zur Tatbestandsverwirklichung für ausreichend erachteten Maßnahme entscheidend,²⁰ nach der Tatplantheorie der vor dem Versuch gefasste Tatplan²¹ und nach der Lehre vom Rücktrittshorizont die Vorstellung des Täters nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung.²² B hat weder eine zur Tatbestandsverwirklichung von ihm für ausreichend erachtete Handlung vorgenommen noch den mit A zuvor gefassten Tatplan vollständig in die Tat umgesetzt. Auch nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung in Form des Bearbeitens der Tür mit dem Schraubenzieher war B bewusst, dass er erst noch die Tür öffnen und hineinlangen musste, um an den Opferstock heranzukommen. Daher ging B nach allen Ansichten davon aus, noch nicht alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben. Entsprechend lag nach der Vorstellung des B ein unbeendeter Versuch vor, von dem B durch Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat zurücktreten konnte. Er hat mithin das nach § 24 Abs. 1 StGB erforderliche Rücktrittsverhalten an den Tag gelegt.

Nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Für den Rücktritt nach dieser Bestimmung muss der Beteiligte unabhängig vom Versuchsstadium und der konkreten Beteiligungsform bewusst und freiwillig die Vollendung der Tat verhindern. Es reicht also nicht aus, wenn er zwar seinen eigenen Tatbeitrag rückgängig macht, die Tat aber dennoch vollendet wird; allerdings ist eine Neutralisierung des eigenen Tatbeitrags ausreichend, wenn dadurch die Tat nicht vollendet wird.²³ Die „Neutralisierung des eigenen Tatbeitrags“ kann nach ganz h.M. auch in einem Unterlassen liegen, sodass das bloße Aufgeben der weiteren Tatausführung ausreichend ist.²⁴ Das die Tatvollendung verhindernde Verhalten muss gerade nicht notwendig in einem auf die Erfolgsabwendung gerichteten aktiven Tun liegen.²⁵ Dies ist nach einer neueren Entscheidung des BGH etwa dann der Fall, wenn einer von mehreren Tatbeteiligten den noch möglichen Eintritt des Taterfolgs allein dadurch vereiteln kann, dass er seinen vorgesehenen Tatbeitrag nicht erbringt oder nicht fortführt,²⁶ d.h. eine der beteiligten Personen insoweit die Zentralfigur des Geschehens darstellt, dass das bloße „Aufhören“ die Vollendung der Tat verhindert, sofern er aus seiner Sicht noch nicht alles zur Erfolgsherbeiführung Erforderliche getan hat.

Da der Erfolg der Tat hier maßgeblich von B abhängt, stellt B eine solche Zentralfigur dar. Damit das bloße Aufgeben der weiteren Tatausführung als Rücktrittsverhalten genügt, müsste B aus seiner Sicht noch nicht alles Erforderliche unternommen haben. Das ist ausweislich obiger Prüfung der Fall. B hätte also auch die in § 24 Abs. 2 S. 1 StGB normierten Anforderungen an das Rücktrittsverhalten erfüllt.

¹⁹ Zur Definition BGH NStZ-RR 2006, 101 (102); BGH NStZ 2018, 706; BGH NStZ 2019, 198; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1039.

²⁰ Für die Einzelaktstheorie *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (247); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (48 ff.); *Jakobs*, JuS 1980, 714.

²¹ Für die Tatplantheorie BGHSt 22, 330 (331); 14, 75 (79).

²² BGH NStZ 2023, 160; BGH StV 2020, 83; BGH NStZ-RR 2018, 137 (138).

²³ Siehe nur *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 24 Rn. 70.

²⁴ Für die h.M. BGH NJW 1992, 989 (900); *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 24 Rn. 89; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 166.

²⁵ *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 24 Rn. 40a.

²⁶ BGH, Urt. v. 17.3.2022 – 4 StR 223/21, Rn. 22.

B hat nach alledem das nach beiden Bestimmungen des § 24 StGB erforderliche Rücktrittsverhalten an den Tag gelegt. Ob A Täter oder Teilnehmer ist, hat auf diese Bewertung keinen Einfluss, sodass diese Frage an dieser Stelle offenbleiben kann.

Anmerkung: Der Streitstand zu der Frage, in welchem Verhältnis die beiden Absätze des § 24 StGB zueinanderstehen, ist in der Literatur sehr umstritten, hat in vielen Fällen aber keine praktischen Auswirkungen (so auch hier). Für die Bewertung maßgeblich ist die saubere Normarbeit in Gestalt der sauberen Differenzierung zwischen den beiden Rücktrittstatbeständen. Überdies sollte jede Aufarbeitung des Meinungsstands honoriert werden. Im Ergebnis sollten die Prüflinge aber zu dem Ergebnis gelangen, dass das von B an den Tag gelegte Verhalten nach beiden Bestimmungen des § 24 StGB ausreichend ist. Eine andere Ansicht ist kaum vertretbar.

c) Freiwilligkeit

B müsste ferner freiwillig zurückgetreten sein. Wann Freiwilligkeit angenommen werden kann, ist umstritten.

Nach einer psychologischen Betrachtungsweise ist das der Fall, wenn der Rücktritt aus autonomen Motiven, also aufgrund einer freien Willensbildung und nicht aufgrund einer inneren oder äußeren Zwangslage (heteronome Motive), erfolgte.²⁷ Hier gehen im Pfarrhaus die Lichter an und B hat Angst vor Entdeckung. Das Ablassen von der Tat beruhte hier wesentlich auf tatsächlichen Veränderungen in der Außenwelt und nicht auf einem freiverantworteten Sinneswandel des B. Nach dieser Ansicht ist die Freiwilligkeit abzulehnen.

Eine normative Betrachtungsweise bejaht Freiwilligkeit nur bei einer „Rückkehr in die Legalität“.²⁸ Der Täter darf hiernach nicht nur nach der „Verbrechervernunft“ nicht mehr weiter gehandelt haben. Das Ablassen des B von der weiteren Tatausführung beruhte darauf, dass sich die äußeren Umstände geändert und er Angst vor Entdeckung hatte. Ein „normaler“ Verbrecher hätte angesichts der Umstände ebenfalls abgelaassen. Der Rücktritt entsprach daher der Verbrechervernunft und ist auch nach dieser Ansicht unfreiwillig. Ein Streitentscheid ist folglich nicht erforderlich. B handelte nicht freiwillig.

d) Zwischenergebnis

B ist nicht strafbefreiend zurückgetreten.

Anmerkung: Hier ist mit entsprechender Begründung die Gegenansicht (Freiwilligkeit gegeben) vertretbar. Entscheidet man sich dafür, den Rücktritt zu bejahen, ist es in der gutachtlichen Lösung hausarbeitstaktisch notwendig, die Strafzumessung vorher zu prüfen und die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Dies ist auch ohne Weiteres möglich, weil es keine gesetzlichen oder logischen Vorgaben dazu gibt, in welcher Reihenfolge Strafzumessung und persönliche Strafaufhebungsgründe zu prüfen sind.

²⁷ Für eine psychologische Betrachtungsweise BGHSt 35 (184); BGH NStZ 11, 688; vgl. *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 24 Rn. 39; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1073.

²⁸ Für die Lehre von der Verbrechervernunft prägend *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 383 ff. mit Verweis auf RGSt 37, 402 (406); 47, 74 (79).

5. Strafzumessung

a) Vollendete Regelbeispiele

In Betracht kommt weiter die Verwirklichung der Regelbeispiele der § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Var. 3, Nr. 2 sowie Nr. 4 StGB.

aa) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

B könnte in ein Gebäude eingebrochen sein. Ein Gebäude ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und das Unbefugte abwehren soll.²⁹ Die Kirche ist von allen Seiten begrenzt, gestattet das Betreten von Menschen und ist durch Vorrichtungen gegen das Eindringen von Unbefugten gesichert. Die Kirche stellt daher ein Gebäude dar. In dieses bricht der Täter ein, wenn er Umschließungen, die ein tatsächliches Hindernis bilden und insoweit dem Eintritt in den umschlossenen Raum entgegenstehen, gewaltsam öffnet.³⁰ Zwar braucht der Täter die Räumlichkeiten dabei nicht zu betreten. Erforderlich ist aber, dass er mit der Hand oder mit Werkzeugen hineinlangt.³¹ Dem Sachverhalt ist lediglich zu entnehmen, dass sich B von draußen an der Kirchentür mit dem Schraubenzieher zu schaffen machte, um hineinzugelangen. Er drang also weder mit einem Körperteil noch mit dem Werkzeug ein, brach also nicht ein. Auch ein Einsteigen, das das Eindringen in den umschlossenen Raum auf einem nicht ordnungsgemäßen Wege voraussetzt,³² scheidet aus. B ist daher nicht in ein Gebäude i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB eingebrochen oder eingestiegen.

bb) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 3 StGB

Zwar stellt der Spezialschraubenzieher als Gegenstand, durch den der Verschlussmechanismus der Kirchentür ordnungswidrig betätigt wird,³³ ein nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmtes Werkzeug dar. Allerdings fehlt es am für die Var. 3 notwendigen Eindringen in den geschlossenen Raum der Kirche.

cc) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Der Opferstock könnte ein verschlossenes Behältnis sein. Behältnis ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das – im Gegensatz zum umschlossenen Raum (Nr. 1) nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden. Verschlossen ist ein Behältnis, wenn sein Inhalt durch ein Schloss, eine andere technische Schließvorrichtung oder in sonstiger Weise gegen den ordnungswidrigen Zugriff von außen besonders gesichert ist.³⁴ Der Opferstock stellt ein solches verschlossenes Behältnis dar. Für Nr. 2 würde es jedenfalls bei schweren Behältnissen

²⁹ BGH NJW 1951, 669; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 243 Rn. 9; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 7.

³⁰ Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 243 Rn. 11; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 243 Rn. 8 f.; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 20 f.

³¹ So Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 243 Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 10.

³² Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 12; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 243 Rn. 10; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 11.

³³ Vgl. RGSt 53, 277; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 243 Rn. 12.

³⁴ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 243 Rn. 16; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 15; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 243 Rn. 18.

genügen, wenn die Sache samt Sicherungsvorrichtung entwendet wird,³⁵ sodass der schwere Opferstock zwar unter Nr. 2 fallen würde, jedoch ist B hier gar nicht in die Kirche gelangt, sodass Nr. 2 objektiv nicht erfüllt ist.

dd) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB

B könnte ferner § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB verwirklicht haben. Kirchendiebstahl ist der Diebstahl von Sachen, die aus religiösen Gründen als besonders schutzwürdig angesehen werden, aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum.³⁶ Fraglich ist, ob der Opferstock in den Schutzbereich miteinbezogen ist. Dies gilt nur für unmittelbar dem Gottesdienst gewidmete Gegenstände oder solche, die der religiösen Verehrung dienen.³⁷ Ein Opferstock dient der Aufbewahrung von Geldspenden, die für das Gebäude der Kirche, für karitative Zwecke, aber auch für die Gestaltung der Messen selbst zur Verfügung stehen. Er ist damit nicht unmittelbar der Durchführung des Gottesdienstes selbst gewidmet.³⁸ B hat § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB nicht verwirklicht.

b) „Versuchtes“ Regelbeispiel gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 3, Nr. 2 StGB

B hat die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 2, 3 StGB damit nicht voll verwirklicht. Allerdings hat er sich mit dem Schraubenzieher an der Kirchentür zu schaffen gemacht und vorgehabt, anschließend den schweren Opferstock mit dem Auto fortzuschaffen. Daher stellt sich die Frage, ob auch ein bloßes „unmittelbares Ansetzen“ zur Verwirklichung eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall des Diebstahls darstellen kann. Dies ist insbesondere für die Konstellation umstritten, in der – wie hier – sowohl das Regelbeispiel als auch das Grunddelikt nicht vollendet wurden.³⁹

Eine Ansicht⁴⁰ geht davon aus, dass ein Regelbeispiel nicht voll verwirklicht sein muss, um einen besonders schweren Fall zu begründen. Dann wäre B wegen versuchten Diebstahls in einem versuchten besonders schweren Fall zu bestrafen.

Die Gegenansicht⁴¹ bejaht die Indizwirkung des Regelbeispiels hingegen nur dann, wenn es vollständig verwirklicht worden ist. Nach dieser Ansicht wäre B nur wegen „einfachen“ versuchten Diebstahls zu bestrafen. Da die beiden Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

Für die erste Ansicht spricht, dass Regelbeispiele tatbestandsähnlich sind. Es wäre daher nur konsequent, sie auch wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln und die Strafbarkeit wegen eines versuchten Regelbeispiels zuzulassen. Gegen diese Ansicht lässt sich aber einwenden, dass Regelbeispiele unbestrittenermaßen gerade keine Tatbestandsmerkmale sind und daher auch nicht ohne Weiteres wie diese behandelt werden dürfen: § 22 StGB stellt klar, dass nur ein „Tatbestand“ versucht werden kann. Den Versuch eines Strafschärfungsgrundes kennt das Gesetz nicht. Vielmehr setzt das Gesetz voraus, dass das Regelbeispiel vollendet ist, damit dessen Indizwirkung vorliegt. Überzeugender ist es daher, dass ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall nur

³⁵ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 243 Rn. 17; differenzierend Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 25; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 37.

³⁶ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 243 Rn. 21; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 42 ff.; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 243 Rn. 23.

³⁷ BGHSt 21, 64 (65); Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 243 Rn. 21.1.

³⁸ Vgl. BGH NJW 1955, 1119.

³⁹ Zum Überblick des Meinungsstreits Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 3 Rn. 52 ff.

⁴⁰ BGH NJW 1986, 940 (1941); Fabry, NJW 1986, 15 (18 f.); Küper, JZ 1986, 518 (522 ff.).

⁴¹ Lieben, NStZ 1984, 538 (541); Zopfs, GA 1995, 320 (322 ff.).

dann in Betracht kommt, wenn der Täter tatsächlich ein Regelbeispiel nach § 243 StGB verwirklicht hat oder eine Gesamtwürdigung ergibt, dass ein unbenannter besonders schwerer Fall vorliegt, wofür hier nichts ersichtlich ist.

Im Ergebnis liegt kein versuchter Diebstahl in einem versuchten besonders schweren Fall vor (a.A. vertretbar).

Anmerkung: Entscheidet man sich für die andere Ansicht, ist insbesondere auf § 243 Abs. 2 StGB (analog) einzugehen; in diesen Fall könnten sich Bearbeiter Gedanken im Hinblick auf den Materialwert und die Möglichkeit einer erfolgten Leerung machen. Selbst wenn der Opferstock gerade geleert worden sein sollte, dürfte sein reiner Materialwert (ohne jeglichen Geldinhalt) aber jedenfalls die Geringwertigkeitsschwelle übersteigen.⁴²

6. Strafverfolgungsvoraussetzungen

Zwar gibt der Sachverhalt zum Wert des Inhalts des Opferstocks keine Angaben. Von einem Betrag über der Geringwertigkeitsschwelle des § 248a StGB i.H.v. 25–30 €⁴³ ist aber auszugehen. Jedenfalls wäre der erforderliche Strafantrag gestellt.

7. Ergebnis

B hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2, 244 Abs. 2 StGB.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

aa) Bzgl. des Grundtatbestands, § 242 Abs. 1 StGB

B hatte Tatentschluss bzgl. des Grunddelikts, § 242 Abs. 1 StGB, siehe oben.

⁴² Siehe zur Wertschwelle sogleich.

⁴³ Siehe zum diskutierten Wertebereich *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 248a Rn. 5; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar 31. Aufl. 2025, § 248a Rn. 3.

bb) Bzgl. der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

B könnte ferner Tatentschluss bzgl. des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB, im Hinblick auf den Spezialschraubenzieher gehabt haben.

Ein Täter führt ein gefährliches Werkzeug bei sich, wenn ihm das Mittel während des Tathergangs zur Verfügung steht, das heißt so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er es jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten benutzen kann.⁴⁴

Nach seiner Vorstellung sollte B, während er sich an der Tür der Kirche befand, schnell und ungehindert auf den Schraubenzieher zugreifen können, um dessen Schloss zu knacken.

Fraglich ist aber, ob der Schraubenzieher ein gefährliches Werkzeug darstellt. Der Begriff des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ in § 244 StGB ist umstritten.

Auf den ersten Blick liegt es nahe, die Definition des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf § 244 StGB zu übertragen. Eine unveränderte Übernahme dieser Definition ist jedoch nicht ohne Weiteres möglich, weil § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB seinem Wortlaut nach weder einen tatsächlichen Einsatz noch eine Vorstellung darüber, wie das Werkzeug im konkreten Fall eingesetzt werden soll, erfordert.

Es wird aber im Rahmen einer konkret-subjektiven Betrachtungsweise vorgeschlagen, die Begriffsbestimmung in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB zumindest an die zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB entwickelte Definition anzulehnen. Ein gefährliches Werkzeug ist danach jeder Gegenstand, den der Täter im Bedarfsfall so verwenden will, dass er im Falle seines tatsächlichen Einsatzes die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllen würde, also nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall erhebliche Verletzungen zufügen könnte.⁴⁵ Ein solcher innerer Verwendungsvorbehalt fehlt bei B. Er hatte nicht vor, den Schraubenzieher auch nur als ultima ratio gegen einen Menschen einzusetzen. Der Schraubenzieher wäre nach dieser Ansicht kein gefährliches Werkzeug.

Denkbar ist auch eine rein abstrakt-objektive Betrachtung. So könnte man als gefährliches Werkzeug jeden Gegenstand erfassen, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit ähnlich einer Waffe abstrakt geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (sog. Waffenersatzfunktion).⁴⁶ Der Schraubenzieher des B ist typischerweise geeignet, erhebliche Verletzungen zu verursachen und ist mit einer Waffe vergleichbar.⁴⁷ Demnach würde er ein gefährliches Werkzeug darstellen.

Eine weitere Möglichkeit besteht nach der objektiv-konkreten Auslegung darin, situationsbezogen auf die objektive Zweckbestimmung abzustellen. Demnach wäre ein gefährliches Werkzeug jeder Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit ähnlich einer Waffe geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, und der aus Sicht eines objektiven Dritten den Anschein hat, als wolle der Täter ihn in der konkreten Situation in gefährlicher Weise einsetzen.⁴⁸ Der Schraubenzieher des B ist waffenähnlich und objektiv geeignet, erhebliche Verletzungen zu verursachen (siehe oben). Allerdings dient er hier erkennbar als Einbruchswerkzeug, das die Wegnahme ermöglichen soll, und nicht zu Angriffszwecken. Daher ist er nach dieser Ansicht kein gefährliches Werkzeug. Die Meinungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass der Streit zwischen der rein abstrakt-objektiven Betrachtung und den anderen beiden Ansichten zu entscheiden ist.

⁴⁴ So etwa BGH NJW 1982, 2784; BGH NJW 1959, 2222; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 18; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 244 Rn. 9 f.

⁴⁵ Siehe hierzu nur Gaul, Jura 2000, 204 (206); Schroth, NJW 1998, 2861 (2864).

⁴⁶ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 244 Rn. 17; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 15.

⁴⁷ Vgl. BGH NSTZ-RR 2021, 107.

⁴⁸ Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 13; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 244 Rn. 5a f.

Für die rein objektive Betrachtung ist anzuführen, dass sie der Gesetzessystematik Rechnung trägt. Zunächst bildet die Waffe nach dem Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. lit. a StGB einen Unterfall des gefährlichen Werkzeugs. Wird aber der Unterbegriff objektiv bestimmt, muss dies auch für den Oberbegriff gelten.⁴⁹ Darüber hinaus lässt sich so das gefährliche Werkzeug in Nr. 1 lit. a vom sonstigen Werkzeug in Nr. 1 lit. b sauber unterscheiden, bei dem der Gesetzeswortlaut bereits einen Verwendungswillen des Täters voraussetzt.⁵⁰

Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass sie den Tatbestand übermäßig ausweitet.⁵¹ Selbst wenn man – wie es Vertreter der objektiven Betrachtung zunehmend tun – auf die Waffenähnlichkeit abstellt und dadurch eine gewisse Einschränkung erzielt, wird dennoch nahezu automatisch jeder Täter erfasst, der etwa typischerweise ein Taschenmesser mit sich führt. Auch Konstellationen wie hier, in denen typisches Einbruchswerkzeug mitgeführt wird, fallen regelmäßig unter diese Betrachtungsweise. Die objektiv-abstrakte Sichtweise ist daher als zu weitgehend abzulehnen. Die übrigen Ansichten gelangen zu dem Ergebnis, dass der Schraubenzieher hier kein gefährliches Werkzeug darstellt. Zwischen diesen Auffassungen bedarf es daher keiner Entscheidung.

B hatte hier daher keinen Vorsatz bzgl. des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs. Es fehlt daher am Tatentschluss des B bezüglich eines Qualifikationsmerkmals nach § 244 Abs. 1 StGB. Eine Versuchsstrafbarkeit des B nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB scheidet aus.

3. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242 Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit gem. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

In einem Diebstahlversuch ist regelmäßig eine versuchte Unterschlagung enthalten. Die versuchte Unterschlagung ist nach §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar. Sie ist aber subsidiär gegenüber dem versuchten Diebstahl, § 246 Abs. 1 StGB a.E.

IV. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4 StGB

B könnte sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem er P einen Kinnhaken gab.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Grunddelikt

B müsste P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine körperliche Miss-

⁴⁹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 20.

⁵⁰ Vgl. Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 244 Rn. 5; Schmidt, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 5.

⁵¹ Mit dieser Argumentation Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 4 Rn. 27.

handlung ist jede üble, unangemessene Behandlung durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁵² Gesundheitsschädigung meint jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden (pathologischen) Zustandes.⁵³ Für P ist der Kinnhaken schmerzhaft, mithin wird sein körperliches Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Seine Bewusstlosigkeit ist ferner ein von den körperlichen Normalfunktionen negativ abweichender Zustand. Kausalität und Objektive Zurechnung sind unproblematisch gegeben.

bb) Qualifikationstatbestand

B könnte weiter Qualifikationstatbestände des § 224 StGB verwirklicht haben.

(1) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Der Schraubenzieher ist zwar nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art und Weise seiner konkreten Verwendung geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, und stellt damit ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB dar.⁵⁴ Allerdings fordert § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB eine Beibringung der Körperverletzung „mittels“ des gefährlichen Werkzeugs und damit mehr als ein bloßes Beisichführen wie etwa bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB (siehe oben). B setzt den Schraubenzieher aber nicht gegen P ein und erfüllt damit § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht.

Anmerkung: Da der Schraubenzieher offenkundig nicht zum Einsatz gekommen ist, kann die Prüfung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB schadlos entfallen.

(2) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Fraglich ist, ob B mit einem anderen Beteiligten, dem A, „gemeinschaftlich“ gehandelt hat (Nr. 4) bzw. was darunter zu verstehen ist. Einer Meinung⁵⁵ zufolge muss es sich dabei um Mittäter handeln, weil das Gesetz das Wort „gemeinschaftlich“ in § 25 Abs. 2 StGB verwendet. § 28 Abs. 2 StGB enthält allerdings eine Legaldefinition des „Beteiligten“, die auch Teilnehmer miteinschließt. Gemeinschaftlich ist folglich nicht als terminus technicus der Mittäterschaft gemeint⁵⁶ und es genügt – insb. auch nach dem klaren Willen des Gesetzgebers⁵⁷ – die Tatbegehung gemeinschaftlich mit einem Beteiligten jeder Art.⁵⁸ Etwaige Beteiligungsfragen sind daher noch nicht zu entscheiden, vielmehr kommt es einzig auf ein einverständliches Zusammenwirken⁵⁹ von A und B an. A wartet im Auto und ist nicht unmittelbar an der Tatausführung beteiligt. Die bloße Anwesenheit des Beteiligten am Tatort ist jedoch nicht

⁵² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 4; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 14; Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczyńska, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 223 Rn. 5.

⁵³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 5; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 14.

⁵⁴ Vgl. zur Definition des gefährlichen Werkzeugs Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 6.

⁵⁵ So Schroth, NJW 1998, 2861.

⁵⁶ Siehe etwa Deutscher, NSTZ 1990, 125 (127); Küper, GA 1997, 301 (311 f.).

⁵⁷ Zur Genese der Norm instruktiv Wagner, ZJS 2023, 1414 (1420).

⁵⁸ BGH NJW 2002, 3788 (3789); Hörnle, Jura 1998, 169 (178); Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczyńska, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 26.

⁵⁹ BGH NSTZ-RR 2017, 339; Jäger, JuS 2000, 31 (35 f.).

ausreichend, vielmehr ist eine gefahrerhöhende Mitwirkung zu fordern.⁶⁰ Das bloße Warten im Auto kann daher nicht als einverständliches Zusammenwirken gesehen werden. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist mithin nicht erfüllt.

(3) Zwischenergebnis

B hat keine Qualifikationstatbestände erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte bzgl. der Verwirklichung des objektiven Grundtatbestandes vorsätzlich, § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Der nach § 230 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

4. Ergebnis

B hat sich wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB

A könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 4 StGB strafbar gemacht haben, indem er B zur Kirche fuhr und im Auto auf ihn wartete.

1. Vorprüfung

Bzgl. der Vorprüfung gilt das für B bereits oben Festgestellte entsprechend.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

A müsste Tatentschluss bzgl. der mittäterschaftlichen Begehung des § 242 Abs. 1 StGB gehabt haben. As Vorsatz entspricht mangels anderslautender Angaben dem des B. Der Tatentschluss müsste sich jedoch auch auf die mittäterschaftliche Begehung des Grunddelikts erstrecken. Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB erfordert einen gemeinsamen Tatplan sowie eine gemeinsame Tatausführung.⁶¹

⁶⁰ Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 224 Rn. 37; Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 224 Rn. 37 f.

⁶¹ Aufbauhinweis bei Bock, ZJS 2020, 427 (430).

aa) Gemeinsamer Tatplan

Der gemeinsame Tatplan setzt voraus, dass zwei oder mehr Personen verabreden, im gegenseitigen Einvernehmen gemeinsam bestimmte Tatbeiträge zu verwirklichen und eine bestimmte vorsätzliche Straftat zu begehen.⁶² A wollte den Diebstahl gerade aufgrund der gemeinsamen Planung, die – wie er wusste – seinen Beitrag durch Fahren des Fluchtfahrzeugs beinhalten.

bb) Gemeinsame Tatausführung

Die gemeinsame Tatausführung setzt einen objektiven Tatbeitrag des jeweiligen Beteiligten voraus.⁶³ Fraglich ist, welche Qualität dieser aufweisen muss. Nach der Tatherrschaftslehre⁶⁴ ist nur derjenige Mittäter, der objektiv das Tatgeschehen in den Händen hält und deshalb als planvoll-lenkende Zentralgestalt des Geschehens erscheint. Eine Kontrollfrage ist insoweit, ob die Tat mit dem jeweiligen Beitrag „steht und fällt“. Nach der Vorstellung des A soll B das Geschehen an der Kirche bestimmen, indem er sich um die Wegnahme des Opferstocks kümmert. A soll währenddessen draußen warten und B sodann mit seinem Auto, nachdem er ihn bereits zum Tatort gefahren hat, von diesem wieder wegfahren. Innerhalb der Tatherrschaftslehre wiederum ist umstritten, ob ein solcher Beitrag auch im Vorbereitungsstadium grundsätzlich für die Annahme der Mittäterschaft ausreicht, oder eine objektive Mitwirkung im Ausführungsstadium der Tat erforderlich ist.⁶⁵ Überzeugend ist hier ersteres,⁶⁶ soweit verlangt wird, dass der im Vorbereitungsstadium geleistete Tatbeitrag im Ausführungsstadium fortwirkt und das Beteiligungsminus bei der realen Tatausführung durch ein besonderes Gewicht bei der Planung der Tat im Vorbereitungsstadium ausgeglichen wird. Nach der Vorstellung des A ist das Steuern des Fluchtfahrzeugs für die Tatbegehung wesentlich, da er weiß, dass B kein eigenes Auto hat und für den Transport des sperrigen und schweren Opferstocks ein Fluchtfahrzeug unabdingbar ist. Damit weiß er, dass gerade durch seinen Beitrag die Tatverwirklichung „steht und fällt“. Nach der Tatherrschaftslehre hatte A auch Vorsatz bzgl. gemeinsamer Tatbegehung.

Nach der subjektiven Theorie auf objektiv-tatbestandlicher Grundlage⁶⁷ ist erforderlich, dass der Betroffene – neben einem nicht völlig untergeordneten Tatbeitrag – die Tat als eigene will, wobei die Feststellung des Täterwillens auf objektive Gesichtspunkte zu stützen ist. Wesentlicher Anhaltspunkt neben dem Grad des eigenen Interesses am Taterfolg ist nun insbesondere die Tatherrschaft. Nach der Vorstellung des A kommt es gerade auf sein Mitwirken (dem Fahren des Fluchtwagens) an, sein Tatbeitrag schien für ihn nicht untergeordnet. A und B machen gemeinsame Sache, A hatte damit auch Interesse am Taterfolg. Ferner wurde soeben auch die Vorstellung des A bzgl. eigener Tatherrschaft bejaht. Auch nach der subjektiven Theorie auf objektiv-tatbestandlicher Grundlage hatte A Vorsatz bzgl. gemeinsamer Tatbegehung.⁶⁸

⁶² Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 815; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 44 Rn. 11; Murmann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 25 Rn. 37; BGH NStZ 1997, 336.

⁶³ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 823; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 44 Rn. 40; Murmann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 25 Rn. 37; BGH NStZ 1997, 336.

⁶⁴ Zur Tatherrschaftslehre siehe Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 10 f.; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 41 Rn. 10 ff.

⁶⁵ Zum Überblick Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 41 Rn. 18 ff.

⁶⁶ Vgl. die gemäßigte Tatherrschaftslehre Rengier, *JuS* 2010, 281 ff.; Weißer, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 25 Rn. 66 f.

⁶⁷ Siehe zur subjektiven Theorie auf objektiv-tatbestandlicher Grundlage BGH NJW 2021, 2896 (2899); BGH NStZ 2020, 730 (731); BGH NStZ 2020, 22.

⁶⁸ Zum Fahren des Fluchtfahrzeugs als mittäterschaftliche Handlung im Ergebnis gleich BGH NStZ-RR 2002, 74 (75); vom Sachverhalt anders gelagert BGH NStZ-RR 2010, 139; BGH NStZ 2006, 94.

cc) Zwischenergebnis

Der Tatentschluss des A erstreckte sich daher insgesamt auch auf die mittäterschaftliche Begehung des Grunddelikts.

b) Unmittelbares Ansetzen

A müsste weiter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Der Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft beginnt nach der Gesamtlösung⁶⁹ für jeden Mittäter, sobald nur einer von ihnen gem. § 22 StGB zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. B hat hier bereits unmittelbar angesetzt. Dies wird A nach dem § 25 Abs. 2 StGB zugrundeliegenden Prinzip der gegenseitigen Zurechnung aller Tatbeiträge, zugerechnet. Hingegen ist nach der Einzellösung⁷⁰ jeder Mittäter separat zu betrachten. Wegen versuchter mittäterschaftlicher Tat kann nur derjenige bestraft werden, der selbst die Schwelle des § 22 StGB überschritten oder im Versuchsstadium zumindest einen Tatbeitrag erbracht hat. Weder hat A durch seine Vorbereitungshandlungen (das Fahren zur Kirche) die Schwelle des § 22 StGB überschritten noch im konkreten Versuchsstadium einen Tatbeitrag erbracht. Das Versuchsstadium beginnt erst, als B sich an der Kirchentür zu schaffen macht, da erst dann das von § 242 StGB geschütztes Rechtsgut gefährdet ist. Hiernach hätte B nicht unmittelbar zur Tat angesetzt. In konsequenter Fortführung der bisherigen Argumentation ist die Gesamtlösung vorzugswürdig. Die Einzellösung ist freilich eng mit der Ansicht verknüpft, dass mittäterschaftliches Handeln ein Zusammenwirken im Ausführungsstadium erfordert. Dieser Ansicht wurde bereits oben entgegengetreten. Es wäre daher widersprüchlich, dem nur im Vorbereitungsstadium agierenden Mittäter den Eintritt des Tatgenossen in die Versuchsphase nicht zuzurechnen.⁷¹ Folglich hat A auch zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung

Zwar erstreckt sich der Tatentschluss des A analog zu B auch auf die Verwirklichung des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Die Zurechnung des unmittelbaren Ansetzens erfolgt wie im Tatbestand. Da oben aber bereits festgestellt wurde, dass versuchte Regelbeispiele nicht möglich sind, bleibt auch bei A kein Raum für einen Diebstahl in besonders schwerem Fall.

5. Kein Rücktritt

Fraglich ist jedoch, ob A gem. § 24 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten ist.

a) Kein Fehlschlag

Zunächst dürfte die Tat aus Sicht des A nicht fehlgeschlagen sein. Nach der Gesamtbetrachtungslehre ist der Versuch fehlgeschlagen, wenn der jeweilige Beteiligte glaubt, er oder ein anderer Betei-

⁶⁹ Hierfür BGHSt 39, 236 (237 f.); Rönna, JuS 2014, 109 f.

⁷⁰ Die Einzellösung befürwortend Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 297 ff.; Jäger, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2024, § 22 Rn. 35.

⁷¹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 36 Rn. 22.

ligter könne die Tat zum Zeitpunkt des Rücktrittshorizontes mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden. Der Zeitpunkt des Rücktrittshorizontes verschiebt sich auf den Moment der Kenntnisnahme des A von der Unterbrechung der Tatausführung des B und das Hinzutreten des P.

Zu diesem Zeitpunkt hält A die Realisierung des gemeinsamen Plans für aussichtslos, der Versuch ist damit subjektiv fehlgeschlagen.

b) Zwischenergebnis

Ein Rücktritt scheitert am subjektiven Fehlschlag des Versuchs.

6. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB

Mangels Qualifikationsmerkmale hat sich A auch nicht gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, 25 Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Fluchtfahrzeug zum Tatort fuhr.

A selbst hat keine Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4 StGB begangen. Nach § 25 Abs. 2 StGB muss er sich als Mittäter des B dessen Verhalten aber grundsätzlich zurechnen lassen. Dies gilt jedoch nur für Taten, die noch im Rahmen des gemeinsamen Tatplans bzw. unwesentlicher Abweichungen von diesem liegen (Mittäterexzess).⁷² Hier sahen A und B keine Gewalt gegen Dritte vor; sie rechneten damit ungestört zu bleiben. Damit hielt sich das Verhalten des A gerade nicht in einer nur unwesentlichen Abweichung vom Tatplan und kann damit nicht mehr mittäterschaftlich zugerechnet werden. A hat sich nicht gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4 StGB strafbar gemacht.

Ergebnis des ersten Tatkomplexes

A hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. B hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB mit Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁷² Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 44 Rn. 23; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 31. Aufl. 2025, § 25 Rn. 17; Murmann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 25 Rn. 37.

Zweiter Tatkomplex: Am Auto

A. Strafbarkeit des B gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB bzgl. A

B könnte sich gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er A aus dem Auto zerrte und mit vorgehaltenem Schraubenzieher das Auto verlangte.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand

aa) Diebstahlskomponente

(1) Fremde, bewegliche Sache

Das Auto des A ist eine für B fremde, bewegliche Sache.

(2) Wegnahme

B müsste das Auto auch weggenommen haben. Zunächst war der A Gewahrsamsinhaber des Autos. Spätestens in dem Zeitpunkt, als B davonfuhr, hat B den A von der Sachherrschaft endgültig ausgeschlossen und Alleingewahrsam begründet.

Fraglich ist, ob der Gewahrsamswechsel gegen den Willen des A erfolgt ist, mithin durch Bruch, oder ob A damit einverstanden war. In diesem Zusammenhang ergibt sich die Problematik der Abgrenzung zur räuberischen Erpressung. Die Maßstäbe für diese Abgrenzung sind umstritten:

So grenzt die h.L.⁷³ nach der inneren Willensrichtung des Gewahrsamsinhabers ab, also danach, ob das Opfer denkt, der Gewahrsamswechsel sei von seinem Verhalten abhängig und es habe eine Schlüsselposition inne. Die Rspr.⁷⁴ nimmt die Abgrenzung hingegen anhand des äußeren Erscheinungsbildes vor. Beide Ansichten gelangen offensichtlich zum gleichen Ergebnis, nämlich dem Vorliegen einer Wegnahme. Eine Entscheidung des Streits ist daher entbehrlich.

bb) Nötigungskomponente

(1) Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels

B könnte Gewalt eingesetzt haben. Gewalt ist körperlich wirkender Zwang gegen eine Person durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, die nach der Vorstellung des Täters dazu bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder unmöglich zu machen.⁷⁵ Weiter könnte er mit Personengewalt gedroht haben. Drohung

⁷³ Für einen Überblick zu den Stimmen der Literatur Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 11 Rn. 34 m.w.N.

⁷⁴ Dagegen die Rspr. BGH NStZ 1999, 350 (351); BGH NStZ-RR 2011, 80.

⁷⁵ Zur Definition Sander, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 249 Rn. 11; Kudlich, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 249 Rn. 5; Bosch, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 249 Rn. 4.

ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf das sich der Drohende Einfluss zuschreibt.⁷⁶ Das Zerren aus dem Auto bewirkt körperlich wirkenden Zwang, da es nach der Vorstellung des B dazu dient, erwarteten Widerstand gegen die Wegnahme zu überwinden bzw. unmöglich zu machen. Das Nötigungsmittel „Personengewalt“ liegt vor. Weiter stellt er A durch das Vorhalten des Schraubenziehers einen Nachteil in Aussicht, nämlich einen Angriff auf sein Leben, dem A nicht in besonnener Selbstbehauptung standhalten kann und über dessen Realisierung B offensichtlich entscheiden kann. Mithin liegt auch eine Drohung vor.

(2) Zusammenhang zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme

Zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme sind ein subjektiv zu bestimmender Finalzusammenhang und ein objektiv zu bestimmender zeitlicher und räumlicher Zusammenhang erforderlich.⁷⁷ Die Gewaltanwendung diene aus Sicht des A zur Wegnahme des Autos, der erforderliche finale Konnex liegt also vor. Auch der zeitlich-räumliche Zusammenhang beider Akte ist gegeben, da beide unmittelbar und am selben Ort aufeinanderfolgten.

b) Qualifikation § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

Anmerkung: Es kommen in Bezug auf § 250 StGB sowohl Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 als auch Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 in Betracht, allerdings ist Abs. 2 gegenüber Abs. 1 spezieller und daher vorrangig zu prüfen. Wird Abs. 2 bejaht, erübrigt sich eine Prüfung des Abs. 1.

B könnte die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwirklicht haben. Eine Verwendung erfasst hier jeden Einsatz als Verletzungs- oder Gefährdungsmittel, aber auch, wie hier, als Mittel zur Drohung mit Gewalt. Fraglich ist aber, ob der Schraubenzieher auch hier ein gefährliches Werkzeug darstellt. Eine Ansicht fordert hier einen Gleichlauf zur Definition in Abs. 1, den Abs. 2 nur qualifiziert. Die Rspr. weicht hiervon ab und geht von einem anderen Werkzeugbegriff aus. Wird der Gegenstand als Drohmittel gebraucht, so subsumiert die Rspr. dem gefährlichen Werkzeug Fälle, in denen der Täter einen Gegenstand nur als Mittel für eine ausdrückliche oder konkludente Drohung einsetzt und die objektiv mögliche Realisierung des angedrohten Verhaltens zu erheblichen Körperverletzungen führen könnte.⁷⁸ B setzt den Schraubenzieher hier als Mittel zur ausdrücklichen Drohung ein. Dessen tatsächlicher Einsatz würde zu erheblichen Körperverletzungen führen. Beide Ansichten kommen zum selben Ergebnis. Ein Streitentscheid kann unterbleiben. B verwendete ein gefährliches Werkzeug.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

B handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

⁷⁶ Zur Definition *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 249 Rn. 20; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 249 Rn. 8; *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 249 Rn. 5.

⁷⁷ Vgl. zum Überblick *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 7 Rn. 22 ff.

⁷⁸ BGH NStZ 2011, 158; BGH NStZ 2008, 687 f.; BGH NJW 2002, 2889 (2891 f.).

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

Fraglich ist jedoch, ob T mit der Absicht rechtswidriger Zueignung handelte. Zwar kam es B darauf an, vorübergehend den Gebrauchsvorteil hinsichtlich des Autos zu nutzen, die Sache also vorübergehend in sein Vermögen zu überführen. Aneignungsabsicht ist gegeben. B hatte jedoch von Anfang an geplant, das Auto vor der Haustür des A und damit in seinen Machtbereich zurückzubringen. Damit wollte er A nicht dauerhaft aus seiner Eigentümerposition verdrängen. Dies ist eine bloße Gebrauchsanmaßung. Enteignungsvorsatz und damit die Absicht rechtswidriger Zueignung liegen nicht vor.

II. Ergebnis

B hat sich nicht wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

B könnte sich durch dieselben Handlungen gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Anmerkung: Im Fall gewinnt der Streit um das Erfordernis einer Vermögensverfügung in §§ 253, 255 StGB und damit zugleich die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung Bedeutung. Nach h.L. besteht zwischen den beiden Delikten ein Exklusivitätsverhältnis, sodass eine räuberische Erpressung mangels Vermögensverfügung ausscheidet (vgl. unten). Die Rspr. hingegen hält eine Vermögensverfügung nicht für notwendig und betrachtet §§ 253, 255 StGB vielmehr als subsidiäre *leges generales* zu § 249 StGB, die auch bei einer Wegnahme anwendbar sind. Daher kann sie eine Strafbarkeit nach § 255 StGB annehmen.

Würde man dagegen bereits eine Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB bejahen, so wäre es nach beiden Auffassungen – sowohl nach der h.L. (wegen des Exklusivitätsverhältnisses) als auch nach der Rspr. (wegen der Spezialität des Raubes) – nicht sinnvoll, §§ 253, 255 StGB noch ausführlich zu erörtern. In diesem Fall genügt eine knappe Erwähnung der §§ 253, 255 StGB oder ein entsprechender Hinweis bei den Konkurrenzen. Vollständig außer Acht lassen sollte man § 255 StGB jedoch nicht.

I. Tatbestandsmäßigkeit**1. Objektiver Tatbestand****a) Nötigungsmittel**

Das Vorhalten des Schraubenziehers gegenüber A stellt eine Drohung gegen eine Person dar.

b) Nötigungserfolg

Als möglicher Nötigungserfolg kommt nach § 253 StGB jedes Tun, Dulden oder Unterlassen in Betracht. A duldet hier die Wegnahme des Fahrzeugs, sodass ein Nötigungserfolg vorliegt. Umstritten ist allerdings, ob dieser Erfolg zwingend in einer Vermögensverfügung bestehen muss. Unter einer Vermögensverfügung i.S.v. § 255 StGB versteht man zumindest ein willensgetragenes Handeln, das bewusst eine Vermögensminderung herbeiführt. Da hinsichtlich des Fahrzeugs bereits eine Wegnahme bejaht

wurde, scheidet eine Verfügung insoweit denknotwendig aus. Folglich ist der Streit zu entscheiden, ob eine Verfügung erforderlich ist.⁷⁹

Nach einer Ansicht (Rspr.)⁸⁰ ist eine Verfügung nicht erforderlich. §§ 253, 255 StGB stellen *leges generales* dar, während § 249 Abs. 1 StGB als *lex specialis* wirkt. Jeder Raub ist somit stets zugleich eine räuberische Erpressung. Für diese Auffassung spricht insbesondere der Wortlaut der §§ 253, 255 StGB, der keine Verfügung, sondern lediglich einen Nötigungserfolg voraussetzt. Ebenso wäre es widersprüchlich, in §§ 253, 255 StGB von einem anderen Gewaltbegriff als in § 249 Abs. 1 StGB auszugehen. Vielmehr soll auch hier – wie beim Raub – *vis compulsiva* genügen. Eine Besserstellung gerade des Täters, der *vis absoluta* einsetzt, erscheint nicht nachvollziehbar. Zudem ermöglicht diese Sichtweise eine lückenlose Ahndung, etwa auch bei Tätern, die den objektiven Tatbestand des Raubes verwirklichen, bei denen es jedoch – wie hier – an der Absicht rechtswidriger Zueignung fehlt. Außerdem müsste man die Vermögensverfügung von § 263 StGB abweichend definieren, da diese i.R.d. §§ 253, 255 StGB notwendigerweise durch Nötigung veranlasst ist.

Gegen die Auffassung der Rspr. spricht allerdings, dass das herangezogene Wortlautargument nur begrenzt überzeugt: Auch in § 263 StGB ist die Vermögensverfügung nicht ausdrücklich erwähnt, wird dort aber nach ständiger Meinung dennoch verlangt.

Nach anderer Ansicht (h.L.)⁸¹ stellt die Vermögensverfügung ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 253 StGB dar (sog. Verfügungslehre). § 253 StGB sei ein Selbstschädigungsdelikt, während § 249 Abs. 1 StGB ein Fremdschädigungsdelikt darstelle. Die beiden Delikte sind daher nicht kumulativ, sondern stehen in einem Exklusivitätsverhältnis.

Für diese Auffassung spricht, dass § 249 Abs. 1 StGB weitgehend überflüssig wäre, wenn jeder Raub auch von §§ 253, 255 StGB erfasst würde (Ausnahme: Raub einer wertlosen Sache – Absicht rechtswidriger Zueignung [+], Bereicherungsabsicht [-]). Da § 249 Abs. 1 StGB aber am Beginn des 20. Abschnitts steht, spricht dies für seine Eigenständigkeit und klare Abgrenzbarkeit. Ungewöhnlich wäre auch, dass die allgemeinere Vorschrift (§ 255 StGB) auf die speziellere (§ 249 StGB) verweist. Zudem würden die straflose Gebrauchsanmaßung die Privilegierung des § 248b StGB unterlaufen, wenn man der Rspr. folgte, da diese Konstellationen dann über §§ 253, 255 StGB erfasst wären. Auch bestünde die Gefahr, dass der Einsatz eines bloßen Nötigungsmittels zur Diebstahlsdurchführung bereits eine Strafbarkeit nach § 253 StGB („kleiner Raub“) begründen würde – was dem gesetzgeberischen Willen widerspräche.

Gegen die h.L. lässt sich wiederum einwenden, dass die Privilegierung des § 248b StGB nur dann umgangen wird, wenn ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt wird, nicht jedoch bei einer einfachen Wegnahme. Dies erscheint sachgerecht.

Da die Auffassung der Rspr. die gesetzgeberische Wertung des § 248b StGB konterkariert, verdient die Literaturansicht den Vorzug. Demnach ist eine Vermögensverfügung erforderlich. Diese liegt hier jedoch – wie gezeigt – nicht vor. Somit ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

Anmerkung: Entscheidet man sich hier für die Ansicht der Rspr. und bejaht einen Nötigungserfolg, so wäre im Folgenden über § 255 StGB noch die Qualifikation der § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB zu prüfen und zu bejahen gewesen. Da anschließend sowohl Vorsatz als auch Bereicherungsabsicht bzgl. des vorübergehenden Gebrauchsvorteils am PKW gegeben sind, ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

⁷⁹ Vgl. zum nachfolgenden Meinungsstreit *Heghmanns*, ZJS 2023, 970 ff.

⁸⁰ BGHSt 41, 123 (125); zuvor schon RGSt 4, 429 (431 f.); BGHSt 14, 386 (390).

⁸¹ Siehe nur *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 253 Rn. 3; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 11 Rn. 34 f. m.w.N.

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft, sodass auch eine Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB i.V.m. 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB vorlag. § 248b StGB wäre dann bei einer derartigen Prüfung formell subsidiär, vgl. § 248b Abs. 1 StGB a.E.

II. Ergebnis

B hat sich nicht wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. § 248b Abs. 1 StGB

B könnte sich gem. § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit dem Auto des A davonfuhr.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

B müsste ein Kraftfahrzeug unbefugt in Gebrauch genommen haben.

Das Auto stellt nach der Legaldefinition des § 248b Abs. 4 StGB ein Kraftfahrzeug und damit ein taugliches Tatobjekt dar. B nahm dieses auch in Gebrauch, indem er mit dem Auto davonfuhr.⁸² Dies geschah gegen den Willen des Fahrzeughalters A und damit gegen den Willen des Berechtigten.

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich, vgl. § 15 StGB.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Strafantrag

Der nach § 248b Abs. 3 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt

IV. Ergebnis

B hat sich wegen unbefugten Gebrauchs eines Kraftfahrzeugs nach § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Der Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB bzw. die Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB bzgl. des Benzins werden im Wege der Konsumtion verdrängt.⁸³

⁸² Vgl. Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 248b Rn. 4; Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 248b Rn. 13; Bock, JA 2016, 342 (343).

⁸³ Vgl. Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 248b Rn. 12; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 248b Rn. 6 m.w.N.

Ergebnis des zweiten Tatkomplexes

B hat sich wegen unbefugten Gebrauchs eines Kraftfahrzeugs gem. § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. B hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB mit Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB und unbefugtem Gebrauch eines Kraftfahrzeugs § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19¹

Trojaner I – der präventive Einsatz von Telekommunikationsüberwachungs- und Quellen-Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen

1. Art. 10 Abs. 1 GG schützt vor den spezifischen Gefahren, die mit einer räumlich distanzierten Kommunikation einhergehen, und gewährleistet insoweit eine Privatheit auf Distanz. [...]. Im Lichte seiner Entwicklungsoffenheit [erfasst] das Grundrecht auch [...] mithilfe von Telekommunikationstechniken über Distanz transportierte Daten.
2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (IT-System-Grundrecht) schützt insbesondere vor heimlichen Zugriffen durch eine Online-Durchsuchung, ist hierauf aber nicht beschränkt (Anschluss an BVerfGE 120, 274).
 - a) Schutzgegenstand sind IT-Systeme, die aufgrund ihrer technischen Funktionalität allein oder durch ihre technische Vernetzung Daten einer betroffenen Person in einem Umfang und einer Vielfalt vorhalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten.
 - b) [...] Das IT-System-Grundrecht schützt nicht nur die Vertraulichkeit der Daten, die durch Datenerhebungsvorgänge verletzt wird, sondern verlagert diesen Schutz nach vorne. Denn bereits mit dem Zugriff auf ein IT-System entsteht eine besondere Gefährdungslage für die dort erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten oder von dort aus zugänglichen Daten. Der Gewährleistungsgehalt des IT-System-Grundrechts geht [...] über den Schutz personenbezogener Daten hinaus und vermittelt einen insoweit vorgelagerten Schutz der Persönlichkeit.
3. Darf die Überwachung und Aufzeichnung laufender Telekommunikation auch in der Weise erfolgen, dass mit technischen Mitteln in von Betroffenen genutzte IT-Systeme eingegriffen wird (Quellen-Telekommunikationsüberwachung), begründet dies sowohl einen Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis als auch in das IT-System-Grundrecht. Solche Maßnahmen sind an beiden Grundrechten zu messen (Abweichung von BVerfGE 141, 220).
4. Den im präventiven Bereich erforderlichen Rechtsgüterschutz kann der Gesetzgeber auch in der Weise sicherstellen, dass er an hinreichend gewichtige Straftaten anknüpft. Er kann ihn aber auch unabhängig vom Gewicht der Straftat [...] dergestalt sicherstellen, dass er eine hinreichende Qualifizierung als terroristische Straftat im Einzelfall vorsieht.

(Amtliche Leitsätze, gekürzt durch Verf.)

Carolin Kemper, Potsdam*

* Postdoctoral Researcher in der Forschungsgruppe Technology Regulation am Hasso-Plattner-Institut in Potsdam.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2025, 3424.

I. Einleitung

Staatliche Überwachungsmaßnahmen beschäftigen das BVerfG regelmäßig² und lösen meist verfassungsgerichtliche Kritik aus. Der Trojaner-I-Beschluss stellt eine Ausnahme dar: Das BVerfG befand die gesetzliche Grundlage für Überwachungseingriffe für verfassungsmäßig.³ Teilweise wies es die Verfassungsbeschwerde bereits als unzulässig zurück.

Zentraler Gegenstand des Beschlusses sind die Befugnisse des nordrhein-westfälischen Polizeigesetzes in § 20c PolG NRW zur Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) und zur sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ). Während die TKÜ mithilfe des Anbieters von Telekommunikationsdiensten, d.h. z.B. der Telekom, durchgeführt wird, ist die Quellen-TKÜ notwendig, wenn die Zielperson verschlüsselt kommuniziert. In diesem Fall muss das betroffene Gerät (typischerweise ein Smartphone) infiltriert werden, um die Kommunikation mitzeichnen zu können. Es handelt sich daher um „staatliches Hacking“.⁴ Im Gegensatz zur Online-Durchsuchung, die es Polizeibehörden erlaubt, IT-Systeme zu durchforsten, erlaubt die Quellen-TKÜ lediglich die Aufzeichnung laufender Kommunikationsvorgänge.

Der Trojaner-I-Beschluss steht in engem Zusammenhang mit dem zeitgleich ergangenen Trojaner-II-Beschluss, bei dem sich der *Erste Senat* mit der strafprozessualen Seite der „Staatstrojaner“-Problematik befasst. Allerdings beanstandete er die strafprozessualen Grundlagen der Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StGB) und der Online-Durchsuchung (§ 100b StPO).⁵ Die „Neuerungen“ der beiden Trojaner-Entscheidungen beziehen sich vor allem auf die Erweiterung des Schutzgehalts des Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 Abs. 1 GG und die Schärfung des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), das das BVerfG nunmehr als „IT-System-Grundrecht“ bezeichnet. Außerdem klärt das BVerfG das Verhältnis der konkurrierenden Grundrechte sowie die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von TKÜ- und Quellen-TKÜ-Maßnahmen. Dabei distanziiert es sich an einigen Stellen von der „Online-Durchsuchung“-Entscheidung aus dem Jahr 2008.⁶

Der Trojaner-I-Beschluss ist vor allem für die Rechtswissenschaft bedeutend – praktisch finden Infiltrationen wie die Quellen-TKÜ dagegen relativ selten statt: Im Jahr 2023 wurde die Maßnahme 130 Mal angeordnet und kam in 68 Fällen zum Einsatz.⁷

II. Sachverhalt

Die Beschwerdeführenden sehen ihre Grundrechte durch § 20c PolG NRW verletzt. Diese Rechtsgrundlage, die seit 2018 besteht, ermöglicht Polizeibehörden die Datenerhebung durch die Überwachung der laufenden Telekommunikation. § 20c Abs. 2 PolG NRW ermöglicht zudem die Überwachung durch Infiltration zur Umgehung von Verschlüsselung.

Die Maßnahme sei laut Gesetzgebung notwendig zur Abwehr von Gefahren durch Terrorismus, aber auch zur Bekämpfung von Alltagskriminalität, die „zunehmend organisiert begangen werde“.⁸ Denn Telekommunikation findet heutzutage meist verschlüsselt statt, z.B. mit Apps wie WhatsApp oder

² Siehe z.B. BVerfGE 120, 274 ff.; 125, 260 ff.

³ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 84 ff.

⁴ Vgl. hierzu bspw. *Derin/Golla*, NJW 2019, 1111 ff.; *Kipker*, ZRP 2016, 88 ff.; *Wischmeyer*, Informationssicherheit, 2023, S. 279 ff.

⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II), Rn. 179 ff.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 110, 121; vgl. auch Rn. 138.

⁷ *Meister*, netzpolitik.org v. 5.8.2025 (26.2.2026).

⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 5.

Signal, die standardmäßig alle Nachrichten verschlüsseln und dadurch den sicherheitsbehördlichen Zugriff auf die Inhalte vereiteln. Daher müsse der Zugriff im Rahmen der Quellen-TKÜ auch „an der ‚Quelle‘ der Kommunikation erfolgen, an der die kommunizierten Inhalte noch nicht verschlüsselt oder wieder unverschlüsselt vorliegen – also vor Beginn der Verschlüsselung beim Sendegerät oder nach der Entschlüsselung beim Empfangsgerät“.⁹ Die Polizei darf daher nach § 20c Abs. 2 PolG NRW mit technischen Mitteln, d.h. mit „Staatstrojaner“-Software, in das IT-System eingreifen, um ausschließlich die laufende Kommunikation zu überwachen.

Gesetzliche Voraussetzung für die Überwachungsmaßnahmen ist entweder eine gegenwärtige Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib oder Leben einer Person oder die konkrete Wahrscheinlichkeit einer terroristischen Straftat in absehbarer Zeit (§ 20c Abs. 1 S. 1 PolG NRW). Die Quellen-TKÜ erfordert zusätzlich, dass der Eingriff in das IT-System „notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation insbesondere auch in unverschlüsselter Form zu ermöglichen“ (§ 20c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PolG NRW). Nach § 20c Abs. 4 S. 1 PolG NRW müssen die Maßnahmen durch ein Amtsgericht angeordnet werden.

Die Beschwerdeführenden rügen Eingriffe in ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG durch § 20c PolG NRW, u.a. weil sie selbst bereits durch (Klima-)Aktivismus polizeilich auffällig geworden seien oder Kontakt mit Personen oder Gruppen hätten, die in Verfassungsberichten als extremistisch eingestuft sind.¹⁰ Dadurch seien sie potenzielle Ziele von Überwachungsmaßnahmen nach § 20c PolG NRW. Alle Beschwerdeführenden führen an, dass sie Telekommunikationsanschlüsse sowie internetfähige IT-Systeme nutzen.¹¹

III. Entscheidung und rechtliche Begründung des Gerichts

Die Verfassungsbeschwerde war nur teilweise zulässig, insoweit aber unbegründet.

1. Zulässigkeit

Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde teilweise als unzulässig ab, u.a. weil die Beschwerdeführenden ihre Beschwerdebefugnis nicht hinreichend darlegt hätten.¹² Dies betrifft vor allem die Frage einer staatlichen Schutzpflicht in Bezug auf das IT-System-Grundrecht und inwiefern staatliches „Hacking“ – und insbesondere das Zurückbehalten von Schwachstellen in IT-Systemen – zum Schutz der Allgemeinheit einzuschränken sei.¹³ Das BVerfG beanstandet, dass die Beschwerdeführenden unzureichende Ausführungen zum Normkomplex des Datenschutz- und Cybersicherheitsrechts gemacht hätten.¹⁴ Diese Handhabung kritisierte *Nicolas Ziegler* als „übermäßige Strenge [...]“, die im Ergebnis zu einem Rechtsschutzdefizit“ führe.¹⁵

⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 10.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 14 ff.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 20.

¹² BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 51 ff.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 52.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 53.

¹⁵ Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1808).

2. Grundrechtseingriffe durch die TKÜ in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG)

Das BVerfG erweitert den Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses umfassend auf die Vertraulichkeit jeglicher unkörperlicher Kommunikationsübertragung.¹⁶ Dabei verweist es auf die veränderten technischen Gegebenheiten, insbesondere Kommunikationsdienste des Internets, d.h. beim Surfen, dem Hoch- und Herunterladen von Daten oder den Datenaustausch über sog. Cloud-Dienste.¹⁷ Vom Schutz erfasst seien auch Rohdaten.¹⁸

„Maßgeblich ist dabei, dass das Fernmeldegeheimnis einen Ausgleich für den technisch bedingten Verlust an Beherrschbarkeit der Privatsphäre schafft, der für über Distanz transportierte Daten insbesondere bei Nutzung von Übertragungsmedien Dritter zwangsläufig entsteht“. ¹⁹ „Denn [...] Grundrechtsträger [sind] schutzbedürftig, da sie auf eine für sie nicht beherrschbare und dem möglichen Zugriff Dritter ausgesetzte Übermittlung von potentiell persönlichkeitsrelevanten Daten auf Distanz angewiesen sind, gleichzeitig aber eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung hinsichtlich der kommunizierten Inhalte und Umstände des Datentransports haben“. ²⁰

Die grundrechtstypische Gefährdungslage bestehe daher lediglich *während* der Übertragung; gespeicherte Daten fallen (nach wie vor) nicht in den Schutzbereich.²¹

Das Fernmeldegeheimnis in Art. 10 Abs. 1 GG hat sich mit dem Trojaner-I-Beschluss zu einem umfassenden Recht auf „Privatheit auf Distanz“ entwickelt, das bspw. auch Lokalisationsdaten und automatisierte Backups vor staatlichem Mitzeichnen schützen kann.²² Dieser geschützte Freiheitsraum ist in der Informationsgesellschaft notwendig, da sich auch beim „bloße[n] ,digital[n] Selbstgespräch“, also [dem] Speichern und Abrufen von Daten in Cloud-Speichern²³ eine vulnerable Lage ergibt – immerhin handelt es sich bei Cloud-Speichern um Computer anderer Personen, sodass Daten in den Herrschaftsbereich einer anderen Person übermittelt werden.²⁴ Die reine Maschine-zu-Maschine-Kommunikation ist dagegen nicht von Art. 10 Abs. 1 GG erfasst.²⁵

Dieser weite Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG adressiert nunmehr umfassend das Übermittlungsrisiko von Informationstechnik und schließt damit eine Lücke, die das systembezogene IT-System-Grundrecht nicht abdeckt.²⁶

3. Grundrechtseingriffe durch die Quellen-TKÜ

Statt bislang lediglich einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis – wie bei der klassischen TKÜ – anzunehmen, änderte das BVerfG seine Rechtsprechung und sieht nun auch das IT-System-Grundrecht

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 87 f.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 89, 91.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 92.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 90.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 91.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 88.

²² Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1804).

²³ Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1804).

²⁴ Vgl. zu „Datenbesitz“ Hoeren, MMR 2019, 5 ff.; Martini u.a., MMR-Beilage 2021, 3 (13 ff.).

²⁵ Vgl. genauer Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1805).

²⁶ Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1804 f.).

als verletzt an.²⁷ Damit ist die Quellen-TKÜ nicht mehr als ein funktionelles Äquivalent zur TKÜ, sondern als eingeschränkte Online-Durchsuchung zu verstehen.²⁸

Der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG ergibt sich dem BVerfG nach durch die Überwachung und Aufzeichnung laufender Kommunikationsvorgänge.²⁹ Die Quellen-TKÜ erforderte jedoch ebenfalls, dass Polizeibehörden das IT-System der zu überwachenden Person *infiltrieren*. Die Maßnahme verkürze „den Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (IT-System-Grundrecht)“.³⁰ Prägend sei die *Systembezogenheit*: Ähnlich wie Art. 13 GG die Wohnung als Privatraum schützt,³¹ solle das IT-System-Grundrecht die Privatheit im Rahmen von IT-Nutzung gewährleisten. IT-Systeme böten einen „virtuellen Raum der Bewahrung und Entfaltung der eigenen Persönlichkeit“.³² Dadurch ermöglichten sie es, „einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“.³³

Schutzziele seien sowohl die Vertraulichkeit als auch die Integrität, sodass mit der Infiltration „die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen“ ist.³⁴ Ein Eingriff in das IT-System-Grundrecht liege bereits vor, wenn „Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können“.³⁵ Folglich ist – wie nun klar gestellt wird – der Schutz des IT-System-Grundrechts nicht rein funktional auf die Vertraulichkeit, sondern auch auf Manipulation ausgerichtet.³⁶ Entscheidend für diesen Schutz ist ausdrücklich die *Vertraulichkeitserwartung* der Grundrechtsträger, sodass sich der Schutz auf die „abstrakt-systembezogene Vertraulichkeitserwartung im Vorfeld konkreter Datenerhebungen“ bezieht und das „auf [ein] System insgesamt bezogen[e] Gefährdungspotenzial“ in den Blick nimmt.³⁷ Ein Eingriff scheidet daher aus, wenn das überwachte IT-System nicht als eigenes genutzt wird – in diesem Fall lehnt das BVerfG eine berechnete Vertrauensersparnis ab.³⁸

Die Eingriffsintensität der Maßnahmen ergibt sich dem BVerfG zufolge nicht nur aus der Quantität der Daten, sondern auch aus der Qualität (z.B. bei einem umfassenden Einblick in die Persönlichkeit).³⁹ Entscheidend sei zudem, ob private Dritte an der Überwachung beteiligt seien.⁴⁰ Damit nimmt das BVerfG indirekt Bezug auf private Softwareangebote zur Infiltration von IT-Systemen, wie bspw. „Pegasus“ der NSO Group, die u.a. durch ihren Einsatz zu Überwachung von Journalistinnen und Journalisten bekannt wurde.⁴¹

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 93 ff.; vgl. dagegen noch BVerfGE 120, 274 (309 Rn. 190) sowie *Martini/Fröhlingsdorf*, NVwZ-Extra 24/2020, 3 ff. Siehe ferner *Ziegler*, NVwZ 2025, 1803 (1806) m.w.N.

²⁸ *Ziegler*, NVwZ 2025, 1803 (1807).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 94.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 95.

³¹ Diesen Vergleich zieht auch BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 115.

³² BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 101.

³³ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 97.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 99 mit Verweis auf BVerfG 120, 274 (314).

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 99.

³⁶ Für einen funktionalen Bezug zur Vertraulichkeit bspw. *Skistims*, Smart Homes, 2016, S. 214 f.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 100. Diese Vertraulichkeitserwartung sei auch nicht durch die allgegenwärtige Überwachung, auch durch Private, hinfällig, a.a.O., Rn. 113.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 104.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 97.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 114.

⁴¹ Vgl. hierzu *Reuter/Beckedahl*, netzpolitik.org v. 20.7.2021 (26.2.2026).

Da die Quellen-TKÜ darauf ausgelegt sei, IT-Systeme zu infiltrieren und damit die Vertraulichkeitserwartung der Nutzenden in die Vertraulichkeit und Integrität zu verletzen, sei es konsequent, neben dem Eingriff nach Art. 10 Abs. 1 GG wegen der Überwachung der *laufenden* Kommunikation auch einen *systembezogenen* Schutz durch das IT-System-Grundrecht anzunehmen.⁴²

Das BVerfG folgert hieraus, dass beide Grundrechte in Idealkonkurrenz stünden und parallel anwendbar seien.⁴³ Es erkennt das IT-System-Grundrecht als „eigenständige[n] Freiheitsbereich mit festen Konturen“ an.⁴⁴ Das Fernmeldegeheimnis gehe zwar grds. als besonderes Freiheitsrecht dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vor; doch seien die betroffenen Schutzgehalte im Fall der Quellen-TKÜ nicht kongruent, sodass das IT-System-Grundrecht eine Schutzlücke schließe.⁴⁵ Das BVerfG betont insoweit die „unverzichtbare Bedeutung“ von IT-Systemen „für die persönliche Lebensführung“. ⁴⁶ In der Folge lehnt das BVerfG die funktionale Äquivalenz der Quellen-TKÜ gegenüber der traditionellen TKÜ ab, da ein Eingriff in das IT-System erfolge – auch dann, wenn nur die laufende Kommunikation überwacht wird.⁴⁷

Der Trojaner-I-Beschluss schärft daher die Dogmatik des „IT-System-Grundrechts“ sowie dessen Gewährleistungsgehalt.⁴⁸ Außerdem stellt das BVerfG das Verhältnis des Art. 10 Abs. 1 GG zum IT-System-Grundrecht klar, wie *Nicolas Ziegler* zusammenfasst:

„Entweder ein System kommuniziert und Art. 10 I GG schützt, oder die Daten ruhen, dann schützt das IT-System-Grundrecht.“⁴⁹

4. Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe

Zu Beginn der Ausführungen zur Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe betont das BVerfG, dass „keine kategorische Abstufung zwischen Eingriffen in das IT-System-Grundrecht und in das Fernmeldegeheimnis“ statfinde, sondern die konkreten Umstände (u.a. die konkret betroffenen Daten und die Heimlichkeit der Maßnahme) entscheidend seien.⁵⁰ Entscheidend sei zunächst die *Eingriffsschwelle* (der Anlass der Überwachung) und das zu schützende Rechtsgut.⁵¹ Dabei gelte: Je geringer die Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit sind (z.B. statt einer konkreten nur eine „konkretisierende“ Gefahr), desto höherrangiger müsse das zu schützende Rechtsgut sein.⁵² Außerdem sei das *Eingriffsgewicht* der konkreten Maßnahme zu berücksichtigen:

⁴² BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 103.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 105 ff.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 108.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 106 f., vgl. auch Rn. 112. Das BVerfG distanziert zugleich von seiner Online-Durchsuchung-Entscheidung aus dem Jahr 2008 (BVerfGE 120, 274), BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 110.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 113.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 117 ff.

⁴⁸ Vgl. auch *Ziegler*, NVwZ 2025, 1803 (1805).

⁴⁹ *Ziegler*, NVwZ 2025, 1803 (1806).

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 124.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 126.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 126. Vgl. zum sog. „Je-desto-Grundsatz“ auch *Korte/Drittrich*, JA 2017, 332 ff.

„Je tiefer Überwachungsmaßnahmen in das Privatleben hineinreichen und berechtigte Vertraulichkeitserwartungen überwinden, desto strenger sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung.“⁵³

§ 20c PolG NRW ermöglicht Überwachungsmaßnahmen unterhalb der konkreten Gefahr, allerdings nur zur Abwehr besonderer, gegenwärtiger Gefahren oder zur Verhütung terroristischer Straftaten.⁵⁴ Die zu schützenden Rechtsgüter sind daher besonders hochrangig.⁵⁵

Den legitimen Zweck, die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Überwachungsmaßnahmen nach § 20c PolG NRW zweifelt das BVerfG daher nicht an und verweist u.a. auf terroristische und organisierte Kriminalität.⁵⁶ Unproblematisch sei es, dass das (präventive) Polizeigesetz an die Verhütung von Straftaten anknüpft, da dies ebenfalls Teil des präventiven Rechtsgüterschutzes sei.⁵⁷ § 20c PolG NRW qualifiziere die Straftaten näher, da es sich um *terroristische* Straftaten (definiert in § 8 Abs. 4 PolG NRW) handeln muss.⁵⁸ Die Zulässigkeit des in § 8 Abs. 4 PolG NRW genannten Straftatenkatalogs bestätigt das BVerfG, da dieser hinreichend eingeschränkt sei.⁵⁹

IV. Relevanz für die Fallbearbeitung

Die Trojaner-I-Entscheidung ist für die Fallbearbeitung vor allem deshalb bedeutsam, weil sie die Schutzgehalte des Fernmeldegeheimnisses sowie des IT-System-Grundrechts genauer ausleuchtet und zeitgemäß interpretiert. Dabei löst das BVerfG die sorgfältige Trennung des einfachen Rechts zwischen Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung weitestgehend auf.⁶⁰

Die Ausführungen zur Rechtfertigung der Überwachungsmaßnahmen verdeutlichen die dogmatische Herangehensweise bei der Abwägung von Grundrechtseingriffen zum Schutz anderer Rechtsgüter. Dabei kommt im Polizeirecht insbesondere dem Je-Desto-Grundsatz hohe Bedeutung zu: Je größer der Schaden bzw. je höherrangiger das zu schützende Rechtsgut, desto geringere Anforderungen können an die Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung gestellt werden. Dies ist v.a. im Bereich der Terrorabwehr, bei der die Tatsachenlage typischerweise im Gefahrenvorfeld zu verorten ist, relevant, um Gefahrenabwehrmaßnahmen zu rechtfertigen.

Klausurrelevant dürften zudem die Anforderungen an Straftatenkataloge im präventiven Kontext sein: Eine „binäre Etikettierung bestimmter Straftaten als terroristisch“⁶¹ reicht nicht aus. Da jedes Bundesland über eigene Rechtsgrundlagen verfügt, ergibt sich viel Prüfungsbedarf.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 126.

⁵⁴ Vgl. auch Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1807).

⁵⁵ Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 131, vgl. auch genauer zu besonders gewichtigen Rechtsgütern Rn. 135.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 129.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 136.

⁵⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 138 f.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 2466/19 (Trojaner I), Rn. 141 ff. Demgegenüber kritisierte der *Erste Senat* den Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO: BVerfG, Beschl. v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 (Trojaner II), Rn. 179 ff.

⁶⁰ Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1808).

⁶¹ Ziegler, NVwZ 2025, 1803 (1808).

Entscheidungsbesprechung

BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336¹

Anbringung eines Kruzifixes im Eingangsbereich eines staatlichen Gymnasiums grundrechtswidrig

1. Im verfassungsrechtlich besonders sensiblen religiös-weltanschaulichen Bereich besteht auch nach Abschluss der Schule weiterhin ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Feststellung einer etwaigen während der Schulzeit erlittenen Grundrechtsverletzung. (Rn. 30)
2. Art. 7 Abs. 4 BayEUG stellt keine Rechtsgrundlage für das Anbringen eines Kruzifixes in einem staatlichen Gymnasium dar. (Rn. 34)
3. [...]

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 3 Abs. 1, Abs. 3; 4 Abs. 1

BGB § 1004 Abs. 1 S. 1 analog

BayEUG Art. 7 Abs. 3, Abs. 4

WRV Art. 136 Abs. 4

Maximilian Sammer, Passau

I. Einleitung

Die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGh) vom 8.7.2025 reiht sich in eine lange Reihe von Urteilen und Beschlüssen der verschiedenen Verwaltungs- und Verfassungsgerichte (auf Bundes- und Landesebene) zur Anbringung von Kreuzen in staatlichen Gebäuden – insbesondere Schulgebäuden – ein. Konkret beschäftigte sich der BayVGh mit der Berufung zweier Schülerinnen eines staatlichen Gymnasiums gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts (VG) München aus dem Jahr 2020.² Im Verfahren vor dem VG hatten die Klägerinnen u.a. geltend gemacht, dass ein Kruzifix im Eingangsbereich des von ihnen besuchten Gymnasiums die negative Religionsfreiheit und das Gebot staatlicher Neutralität verletze und ihnen deshalb ein öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GG; hier: Anspruch auf Entfernung des streitgegenständlichen Kreuzes) zustehe.³ Darüber hinaus war der *Senat* auch mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Teilnahme am Alternativunterricht während der Schuldgottesdienste befasst, worauf im Folgenden aber nicht weiter eingegangen wird.

Mit Blick auf die Frage, ob durch das Kreuz in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG eingegriffen wurde, bezog sich der BayVGh in seinen Ausführungen ganz wesentlich auf den sog. „Kruzifix-

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in NVwZ 2026, 96.

² VG München, Urt. v. 29.9.2020 – M 3 K 16.4881.

³ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 2 ff. (juris).

beschluss“⁴ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahr 1995.⁵ Dieser Beschluss hatte vor gut 30 Jahren eine kritische Diskussion nicht nur in der Gesellschaft, sondern auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur hervorgerufen⁶ und findet im Rahmen der folgenden Besprechung besondere Beachtung.

II. Verletzung der negativen Religionsfreiheit

Im Ergebnis bejahte der BayVGh eine Verletzung der negativen Religionsfreiheit durch das Kruzifix im Eingangsbereich eines staatlichen Gymnasiums.⁷

1. Schutzbereich

Im Einklang mit dem Kruzifix-Beschluss des BVerfG und diesen zitierend, bejahte der BayVGh zunächst die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1 GG.⁸ Dieser umfasst neben der positiven Religionsfreiheit – als Freiheit, seinen Glauben auszuleben und danach entsprechend zu handeln⁹ – auch die negative Religionsfreiheit.¹⁰ Geschützt wird in sachlicher Hinsicht das Recht, keiner Religion oder Weltanschauung anzugehören, keine religiöse Überzeugung zu haben, sich nicht religiös zu äußern und sein Verhalten auch nicht an einer Religion oder Weltanschauung auszurichten.¹¹ Demzufolge muss auch niemand an religiöse Symbole glauben oder sich zu diesen bekennen.¹² Insofern stellt sich die negative Freiheit als Komplementärstück zur positiven Freiheit dar.¹³ Zugleich schützt die negative Freiheit¹⁴ weder vor Konfrontationen mit religiösen Handlungen/Symbolen anderer Grundrechtsträger¹⁵ noch vor einer etwaigen staatlicherseits „verordneten“ bloßen Konfrontation.¹⁶ Soweit näm-

⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1.

⁵ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 40 ff. (juris).

⁶ Umfassend zur Gesellschaftlichen (und kirchlichen Kritik): ideaDokumentation, Das Kreuz mit dem „Kruzifix“, 1995. Zur Kritik in der Rechtswissenschaft zusammenfassend nur beispielhaft *Jeand’Heur/Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 1999, S. 90 ff.

⁷ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 40 (juris).

⁸ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 43 (juris) unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (15 f.).

⁹ Ständige Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 GG: BVerfG, Beschl. v. 19.10.1971 – 1 BvR 387/65 = BVerfGE 32, 98 (106); BVerfG, Beschl. v. 16.10.1968 – 1 BvR 421/66 = BVerfGE 24, 236 (245).

¹⁰ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 167 ff.

¹¹ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 167; Sydow, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 117.

¹² Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (993).

¹³ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 167.

¹⁴ Diese „negative Religionsfreiheit“ ist nicht – entgegen mancher Auffassungen – als „positive Weltanschauungsfreiheit“ zu bezeichnen, ist doch nicht jede Nichtbetätigung bezogen auf eine Religion gleichzeitig als Weltanschauung (im Sinne einer Welt ohne Gott) zu verstehen, vielmehr kann der entsprechende Grundrechtsträger der Religion einfach nur indifferent entgegenstehen, vgl. Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 167 ff.

¹⁵ Ganz herrschend, vgl. nur Heinig, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 60.

¹⁶ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 170; Heinig, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 60; Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 38. Auf Eingriffsebene den Konfrontationsschutz ablehnend Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 4

lich die negative Freiheit nur die Kehrseite der positiven ist,¹⁷ schützt diese entsprechend der bisherigen Grundrechtsdogmatik nur die „Entsagung“ und nicht die „Untersagung“ mit Blick auf andere oder den Staat.¹⁸ Eine darüber hinausgehende Abwehrdimension kommt der negativen Freiheit also nicht zu, sie reicht nicht weiter als die positive Freiheit.¹⁹

In persönlicher Hinsicht sind alle natürlichen Personen Grundrechtsträger, ebenso wie Religionsgemeinschaften und Vereinigungen, die den Zweck der Religionsausübung haben.²⁰

2. Eingriff

Der BayVGh bejahte auch einen Eingriff in die negative Religionsfreiheit durch das Kruzifix, den er in der „zwangsweise[n], immer wiederkehrende[n] und ausweichliche[n] Konfrontation“ mit demselben erkannte und dabei ebenfalls auf den erwähnten „Kruzifix-Beschluss“ verwies.²¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG verletze jede staatlich angeordnete Anbringung von Kreuzen in Pflichtschulen den Schutzbereich der Glaubensfreiheit.²²

a) „Kruzifix-Beschluss“ des BVerfG

Der *Erste Senat* des BVerfG hatte sich 1995 in einer Verfassungsbeschwerde mit der Frage zu beschäftigen, ob die Anbringung eines Kreuzes/Kruzifixes in Unterrichtsräumen von Pflichtschulen gegen die negative Religionsfreiheit verstößt. Dabei wurde angenommen, dass das Kreuz im Klassenzimmer nicht nur Zeichen abendländischer Kultur und Tradition sei, sondern auch und insbesondere Ausdruck des christlichen Glaubens.²³ Diese Weichenstellung ist insoweit von zentraler Bedeutung, als ein Kruzifix nur dann überhaupt für einen Eingriff in Betracht kommt, wenn es als Zeichen des Christentums und nicht als allgemeines, nicht religiöses Kultursymbol zu verstehen ist. Dabei hat das Gericht ausgeführt, dass das Kreuz „Glaubenssymbol schlechthin“ und auch „Symbol missionarischer Ausbreitung“ sei und eine Reduktion auf die abendländische Tradition dem Selbstverständnis der Christen zuwiderlaufen würde.²⁴ Davon ausgehend hat der *Senat* weiter angenommen, dass sich Schülerinnen und Schüler – aufgrund der allgemeinen Schulpflicht – dem Kreuz, das den christlichen Glauben verkörpere, ausgesetzt sehen und „unter dem Kreuz“ lernen. Die relevante Einwirkung schließlich ergebe sich daraus, dass das Kruzifix den christlichen Glauben als besonders befolgungs- und vorzugswürdig darstelle und die Schülerinnen und Schüler aufgrund ihrer Jugend einer solchen Beeinflussung besonders zugänglich seien.²⁵

Rn. 198, anders aber bspw. v. Zons, JuS 2025, 637 (641 f.). Im Übrigen hat auch das Bundesverfassungsgericht dies im „Kruzifix-Beschluss“ nicht angenommen, vgl. dazu Lindner, NVwZ 2002, 37 (37 ff.).

¹⁷ Muckel, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2025, Art. 4 Rn. 21.

¹⁸ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 170; Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 39.

¹⁹ De Wall, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 111 Rn. 58.

²⁰ Mager, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 4 Rn. 79.

²¹ BayVGh Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 41 (juris) unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (17 ff.).

²² BayVGh Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 42 (juris).

²³ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 ff.) – und zwar gleich, ob mit oder ohne Korpus.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 ff.).

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 ff.). In diesem Zusammenhang spricht das Bundesverfassungsgericht von einem „appellativem Charakter“.

b) Kritik und Einordnung des „Kruzifix-Beschlusses“

Die Annahme und Begründung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit durch das BVerfG wurde seinerzeit vielfach – nicht zuletzt von den BVerfG-Richtern *Seidl* und *Söller* und der BVerfG-Richterin *Hass* im Rahmen von Sondervoten zum „Kruzifix-Beschluss“²⁶ – kritisiert.²⁷

aa) Bedeutungsgehalt des Kruzifixes

Ein Teil der Kritik – auch von Seiten der Kirchen²⁸ – richtete sich v.a. gegen die Deutung des Kreuzes durch die Senatsmehrheit als (allein) christliches Symbol.²⁹ Dabei wurde teils dem BVerfG schon die Befugnis abgesprochen, über den Bedeutungsgehalt des Kreuzes zu entscheiden.³⁰ Jedenfalls aber wurde vielfach argumentiert, dass das Kreuz (jedenfalls auch) als ein Symbol zu sehen sei, das auf die christlich geprägte abendländische Kultur verweise.³¹ Das Kreuz in den Unterrichtsräumen diene damit (auch) der Vermittlung der in der Grundschule zu lehrenden „überkonfessionellen christlich-abendländischen Werte“³².

Soweit eingewandt wurde, dem BVerfG fehle die Kompetenz, über die Bedeutung liturgischer Gegenstände zu befinden,³³ ist festzustellen, dass sowohl auf Schutzbereichs- als auch auf Eingriffsebene die staatlichen Rechtsanwendungsorgane das letzte Wort bei der Bestimmung haben müssen.³⁴ Gleichwohl kommt dem Selbstverständnis des einzelnen Grundrechtsträgers – wenn auch im Detail in unterschiedlichem Umfang – erhebliche Bedeutung zu.³⁵ Sofern der Einzelne ein bestimmtes Verständnis o.Ä. plausibel darlegt, ist das BVerfG daran gebunden,³⁶ womit hier also relevant ist, wie der Einzelne das Kreuz versteht.

Wenn nun die Senatsmehrheit referierte, dass das Kreuz Symbol einer „bestimmten religiösen Überzeugung“ sei,³⁷ tut sie dies zwar ohne explizit auf das Selbstverständnis der Antragsteller einzugehen (auf das es maßgeblich ankommen soll); tatsächlich sahen die Antragsteller im Kruzifix aber gerade ein christliches Symbol.³⁸ Daher kommt es weiter auch nicht darauf an, dass das Kreuz bspw.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (25 ff.).

²⁷ Für die Literatur nur *Heckel*, DVBl 1996, 453 (477 ff.); *Isensee*, ZRP 1996, 10 (14 f.); *Merten*, in: FS Stern, 1997, S. 987 (997 ff.).

²⁸ Vgl. dazu die Aussagen des evangelischen Landesbischofs Hermann v. Loewenich und des Münchener Erzbischofs Friedrich Kardinal Wetter am 23.9.1995; zusammenfassend *Heckel*, DVBl 1996, 453 (469).

²⁹ *De Wall*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 111 Rn. 58.

³⁰ *Philipp*, Das Kreuz im „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, 1999, S. 167; *Merten*, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1000 f.).

³¹ *Heckel*, DVBl 1996, 453 (470).

³² BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (27 ff.).

³³ Bspw. *Philipp*, Das Kreuz im „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, 1999, S. 125 ff.

³⁴ *Germann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 4 Rn. 40. Insbesondere geht es hier auch nicht um den originär sakralen Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften, dort wäre es Gerichten verwehrt, über Fragen von Dogmatik und Liturgik zu entscheiden, vgl. *Merten*, in: FS Stern, 1997, S. 987 (999 f.).

³⁵ So für Art. 4 GG insgesamt, wenn auch in unterschiedlichem Umfang: *Mückl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 134 ff.; *Germann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 4 Rn. 18 f.

³⁶ *Mager*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 4 Rn. 58; *Germann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 4 Rn. 18 f.; *Kästner/Droege*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 191.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 f.).

³⁸ So der Vortrag der Antragsteller vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO, vgl. BayVGh, Beschl. v. 3.6.1991 – 7 CE 91.1014, Rn. 9 ff. (juris).

nach der seinerzeit geäußerten Auffassung der bayerischen Staatsregierung in Unterrichtsräumen zuvorderst das christlich geprägte Gemeingut im abendländischen Kulturkreis verkörperen³⁹ oder nach anderer Ansicht das Kreuz stets (auch) religiöses Symbol sei.⁴⁰ Solange nämlich der einzelne Grundrechtsträger – so wie hier – nachvollziehbar darlegt, dass das Kruzifix für ihn den christlichen Glauben symbolisiere, so ist bei der grundrechtlichen Bewertung diese Aussage zugrunde zu legen.⁴¹ Dementsprechend hat sich das BVerfG mit seiner Kreuzesinterpretation auch nicht einer „theologischen Grenzüberschreitung“⁴² schuldig gemacht, sondern im Ergebnis überzeugend und zurecht angenommen und annehmen dürfen, dass das Kreuz (auch) religiöse Bedeutung hat.⁴³

bb) Eingriffsdogmatik

Daneben wurde indes (mit verschiedenen Ansatzpunkten) auch bestritten, dass – sofern man dem Kreuz eine (auch) entsprechende religiöse Bedeutung zuspricht – ein relevanter Eingriff in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG vorliege.⁴⁴ Dabei lohnt es sich, auch mit Blick auf den relevanten Schutzbereich, genau zu unterscheiden:⁴⁵

Anzudenken wäre zuerst, dass schon allein die nach dem „Kruzifix-Beschluss“⁴⁶ unvermeidliche Konfrontation mit dem Kreuz an sich einen Eingriff darstellt. In diese Richtung schien die Argumentation der Senatsmehrheit zuerst auch zu gehen, wenn in dem Beschluss von der Konfrontation mit dem Kreuz die Rede ist.⁴⁷ Gleichzeitig aber führte das Gericht zur Einwirkung aus, dass das Kreuz den noch mental leichter beeinflussbaren Schülerinnen und Schülern gegenüber den christlichen Glauben als vorzugswürdig darstelle und dass darin die nötige Einwirkung zu sehen sei.⁴⁸ Indem das BVerfG auf die Einwirkung und Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler abstellte,⁴⁹ nahm es also eine Beeinträchtigung von Art. 4 Abs. 1 GG durch das bloße Vorhandensein des Kreuzes jedenfalls nicht an.⁵⁰ Darüber hinaus – das wurde im Rahmen des Schutzbereiches bereits erwähnt – schützt die negative Religionsfreiheit eben gerade nur die Kehrseite der positiven Religionsfreiheit, d.h. nur das

³⁹ So der Bayerische Ministerpräsident Edmund Stoiber in seiner Stellungnahme für die Bayerische Staatsregierung, vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (8 f.).

⁴⁰ So bspw. Mager, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 4 Rn. 58.

⁴¹ Zustimmend Mager, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 4 Rn. 58; Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 4 Rn. 166. Nichts anderes ergäbe sich im Übrigen bei einer objektivierten Betrachtungsweise, weil eine Entkleidung des Kreuzes von seinem christlichen Ursprung nur schwerlich anzunehmen ist, vgl. nur Friedrich, NVwZ 2018, 1007 (1011).

⁴² So aber bspw. v. Campenhausen, AöR 1996, 448 (461).

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 f.). Ob damit eine „missionarische Wirkung“ einhergeht, ist damit aber noch nicht gesagt.

⁴⁴ So bspw. Isensee, ZRP 1996, 10 (14), insgesamt überblicksweise: Jeand'Heur/Korioth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 1999, S. 89 f.

⁴⁵ Wohl auch genauer, als es das Bundesverfassungsgericht selbst in seinem Urteil getan hat, wie nachfolgende zu zeigen ist.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (18).

⁴⁷ Wenig ergiebig erscheint in diesem Zusammenhang der Hinweis des *Senats*, wonach das Bundesverfassungsgericht schon bei Kreuzen in Gerichtssälen eine Identifikation des Staats mit dem christlichen Glauben erblickte (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.7.1973 – 1 BvR 308/69 = BVerfGE 35, 366 [375]). Dabei nämlich geht es richtigerweise nämlich nur um die Frage staatliche Neutralität.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (27 f.).

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (27 f.).

⁵⁰ Damit kann es nicht allein auf die Konfrontation an sich ankommen, vgl. nur Lindner, NVwZ 2002 37 (38 f.); Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1002 f.), es braucht das Hinzutreten weitere Elemente. So aber wohl Mager, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 4 Rn. 58; Jeand'Heur/Korioth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 1999, S. 93; Heckmann, JZ 1996, 880 (880 ff.).

Recht, einen bestimmten Glauben nicht zu haben oder sich nicht zu ihm zu bekennen, während sie einen bloßen Konfrontationsschutz gerade nicht entfaltet.⁵¹ Dabei kommt es hier auch nicht auf ein etwaiges Empfinden des Grundrechtsträgers an, weil jedenfalls die sachlichen Grenzen des geschützten Verhaltens objektiv zu bestimmen sind.⁵² Insofern stellt die bloße Konfrontation an sich keinen Eingriff dar.⁵³

Darüber hinaus ist bzgl. eines Eingriffs – mit Blick auf den skizzierten Schutzbereich und das moderne Grundrechtsverständnis – Folgendes zu bemerken: Wenn der *Senat* in seinem Beschluss von einer gewissen Unausweichlichkeit spricht, aber gleichzeitig betont, dass mit der Anbringung des Kreuzes „kein Zwang zur Identifikation oder zu bestimmten [...] Verhaltensweisen“ einhergehe,⁵⁴ so fehlt es jedenfalls an einer entsprechenden zwangsweisen Durchsetzbarkeit.⁵⁵ Zudem liegt auch die mit Blick auf die gefestigte Eingriffsdogmatik des BVerfG zum klassischen Eingriff geforderte Finalität – i.S.d. gezielten Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten negativen Religionsfreiheit⁵⁶ – nicht vor.⁵⁷ Damit gab es allerdings – entgegen mancher Stimmen in der Literatur⁵⁸ – nur keinen Eingriff nach klassischem Verständnis; dass überhaupt kein Eingriff vorlag, ist damit indes (noch) nicht gesagt.

Die Ausführungen des BVerfG im „Kruzifix-Beschluss“ können so zu verstehen sein, dass darin ein mittelbarer/faktischer Eingriff angenommen wird.⁵⁹ Für einen solchen aber braucht es – aus Gründen der Vergleichbarkeit mit dem klassischen Eingriff – nach h.M. jedenfalls eine gewisse Intensität des staatlichen Handelns,⁶⁰ womit es nicht nur auf das bloße Empfinden des Grundrechtsträgers ankommen kann.⁶¹ Die relevante Einwirkung wurde vom BVerfG, wie oben geschildert, darin gesehen, dass das Kruzifix den christlichen Glauben als besonders befolgungs- und vorzugswürdig darstelle und die Schülerinnen und Schüler aufgrund ihrer Jugend einer solchen Beeinflussung durch das Kreuz besonders zugänglich seien.⁶² Eine besondere Intensität soll sich aus der Dauer und Unausweichlichkeit der Konfrontation ergeben.⁶³

Die wesentliche Frage muss nun sein, ob diese Einwirkung tatsächlich – wie vom BVerfG zumindest impliziert – eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreitet: Soweit der Schutzbereich des

⁵¹ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 170; Heinig, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 60; Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 38; Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1003).

⁵² De Wall, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 111 Rn. 36; Isensee, ZRP 1996, 10 (13).

⁵³ So im Übrigen auch nicht das Bundesverfassungsgericht im „Kruzifix-Beschluss“, vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (27 f.).

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 ff.).

⁵⁵ So auch Heckel, DVBl 1996, 453 (477 ff.); Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (997 f.).

⁵⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Vor Art. 1 Rn. 28 f.

⁵⁷ Jeand'Heur/Korioth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 1999, S. 90.

⁵⁸ Pirson, BayVBl. 1995, 755 (757).

⁵⁹ So das Verständnis bei Heckel, DVBl 1996, 453 (477); Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (997 ff.); siehe dazu auch die Formulierung im „Kruzifix-Beschluss“, in dem das BVerfG davon spricht, dass „mit der Anbringung des Kreuzes in Klassenzimmern kein Zwang zur Identifikation oder zu bestimmten Ehrbezeugungen und Verhaltensweisen einhergeht“, vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (20) – gleichwohl differenziert es nicht expressis verbis zwischen diesen Eingriffstypen.

⁶⁰ Ganz herrschend, vgl. nur Sauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 145 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Vor Art. 1 Rn. 29.

⁶¹ Die Maßnahme muss mithin „eingriffsgleich“ wirken, Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1002) – andernfalls würde es vollkommen an der Vergleichbarkeit mit dem ursprünglichen Eingriffsbegriff fehlen.

⁶² Das BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (20), spricht in diesem Zusammenhang von einem „appellativen Charakter“ des Kreuzes.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (20).

Art. 4 Abs. 1 GG (wie bereits unter 1. erläutert) davor schützt, ein religiöses Bekenntnis abzugeben oder entsprechende Handlungen vorzunehmen,⁶⁴ müsste die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern also gerade zu einem solchen Bekenntnis oder zur Vornahme einer solchen Handlung zwingen.⁶⁵ Die entsprechende Intensität könnte sich, wie vom BVerfG angenommen, aus der Dauer (während der ganzen Schulzeit) und der Unausweichlichkeit der Konfrontation mit dem Kreuz (wegen der Schulpflicht) ergeben. Dabei ist richtig, dass die Schülerinnen und Schüler dem Kreuz nicht ausweichen können.⁶⁶ Allerdings stellt ein bloßer Appell – wie er vom *Ersten Senat* angenommen wurde⁶⁷ – alleine keine Veranlassung zu einem religiösen Bekenntnis dar (auch nicht bei mental leichter beeinflussbaren Schülerinnen und Schülern),⁶⁸ und auch wenn die Schülerinnen und Schüler dem Anblick des Kreuzes nicht entkommen können, so zwingt sie das Kreuz jedenfalls nicht zu einem (stillschweigenden) Bekenntnis oder indoktriniert sie.⁶⁹

Insofern vermag das Kreuz nach hier vertretener Ansicht und anders, als es die Senatsmehrheit im „Kruzifix-Beschluss“ annahm, jedenfalls die negative Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG nicht zu beeinträchtigen. Die Frage, ob der Staat damit das Kreuz als besonders befolgungswürdig darstellt, ist danach viel mehr Frage der staatlichen Neutralität.⁷⁰

c) Das Urteil des BayVGh

Der BayVGh hat im Einklang mit dem „Kruzifix-Beschluss“ (und entgegen der hier vertretenen, soeben dargestellten Ansicht) geurteilt, dass die Schülerinnen und Schüler auch durch das streitgegenständliche Kreuz im Eingangsbereich eines staatlichen Gymnasiums zwangsweise und ohne zumutbare Ausweichmöglichkeit dem Kreuz ausgesetzt seien.⁷¹ Dabei führte der *Senat* an, dass für jedermann, der das Gymnasium über den dafür vorgesehenen Haupteingang betritt, das Kruzifix deutlich wahrnehmbar sei und dass es im Übrigen auch bei Nutzung der Pausen- und Aufenthaltsräume zu einer entsprechenden Konfrontation komme.⁷² Im Ergebnis hält der BayVGh damit eine Beeinträchtigungsintensität wie beim Kruzifix in Klassenzimmern – und zugleich einen Grundrechtseingriff (im weiteren Sinne) – für gegeben.⁷³

⁶⁴ Vgl. nur Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 167 – anders Heckl, DVBl 1996, 453 (477), der den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 GG auch in der insgesamten Garantie der „Religionslosigkeit“ sieht.

⁶⁵ So bspw. Kästner/Drooge, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 191 f. – weitergehend Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1001 f.), der eine „Zwangsbekehrung“ verlangt. Anders wäre dies nur, wenn man den modernen Eingriffsbegriff vertritt und dabei annimmt, es bräuchte nicht die Überschreitung einer gewissen Eingriffsschwelle.

⁶⁶ Zustimmend bspw. Jeand’Heur/Korioth, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 1999, S. 90.

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 ff.).

⁶⁸ Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1002).

⁶⁹ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 169, 171; Merten, in: FS Stern, 1997, S. 987 (1003); so i.Erg. für Kreuze in italienischen Klassenzimmern der EGMR im Fall Lautsi u.a./Italien, vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. 18.3.2011 – 30814/06.

⁷⁰ Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 169; Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 39; i. Erg. auch Hecker, NVwZ 2024, 773 (676).

⁷¹ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 45 (juris).

⁷² BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 46 f. (juris) – insbesondere sei das Kruzifix wegen der plastischen Darstellung des Gekreuzigten und aufgrund seiner Größe schon vom weitem wahrnehmbar.

⁷³ Auch hier solle eine „zwangsweise Konfrontation mit dem Kruzifix [...] ohne zumutbare Ausweichmöglichkeit“ vorliegen, vgl. BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 48 (juris).

Mit Blick auf diese Wertung lässt sich die Entscheidung des BayVGh, wie auch der „Kruzifix-beschluss“ oben, kritisieren: Auch eine „zwangsweise Konfrontation“⁷⁴ genügt, was die Intensität betrifft, nicht, um die Eingriffsschwelle zu überschreiten.

Im Ergebnis befindet sich das Urteil des BayVGh also zwar ganz auf der Linie der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Kruzifix in Schulen. Es vermag damit aber, was die Annahme eines Eingriffs in die negative Religionsfreiheit der mit dem Kreuz Konfrontierten Grundrechtsträger betrifft, ebenso wenig wie diese zu überzeugen.

3. Rechtfertigung

Sofern man – entgegen der hier vertretenen Ansicht und mit BVerfG und BayVGh – einen Eingriff annimmt, schließt sich daran die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs an: Der BayVGh hat eine Rechtfertigung vorliegend verneint.⁷⁵ § 28 Allgemeine Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern (AGO), der die Anbringung von Kreuzen in Dienstgebäuden vorschreibt, ist dabei weder sachlich einschlägig noch vermag er als bloße Verwaltungsvorschrift, einen Eingriff in die vorbehaltlos gewährleistete negative Religionsfreiheit zu rechtfertigen.⁷⁶ Weiter kommt Art. 7 Abs. 4 S. 1 BayEUG in Betracht: Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat diese Norm mit ihrer Widerspruchsregel in einer Entscheidung, in der es ebenfalls um Kruzifixe in Schulen (in diesem Falle: in Volksschulen) gegangen war, im Jahr 1999 für verfassungskonform erachtet, weil ein angemessener Ausgleich zwischen negativer und positiver Religionsfreiheit getroffen worden sei, jedenfalls dann, wenn die Norm verfassungskonform dahingehend ausgelegt werde, dass sich die Widersprechenden im Ergebnis durchsetzen müssen.⁷⁷ Allerdings ist Art. 7 Abs. 4 BayEUG nur auf Volks-/Grundschulen anwendbar, eine analoge Anwendung auf staatliche Gymnasien scheidet aus.⁷⁸

4. Ergebnis

Die negative Religionsfreiheit ist damit im Ergebnis, wenn man, wie hier vertreten, keinen Eingriff erkennen mag, nicht verletzt. Nimmt man dagegen mit dem BayVGh und dem „Kruzifix-Beschluss“ entsprechend einen Eingriff an, ist dieser nicht gerechtfertigt und die Religionsfreiheit der Klägerinnen mithin verletzt.

III. Verletzung des staatlichen Neutralitätsgebots

Der BayVGh hat neben einer (hier abgelehnten) Verletzung der negativen Religionsfreiheit der Klägerinnen auch eine Verletzung ihrer positiven Glaubensfreiheit bejaht und einen Beseitigungsanspruch insofern auch darauf gestützt, dass dem Kreuz missionarische Wirkung zugesprochen werden könne und so das Gebot staatlicher Neutralität verletzt sei.⁷⁹

⁷⁴ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 48 (juris).

⁷⁵ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 55 ff. (juris).

⁷⁶ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 60 (juris).

⁷⁷ BVerwG, Urt. 21.4.1999 – 6 C 18.98 = BVerwGE 109, 40 (40 ff.). Demnach müsste es im Konfliktfall und nach dem Scheitern eines Einigungsversuchs zur Abnahme des Kreuzes kommen. Kritisch hingegen bspw. *Jeand’Heur/Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 1999, S. 99.

⁷⁸ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 59 (juris). Dabei stützt sich der BayVGh maßgeblich auf die Aussage des bayerischen Gesetzgebers, nur für die Volksschulen eine entsprechende Regelung treffen zu wollen (vgl. auch LT-Drs. 13/2947, S. 5).

⁷⁹ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 49 (juris).

1. Herleitung und Inhalt

Die staatliche Neutralität in religiösen Belangen ergibt sich nach überwiegender Ansicht aus der Zusammenschau von Art. 4 Abs. 1, 3 Abs. 3 S. 1, 33 Abs. 3, 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 4, 137 Abs. 1 und 3 WRV.⁸⁰ Zwar schließt dieses Prinzip nicht jedweden religiösen oder weltanschaulichen Bezug aus, wie sich schon exemplarisch aus der Präambel des Grundgesetzes ergibt.⁸¹ Die „objektive Dimension“ der Religionsfreiheit⁸² verbietet es dem Staat jedoch, sich mit bestimmten Religionen zu identifizieren oder gewisse Bekenntnisse zu privilegieren bzw. Andersgläubige zu benachteiligen.⁸³

Gerade im vorliegenden Fall ist indes die weitergehende Frage relevant, ob es sich bei der weltanschaulich-religiösen Neutralität um mehr als ein objektives Prinzip, nämlich gleichzeitig auch um ein subjektives Recht des Einzelnen handelt.⁸⁴ Der BayVGh bejahte dies. Er stützte den Folgenbeseitigungsanspruch der Klägerinnen (anders als die Klägerinnen selbst)⁸⁵ auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GG,⁸⁶ und der Folgenbeseitigungsanspruch setzt jedenfalls ein subjektives Recht voraus.⁸⁷ Teilweise wird das staatliche Neutralitätsgebot jedoch als reines Staatsprinzip mit bloß objektiv-rechtlichem Gehalt beschrieben, das dem Staat nur bestimmte Verhaltenspflichten auferlegt.⁸⁸ Schließlich gebe es auch keine Notwendigkeit, dieses Prinzip subjektiv zu ergänzen, denn auch ohne eine subjektiv-rechtliche Aufladung sei Rechtsschutz bei einer möglichen Verletzung denkbar: Zwar ist wegen des Fehlens eines subjektiven Rechts fachgerichtlicher Rechtsschutz bei einer rein objektiv-rechtlichen Betrachtung des Neutralitätsgebots nicht möglich. Jedoch prüft zumindest das BVerfG bei zulässigen Verfassungsbeschwerden, nach der Bejahung eines Eingriffs in die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), der in entsprechenden Fällen grds. anzunehmen ist, auch die Einhaltung der Verfassung insgesamt und damit wohl auch, ob ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot vorliegt.⁸⁹ Allerdings entschied hier – wie auch sonst in den meisten Fällen – nicht das BVerfG, sodass diese „Lösung“ schon zu keinem befriedigenden Ergebnis führt. Darüber hinaus hängt nach hier vertretener Auffassung die Gewährung des Folgenbeseitigungsanspruchs einzig an der Frage, ob das Neutralitätsgebot ein subjektives Recht verbürgt.⁹⁰ Schließlich dient das Neutralitätsgebot auch ganz unmittelbar dem Schutz des Einzelnen, gewährt es ihm doch die Möglichkeit,

⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471, 1181/10 = BVerfGE 138, 296 (338 ff.); vgl. weiter nur: *Mückl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 3, 233. Lfg., Stand: Dezember 2025, Art. 4 Rn. 167; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 5; *Heinig*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 105.

⁸¹ *Germann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 4 Rn. 83.

⁸² *Germann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 4 Rn. 80.

⁸³ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (35 ff.); BVerfG, Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471, 1181/10 = BVerfGE 138, 296 (338 ff.).

⁸⁴ Insgesamt ausführlich *Czermak*, Religiös-weltanschauliche Neutralität, 2023, S. 122 ff.

⁸⁵ Diese sahen einen Anspruch aus Art. 7 Abs. 4 BayEUG erwachsen, vgl. BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 33 (juris).

⁸⁶ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 32 ff. (juris).

⁸⁷ Ganz herrschend, vgl. nur BVerwG, Urt. v. 29.6.2022 – 6 C 11/20 = BVerwGE 176, 19 (24 f.); *Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2023, S. 609; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 24 Rn. 1206; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 374.

⁸⁸ *Sydow*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 168; BayVGh, Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, Rn. 33 (juris); *Friedrich*, NVwZ 2018, 1007 (1019).

⁸⁹ *Czermak*, Religiös-weltanschauliche Neutralität, 2023, S. 122 ff. Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts nur *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 94 Rn. 226.

⁹⁰ D.h. also, wenn man wie geschehen einen Eingriff in die negative Religionsfreiheit ablehnt. Mit der Bejahung der Verletzung eines objektiven Verfassungsgebots wäre den Klägerinnen insofern nicht geholfen.

frei seine eigene Religion/Weltanschauung zu entfalten.⁹¹ Im Ergebnis ist auch deshalb der Ansicht zuzustimmen, nach der, wenn sich das Neutralitätsgebot wesentlich aus Art. 4 Abs. 1 GG (und Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG) ergibt, ein Verstoß gegen dieses unweigerlich auch einen Grundrechtsverstoß mit sich bringt, das Neutralitätsgebot also auch eine subjektiv-rechtliche Dimension hat.⁹²

2. Eingriff

Der BayVGh hat vor diesem Hintergrund auch einen Eingriff in die staatliche Neutralität (und damit die positive Glaubensfreiheit der Klägerinnen) angenommen, weil dem Kruzifix eine Bevorzugung des christlichen Glaubens innewohne.⁹³ Weiter argumentierte der *Senat*, dass vom Kreuz aufgrund seiner Größe und Positionierung eine missionarische Wirkung ausgehe⁹⁴ und der christliche Glaube kraft des appellativen Charakters als befolgungswürdig dargestellt werde.⁹⁵ Von Bedeutung ist also auch hier, ob das Kreuz Ausdruck christlichen Glaubens ist.

Das BVerwG hatte sich in einer weiteren hier einschlägigen Entscheidung zu Kreuzen (hier: in bayerischen Dienstgebäuden) im Jahr 2024 der Argumentation der bayerischen Landesregierung im Wesentlichen angeschlossen und das Kreuz einzig als Ausdruck geschichtlicher und kultureller Prägung des Freistaats verstanden.⁹⁶ Dabei berief sich das BVerwG maßgeblich auf das Selbstverständnis des Verwenders – des Freistaats.⁹⁷ Richtigerweise kommt es aber auf dieses – schon wegen der Parallelität zu den Ausführungen bei der negativen Religionsfreiheit⁹⁸ – gar nicht an; vielmehr ist maßgeblich auf den Empfängerhorizont, d.h. auf die Perspektive der betroffenen Grundrechtsträger abzustellen,⁹⁹ und die hier betroffenen Klägerinnen erblickten im Kreuz gerade auch ein christliches Symbol.¹⁰⁰

Mithin hat der BayVGh nach hier vertretener Ansicht zu Recht das Kreuz als christliches Symbol angesehen. Darüber hinaus ist dem BayVGh auch insofern zuzustimmen, als es diesem im Kontext des Neutralitätsgebots (anders als im Kontext der negativen Religionsfreiheit, siehe oben) nicht auf die Intensität der Beeinträchtigung dieses Gebots ankam. Denn das Verwenden von christlichen

⁹¹ Heinig, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 105.

⁹² BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (16 f.); Heinig, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 105. So auch BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 49 (juris), anderes hingegen der BayVGh im Fall des Kreuzes in bayerischen Dienstgebäuden, BayVGh, Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, Rn. 33 (juris).

⁹³ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 49 (juris).

⁹⁴ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 52 (juris).

⁹⁵ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 50 (juris).

⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 19.12.2023 – 10 C 5.22 = BVerwGE 181, 205 (211 f.).

⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 19.12.2023 – 10 C 5.22 = BVerwGE 181, 205 (211); anders und zutreffend noch die Vorinstanz, vgl. BayVGh, Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, Rn. 31 (juris); zustimmend gegen eine alleinige staatliche Deutungshoheit Hecker, NVwZ 2024, 773 (675 f.); Kästner/Droege, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, ## siehe oben ## Art. 4 Rn. 191.

⁹⁸ Wenn bei der negativen Seite des Art. 4 Abs. 1 GG maßgeblich auf den Empfängerhorizont abzustellen ist, so kann nichts anderes für die positive Seite gelten, an die der BayVGh das Neutralitätsgebot richtigerweise hauptsächlich grundrechtlich anbindet.

⁹⁹ So auch BVerfG, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 = BVerfGE 93, 1 (19 f.); Hecker, NVwZ 2024, 773 (675 f.); Friedrich, NVwZ 2018, 1007 (1010 f.). Insofern hat der BayVGh zutreffend auch verneint, dass § 28 AGO, nach dem das Kreuz Ausdruck kultureller Prägung sei (nach dem Willen des Landesgesetzgebers), etwas an der Bewertung ändert, vgl. BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 53 (juris).

¹⁰⁰ BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 13, 30 (juris).

Symbolen (und von jeglichen Symbolen nur einer bestimmten Religion) stellt stets einen zu rechtfertigenden Eingriff in die staatliche Neutralität dar.¹⁰¹

3. Rechtfertigung

Bzgl. der Frage nach der Rechtfertigung der Beeinträchtigung des Neutralitätsgebots (und der damit einhergehenden Beeinträchtigung von Art. 4 Abs. 1 GG) kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Es fehlt – wie der BayVGh zutreffend feststellte – schon an einem tauglichen Gesetz.¹⁰²

4. Ergebnis

Folglich wurde in das Gebot der staatlichen Neutralität eingegriffen, allerdings fehlt es an einer entsprechenden Rechtfertigung.

IV. Abschließende Betrachtung

Insgesamt zeigt sich, dass unterschiedliche Gerichte und die Literatur auch dreißig Jahre nach dem „Kruzifix-Beschluss“ keine annähernd gleiche Linie gefunden haben. Mit Blick auf die konkrete hier zu besprechende Entscheidung des BayVGh ist schließlich Folgendes zu bemerken: Zwar befindet sich das Gericht deutlich auf der Linie der Rechtsprechung des BVerfG im Zusammenhang mit Schulkreuzen, allerdings ist dem „Kruzifix-Beschluss“, wie oben ausgeführt, in Teilen nicht zu folgen. Insbesondere liegt im bloßen Verwenden eines Kreuzes – sei es in Klassenzimmern oder in Eingangsbereichen von Schulen – kein Eingriff in die negative Religionsfreiheit; vor bloßer Konfrontation nämlich wird nicht geschützt, und auch ansonsten hat ein Kreuz (wenn auch mit „appellative[m] Charakter“) nicht die gleiche Intensität wie eine etwaige Zwangsbekehrung. Ein Eingriff in das religiös-weltanschauliche Neutralitätsgebot hingegen ist anzunehmen. Insbesondere ist dem BayVGh auch zuzustimmen, wenn er diesem eine subjektiv-rechtliche Komponente zuschreibt. Folglich ist dem *Senat* zwar zu widersprechen, wenn er den Anspruch auf Entfernung des Kruzifixes auf Grundlage der negativen Religionsfreiheit gewährt. Soweit er den Anspruch dagegen mit einer Verletzung des Neutralitätsgebots begründet, ist ihm im Ergebnis zuzustimmen.

¹⁰¹ BayVGh, Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, Rn. 28 ff. (juris); Hecker, NVwZ 2024, 673 (677); Aydin, NVwZ 2024, 1072 (1074). Anders: BVerwG, Urt. v. 19.12.2023 – 10 C 5.22 = BVerwGE 181, 205 (210 ff.).

¹⁰² BayVGh, Urt. v. 8.7.2025 – 7 BV 21.336, Rn. 49 (juris).

Entscheidungsbesprechung

BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25¹

DNS-Überwachung

Die auf § 100a StPO gestützte Anordnung, wonach ein Telekommunikationsdienstleister einen DNS-Server überwachen und DNS-Anfragen aufzeichnen soll, wirft erhebliche verfassungsrechtliche Fragen auf. Ihre Umsetzung belastet den Dienstleister nicht nur durch erheblichen organisatorischen, technischen und personellen Aufwand. Sie birgt zudem die Gefahr eines irreparablen Reputationsverlusts, wenn sich die Maßnahme nachträglich als verfassungswidrig herausstellt.

(Leitsätze der Verf.)

GG Art. 2 Abs. 1, 10 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1

StPO §§ 100a, 100e, 101 Abs. 4

BVerfGG § 32

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter Paul Benk, Kiel*

I. Einführung in die Problematik

Die Strafverfolgung im digitalen Raum ist seit Jahren von einer bemerkenswerten Ermittlungsdynamik geprägt. Wo neue technische Zugriffsmöglichkeiten auf digitale Infrastrukturen entstehen, wächst regelmäßig auch das Strafverfolgungsinteresse, diese für datengetriebene Ermittlungszwecke nutzbar zu machen. Dabei entsteht nicht selten der Eindruck, dass die Strafverfolgungsbehörden in zunehmendem Maße nicht von den gesetzlich normierten Ermittlungsbefugnissen her denken, sondern von der kriminalistischen Erwartung, möglichst alle verfügbaren Daten(ströme) auswerten zu können. Die jüngere Diskussion um die zwangsweise biometrische Entsperrung von Mobiltelefonen² hat bereits gezeigt, wie rasch sich ein „rechtlicher Innovationsdruck“ entfalten kann, wenn digitale Beweismittel für die Ermittlungen attraktiv erscheinen. Mit Hilfe des Begriffs der Technologieoffenheit werden Ermittlungspraktiken in den bestehenden Rechtsrahmen hineininterpretiert, auch wenn dies mit Wortlaut und Telos nur schwer zu vereinbaren ist.

* Die Verf. Prof. Dr. 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. Der Verf. Paul Benk ist Wiss. Mitarbeiter an der genannten Professur.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. in BeckRS 2025, 33604 und NVwZ 2026, 317.

² Die zwangsweise biometrische Entsperrung von Mobiltelefonen ist deshalb rechtlich nicht ganz unproblematisch, weil sie die Grenze zwischen bloßer Duldung körperlicher Identifizierungsmaßnahmen und erzwungener Mitwirkung an der Erschließung eines hochpersönlichen digitalen Datenbestands verwischt und damit die Tragfähigkeit von § 81b Abs. 1 StPO als Ermächtigungsgrundlage in Frage stellt. Dies gilt insbesondere, wenn man bedenkt, dass auf diese Weise mit der vergleichsweise niederschweligen erkennungsdienstlichen Vorschrift des § 81b StPO der Zugang auf das gesamte digitale Leben des Beschuldigten ermöglicht wird. Dazu BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24 = NJW 2025, 2265; zur berechtigten Kritik vgl. die Anmerkungen von Eckstein, ZfIStw 6/2025, 712 ff.; Cornelius, NJW 2025, 2265 (2270 f.); Satzger/Sarfraz, NStZ 2025, 560 (566); El-Ghazi, NJW 2025, 847 (850); dazu auch in dieser Ausgabe die Besprechung von Jansen, ZJS 2026, 479.

Bereits mit den Trojaner-I³ und Trojaner-II⁴-Entscheidungen des BVerfG ist die Tendenz zu beobachten, dass die digitale Strafverfolgung nicht durch funktionale Ausdehnung vorhandener Eingriffsnormen, sondern nur auf der Grundlage hinreichend bestimmter, eingriffsspezifischer Ermächtigungen erfolgen darf.

Dass dies inzwischen auch gesetzgebungspolitisch anerkannt ist, zeigt der Referentenentwurf zur Änderung der Strafprozessordnung betreffend digitale Ermittlungsmaßnahmen⁵, der selbst von einem Fehlen ausdrücklicher Ermächtigungsgrundlagen für neue digitale Analyse- und Abgleichmaßnahmen ausgeht.

Vor diesem Hintergrund betrifft die hier zu besprechende Entscheidung des BVerfG einen weiteren Grenzfall digitaler Strafverfolgung. Das AG Oldenburg verpflichtete – gestützt auf §§ 100a, 100e StPO – einen großen Telekommunikationsdiensteanbieter (Vodafone), sämtliche DNS-Anfragen seiner etwa 40 Millionen Kundinnen und Kunden zu einem mutmaßlich inkriminierten Server zu überwachen, aufzuzeichnen und nebst Bestandsdaten an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten. Nach Angaben der Beschwerdeführerin betraf dies etwa 12,96 Billionen DNS-Anfragen pro Monat. Das BVerfG musste im einstweiligen Rechtsschutzverfahren prüfen, ob der Vollzug der Maßnahme bis zur Entscheidung in der Hauptsache vorläufig auszusetzen ist.

Um die hier zugrundeliegende Problematik besser nachvollziehen zu können, wird ein kurzer Überblick zum Eilverfahren nach § 32 BVerfGG gegeben (1.). Daran schließt sich die Erläuterung über die Funktionsweise einer DNS-Abfrage (2.) sowie ein kurzer Überblick über die strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, die im Zusammenhang mit der Telekommunikationsüberwachung stehen (3.).

1. Das Eilverfahren gem. § 32 BVerfGG

Das Bundesverfassungsgericht kann durch eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG einen Zustand vorläufig regeln, wenn dies zur Abwendung schwerer Nachteile zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Regelmäßig entscheidet das BVerfG aufgrund eines Antrags, es kann aber auch eine Anordnung von Amts wegen treffen, wenn bereits ein Hauptsacheverfahren anhängig ist.⁶ Im Falle der Verfassungsbeschwerde entscheidet im Eilverfahren nicht der Senat, sondern eine Kammer in einer Besetzung von drei Richter*innen, vgl. § 94d Abs. 2 BVerfGG, § 15a Abs. 1 S. 1, 2 BVerfGG.

Es ergibt sich folgender Prüfungsaufbau für eine Anordnung nach § 32 BVerfGG:

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des BVerfG
2. Antrag
3. Antragsfähigkeit
4. Keine Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens
5. Keine offensichtliche Unbegründetheit des Hauptsacheverfahrens
6. Keine Vorwegnahme der Hauptsache
7. Form, § 23 BVerfGG

³ BVerfG BeckRS 2025, 19412.

⁴ BVerfG BeckRS 2025, 19413.

⁵ Abrufbar unter https://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Digitale_Ermittlungsmaßnahmen.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (19.3.2026).

⁶ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 57 Rn. 4.

II. Begründetheit

1. Besondere Eilbedürftigkeit
2. Folgenabwägung
 - a) Folgen bei unterbliebener Anordnung und Erfolg der Hauptsache
 - b) Folgen bei Erlass der Anordnung und Erfolglosigkeit der Hauptsache
 - c) Abwägung

a) Zulässigkeit

Die Zulässigkeit dieses Antrags richtet sich im Wesentlichen nach den Zulässigkeitsanforderungen des Hauptsacheverfahrens. Im Falle einer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG muss also das BVerfG in der Hauptsache das zuständige Gericht sein, vgl. § 13 Nr. 8a BVerfGG. Die Antragsberechtigung richtet sich nach der Beteiligtenfähigkeit am Verfahren in der Hauptsache (im Falle der Verfassungsbeschwerde: „jedermann“, Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG, § 90 Abs. 1 BVerfGG). Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen sind, dass das Verfahren in der Hauptsache nicht unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und dass durch die Anordnung das Verfahren in der Hauptsache nicht vorweggenommen wird.⁷ Der Antrag muss schriftlich gestellt und begründet werden, vgl. § 23 Abs. 1 BVerfGG.

b) Begründetheit

Die Begründetheit des Antrags setzt zunächst eine besondere Eilbedürftigkeit voraus.⁸ § 32 Abs. 1 BVerfGG spricht von der Abwehr schwerer Nachteile, der Verhinderung von Gewalt oder anderen wichtigen Gründen.

Im Übrigen haben bei „[...] der Entscheidung über die einstweilige Anordnung [...] die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Maßnahmen vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben [...]“⁹. Das heißt, dass anders als z.B. beim einstweiligen Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 VwGO keine (summarische) Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache erfolgt.¹⁰ Stattdessen richtet sich die Begründetheit nach einer bloßen Folgenabwägung in Form der sog. Doppel-Hypothese.¹¹ Das BVerfG nimmt also zwei hypothetische Folgenabwägungen vor: In einem ersten Schritt prüft es die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, das Verfahren in der Hauptsache aber Erfolg hätte.¹² Im zweiten Schritt prüft es die Folgen die sich ergäben, wenn die Anordnung erlassen würde, das Verfahren in der Hauptsache aber keinen Erfolg hätte.¹³ In einem dritten Schritt werden diese hypothetischen Folgen miteinander abgewogen. Überwiegen die Nachteile für den Antragssteller bei dieser Abwägung ist der Antrag begründet und die Anordnung wird erlassen.¹⁴

⁷ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 57 Rn. 7 ff.

⁸ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 57 Rn. 13.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 10.

¹⁰ Walter, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 32 Rn. 49.

¹¹ Walter, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 32 Rn. 48.

¹² BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 16.

¹³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 17.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

2. Was ist das Domain-Name-System (DNS) und wie funktioniert es?

a) Verbindungsherstellung im Internet

Möchte eine Person auf Inhalte aus dem Internet, also beispielsweise auf eine Website zugreifen, so tippt man dafür regelmäßig die Adresse der Website, die Domain, in seinen Browser ein. Gibt jemand „www.uni-kiel.de“ im Browser seiner Wahl ein, dann kann der Computer damit grundsätzlich nichts anfangen, denn Computer im Internet kommunizieren über Internet-Protocol-Adressen (IP-Adressen), die ausschließlich aus Zahlenkombinationen bestehen (z.B. 192.168.1.38). Um zu diesem Server eine Verbindung herstellen und dessen Inhalte abrufen zu können, brauchen Computer also zwingend die IP-Adresse des Servers, auf den zugegriffen werden soll. Domainnamen sind nur für Menschen lesbare Bezeichnungen, die zunächst in eine IP-Adresse übersetzt werden müssen, bevor eine Verbindung aufgebaut werden kann. Domains sind dabei immer hierarchisch aufgebaut:

Eine Domain besteht am rechten Ende immer aus einem Top-Level, welches den (von links nach rechts gelesen) letzten Teil der Domain nach dem Punkt beschreibt, also „de“, „com“, u.s.w. Die Vergabe von Top-Level-Domains ist zentral organisiert; neue Top-Level-Domains können nicht beliebig durch Einzelne geschaffen werden.

Liest man eine Internetadresse von rechts nach links, folgt nach dem Top-Level zunächst das Second-Level – in unserem Beispiel „uni-kiel“. Es können sich noch beliebig viele weitere Sub-Level anschließen. Diese Level sind durch einen Punkt getrennt.

Menschen kennen aber nur Domain-Namen, aber nicht die dazugehörigen IP-Adressen. Das bedeutet, dass die Domain in die dazugehörige IP-Adresse übersetzt werden muss, sonst funktioniert „das Internet“, so wie wir es heute kennen, nicht.

b) Die Rolle des DNS

aa) Grundsätzliches¹⁵

Das Domain-Name-System (DNS) wurde entwickelt, um eine Domain automatisch in die zugehörige IP-Adresse zu übersetzen, ohne dass der Mensch sich lange Zahlenfolgen merken muss. Das DNS funktioniert gewissermaßen wie ein Telefonbuch: man kennt den Namen einer Person, aber nicht die dazugehörige Telefonnummer.¹⁶

Diese Übersetzung funktioniert mithilfe eines sog. DNS-Resolvers. Das ist ein Server, der meistens von dem jeweiligen Internetanbieter zur Verfügung gestellt wird und der in der Lage ist, Anfragen an andere Server zu stellen, die ein Verzeichnis über Domainnamen und dazugehörige IP-Adressen führen.

Der Resolver-Server kommuniziert also in zwei Richtungen: erstens erhält er vom Computer, der die IP-Adresse für eine Domain anfragt, die besagte Anfrage und soll diese beantworten. Hierfür kommuniziert er zweitens mit einem Netzwerk von Servern, deren alleinige Aufgabe es ist, Informationen darüber bereit zu stellen, welche IP-Adresse welchem Domainnamen zugeordnet ist.

Dieses Netzwerk von Servern ist hierarchisch aufgebaut, weshalb die Kommunikation zwischen Resolver und DNS-Servern immer nach dem gleichen Schema abläuft: die ersten Server in der Hierarchie helfen dem Resolver nur dabei, den zuständigen autoritativen Nameserver ausfindig zu machen, der die gesuchte IP-Adresse kennt. Die Hierarchie der Server spiegelt dabei den Aufbau der Domain wider. An der Spitze steht ein Root-Server, der die IP-Adressen aller sog. Top-Level-Domain-Server

¹⁵ Eine ausführliche Darstellung findet sich auch bei Heine, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 12 Rn. 232 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 15.

(TLD-Server) kennt. Diese wiederum kennen dann die entsprechenden autoritativen Nameserver, oder – falls die Domain weitere Sub-Level enthält – die den Sub-Levels entsprechenden Server.

Die Root-Server werden von verschiedenen international tätigen Organisationen an unterschiedlichen Orten weltweit betrieben. Entsprechendes gilt für die Nameserver der Top-Level-Domains. Die autoritativen Nameserver einzelner Domains werden hingegen regelmäßig von den Domain-inhabern selbst oder von diesen beauftragten technischen Dienstleistern (z.B. Cloudflare) betrieben. Die DNS-Resolver werden typischerweise von Internetzugangsanbietern oder spezialisierten Drittunternehmen betrieben. Bei den meisten Internetnutzer*innen sind diese Resolver voreingestellt und werden vom jeweiligen Internetanbieter bereitgestellt.

DNS-Anfragen enthalten den vollständigen Domainnamen sowie die IP-Adresse des anfragenden Geräts. Werden sie protokolliert, entstehen zusätzlich Zeitstempel. DNS-Daten erlauben also Rückschlüsse darauf, welche konkreten Domains oder Subdomains kontaktiert wurden. Subdomains wie „www.cloud.uni-kiel.de“ sind vollständig sichtbar, weil das DNS stets den konkret angefragten vollständigen Domainnamen auflöst. Wird etwa „www.cloud.uni-kiel.de“ angefragt, so ist genau diese Subdomain in der DNS-Anfrage sichtbar. Nicht erfasst werden dagegen Unterseiten. Ob eine Person nur „www.uni-kiel.de“ oder nur „www.uni-kiel.de/studium/bewerbung“ aufruft, ist aus der DNS-Anfrage nicht ersichtlich, da dieser Zugriff auf Unterseiten erst nach erfolgter Domainauflösung über HTTP bzw. HTTPS stattfindet.

Wie oben bereits angedeutet, wäre die Internetnutzung in ihrer heutigen Form ohne DNS nicht möglich. Nicht nur der Zugriff auf Websites funktioniert durch das DNS, sondern u.a. auch das Versenden von E-Mails.

In seinem Beschluss verdeutlicht das BVerfG die Dimension der bei einer DNS-Abfrage anfallenden Daten. Das Gericht geht davon aus, dass allein die Kundinnen und Kunden der Beschwerdeführerin innerhalb eines Monats ca. 12,96 Billionen Anfragen an den DNS-Resolver von Vodafone senden.¹⁷ Würden diese Anfragen alle aufgezeichnet, ließe sich nicht nur nachvollziehen für welche Domains wie viele Anfragen innerhalb eines bestimmten Zeitraums eingegangen sind. Da auch die IP-Adresse des anfragenden Anschlusses oder des Geräts gespeichert wird, wäre es sogar möglich aus den Aufzeichnungen abzuleiten, welcher Anschluss bzw. welches Gerät zu welchem Zeitpunkt welche Websites besucht hat.

bb) Ablauf einer DNS-Abfrage

Den Ablauf einer DNS-Abfrage muss man sich nun wie folgt vorstellen:¹⁸

*Schritt 1:*¹⁹ Der*die Nutzer*in gibt die Domain „www.uni-kiel.de“ in seinen Browser ein. Der Computer sendet daraufhin eine DNS-Anfrage an einen vorkonfigurierten rekursiven DNS-Resolver, der meistens vom Internetprovider zur Verfügung gestellt wird. Der Router leitet diese lediglich weiter. Der Computer beauftragt durch diese DNS-Anfrage den Resolver sinngemäß, die zugehörige IP-Adresse herauszufinden (sinngemäß: „Hallo Resolver! Wie lautet die IP-Adresse für die Domain www.uni-kiel.de?“). Diese Anfrage ist rekursiv, das heißt der Computer erwartet eine vollständige Antwort auf die Frage nach der IP-Adresse. Dazu durchsucht der Resolver zunächst seinen Cache

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 15.

¹⁸ Die nachfolgende Darstellung ist technisch vereinfacht und beschränkt sich auf die für das Verständnis der Entscheidung wesentlichen technischen Prozesse. Insbesondere die Fragen und Antworten der Server in der Schritt-für-Schritt Darstellung dienen ausschließlich der Illustration des Ablaufs der DNS-Auflösung.

¹⁹ Bitte vgl. Sie zum besseren Verständnis der einzelnen Schritte die jeweiligen Nrn. des im Anhang befindlichen Schaubilds.

(also den Zwischenspeicher), um festzustellen, ob die zur Domain gehörige IP-Adresse aufgrund einer früheren Anfrage noch gespeichert ist. Ist dies nicht der Fall, folgt *Schritt 2*.

Schritt 2: Ist die IP-Adresse nicht im Cache gespeichert, so kommuniziert der Resolver schrittweise mit den nachgelagerten DNS-Servern der oben beschriebenen Hierarchie. Dabei liefert jeder angefragte Server keine vollständige Antwort, sondern verweist lediglich auf den nächsten zuständigen Server. Das bedeutet, die Anfrage wird von Server zu Server weitergereicht, bis die gesuchte IP-Adresse gefunden ist. Dieser Ablauf gestaltet sich wie folgt:

Schritt 3: Der erste angefragte Server ist der sog. Root-Server. Er kennt zwar keine IP-Adressen von Websites, wohl aber die IP-Adressen der Server, die für die jeweiligen Top-Level-Domains zuständig sind. Der Resolver fragt den Root-Server sinngemäß: „Wie lautet die IP-Adresse für www.uni-kiel.de?“

Schritt 4: Hierauf teilt der Root-Server dem anfragenden DNS-Resolver mit, welcher Server für die Top-Level-Domain „de“ zuständig ist, und übermittelt dessen IP-Adresse. Der Root-Server antwortet also sinngemäß: „Ich kenne die IP-Adresse nicht. Frag mal beim de-Server nach, der kann dir weiterhelfen!“

Schritt 5: Da der DNS-Resolver nun weiß, welcher Server für „de“ zuständig ist, fragt er diesen Server, welcher autoritative Nameserver für das Second-Level „uni-kiel“ zuständig ist. Der Resolver fragt den TLD-Server sinngemäß: „Wie lautet die IP-Adresse für www.uni-kiel.de?“

Schritt 6: Dieser Top-Level-Domain-Server schickt dem Resolver eine Antwort in Form der IP-Adresse des autoritativen Nameservers für die konkrete Domain „uni-kiel.de“. Der TLD-Server antwortet also sinngemäß: „Ich kenne die IP-Adresse nicht. Frag mal beim uni-kiel-Server nach, der kann dir weiterhelfen!“

Schritt 7: Nun fragt der Resolver bei diesem autoritativen Nameserver der Domain „uni-kiel.de“ die IP-Adresse für die Domain an. Der Resolver fragt den Root-Server sinngemäß: „Wie lautet die IP-Adresse für www.uni-kiel.de?“

Schritt 8: Bei diesem Server schließlich erhält der Resolver als Antwort keine weitere Zuständigkeitsantwort, sondern eine IP-Adresse für die Domain „www.uni-kiel.de“. Die iterative Anfrage ist damit beendet. Der autoritative Nameserver antwortet also sinngemäß: „Ich kenne die IP-Adresse. Sie lautet 123.456.7.89!“

Schritt 9: Der Resolver kann die nun bekannte IP-Adresse für die Domain über den Router an den Computer weiterleiten und damit die rekursive Anfrage beantworten. Er antwortet dem Computer auf dessen Frage in Schritt 1 sinngemäß: „Hallo Computer! Ich habe die IP-Adresse für www.uni-kiel.de herausgefunden – sie lautet 123.456.7.89!“

Schritt 10: Erst mit der erhaltenen IP-Adresse kann der Computer über den Router eine Verbindung zum hostenden Server aufbauen – regelmäßig verschlüsselt über HTTPS – und dessen Inhalte abrufen. Der Server sendet die entsprechenden Datenpakete, die der Computer zusammensetzt und anzeigt. Ein behördlicher Zugriff auf diese Datenübertragung ist nach vom BVerfG bestätigter Rechtsprechung an § 100a Abs. 1 S. 1 StPO zu messen.²⁰

c) Wie wäre die DNS-Überwachung technisch umzusetzen?

Nachdem die Ermittler einen Server ausfindig gemacht haben, auf welchem mutmaßlich regelmäßig strafrechtsrelevante Inhalte veröffentlicht und abgerufen werden, soll die übliche Ermittlungsrichtung umgedreht werden: anstatt vom Inhalt auf die Person zu schließen, soll überwacht werden, wer zu welchem Zeitpunkt auf die Website zugegriffen hat, und zwar, indem die DNS-Daten durch die

²⁰ BVerfG NJW 2016, 3508 (3510); Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 126. Zur nicht ganz unberechtigten Kritik Heinrich, ZIS 2020, 421 ff.

Beschwerdeführerin ausgeleitet werden. Die den DNS-Server betreibende Beschwerdeführerin soll alle an diesen DNS-Resolver gerichteten DNS-Anfragen der Kund*innen überwachen und diejenigen samt Zeitstempel und IP-Adresse herausfiltern, die sich auf die Domain mit den mutmaßlich inkriminierten Inhalten beziehen. Diese Daten soll die Beschwerdeführerin sodann samt den Bestandsdaten an die Ermittlungsbehörden herausgeben, sodass diese erkennen können, welche Person bzw. über welchen Anschluss zu welchem Zeitpunkt auf die Website zugegriffen hat. Müsste die Beschwerdeführerin den Beschluss des AG Oldenburg, der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wurde, umsetzen, so ist denkbar, dass alle Anfragen aller Nutzer*innen, die den DNS-Resolver der Beschwerdeführerin nutzen, geloggt, also zwischengespeichert und ausgewertet werden. Andererseits könnte auch eine laufende Analyse der Anfragen ohne Zwischenspeicherung erfolgen – hierfür müssen ebenfalls sämtliche Anfragen analysiert werden, allerdings werden nur diejenige mit den relevanten Daten gespeichert, die eine DNS-Anfrage für die inkriminierte Website enthalten.

An der Geeignetheit der Maßnahme könnten allerdings leise Zweifel angemeldet werden. So ist es durch den Einsatz von VPN oder Tor²¹ möglich, dass Nutzer*innen keine Anfrage mehr an den Resolver des Internetanbieters stellen, und sich auf diese Weise der Überwachung durch die Beschwerdeführerin entziehen. Denkbar ist auch die Nutzung eines anderen Resolvers als dem des Internetanbieters. In allen diesen Fällen laufen DNS-Anfragen nicht mehr über den Resolver des Internetanbieters, sodass er die Anfragen auch nicht auswerten kann. Es ist wohl davon auszugehen, dass zumindest ein Großteil, die auf die inkriminierte Website zugreifen wollen, solche Vorsichtsmaßnahmen treffen werden.²²

3. Ermittlungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Telekommunikation – ein skizzenhafter Überblick

Ermittlungsmaßnahmen, die auf Telekommunikation, digitale Dienste oder informationstechnische Systeme zugreifen, greifen in besonders geschützte Freiheitsräume ein. Dazu bedürfen sie einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Die StPO enthält in §§ 100a, 100b, 100g, 100i, 100j und 100k ein abgestuftes System telekommunikationsbezogener Ermittlungsmaßnahmen. Welche Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist, richtet sich vor allem danach, ob auf Inhalts-, Bestands-, Verkehrs- oder Nutzungsdaten zugegriffen wird und ob die Maßnahme laufende Kommunikation, bloße Kommunikationsumstände oder den Zugriff auf ein informationstechnisches System betrifft. Verfassungsrechtlich ist dabei zu unterscheiden: Die Überwachung laufender Telekommunikation ist in erster Linie am Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Der Zugriff auf gespeicherte Daten oder die Infiltration eines Endgeräts berührt demgegenüber vor allem das Recht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme (sog. IT-System-Grundrecht²³) aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht geht dabei nicht mehr von einem strikten Entweder-Oder aus, sondern hält eine gleichzeitige Betroffenheit beider Grundrechte für möglich.²⁵ Werden die erhobenen Daten anschließend automatisiert analysiert oder ausgewertet, ist darüber hinaus auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen, weil die automatisierte Weiterverarbeitung einen eigenständigen zusätzlichen Grundrechtseingriff begründet.²⁶

²¹ Das Tor-Netzwerk anonymisiert die Nutzer*innen des Netzwerks durch Verschlüsselung und Verschleierung, vgl. die Erklärung bei Krause, NJW 2018, 678.

²² Hierbei handelt es sich um eine persönliche Einschätzung der Verf.

²³ Die bisher gängige Abkürzung „IT-Grundrecht“ wurde nun zum „IT-System-Grundrecht“, so bereits Rückert, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 5.

²⁴ Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 11 Rn. 53.

²⁵ BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 174, 241 (Trojaner II).

²⁶ BVerfGE 165, 363 (388).

a) § 100a Abs. 1 S. 1 StPO

Den Ausgangspunkt der TKÜ-Maßnahmen bildet § 100a StPO. Die Vorschrift erlaubt vor allem die Überwachung und Aufzeichnung laufender Telekommunikationsinhalte und greift damit in Art. 10 Abs. 1 GG ein. Erfasst sind insbesondere Telefonate, E-Mails, Messenger-Kommunikation und Internet-telefonie, aber auch Begleitumstände der konkret überwachten Kommunikation wie etwa die beteiligten Anschlüsse, Zeitpunkt und Dauer. Die Eingriffsschwelle ist hoch: Erforderlich sind bestimmte Tatsachen, die den Verdacht einer in § 100a Abs. 2 StPO abschließend aufgeführten schweren Katalogtat begründen. Außerdem muss die Aufklärung oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein. Hinzu treten Richtervorbehalt, Befristung und qualifizierte Begründungsanforderungen. § 100a StPO ist damit auf die Überwachung eines bereits konkretisierten Kommunikationsvorgangs zugeschnitten.

b) § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO

Von der klassischen Telekommunikationsüberwachung ist die Quellen-TKÜ nach § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO zu unterscheiden. Auch sie knüpft an Telekommunikation an, setzt technisch aber einen heimlichen Zugriff auf das Endgerät voraus. Gerade deshalb geht das BVerfG für die Quellen-TKÜ bei Zugriff auf ein eigengenutztes IT-System nicht mehr von einem bloßen Entweder-Oder zwischen Art. 10 Abs. 1 GG und dem IT-System-Grundrecht aus. Vielmehr könnten beide Grundrechte gleichzeitig betroffen sein. Insoweit ist zwischen § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO zu unterscheiden. § 100a Abs. 1 S. 2 StPO betrifft die Überwachung laufender Telekommunikation an der Quelle und greife – so das BVerfG in der sog. Trojaner-II-Entscheidung – sowohl in das Fernmeldegeheimnis als auch in das IT-System-Grundrecht ein.²⁷ § 100a Abs. 1 S. 3 StPO erlaube demgegenüber den Zugriff auf bereits auf dem Gerät gespeicherte Kommunikationsinhalte und -umstände, die ab Anordnung auch während des laufenden Übertragungsvorgangs hätten erhoben werden können. Maßgeblich sei insoweit vor allem das IT-System-Grundrecht.²⁸ Wegen des erheblichen Eingriffsgewichts hat das BVerfG beide Vorschriften für teilweise verfassungswidrig erklärt, soweit sie auch an Straftaten des einfachen Kriminalitätsbereichs anknüpfen.²⁹

c) § 100b StPO

Noch weiter reicht § 100b StPO. Die Vorschrift erlaubt die Online-Durchsuchung, also den verdeckten Zugriff auf ein informationstechnisches System insgesamt. Anders als § 100a StPO beschränkt sie sich nicht auf die laufende Kommunikation, sondern eröffnet den Zugriff auf gespeicherte Datenbestände und auf das IT-System in seiner ganzen Breite. Maßgeblicher verfassungsrechtlicher Bezugspunkt ist deshalb vor allem das IT-System-Grundrecht.³⁰ Das BVerfG hat jedoch auch hier festgestellt, dass daneben auch Art. 10 Abs. 1 GG betroffen sein könne, wenn die Online-Durchsuchung auch die laufende Telekommunikation erfasse.³¹ § 100b Abs. 1 StPO sei deshalb wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG formell verfassungswidrig, wirke aber bis zu einer Neuregelung fort.³²

²⁷ BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 172 (Trojaner II).

²⁸ BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 220 ff. (Trojaner II) – zwar sei auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen, dieses trete aber hinter dem IT-System-Grundrecht zurück, Rn. 222, 225.

²⁹ BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 270 (Trojaner II).

³⁰ Vgl. BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 242 (Trojaner II).

³¹ BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 243 (Trojaner II).

³² BVerfG BeckRS 2025, 19413 Rn. 271, 275 (Trojaner II).

d) § 100g StPO

Neben diesen Befugnissen kennt die StPO Ermächtigungen, die ausschließlich den Zugriff auf Kommunikationsumstände erlauben. Zentrale Vorschrift ist § 100g StPO. Sie betrifft Verkehrsdaten, also die äußeren Umstände der Kommunikation, etwa Zeitpunkt, Dauer, beteiligte Anschlüsse, IP-Bezüge oder Standortdaten. Die Norm erlaubt damit nicht die Einsicht in Kommunikationsinhalte, wohl aber die Rekonstruktion von Kommunikationsbeziehungen und Bewegungsbildern. Auch insoweit ist der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG betroffen.³³

§ 100g Abs. 1 StPO bildet den Grundfall des gezielten Zugriffs auf Verkehrsdaten eines bestimmten Anschlusses. Zulässig ist die Maßnahme, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung begründen oder wenn eine Straftat mittels Telekommunikation begangen wurde. Demgegenüber betrifft § 100g Abs. 2 StPO besonders eingriffsintensive, rückwirkend auswertbare Verkehrsdaten, vor allem solche, aus denen sich aussagekräftige Bewegungs- und Kontaktprofile erstellen lassen. Deshalb verlangt Abs. 2 den Verdacht einer besonders schweren Straftat aus einem gesetzlichen Katalog. Praktisch läuft Abs. 2 derzeit allerdings weitgehend leer, soweit er an Daten anknüpft, die nur aufgrund einer allgemeinen – für rechtswidrig erklärten – Vorratsdatenspeicherung verfügbar wären.³⁴ § 100g Abs. 3 StPO regelt die Funkzellenabfrage. Bei ihr werden für einen bestimmten Ort und Zeitraum sämtliche Mobiltelefone erfasst, die in einer Funkzelle eingeloggt waren. Die Maßnahme streut daher besonders weit und betrifft typischerweise auch eine Vielzahl unbeteiligter Dritter. Der BGH verlangt daher auch für die Funkzellenabfrage den Verdacht einer Katalogtat i.S.d. § 100g Abs. 2 StPO.³⁵

e) §§ 100k, 100j, 100i StPO

Mit § 100k StPO hat der Gesetzgeber die Struktur des § 100g StPO auf digitale Dienste erweitert. Die Vorschrift betrifft Nutzungsdaten digitaler Dienste, also etwa Daten über die Nutzung sozialer Netzwerke, Suchmaschinen oder Internetforen.

Davon zu unterscheiden ist die Bestandsdatenauskunft nach § 100j StPO. Sie dient vor allem der Identifizierung, etwa der Zuordnung eines Anschlusses oder einer IP-Adresse zu einer bestimmten Person. Anders als § 100g StPO oder § 100k StPO zielt § 100j StPO nicht auf die Rekonstruktion eines Kommunikations- oder Nutzungsverhaltens, sondern auf die Feststellung, wer hinter einem Anschluss oder Nutzer*innenkonto steht.

Noch einmal anders gelagert ist schließlich § 100i StPO. Die Norm erlaubt insbesondere den Einsatz eines IMSI-Catchers zur Ermittlung von Geräte- und Kartennummern sowie zur Standortbestimmung. Inhaltlich geht es damit weder um Kommunikationsinhalte noch um einen den Nutzer*innen bewusst veranlassten Informationsaustausch, sondern um die technische Identifizierung eines Mobilfunkendgeräts und die Erfassung seiner Einbuchung in das Mobilfunknetz.

f) Das Doppel-Tür-Modell und das Eigengewicht der automatisierten Datenanalyse

Zu beachten ist ferner, dass sowohl die Speicherung der Daten durch das Telekommunikationsunternehmen als auch der Abruf der Daten durch die Strafverfolgungsbehörden jeweils einer hinrei-

³³ BVerfGE 130, 151 (179).

³⁴ Zur Vorratsdatenspeicherung: BVerwG NJW 2024, 98; EuGH NJW 2024, 2099.

³⁵ BGH NJW 2024, 2336; zustimmend *Singelnstein*, NJW 2024, 2336 (2339 f.); a.A. LG Hamburg MMR 2025, 154; *Kienle*, NZWiSt 2024, 261 (266 f.); *Nettersheim*, NSTZ 2024, 557 (560 ff.).

chend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedürfen (sog. Doppel-Tür-Modell).³⁶ Und schließlich ist auch darauf zu achten, dass neben der Datenerhebung die anschließende automatisierte Auswertung ebenfalls als eigenständiger Grundrechtseingriff zu begreifen ist, der gesondert gesetzlich zu regeln ist. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG 2023 zur automatisierten Datenanalyse hervorgehoben hat, dass die Weiterverarbeitung bereits erhobener Daten ein „Eigengewicht“³⁷ besitzt, weil sie zusätzliche Belastungseffekte erzeugen und je nach Datenbestand und Analyseverfahren ein gegenüber der bloßen Erhebung gesteigertes Eingriffsgewicht entfalten kann und einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung darstellt (siehe oben).

g) Rechtsschutz gegen telekommunikationsbezogene Ermittlungsmaßnahmen

Auch der Rechtsschutz gegen telekommunikationsbezogene Ermittlungsmaßnahmen ist durch deren Heimlichkeit strukturell erschwert. Dabei ist zwischen den Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen und denen der in Anspruch genommenen Anbieter zu unterscheiden.

Aufgrund der Heimlichkeit der Maßnahme ist vorbeugender Rechtsschutz durch die von der Maßnahme betroffenen Personen ausgeschlossen. Nachträglicher Rechtsschutz kommt zwar grundsätzlich über die Beschwerde nach § 304 StPO in Betracht, setzt aber voraus, dass die Betroffenen überhaupt Kenntnis von der Maßnahme erlangen. Daran fehlt es häufig. Zwar sieht § 101 Abs. 1 StPO eine Benachrichtigung vor. Diese kann jedoch nach § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 3, S. 4 und 5 StPO zurückgestellt werden oder unterbleiben. Bei Maßnahmen mit einer großen Anzahl von Betroffenen – etwa einer DNS-Server-Überwachung – dürfte eine individuelle Benachrichtigung praktisch ausgeschlossen sein, sodass der Rechtsschutz faktisch von der Medienberichterstattung abhinge.³⁸

Dem in Anspruch genommenen Telekommunikationsanbieter steht grundsätzlich die Beschwerde nach § 304 StPO zu, jedoch nur zur Wahrung eigener Rechte. Er kann nicht das Fernmeldegeheimnis der betroffenen Nutzer*innen prozessual geltend machen, sondern lediglich Eingriffe in die eigene Rechtssphäre rügen, insbesondere in seine Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Dementsprechend ist er darauf beschränkt, die fehlenden gesetzlichen Voraussetzungen seiner Inanspruchnahme geltend zu machen, etwa nach § 100a Abs. 4 StPO, § 2 G 10 oder § 170 TKG. Eine inhaltliche Überprüfung der Überwachungsanordnung im Interesse der Betroffenen ist ihm hingegen mit Hilfe der strafprozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten verwehrt.

II. Die Entscheidung des BVerfG

1. Vorgeschichte

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung wurde von der Beschwerdeführerin³⁹ vor folgendem Hintergrund gestellt:

„Die Beschwerdeführerinnen sind Konzernunternehmen eines Telekommunikationsdiensteanbieters. Das Amtsgericht hat gegenüber den Beschwerdeführerinnen, die Überwachung und Aufzeichnung

³⁶ BVerfGE 130, 151 (184); *Ostendorf/Brüning*, Strafrechtsprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 11 Rn. 62; ausführlich zum Doppel-Tür-Modell *Wäger*, MMR 2026, 15.

³⁷ BVerfGE 165, 363 (398).

³⁸ *Huber*, NVwZ 2026, 319 (320).

³⁹ Tatsächlich handelt es sich um mehrere Beschwerdeführerinnen, der Einfachheit halber haben die Verf. auf Singular reduziert.

der inländischen Domain-Name-System-Anfragen über die von [den Beschwerdeführerinnen] bereitgestellten Netzwerkinfrastrukturen zu dem Serversystem mit dem Namen [...] mit der [...] nebst Übermittlung der zur Identifizierung der Anschlussinhaber erforderlichen Kundendaten für die Dauer von etwas mehr als einem Monat angeordnet.“⁴⁰

Diese Anordnung hatte das Amtsgericht Oldenburg auf Grundlage der §§ 100a Abs. 1, 100e StPO erlassen.⁴¹

Das heißt, dass die Beschwerdeführerin alle DNS-Anfragen zu einer bestimmten, mutmaßlich inkriminierten Website erfassen und diese samt Informationen über die anfragenden Personen (IP-Adresse und Zuordnung zu Anschlüssen/Mobilgeräten) an die Ermittlungsbehörden weiterleiten sollte. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gem. § 304 Abs. 1 StPO gegen diese Anordnung des AG hatte das LG als unzulässig verworfen.⁴² Daraufhin hat die Beschwerdeführerin Verfassungsbeschwerde eingelegt und einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG gestellt, mit der sie die Überwachungsanordnung des AG Oldenburg auszusetzen wünscht.⁴³ Im Hauptsacheverfahren macht die Beschwerdeführerin insbesondere geltend, für die vom AG angeordnete Maßnahme existiere keine Ermächtigungsgrundlage.⁴⁴

2. Entscheidungsgründe

Der Antrag auf einstweilige Anordnung hatte Erfolg. Das BVerfG entschied, dass die Vollstreckung der Anordnung des AG Oldenburg bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache (längstens aber für die Dauer von sechs Monaten) ausgesetzt wird und verbot dem AG Oldenburg, inhaltsgleiche Anordnungen auf Grundlage von § 100a StPO gegen die Beschwerdeführerin zu treffen. Über die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache hat das BVerfG also explizit noch nicht entschieden.

Der Ausgang des Hauptsacheverfahrens sei „mindestens offen“⁴⁵, daher sei der Antrag zulässig gewesen. Das BVerfG konzentrierte sich in der Begründung der Entscheidung ausschließlich auf die Folgenabwägung im Rahmen der Begründetheit:

a) Folgen bei unterbliebener Anordnung und Erfolg der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache

Das BVerfG führte zunächst zu den Folgen aus, die eintreten würden, wenn der Erlass der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG unterbliebe, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber Erfolg hätte. Dabei ging das BVerfG nicht nur auf die Folgen für Grundrechte der Beschwerdeführerin (vor allem Art. 12 GG) ein, sondern auch auf die Folgen für die Grundrechte der Anschlussinhaber, deren DNS-Anfragen infolge der Anordnung überwacht werden würden. Insbesondere sei aufgrund der Menge der DNS-Anfragen an die Beschwerdeführerin, das BVerfG geht von monatlich 12,96 Billionen Anfragen aus, der organisatorische Aufwand für die Beschwerdeführerin erheblich. Eine Ausleitung von DNS-Anfragen für eine bestimmte Website sei nur möglich, wenn die Beschwerdeführerin

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 2.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 2.

⁴² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 3.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 6.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 5.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 13.

alle DNS-Anfragen ihrer 40 Millionen Kundinnen und Kunden auswerte.⁴⁶ Neben diesem erheblichen organisatorischen Aufwand sei auch ein Reputationsverlust der Beschwerdeführerin zu erwarten, wenn die Anordnung nicht erginge, die Maßnahme sich aber später als verfassungswidrig herausstelle.⁴⁷ Zudem wären durch die Maßnahme massenhafte Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG, der Kundinnen und Kunden zu befürchten.⁴⁸ Aus diesen Umständen ergibt sich für das BVerfG wohl auch die besondere Eilbedürftigkeit, die Voraussetzung der Anordnung ist.

b) Folgen bei Ergehen der Anordnung und Abweisung der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache

Erginge die Anordnung und die Verfassungsbeschwerde hätte keinen Erfolg, dann könnten die Ermittlungsbehörden ihre Ermittlungen nicht auf die DNS-Daten der Beschwerdeführerin stützen und wären auf andere Ermittlungsmöglichkeiten beschränkt.⁴⁹

c) Abwägung

Die Folgenabwägung fällt zugunsten der Beschwerdeführerin aus. Einerseits sei weder aus den Ermittlungsakten ersichtlich, dass die mit der DNS-Überwachung verfolgten Delikte besonders schwer wögen, noch sei erkennbar, warum andere Ermittlungsmaßnahmen nicht ebenso erfolgsversprechend sein sollten wie die DNS-Überwachung.⁵⁰ Andererseits sei der organisatorische Aufwand der Umsetzung der Anordnung für die Beschwerdeführerin ganz erheblich.⁵¹ Darüber hinaus wögen aber die „massenhaften und irreversiblen“⁵² Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis der Kundinnen und Kunden der Beschwerdeführerin besonders schwer, da zum einen alle DNS-Anfragen aller Kundinnen und Kunden der Beschwerdeführerin überwacht werden müssten und dies zum anderen auch noch heimlich geschehen müsste und aufgrund der großen Anzahl der DNS-Anfragen auch eine nachgelagerte Information über die Überwachung nicht möglich sei.⁵³

III. Bewertung der Entscheidung

Der Beschluss vermag zu überzeugen. Zwar hat das BVerfG nur eine Folgenabwägung vorgenommen und die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren nur als „mindestens offen“⁵⁴ bezeichnet. Gleichwohl lässt sich erkennen, dass die Kammer erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hatte. Sie setzte nicht nur die Vollziehung des Beschlusses des AG Oldenburg bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde aus, sondern untersagte dem AG Oldenburg auch, inhaltsgleiche Anordnungen gegen Vodafone auf Grundlage von § 100a StPO bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde zu wiederholen.⁵⁵

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 15.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 16.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 16.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 17.

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 13.

⁵⁵ Huber, NVwZ 2026, 319 (320).

Das BVerfG hat im Rahmen der Folgenabwägung entscheidend darauf abgestellt, dass ohne den Erlass der einstweiligen Anordnung die drohenden massenhaften und irreversiblen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis der Kund*innen aus Art. 10 Abs. 1 GG drohten, ohne dass diese entsprechende Verdachtsmomente geliefert hätten.⁵⁶ Für die Hauptsache muss gleichwohl unterschieden werden: Im Rahmen der Zulässigkeit kann die Beschwerdeführerin nur die Verletzung eigener Grundrechte rügen. Damit wäre eine Verfassungsbeschwerde insoweit unzulässig, als die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 10 Abs. 1 GG ihrer Kund*innen geltend macht.⁵⁷ Im Rahmen der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde prüft das BVerfG den angegriffenen Hoheitsakt, also die Anordnung durch das AG (in ihrer letztinstanzlichen Ausprägung), jedoch am Maßstab des gesamten Verfassungsrechts.⁵⁸ In Betracht kommt daher, dass bei der Anwendung und Auslegung des § 100a StPO Bedeutung und Tragweite der Grundrechte verkannt wurden, da § 100a StPO gerade keine Ermächtigung für die DNS-Überwachung, also massenhafte Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG der Kund*innen enthält. Somit erlangt der Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG dennoch Bedeutung für die Begründetheitsprüfung. Denn die Ermittlungsbehörde ist nicht befugt, einen privaten Dritten zur Durchführung von Maßnahmen zu verpflichten, die diese selbst mangels einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage nicht durchführen dürfte. Insoweit ist zu prüfen, ob § 100a StPO eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 GG im Einzelfall bildet.

Dies macht auch das BVerfG deutlich, in dem es feststellt:

„Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechen insbesondere die drohenden massenhaften und irreversiblen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis der Kundinnen und Kunden, die einer Kenntnisnahme ihrer privaten oder beruflichen Kontakte ausgesetzt wären, ohne entsprechende Verdachtsmomente geliefert zu haben.“⁵⁹

Ein solcher „irreversibler Eingriff“ in Art. 10 GG läge jedenfalls dann vor, wenn die Anordnung des AG Oldenburg nicht auf einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage beruht. Das wäre der Fall, wenn die Maßnahme auf § 100a StPO gestützt worden wäre, obwohl diese Vorschrift auf die Überwachung laufender Kommunikationsinhalte zugeschnitten ist. Gerade daran fehlt es hier. Gegen die Heranziehung von § 100a StPO sprechen im Kern drei Aspekte: die Einordnung der DNS-Abfrage als Kommunikationsumstand, die Umkehr der Ermittlungsrichtung sowie der mehrstufige Charakter des Grundrechtseingriffs.

1. DNS-Abfrage als Kommunikationsumstand

Ausgangspunkt jeder rechtlichen Einordnung ist die technische Funktion der DNS-Abfrage. Welche der Eingriffsnormen der §§ 100a ff. StPO anwendbar ist, entscheidet sich vor allem danach, ob auf laufende Kommunikation oder auf gespeicherte Kommunikationsumstände zugegriffen wird.

Das DNS dient der vorgelagerten „Adressauflösung“, das heißt ein Endgerät fragt rekursiv beim DNS-Resolver an, der die Anfrage iterativ über Root-, TLD- und autoritative Nameserver auflöst, bis schließlich eine IP-Adresse zurückgeliefert wird. In diesem Stadium findet noch keine inhaltliche Interaktion zwischen Nutzer*innen und der aufgerufenen Website und damit keine laufende Kommunika-

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

⁵⁷ Vgl. Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 183.

⁵⁸ Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 94 Rn. 226.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 18.

tion statt. Es handelt sich lediglich um eine maschinelle Infrastrukturkommunikation. Das DNS übermittelt keinen Inhalt einer Kommunikation, sondern löst lediglich einen Domainnamen in eine IP-Adresse auf, damit eine spätere Verbindung zum Zielservers überhaupt erst aufgebaut werden kann, die erst eine inhaltliche laufende Kommunikation ermöglicht. Bildlich gesprochen geht es eher um das Ermitteln einer Telefonnummer vor dem Anruf als um das eigentliche Gespräch selbst. Die DNS-Abfrage betrifft damit einen gespeicherten Kommunikationszustand im Sinne der Systematik der §§ 100g, 100k StPO, nicht „Inhalt“ einer laufenden Kommunikation i.S.d. § 100a StPO, sodass die Norm systematisch nicht passt. Auch eine Anwendung von § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO scheidet aus. Die Ermittlungsbehörden wollen die Daten gerade nicht an der Quelle, also auf dem informationstechnischen System des Betroffenen, erheben, sondern vielmehr beim Eingang der DNS-Anfrage am Resolver.

2. Umkehr der Ermittlungsrichtung

Hinzu kommt, dass die angeordnete Maßnahme die Ermittlungsrichtung umkehrt. Sie zielt nicht auf die Überwachung der Kommunikation einer bereits individualisierten Person, gegen die ein Anfangsverdacht wegen einer Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO besteht. Vielmehr soll die Maßnahme überhaupt erst aufdecken, welche Nutzer*innen über welche Anschlüsse mit der fraglichen Domain in Verbindung standen. Der Ermittlungsansatz verläuft damit nicht von einem individualisierten Tatverdächtigen zu dessen Kommunikationsbeziehungen, sondern von massenhaft erhobenen technischen Umständen zu bislang unbekannten und auch unverdächtigen Nutzer*innen. Systematisch weist die Maßnahme deshalb eine deutlich größere Nähe zur Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 3 StPO auf als zur Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 StPO.

Unabhängig davon ist zudem nicht erkennbar, ob überhaupt ein Verdacht hinsichtlich einer der in § 100a StPO genannten Katalogtaten bestand.⁶⁰

Auch weist die Umkehrung der Ermittlungsrichtung eine gewisse Nähe der Maßnahme zur Vorratsdatenspeicherung und Rasterfahndung auf. Erfasst werden nicht die Daten eines bereits individualisierten Beschuldigten, sondern die DNS-Anfragen eines großen, im Voraus unbestimmten Nutzer*innenkreises. Auf diese Weise wird zunächst ein breiter Datenbestand geschaffen, aus dem erst nachträglich verdächtige Verbindungen herausgefiltert werden sollen. Der Umstand, dass die Maßnahme an einen konkreten Ermittlungsanlass anknüpft, zeitlich begrenzt ist und sich auf einen bestimmten Zielservers bezieht, ändert nichts daran, dass bereits auf der Erhebungsebene eine Vielzahl unverdächtigter Nutzer*innen in die Maßnahme einbezogen wird. Ob eine solche Vorratsdatenspeicherung „durch die Hintertür“ verfassungs- und europarechtskonform wäre, kann mindestens bezweifelt werden. Insbesondere der EuGH hat für die Vorratsdatenspeicherung strenge Maßstäbe aufgestellt und diese lediglich für die Speicherung von IP-Adressen gelockert.⁶¹ Da die massenhafte Speicherung von DNS-Daten aber eine Profilerstellung von Internetnutzer*innen möglich macht, die detaillierte Rückschlüsse auf das Privatleben zulässt, erscheint es sicher, dass selbst eine beschränkte DNS-Überwachung verfassungs- und unionsrechtswidrig wäre.⁶² Jedenfalls aber ist § 100a StPO keine hierfür geeignete Rechtsgrundlage.

⁶⁰ Nach den Entscheidungsgründen hat die Anordnung des AG Oldenburg den Tatverdacht abstrakt wiedergegeben und darüber hinaus den Beschluss nicht begründet, BVerfG, Beschl. v. 25.11.2025 – 1 BvR 2317/25 = BeckRS 2025, 33604 Rn. 2.

⁶¹ EuGH NJW 2024, 2099; vgl. auch die Anmerkungen von *Hartl/Vogel*, NJW 2024, 2099 (2106 f.), und *Roßnagel*, EuZW 2024, 657 (664 ff.).

⁶² Vgl. zum Unionsrecht schon den ersten Spiegelstrich des Leitsatzes von EuGH NJW 2024, 2099.

Eine inhaltliche Nähe besteht schließlich aufgrund der Umkehr der Ermittlungsrichtung auch zur digitalen Rasterfahndung im G-10-Gesetz. Zu dieser hatte das BVerfG zumindest angedeutet, dass eine Umkehr der Ermittlungsrichtung ohne einen vor der Aufnahme der Ermittlung bestehenden Tatverdacht verfassungsrechtlich unzulässig sein könnte.⁶³

3. Mehrstufiger Grundrechtseingriff

Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich die vom AG Oldenburg angeordnete Maßnahme nicht in einem einheitlichen Grundrechtseingriff erschöpft. Vielmehr sind drei eigenständige Grundrechtseingriffe auseinander zu halten.

Erstens muss die betroffene Providerin den laufenden DNS-Datenstrom sämtlicher Kund*innen über einen Monat hinweg erfassen, gegebenenfalls kurzfristig vorhalten und technisch vollständig durchmustern. Dieser Zugriff auf die äußeren Umstände der Kommunikation von ca. 40 Millionen Anschlüssen stellt einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG der Nutzer*innen dar.

Zweitens setzt die Umsetzung der Anordnung voraus, dass eine technische Anpassung der Resolver-Systeme und der Überwachungsinfrastruktur erfolgt. Soweit damit ein strukturierter Eingriff in die Netzinfrastruktur selbst verbunden ist, ist auf der Grundlage der neuen „Trojaner-Rechtsprechung“ davon auszugehen, dass zusätzlich das IT-System-Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berührt ist. Systematisch handelt es sich bei der zweiten Stufe um die zweite Tür des oben beschriebenen Doppel-Tür-Modells.

Drittens müssen die massenhaft erfassten Datensätze automatisiert nach Treffern durchsucht und mit Bestandsdaten verknüpft werden. Das BVerfG hat insoweit betont, dass die algorithmische Weiterverarbeitung bereits erhobener Daten kein bloßer Annex der Erhebung ist, sondern einen eigenständigen Grundrechtseingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit spezifischem Belastungspotential darstellt, für die der Gesetzgeber nun voraussichtlich mit der anstehenden Reform der StPO die erforderliche Rechtsgrundlage schaffen wird.

§ 100a StPO jedenfalls bietet für keine dieser drei Ebenen eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage. Die amtsgerichtliche Konstruktion, § 100a StPO gleichsam als „Alles-aus-einer-Hand-Norm“ zu verwenden, ist damit systemwidrig, verstößt gegen den Vorbehalt des Gesetzes und ist somit verfassungswidrig.

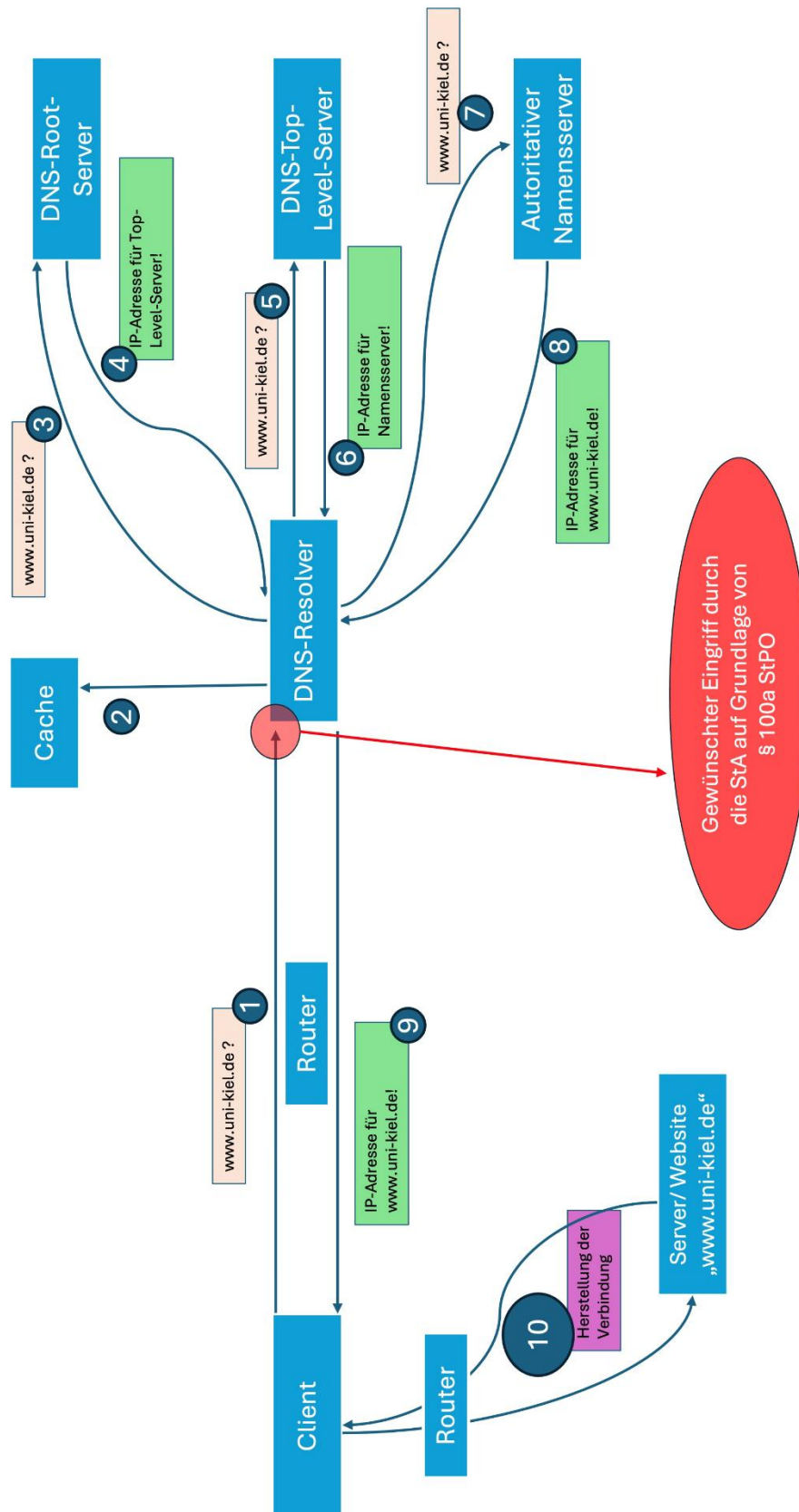
IV. Fazit

Das BVerfG setzt damit dem Versuch, eine technisch neuartige und massenhaft streuende Ermittlungsmaßnahme funktional unter eine bestehende Eingriffsnorm zu ziehen, zu Recht vorläufig eine Grenze und knüpft damit – ohne sich freilich in der Sache zu verhalten – an die Linie der sog. Trojaner-Entscheidungen an, wonach digitale Ermittlungsmaßnahmen nicht durch bloße Ausdehnung vorhandener Vorschriften legitimiert werden dürfen, sondern einer eingriffsspezifischen und hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedürfen.

Der Referentenentwurf zur Änderung der Strafprozessordnung – digitale Ermittlungsmaßnahmen bestätigt diesen Befund, indem er für neue digitale Analyse- und Abgleichmaßnahmen mit §§ 98d, 98e StPO-E eigenständige Ermächtigungsgrundlagen normiert. Gesetzesvorbehalte dürfen nicht unter dem Deckmantel der Technologieoffenheit umgangen werden.

⁶³ BVerfGE 93, 181 (191 f.).

V. Schaubild



Entscheidungsbesprechung

AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23¹

Zeugnisverweigerungsrecht für unverheiratete Eltern eines gemeinsamen Kindes

§ 52 Abs. 1 StPO ist analog auf die nichtverheirateten und nichtverlobten Eltern eines gemeinsamen Kindes gegenüber einander anzuwenden, sofern die Vaterschaft anerkannt wurde.

(Leitsätze der Verf.)

StPO § 52

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf*

I. Einführung

Die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52, 53 StPO zählen zu den beliebtesten Prüfungsthemen aus dem Bereich des Strafprozessrechts. Zeugenaussagen sind in vielen Verfahren die wichtigsten Beweismittel, weshalb die Frage, ob eine Aussagepflicht besteht, von großer praktischer Bedeutung ist. Im juristischen Studium können die Zeugnisverweigerungsrechte zum einen in strafprozessualen Klausuren oder in einer strafprozessualen Zusatzfrage zu Examensklausuren eine Rolle spielen, wenn etwa gefragt wird, ob ein Zeuge verpflichtet ist, bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft oder vor Gericht zu erscheinen und auszusagen, oder wenn ein Beweisverwertungsverbot wegen fehlender Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht zu prüfen ist. Häufig spielt hier auch § 252 StPO eine Rolle. Außerdem verweist u.a. das Beschlagnahmeverbot (§ 97 StPO) auf die Zeugnisverweigerungsrechte. Zum anderen kann auch im materiellen Strafrecht, bei der Prüfung der Rechtspflegedelikte, auf ein Zeugnisverweigerungsrecht einzugehen sein, etwa bei der Frage, ob sich ein das Zeugnis verweigernder Zeuge wegen (versuchter) Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar macht, oder ob eine wegen fehlender Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht unverwertbare Falschaussage strafbar ist.

Da all diese Fragen vom Umfang der Zeugnisverweigerungsrechte abhängig sind, sind Kenntnisse der §§ 52, 53 StPO für Studierende der Rechtswissenschaft unabdingbar. Es sollte bekannt sein, welche Angehörigen (§ 52 StPO) und Berufsgeheimnisträger (§ 53 StPO) ein Zeugnisverweigerungsrecht haben. Zeugnisverweigerungsrechte können sich zudem unmittelbar aus der Verfassung ergeben.² Immer wieder werden in der Politik Erweiterungen des Katalogs der Zeugnisverweigerungsrechte diskutiert.³ Das hier besprochene rechtskräftige Urteil des AG Hamburg-Barmbek befasst sich mit dem Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts für Angehörige (§ 52 StPO) und wendet dieses im Ergebnis analog auf nicht miteinander verheiratete Eltern an.

* Anne Schneider ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. in BeckRS 2025, 23706.

² BVerfGE 33, 367 (374 f.).

³ Siehe dazu aus jüngster Zeit den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Sozialarbeiter und ehrenamtliche Rechtsberater, BT-Drs. 21/4290.

II. Sachverhalt

Die Angeklagte lebte mit dem Zeugen J und ihren zwei Töchtern zusammen in einer Wohnung.⁴ Für mindestens eine Tochter hatte J die Vaterschaft anerkannt.⁵ Die Angeklagte war u.a. angeklagt, den Zeugen J beschimpft und mit dem Tod bedroht zu haben, außerdem soll sie die Tür zu seinem Zimmer eingetreten und ihn mit einem Küchenmesser an der Hand verletzt haben.

Die Angeklagte hat sich nicht zum Geschehen eingelassen. J, der einzige Zeuge, hat in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert, obwohl er mit der Angeklagten weder verheiratet noch verlobt war. Mangels Feststellungsmöglichkeit hat das Gericht die Angeklagte insoweit freigesprochen.⁶

III. Entscheidung

Die entscheidende Frage ist, ob J ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Das Gericht bejaht dies.⁷ Zwar umfasse § 52 StPO dem Wortlaut nach an partnerschaftlichen Beziehungen nur den Ehegatten, Lebenspartner oder Verlobten der beschuldigten Person, was für J nicht gelte.⁸ § 52 Abs. 1 StPO sei „für eine solche Konstellation jedoch analog anzuwenden“⁹. Es handele sich nicht um eine Analogie zu Lasten der Angeklagten, sondern um eine „neutrale“ Analogie im Verfahrensrecht, die zulässig sei.¹⁰

Außerdem liege eine planwidrige Regelungslücke vor. Eine verfassungskonforme Auslegung der Norm komme nicht in Betracht, weil der Wortlaut eindeutig sei und insoweit kein Auslegungsspielraum bestünde.¹¹ Die damit bestehende Lücke sei auch planwidrig. Bei Entstehung der StPO 1877 seien nichteheliche Elternschaften mit anerkannten Kindern noch unbekannt gewesen.¹² Der Zweck der Norm, den Familienfrieden zu schützen und den Zeugen vor der Zwangslage zu bewahren, „entweder den mit ihm verwandten Beschuldigten wahrheitsgemäß zu belasten und damit zu dessen Verurteilung beizutragen oder die Unwahrheit zu bekunden“¹³, sprächen vielmehr für die Einbeziehung auch solcher Familienkonstellationen. Dies hätten auch Teile des Bundestags erkannt und im Dezember 2024 einen entsprechenden Gesetzentwurf eingereicht.¹⁴ Indes könne auf die – aus Sicht des Gerichts – „überfällige“ Gesetzesänderung nicht gewartet werden, weil § 52 StPO bei Anwendung dem Wortlaut nach verfassungswidrig sei.¹⁵ Es läge eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG von nichtverheirateten und verheirateten Eltern vor, die nicht gerechtfertigt sei.¹⁶ Auch verstoße § 52 StPO in seiner jetzigen Form gegen das Recht auf Familie (Art. 6 GG).¹⁷ Entgegenstehende Rechtsprechung gebe es nicht.¹⁸

⁴ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706.

⁵ Das ergibt sich implizit aus den Ausführungen des Gerichts zu Eltern mit einem gemeinsamen Kind, ist aber nicht explizit festgestellt worden.

⁶ Sie wurde noch wegen einer anderen Tat verurteilt, AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 11.

⁷ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 12.

⁸ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 13.

⁹ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 14.

¹⁰ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 15.

¹¹ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 17.

¹² AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 19.

¹³ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 20.

¹⁴ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 21 f.

¹⁵ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 23.

¹⁶ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 24 ff.

¹⁷ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 30 ff.

¹⁸ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 34 ff.

IV. Bewertung

Die Entscheidung behandelt die seit langem rechtspolitisch umstrittene Frage, wem im Strafprozess ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen soll. § 52 StPO, der die zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen enumerativ auflistet, setzt ein formelles Angehörigenverständnis voraus, das durch Eheschließung oder Eingehung einer Lebenspartnerschaft begründet wird. Lediglich beim Verlöbnis ist ein formaler Akt entbehrlich. Andere Personen, zwischen denen enge persönliche Beziehungen bestehen, wie nichteheliche Lebensgefährten, Pflegekinder oder Co-Elternteile, werden in der Norm nicht erwähnt. Dabei ist im Grundsatz anerkannt, dass „Familie“ durch tatsächlich bestehende persönliche Bindungen geschaffen wird.¹⁹

Daraus wurde bislang, soweit ersichtlich, stets geschlossen, dass diese Personen kein Zeugnisverweigerungsrecht hätten.²⁰ Der Gesetzgeber habe insoweit von seinem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht.²¹ Dieser Argumentation tritt das AG Hamburg-Barmbek entgegen, indem es die fehlende Berücksichtigung von nichtehelichen Lebensgefährten mit gemeinsamer Elternschaft für verfassungswidrig hält (1.) und § 52 StPO deswegen analog auf diese Konstellation anwendet (2.).

1. Zur Verfassungswidrigkeit der Nichtberücksichtigung faktischer Familienverhältnisse

Laut dem AG Hamburg-Barmbek verstößt die Nichtberücksichtigung von Personen, mit denen eine Lebensgemeinschaft und eine gemeinsame Elternschaft besteht, gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegen das Recht auf Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 S. 1, Abs. 5 GG. Im Folgenden soll auf beide Grundsätze eingegangen werden:

a) Art. 3 Abs. 1 GG

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem voraus, die nicht gerechtfertigt ist. Die Ungleichbehandlung besteht darin, dass bestimmten Angehörigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, anderen nahestehenden Personen aber nicht.²²

aa) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Fraglich ist aber, ob es sich um wesentlich Gleiches handelt, also ob es relevante Unterschiede zwischen den in § 52 StPO aufgelisteten und anderen nahestehenden Personen gibt. Dies hängt davon ab, ob der Zweck der Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts in gleicher Weise bei anderen nahestehenden Personen besteht.²³ Über die Zwecke des § 52 StPO herrscht allerdings keine Einigkeit, vielmehr werden verschiedene denkbare Zwecke vertreten.

¹⁹ Darauf stellt Art. 8 EMRK ab, siehe *Gaede*, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, EMRK Art. 8 Rn. 14. Siehe zur Zunahme faktischer Solidargemeinschaften *Brosius-Gersdorf*, NZFam 2016, 145 (146 f.).

²⁰ Siehe etwa *Kett-Straub*, ZRP 2005, 46 (48); für eine Regelung de lege lata etwa *Jansen*, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, passim; *Weigend*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, 1998, C 74 f.

²¹ *Rogall*, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 159.

²² AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 25.

²³ Dafür explizit AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 20.

(1) Schutz der vertraulichen Kommunikation

Eine in der Literatur verbreitete Ansicht sieht den Zweck des § 52 StPO darin, die vertrauliche Kommunikation innerhalb der Familie zu garantieren.²⁴ § 52 StPO rückt damit in die Nähe des Kernbereichs-schutzes. Schon das Bundesverfassungsgericht hat zur Bestimmung des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung angenommen, ein wichtiger Anhaltspunkt zur Bestimmung der Höchstpersönlichkeit des Gesprächs sei „die Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens“²⁵. Hierzu zählt das Bundesverfassungsgericht den Ehepartner, die Geschwister oder andere Verwandte gerader Linie, v.a. wenn sie im selben Haushalt leben, sowie sonstige enge Vertraute wie z.B. enge persönliche Freunde.²⁶ Nur ein Teil der in § 52 StPO erwähnten Zeugnisverweigerungsberechtigten gehört zu diesem Kreis, nämlich v.a. die Mitglieder der sog. Kernfamilie.²⁷ Die vertrauliche Kommunikation ist aber nicht auf formale Angehörige beschränkt, sodass andere nahestehende Personen wie z.B. der nichteheliche Lebenspartner in gleicher Weise Schutz verdienen.²⁸ Stellt man auf den Schutz der vertraulichen Kommunikation ab, gibt es somit keinen Grund, zwischen rechtlichen und sozialen Familienmitgliedern zu unterscheiden. Im Fall des AG Hamburg-Barmbek wohnte der Zeuge mit der Beschuldigten zusammen und die beiden hatten mindestens ein gemeinsames Kind. Der Zeuge war damit Teil der sozialen Kernfamilie der Beschuldigten und damit jemand, mit dem sie vertraulich kommuniziert. Damit läge eine vergleichbare Konstellation vor.

(2) Schutz vor einem Loyalitätskonflikt

Das AG Hamburg-Barmbek sieht den Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts in Anlehnung an den Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht darin, den Zeugen aus dem Konflikt zu befreien, „entweder den mit ihm verwandten Beschuldigten wahrheitsgemäß zu belasten und damit zu dessen Verurteilung beizutragen oder die Unwahrheit zu bekunden“²⁹. Dieses weit verbreitete Abstellen auf einen Konflikt ist für sich genommen allerdings wenig aussagekräftig. Offen bleibt hierbei nämlich, *warum* es für den Zeugen schwierig wäre, einen Angehörigen durch die eigene Aussage zu belasten.³⁰

²⁴ Grünwald, JZ 1966, 489 (497); Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 380 ff.; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 144 ff.; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 8 ff.; Schmitt, Die Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen, 1993, S. 54 ff.; Weißer, GA 2006, 148 (154); vgl. auch Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 100 f.

²⁵ BVerfGE 109, 279 (321).

²⁶ BVerfGE 109, 279 (318, 322); BVerfGE 141, 220 (276 Rn. 121).

²⁷ Ausführlich Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 249 ff.

²⁸ Siehe BVerfGE 109, 279 (318, 322); ausführlich Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 160 ff.; siehe auch Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 545; Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2017, S. 147 f.

²⁹ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 20; ebenso BVerfG, Beschl. v. 15.9.2003 – 2 BvR 1337/03 = NSTZ-RR 2004, 18 (19); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 Str 656/13 = NSTZ 2015, 710 (711); Bialek, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 78 ff.; Böse, GA 2014, 266 (272 f.); Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 262 f.; Eisenberg, NSTZ 2016, 11 (14); Grünwald, JZ 1966, 489 (497); Huber, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2026, § 52 Rn. 1; Jäger, StV 2011, 261 (265); Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 137 ff.; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 150 ff.; ders., in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 148.

³⁰ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 263 f.

Erst wenn die Gründe hierfür herangezogen werden, lässt sich feststellen, ob diese in gleicher Weise für andere nahestehende Personen gelten.

Zum einen können Angehörige des Beschuldigten altruistische Motive haben, indem es ihnen darum geht, dass der Beschuldigte keine Nachteile erleidet.³¹ Ein solches altruistisches Interesse haben insbesondere enge Vertraute des Beschuldigten, also der bereits oben benannte Personenkreis. Der nichteheliche Lebensgefährte gehört regelmäßig dazu. Daneben können Zeugen aber auch egoistische Motive haben, indem sie einen Reputationsverlust durch Assoziation mit dem Beschuldigten oder wirtschaftliche Einbußen durch die Verurteilung befürchten.³² Besteht, wie hier, eine gemeinsame Elternschaft und damit eine enge persönliche Beziehung, droht bei Verurteilung des einen Elternteils ein solcher Reputationsverlust. Auch wäre im Fall einer Inhaftierung der Kindsunterhaltsanspruch gefährdet, was die wirtschaftliche Situation des anderen Elternteils verschlechtern kann.³³ Darüber hinaus kommen gemischte Motive wie die Wahrung des Familienfriedens oder der Erhalt von Kommunikationspartnern in Betracht, die sowohl dem Zeugen als auch dem Beschuldigten zu Gute kommen.³⁴ Wie bereits erläutert, sind solche Motive nur bei tatsächlich vertrauten Personen anzunehmen, wozu der Zeuge im Fall des AG Hamburg-Barmbek gehören dürfte.

(3) Schutz der Wahrheitsfindung

In der Literatur wird außerdem behauptet, § 52 StPO diene der Wahrheitsfindung, indem dadurch unzuverlässige Beweismittel von der Beweisaufnahme ausgeschlossen würden.³⁵ Als unzuverlässige Beweismittel gelten dabei vor allem erzwungene Aussagen von Angehörigen des Beschuldigten.³⁶ Auch dieser Gedanke kann nur greifen, wenn das Verhältnis zwischen Zeugen und Beschuldigten so nah ist, dass diese eine Motivation zur Falschaussage hätten. Dies ist bei tatsächlich nahestehenden Personen der Fall und würde daher auch für J gelten.

(4) Zwischenergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass die denkbaren Zwecke der Regelung des § 52 StPO in gleicher Weise für soziale Familienmitglieder gelten, mit denen eine gemeinsame Elternschaft vorliegt. Damit wird im Gesetz wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Insoweit ist dem AG Hamburg-Barmbek zuzustimmen.

³¹ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 151; Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 264 f.

³² Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 265 ff.

³³ Vgl. Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 272 f.

³⁴ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 273 f.; siehe dazu auch *Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer*, GA 2014, 1 (56); Baier, Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozessordnung als Ergänzung der §§ 53 ff. StPO, 1996, S. 54; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 140 ff.; Kreicker, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 52 Rn. 1; Suffa, Das Untersuchungsverweigerungsrecht aus § 81c Abs. 3 StPO als Beweiserhebungsverbot, 2003, S. 19 f.; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, S. 274 f.

³⁵ Schmidt, JZ 1958, 596 (599 ff.); siehe auch Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 372 f., 390 ff.; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 56 ff.; siehe dazu auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 338 ff.

³⁶ Baier, Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozessordnung als Ergänzung der §§ 53 ff. StPO, 1996, S. 64 ff.; Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 389 f.; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 153 ff.; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 56 ff.; E. Schmidt, JZ 1958, 596 (599 ff.). Allgemein zum Beweiswert von Zeugenaussagen Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 181 ff.

bb) Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung könnte allerdings gerechtfertigt sein. § 52 StPO möchte durch die enumerative Aufzählung Personengruppen erfassen, bei denen typischerweise ein bestimmter Konflikt vorliegt.³⁷ Eine solche Typisierung dient der Gesetzesvereinfachung und ist zulässig, wenn die damit einhergehende Ungleichbehandlung nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt ist.³⁸ Konkret bedeutet dies, dass die Typisierung zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks geeignet und erforderlich sein muss, also keine Form der Typisierung zur Verfügung steht, die zu weniger Belastungen der Vergleichsgruppe führt. Außerdem müssen die Vorteile der Typisierung die Nachteile überwiegen³⁹. Insbesondere wenn die für eine differenzierende Regelung erforderlichen Informationen nur dadurch erlangt werden können, dass der Betroffene zur Mitwirkung oder Duldung von Eingriffen in seine Privatsphäre verpflichtet wird, kann eine an leicht erkennbare äußere Kriterien knüpfende Typisierung mit Blick auf das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorzugswürdig sein.⁴⁰

Danach könnte es gerechtfertigt sein, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht nur solchen Angehörigen zusteht, die durch formale, leicht feststellbare Kriterien bestimmt werden.⁴¹ Auch wenn eine Überprüfung in der Praxis häufig unterbleibt, lässt sich z.B. eindeutig feststellen, ob eine Ehe besteht oder bestand.⁴² Allerdings kann dieser Gesichtspunkt im Ergebnis nicht überzeugen: Zum einen bezieht § 52 StPO auch Verlobte mit ein, obwohl es keine formellen Kriterien zur Feststellung eines Verlobnisses gibt. Zum anderen lassen sich auch für nichteheliche Verhältnisse formelle Kriterien finden, etwa das vom AG Hamburg-Barmbek herangezogene Kriterium der Anerkennung der Vaterschaft (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder ein seit längerem bestehender gemeinsamer Wohnsitz.⁴³ Nach alledem ist die von § 52 StPO vorgenommene Typisierung, die ebenso schutzbedürftige soziale Familienmitglieder ausblendet, nicht gerechtfertigt. Damit liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor. Insoweit ist dem AG Hamburg-Barmbek zuzustimmen.

b) Art. 6 Abs. 1 GG

Zweifeln begegnet dagegen die Annahme des Gerichts, die aktuelle Fassung des § 52 StPO verstoße gegen Art. 6 Abs. 1 GG. Art. 6 GG schützt unter anderem die Familie. Darunter versteht man jedenfalls die Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern, zwischen denen eine tatsächliche Beziehung besteht.⁴⁴ Der Schutzbereich der Vorschrift ist damit eröffnet. Eine Aussagepflicht im Strafverfahren wäre auch als Eingriff in das Recht auf Schutz der Familie zu qualifizieren.⁴⁵

³⁷ Bialek, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 102; Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 375; Neumann, Zeugnisverweigerungsrechte und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2005, S. 41; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 105.

³⁸ Huster/Kießling, ZRP 2014, 171 (173); siehe auch Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 166 ff.; zum Ganzen auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 116 ff.

³⁹ Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 279; Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 168.

⁴⁰ Siehe Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 145, der für die Mitwirkung den Begriff „Entblößungszwang“ verwendet.

⁴¹ Darauf hat auch der EGMR in einem vergleichbaren Fall abgestellt, EGMR (GK), Urt. v. 3.4.2012 – 42857/05 (van der Heijden v. The Netherlands), Rn. 67 f. = NJW 2014, 39.

⁴² Siehe dazu auch AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 26.

⁴³ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 26.

⁴⁴ Siehe BVerfGE 136, 382 (389 Rn. 22 f.).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 109, 279 (322, 326); siehe auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 479 ff.

Allerdings könnte ein solcher Eingriff durch entgegenstehende Strafverfolgungsinteressen gerechtfertigt sein. Dabei ist zu bedenken, dass das gesamte Strafverfahren das Familienleben des Beschuldigten beeinträchtigt, zum Teil auch stärker als die Aussagepflicht, ohne dass hierin ein Verstoß gegen Art. 6 GG gesehen wird.⁴⁶ Zudem wirkt sich das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen in Fällen häuslicher Gewalt häufig zum Nachteil der Familie aus. Um so eine Konstellation ging es hier: Die Angeklagte wurde beschuldigt, ihren Lebensgefährten J beleidigt, bedroht und mit einem Messer verletzt zu haben, die Aussage des J war das einzig denkbare Beweismittel. Verweigern Opferzeugen in Fällen häuslicher Gewalt das Zeugnis, werden dysfunktionale und missbräuchliche Familienstrukturen geschützt.⁴⁷ Das widerspricht dem Gedanken des Art. 6 Abs. 3 GG.⁴⁸ Zum Teil wird daher sogar eine Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts der Angehörigen in Fällen häuslicher Gewalt gefordert.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund kann zumindest in solchen Fällen nicht von einem Überwiegen des Rechts auf Schutz der Familie ausgegangen werden.

2. Zur analogen Anwendung von § 52 StPO

Das AG Hamburg-Barmbek schließt aus dieser festgestellten Ungleichbehandlung, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliege, die durch analoge Anwendung des § 52 StPO geschlossen werden müsste.⁵⁰ Das ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend:

a) Uneindeutige Folgen der Ungleichbehandlung

Erstens wird durch diesen Ansatz verdeckt, dass ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, wie hier das Versagen eines Zeugnisverweigerungsrechts, immer auf zwei Arten durch den Gesetzgeber behoben werden könnte, nämlich durch Einbeziehung der benachteiligten Gruppe oder durch Ausschluss der Begünstigung für alle.⁵¹ Dass der Gesetzgeber sich bei einer Revision des § 52 StPO für eine schlichte Ausdehnung auf soziale Familienmitglieder entscheiden würde, ist daher keineswegs selbstverständlich. Genauso gut könnte z.B. eine Beschränkung des Personenkreises des § 52 StPO vorgenommen werden. Aus diesem Grund stellt das Bundesverfassungsgericht in entsprechenden Fällen lediglich die Verfassungswidrigkeit einer Norm wegen eines Gleichheitsverstößes fest und setzt eine Frist zur Beseitigung des Verfassungsverstößes.⁵² Geht man allerdings – entgegen der hier vertretenen Ansicht – mit dem AG Hamburg-Barmbek davon aus, dass Art. 6 GG in dem vorliegenden Fall ein Zeugnisverweigerungsrecht verlangt, wäre die Gleichstellung von Eheleuten und nichtehelichen Lebensgefährten mit gemeinsamem Kind die naheliegende Lösung, da eine Anpassung durch Streichung des Zeugnisverweigerungsrechts dann ebenfalls verfassungswidrig wäre.

⁴⁶ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 481.

⁴⁷ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 481 f.; Bialek, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 67 f.; Gärditz/Stuckenberg, in: Wolter/Schenke, Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 99 (117 f.); Kremer, Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 76.

⁴⁸ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 482.

⁴⁹ Neumann, Zeugnisverweigerungsrechte und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2005, S. 373 ff. (§ 53b Abs. 2 S. 4 StPO-E); Kremer, Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 311 f.; Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 719.

⁵⁰ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 18 ff.

⁵¹ Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 Rn. 67.

⁵² Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 Rn. 67.

b) Keine planwidrige Regelungslücke bei bekanntem Problem

Zweitens ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke fraglich. § 52 Abs. 1 StPO enthält eine enumerative Auflistung von Angehörigen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt. Diese Liste wurde 2001 um Nr. 2a ergänzt, der das Zeugnisverweigerungsrecht der eingetragenen Lebenspartner enthält.⁵³ 2005 wurden dann auch Personen, die einander die Eingehung einer Lebenspartnerschaft versprochen hatten, in Nr. 1 aufgenommen.⁵⁴ Schon zu dieser Zeit wurde die Einbeziehung nichtehelicher Lebensgemeinschaften diskutiert.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht hatte 1999 über einen Fall zu entscheiden, in dem die Zeugin Verfassungsbeschwerde dagegen erhoben hatte, dass das Landgericht ihr nicht ein über die strafprozessualen Vorschriften hinausgehendes Zeugnisverweigerungsrecht in Bezug auf ihren Lebensgefährten zugestanden hatte.⁵⁶ Das Bundesverfassungsgericht nahm keinen Verfassungsverstoß an, stützte diese Wertung aber maßgeblich darauf, dass die Zeugin noch mit einem anderen Mann verheiratet war und neben der bestehenden Ehe keine weitere im Strafprozessrecht schützenswerte Partnerschaft bestehen könne.⁵⁷ Die Zahl der faktischen Solidargemeinschaften hat sich seit 1972 vervierzehnfacht.⁵⁸ Das alles zeigt, dass die Frage, ob nichteheliche Lebenspartner in den Katalog des § 52 StPO aufgenommen werden sollten, hinlänglich bekannt war. Der Gesetzgeber hat das Problem also nicht übersehen, sondern bewusst auf die Einbeziehung dieser Personen verzichtet. Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf § 53 StPO ausgeführt:

„Da die Vorschrift nur den Angehörigen bestimmter, jeweils einzeln ausdrücklich bezeichneter Berufe in gewisser Beziehung eine Weigerungsbefugnis verleiht, ordnet sie – nach der zugrundeliegenden Gesetzgebungstechnik – gleichzeitig an, daß es im übrigen bei der allgemeinen und uneingeschränkten Zeugnispflicht des Bürgers bewenden soll.“⁵⁹

Dieser Gedanke lässt sich auf § 52 StPO übertragen: Da § 52 StPO nur bestimmten Angehörigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugesteht, ordnet die Vorschrift für alle anderen nahestehenden Personen an, dass kein Zeugnisverweigerungsrecht bestehen solle.⁶⁰ Es liegt daher keine Nichtregelung vor, sondern eine negative Regelung, nach der bestimmten Personen kein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen soll.

c) Keine planwidrige Regelungslücke wegen Gesetzentwurf

Das Vorliegen einer Regelungslücke kann auch nicht damit begründet werden, dass ein Gesetzentwurf zur Änderung des § 52 StPO zur Einbeziehung sozialer Familienmitglieder vorliege. In diese Richtung lassen sich folgende Ausführungen des AG Hamburg-Barmbek deuten:

⁵³ BGBl. I 2001, S. 266 (275).

⁵⁴ BGBl. I 2004, S. 3396 (3405).

⁵⁵ Siehe etwa *Wollweber*, NStZ 1999, 628; *Weigend*, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, 1998, C 74; ausführlich *Jansen*, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, passim.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.1.1999 – 2 BvR 961 – 94 = NJW 1999, 1622.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 22.1.1999 – 2 BvR 961 – 94 = NJW 1999, 1622.

⁵⁸ *Brosius-Gersdorf*, NZFam 2016, 145 (146) unter Verweis auf *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 9. Aufl. 2019, S. 101.

⁵⁹ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

⁶⁰ So auch die h.M., siehe etwa *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 27. Aufl. 2017, § 52 Rn. 16; *Rogall*, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 159; *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 102 ff.

„Auf die – überfällige – Gesetzesänderung kann jedoch nicht gewartet werden und bis dahin der alte Fehler fortgeführt werden.“⁶¹

Diese Aussage bezieht sich darauf, dass am 17.12.2024 ein Gesetzentwurf zur Änderung der StPO von Abgeordneten u.a. der FDP-Fraktion eingereicht worden ist, der u.a. eine Reform des § 52 StPO vorsah.⁶² Als die Entscheidung des AG Hamburg-Barmbek im Januar 2025 erfolgte, befand sich der Entwurf somit im Gesetzgebungsverfahren. Durch die vorgezogene Neuwahl im Februar 2025 und den Ablauf der Wahlperiode hat sich der Entwurf erledigt. Zum jetzigen Zeitpunkt liegt es daher auf der Hand, dass ein Entwurf, der nicht Gesetz geworden ist, kein Beweis für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sein kann. Doch auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des AG Hamburg-Barmbek war es nicht überzeugend, aus dem Änderungswunsch des Gesetzgebers de lege ferenda auf eine Lücke de lege lata zu schließen. Wäre diese Ansicht zutreffend, könnten die Gerichte jeden Gesetzentwurf in einer Art vorseilendem Gehorsam für die Auslegung oder analoge Anwendung des geltenden Rechts heranziehen. Damit würde das Gesetzgebungsverfahren, das einer der Pfeiler der Demokratie ist, ausgehebelt. Es ist auch keineswegs so, dass jede Gesetzesänderung bedeutet, dass zuvor eine planwidrige Regelungslücke vorlag, sondern es kann sich genauso gut der legislative Plan geändert haben. Methodisch ist es daher sehr heikel, wenn vom Vorliegen eines Entwurfs auf das Vorliegen einer Lücke geschlossen wird.

d) Fehlende Berücksichtigung der BVerfG-Rechtsprechung

Fairerweise muss man an dieser Stelle erwähnen, dass das AG Hamburg-Barmbek diesen Schritt nicht geht, sondern den Gesetzentwurf nur ergänzend zu den verfassungsrechtlichen Ausführungen heranzieht. Und in der Tat ist der Gedankengang des AG Hamburg-Barmbek nachvollziehbar: Das AG hält die Nichteinbeziehung von nichtehelichen Lebensgefährten mit gemeinsamem Kind für verfassungswidrig. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 52 StPO kommt nicht in Betracht, weil die Vorschrift insoweit keinen Auslegungsspielraum bietet.⁶³ Als nächster Schritt wäre dann nach den allgemeinen Grundsätzen eine Analogie zu § 52 StPO zu erwägen. Es trifft auch zu, dass es keine obergerichtliche Rechtsprechung gibt, die eine solche Analogie für generell unzulässig erklärt.⁶⁴ Das AG Hamburg-Barmbek versäumt es allerdings, der Frage nachzugehen, ob die zu § 53 StPO getroffenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht in gleicher Weise für § 52 StPO gelten.⁶⁵ Eine solche Gleichbehandlung wird in der Literatur wegen der identischen enumerativen Gesetzestechnik allgemein angenommen und liegt auch nahe.⁶⁶

In der Sozialarbeiter-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht wegen des abschließenden Charakters der Norm keine Analogie erwogen.⁶⁷ Es hat allerdings darauf hingewiesen, dass „[...] im Einzelfall ausnahmsweise und unter ganz besonders strengen Voraussetzungen eine Begrenzung des

⁶¹ So das AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 23, in Bezug auf BT-Drs. 20/14258.

⁶² BT-Drs. 20/14258.

⁶³ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 17.

⁶⁴ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 34 ff.

⁶⁵ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

⁶⁶ Ausdrücklich Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 107 f.; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 246 f.; Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 159.

⁶⁷ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

Zeugniszwangs unmittelbar aus der Verfassung folgt, wenn unabhängig von der Berufszugehörigkeit des Zeugen dessen Vernehmung wegen der Eigenart des Beweisthemas in den durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. GG Artikel 1 Abs. GG Artikel 1 Absatz 1 GG grundrechtlich geschützten Bereich der privaten Lebensgestaltung des Einzelnen, insbesondere seine Intimsphäre, eingreifen würde⁶⁸. Mit dem „Einzelnen“ dürfte nicht der Zeuge, sondern der Beschuldigte gemeint sein. Ein solches verfassungsimmanentes Zeugnisverweigerungsrecht kommt nach Ansicht des Gerichts allerdings nur in seltenen Fällen in Betracht, v.a. bei der Verfolgung von Bagatelldelikten oder Ordnungswidrigkeiten.⁶⁹ Notwendig sei hierfür eine Abwägung zwischen verschiedenen Kriterien wie „[...] Art und Schwere der in Rede stehenden Straftat, die Höhe der Straferwartung, das Vorhandensein anderer Aufklärungsmöglichkeiten, die Bedeutung des Beweisthemas für die Beurteilung der Tat-, Schuld- oder Strafmaßfrage und die Intensität des durch die Zeugenvernehmung bewirkten Eingriffs in die Privatsphäre des Betroffenen.“⁷⁰ In Fällen häuslicher Gewalt – wie hier – ist die Zeugenvernehmung regelmäßig das einzig verfügbare Beweismittel und damit von großer Bedeutung für die Beurteilung der Tatfrage, auch handelt es sich nicht um Bagatelldelikte. Demgegenüber steht ein erheblicher Eingriff in die Privatsphäre, weil die Beziehung zu engen Vertrauten betroffen ist. Dennoch dürfte nach den strengen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts in solchen Fällen eher kein verfassungsimmanentes Zeugnisverweigerungsrecht anzunehmen sein.

Sicherlich lässt sich darüber streiten, ob die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überzeugt.⁷¹ Wenn das Bundesverfassungsgericht aber § 53 StPO für abschließend hält und Zeugnisverweigerungsrechte allenfalls unmittelbar aus der Verfassung ablesen möchte, hätte das AG Hamburg-Barmbek zumindest begründen müssen, warum bei dem gesetzestechisch gleich gefassten § 52 StPO dann doch eine analoge Anwendung zulässig sein soll. Auch hätte eine Auseinandersetzung mit den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts stattfinden müssen. All dies unterbleibt.

e) Keine planwidrige Regelungslücke wegen Verfassungswidrigkeit

Das AG schreibt in seinem Urteil:

„Denn der § 52 StPO ist in seiner bestehenden Fassung bei Anwendung dem bloßen Wortlaut nach verfassungswidrig, sodass die Regelungslücke im Übrigen per definitionem nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann.“⁷²

Es geht somit davon aus, dass eine verfassungswidrige Regelung automatisch zu einer planwidrigen Regelungslücke führen würde, die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschlossen werden könnte. Zwar ist es richtig, dass der Gesetzgeber nicht den Plan verfolgt, verfassungswidrige Normen zu schaffen. Daraus folgt aber nicht, dass jede verfassungswidrige Regelung die Möglichkeit einer Analogie eröffnet. Es gibt vielmehr Fälle, in denen eine Regelung verfassungswidrig ist und keine verfassungskonforme Auslegung in Betracht kommt.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Grenzen verfassungskonformer Auslegung wie folgt zusammengefasst:

⁶⁸ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

⁶⁹ BVerfGE 33, 367 (375) – Sozialarbeiter.

⁷⁰ BVerfGE 33, 367 (375) – Sozialarbeiter.

⁷¹ Siehe zur Kritik Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 160 f.

⁷² AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 23.

„Eine Norm ist nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung vereinbare Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelung und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten [...]. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet allerdings dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte [...]. Anderenfalls könnten die Gerichte der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorgreifen oder diese unterlaufen [...].“⁷³

Im Fall des § 52 StPO, in dem auf eine Gleichstellung von nahestehenden Personen und Angehörigen von Seiten des Gesetzgebers bewusst verzichtet wurde, dürfte eine analoge Anwendung, die im Wortlaut keine Stütze findet, diesen Willen umgehen. Vielmehr wird das Gericht als Ersatzgesetzgeber tätig. Durch dieses Vorgehen werden die im Grundgesetz vorgesehenen Verfahren umgangen. So hätte das Gericht, das – wie hier – von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist, ein konkretes Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG anstreben können. Dann hätte das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des geltenden Rechts entscheiden müssen.⁷⁴ Unterbleibt ein Normenkontrollverfahren, weil das Gericht zu Unrecht eine verfassungskonforme Auslegung (oder Rechtsfortbildung) vornimmt, liegt im Übrigen ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter vor, weil dem Bundesverfassungsgericht die Verwerfungskompetenz für verfassungswidrige Gesetze zusteht.⁷⁵

V. Ergebnis

Das Urteil des AG Hamburg-Barmbek weist auf den seit längerem bestehenden Missstand hin, dass § 52 StPO nur formale Angehörige schützt, obwohl faktische Näheverhältnisse im Alltag von ebenso großer Bedeutung sind. Das geltende Recht ist insoweit dringend reformbedürftig, und es bleibt zu hoffen, dass der der Diskontinuität anheimgefallene Gesetzentwurf⁷⁶ noch einmal aufgegriffen und das Thema breiter diskutiert wird.

Indes überzeugt die Lösung über eine analoge Anwendung von § 52 StPO nicht. Eine planwidrige Regelungslücke liegt entgegen der Ansicht des AG Hamburg-Barmbek nicht vor. Außerdem wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Zeugnisverweigerungsrechten nicht rezipiert. Den naheliegenden Weg des konkreten Normenkontrollverfahrens (Art. 100 Abs. 1 GG) beschreitet das AG Hamburg-Barmbek leider nicht, sodass eine Grundsatzentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 52 StPO nach wie vor nicht in Sicht ist.

Wenn man bedenkt, dass die vom AG Hamburg-Barmbek angenommene analoge Anwendung des § 52 StPO weitreichende Auswirkungen auch auf andere Verfahren hat, erstaunt es, dass die Staatsanwaltschaft keine Berufung eingelegt hat, um eine obergerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Das wäre im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert gewesen. So handelt es sich nur um eine Einzelfallentscheidung eines erstinstanzlichen Spruchkörpers, die der Rest der Republik getrost ignorieren könnte. Sollte sich die Ansicht des AG Hamburg-Barmbek allerdings durchsetzen, wird die Frage beizeiten sicherlich auch die obersten Gerichte und das Bundesverfassungsgericht beschäftigen.

⁷³ BVerfGE 138, 64 (93 f.).

⁷⁴ So auch Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 110.

⁷⁵ BVerfGE 138, 64 (101).

⁷⁶ BT-Drs. 20/14258.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24 (LG Köln)¹

Zwangsentsperrung des Smartphones mittels Fingerabdrucks

Der Versuch der Ermittlungsbehörden, Zugang zu den auf einem Mobiltelefon eines Beschuldigten gespeicherten Daten durch zwangsweises Auflegen von dessen Finger auf den Fingerabdrucksensor zu erlangen, ist von § 81b Abs. 1 in Verbindung mit §§ 94 ff. StPO als Ermächtigungsgrundlage jedenfalls dann gedeckt, wenn eine zuvor nach §§ 102, 105 Abs. 1 StPO richterlich angeordnete Durchsuchung gerade auch dem Auffinden von Mobiltelefonen dient und der beabsichtigte Datenzugriff trotz seiner Eingriffsintensität verhältnismäßig ist.

(Amtlicher Leitsatz)

StPO §§ 81b, 94 ff.

Anton Jansen, Tübingen*

I. Einführung

Der Fall wirft die Frage auf, ob Strafverfolgungsbehörden berechtigt sind, ein sichergestelltes Mobiltelefon eines Beschuldigten gegen dessen Willen mittels eines Fingerabdrucks zu entsperren und die auf dem Gerät gespeicherten Daten auszuwerten.

Dabei stehen sich das staatliche Interesse an effektiver Strafverfolgung und der Schutz zentraler Beschuldigtenrechte gegenüber. Problematisch ist vor allem, dass die Strafprozessordnung keine ausdrücklich auf das Entsperren digitaler Endgeräte zugeschnittene Ermächtigungsgrundlage enthält. Es stellt sich daher die Frage, ob und in welchem Umfang bestehende Normen, insbesondere § 81b StPO sowie §§ 94 ff. StPO, auf moderne biometrische Entsperrmethoden übertragen werden können.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte stand im Verdacht, gegen ein Berufsverbot verstoßen zu haben, das gegen ihn in einem anderen Verfahren verhängt worden war, weil er als Erzieher Nacktaufnahmen von ihm betreuten Kindern angefertigt hatte.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wegen Verdachts einer Tat nach § 145c StGB, Verstoß gegen ein Berufsverbot, ordnete der Ermittlungsrichter auf Antrag der Staatsanwaltschaft gem. §§ 102, 105 Abs. 1 StPO die Durchsuchung der Wohnräume des Beschuldigten an. Diese sollte u.a. dem Auffinden von Mobiltelefonen dienen, da zu erwarten war, dass der Beschuldigte über diese weitere Betreuungsverhältnisse u.a. als Babysitter angebahnt hatte.

* Der Verf. ist Student der Rechtswissenschaft im siebten Semester an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Der Beitrag entstand im Kurs „Publizieren in der Rechtswissenschaft“ unter Betreuung von Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, LL.M.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. in BeckRS 2025, 9876.

Da der Beschuldigte sich weigerte, seine Mobiltelefone zu entsperren, ordnete ein Beamter bei der Durchsuchung an, den rechten Zeigefinger des Beschuldigten auf den Fingerabdrucksensor der zwei aufgefundenen Mobiltelefone zu legen.

Bei der anschließenden Auswertung der sichergestellten Geräte wurde kinderpornographisches Material gefunden, das zur späteren Verurteilung führte.

In der Hauptverhandlung widersprach der Verteidiger daher sowohl der Erhebung als auch der Verwertung dieser Beweise. Er machte geltend, dass für die Entsperrung der Mobiltelefone eine Rechtsgrundlage fehle und der Angeklagte dadurch in seiner Selbstbelastungsfreiheit sowie seinem Recht auf ein faires Verfahren und auf informationelle Selbstbestimmung verletzt worden sei.

III. Entscheidungsgründe

Der BGH entschied, dass die zwangsweise Entsperrung eines sichergestellten Smartphones mittels Fingerabdrucks des Beschuldigten zulässig ist und die Verfahrensrüge damit ohne Erfolg bleibt. Das Auflegen des Fingers stelle eine bloße Duldung körperlichen Zwangs dar und verletze weder die Selbstbelastungsfreiheit noch das Recht auf ein faires Verfahren.²

Als Rechtsgrundlage für die Entsperrung zog der *Senat* § 81b Abs. 1 StPO heran.³ Die Norm erfasse auch solche Maßnahmen, bei denen körperliche Merkmale zur Durchführung des Strafverfahrens genutzt würden.⁴ Der Fingerabdruck unterscheide sich dabei funktional nicht von klassischen erkennungsdienstlichen Maßnahmen, sodass die Maßnahme als „ähnliche Maßnahme“ i.S.d. § 81b Abs. 1 StPO anzusehen sei.⁵

Den Zugriff auf die nach der Entsperrung zugänglichen Daten ordnete der BGH §§ 94 ff., 110 StPO zu.⁶ Entsperrung und Datenauswertung seien rechtlich getrennte Maßnahmen.⁷ Verfassungsrechtliche Bedenken, insbesondere im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wies der *Senat* zurück.⁸

IV. Kritische Einordnung

1. Einordnung in die bisherige Rechtsprechung

Die Entscheidung des BGH steht nicht isoliert, sondern knüpft an eine bereits zuvor entwickelte Rechtsprechung an, die § 81b Abs. 1 StPO als Ermächtigungsgrundlage für das zwangsweise Entsperren mobiler Endgeräte heranzog.⁹ Uneinheitlich blieb jedoch die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang die Norm auch den Zugriff auf die auf dem Gerät gespeicherten Daten legitimieren kann.¹⁰

² BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 32.

³ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 35.

⁴ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 40.

⁵ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 37.

⁶ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 44.

⁷ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 43.

⁸ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 46.

⁹ So AG Baden-Baden, Beschl. v. 13.11.2019 – 9 Gs 982/19; LG Baden-Baden, Beschl. v. 26.11.2019 – 2 Qs 147/19; LG Ravensburg, Beschl. v. 14.2.2023 – Qs 9/23 jug; OLG Bremen, Beschl. v. 8.1.2025 – 1 ORs 26/24.

¹⁰ AG Baden-Baden, Beschl. v. 13.11.2019 – 9 Gs 982/19 sieht § 81b StPO als „jedenfalls analog“ anwendbar, während OLG Bremen, Beschl. v. 8.1.2025 – 1 ORs 26/24 den Zugriff auf die gespeicherten Daten ausdrücklich auf §§ 94, 110 StPO stützt.

Neu ist daher nicht die grundsätzliche Zulässigkeit der Entsperrung, sondern die dogmatische Präzisierung des weiteren Vorgehens. In diesem Punkt stellt die Entscheidung eine Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar, ohne deren Grundlinie zu verlassen.

2. Grundsätzliche Zulässigkeit der Datenerhebung von Endgeräten

Die Entsperrung mittels Fingerabdrucks als bloße Duldung körperlichen Zwangs einzuordnen, begegnet im Grundsatz keinen durchgreifenden Bedenken.¹¹ Gleichzeitig ist darauf hingewiesen, dass sich in der praktischen Anwendung einzelner Ermittlungsmaßnahmen zur Entsperrung mobiler Endgeräte Grenzbereiche ergeben können, in denen die Trennlinie zwischen zulässiger Mitwirkung und unzulässiger Selbstbelastung nicht stets eindeutig verläuft.¹²

Trotz der Möglichkeit praktischer Abgrenzungsschwierigkeiten ist dem BGH bis hierhin zuzustimmen.

3. Ermächtigungsgrundlage des § 81b StPO für die Entsperrung

a) Wortlaut

Die Literatur weist zurecht daraufhin, dass der Wortlaut nicht isoliert¹³, sondern stets im Zusammenhang mit dem Zweck der Norm zu verstehen ist.¹⁴ Zwar wird anerkannt, dass Ziel der Norm die Erfassung dauerhafter Persönlichkeitsgegebenheiten auch gegen den Willen des Beschuldigten sei, um diese mit vorhandenen Informationen abzugleichen und Rückschlüsse auf eine mögliche Täterschaft zu ziehen.¹⁵ Entscheidend präzisiert wird jedoch, dass sobald der Fingerabdruck nicht mehr zur Identifizierung, sondern allein zur Entsperrung genutzt wird, dies die Norm entfremde.¹⁶ Eine Betrachtung, die allein auf das äußerliche Erscheinungsbild des Fingerauflegens abstellt, bliebe damit an der Oberfläche stehen und verkennte, dass für die Einordnung als „ähnliche Maßnahme“ nicht die äußere Form, sondern der zugrunde liegende Zweck maßgeblich ist.¹⁷

Hier hat die Kritik an der Wortlautauslegung des BGH anzusetzen. Zwar ist richtig, dass das Auflegen des Fingers auf den Entsperrungssensor eine erkennungsdienstliche Maßnahme darstellen kann, die Entscheidung verfehlt jedoch, das Kriterium der „Ähnlichkeit“ nicht lediglich auf das äußere Erscheinungsbild zu beschränken. Es wird nicht berücksichtigt, ob auch der Zweck der Maßnahme dem erkennungsdienstlichen Charakter entspricht. Die Norm ist jedoch so auszulegen, dass „ähnlich“ sowohl die äußere Form als auch den funktionalen Zweck erfassen muss.

¹¹ Rottmeier/Eckel, NStZ 2020, 193 (199); Nadelborn/Irscheid, StraFo 2019, 274 (275).

¹² Zweifel an der Übertragbarkeit der Maßnahme auf die Face-ID und dem damit verbundenen gewaltsamen Aufsperrern der Augen Ziegler, jurisPR-ITR 17/2025 Anm. 3; weitergehende Zweifel Satzger/Sarfraz, NStZ 2025, 560 (566).

¹³ Wobei selbst bei einer isolierten Betrachtung nach Satzbau und Wortstellung der Begriff „ähnliche Maßnahme“ sich auf den Begriff der Messung bezieht, so Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, § 81b Rn. 44.

¹⁴ Satzger/Sarfraz, NStZ 2025, 560 (566); a.A. Krause, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 2, 28. Aufl. 2025, § 81b Rn. 16.

¹⁵ Nadelborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420 (423).

¹⁶ Bosch, in: SSW-StPO, 6. Aufl. 2025, § 81b Rn. 7.

¹⁷ Horter, NStZ 2023, 447 (448); a.A. Güntge, JR 2025, 504 (517).

b) Sinn und Zweck

Auch hinsichtlich der teleologischen Auslegung des § 81b StPO gibt es Kritik¹⁸ an der Auffassung des BGH. Es wird richtigerweise darauf hingewiesen, dass § 81b StPO unter der amtlichen Überschrift „Erkennungsdienstliche Maßnahmen bei dem Beschuldigten“ geführt wird und damit lediglich eine Identitätsfeststellungsfunktion hat.¹⁹ Zusätzlich wird insbesondere der Rückgriff auf den „Zweck der Durchführung des Strafverfahrens“ kritisiert, da dieser § 81b StPO zu einer undenkbar weitreichenden Ermittlungsgeneralklausel hochstilisiere.²⁰ Dem ist zuzustimmen: § 81b StPO ist nicht allgemein auf die Förderung des Strafverfahrens gerichtet, sondern funktional auf erkennungsdienstliche Zwecke begrenzt. Diese Zweckbindung verliert der *Senat* aus dem Blick, wenn er den Normzweck im Wesentlichen auf effektive Strafverfolgung überträgt.

Dadurch wird das Merkmal der Erkennungsdienstlichkeit inhaltlich entleert, da § 81b StPO zwar nicht selbst den Datenzugriff legitimiert, jedoch funktional als Brücke zu §§ 94 ff. StPO eingesetzt wird. Eine Norm, die ihrem Zweck nach auf Identitätsfeststellung zugeschnitten ist, wird damit mittelbar zur Voraussetzung für inhaltsbezogene Ermittlungsmaßnahmen.

Diese Entleerung zeigt sich besonders darin, dass der BGH seine eigene Rechtsprechung aus dem Jahr 1986, wonach § 81b StPO auf identifizierende Maßnahmen zur Feststellung der körperlichen Beschaffenheit begrenzt ist,²¹ nicht aufgreift und den daraus resultierenden Wertungswiderspruch nicht einmal thematisiert. Gerade dieser Bruch mit der eigenen Linie hätte einer ausdrücklichen Auseinandersetzung bedurft.

c) Technologieoffenheit

Die vom BGH postulierte Technologieoffenheit des § 81b StPO ist differenziert zu betrachten. Häufig wird argumentiert, dass die Norm auch bei Erlass noch nicht absehbare Ermittlungsformen erfassen müsse und dass die vorliegende Maßnahme darunter falle.²² Dabei übersieht man jedoch, dass die Überzeugungskraft dieses Arguments bei der konkreten Maßnahme deutlich schwindet.²³ Für die Identifikation des Beschuldigten macht es keinen Unterschied, ob ein Fingerabdruck analog (z.B. auf Papier) oder digital (z.B. über einen Scanner) erhoben wird, der Zweck bleibt stets die Feststellung der körperlichen Beschaffenheit.²⁴ Wird der Fingerabdruck hingegen genutzt, um Zugriff auf ein Smartphone zu erlangen, verlässt die Maßnahme diesen erkennungsdienstlichen Rahmen und betritt grundrechtlich besonders sensibles Terrain.²⁵

Somit ist der BGH auch in diesem Punkt zu ungenau. Er nutzt die Technologieoffenheit lediglich, um seine Argumentation zu stützen. Er übersieht dabei jedoch, dass sie keineswegs uneingeschränkt gilt, sondern stets im Rahmen des erkennungsdienstlichen Charakters der Norm zu beachten ist, wodurch eine dogmatische Verwendung als unbegrenztes Argument nicht haltbar ist.

¹⁸ Mosbach, JuS 2025, 742 (743); Horter, NSTZ 2023, 447 (448); Ruppert, StV 2025, 565 (566).

¹⁹ El-Ghazi/Imsameh, NSW 2025, 333 (342).

²⁰ Ruppert, StV 2025, 565 (566); a.A. Rottmeier/Eckel, NSTZ 2020, 193 (195); Goers, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2025, § 81b Rn. 4.1.

²¹ BGH, Beschl. v. 9.4.1986 – 3 StR 551/85.

²² Trück, JZ 2025, 971 (973).

²³ Luh/Grosmann, ZD 2025, 453 (458).

²⁴ Satzger/Sarfraz, NSTZ 2025, 560 (566).

²⁵ Satzger/Sarfraz, NSTZ 2025, 560 (566).

4. Auswertung der Daten nach §§ 94 ff. StPO

Das Zwei-Stufen-Modell²⁶, das der BGH wählt, um die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu bejahen, wird dahingehend kritisiert, dass darin eine unnatürliche Aufspaltung eines tatsächlich einheitlichen Vorgangs liege.²⁷ Zur Begründung wird angeführt, dass durch die Kombination ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ermöglicht werde.²⁸ Dieser Eingriff reiche jedoch weiter als die Summe der dafür benutzten Bausteine (=die verwendeten Ermächtigungsgrundlagen).²⁹ Zudem komme damit der körperlichen Beschaffenheit des Beschuldigten in dieser Konstellation keine eigenständige Beweisbedeutung zu, sondern lediglich den auf dem Endgerät befindlichen Daten.³⁰

Diese Kritik überzeugt. Zwar ist die Trennung zwischen dem grundsätzlichen Zugriff auf ein technisches System und der anschließenden Auslese bzw. Auswertung der erlangten Daten dem Strafprozessrecht nicht fremd und findet sich etwa im Bereich der Telekommunikationsüberwachung wieder. Im Kontext der zwangsweisen physischen Smartphone-Entsperrung vermag diese dogmatische Konstruktion jedoch nicht zu überzeugen.

Das Zwei-Stufen-Modell löst sich zu stark vom tatsächlichen Lebenssachverhalt. In der Praxis bilden beide Schritte einen einheitlichen und untrennbaren Grundrechtseingriff, der unabhängig von einer zeitlichen oder räumlichen Trennung bereits mit der Entsperrung wirksam wird. Die normative Trennung verschleiert daher, dass erst die Kombination beider Schritte den schwerwiegenden Eingriff in die digitale Privatsphäre des Beschuldigten ermöglicht. Gerade diese kumulative Eingriffsintensität lässt die Konstruktion als formalistisch und realitätsfern erscheinen und verdeutlicht die Diskrepanz zwischen dogmatischer Logik und tatsächlicher Lebenswirklichkeit.

5. Die verfassungsrechtliche Situation

a) Grundrechte

Der BGH konzentriert sich bei seinen grundrechtlichen Ausführungen lediglich auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³¹ Das vom Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete IT-System-Grundrecht³² findet dabei keine Erwähnung.

Vereinzelte wird es damit gerechtfertigt, dass dieses das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht verdränge, da es bei der Entschlüsselung und Auswertung eines Endgeräts nicht um die Integrität des informationstechnischen Systems, sondern um die Sichtung und Erhebung der darauf befindlichen Daten gehe.³³ Diese Ansicht greift zu kurz, da sie bereits eine Schutzbereichseröffnung des IT-System-Grundrechts ablehnt.

Das Bundesverfassungsgericht stellt bei der Schutzbereichsbestimmung ausdrücklich darauf ab, dass das IT-System-Grundrecht „insbesondere vor einem heimlichen Zugriff“ schützt.³⁴ Der Begriff

²⁶ Krause, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 2, 28. Aufl. 2025, § 81b Rn. 16.

²⁷ Pschorr, jurisPR-StrafR 13/2025 Anm. 1; Ziegler, jurisPR-ITR 17/2025 Anm. 3.

²⁸ Nadeborn/Oberholz, HRRS 2025, 297 (299).

²⁹ Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420 (421 ff.).

³⁰ Ruppert, StV 2025, 565.

³¹ BGH, Beschl. v. 13.3.2025 – 2 StR 232/24, Rn. 46; so auch Neuhaus, StV 2020, 489 (491).

³² BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 302 ff.

³³ Brodowski, JZ 2024, 750 (753); a.A. El-Ghazi/Imsameh, NSW 2025, 333 (344 ff.).

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 205.

„insbesondere“ ist so zu verstehen, dass auch offene Zugriffe auf informationstechnische Systeme vom Schutzbereich erfasst sind.³⁵

Daraus folgt, dass die zwangsweise Entsperrung und anschließende Auswertung eines Smartphones, unabhängig davon, ob der Zugriff heimlich oder offen erfolgt, einen Eingriff in das IT-System-Grundrecht darstellen kann. Ob dieser Eingriff im konkreten Einzelfall gerechtfertigt ist, muss fallbezogen geprüft werden. Den Schutzbereich des Grundrechts jedoch überhaupt nicht zu thematisieren, wie es der BGH getan hat, lässt sich nicht rechtfertigen.

b) Einzelfallprüfung

Daran anschließend zeigt sich die problematischste Schwäche des Urteils in der Einzelfallbewertung des BGH und den damit eröffneten Konsequenzen.

Bereits bei einem bloßen Verdacht nach § 145c StGB, einem Delikt mit einer Höchststrafe von einem Jahr, erlaubte die Auslegung des BGH die zwangsweise Entsperrung des Smartphones und die vollständige Auslese der darauf befindlichen Daten. Dass zufällig kinderpornographisches Material entdeckt wurde, mag auf den ersten Blick ein zufriedenstellendes Ergebnis sein, offenbart jedoch auf den zweiten Blick das Risiko einer erheblichen Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse. Auch bei geringfügigen Delikten würde so der Zugriff auf die gesamte digitale Lebenssphäre eröffnet.

Dies wirft rechtsstaatliche Bedenken auf, insbesondere im Hinblick auf intime Bilddaten, private Kommunikation oder medizinische Informationen, die typischerweise auf Smartphones gespeichert sind. Dass solche Daten ohne spezifische gesetzliche Grundlage allein über eine weit ausgelegte erkennungsdienstliche Maßnahme zugänglich werden, überzeugt nicht. Selbst eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bietet hier keinen hinreichenden Schutz, wie der vorliegende, entschiedene Fall zeigt.

V. Fazit

Der BGH hat sich erkennbar um einen Ausgleich zwischen Ermittlungsinteressen und Grundrechtsschutz bemüht, diesen aber nur teilweise erreicht. Die Entscheidung ist funktional nachvollziehbar und reagiert auf praktische Herausforderungen digitaler Beweismittel, führt allerdings zu einer bedenklichen Ausweitung des § 81b Abs. 1 StPO über die Grenzen seines Wortlauts und seines Zwecks hinaus. Die Zwangsentperrung von Mobiltelefonen erfordert eine klar konturierte gesetzliche Grundlage³⁶, die (moderne) Grundrechte, das Unionsrecht³⁷ und die Besonderheiten biometrischer Verfahren wie Fingerabdruck, Face-ID oder Iris-Scan berücksichtigt. Die Gesetzgebung sollte daher eine technologieoffene, grund- und unionsrechtskonforme Lösung schaffen, die Eingriffsintensität und Verhältnismäßigkeit angemessen balanciert, ohne einen starren Katalog³⁸ zu etablieren.

³⁵ Jahn, JuS 2025, 791 (792).

³⁶ So auch die Literatur, auf die sich der BGH stützt Bäumerich, NJW 2017, 2718 (2722); Rottmeier/Eckel, NSTZ 2020, 193 (200).

³⁷ Dazu Hamed, StraFo 2025, 275 (279); Güntge, JR 2025, 504 (514 f.).

³⁸ Ein überzeugendes Argument zugunsten der BGH-Entscheidung, das bemerkenswerterweise nur Trück, JZ 2025, 971 (979), anführt, ist, dass sie eine an §§ 100a ff. StPO orientierte Kataloggesetzgebung vermeide. Zwar ist die Katalogtechnik verfassungsrechtlich anerkannt, sie erfasst jedoch nicht immer die für digitale Zugriffe relevanten Rechtsgüter und die Eingriffsintensität hängt hier primär vom Umfang des Datenzugriffs ab, nicht allein vom Deliktstyp. Vgl. hierzu Trück, JZ 2025, 971 (977 ff.).

Buchrezension

Epping, Volker/Lenz, Sebastian/Leydecker, Philipp: Grundrechte, 10. Aufl., Springer, Berlin 2024, 603 S., 24,99 €.

Stud. Hilfskraft Jan Hendrik Bergmann, Düsseldorf*

I. Einleitung

Grundrechte gehören zu den zentralen Gegenständen des juristischen Studiums und eröffnen vielen Studierenden den ersten vertieften Zugang zum Öffentlichen Recht. Ihre dogmatische Komplexität stellt dabei besondere Anforderungen an Strukturverständnis und methodische Arbeitsweise. Entsprechend hoch ist ihre Bedeutung in der Ersten Juristischen Staatsprüfung.¹ Lehrbücher müssen daher nicht nur Wissen vermitteln, sondern zugleich den systematischen Zugang zur Grundrechtsdogmatik eröffnen und eigenständige Reflexion anregen.

Die vorliegende Rezension stellt Konzeption und Anlage der zehnten Auflage des Lehrbuchs dar, arbeitet die inhaltlichen und didaktischen Besonderheiten des Werkes heraus und bewertet seine Eignung für Studium und Examensvorbereitung.²

II. Überblick über Struktur und Anlage des Werkes

Das Lehrbuch folgt auch in der zehnten Auflage einer eigenständigen Konzeption. Nach einer knappen Einführung zu Geschichte, Funktionen und Quellen der Grundrechte verzichten die *Autoren* auf eine abstrakte Gesamtdarstellung der allgemeinen Grundrechtslehren.³ Stattdessen beginnen diese mit dem Freiheitsgrundrecht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG.

Dieser Zugang ermöglicht es, zentrale Strukturelemente der Grundrechtsprüfung – Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung – frühzeitig anhand eines konkreten Grundrechts kennenzulernen. Dogmatische Fragen werden dadurch nicht isoliert, sondern im Kontext ihrer praktischen Anwendung dargestellt, wodurch insbesondere Studienanfängern der Zugang erleichtert wird.

Zugleich erschöpft sich die Darstellung nicht in der Vermittlung von Prüfungsschemata oder gesicherter Lehrmeinungen, sondern thematisiert auch offene dogmatische Fragen und bemüht sich um eine argumentative Herleitung.

Die Kehrseite dieser Anlage liegt darin, dass die Darstellung nicht der Systematik des Grundgesetzes folgt. Zur Orientierung enthält das Werk jedoch ein gesondertes, systematisch gegliedertes Verzeichnis der allgemeinen Grundrechtslehren (siehe IX), das ein gezieltes Nachschlagen erlaubt.

Der problemorientierte Zugriff wird durch eine historische Einordnung der einzelnen Grundrechte ergänzt. Jedes Kapitel beginnt mit der Darstellung der Entwicklung des jeweiligen Grundrechts und eröffnet so die Möglichkeit, die gegenwärtige Dogmatik vor ihrem historischen Hintergrund einzu-

* Der Verf. ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre (Prof. Dr. Johannes Dietlein), Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Die Auswertung ist online abrufbar unter <https://klausurenkurs.uni-koeln.de/klausurenkurs/auswertung-der-examensklausuren> (12.2.2026).

² Die in Klammern gesetzten Seitenangaben im Text beziehen sich im Folgenden auf das zu besprechende Werk.

³ So aber z.B. Hufen, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2025; Manssen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024.

ordnen und kritisch zu hinterfragen. Die Darstellung zeigt damit nicht nur geltende Lehrmeinungen auf, sondern legt deren Voraussetzungen offen und ermöglicht eine reflektierte Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Deutungsansätzen. Zugleich werden gesellschaftliche Entwicklungen und daraus für den Grundrechtsschutz folgende neue Herausforderungen aufgezeigt.

Der Ansatz, Herkunft, Gegenwart und zukünftige Entwicklung eines Grundrechts systematisch zu verbinden, fördert die eigenständige Auseinandersetzung mit den dogmatischen Grundlagen und deren kritische Reflexion, die das Werk seit seiner ersten Auflage anstrebt (vgl. S. VII).

III. Änderungen der Neuauflage

Mit der zehnten Auflage verantworten nun drei *Autoren* das Werk, ohne dass sich hieraus ein grundlegender konzeptioneller Wandel ergibt. Bei einem Lehrbuch mit dieser Tradition stehen weniger strukturelle Neuerungen als vielmehr Ergänzungen und Aktualisierungen im Vordergrund.

Im Vergleich zur Voraufgabe überarbeiteten die *Autoren* insbesondere die Abschnitte zur Versammlungsfreiheit, zum Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie zu den Grundrechten aus Art. 6 und Art. 7 GG.

So berücksichtigt das Kapitel zu Art. 6 GG die wesentlichen Neuerungen aus den Entscheidungen „BVerfGE 159, 223 – Bundesnotbremse I“ und „BVerfGE 159, 355 – Bundesnotbremse II“ (S. 293 ff.). Auch das vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung Bundesnotbremse II entwickelte Recht auf schulische Bildung gem. Art. 7 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hat Eingang in die Darstellung gefunden (S. 303).

Im Bereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG greifen die *Autoren* insbesondere die neuere Rechtsprechung zu staatlichen Schutzpflichten im Zusammenhang mit den Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie auf (S. 79 ff.). Insgesamt berücksichtigt das Werk Rechtsprechung und Literatur bis August 2023 (S. V).

Besonders hervorzuheben ist die systematische Aufarbeitung der Rechtsprechung zu grundrechtlichen Fragen im Kontext der COVID-19-Pandemie (siehe v.a. S. 79 f.). Auch wenn entsprechende Fallkonstellationen in Prüfungen inzwischen seltener auftreten, haben die hierzu entwickelten dogmatischen Maßstäbe nachhaltige Bedeutung für die Fortentwicklung des Grundrechtsschutzes.

IV. Darstellung, Verständlichkeit und didaktisches Konzept

Das Lehrbuch zeichnet sich durch eine sprachlich klare und leserfreundlich strukturierte Darstellung aus. Didaktisch bedeutsam sind insbesondere die regelmäßig eingefügten Hinweise zur Fallbearbeitung, die den Zusammenhang zwischen dogmatischer Struktur und klausurmäßiger Anwendung verdeutlichen und die Entwicklung methodischer Argumentationsfähigkeit unterstützen.

Ergänzend enthält das Werk Beispielfälle, deren Lösungen online bereitgestellt werden. Übersichten, grafische Darstellungen und Zusammenfassungen erleichtern den Zugang zum Stoff und unterstützen die Wiederholung zentraler Inhalte. Am Ende vieler Kapitel finden sich zudem Zusammenstellungen typischer Klausurprobleme zur Selbstkontrolle. Diese können auch zur schnellen Wiederholung genutzt werden.

Die Einbindung zentraler Passagen aus Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ermöglicht es, prägende Argumentationsmuster unmittelbar nachzuvollziehen, ohne umfangreiche Urteilstexte vollständig auswerten zu müssen. Zugleich ordnen die *Autoren* die Rechtsprechung in den systematischen Zusammenhang der jeweiligen Grundrechtsprüfung und vermitteln nicht nur Ergebnisse der Entscheidung, sondern auch deren argumentative Herleitung durch das Gericht.

Auf diese Weise wird das Verständnis dogmatischer Strukturen gefördert und ein reflektierter Umgang mit grundrechtlicher Argumentation unterstützt.

V. Nutzungsperspektiven

Angesichts des Umfangs wird eine selektive Lektüre für viele Studierende die Regel sein. Das Lehrbuch eignet sich hierfür, da sich einzelne Abschnitte auch unabhängig voneinander genutzt werden können. Insbesondere für die Examensvorbereitung bietet es sich an, gezielt Themenkomplexe auszuwählen und mithilfe des Stichwortverzeichnisses zu erschließen.

Für eine effiziente Nutzung kann es sinnvoll sein, den Stoff nicht ausschließlich in der vom Lehrbuch vorgegebenen Reihenfolge zu bearbeiten. Da grundlegende Fragen – etwa der klassische und erweiterte Eingriffsbegriff (ab S. 224 ff.) oder die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte (ab S. 196 ff.) – erst in späteren Kapiteln behandelt werden, empfiehlt sich ein frühzeitiger Überblick über den Gesamtaufbau.

Auch eine thematisch zusammenhängende, artikelübergreifende Lektüre kann zum Verständnis systematischer Zusammenhänge beitragen. So lassen sich etwa die Ausführungen zum Sonderstatusverhältnis (ab S. 403 ff.) mit den Darstellungen zum Schulverhältnis (ab S. 306 ff.) verbinden.

Besonders hervorzuheben ist die Behandlung der europarechtlichen Bezüge der Grundrechte im Rahmen des Kapitels zur Verfassungsbeschwerde (Kapitel 4). Angesichts der wachsenden praktischen Bedeutung dieser Materie bietet die kompakte Darstellung einen hilfreichen Einstieg.

Das Kapitel zur Verfassungsbeschwerde vermittelt einen kompakten Überblick über die prozessualen Grundlagen der Grundrechtsdurchsetzung. Für eine vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung wird ergänzende Spezialliteratur erforderlich sein; für den Einstieg bietet die Darstellung jedoch eine solide Grundlage.

VI. Fazit

Die zehnte Auflage des Lehrbuchs bietet eine systematisch aufgebaute und methodisch orientierte Einführung in die Grundrechtsdogmatik. Besonders überzeugend ist die Verbindung von fallbezogener Darstellung, dogmatischer Struktur und historischer Einordnung, die nicht nur den Zugang zur Materie erleichtert, sondern auch ein reflektiertes Verständnis grundrechtlicher Argumentationsmuster fördert.

Das Werk vermittelt nicht lediglich prüfungsrelevantes Wissen, sondern erschließt die Grundrechtsdogmatik in ihren Begründungszusammenhängen und unterstützt die Entwicklung eines eigenständigen dogmatischen Urteilsvermögens. Es eignet sich zudem für eine gezielte und themenbezogene Nutzung. In dieser Form stellt es eine hilfreiche Grundlage sowohl für den Einstieg in das Grundrechtsstudium als auch für die strukturierte Wiederholung im weiteren Studienverlauf dar.

Studieren und Promovieren mit Kind

Dr. Kerstin Koopmann, Lea Timmer, Bielefeld*

I. Einleitung	488
II. Zahlen und Fakten.....	488
III. Herausforderungen	489
IV. Vereinbarkeit und Geschlechterunterschiede	491
V. Vorteile und Chancen.....	492
VI. Unterstützende rechtliche Rahmenbedingungen.....	493
VII. Unterstützungsangebote von Universitäten	494
VIII.Fazit	495

I. Einleitung

Ein Kind zu bekommen ist immer ein Einschnitt im Leben. Es gibt ein Vorher und ein Nachher. Es muss sich nicht alles verändern, aber es verändert sich viel. Prioritäten verschieben sich. In diesem Beitrag geht es um die Familiengründung in einer besonderen Lebensphase, nämlich während des Studiums oder in der Promotion. Diese Situation stellt viele Eltern vor große Herausforderungen, bietet jedoch auch einzigartige Chancen. Wir möchten verschiedene Aspekte beleuchten: Zahlen und Fakten, Herausforderungen und Chancen, rechtliche Rahmenbedingungen und universitäre Unterstützungsangebote.

II. Zahlen und Fakten

Beginnen wir zunächst mit einigen Zahlen und Fakten. Nach der 22. Sozialerhebung von 2021 sind 8 % aller Studierenden Eltern.¹ Aktuelle Zahlen zur Elternschaft nur bei der Gruppe der Jurastudierenden konnten nicht ausfindig gemacht werden. Bei den Promovierenden liegt der Elternanteil erwartungsgemäß etwas höher als bei den Studierenden. Laut der National Academics Panel Study (Nacaps) aus dem Jahr 2023 sind von den in den davor liegenden zwei Jahren neu an den Hochschulen registrierten Promovierenden 11 % bereits Mütter und 14 % Väter.² In der Altersgruppe von 30–34 Jahren sind 17 % der Promovierenden Eltern, wohingegen 68 % der Frauen und 43 % der Männer gleichen Alters ohne Promotionsbestreben bereits Kinder haben.³ Aus einer Studie aus dem Jahr 2021

* Dr. Kerstin Koopmann ist Wissenschaftsmanagerin an der Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld, und koordiniert das dortige Promotionsprogramm. Sie war zudem in den letzten zwei Jahren Vorsitzende der Gleichstellungskommission der Fakultät. Lea Timmer ist Examenskandidatin an Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld, und arbeitet als Stud. Hilfskraft für die Gleichstellungskommission.

¹ Deutsches Studierendenwerk, 22. Sozialerhebung (6.11.2025).

² Bundesbericht Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in einer frühen Karrierephase (BuWiK) 2025, S. 204 und S. 208, beruhend auf der National Academics Panel Study (Nacaps) 2023 und der Wissenschaftsbefragung des Deutschen Zentrums für Hochschul- und Wissenschaftsforschung (DZHW-Wissenschaftsbefragung) 2023.

³ Brandt/Briedis/Schwabe, Beiträge zur Hochschulforschung 3/2021, 8 (16).

geht hervor, dass 13,6 % der Promovierenden im Bereich der Rechtswissenschaft Eltern sind, womit der Elternanteil nur etwas unter dem Durchschnitt aller Disziplinen liegt.⁴ Zum Vergleich: Die Naturwissenschaften haben mit 8,6 % den geringsten Elternanteil, Bereiche wie Kunst mit bis zu 27,5 % den höchsten.⁵

Bei den an der Hochschule beschäftigten PostDocs liegt der Anteil der Eltern bei 54 % insgesamt (52 % der weiblichen und 56 % der männlichen PostDocs).⁶ Betrachtet man den weiteren Karriereverlauf in der Wissenschaft, fällt ein deutlicher Geschlechterunterschied ins Auge: 76 % der Professoren sind Väter, aber nur 59 % der Professorinnen sind Mütter.⁷ Der Kinderwunsch von Wissenschaftlerinnen ist in seiner Ausprägung zwar Erhebungen zufolge mit einem solchen von Nichtakademikerinnen vergleichbar, eine Realisierung des Wunsches geschieht jedoch nicht ebenso häufig.⁸ Nicht selten kommen bei der Frage nach der Familiengründung Bedenken in puncto Vereinbarkeit von Karriere und Kindern auf. Dies hat sodann in einigen Fällen eine Verschiebung der Familiengründung zur Folge, und mit dem Alter steigt die Gefahr der Kinderlosigkeit. Obwohl es einen optimalen Zeitpunkt für die Familiengründung mit einer wissenschaftlichen oder nichtwissenschaftlichen Karriere nicht gibt, warten vor allem viele Frauen mit wissenschaftlichen Ambitionen lange auf einen vermeintlich richtigen Zeitpunkt.⁹ Dabei ist zu beobachten, dass insbesondere hoch qualifizierte Frauen, welche eine ausgeprägte Berufsorientierung haben, die Kinderplanung auf eine spätere Phase verschieben oder gänzlich darauf verzichten.¹⁰

III. Herausforderungen

Richten wir den Blick nun von der Familiengründung während einer wissenschaftlichen Karriere zurück auf die Situation von Studierenden mit Kind oder Kinderwunsch. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Familie mit den Anforderungen der Universität müssen sich Studierende mit Kind einigen Herausforderungen stellen, die kinderlose Kommiliton*innen in diesem Ausmaß nicht erleben. Insbesondere die Zeit ist eine wertvolle, häufig zu kurz bemessene Ressource, welche zu Konflikten führen kann.¹¹ Es ist nahezu unmöglich, den Bedürfnissen aller Beteiligten in vollem Umfang nachzukommen. Vielmehr kollidieren die Interessen der eigenen Familie, des Studiums, der Haushaltsführung, des Freundeskreises und ggf. des Jobs miteinander. Dementsprechend sind studierende Eltern mit einem hohen Druck konfrontiert.¹² Das Hochschulsystem weist für Studierende mit Kind große Hindernisse auf, da es auf „Vollzeit-Normalstudierende“ ausgerichtet ist und ein hohes Maß an Flexibilität voraussetzt. Ein Studium verlangt ungestörte Lern- und Arbeitsphasen – diese mit einem oder mehreren Kindern zu gewährleisten, kann sich als sehr schwierig herausstellen. Zum Zeitdruck und den umfassenden Anforderungen der Elternschaft gesellt sich häufig noch der nagende und emotional belastende Vergleich mit den Studienfortschritten und -erfolgen der anderen (meist kinderlosen) Studierenden.¹³

⁴ Briedis/Brandt/Schwabe, DZHW-Brief 04/2021, 3.

⁵ Briedis/Brandt/Schwabe, DZHW-Brief 04/2021, 3.

⁶ BuWiK 2025, S. 204 und S. 208, beruhend auf Nacaps 2023 und DZHW-Wissenschaftsbefragung 2023.

⁷ BuWiK 2025, S. 204 und S. 208, beruhend auf Nacaps 2023 und DZHW-Wissenschaftsbefragung 2023.

⁸ Töpfer, Wo ist das Leck in der Pipeline?, 2022, S. 312 m.w.N.

⁹ Hell, Soll ich promovieren? Voraussetzungen, Chancen, Strategien, 2014, S. 85.

¹⁰ Brandt/Spangenberg, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 74 (2022), 303 (305).

¹¹ Cremer, Studieren und Forschen mit Kind, 2018, S. 21.

¹² Cremer, Studieren und Forschen mit Kind, 2018, S. 139.

¹³ Cremer, Studieren und Forschen mit Kind, 2018, S. 143.

Häufig ergeben sich außerdem Betreuungsprobleme, insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung, die Öffnungszeiten, die zur Verfügung stehenden Plätze sowie die Entfernung zur Betreuungseinrichtung. Als problematisch erweist sich dabei auch der Umstand, dass manche (Pflicht-)Veranstaltungen an der Universität außerhalb der Betreuungszeiten stattfinden. Zudem ist der finanzielle Aspekt nicht zu unterschätzen: Auch ohne Kinder befinden sich Studierende häufig in einer angespannten finanziellen Situation, und die zusätzliche Verantwortung für ein oder mehrere andere Individuen bedeutet eine erhöhte Belastung.

Mit dem Eintritt der Elternschaft wird das bisherige Leben gehörig auf den Kopf gestellt und es kommt zu einer Verschiebung von Prioritäten. Die Bedürfnisse der Kinder sind von zentraler Bedeutung und prägen den Alltag. Die Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern wirken sich enorm auf das Zeit- und Energielevel der Eltern aus, sodass diese ihre Zeit und Energie wohl bedacht und in gänzlich neuer Weise einteilen müssen.

Die Situation der Promovierenden ist mit der Situation der Studierenden vergleichbar. Dass sich die Vereinbarkeit von Wissenschaft und Elternschaft anspruchsvoll und konfliktgeladen gestalten kann, ist kein Geheimnis. Promovierende sind mit einer Reihe von etwaigen Problemen innerhalb und außerhalb des Wissenschaftssystems konfrontiert. Das Verständnis der dienstvorgesetzten Person und die Flexibilität der zu erledigenden Aufgaben variieren stark. In vielen Fällen ist auch hier die Kinderbetreuungssituation weiterhin unzureichend. Ferner können spezifische Rollenerwartungen sowie eine übermäßige zeitliche Beanspruchung belasten. Regelmäßig geht mit der Familiengründung eine verstärkte berufliche Unsicherheit einher, welche durch eine ungünstige Ausgestaltung der Verträge sowie hohe Flexibilitätsanforderungen noch verstärkt wird. Die meisten Qualifikationsstellen sind nur Teilzeitstellen. Zudem sind Arbeitsverträge im akademischen Mittelbau in der Regel befristet. Die Dauer der Befristung ist dabei manchmal geringer als die Zeit, welche für eine Promotion benötigt wird.¹⁴ All dies verhindert eine langfristige Planung des Berufs- und Privatlebens, bedingt eine materielle Unsicherheit,¹⁵ und wird von Wissenschaftler*innen mit Kindern als eine noch stärkere Belastung wahrgenommen.¹⁶ In der Folge kann diese Unsicherheit dazu verleiten, der Wissenschaft den Rücken zu kehren.¹⁷

Promotion und Elternschaft konkurrieren gnadenlos um die nur bedingt zur Verfügung stehende Ressource Zeit. Auf der einen Seite kommt es häufig vor, dass die Doktorarbeit die Promovierenden in umfassender Weise vereinnahmt. Andererseits fordern jedoch auch Kinder die ungeteilte Aufmerksamkeit der Eltern. Folglich besteht ein enormer Konflikt zwischen diesen beiden Bereichen.¹⁸ Es bedarf immer wieder einer Abwägung der Prioritäten im Einzelnen, wobei es nicht unüblich ist, dass dabei das Gefühl aufkommt, man werde dem jeweils anderen Bereich nicht gerecht.¹⁹ Der Eintritt der Elternschaft kann eine neue Sichtweise in Bezug auf die Promotion mit sich bringen, da die plötzliche zusätzliche Verantwortung und neue Rolle in der Regel zu einer Verschiebung der Prioritäten führen.²⁰

¹⁴ Die durchschnittliche Promotionsdauer in den Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften beträgt 5,2 Jahre, siehe [BuWiK 2025](#), S. 154, Abb. B45.

¹⁵ Lange/Ambrasat, in: Korff/Truschkat, Übergänge in Wissenschaftskarrieren, Ereignisse – Prozesse – Strategien, 2022, S. 95 (110).

¹⁶ Beckmann, Promovieren mit Kind, 2024, S. 40.

¹⁷ Lange/Ambrasat, in: Korff/Truschkat, Übergänge in Wissenschaftskarrieren, Ereignisse – Prozesse – Strategien, 2022, S. 95 (110).

¹⁸ Knigge-Illner, Der Weg zum Dokortitel, Strategien für die erfolgreiche Promotion, 3. Aufl. 2015, S. 99.

¹⁹ Beckmann, Exposé, Zeitschrift für wissenschaftliches Schreiben und Publizieren 1/2021, 18 (18 f.).

²⁰ Beckmann, Exposé, Zeitschrift für wissenschaftliches Schreiben und Publizieren 1/2021, 18 (19).

Die Vereinbarkeit von Promotion und Familie ist komplex – diesbezügliche Schwierigkeiten können dazu führen, dass ein vorhandener Kinderwunsch vertagt wird, um die Promotionsphase erst einmal zu beenden oder die bereits begonnene Promotion abgebrochen wird, sodass die familiären Anforderungen besser erfüllt werden können.²¹ Ein durchaus existentes Risiko bei der Familiengründung während der Promotion ist also klar der Mangel an Zeit zur Anfertigung der Doktorarbeit, welcher zu einer Verlängerung der Promotionsphase oder sogar gänzlich zu deren Abbruch führen kann.²²

Die Nacaps-Befragung des DZHW aus dem Jahre 2023 hat ergeben, dass bei rund 62 % der befragten Promovierenden (mit und ohne Kind) bereits einmal der Gedanke aufgekommen ist, die Promotion abubrechen. Bei 52 % der befragten Mütter sowie bei 30 % der befragten Väter spielt insbesondere die mangelnde Vereinbarkeit von Promotion und Familie eine Rolle.²³ Bei einem Viertel der Befragten sind Kindererziehung und Schwangerschaft zentrale Gründe für eine Unterbrechung oder vorzeitige Beendigung der Dissertation.²⁴ Ein tatsächlicher Abbruch der Promotion ist von den Befragten mit 32 % überdurchschnittlich häufig in den Fächern der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften durchgeführt worden.²⁵ Die betreffende Befragung ist darüber hinaus zu dem Ergebnis gelangt, dass eine gute Promotionsbetreuung durch eine durchgehende Gewährleistung der Betreuung und regelmäßige Treffen promovierende Eltern zufriedener in Bezug auf die Vereinbarkeit stimmt.²⁶

Promovierende, welche nicht bereits Eltern sind, beklagen bei der Familienplanung eine Unsicherheit in Bezug auf die berufliche Zukunft, gerade im Hinblick auf eine potentielle Vereinbarkeit von Beruf und Familie.²⁷ Diese Sorge ist laut der Nacaps-Befragung des DZHW der Grund dafür, dass Promovierende ihre Familienplanung (zunächst) nicht umsetzen. Dabei sind 64 % der weiblichen und 48 % der männlichen neuregistrierten Promovierenden von einer mangelnden Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben abgeschreckt. Außerdem gaben 57 % der befragten Doktorandinnen und 46 % der befragten Doktoranden an, sie würden durch die berufliche Unsicherheit in der Familiengründung gehemmt.²⁸ Als weitere beeinflussende Faktoren zu benennen sind eine geringe finanzielle Sicherheit (36 % gesamt), eine Einschränkung der persönlichen Entwicklung (34 % gesamt) sowie Probleme in der Partnerschaft (15 % gesamt).²⁹ Es lässt sich folglich festhalten, dass berufliche Unsicherheiten und Zweifel an der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zentrale Gründe für eine Aussetzung oder Aufschiebung der Familiengründung sind.³⁰

IV. Vereinbarkeit und Geschlechterunterschiede

In diesem Beitrag wurde bereits mehrfach der Begriff Vereinbarkeit verwendet. Vereinbarkeit kann als die Idee beschrieben werden, Verpflichtungen aus dem Bereich von Beruf und Familie reibungs-

²¹ Brandt/Briedis/Schwabe, Beiträge zur Hochschulforschung 3/2021, 8 (9).

²² Knigge-Illner, Der Weg zum Dokortitel, Strategien für die erfolgreiche Promotion, 3. Aufl. 2015, S. 100.

²³ BuWiK 2025, S. 205, siehe auch S. 212, insgesamt beruhend auf Nacaps 2023.

²⁴ Euler u.a., Forum Hochschule 1/2018, 53. Häufigste Abbruchgründe: 68 % Arbeitsbelastung durch berufliche Tätigkeit, (S. 52), 45 % mangelnde Betreuung (S. 53), 42 % Realisierbarkeit des Promotionsthemas (S. 53), 35 % alternatives Stellenangebot (S. 53), 30 % Probleme mit der Doktor Mutter/dem Doktorvater oder berufliche Umorientierung (S. 53).

²⁵ Euler u.a., Forum Hochschule 1/2018, 51.

²⁶ BuWiK 2025, S. 205, beruhend auf Nacaps 2023.

²⁷ Briedis/Brandt/Schwabe, DZHW-Brief 04/2021, 5.

²⁸ BuWiK 2025, S. 210 f., beruhend auf Nacaps 2023.

²⁹ BuWiK 2025, S. 210, Abb. B84, beruhend auf Nacaps 2023.

³⁰ BuWiK 2025, S. 204, beruhend auf Nacaps 2023.

los zu kombinieren. Es ist allerdings utopisch, zwei Lebensbereiche geprägt von zeitlichen, mentalen und emotionalen Anforderungen miteinander vollumfänglich zusammenzubringen.³¹ Eine hundertprozentige Vereinbarkeit ist daher illusorisch, dennoch kann eine hinreichende Vereinbarkeit durch „pragmatische Verzahnungen“ erreicht werden.³² Das Thema der vermeintlichen Vereinbarkeit ist jedoch insgesamt mit Vorsicht zu genießen, denn es birgt die Gefahr der Überforderung. Häufig wird das Bild vermittelt, Eltern müssten sich lediglich ausreichend anstrengen, um Beruf und Familie zu kombinieren.³³ Es wird suggeriert, dass ein Nichtgelingen auf einen selbst zurückzuführen ist.³⁴ Hierzu nur ein Beispiel: Die Ermöglichung von Online-Teilnahmen und Homeoffice löst manche, aber nicht alle Probleme. Denn wer meint, zuhause ließen sich produktives Arbeiten und gute Kinderbetreuung wunderbar vereinbaren, der hat entweder produktives Arbeiten oder gute Kinderbetreuung nicht verstanden.

Die Elternschaft parallel zu einem Studium oder einer Promotion und gegebenenfalls zusätzlich zu einem Job ist eine Mehrfachbelastung in vielerlei Hinsicht. Da zwangsläufig der ein oder andere Bereich zeitweilig vernachlässigt werden muss, bedarf es eines umfassenden Zeitmanagements sowie einer Abwägung der Prioritäten. Es ist oft zu beobachten, dass Eltern eine Zerrissenheit zwischen Beruf, Kindern und eigenen Bedürfnissen verspüren, wobei es nicht selten vorkommt, dass die eigenen Bedürfnisse nach hinten gestellt oder gar nicht erst beachtet werden.³⁵

Im Übrigen sind in Bezug auf die Aufteilung der Kinderbetreuung, der Hausarbeit und des Mental Loads die Unterschiede zwischen den Geschlechtern nach wie vor gravierend.³⁶ Auch heutzutage steht einer erfolgreichen Karriere von Frauen potentiell die Unterbrechung der Berufstätigkeit für die Familiengründung entgegen.³⁷ Im Verlauf der Karriere werden Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern sowie zwischen kinderlosen Frauen und Müttern durch Eltern- und Teilzeitphasen geschaffen.³⁸ Daher wundert es nicht, dass Frauen, die in der Wissenschaft tätig sind, die Familiengründung als echten „Karriereknick“ wahrnehmen.³⁹

V. Vorteile und Chancen

Richten wir nun den Blick auf die Vorteile und Chancen einer Elternschaft während Studium und Promotion. Vorab lassen sich zwei Dinge klar feststellen: Es gibt nicht den einen perfekten Zeitpunkt für die Familiengründung. Außerdem schafft die Flexibilität der Universität ein eher familienfreundliches Umfeld. Viele Studierende und Promovierende nehmen die Möglichkeit der flexiblen Gestaltung der Studien- und Arbeitszeit als großen Vorteil wahr, weil dadurch spontan auftretende Schwierigkeiten wie Betreuungsausfälle oder Erkrankungen bewältigt werden können. Die Familienzeit kann außerdem mental als echter Ausgleich zum Studien- oder Arbeitsalltag dienen.

Für eine Familiengründung während der Promotionszeit spricht, wie dargelegt, dass die Phase der Dissertation in Bezug auf die Arbeitsbedingungen von höherer Flexibilität geprägt ist als spätere Karrierephasen.⁴⁰ Auf der anderen Seite müssen sich Promovierende bewusst sein, dass es unrealis-

³¹ Beckmann, Promovieren mit Kind, 2024, S. 38.

³² Cremer, Studieren und Forschen mit Kind, 2018, S. 33.

³³ Beckmann, Promovieren mit Kind, 2024, S. 39.

³⁴ Kaiser, Das Unwohlsein der modernen Mutter, 2021, S. 58.

³⁵ Kaiser, Das Unwohlsein der modernen Mutter, 2021, S. 44.

³⁶ Siehe hierzu Lott/Bünger, WSI Report Nr. 87, August 2023.

³⁷ Töpfer, Wo ist das Leck in der Pipeline?, 2022, S. 307.

³⁸ Brandt/Spangenberg, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 74 (2022), 303 (304).

³⁹ Beckmann, Promovieren mit Kind, 2024, S. 49.

⁴⁰ Hell, Soll ich promovieren? Voraussetzungen, Chancen, Strategien, 2014, S. 85.

tisch ist, an der Doktorarbeit zu schreiben, während das Kind wach ist und „sich mit sich selbst“ beschäftigt.⁴¹ Es bedarf daher einer ausgiebigen Planung der Arbeitsphasen, welche im Optimalfall an die Betreuungszeiten und den Schlafrhythmus des Kindes angepasst ist. Dies kann dazu führen, dass sich die eingeplanten Arbeitszeiten nicht mit den eigenen Hoch- und Tiefphasen in puncto Konzentration decken. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass Kleinkinder gerne mit allen offen zugänglichen Materialien spielen – Kleinkinder machen so aus einer Loseblattsammlung mit Freuden eine verstreute Sammlung loser Blätter, die sich über den kompletten Raum verteilt. Der Schlüssel zum Gelingen einer Dissertation mit Kind liegt in ungestörten Promotionsphasen, in denen die Betreuung des Kindes von einer anderen Person übernommen wird oder in einer Kinderbetreuungseinrichtung erfolgt. Prioritätensetzung, verlässliche Absprachen mit unterstützenden Personen und Flexibilität sind essentielle Faktoren dafür, eine Qualifikationsarbeit mit Kind ins Ziel zu bringen.⁴²

Die Promotion parallel zur Elternschaft bringt noch einen erheblichen Vorteil mit sich: Die mit der Familiengründung einhergehende Verschiebung der Prioritäten führt meist dazu, dass die Dissertation nicht mehr im Mittelpunkt für die Promovierenden steht. Dies schafft eine Distanz zur Doktorarbeit und relativiert perfektionistische Ansprüche an sich selbst.⁴³ Ähnlich kann man die Situation auch für Studierende betrachten. So manches Studium und so manche Promotion sind *nicht trotz, sondern wegen* der Kinder abgeschlossen worden.

Besteht ein Kinderwunsch, so ist es durchaus sinnvoll, sich nicht nur über die aktuelle Situation, sondern über den gesamten weiteren juristischen Ausbildungs-, Qualifikations- und Berufsweggedanken zu machen und die Anforderungen der verschiedenen Phasen zu würdigen. Die Bedingungen für eine Familiengründung während des Studiums, der Promotion und des juristischen Referendariats sind unterschiedlich. Während das Jurastudium und vor allem die Promotion eher von Selbstbestimmtheit und eigenständiger Planung geprägt sind, folgt das Referendariat mit verschiedenen Stationen und Arbeitsgemeinschaften einem recht starren Zeitplan. Gerade in den betreuungsintensiven ersten Lebensjahren des Kindes kann es ratsam sein, sich noch in einer flexiblen Lern- oder Arbeitsphase des Studiums bzw. der Promotion zu befinden. Dies soll aber im Umkehrschluss nicht bedeuten, dass man von einem Referendariat mit Kind(ern) Abstand nehmen sollte. Auch hier hat sich in den letzten Jahren viel zum Positiven für Familien verändert (Referendariat in Teilzeit, Eltern-AGs, die nur vormittags stattfinden, u.Ä.).

Auf jeden Fall lohnt sich ein langfristiger Blick: Personen, die nicht nur das Examen, sondern auch bereits Kinder haben, können für potentielle Arbeitgeber besonders attraktiv sein, da Belastbarkeit und Flexibilität bereits unter Beweis gestellt worden sind.⁴⁴ Zu beobachten ist außerdem, dass Mütter, die mit der Familiengründung bereits vor dem Berufseinstieg begonnen haben, auf lange Sicht mit höherer Wahrscheinlichkeit in Führungspositionen arbeiten als Frauen, die erst nach dem Berufseinstieg Kinder bekommen haben.⁴⁵

VI. Unterstützende rechtliche Rahmenbedingungen

Studierende und Promovierende mit Kind profitieren von verschiedenen gesetzlichen Regelungen. Es gibt (je nach Situation): Mutterschutz, Elternzeit, Teilzeit-/Fernstudium, Beurlaubung, Nachteilsausgleich, Vertragsverlängerung, Arbeitszeitreduzierung, Elterngeld, Kindergeld, Mutterschaftsgeld,

⁴¹ Hell, Soll ich promovieren? Voraussetzungen, Chancen, Strategien, 2014, S. 86.

⁴² Beckmann, Exposé, Zeitschrift für wissenschaftliches Schreiben und Publizieren 1/2021, 18 (21).

⁴³ Moes, Promovieren mit Perspektive. Das GEW-Handbuch zur Promotion, 2021, S. 112 (120).

⁴⁴ Grunenberg/Speck, Studieren mit Kind, 2007, S. 185.

⁴⁵ Brandt/Spangenberg, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 74 (2022), 303 (303, 322 f.).

Rechtsanspruch auf Kinderbetreuung sowie finanzielle Förderung (BAföG, Stipendien). Das Ministerium stellt hier zahlreiche Informationen (und Rechner) zur Verfügung.⁴⁶ Es lohnt zudem der frühzeitige Blick in die eigene Studien- oder Promotionsordnung sowie unbedingt das Gespräch mit den universitären oder fakultätseigenen Beratungs- und Informationsstellen vor Ort, um die Besonderheiten des individuellen Falles zu besprechen. In Betracht kommen beispielsweise eine Beurlaubung, die Verschiebung von Prüfungsleistungen, die Befreiung von Anwesenheitspflichten, Fristverlängerungen und anderweitige Nachteilsausgleiche. Für Ausnahmeregelungen im Rahmen der staatlichen Pflichtfachprüfung wie eine spätere Ablegung des Freischusses oder eine Schreibzeitverlängerung für die Klausuren bei Schwangerschaft ist das Justizprüfungsamt des betreffenden Landes zuständig.

Ein Hinweis noch zur Familiengründung während der Promotion: Hier macht es einen wichtigen Unterschied, wie man seine Dissertationsprojekt finanziert. Promotionen können durch Anstellung innerhalb oder außerhalb des Wissenschaftsbetriebes und auch durch Stipendien finanziert werden. Je nach Finanzierungssituation unterscheiden sich auch die Regelungen etwas, die bei Elternschaft greifen.⁴⁷ Promovierende mit einer befristeten Anstellung als wissenschaftlich Mitarbeitende auf einer Qualifizierungsstelle sollten § 2 Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) kennen. Es besteht ein Anspruch auf Verlängerung des Vertrages um Mutterschutz und Elternzeiten nach § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 WissZeitVG. Zudem verlängert sich die Höchstdauer der Befristung für die Dauer der Qualifizierung nach § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG um zwei Jahre pro Kind. Dem gegenüber gestalten sich die Situation von Beschäftigten mit über Drittmittel finanzierten befristeten Stellen nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG sowie jene der nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz befristet Beschäftigten anders. Für diese Personengruppen ist leider keine Verlängerung des Arbeitsvertrages aufgrund von Mutterschutz und Elternzeit vorgesehen. Bei Stipendien ist es noch einmal anders: Stipendien sind kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Die meisten Stipendienggeber haben daher eigene, oftmals sehr unterschiedliche Regelungen in Bezug auf Familie.⁴⁸ Auch in diesem Fall ist es ratsam, frühzeitig den Kontakt zu suchen.

VII. Unterstützungsangebote von Universitäten

Zentral für eine sachgerechte Unterstützung von Eltern seitens der Universitäten ist eine familienfreundliche Infrastruktur auf allen Ebenen. Im Hinblick auf die Familienfreundlichkeit einer Universität lohnt es sich, auf das Zertifikat „audit familiengerechte hochschule“ zu achten. Dieses fungiert als Instrument zur Implementierung und Weiterentwicklung familiengerechter Arbeits- und Studienbedingungen.⁴⁹ Ein strukturiertes Informationsangebot rund um das Thema Familienfreundlichkeit in der Wissenschaft stellt das Kompetenzzentrum Frauen in Wissenschaft und Forschung am GESIS Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften zur Verfügung.⁵⁰

Für die Gewährleistung einer Vereinbarkeit von Studium bzw. Promotion und Familie ist natürlich die Flexibilisierung von Studien- und Promotionsbedingungen ausschlaggebend. Ein sehr wichtiger Infrastrukturaspekt sind aber vor allem gute, verlässliche Kinderbetreuungseinrichtungen an Uni-

⁴⁶ <https://www.bmbfsfj.bund.de/bmbfsfj/themen/familie/familienleistungen> (6.11.2025).

⁴⁷ Für weitergehende Ausführungen in Bezug auf Mutterschutz, Elternzeit, Elterngeld sowie Stellenverlängerung empfiehlt sich Moes, Promovieren mit Perspektive. Das GEW-Handbuch zur Promotion, 2021, S. 112 (113–118).

⁴⁸ GEW-Ratgeber Vereinbarkeit von Familie und wissenschaftlicher Qualifizierung, 2017, S. 23.

⁴⁹ [Berufundfamilie, audit familiengerechte hochschule: Systematische Prozesssteuerung für Universitäten, Hochschulen und Akademien](#) (7.11.2025).

⁵⁰ [GESIS, Center für Geschlechterverhältnisse in der Wissenschaft, Familienfreundliche Wissenschaft](#) (7.11.2025).

versitäten. Weitere Unterstützungsangebote von Universitäten sind Beratungs- und Informationsstellen, wie ein Familienservice oder ein Familienbüro. Das Schaffen von Wickel- und Still-Räumen sowie von Eltern-Kind-Zimmern ist ebenfalls zu begrüßen. Zentrale Elemente sind auch individuelle Entlastungsangebote. Universitäten könnten die Finanzierung von Kinderbetreuung für (Promotions-) Studierende übernehmen, welche sich in einer Prüfungs- oder Abschlussphase befinden. Ebenfalls denkbar ist die Unterstützung von Promovierenden durch Hilfskraftmittel. Ferner kann eine Vermittlung von Babysittern entlastenden Charakter haben. Eine erfolgreiche Unterstützungsmaßnahme seitens der Universität ist darüber hinaus die flexible Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Homeoffice und Gleitzeit. Dies alles sind Beispiele aus einer breiten Palette an Unterstützungsangeboten, die es an vielen Universität bereits gibt.

Die Förderung der (angehenden) Akademikerinnen und Akademiker sowohl in Bezug auf den Studienabschluss/die Qualifikation als auch in Bezug auf die Familienplanung ist vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels und sich wandelnder demografischer Verhältnisse zwingend erforderlich. Zur Unterstützung bei der Vereinbarkeit von Wissenschaft und Familie gibt es daher seit einigen Jahren verschiedene weitere Maßnahmen der staatlichen und universitären Unterstützung. Als Beispiel können hier die an einigen Universitäten vergebenen Stipendien zur Promotion mit Kind oder das kostenfreie Mensaessen für Kinder genannt werden. Es wäre wünschenswert, dass sowohl diese Angebote als auch die Eltern mit Kind im universitären Alltag deutlich sichtbarer würden. Befragungen haben leider ergeben, dass noch eine beachtliche Diskrepanz zwischen universitären Unterstützungsangeboten und deren Bekanntheit beim wissenschaftlichen Nachwuchs herrscht.⁵¹

Ganz unabhängig von staatlicher und universitärer Förderung muss man sich aber auch eingestehen: Entscheidend zum Gelingen von Studium oder Promotion trägt das private Unterstützersystem bei. Hiermit sind Partner*in, Familie und Freunde gemeint, aber auch (selbst) organisierte Elternnetzwerke.⁵²

VIII. Fazit

Es ist eine höchstpersönliche Entscheidung, ob man überhaupt Kinder möchte. Ebenso ist es absolut individuell und von den jeweiligen Bedingungen abhängig, ob sich ein Kind gut mit Studium und/oder Promotion vereinbaren lässt. Damit bei bestehendem Kinderwunsch eine fundierte Entscheidung getroffen werden kann, bietet es sich an, sich in aller Ruhe einige Fragen zu stellen.⁵³ Wie stark ist mein Kinderwunsch? Bin ich bereit, mich auf die veränderte Lebens- und Arbeitssituation einzulassen? Traue ich mir zu, mehrere „Projekte“ in Einklang zu bringen? Welche Unterstützung habe ich? Welche Ressourcen und Finanzierungsmöglichkeiten habe ich?

Studieren und Promovieren mit Kind ist eine anspruchsvolle, aber durchaus machbare Aufgabe. Mit rechtlichen Rahmenbedingungen, unterstützenden Angeboten und einer offenen, familienfreundlichen Hochschulkultur können Eltern die Herausforderungen bewältigen und ihre wissenschaftlichen Ziele erreichen. Die Familienfreundlichkeit an Universitäten hat deutlich zugenommen – dennoch ist auch weiterhin Handlungsbedarf festzustellen.⁵⁴ Hierzu zählen eine stärkere Förderung von flexiblen Studien- und Arbeitszeitmodellen, die Gewährleistung sicherer Beschäftigungsverhältnisse und der Ausbau der bezahlbaren Kinderbetreuung. Ein sehr häufig von Eltern geäußerter

⁵¹ Krempkow/Sembritzki, Beiträge zur Hochschulforschung 39 (2/2017), 102 (117).

⁵² Ein überregionales Beispiel ist das Netzwerk Mutterschaft und Wissenschaft (7.11.2025).

⁵³ Angelehnt an Knigge-Illner, Der Weg zum Dokortitel, Strategien für die erfolgreiche Promotion, 3. Aufl. 2015, S. 108.

⁵⁴ Krempkow/Sembritzki, Beiträge zur Hochschulforschung, 39 (2/2017), 102 (117).

Wunsch ist zudem die Harmonisierung von Kita- und Schulferien mit den Semesterferien. Zudem sollten Universitäten weiter alles daransetzen, veraltete Rollenbilder aufzubrechen und die Gleichstellung aller Geschlechter in Wissenschaft und Gesellschaft weiter zu fördern.

Abschließend könnten an dieser Stelle die „Wettbewerbsvorteile“ der Elternschaft auf dem späteren Arbeitsmarkt betont werden: Wer Studium und/oder Promotion und Kindererziehung erfolgreich meistern konnte, hat im besten Fall Struktur, Organisationstalent und Effektivität bewiesen. Außerdem sind Managementfähigkeiten wie Priorisierung, Delegieren und Abgrenzung erlernt und die Lebenserfahrung ist erweitert worden.⁵⁵

⁵⁵ Cremer, Studieren und Forschen mit Kind, 2018, S. 169 f.