

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, 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

2/2025
18. Jahrgang

S. 184–392

Inhalt

VARIA

Allgemeines

Nachruf auf Claus Roxin

Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. (Athen), Vaduz 184

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Billigkeitshaftung nach § 829 BGB

Prof. Dr. Carsten Fischer, Trier 186

Öffentliches Recht

Verwaltungsgerichte zwischen Bürger und Staat –
Kontrolle der Verwaltung durch unabhängige Gerichte

Prof. Dr. Ingo Kraft, Leipzig 200

Verfassungsgerichte als Hüter der Verfassung

Wiss. Mitarbeiter Svenne Carstensen, Osnabrück 221

Strafrecht

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen
Ermittlungsmaßnahmen – Teil 1
Überlegungen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück 242

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur: Sehnsucht nach Kiel

Wiss. Mitarbeiter Julius Schmädicke, Kiel 253

Öffentliches Recht

Examensübungsklausur: Sonderprobleme des Eigentumsschutzes öffentlich-rechtlicher Ansprüche bei staatlicher Verantwortungsübernahme

Wiss. Mitarbeiter Moritz Rhades, Kiel, Vertretungsprofessor Dr. Stefan Martini, Frankfurt a.M. 276

Anfängerklausur im Polizeirecht: „Kleine Tiere – großer Ärger“

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Hiese, Freiburg 300

Strafrecht

Fortgeschrittenenübungsklausur: Ungebetener Gast

Wiss. Mitarbeiterin Pascale Fett, Marburg 312

Fortgeschrittenenübungsklausur zu Körperverletzungs- und Straßenverkehrsdelikten: Grillen mit Hindernissen

Wiss. Mitarbeiterin Anna-Sophia Folly, Wiss. Mitarbeiterin Johanna Kloster, Augsburg 326

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 27.11.2024 – 1 BvR 1726/23
(Tübinger Verpackungssteuer)

(Dr. Sarah Dersarkissian, Düsseldorf) 340

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24 (LG Konstanz)
(Konnexitätsfordernd bei Beweisanträgen; Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Fotografieren in Wohnungen hinein)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 353

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

- AG Karlsruhe, Urt. v. 28.10.2024 – 17 Cs 530 Js 45512/23
(Versuchte Strafvereitelung durch Unterlassen durch Mitarbeiter der Fanhilfe eines Bundesligaver eins)
(Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. [U.W.E.], Düsseldorf) 362
- LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23
(Fahrlässige Tötung einer Schülerin durch Unterlassen seitens begleitender Lehrkräfte während einer Auslandsreise [„Fall Emily“])
(Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn) 374

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

- Hebeler, Timo/Spitzlei, Thomas: 60 Probleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2024
(Janne Fromberg, M.C.L. [Fribourg], Heidelberg) 389

Schriftleitung

Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster

Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1865-6331

Redaktion Zivilrecht

Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Matthias Fervers

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

Nachruf auf Claus Roxin

Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. (Athen), Vaduz

Mit tiefem Bedauern haben die Mitglieder der ZJS vom Tod *Claus Roxins* erfahren – eines der bedeutendsten Strafrechtslehrer unserer Zeit. Neben zahlreichen weiteren herausragenden Funktionen hatte *Claus Roxin* von Beginn an diejenige des Mitherausgebers der ZJS inne.

Sein wissenschaftliches Werk hat das deutsche Strafrecht nicht nur nachhaltig geprägt, sondern auch weit über nationale Grenzen hinaus Maßstäbe gesetzt. Insbesondere seine Theorien zum Allgemeinen Teil des Strafrechts haben die dogmatische Entwicklung maßgeblich beeinflusst und prägen bis heute die juristische Lehre und Praxis. *Claus Roxins* Forschung wird weiterhin eine unverzichtbare Grundlage für die wissenschaftliche und praktische Auseinandersetzung mit strafrechtlichen Fragestellungen bilden.

Als Lehrer und Mentor hat *Claus Roxin* Generationen von Studierenden geprägt und eine Vielzahl herausragender Juristinnen und Juristen inspiriert. Seine außergewöhnliche Fähigkeit, komplexe rechtliche Fragen mit Klarheit und Präzision zu analysieren und zu vermitteln, wird unvergessen bleiben. Für viele war er nicht nur ein brillanter Wissenschaftler, sondern auch eine intellektuelle und menschliche Inspirationsquelle und ein beeindruckender, großartiger Mensch.

Claus Roxin pflegte enge wissenschaftliche Beziehungen unter anderem zu Griechenland, das zu seinen bevorzugten Reisezielen gehörte. Gleich zwei seiner insgesamt 28 Ehrendoktorwürden wurden ihm dort verliehen: am 19. Oktober 1994 von der Universität Komotini und am 10. November 1997 von der Universität Athen.

Persönlich hatte ich das große Glück, *Claus Roxin* im Mai 2006 in Athen kennenzulernen. Anlässlich seines 75. Geburtstags organisierten Strafrechtslehrer der Juristischen Fakultät eine Feier zu seinen Ehren auf Initiative meines damaligen Chefs, *Christos Mylonopoulos*. Im Rahmen meines Referendariats in dessen Kanzlei war ich in die organisatorische Planung eingebunden. Erst wenige Monate zuvor hatte ich mit intensiven Deutschkursen begonnen – die Möglichkeit, wenn auch mit großer Mühe, einige Sätze mit dem „Gott des Strafrechts“ zu wechseln, war für mich ein unvergesslicher Moment.

Ein Jahr später, während meines fortgesetzten Bemühens um die deutsche Sprache, übersetzte ich *Claus Roxins* Aufsatz „Die Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft“¹ ins Griechische². Ein weiteres Jahr darauf verließ ich meine Heimat, um in Heidelberg zu promovieren. 2011 hatte ich die Ehre, meine erste deutschsprachige Publikation als Doktorandin in der Festschrift zu *Claus Roxins* 80. Geburtstag zu veröffentlichen. Getrieben von dem inneren Anspruch, ihm eine wissenschaftlich würdige Arbeit zu widmen, kristallisierte sich im Zuge dieser Publikation die zentrale Idee meiner Dissertation zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale heraus. In einem persönlichen Brief bestärkte *Claus Roxin* mich in dem präsentierten Ansatz, der als Alternative zur Parallelwertung in der Laiensphäre gedacht war – eine Anerkennung von unschätzbarem Wert, die mir bis heute von besonderer Bedeutung ist. Die feierliche Übergabe der Festschrift war ein Höhepunkt meines beruflichen Lebens, an den ich mit großer Ehrfurcht zurückdenke.

¹ ZStR 125 (2007), 1.

² Poinikos Logos 2008, 259.

Das Erbe *Claus Roxins* wird in der gesamten juristischen Welt weiterleben – sowohl in seinen Schriften als auch in deren praktischer Anwendung und dogmatischer Fortentwicklung seiner Theorien. Wir verlieren mit ihm nicht nur einen herausragenden Wissenschaftler, sondern auch einen großartigen Menschen, dessen Einfluss und Inspiration fortbestehen werden.

Καλό ταξίδι³, *Claus Roxin*!

Konstantina Papathanasiou im Namen des gesamten ZJS-Teams: *Markus Artz, Jonas Brinkmann, Janique Brüning, Matthias Cornils, Gerhard Dannecker, Tim W. Dornis, Michael Fehling, Matthias Fervers, Beate Gsell, Michael Hegmanns, Andreas Hoyer, Julian Krüper, Milan Kuhli, Johannes Masing, Lothar Michael, Holm Putzke, Thomas Rotsch, Anne Schneider, Arndt Sinn, Markus Wagner, Hinnerk Wißmann, Johanna Wolff*

³ Wörtliche Übersetzung: „Gute Reise.“ Die Wendung wird im Griechischen, insbesondere in der griechisch-orthodoxen Kirche, als Segen auf dem letzten Weg verstanden.

Billigkeitshaftung nach § 829 BGB*

Prof. Dr. Carsten Fischer, Trier**

Die Billigkeitshaftung ist ein Exot im deutschen Zivilrecht. Grundsätzlich gilt: Keine Haftung auf Schadensersatz ohne (nachgewiesenes oder vermutetes) Verschulden; die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung ergänzt dieses Haftungsregime, des Weiteren der Aufopferungsgedanke. Billigkeitshaftung, also eine Haftung, die weder auf ein Verschulden noch auf die Herbeiführung oder Unterhaltung einer Gefährdungssituation oder auf Aufopferung abstellt, sondern sich nach gesetzlich nur wenig bestimmten Gerechtigkeitskriterien richtet, findet sich im bürgerlichen Recht lediglich in § 829 BGB. Der Beitrag zeigt, welche Voraussetzungen die Haftung nach dem „Millionärsparagraphen“¹ hat und macht Vorschläge zum Umgang mit der Norm in zivilrechtlichen Fallbearbeitungen.

I. Zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz: Strukturen	186
II. Anspruchsvoraussetzungen des § 829 BGB	187
1. Vorliegen einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen unerlaubten Handlung des Schuldunfähigen	188
2. Keine Haftung des Verursachers aus §§ 823 ff. BGB auf Grund der §§ 827, 828 BGB	189
3. Schadensersatz kann nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden.....	190
4. Schadloshaltung ist Gebot der Billigkeit	192
a) Grundsätze	192
b) Auswirkungen einer Versicherung	193
5. Sonderfall: Zusammentreffen von § 829 BGB und § 830 Abs. 1 S. 2 BGB	195
III. Rechtsfolgen	196
IV. Analoge Anwendung des § 829 BGB	197
V. Verjährung	198
VI. Schluss	198

I. Zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz: Strukturen

Das deutsche Zivilrecht geht mit Blick auf die Haftung auf Schadensersatz vom Grundsatz „keine Haftung ohne Verschulden“ aus. Ein Abweichen von diesem Modell ist von der gesetzgeberischen Konzeption her als Ausnahmefall gedacht. Die Verschuldenshaftung umfasst dabei sowohl die Haf-

* Meiner Wiss. Mitarbeiterin *Anna Hermes* und meinem ehemaligen Wiss. Mitarbeiter *Philip Zang* danke ich herzlich für ihre Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

** Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Trier.

¹ Z.B. BGH, Urt. v. 13.6.1958 – VI ZR 109/57 = NJW 1958, 1630 (1632).

tung für nachgewiesenes (etwa § 823 Abs. 1 und 2 BGB) wie auch für vermutetes Verschulden (etwa §§ 831 Abs. 1, 833 S. 2 BGB). Allerdings enthielt das BGB von Anfang an auch Anspruchsgrundlagen, die davon abwichen, auf die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens und ein Verschulden des Anspruchsgegners² verzichteten und so die Haftung erweiterten – die Gefährdungshaftung.³ Im BGB blieb sie eine Ausnahme und hat sich heute nur in der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB gehalten.⁴ Seit 1900 wurden vor allem durch den technischen Fortschritt hervorgebrachte Gefährdungslagen ebenfalls über diesen Ansatz spezialgesetzlich geregelt (etwa mit § 7 Abs. 1 StVG sowie § 1 ProdHG). Damit ist das Gerüst der deliktischen Haftung für Schadensersatz umrissen.

Geradezu systemwidrig mutet es vor diesem Hintergrund an, wenn die Schadensersatzhaftung sowohl auf ein Verschulden wie auch auf die Verantwortlichkeit für eine Gefährdung verzichtet und die Pflicht zur Leistung von Schadensersatz einzig auf nicht näher konkretisierte Erwägungen materieller Gerechtigkeit stützt. Eine derartige *Billigkeitshaftung* findet sich im BGB ausdrücklich normiert einzig in § 829 BGB.⁵ Dass sie in dieser Gestalt in das BGB aufgenommen wurde, ist keine Selbstverständlichkeit. Das Gesetzgebungsverfahren bewegte sich zwischen einem von der Ersten Kommission vorgeschlagenen gänzlichen Verzicht auf Billigkeitshaftung⁶ bis zu einer von der Zweiten Kommission befürworteten potentiell weiten Billigkeitshaftung für schuldloses Verhalten⁷. Die Einführung einer auf Fälle der Verschuldensunfähigkeit beschränkten Billigkeitshaftung ist eine Kompromissformel.⁸

§ 829 BGB begegnet Studierenden in Klausuren und Hausarbeiten wohl nur selten. Ist das jedoch der Fall, sind Studierende in der Regel wenig vertraut mit der Prüfung eines Anspruchs wegen Billigkeitshaftung.

II. Anspruchsvoraussetzungen des § 829 BGB

Die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 829 BGB ergeben sich weitgehend aus dem Wortlaut der Norm; gerade beim Merkmal der „Billigkeit“ sind allerdings Konkretisierungsansätze gefragt.⁹ Der Rolle als „Lückenfüller“ entsprechend kann § 829 BGB nur greifen, wenn die Haftung aus anderen

² Mit dem hier und im Folgenden benutzten generischen Maskulinum sind alle Geschlechter gemeint.

³ Der Schadensersatzanspruch wegen Aufopferung aus § 904 S. 2 BGB kann ebenfalls hierher gerechnet werden. Auch der Ausgleichsanspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB (analog) ist verschuldensunabhängig.

⁴ Die als Gefährdungshaftung ausgestaltete Haftung für Wildschäden gem. § 835 BGB a.F. ist 1934 abgeschafft worden.

⁵ Zur dogmatischen Verortung der Billigkeitshaftung *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 14–19; *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 2–2.2; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn 1 f.

⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 734. *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III: §§ 652–853, 1983, S. 912–929.

⁷ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Absch. II, Tit. 2–20, Abschn. III, IV, 1898, S. 579–590, insbesondere S. 589 f.

⁸ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 3. Ausführlich zum Verlauf der Diskussionen, insbesondere während des Gesetzgebungsverfahrens zum BGB, *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 1–10.

⁹ Studienliteratur zu § 829 BGB: *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 48. Aufl. 2024, § 44 Rn. 9–11; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 72 Rn. 32–40, § 87 Rn. 12; *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 60–69; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 188–193. Monographisch wurde § 829 BGB bearbeitet von *Flachsbarth*, Die Billigkeitshaftung, 2007; *Lehnertz*, Zur Problematik des § 829 BGB, 1968; zudem von *Goetze*, Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht, 1997.

Gründen ausscheidet; § 829 BGB ist gegenüber Anspruchsgrundlagen der Verschuldenshaftung subsidiär. Die von § 829 BGB zu füllende Lücke ist eng: Es geht nur um Sachverhalte, in denen zum einen eine Haftung des Verursachers aus §§ 823 ff. BGB wegen fehlenden Verschuldens (§§ 827, 828 BGB) ausscheidet und (kumulativ) zum anderen „der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann“ (§ 829 BGB).

1. Vorliegen einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen unerlaubten Handlung des Schuldunfähigen

Der Anspruchsgegner muss – mit Ausnahme der Verschuldensfähigkeit¹⁰ – einen der deliktischen Tatbestände der §§ 823 ff. BGB erfüllt haben. In aller Regel wird dies zuvor bereits geprüft worden sein. Ist nur nach einer Haftung aus § 829 BGB gefragt, wäre das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB jedoch inzident zu prüfen.

Für die *objektiven Voraussetzungen* der genannten deliktischen Tatbestände gilt nichts Besonderes.¹¹ Umstritten ist allerdings, ob es auch der Verwirklichung des *subjektiven Tatbestandes* bedarf, ob also bei dem verschuldensunfähigen Anspruchsgegner – unabhängig von der mangelnden Verschuldensfähigkeit – Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen muss, ggf. auch weitere subjektive Merkmale, wie der Schädigungsvorsatz i.R.d. § 826 BGB.

Eine Ansicht, die vor allem im älteren Schrifttum vertreten wurde,¹² bejahte dies unter Verweis darauf, dass auch wenn das Verschulden im Rechtssinne ausgeschlossen ist, Raum für die Frage nach einer „natürlichen Schuld“ bleibe. Gemeint ist mit der „natürlichen Schuld“ ein am gewöhnlichen Maßstab des § 276 BGB zu prüfendes Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), bei dem es sich jedoch mangels Verschuldensfähigkeit nicht um ein Verschulden im eigentlichen Sinne handelt. Das Verschulden i.S.d. § 276 BGB und die Verschuldensfähigkeit könnten nicht nur unabhängig voneinander geprüft werden, eine Prüfung der Verschuldensfähigkeit sei sogar erst geboten, wenn ein Verschulden überhaupt vorliege.¹³ § 829 BGB stelle nur auf das Verantwortungsdefizit nach §§ 827, 828 BGB ab, nicht aber auf das fehlende Verschulden an sich. Dementsprechend forderten Vertreter dieser Ansicht, dass der Verschuldensfähige im „natürlichen Sinne“ vorsätzlich bzw. fahrlässig gehandelt habe.

Kritiker verweisen demgegenüber darauf, dass sich Verschuldensunfähigkeit und schuldhaftes Handeln gegenseitig ausschließen. Schließlich sei die Verschuldensfähigkeit eine Voraussetzung des Verschuldens; ohne Verschuldensfähigkeit sei auch kein Verschulden denkbar. Problematisch an der älteren Auffassung ist zudem, dass sie ein die §§ 827 bis 829 BGB verklammerndes einheitliches Konzept einer „natürlichen Schuld“ unterstellt, das allerdings auf Bedenken stoßen muss. Denn die Prüfung einer „natürlichen Schuld“ vermag letztlich nicht weiterzuführen, wenn gerade die fehlende Verschuldensfähigkeit zum Schaden beigetragen hat. Zwar könne etwa auch bei Kindern unter sieben Jahren unter Umständen Vorsatz oder Fahrlässigkeit im natürlichen Sinn, also eine „natürliche

¹⁰ Dem Begriff der „Verschuldens(un)fähigkeit“ entsprechen andere, synonym gebrauchte, wie etwa „Verantwortungs(un)fähigkeit“ oder „(Un)Zurechnungsfähigkeit“.

¹¹ Angesichts des § 827 S. 1 BGB kann auf das grundsätzliche Erfordernis der Rechtswidrigkeit zu verzichten sein, siehe *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 829 Rn. 2, 4.

¹² *Heinsheimer*, AcP 95 (1904), 234 (239 ff.), der den Begriff der „natürlichen Schuld“ aber nicht verwendet; *Oertmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, §§ 433 bis 853, 5. Aufl. 1929, § 829 Erl. 2d; *Strohal*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 2, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl. 1928, § 829 Erl. 2a.

¹³ *Heinsheimer*, AcP 95 (1904), 234 (245 f.).

Schuld“, festgestellt werden. Bei gänzlicher Bewusstlosigkeit eine „natürliche Schuld“ zu erörtern, sei jedoch sinnlos, mit der Folge, dass in den Fällen des § 827 BGB eine Prüfung der „natürlichen Schuld“ von vornherein entfiele, in denjenigen des § 828 BGB aber angestrengt werden müsse, was zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Unterscheidung zwischen den von § 827 BGB und § 828 BGB erfassten Sachverhalten führen würde.¹⁴

Aus diesen Gründen wird heute differenziert:¹⁵ Liegen die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen vor, müssen nicht auch zusätzlich die subjektiven gegeben sein. Allerdings bedarf es einer Einschränkung der Haftung aus § 829 BGB, wenn ein Zurechnungsfähiger bei derselben Tatbestandsverwirklichung nicht haften würde, weil ihm weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden könnte. Denn der Verschuldensunfähige darf nicht schlechter gestellt werden als der Verschuldensfähige; der Anspruch aus § 829 BGB kann daher nicht weitergehen als der Anspruch aus der unerlaubten Handlung reichen würde, wenn der Schädiger verschuldensfähig wäre.¹⁶ Deshalb ist im Wege eines *hypothetischen Vergleichs* zu ermitteln, ob einem verantwortungsfähigen, erwachsenen, durchschnittlichen, vernünftigen Dritten in der konkreten Verhaltenssituation das erforderliche Maß an Verschulden vorgeworfen werden könnte.¹⁷ Erst dann ist der weitere Weg zur Billigkeitshaftung eröffnet.

2. Keine Haftung des Verursachers aus §§ 823 ff. BGB auf Grund der §§ 827, 828 BGB

Die deliktische Haftung des Verursachers muss auf Grund der §§ 827, 828 BGB ausgeschlossen sein.¹⁸ Dabei spricht § 829 BGB nur von der Haftung aus §§ 823 bis § 826 BGB. Gemeint ist aber die verschuldensabhängige¹⁹ Haftung der §§ 823 ff. BGB. § 829 BGB kann deswegen auch in den Fällen der §§ 830 Abs. 1 S. 2, 831, 833 S. 2, 836, 839a, 840, 844 und 845 BGB greifen.²⁰

¹⁴ RG, Urt. v. 13.12.1934 – VI ZR 340/34 = RGZ 146, 213 (215).

¹⁵ RG, Urt. v. 13.12.1934 – VI ZR 340/34 = RGZ 146, 213 (215 f.); BGH, Urt. v. 21.5.1963 – VI ZR 254/62 = BGHZ 39, 281 (284); LG Frankfurt a.M., Urt. v. 24.10.2013 – 2-13 O 86/10 = NJW-RR 2014, 408 (408); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 72 Rn. 32 f.; *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 25 f.; *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 5; *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 829 Rn. 2; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 7.

¹⁶ RG, Urt. v. 13.12.1934 – VI ZR 340/34 = RGZ 146, 213 (215 f.); BGH, Urt. v. 26.6.1962 – VI ZR 152/61 = NJW 1962, 2201 (2202); *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 5. BGH, Urt. v. 21.5.1963 – VI ZR 254/62 = NJW 1963, 1609 (1610): „Die Billigkeitshaftung setzt also einen Sachverhalt voraus, bei dem der Täter wegen einer unerlaubten Handlung [...] schadensersatzpflichtig wäre, wenn es bei ihm nicht auf Grund der §§ 827, 828 BGB an der Schadensverantwortlichkeit fehlte. Stände jemand an seiner Stelle, der als erwachsener normaler Mensch für sein Tun voll verantwortlich ist, so müsste daher sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand einer jener unerlaubten Handlungen verwirklicht sein.“

¹⁷ Das gilt auch für das Vorliegen besonderer subjektiver Merkmale, etwa den Schädigungsvorsatz i.S.d. § 826 BGB, *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 5.

¹⁸ Zur Dogmatik der §§ 827, 828 BGB siehe etwa *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 179; *Schamberg*, JA 2021, 758.

¹⁹ Grundsätzlich keine Haftung aus § 829 BGB in den Fällen der Gefährdungshaftung, *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 829 Rn. 1. Neben Ansprüchen aus Gefährdungshaftung, etwa § 7 Abs. 1 StVG, ist ein Anspruch aus § 829 BGB aber denkbar, BGH, Urt. v. 15.1.1957 – VI ZR 135/56 = BGHZ 23, 90 (98 f.); *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 4, unter Umständen auch im Zusammenspiel mit der Gefährdungshaftung, *Wagner* (a.a.O.).

²⁰ *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 829 Rn. 1. Keine Anwendung findet § 829 BGB hingegen auf Vertragspflichtverletzungen, wie sich aus dem Verweis des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich auf §§ 827, 828 BGB ergibt; *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 23. Ob das auch gilt, wenn ein und dasselbe Verhalten sowohl zu einer Vertragspflichtverletzung wie auch zur Verwirklichung eines Deliktstatbestands i.S.v. § 829 BGB führt, ist umstritten, vgl. einerseits *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 23, andererseits *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 829 Rn. 6.

An dem für eine Haftung entscheidenden Mangel, der Verschuldensfähigkeit und dem erforderlichen Verschuldensgrad mag es aber fehlen, sofern § 827 S. 2 BGB greift: Wenn der die freie Willensbestimmung ausschließende Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit vorübergehend ist und auf „geistige Getränke oder ähnliche Mittel“ zurückgeht, wird eine Fahrlässigkeit des Schädigers fingiert, es sei denn, er wäre „ohne Verschulden in den Zustand geraten“. Eine solche Fahrlässigkeitsfiktion beseitigt gerade die von § 829 BGB geforderte fehlende Verantwortlichkeit für einen Schaden. Das gilt selbst dann, wenn wegen der Annahme bloßer Fahrlässigkeit die Schädigungsabsicht des § 826 BGB nicht gegeben sein²¹ und daher etwa bloßer Vermögensschaden nicht über § 826 BGB ersetzt werden kann.

Anders gewendet: Das Vorliegen irgendeines der deliktischen Haftungsgründe der §§ 823–826, 830 Abs. 1 S. 2,²² 831, 833 S. 2, 836, 839a, 840, 844 und 845 BGB hindert einen Anspruch aus § 829 BGB, auch wenn andere deliktische Anspruchsgrundlagen wegen eines in § 827 BGB erwähnten Defizites ausgeschlossen sind.

3. Schadensersatz kann nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden

Der Anspruch aus § 829 BGB soll, wie geschildert, nur unerträglich erscheinende Haftungslücken schließen helfen. Er greift daher nicht, wenn von einer anderen Person als dem Unzurechnungsfähigen, nämlich von einem aufsichtspflichtigen Dritten, nach § 832 BGB Ersatz erlangt werden kann. Die Gesetzesformulierung stellt klar, dass hiervon nicht nur Fälle erfasst sind, in denen die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 832 BGB nicht vorliegen, sondern auch diejenigen, in denen ein solcher Anspruch praktisch nicht durchgesetzt werden kann, z.B. wegen Vermögenslosigkeit.²³

Zu den von § 832 BGB gemeinten aufsichtsbedürftigen Personen zählen vor allem Minderjährige,²⁴ zu den aufsichtspflichtigen Personen insbesondere die Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer minderjährigen Kinder; sie sind kraft Gesetzes aufsichtspflichtig, §§ 1626, 1627, 1631 BGB. Ebenso wie bei § 829 BGB setzt § 832 BGB eine tatbestandsmäßige²⁵ und rechtswidrige unerlaubte Handlung voraus, hier des Aufsichtsbedürftigen. Eines Verschuldens des Aufsichtsbedürftigen bedarf es gerade nicht, sehr wohl aber eines Verschuldens des Aufsichtspflichtigen, wobei dessen Verschulden gesetzlich vermutet wird.²⁶ Der Aufsichtspflichtige kann sich jedoch exkulpieren, indem er nachweist, dass er seiner Aufsichtspflicht genügt hat (§ 832 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB: Widerlegung der Verschuldensvermutung) oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde (§ 832 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB: Widerlegung der Kausalitätsvermutung)²⁷ – ein Regelungsmodell, dass sich so auch an anderen Stellen der deliktischen Haftung für vermutetes Verschulden wiederfindet (§ 831

²¹ Vgl. *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 5.

²² Siehe aber zur möglichen Kombination von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB und § 829 BGB unten 5.

²³ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 12. Unzurechnungsfähiger und Aufsichtspflichtiger haften dann als Gesamtschuldner, § 840 Abs. 1 BGB, im Innenverhältnis der Aufsichtspflichtige jedoch allein (§ 840 Abs. 2 BGB); *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 829 Rn. 3. Das Fehlen einer Möglichkeit, nach § 832 BGB gegen einen Dritten vorzugehen, ist vom Verletzten darzulegen und zu beweisen, *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 829 Rn. 5.

²⁴ Zur Haftung nach § 832 BGB für das Verhalten Volljähriger, insbesondere Betreuer, siehe *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 832 Rn. 18 f.

²⁵ Zur Frage des Verschuldens des Aufsichtsbedürftigen siehe *Wellenhofer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 832 Rn. 35–35.1.

²⁶ Siehe Gesetzeswortlaut: „[...] ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet [...]. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn [...]“.

²⁷ Ein Beleg hierfür kann etwa das Verhalten anderer, optimal beaufsichtigter Kinder sein, denen es trotz ununterbrochener Beaufsichtigung gelingt, den gleichen Schaden anzurichten.

Abs. 1 S. 2 BGB; § 833 S. 2 BGB; § 834 S. 2 BGB; in Teilen: § 836 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB, ggf. i.V.m. §§ 837, 838 BGB). Beide Alternativen des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB erfordern es mithin, das Maß der richtigen Aufsichtsführung zu bestimmen. Im Gutachten sind hier unter anderem allgemeine, ungeschriebene Erwartungshaltungen und besondere Sachverhaltshinweise zu verwerten.²⁸ In den Worten des BGH:

„Nach ständiger Rechtsprechung des [BGH] bestimmt sich das Maß der gebotenen Aufsicht nach Alter, Eigenart und Charakter des Kindes sowie danach, was den Eltern in ihren jeweiligen Verhältnissen zugemutet werden kann. Entscheidend ist, was verständige Eltern nach vernünftigen Anforderungen unternehmen müssen, um die Schädigung Dritter durch ihr Kind zu verhindern. Dabei kommt es für die Haftung nach § 832 BGB stets darauf an, ob der Aufsichtspflicht nach den besonderen Gegebenheiten des konkreten Falles genügt worden ist [...].“²⁹

Wichtige allgemeine Faktoren bei der Bestimmung der konkreten Aufsichtspflicht sind – da es sich zumeist um Minderjährige handelt – das Alter des Aufsichtspflichtigen (mit anderen Worten: Wie weit ist der Minderjährige von der Grenze der altersbedingten Verschuldensfähigkeit – Vollendung des 18. Lebensjahres – noch entfernt?), der Umstand, inwieweit sich der Minderjährige in der Vergangenheit an Regeln, Anweisungen und Ermahnungen gehalten hat, und die Komplexität der handlungsbegleitenden Umstände (z.B. unübersichtliche Situation, neue Herausforderungen/Gefahren, etwa der Umgang mit einem unbekanntem Tier oder Gerätschaften). Eine stets ununterbrochene Überwachung des Minderjährigen ist dabei gewöhnlich nicht geboten. Vielmehr gehört es zum Reifeprozess eines jeden Kindes, sich für gewisse Zeit frei bewegen zu können. Dass Aufsichtspflichtige zwischenzeitlich möglicherweise abgelenkt oder mit anderen Dingen beschäftigt sind, ggf. auch für etwas längere Zeit, kann unschädlich sein.³⁰ In der argumentativen Auseinandersetzung im Gutachten kann es sich demnach auszahlen, Aspekte wie den erziehungsbedingten Freiraum von Kindern und das Ausreichen angemessener Kontrollabstände anstelle einer flächendeckenden Überwachung zu berücksichtigen, wie es auch die Rechtsprechung tut:

„Normal entwickelte Kinder im Alter von fast fünfzehn Jahren können zwar eine gewisse Zeit ohne unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit und Aufsicht gelassen werden. Zu ihrer Entwicklung gehört die Möglichkeit zum Aufenthalt und Spielen im Freien, ohne dass sie auf ‚Schritt und Tritt‘ zu beaufsichtigen sind [...]. Daher gesteht die Rechtsprechung Kindern ab einem Alter von vier Jahren einen Freiraum zu, wobei allerdings eine regelmäßige Kontrolle in kurzen Zeitabständen für erforderlich gehalten wird [...]. Kinder in diesem Alter dürfen also ohne ständige Überwachung im Freien, etwa auf einem Spielplatz oder Sportgelände oder in einer verkehrsarmen Straße, auf dem Bürgersteig spielen und müssen dabei nur gelegentlich beobachtet werden. Dabei wird ein Kontrollabstand von 15 bis 30 Minuten als zulässig angesehen, um das Spiel von bisher unauffälligen fünfjährigen Kindern außerhalb der Wohnung bzw. des elterlichen Hauses zu überwachen [...].“³¹

²⁸ Wellenhofer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 832 Rn. 40–50.

²⁹ BGH, Urt. v. 7.7.1987 – VI ZR 176/86 = NJW-RR 1987, 1430 (1431); so im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 11.6.1968 – VI ZR 144/67 = NJW 1968, 1672 (1673); BGH, Urt. v. 24.3.2009 – VI ZR 199/08 = NJW 2009, 1952 (1953).

³⁰ Die in die Gesamtabwägung einzustellenden Faktoren erörtert etwa Wellenhofer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 832 Rn. 40–50.

³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2009 – VI ZR 199/08 = NJW 2009, 1952 (1953).

4. Schadloshaltung ist Gebot der Billigkeit

a) Grundsätze

Sofern kein Schadensersatzanspruch gegen einen aufsichtspflichtigen Dritten besteht, ist der namensgebende Kern des § 829 BGB anzusprechen: Die Schadloshaltung des Geschädigten muss ein Gebot der Billigkeit sein. Billigkeit ist ein Kernbegriff der juristischen – vor allem der zivilrechtlichen – Dogmatik; dennoch ist seine Bedeutung Studierenden häufig unbekannt. Er beschreibt ein Gebot der materiellen Einzelfallgerechtigkeit und ist als Gegen- oder auch Komplementärbegriff zur „Strenge des Gesetzes“ zu verstehen, die unter Umständen zu im konkreten Fall ungerecht erscheinenden Ergebnissen führen kann³² – so auch im deliktsrechtlichen Haftungssystem: Nach der bislang vorgenommenen Prüfung haftet aus Gründen der §§ 827, 828 BGB der Schädiger nicht, darüber hinaus auch nicht der Aufsichtspflichtige, weil es an den Voraussetzungen des § 832 BGB fehlt. Zwischenergebnis ist, dass trotz einer klaren alleinigen Verursachung durch den Schädiger der Geschädigte den Schaden ersatzlos tragen muss. Bis hierher kommt eine Schädigung durch Schuldunfähige aus Sicht des Geschädigten also einer Naturkatastrophe gleich. Bei dieser Betrachtung würde bis in die letzte Konsequenz der Schutz der Verschuldensunfähigen über denjenigen des Geschädigten gestellt werden. § 829 BGB nun soll grob ungerechte, in anderen Worten: unbillige Ergebnisse vermeiden – allerdings nur im unbedingt erforderlichen Maß, um auch weiterhin die grundsätzlich in den §§ 827, 828 BGB angelegte gesetzgeberische Wertung zu würdigen. § 829 BGB ist daher auch eine Öffnungsklausel, die bewusst die von der Legislative geschaffene Haftungsordnung der §§ 823 ff. BGB um eine Möglichkeit richterlicher Anpassung ergänzt.

Die entscheidende Frage ist, ob die Billigkeit nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, mit Blick auf Grund, Umfang und Art der Leistung Schadloshaltung erfordert.³³ Da Billigkeit, wie gezeigt, ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, kommt es in Gutachten auf eine Abwägung an. Hier ist stets zu bedenken, dass es sich bei § 829 BGB um einen haftungsrechtlichen Ausnahmetatbestand handelt, so dass eine restriktive Handhabung geboten ist:

„Deswegen ist, entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift nach ständiger Rechtsprechung des Senats, ein Schadensersatzanspruch aus § 829 BGB *nicht schon dann zu gewähren, wenn die Billigkeit es erlaubt, sondern nur dann*, wenn die gesamten Umstände des Falles eine Haftung des schuldlosen Schädigers aus Billigkeitsgründen *geradezu erfordern* [...]“³⁴

Bei der Abwägung spielen zunächst die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten eine entscheidende Rolle. Zwischen den Beteiligten *muss ein erhebliches wirtschaftliches Gefälle* bestehen.³⁵ Ausgangspunkt der Betrachtung sind grundsätzlich die Vermögensverhältnisse von Schädiger und Geschädigtem, d.h. insbesondere Vermögenswerte, Schulden und Einkommen. In den Fällen des § 828 BGB sind Schädiger Minderjährige. Damit erhält in der Praxis diese Abwägung der Vermögensverhältnisse oft eine gewisse Unwucht: In der Regel werden die Vermögensverhältnisse des minder-

³² Zum Verständnis des zivilrechtlichen Billigkeitsbegriffes siehe BGH, Beschl. v. 16.9.2016 – VGS 1/16 = BGHZ 212, 48 (55 ff./Rn. 29 ff.); *Rümelin*, Die Billigkeit im Recht, 1921.

³³ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 13, 16.

³⁴ BGH, Urt. v. 11.10.1994 – VI ZR 303/93 = BGHZ 127, 186 (192) – *Hervorhebung durch Verf.*

³⁵ BGH, Urt. v. 18.12.1979 – VI ZR 27/78 = BGHZ 76, 279 (284); *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 16; *Röthel*, Jura 2017, 866.

jährigen Schädigers wesentlich schlechter sein als die eines (volljährigen) Geschädigten.³⁶ Daher gilt hinsichtlich der Ersatzpflicht von Kindern die Besonderheit, dass die Rechtsprechung gelegentlich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern abstellt – ein Vorgang, der letztlich deren fehlende Haftung nach § 832 BGB konterkariert und zu einer Billigkeitshaftung der Eltern führt.³⁷ Unter anderem an dieser Stelle lässt sich erkennen, dass die Billigkeitshaftung sich von gesetzlich streng angeordneten Haftungsvoraussetzungen löst.

Notwendig ist ein wirtschaftliches Gefälle zwischen den Beteiligten, das es als unbillig erscheinen ließe, dem Geschädigten den Schaden aufzubürden, während den Schädiger keine Nachteile ereilen.³⁸ Anders ausgedrückt: Die *Vermögensdifferenz* muss *erheblich* sein.

Die Billigkeit richtet sich aber nicht nur nach den Vermögensverhältnissen, sondern erfordert nach einhelliger Ansicht eine *Gesamtbetrachtung*. In die Abwägung eingestellt werden müssen daher zudem auch die tat- und täterbezogenen Umstände des Schadensereignisses, insbesondere die Schwere der Verletzung, zudem der Anlass der Tat, die beiderseitigen Verursachungsanteile, der Grad der „natürlichen Schuld“ des Verschuldensunfähigen,³⁹ ggf. auch besondere gesetzgeberische Wertungen, insbesondere die Haftungsprivilegierung Minderjähriger im Straßenverkehr.⁴⁰ Der Normwortlaut zieht all diesen Betrachtungen aber eine Grenze: Dem Schädiger dürfen durch die Billigkeitshaftung nicht die Mittel entzogen werden, derer er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf (Schonvermögen).

b) Auswirkungen einer Versicherung

Umstritten ist, wie sich das Bestehen einer Versicherung auf die Frage der Billigkeit eines Ersatzanspruchs aus § 829 BGB auswirkt: Erscheint es billiger, den Versicherten mit dem Schaden zu belasten, weil dieser durch das Eintreten der Versicherung wirtschaftlich nicht belastet wird?⁴¹ Dabei kann es sich sowohl um den Schädiger (wohl häufigstes Beispiel: gesetzliche oder freiwillige Haftpflichtversicherung) wie auch um den Geschädigten (etwa: Kaskoversicherung, private Unfallversicherung) handeln.

Einige Stimmen verweisen darauf, dass eine Versicherung als außerhalb der konkreten Schadensbeziehung stehender Aspekt keine Rolle spielen dürfe. Die Berücksichtigung einer Versicherung sei eine Überlegung zu ihren Lasten, mithin zu Lasten eines Dritten. Letztlich würde so die Billigkeit zum Teil durch das Vorliegen einer Versicherung ersetzt, die auf diesem Wege als Haftungsvoraussetzung diene. So vorzugehen sei aber ein Zirkelschluss und ein Verstoß gegen das versicherungsrechtliche Prinzip der Trennung von Versicherung und versichertem Haftungsfall: Die Versicherung könne doch

³⁶ Anders mag das natürlich aussehen bei einem ebenfalls minderjährigen Geschädigten, bei einem vergleichsweise mittellosen Volljährigen und bei bereits vermögenden minderjährigen Schädigern.

³⁷ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.4.1979 – VI ZR 8/78 = NJW 1979, 2096 (2096). Kritisch dazu *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 14; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 14.

³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 13.6.1958 – VI ZR 109/57 = NJW 1958, 1630 (1631).

³⁹ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 15; *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.12.2024, § 829 Rn. 13. Vgl. etwa auch BGH, Urt. v. 13.6.1958 – VI ZR 109/57 = NJW 1958, 1630 (1633); LG Frankfurt, Urt. v. 24.10.2013 – 2-13 O 86/10 = NJW-RR 2014, 408 (408). Einzelne Abwägungsposten sind umstritten, siehe *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 57 f. Auch in Fällen der Selbstaufopferung kann § 829 BGB greifen, *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 18; vgl. auch *Röthel*, Jura 2017, 866.

⁴⁰ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 19.

⁴¹ Im Einzelnen hierzu *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 15–22; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 20–24.

erst greifen, wenn das Bestehen eines Anspruchs gegen den Versicherten geprüft und bejaht worden sei.⁴²

Die h.M.⁴³ sieht das anders und betont den Billigkeitscharakter der Haftung: § 829 BGB erlaube es nicht nur, sondern gebiete es gerade, alle auch noch so entfernten Aspekte zu berücksichtigen, aus denen sich die Gerechtigkeit der Verpflichtung ergebe, den Schaden tragen zu müssen. Es gehe darum, zu bestimmen, welche der beiden Parteien, Schädiger oder Geschädigter, letztlich für den Schaden aufkommen müsse. Da der Haftungsgrund des § 829 BGB außerhalb des gewöhnlichen Haftungsregimes der §§ 823 ff. BGB liege, könnten nicht nur, sondern es müssten sogar Faktoren berücksichtigt werden, die im strengen Sinne nichts mit Kausalitäts- und Zurechenbarkeitserwägungen zu tun haben und nur die letztgültige wirtschaftliche Belastung der Parteien bestimmten. Kommt im konkreten Fall keine Versicherung zum Tragen, dann bleibt dieser Aspekt nicht unbedingt unberücksichtigt, denn die Gründe für das Fehlen einer Versicherung mögen wiederum in die Abwägung einzustellen sein. Ein Beispiel: Greift eine Haftpflichtversicherung nicht, weil der Schaden mutwillig (vorsätzlich) herbeigeführt worden ist, dann darf zwar die Entlastung des Schädigers durch eine Versicherung nicht berücksichtigt werden, wohl aber das Maß seiner „natürlichen Schuld“, hier Vorsatz. Der vielleicht nachlässig erscheinende Verzicht auf eine leicht erhältliche (freiwillige) Versicherung oder die geringen Kosten einer einschlägigen, aber aus Kostengründen nicht abgeschlossenen (freiwilligen) Versicherung, mithin Überlegungen zur Versicherbarkeit eines Risikos, sollen jedoch nach überwiegender Ansicht hier nicht zu berücksichtigen sein.⁴⁴

Mit Blick auf eine zu Gunsten des Schädigers greifende Versicherung unterscheidet die Rechtsprechung zwischen *freiwilligen* und *obligatorischen* Haftpflichtversicherungen: Greift eine gesetzliche Versicherungspflicht, dann ist dieser Umstand schon bei der Frage der Haftung dem Grunde nach, also dem „Ob“, einzustellen,⁴⁵ darüber hinaus auch beim „Wie“ der Haftung, der Haftungsausfüllung.⁴⁶ Freiwillige Haftpflichtversicherungen sind nach der Rechtsprechung erst bei der Haftungsausfüllung zu berücksichtigen.⁴⁷ Zur Begründung verweist die Rechtsprechung auf den unterschiedlichen Sinn der Versicherungen: Pflichtversicherungen sollten in erster Linie den Geschädigten schützen, freiwillige den Versicherten.⁴⁸ Klarer erscheint der unter anderem von *Wagner* vertretene Ansatz, auf Seiten des Schädigers beide, freiwillige wie auch obligatorische Haftpflichtversicherungen, sowohl bei der Frage des „Ob“ wie auch bei derjenigen des „Wie“ zu berücksichtigen.⁴⁹

⁴² *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 20.

⁴³ So *Wagner* für den Fall einer Haftpflichtversicherung, *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 66 f.

⁴⁴ *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 53; *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 22.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 11.10.1994 – VI ZR 303/93 = BGHZ 127, 186 (191–194). Vorsichtiger noch BGH, Urt. v. 15.1.1957 – VI ZR 135/56 = BGHZ 23, 90 (99 f.). Hier ging der BGH noch davon aus, dass das Bestehen einer Kfz-Haftpflichtversicherung nur einer der für die Interessenabwägung maßgeblichen Umstände sei; ähnlich BGH, Urt. v. 13.6.1958 – VI ZR 109/57 = NJW 1958, 1630 (1631 f.).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 11.10.1994 – VI ZR 303/93 = BGHZ 127, 186 (190–192).

⁴⁷ BGH, Urt. v. 18.12.1979 – VI ZR 27/78 = BGHZ 76, 279 (286 f.); BGH, Urt. v. 11.10.1994 – VI ZR 303/93 = BGHZ 127, 186 (190 f.); BGH, Urt. v. 13.6.1958 – VI ZR 109/57 = NJW 1958, 1630 (1631 f.); LG Frankfurt, Urt. v. 24.10.2013 – 2-13 O 86/10 = NJW-RR 2014, 408 (408). Zurückhaltend noch BGH, Urt. v. 26.6.1962 – VI ZR 152/61 = NJW 1962, 2201 (2201).

⁴⁸ BGH, Urt. v. 18.12.1979 – VI ZR 27/78 = BGHZ 76, 279 (285 f.); 116, 200 (208 f.); BGH, Urt. v. 11.10.1994 – VI ZR 303/93 = BGHZ 127, 186 (190–192).

⁴⁹ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 22 f. Im Ergebnis ebenso etwa *Lorenz*, in: FS Medicus, 1999, S. 353–365; *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 829 Rn. 20. *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 51 f., wendet sich gegen die Berücksichtigung von Haftpflichtversicherungen bei den Fragen nach Grund und Höhe eines Anspruchs aus § 829 BGB. Zum Meinungsstand in der Literatur *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 18.

Eine zu Gunsten des Geschädigten greifende Versicherung oder andere ihn entlastende Arten der Schadenskompensation (etwa eine Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber), führt, soweit sie greifen, zum Ausschluss eines Anspruchs aus § 829 BGB. In diesen Fällen mag die Entlastung des Schädigers zufällig erscheinen. Der Sinn des § 829 BGB, den einzelnen Geschädigten vor durch §§ 827, 828 BGB hervorgerufenen unbilligen Härten zu schützen, wird hier aber auf anderem Wege erreicht⁵⁰ – wengleich auch häufig durch eine Vergemeinschaftung des Schadens.

Wie auch immer die Abwägung letzten Endes ausfällt, zwei Dinge sind in einem Gutachten zu beachten: Zum einen wird es in der Regel an dieser Stelle weniger um ein bestimmtes „falsches“ oder „richtiges“ Ergebnis gehen; wichtiger ist vielmehr, dass sich Bearbeiter mit der Struktur des § 829 BGB und den Unterschieden der Billigkeitshaftung zur allgemeinen deliktischen Haftung auseinandersetzen, eine Abwägung vornehmen und sich mit den Umständen des Einzelfalls befassen.⁵¹ Zum anderen entscheidet die Abwägung nicht manichäisch über das Bestehen des Haftungsgrundes im Sinne eines ausschließlichen „Ja“ oder „Nein“. Ergebnis der Abwägung kann vielmehr auch sein, dass eine Partei den Schaden (nur) zum Teil zu tragen hat (siehe unter III.). Hier zeigt sich, dass in die Billigkeitserwägungen auch Aspekte einfließen können, die für gewöhnlich unter einem Mitverschulden (§ 254 BGB) berücksichtigt werden würden. § 829 BGB a.E. enthält zudem eine ausdrückliche Grenze der Haftungspflicht, indem dem Schädiger nicht die Mittel entzogen werden dürfen, derer er zu seinem eigenen angemessenen Unterhalt und zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf. Diese Begrenzung kann nachträglich entfallen: Verstirbt etwa der Schädiger, so ist sein Vermögen nicht mehr für seinen angemessenen Unterhalt erforderlich und die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 829 BGB können nun vorliegen. Ein schützenswertes Interesse der Erben an einem ungeschmälernten Nachlass gibt es demgegenüber nicht.⁵²

5. Sonderfall: Zusammentreffen von § 829 BGB und § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

Grundsätzlich setzt eine Haftung nach § 829 BGB, wie oben gezeigt, voraus, dass in objektiver Hinsicht einer der Haftungstatbestände der §§ 823 ff. BGB gegeben ist. Sieht man von § 829 BGB ab, dann kann in Fällen, in denen der Schaden von mehreren Personen verursacht worden sein kann und die Kausalität wegen der Beiträge der anderen Beteiligten jeweils zweifelhaft ist, das Kausalitätsdefizit durch § 830 Abs. 1 S. 2 BGB überbrückt und so eine gesamtschuldnerische Haftung (§ 840 Abs. 1 BGB) aller begründet werden. Diese Situation lässt sich auch für die Billigkeitshaftung des § 829 BGB denken: Liegen bei mehreren Anspruchsgegnern, sieht man vom Nachweis der Ursächlichkeit ab, die Voraussetzungen einer Haftung nach § 829 BGB vor, erscheint insbesondere mit Blick auf alle Schädiger die Schadloshaltung als ein Gebot der Billigkeit, dann kann auch hier § 830 Abs. 1 S. 2 BGB die Unsicherheit bezüglich der Kausalität überbrücken. Damit hilft § 830 Abs. 1 S. 2 BGB über die fehlende Kausalität, § 829 BGB über die fehlende Verschuldensfähigkeit hinweg. Zwar ist umstritten, ob es sich bei § 830 Abs. 1 S. 2 BGB um eine Anspruchsgrundlage handelt (h.M.) oder um eine Beweislastregel, an den zu erörternden Prüfungspunkten ändert das aber nichts, denn über das Ergebnis einer möglichen Kombination beider Vorschriften herrscht Einigkeit: I.R.v. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB kann

⁵⁰ *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 22 m.w.N. Differenzierend *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 69.

⁵¹ Sollte das Abwägungsergebnis dazu führen, dass einige offensichtlich als problematisch im Sachverhalt angelegte Aspekte nicht behandelt werden können, so mag die Erstellung eines Hilfgutachtens geboten sein, siehe *Fischer*, *ZJS 2023*, 700.

⁵² *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 24.

die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB als Haftungstatbestand geprüft werden,⁵³ umgekehrt ist im Rahmen der Prüfung der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB ebenso – entgegen dem Wortlaut des § 829 BGB und der Gesetzssystematik – § 830 Abs. 1 S. 2 BGB anwendbar.⁵⁴

Anders liegt es jedoch, wenn die Haftung eines Beteiligten nicht an der Kausalität scheitert, sondern daran, dass die Schadloshaltung im konkreten Fall nicht als ein Gebot der Billigkeit erscheint, etwa⁵⁵ weil es am wirtschaftlichen Gefälle zwischen diesem Beteiligten und dem Geschädigten fehlt. Dann lägen mit Blick auf diesen Beteiligten die Voraussetzungen des § 829 BGB auch unabhängig von der Frage der Kausalität nicht vor. Welche Bedeutung ein solches Ergebnis für die Haftung der übrigen Beteiligten, bei denen die Voraussetzungen des § 829 BGB bejaht wurden, hat, wird diskutiert. Nach einer Ansicht⁵⁶ bleibt die Ersatzpflicht der übrigen Beteiligten unberührt. Die fehlende Haftung eines Beteiligten könne die Übrigen nicht entlasten. Es erscheine unbefriedigend, dass Haftungsausschlussgründe, die nur bei einem Beteiligten vorliegen, gleichzeitig alle anderen entlasten sollen, selbst wenn sich an der möglichen Kausalität und Schadenseignung des Verhaltens aller Beteiligten nichts ändere. In der Folge wäre alsdann zu erörtern, zu wessen Lasten letztlich der „Ausfall“ der nicht nach § 829 BGB haftenden Person ginge.⁵⁷ Eine andere Ansicht (h.M.)⁵⁸ streitet für eine Gesamtlösung: Der Anspruch aus § 830 Abs. 1 S. 2 BGB (i.V.m. § 829 BGB) scheidet auch hinsichtlich der anderen Beteiligten aus. Für die Anwendbarkeit von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB müsse bei jedem Beteiligten ein anspruchsbegründendes Verhalten mit Ausnahme der Kausalität feststehen. Sei dies nicht so, scheidet nicht nur diese Person aus dem Kreis der Beteiligten aus, sondern § 830 Abs. 1 S. 2 BGB verliere insgesamt seine Grundlage. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB betreffe den Fall, dass dem Geschädigten ein Ersatzanspruch zweifelsfrei zustehe und lediglich unklar sei, gegen welchen von mehreren möglichen Schädigern er sich richte. Sei einer der Beteiligten schuldunfähig und hafte mangels Billigkeit auch nicht aus § 829 BGB, stehe ein Ersatzanspruch des Geschädigten gerade nicht zweifelsfrei fest. Wäre der Schuldunfähige der tatsächliche Schädiger, bestünde gegen diesen nämlich kein Anspruch. Dieses Risiko wolle § 830 Abs. 1 S. 2 BGB dem Geschädigten nicht abnehmen.

III. Rechtsfolgen

Wie bereits angeklungen, ist die Rechtsfolge des § 829 BGB sehr flexibel, für die Zwecke des Gutachtens letztlich aber nicht unähnlich der Anwendung des § 254 BGB im Rahmen der Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Die Bestimmung der Schadensersatzhöhe (§§ 249 ff. BGB) liegt bei § 829 BGB

⁵³ Siehe nur *Eberl-Borges*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, Updatestand: 31.1.2025, § 830 Rn. 74.

⁵⁴ Vgl. RG, Urt. v. 9.12.1918 – VI 252/18 = RGZ 94, 220 (221 f.); *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 4; *Staudinger*, in: Schulze u.a., BGB, Handkommentar, 12. Aufl. 2024, § 829 Rn. 3. Hauptargument für die Anwendbarkeit ist, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB nicht eine unerlaubte Handlung besonderer Art betrifft, sondern vielmehr nur einen aus § 823 BGB abgeleiteten Anwendungsfall darstellt.

⁵⁵ Obgleich § 829 BGB nach der Rechtsprechung ein wirtschaftliches Gefälle voraussetzt, ist bei der Frage, ob die Billigkeit eine Schadloshaltung erfordert, nicht allein auf dieses Gefälle abzustellen, sondern die Billigkeit muss nach allen in Betracht kommenden Aspekten geboten sein, BGH, Urt. v. 24.4.1979 – VI ZR 8/78 = NJW 1979, 2096 (2096).

⁵⁶ So *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1994, § 82 II. 3. a)–c); wohl auch *Schäfer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1986; Stand: 1985, § 830 Rn. 34. Vertreter dieser Ansicht wollen die fehlende Haftung eines Beteiligten dadurch berücksichtigen, dass man in diesen Fällen den auf diesen Beteiligten entfallenden Anteil „dem Geschädigten zurechnet und eine entsprechende Kürzung seines Anspruchs vornimmt“, *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1994, § 82 II. 3. a). Für diese Lösung spreche auch „die Parallele zur ‚gestörten‘ Gesamtschuld“, *Larenz/Canaris* (a.a.O.).

⁵⁷ Siehe Fn. 56.

⁵⁸ Vgl. *Seidel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2024, § 830 Rn. 59; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 830 Rn. 67. In diesem Sinne auch *Thius*, ZJS 2015, 391 (400 f.).

im richterlichen Ermessen und ist auf den Umfang begrenzt, den die Billigkeit erfordert. Vertretbar ist daher grundsätzlich eine nur teilweise, aber auch die vollständige Schadloshaltung. Ob neben dem Ersatz des materiellen Schadens auch nach § 253 Abs. 2 BGB ohne Weiteres Schmerzensgeld gefordert werden kann, wird uneinheitlich beurteilt. Die Rechtsprechung erkennt die grundsätzliche Möglichkeit an, spricht dennoch einen Anspruch auf Schmerzensgeld bislang nur zurückhaltend zu.⁵⁹

In Prüfungsaufgaben wird regelmäßig weniger entscheidend sein, in welcher Höhe Bearbeiter einen Schadensersatzanspruch festlegen als vielmehr, dass sie den Umfang der Schadloshaltung anhand von Billigkeitserwägungen thematisieren.

IV. Analoge Anwendung des § 829 BGB

§ 829 BGB soll bei fehlender Verschuldensfähigkeit nach §§ 827 f. BGB die Haftung ermöglichen. Auch bei ähnlich gelagerten Verantwortlichkeitsdefiziten wird eine (analoge) Anwendung der Norm erwogen.⁶⁰ So greift die Rechtsprechung beim *Fehlen einer Handlung im deliktischen Sinne* ebenfalls auf § 829 BGB zurück.⁶¹

Ein weiteres Feld für die analoge Anwendung des § 829 BGB ergibt sich auf Grund bestehender Einsichtsfähigkeit und gleichzeitig gegebener alterstypischer Steuerungsunfähigkeit, also wenn wegen einer Veränderung des Fahrlässigkeitsmaßstabs *der verschuldensfähige Schädiger nicht fahrlässig gehandelt hat*.⁶² Einer solchen Abweichung vom üblicherweise anzulegenden Maßstab des vernünftigen Durchschnittsmenschen mittleren Alters (siehe oben II. 1.) auf einen alterstypischen Maßstab bedarf es in denjenigen Fällen nicht, in denen die Verantwortlichkeit wegen des Alters von unter sieben Jahren auf Grund der gesetzlichen Wertung rundheraus abzusprechen ist. Denn der Schaden beruht dort gerade auf der Verschuldensunfähigkeit. Allerdings wird mit Blick auf Kinder und Jugendliche (7–17 Jahren) einerseits, Senioren andererseits befürwortet, vom objektivierten Maßstab eines vernünftigen Durchschnittsmenschen mittleren Alters abzuweichen und auf einen alterstypischen Maßstab zurückzugreifen.⁶³ Verfügen diese Menschen über die Fähigkeit, das Unrecht ihrer Handlung und damit die Verpflichtung zu erkennen, für die Folgen ihres Tuns eintreten zu müssen (Einsichtsfähigkeit),⁶⁴ dann sind sie verschuldensfähig. Gleichzeitig mag sich aus dem alterstypisch modifizierten Sorgfaltsmaßstab, z.B. demjenigen 10-jähriger Kinder, ergeben, dass sie einen Schaden noch nicht einmal fahrlässig verursacht, somit ohne Verschulden i.S.d. § 276 BGB gehandelt haben. Diese Bejahung von grundsätzlicher Verschuldensfähigkeit und fehlendem Verschulden im konkreten Fall würde dazu führen, dass eine Verschuldenshaftung nach §§ 823 ff. BGB ebenso ausgeschlossen wäre wie eine Haftung aus § 829 BGB, und zwar wegen der altersbedingten Modifikation des Fahrlässigkeitsmaßstabs. Überwiegend wird darin eine dogmatische Schiefelage gesehen. Denn es könne „keinen rechtlich erheblichen Unterschied machen, ob bei einem Jugendlichen die deliktsrechtliche Haftung

⁵⁹ Oechsler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 65; Schneider, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 25; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 26. Für diese Möglichkeit etwa schon BGH, Urt. v. 18.12.1979 – VI ZR 27/78 = BGHZ 76, 279 (282), dort noch unter Bezug auf § 847 BGB a.F.; ferner LG Frankfurt, Urt. v. 24.10.2013 – 2-13 O 86/10 = NJW-RR 2014, 408.

⁶⁰ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 4; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 190.

⁶¹ BGH, Urt. v. 15.1.1957 – VI ZR 135/56 = BGHZ 23, 90 (97–99); Schneider, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 6; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 11.

⁶² Schneider, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 8 f.; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 8–10.

⁶³ Siehe etwa BGH, Urt. v. 21.5.1963 – VI ZR 254/62 = BGHZ 39, 281 (285 f.); Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 276 Rn. 17.

⁶⁴ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 828 Rn. 12.

darum ausgeschlossen ist, weil er nach dem Stande seiner Entwicklung noch nicht die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat oder weil er trotz Vorhandenseins dieser Einsicht nach dem allgemeinen Stande der Entwicklung von Jugendlichen seiner Altersklasse nicht schon die zur Bejahung seiner Schuld erforderliche Reife besitzt. Wenn schon ein noch nicht 7 Jahre altes unverantwortliches Kind für einen von ihm angerichteten Schaden nach Billigkeitsgrundsätzen soll haften können, so muß das erst recht für einen über 7 Jahre alten Jugendlichen gelten, bei dem die Einsichtsfähigkeit besteht und aus altersgruppenbedingten Gründen nur das Verschulden fehlt.“⁶⁵

„[Denn] [f]ehlende Schuld oder fehlende Erkenntnis der Verantwortlichkeit sind solchenfalls nur Ausprägungen eines und desselben Mangels, des Mangels, an der für die deliktsrechtliche Haftung erforderlichen Reife. Nur wird dieser Mangel zumeist weniger stark sein, wenn er einem Schuldvorwurf entgegensteht, als wenn er die Erkenntnis der Verantwortlichkeit hindert.“⁶⁶

Darüber hinaus wird § 829 BGB bei *Mitverschulden von Unzurechnungsfähigen* angewandt – also nicht als Anspruchsgrundlage, sondern vielmehr gewissermaßen zur Minderung eines Anspruchs.⁶⁷ Es wäre inkonsequent, den verschuldensunfähigen Schädiger trotz der §§ 827 f. BGB nach § 829 BGB haften zu lassen, sein Mitverschulden aber nicht nach § 254 BGB (i.V.m. § 829 BGB) zu berücksichtigen und seinen eigenen Anspruch entsprechend zu kürzen.

V. Verjährung

Der Anspruch aus § 829 BGB verjährt nach §§ 195, 199 BGB innerhalb von drei Jahren, wobei sich der Fristbeginn nach der Kenntnis des Geschädigten von der Schuldunfähigkeit des Schädigers richtet wie auch nach dem Wissen, dass ein aufsichtspflichtiger Dritter nicht für den Schaden eintreten muss.⁶⁸

VI. Schluss

Die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB bleibt ein Exot im Deliktsrecht. Gerade deswegen kann sie aber auch dazu dienen, Systemverständnis zu überprüfen. Ist § 829 BGB zu erörtern, sollten Bearbeiter sich die Funktion der Billigkeitshaftung vor Augen führen, die auch auf die Kurzformel gebracht wird

⁶⁵ BGH, Urt. v. 21.5.1963 – VI ZR 254/62 = BGHZ 39, 281 (286 f.).

⁶⁶ BGH, Urt. v. 21.5.1963, – VI ZR 254/62 = BGHZ 39, 281 (286). Kritik am Auseinanderfallen von abstrakter und konkreter Einsichtsfähigkeit bei Jugendlichen und der Radizierung der einen bei § 828 Abs. 3 BGB, der anderen bei § 276 Abs. 1 BGB, übt *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 34.

⁶⁷ Die Rechtsprechung und Literatur sprechen von der „spiegelbildlichen“ Anwendung des § 829 BGB, z.B. BGH, Urt. v. 24.6.1969 – VI ZR 15/68 = NJW 1969, 1762 (1762); BGH, Urt. v. 18.12.1979 – VI ZR 27/78 = BGHZ 76, 279 (283); *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 66–70; *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 27–30; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 829 Rn. 5; *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 62. Die Literatur kritisiert mit gewichtigen Einwänden die in der Vergangenheit von der Rechtsprechung geäußerte Annahme, dass der schuldunfähige Geschädigte sich im Rahmen der spiegelbildlichen Anwendung des § 829 BGB nicht auf einen Einwand solle berufen können, der bei der direkten Anwendung des § 829 BGB Haftungsvoraussetzung ist, nämlich, dass der Geschädigte Ersatz von einem Aufsichtspflichtigen erlangen könne (Subsidiarität), *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 829 Rn. 41. Der Rechtsprechung stimmt dagegen zu *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 829 Rn. 14.

⁶⁸ *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 829 Rn. 26.

„richesse oblige“⁶⁹ – Reichtum verpflichtet: § 829 BGB soll in Fällen greifen, in denen der von §§ 827, 828 BGB angeordnete Schutz vor deliktischer Haftung seinerseits zu einer schwer zu ertragenden Ungerechtigkeit führen würde. Damit ist § 829 BGB eine Art Notrufnummer des Deliktsrechts – und sichtbares Eingeständnis des BGB-Gesetzgebers, dass bei aller Liebe zur Systematik Öffnungsklauseln ein System atmen lassen.

⁶⁹ Johann Caspar Bluntschli zugeschrieben, siehe *Burckhardt*, ZSR 22 (1903), 469 (528).

Verwaltungsgerichte zwischen Bürger und Staat – Kontrolle der Verwaltung durch unabhängige Gerichte

Prof. Dr. Ingo Kraft, Leipzig*

I. Einleitung	201
II. Historische Entwicklung	201
1. Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	201
a) Gerichtlicher Zugang: Enumerationsprinzip vs. Generalklausel	203
b) Reichweite der gerichtlichen Prüfungskompetenz.....	204
c) Rechtsprechung des Preußischen OVG	204
2. Weimarer Reichsverfassung.....	205
3. Nationalsozialismus.....	206
4. DDR.....	206
III. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit heute	207
1. Verwaltungsgerichtliche Generalklausel.....	208
2. Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit	208
3. Horizontale Kompetenzabgrenzung.....	209
4. Instanzenzug.....	209
5. Binnenorganisation	210
a) Die Verwaltung der Verwaltungsgerichte (Gerichtsverwaltung)	210
b) Zuordnung der Richter zu festen Spruchkörpern	211
c) Spruchkörper als identitätsstiftende Einheit	211
d) Beteiligung ehrenamtlicher Richter.....	211
6. Subjektiver Rechtsschutz.....	212
a) Klagebefugnis nach der Schutznormtheorie	212
b) Kompensation durch Verbandsklagen.....	213
7. Verfahrensgrundsätze	214
a) Untersuchungsgrundsatz	214
b) Mündlichkeit.....	214
c) Öffentlichkeit.....	214
8. Gerichtlicher Kontrollumfang und Kontrolldichte	214

* Prof. Dr. Ingo Kraft ist Vorsitzender Richter am BVerwG, Leipzig.

a) Gerichtliche Überprüfung in tatsächlicher Hinsicht	214
b) Gerichtliche Überprüfung in rechtlicher Hinsicht	215
aa) Grundsatz: Volle Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe	215
bb) Ausnahme: Beurteilungsspielraum	215
cc) Ermessen	216
IV. Ablauf eines Verwaltungsprozesses	216
1. Klageerhebung	216
2. Klagezustellung und Aktenanforderung.....	216
3. Vorbereitung der mündlichen Verhandlung	216
4. Die mündliche Verhandlung	216
5. Fällen der Entscheidung.....	217
6. Verkündung der Entscheidung	217
7. Abfassung der Entscheidung	218
a) Einheitlicher Urteilstext	218
b) Begründungskultur.....	218
V. Rechtsmittel	219

I. Einleitung

Im Jahr 2025 feiern wir das einhundertfünfzigjährige Jubiläum der Gründung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Es war zwar nicht das erste Verwaltungsgericht auf deutschem Boden, aber im Rückblick hat seine Rechtsprechung in vielen Bereichen heute noch gültige Wegmarken gesetzt. Das soll Anlass sein, sich mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihrer geschichtlichen Entwicklung etwas genauer zu befassen. Zumal man die Systementscheidungen, die diese Gerichtsbarkeit heute noch prägen, besser versteht, wenn man deren historische Genese nachvollzieht.

II. Historische Entwicklung

1. Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts konnte man gegen behördliche Entscheidungen nur die nächsthöhere Behörde anrufen (Rekurs). Davon ist heute nur noch das für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage obligatorische Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) vor einem Verwaltungsprozess übriggeblieben. Die binnenadministrative „Verwaltungsrechtspflege“ durch Einschaltung der Oberbehörden wurde als „Administrativjustiz“ bezeichnet.¹ Sie entsprach der französischen Auffassung einer strikten Gewaltentrennung, nach der die selbständige Exekutive nicht von der Dritten

¹ Rűfner, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3, 1984, S. 909; Überblick bei Wűrtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 42 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 2.

Gewalt in Form der ordentlichen Gerichte kontrolliert werden durfte (Verbot der injonctions).²

Den Ideen der Aufklärung entsprungene rechtsstaatliche Postulate waren en vogue. Ziel war die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht. Aber für die Wirklichkeit im Bürger-Staat-Verhältnis kam es entscheidend auf die Rechtsverwirklichung an. So formulierte der Oberappellations- und spätere Reichsgerichtsrat *Otto Bähr* (1817–1895):

„Recht und Gesetz können nur da wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden.“³

Diese Gedanken einer liberalen Bürgerschaft mündeten in die Forderungen der Paulskirchen-Verfassung vom 28.3.1849:

§ 182 Paulskirchen-Verfassung
Die Verwaltungsrechtspflege hört auf;
über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte.

Mit dem – aus heutiger Perspektive missverständlichen – Postulat sollte das in der Hand der Exekutive liegende Überprüfungsmonopol von Verwaltungsentscheidungen aufgebrochen und dem Bürger auch insoweit Zugang zu den bereits bestehenden unabhängigen Gerichten für Zivil- und Strafsachen eröffnet werden. Dahinter stand die Hoffnung, unabhängige Richter würden nicht nur im Sinne des Staates nach den Kriterien der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit mit Blick auf das Gemeinwohl entscheiden, sondern auch die Interessen der Individuen angemessen berücksichtigen. Zudem wollten die Bürger an der Ausübung staatlicher Gewalt auf der Richterbank teilhaben (Laienrichter als bürgerschaftliche Repräsentation in der Dritten Gewalt).

Mit dieser Absage an die Administrativjustiz war es aber nicht getan. Denn wie sollte man den Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichte konstruieren? Drei miteinander zusammenhängende Grundfragen mussten gelöst werden:

- Welche Gerichte sollen über Verwaltungssachen entscheiden?
- Wie weit sollte die richterliche Kontrollkompetenz reichen?
- Welchem Zweck dient die Verwaltungskontrolle: Schutz der subjektiven Rechte des Individuums oder – wie in der Administrativjustiz – objektive Kontrolle der Verwaltung?

Hierzu standen sich – stark vereinfacht⁴ – zwei Auffassungen gegenüber:

Die eine Seite betonte die Rechtsschutzfunktion für die Bürger und sah deren Schutz nur bei den vorhandenen ordentlichen, d.h. „bürgerlichen“ Gerichten gesichert. Denn deren Richter genossen sachliche und persönliche Unabhängigkeit. Spezielle Verwaltungsgerichte waren dem Verdacht der Fortsetzung der Administrativjustiz mit anderen Mitteln ausgesetzt. Für diese Auffassung stand der bereits genannte *Otto Bähr*.

Der Gegenentwurf konzipierte eine aus der Verwaltung ausgegliederte eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit, die mit unabhängigen Richtern besetzt und justizförmig organisiert sein sollte.

² Vgl. nur *Koch*, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1997, S. 186.

³ *Bähr*, Der Rechtsstaat, 1864, S. 12.

⁴ Differenzierte Darstellung bei *Kohl*, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, S. 16 ff.

Hintergrund war die Befürchtung, die ordentlichen Gerichte besäßen weder hinreichenden Sachverstand noch die notwendige Sensibilität für den das Verwaltungsrecht dominierenden Gemeinwohl-auftrag, um die Interessengegensätze von Bürger und Staat auszubalancieren. Die Konsequenz einer „Gleichbehandlung“ der Verwaltung mit dem Bürger, die sich wie dieser für ihre Tätigkeit vor den nicht spezialisierten ordentlichen Gerichten zu verantworten hätte, schreckte nicht nur die Konservativen ab. Primärer Zweck der Verwaltungsgerichte war nach dieser vor allem in Preußen vertretenen Auffassung die Verbesserung der Verwaltungsqualität; der Rekurs des Bürgers bot dafür nur den willkommenen Anlass. Hauptvertreter war der Berliner Rechtsgelehrte und Reichstagsabgeordnete *Rudolf von Gneist* (1816–1895).⁵

Verwirklicht wurde ein Kompromiss: Gesonderte Verwaltungsgerichte, die auf die Funktion des subjektiven Rechtsschutzes beschränkt waren.⁶ Im Oktober 1863 gründete das Großherzogtum Baden einen Verwaltungsgerichtshof in Karlsruhe als „zweite Instanz“,⁷ während die erste Instanz von den beim Bezirksamt gebildeten Bezirksräten (Administrativjustiz mit Beteiligung von Laien) ausgeübt wurde. 1875 wurde das Preußische Oberverwaltungsgericht in Berlin aus der Taufe gehoben⁸ und Bayern folgte mit dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in München im Jahre 1879.⁹ Die ab Mitte des 19. Jahrhunderts in fast allen deutschen Ländern¹⁰ errichteten Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe wurden organisatorisch immer noch als Bestandteile der inneren Verwaltung und nicht etwa der Justiz (ordentliche Gerichte) angesehen.¹¹ Eigenständige Gerichte bildeten sich erst nach und nach heraus.¹² Zuletzt wurde schließlich am 1.1.1901 auch in Sachsen die Administrativjustiz abgeschafft und das Sächsische Oberverwaltungsgericht in Dresden eingesetzt.¹³ Nach der Auflösung zu DDR-Zeiten wurde es im Jahr 1992 wieder gegründet und hat seitdem seinen Sitz in Bautzen.

a) Gerichtlicher Zugang: Enumerationsprinzip vs. Generalklausel

In den Anfängen der Verwaltungsgerichtsbarkeit war der Zugang zu den Verwaltungsgerichten in den

⁵ v. *Gneist*, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1872 (2. Aufl. 1879).

⁶ Vordenker in dieser Richtung war v. *Sarwey*, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, 1880, S. 73 ff.

⁷ Gesetz v. 5.10.1863 = RegBl. S. 399. Näher dazu *Pagenkopf*, *150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 2014, S. 15 ff., mit dem interessanten Hinweis (S. 20), wonach die protestantische Beamtenelite in Baden in Abgrenzung zur katholisch geprägten Justiz nicht zuletzt aus Gründen der Konfessionsverschiedenheit eine eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit anstrebte.

⁸ Gesetz v. 3.7.1875 = GS S. 375. Ausführlich dazu *Pagenkopf*, *150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 2014, S. 30 ff.

⁹ Gesetz v. 8.8.1878 = GVBl. S. 369. Dazu *Pagenkopf*, *150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 2014, S. 24 ff.

¹⁰ Erst nach 1918 wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Hansestädten Hamburg (1921) und Bremen (1924) sowie in Mecklenburg-Schwerin (1922) und Mecklenburg-Strelitz (1922) eingeführt; nur in Schaumburg-Lippe wurde kein Verwaltungsgericht eingerichtet. Zu weiteren Einzelheiten v. *Elbe*, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder*, 1925, passim.

¹¹ *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, S. 299 f.

¹² Vgl. *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, S. 94 f., wonach der ordentlichen Gerichtsbarkeit vergleichbare „vollwertige“ zwei Rechtszüge nur in Hamburg bestanden, und „vollwertige“ oberste oder einzige Verwaltungsgerichte nur in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Thüringen, Hamburg (ab 1921) und Oldenburg.

¹³ Sächsisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 19.7.1900 = GVBl. S. 486.

Ländern des Deutschen Reichs unterschiedlich weit ausgestaltet: Zumeist, so z.B. in Preußen,¹⁴ galt das Enumerationsprinzip; d.h. Klagen waren nur in den ausdrücklich gesetzlich geregelten Fällen gegen belastende Verwaltungsakte statthaft. Mit landesspezifisch unterschiedlicher Reichweite hatte man so einen vorsichtigen Einstieg in den Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichte gewählt. Der Verwaltungsakt hatte – in Abgrenzung z.B. zur innerdienstlichen beamtenrechtlichen Weisung – eine den Rechtsschutz *eröffnende* Funktion und diente nicht nur – wie heute – der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Klagearten. Nur in Württemberg¹⁵ galt bereits 1876 die Generalklausel, d.h. die Rechtsform des Verwaltungshandelns hatte für die Statthaftigkeit einer Klage keine Bedeutung, ebenso in Sachsen für Anfechtungsklagen gegen belastende Verwaltungsakte ab dem Jahr 1901.¹⁶

b) Reichweite der gerichtlichen Prüfungskompetenz

Viele Länder beschränkten den gerichtlichen Kontrollauftrag auf die Überprüfung von *Rechtsfragen* (Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung bestehenden Rechts) sowie *Verfahrensmängel*.¹⁷ Ob das Gericht auch die tatsächlichen, dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Annahmen der Behörde (*Tatfragen*) überprüfen und dazu eigene Feststellungen durch Beweisaufnahmen zu treffen hatte oder in dieser Hinsicht auf den Akteninhalt beschränkt war, hatten die Länder unterschiedlich geregelt. Das Sächsische Oberverwaltungsgericht war z.B. reine Rechts- und keine Tatsacheninstanz.¹⁸

Eine andere Dimension betrifft die Frage, ob auch *Ermessensverwaltungsakte* der gerichtlichen Nachprüfung unterlagen. Württemberg z.B. hatte sie der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen.¹⁹ Die Ermessenskontrolle galt noch immer als *proprium* der Exekutive.²⁰

c) Rechtsprechung des Preußischen OVG

Das Preußische Oberverwaltungsgericht in Berlin mit seinem imposanten Gebäude in der Hardenbergstraße übernahm mit der Ausprägung liberal-rechtsstaatlicher Ideen eine gewisse Führungsrolle in der Verwaltungsrechtsprechung, deren Qualität auch in anderen Ländern anerkannt wurde.

¹⁴ Vgl. die Aufzählung in §§ 30 ff. des Preußischen Gesetzes betreffend die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtbehörden v. 26.7.1876 = GS S. 297. Das Gesetz über die Allgemeine Landesverwaltung (LVG) v. 30.7.1883 (GS S. 195) eröffnete in § 127 aber immerhin in einem für die Bürger wichtigen Bereich die Beschwerde- und in § 128 die Klagemöglichkeit gegen polizeiliche Verfügungen der Orts- und Kreispolizeibehörden. Dazu *Pagenkopf*, 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 2014, S. 27 ff.

¹⁵ Art. 13 Abs. 1 Württembergisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 16.12.1876 = RegBl. S. 485: „Außerdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof vorbehältlich der hienach bezeichneten Ausnahmen über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn Jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei.“

¹⁶ §§ 73 ff. Sächsisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege = GVBl. S. 486.

¹⁷ Vgl. nur § 95 des Preußischen LVG.

¹⁸ Einzelheiten bei *Baring*, in: *Baring*, Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1964, S. 65 (68 ff.).

¹⁹ Art. 13 Abs. 2 Württembergisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege = Reg.Bl. S. 485: „Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind.“

²⁰ Zur unterschiedlichen Reichweite der verwaltungsgerichtlichen Kontrollkompetenz für Ermessensentscheidungen in den Ländern: *Held-Daab*, Das freie Ermessen – Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, 1996, S. 102 ff.

Zu erwähnen sind u.a. das Kreuzberg-Urteil,²¹ in dem die Reichweite des Gefahrenbegriffs – in Abgrenzung zur „Wohlfahrtspflege“ – stark eingeschränkt und städtebauliche Regulierungsbedürfnisse sich vom Sicherheitsrecht zu emanzipieren vermochten. Damit wurde dem Bauplanungsrecht als Rechtsgebiet der Weg bereitet. Oder die Aufhebung des Aufführungsverbots von *Gerhart Hauptmanns* Stück „Die Weber“: Der Berliner Polizeipräsident hatte die Aufführung zensiert, weil „die unteren Bevölkerungsschichten“ unter dem Eindruck dieses „sozialistischen Tendenzstücks“ zur Auflehnung gegen die bestehende Ordnung fortgerissen werden könnten. Durch die Urteilsbegründung schimmert eine gehörige Prise Ironie durch, wenn der Senat im Hinblick auf die nach damaligen Verhältnissen teuren Eintrittspreise des Theaters ausführte, „... daß dieses Theater vorwiegend nur von Mitgliedern derjenigen Gesellschaftskreise besucht wird, die nicht zu Gewaltthätigkeiten oder anderweitiger Störung der öffentlichen Ordnung geneigt sind.“²²

Rechtsstaatlich bedeutsam ist mit Blick auf den Kontrollumfang von Ermessensakten die dogmatische Trennung zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen einer Vorschrift (volle gerichtliche Überprüfung) und dem davon zu trennenden Ermessen auf der Rechtsfolgenseite, das nur eingeschränkter richterlicher Überprüfung unterliegt. Das Preußische Oberverwaltungsgericht hob in seinem dritten Urteil zu Aufführungsverboten von *Hauptmanns* „Die Weber“ hervor:²³

„[...] Ein Ermessen der Polizei und die Beschränkung des Verwaltungsrichters diesem gegenüber bei der Prüfung einer polizeilichen Verfügung kommen erst in Betracht, wenn die zu dem polizeilichen Einschreiten erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen und damit die Berechtigung der Polizei zum Einschreiten feststeht. Daß aber bei einer wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung getroffenen polizeilichen Verfügung es zu deren tatsächlichen Voraussetzungen gehört, ob die Gefährdung und wann sie vorhanden ist, kann keinem Zweifel unterliegen.“

Die dogmatische Abschichtung von Tatbestand und Rechtsfolgeermessen bei einer nach dem konditionalen „Wenn [...], dann [...]“-Schema strukturierten Norm und die Herausarbeitung der unterschiedlichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte von unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite und dem Ermessen als Entscheidungsprärogative der Exekutive kann als spezifisch deutsche rechtsstaatliche Errungenschaft gar nicht überschätzt werden. Anders als z.B. in Frankreich wurde auf diese Weise ein Set von gerichtlichen Kontrollmaßstäben ausdifferenziert, in dem sich die unterschiedliche Dichte der Gesetzesbindung der Verwaltung widerspiegelt: Unbestimmte Rechtsbegriffe als Tatbestandselemente unterliegen grundsätzlich voller gerichtlicher Kontrolle, während die Ermessensausübung nur auf die rechtlichen Grenzen (heute: § 40 VwVfG) überprüft wird. Diese Differenzierung hat noch heute fundamentale Bedeutung und liegt den in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelten richterlichen Prüfprogrammen zugrunde (§ 113 Abs. 1 S. 1 und § 114 S. 1 VwGO). Wir werden darauf zurückkommen.

2. Weimarer Reichsverfassung

Die Weimarer Reichsverfassung enthielt mit Art. 107 die programmatische Forderung:

²¹ PrOVG, Urt. v. 14.6.1882 – OVG II B 23.82 = PrOVGE 9, 353; wieder abgedruckt in DVBl. 1985, 216.

²² PrOVG, Urt. v. 2.10.1893 – OVG Nr. III 893, zit. nach einer Abschrift in den Akten des Preußischen Hauptarchivs: Rep. 184 Nr. 884. Dazu *Pagenkopf*, Das preußische OVG und Hauptmanns Weber, 1988.

²³ PrOVG, Urt. v. 15.10.1896 – OVG Nr. III 1276 = Bochmann, Mitteilungen der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Bd. 3, 1896, S. 187 (188).

Art. 107 Weimarer Reichsverfassung

Im Reiche und in den Ländern müssen nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutz der Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen.

Aber die Crux lag in dem Maßgabebewerb für den einfachen Gesetzgeber. In den Ländern war die Ausgestaltung der Verwaltungskontrolle noch immer stark zersplittert. Der heterogene Unterbau und der partikulär motivierte politische Kampf der Gliedstaaten gegen das Reich verhinderte die Gründung eines Reichsverwaltungsgerichts; auch befürchtete das Reichsgericht Kompetenzverluste.²⁴ Verwaltungsrechtsprechung wurde noch immer als integrierter Teil der Verwaltung angesehen.²⁵ Aber: Die subjektiv-öffentlichen Rechte der Bürger wurden auf allen Bereichen des Verwaltungsrechts von den Richtern durchdekliniert,²⁶ mit in der Praxis zunehmendem Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung nahm der Rechtsstaat für den Bürger reale Gestalt an.

3. Nationalsozialismus

Ausgerechnet im Dritten Reich wurde per Führererlass vom 3.4.1941 das Reichsverwaltungsgericht errichtet; das Preußische Oberverwaltungsgericht und der Verwaltungsgerichtshof Wien gingen in dieser Institution auf. Angesichts der beachtlichen rechtsstaatlichen Tradition jener Gerichte war das geradezu eine Farce. Denn eine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit, die begriffsnotwendig Gewaltenteilung voraussetzt, war im kollektiven, überindividuellen, die Volksgemeinschaft als Wurzel begreifenden Führerstaat sinnlos, der mit den „liberalen Zerreißen“ von Individualismus, Pluralismus und Gewaltenteilung aufräumen wollte. Für Verwaltungsgerichte „liberalistischen Ursprungs“ war im NS-System kein Platz;²⁷ zudem hatte das subjektive Recht des Individuums in einem Rechtsdenken ausgehend von der Volksgemeinschaft ausgedient.²⁸ Die Rechtsprechung schwenkte auf den Zeitgeist ein: Verfügungen der GESTAPO konnten nicht angefochten werden²⁹ und unbestimmte Rechtsbegriffe wurden nunmehr auf der Grundlage der nationalsozialistischen Ideologie ausgelegt.³⁰

4. DDR

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges hatte der Alliierte Kontrollrat der Besatzungsmächte mit dem Gesetz Nr. 36 vom 10.10.1946 die Wiederrichtung der Verwaltungsgerichte in den Zonen und Berlin angeordnet, überließ aber die Regelungen zur Gerichtsverfassung, Zuständigkeit und Verfahren den Zonenbefehlshabern und in Berlin der Alliierten Kommandatura.³¹ Die Sächsische Verfassung vom 28.2.1947 sah sogar die Wiedereinrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit vor:

²⁴ Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, S. 114, 122, 154 ff., 193 ff., 393 ff.

²⁵ Nachweise bei Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, S. 148 ff., zur Gedenkschrift des PräsPrOVG v. Bitter S. 164.

²⁶ Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 95; Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 376.

²⁷ Kraft, Leipzig Law Journal 2023, 132 (136 m.w.N.); Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, S. 406 m.w.N.

²⁸ Maunz, ZStW 96 (1936), 71 ff.

²⁹ PrOVG, Urt. v. 2.5.1935 – III C 43/85 = PrOVGE 96, 83 (84 ff.).

³⁰ PrOVG, Urt. v. 9.7.1936 – III C 169/36 = PrOVGE 99, 185 (186 f.) – mangelnde Zuverlässigkeit eines kommunistischen Gastwirts; PrOVG, Urt. v. 16.3.1937 – VIII Saar 56. A/35 = PrOVGE 100, 313 (323 f.).

³¹ Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland Nr. 11 v. 31.10.1946, S. 183.

Art. 67 Sächsische Verfassung

Dem Schutze der Einwohner gegen widerrechtliche Anordnungen und Verfügungen der Verwaltung dient die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Aufgrund des Befehls Nr. 173 der Sowjetischen Militäradministration vom 8.7.1947 betreffend die Wiederherstellung und Reorganisation der Administrativgerichte beschloss der Sächsische Landtag am 30.10.1947 das Sächsische Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit.³² Das ist insofern erstaunlich, als unter dem Prinzip der „revolutionären“ bzw. „sozialistischen Gesetzlichkeit“ kein Raum für eine unabhängige Verwaltungskontrolle sein konnte. Denn die „sozialistische Gesetzlichkeit“³³ integriert Rechtsbrüche als „außerordentliche Maßnahmen“ in das Rechtssystem und relativiert auf diese Weise die Rechtsbindung der Exekutive. Eine funktionierende Verwaltungsgerichtsbarkeit setzt indes die Trennung von Staat und Gesellschaft sowie eine funktionierende Gewaltenteilung voraus; das galt im Sozialismus als Anachronismus. Wird aber ein potentieller Interessengegensatz zwischen Individuum und Staat(spartei) unter dem kommunistischen Identitäts- oder Harmoniedogma von Arbeiterklasse und Staat³⁴ geleugnet, ist kein Platz für eine Kontrolle durch unabhängige Gerichte. Denn: Die Partei hat immer Recht.

Weitere Schritte zum Aufbau von Verwaltungsgerichten ließen wegen des großen Widerstands der SED bis 1949 auf sich warten.³⁵ In Dresden wurde ein Landesverwaltungsgericht eingerichtet, das aber keine wirkliche Funktion ausübte; man verzichtete sogar auf die Voraussetzung der Befähigung zum Richteramt.³⁶ Mit der Abschaffung der Länder und Einrichtung der Bezirke in der DDR im Jahr 1952³⁷ wurden die bestehenden Verwaltungsgerichte abgewickelt. In der DDR-Verfassung vom 6.4.1968 sucht man die Verwaltungsgerichtsbarkeit denn auch vergeblich. Stattdessen blühte das Eingabewesen.

III. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit heute

Das im letzten Jahr 75 Jahre alt gewordene Grundgesetz beruht zum einen auf den Erfahrungen der Weimarer Zeit und ist zum anderen die unmittelbare Antwort der Verfassungsväter und -mütter auf die Erfahrungen unter der Diktatur des Nationalsozialismus.³⁸ Das zeigt sich schon im Aufbau des Verfassungstexts: Anders als z.B. die US-amerikanische Verfassung, die in den ersten drei Artikeln mit den drei Staatsgewalten (Legislative, Exekutive und Judikative) beginnt, eröffnet das Grundgesetz noch vor der Staatsstrukturbestimmung des Art. 20, durch die die Bundesrepublik überhaupt kon-

³² SächsGVBl. S. 121. Zur Entwicklung in der sowjetischen Besatzungszone ausführlich *Lubini*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der SBZ/DDR 1945–1952, 2015, S. 7 ff., 20 ff., 99 ff.

³³ *Wyschinski*, Revoljucionnaja zakonnost' na sovremennom etape (Die revolutionäre Gesetzlichkeit in der gegenwärtigen Etappe), 1933, S. 70, zit. nach *F.-C. Schroeder*, APuZ 3/1980, 7. Insoweit besteht eine Parallele zu der auch im Nationalsozialismus extrem relativen Rechtsbindung der Verwaltung *Kohl*, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, S.405 m.w.N.

³⁴ *Brunner*, in: Frenzke, Macht und Recht im kommunistischen Herrschaftssystem, Boris Meissner zum 50. Geburtstag von seinen Schülern und Mitarbeitern, 1965, S. 19 (33).

³⁵ Änderungsgesetz vom 30.9.1949 = SächsGVBl. S. 658.

³⁶ Änderungsgesetz vom 25.5.1950 = SächsGVBl. S. 397.

³⁷ Gesetz über die weitere Demokratisierung des Aufbaus und der Arbeitsweise der staatlichen Organe in den Ländern der Deutschen Demokratischen Republik v. 23.7.1952 = GBl. S. 613.

³⁸ Differenzierend *Dreier*, in: Münch/Thiele, Verfassungsrecht im Widerstreit, Gedächtnisschrift für Werner Heun, 2019, S. 13 ff.

stituiert wird, mit dem Grundrechtsteil der Art. 1–19 GG, der staatliche Macht begrenzt. Aber auch im Hinblick auf den Verwaltungsrechtsschutz unterstreicht sie die Bedeutung dieser Errungenschaft des 19. Jahrhunderts für den Rechtsstaat. Das Grundgesetz garantiert:

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.

1. Verwaltungsgerichtliche Generalklausel

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist eine klare Absage an das Enumerationsprinzip des 19. Jahrhunderts, demzufolge der einfache Gesetzgeber bereichsspezifisch über den Zugang zu den Verwaltungsgerichten entschied.³⁹ Heute wird Rechtsschutz gegen *alle* Ausprägungen des Handelns der öffentlichen Gewalt unabhängig von der konkreten Rechtsform gewährt.⁴⁰ Diese verfassungsrechtliche Fundierung des Zugangs zu den Gerichten als Grundrecht hat *Richard Thoma* im Gefolge von *Gustav Radbruch* als „Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaats“ apostrophiert.⁴¹ Die Verwaltungsgerichtsordnung vollzieht dieses Grundrecht in § 40 VwGO nur nach, wenn sie öffentlich-rechtliche Streitigkeiten grundsätzlich den Verwaltungsgerichten zuweist.

2. Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Das im Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG niedergelegte Prinzip der Gewaltenteilung verlangt, dass die Gerichte organisatorisch hinreichend von den Verwaltungsbehörden getrennt sein müssen⁴² und schließt grundsätzlich jede Verschmelzung von Gerichten und Verwaltungsbehörden aus.⁴³ Dem folgend hat der einfache Gesetzgeber in § 1 VwGO bestimmt, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch unabhängige, von den Behörden getrennte Gerichte ausgeübt wird. § 38 VwGO ergänzt diese institutionelle Eigenständigkeit durch das Verbot, den Verwaltungsgerichten Verwaltungsgeschäfte außerhalb der Gerichtsverwaltung zu übertragen.

Anders als das französische Staatsratsystem,⁴⁴ in dem der Conseil d'Etat sowohl Beratungsorgan von Regierung und Parlament (sections administratives) als auch höchstes Verwaltungsgericht (section du contentieux) ist, haben Verwaltungsgerichte in Deutschland keine die Legislative oder Exekutive beratende Funktion. Das schließt aber nicht aus, dass sie um Stellungnahmen bei der Vorbereitung von Gesetzentwürfen mit Bezug zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gebeten werden.

³⁹ Statt vieler *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 11 Rn. 4.

⁴⁰ Das schließt Realakte der Verwaltung ein, vgl. BVerwG, Urt. v. 25.10.2017 – 6 C 46.16 (Tiefflug eines Tornados über Demonstranten-Camp) = BVerwGE 160, 169 (173 Rn. 13).

⁴¹ *Thoma*, in: Wandersleb/Trautmann, Recht – Staat – Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 9; *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1910, S. 90: „Der Schlußstein wurde dem Rechtsstaat aber erst mit der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* eingefügt.“

⁴² BVerfG, Beschl. v. 9.5.1962 – 2 BvL 13/60 = BVerfGE 14, 56 (67); BVerfG, Beschl. v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63 = BVerfGE 18, 241 (254).

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 9.5.1962 – 2 BvL 13/60 = BVerfGE 14, 56 (68).

⁴⁴ Ebenso in Belgien, Niederlande (Raad van State) und Italien (Consiglio di Stato). Zu Frankreich vgl. die Beiträge von *Liebler*, VerwArch. 101 (2010), 1; *Wittkopp*, VerwArch. 112 (2021), 280.

3. Horizontale Kompetenzabgrenzung

Im internationalen Vergleich dürfte die Auffächerung der Dritten Gewalt in fünf Gerichtsbarkeiten einmalig sein. Das deutsche Prozessrecht unterscheidet, der Ausdifferenzierung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes in Art. 95 Abs. 1 GG folgend und vom Gedanken der Spezialisierung geleitet, auf der ersten Ebene zwischen *bürgerlichen* Rechtsstreitigkeiten, die es den ordentlichen Gerichten (Amts-, Land-, Oberlandesgerichte und Bundesgerichtshof) zuweist,⁴⁵ und den *öffentlich-rechtlichen* Streitigkeiten, für die es den Verwaltungsrechtsweg vorsieht.⁴⁶ Auf dieser Abschichtung setzt dann eine weitere – noch immer dem Gedanken der Spezialisierung geschuldete – Ausdifferenzierung auf: Auf der einen Seite die Herauslösung der Arbeitsgerichtsbarkeit⁴⁷ aus den ordentlichen Gerichten und auf der anderen Seite die Emanzipation der Sozial- und Finanzgerichte von den Allgemeinen Verwaltungsgerichten durch gesetzliche Spezialzuweisungen sozial- bzw. steuerrechtlicher Streitigkeiten an diese Gerichtsbarkeiten.⁴⁸

Schlüssel für die horizontale Kompetenzaufteilung ist die Abgrenzung zwischen „bürgerlicher“ (§ 13 GVG) und „öffentlich-rechtlicher Streitigkeit“ (§ 40 Abs. 1 VwGO). Vereinfacht gesagt erfasst die Definition alle Rechtsverhältnisse, an denen *zwingend* zumindest ein Träger öffentlicher Verwaltung beteiligt ist. Einen Überblick über die vor den Verwaltungsgerichten ausgetragenen Streitigkeiten kann man sich durch einen Blick in den bei jedem Gericht obligatorischen Geschäftsverteilungsplan verschaffen.⁴⁹ Dieser von dem Präsidium eines Gerichts in richterlicher Selbstverwaltung jährlich neu beschlossene Plan bestimmt zum einen über die dem einzelnen Spruchkörper zugewiesenen Materien und zum anderen über die personelle Zusammensetzung der Spruchkörper (Verwaltungsgericht: Kammern [§ 5 Abs. 2 VwGO] vs. Oberverwaltungs- und Bundesverwaltungsgericht: Senate gem. § 9 Abs. 2 und § 10 Abs. 2 VwGO).

4. Instanzenzug

In Deutschland gibt es 52 Verwaltungsgerichte erster Instanz und in jedem Bundesland ein Oberverwaltungsgericht.⁵⁰ Die Oberverwaltungsgerichte bündeln als Berufungsgerichte die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und fungieren in ausgesuchten Fallgruppen mit besonderer Komplexität als Eingangsinstantz.⁵¹

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die angegriffene Entscheidung der Vorinstanz als Rechtsmittelgericht im Revisionsverfahren nur am Prüfungsmaßstab des sog. revisiblen Rechts, d.h. in erster Linie am *Bundesrecht* (§ 137 Abs. 1 VwGO); das ist Ausdruck des Föderalismus. Deshalb entscheiden die Oberverwaltungsgerichte abschließend über die Auslegung und Anwendung ihres Landesrechts. Demzufolge kann das Bundesverwaltungsgericht Berufungsurteile, in denen Prüfungsmaßstab ausschließlich Landesrecht ist (wie z.B. Schulrecht), nur im Ergebnis am Maßstab des Grundgesetzes überprüfen; die Auslegung des Landesrechts durch das Oberverwaltungsgericht hat es hinzunehmen.

⁴⁵ § 13 GVG.

⁴⁶ § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

⁴⁷ § 2 ArbGG.

⁴⁸ § 51 SGG und § 33 FGO.

⁴⁹ Der Geschäftsverteilungsplan des BVerwG ist einsehbar unter <https://www.bverwg.de/rechtsprechung/geschaeftsverteilungsplan> (1.3.2025).

⁵⁰ Nur die Länder Berlin und Brandenburg haben ein gemeinsames Oberverwaltungsgericht mit Sitz in Berlin.

⁵¹ § 48 VwGO, z.B. bei größere Infrastrukturvorhaben.

Der Gesetzgeber weist dem Bundesverwaltungsgericht aber zunehmend Fälle als Eingangsinstanz zu (§ 50 BVerwG), z.B. bei großen Infrastrukturvorhaben. Diese Sondersituation war zu Zeiten der deutschen Wiedervereinigung mit Blick auf die Notwendigkeit schneller Entscheidungen z.B. über Ost-West-Autobahnen und Schienenwege gerechtfertigt, begegnet aber zunehmend verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die Obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 GG) in erster Linie als Rechtsmittelgerichte fungieren und nur ausnahmsweise erstinstanzlich tätig werden sollen. Mittlerweile hat die Arbeitsbelastung des Bundesverwaltungsgerichts mit erstinstanzlichen Verfahren über alle Senate hinweg ca. 40 % erreicht – von einer Ausnahme lässt sich da nicht mehr sprechen.⁵²

5. Binnenorganisation

a) Die Verwaltung der Verwaltungsgerichte (Gerichtsverwaltung)

Obwohl Gerichte in Deutschland als eigenständige Organisationseinheiten der Rechtspflege ausgebildet sind, verwalten sie sich nicht vollständig selbst. Vielmehr liegt die Gesamtorganisation der Bereitstellung der für die Rechtsprechung notwendigen sächlichen und personellen Mittel in der Hand des jeweils zuständigen Landes- bzw. Bundesministeriums.⁵³

Gegen die Ministerialverwaltung der Dritten Gewalt, die u.a. die Ernennung und Beförderung der Richter umfasst, wird immer wieder rechts- und vor allem standespolitisch eine vollumfänglich ministerialfreie richterliche Selbstverwaltung in Form eines aus Richtern zusammengesetzten Justizverwaltungsrates postuliert.⁵⁴ Nach deutschem verfassungsrechtlichem Verständnis ist eine Selbstverwaltung der Justiz weder gefordert⁵⁵ noch der demokratischen Legitimation und Unabhängigkeit der Justiz wirklich förderlich. Vielmehr erscheint das Wirken eines Justizverwaltungsrats wie des italienischen Consiglio superiore della magistratura nach dem Modell des richterlichen autogoverno als Musterbeispiel parteipolitischer Einflussnahme auf die Personalentscheidungen eher abschreckend.⁵⁶

Bei dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) unterliegenden Personalentscheidungen (Einstellung, Beförderung) konkurrieren in Deutschland zwei Modelle: Die reine Ministerialernennung und die Mitwirkung von Richterwahlausschüssen (z.B. für Bundesrichter in Art. 95 Abs. 2 GG). In beiden wirkt der von Richtern gewählte Präsidialrat als Vertretungsgremium mit.⁵⁷ Er äußert sich zur persönlichen und fachlichen Eignung der Kandidaten. Bei der Bundesrichterwahl sorgt dieses Gremium für eine bundesweit vergleichbare Beurteilungsgrundlage. Weder ein Richterwahlausschuss noch der Minister ist an sein Votum nicht gebunden, muss aber Abweichungen von dem Votum des Präsidialrates begründen.⁵⁸ Personalentscheidungen sind zudem im Wege

⁵² Kritisch dazu Kraft, in: Rechtskonflikte, FS Dreier, 2024, S. 357.

⁵³ Zur Ressortierung der Verwaltungsgerichte unter das Landesjustizministerium oder das Innenministerium (nur Bayern) Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 101 ff. m.w.N.

⁵⁴ van Husen, AöR 78 (1952/53), 49 ff.; ausführlich dazu Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 27 f., S. 641 ff.

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.7.1993 – 2 BvR 1282/93 = NVwZ 1993, 1077 (1078).

⁵⁶ Vgl. dazu Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 555 ff., insbesondere S. 562 ff.

⁵⁷ Bundesgerichte: § 49 DRiG und zu den Mitwirkungsbefugnissen §§ 54 ff. DRiG; Landesgerichte: Bundesrechtliche Vorgaben in § 74 f. DRiG. Dazu Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 292 ff., S. 361 ff.

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15 = BVerfGE 143, 22.

einer Konkurrentenklage verwaltungsgerichtlich am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG überprüfbar.⁵⁹

b) Zuordnung der Richter zu festen Spruchkörpern

Spruchkörper werden nicht ad hoc bestimmt, sondern Richter sind einer bestimmten Kammer/ einem bestimmten Senat auf Dauer fest zugeordnet. Anders als z.B. in Polen, in denen die Richter in Abteilungen (Allgemeine Verwaltungskammer, Wirtschaftskammer und Finanzkammer) zusammengefasst sind und die den konkreten Fall entscheidenden Richter von dem Abteilungspräsidenten ad hoc zusammengestellt werden, verlangt der Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), dass die zur Entscheidung eines Falles berufenen Richter abstrakt vorherbestimmt sind.⁶⁰ Deshalb ist die Fixierung der Zuständigkeiten durch den Geschäftsverteilungsplan ein Gebot, das sich innerhalb eines Spruchkörpers fortsetzt. Jeder Manipulationsmöglichkeit und Einflussnahme auf die Entscheidung durch Auswahl der entscheidenden Personen soll damit vorgebeugt werden. Diese Anforderungen sind im internationalen Vergleich eher streng.

c) Spruchkörper als identitätsstiftende Einheit

Durch die Einbindung in feste Spruchkörper ist die jeweilige Kammer (bzw. der jeweilige Senat) die identitätsstiftende Organisationseinheit, in der der einzelne Richter denkt und fühlt. „Meine 3. Kammer“ – dieses in seiner personellen Zusammensetzung zumeist über Jahre stabile Kollegium mit einem/einer Vorsitzenden und zwei beisitzenden Richtern sowie den bei den mündlichen Verhandlungen dazu stoßenden ehrenamtlichen Richtern ist das Kollektiv, das jeden Richter prägt. Es steht für Kontinuität der Rechtsprechung und hat zudem mit der Besetzung durch drei Berufsrichter eine mäßigende Funktion, da sich Extremauffassungen im Diskurs selten durchzusetzen vermögen. Anders als bei den Zivilgerichten, in denen aufgrund permanenter Überlastung fast nur noch der Einzelrichter entscheidet und sich so das kollektive Identitätsgefühl auflöst, wird das Kammerprinzip in der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch gepflegt. Zwar ermöglicht § 6 Abs. 2 VwGO die Übertragung an den Einzelrichter, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und keine grundsätzliche Bedeutung hat. Lediglich im Asylrecht ist infolge des Workload der Einzelrichter zum Regelfall geworden.⁶¹

Zudem werden junge Kolleginnen und Kollegen durch das Kammerprinzip im Wege der Einbindung an die praktische Rechtsprechungstätigkeit herangeführt und integriert. Insbesondere die Arbeitsweise und die Verhandlungsführung des (oder der) ersten Vorsitzenden hat wesentlichen Einfluss auf einen Proberichter (Dienstanfänger), ohne dass dieser sich dessen immer bewusst ist. Erst im Vertretungsfall durch Einsatz in anderen Kammern bemerkt ein Proberichter unterschiedliche Stile, Dynamiken und Herangehensweisen an die Falllösung und in der Gestaltung der mündlichen Verhandlung.

d) Beteiligung ehrenamtlicher Richter

Obligatorisch bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz und für den Landesgesetzgeber fakultativ

⁵⁹ Abschreckendes Beispiel für parteipolitische Einflussnahmen zuletzt BVerfG, Beschl. v. 7.8.2024 – 2 BvR 418/24 (Konkurrentenstreit um das Präsidentenamt des OVG Münster) = NVwZ 2024, 1832.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.7.1990 – 1 BvR 984/87, 1 BvR 985/87 = BVerfGE 82, 286 (298); BVerfG (Plenum), Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95 = BVerfGE 95, 322 (327 ff.).

⁶¹ Übertragungsermächtigung von der Kammer auf den Einzelrichter in § 76 AsylG.

auf der Ebene der Oberverwaltungsgerichte ist die Laienbeteiligung auf der Richterbank. Deren Mitwirkung an der Verwaltungsrechtsprechung, mit der eine gesellschaftliche Kontrolle der Justiz gewährleistet werden sollte, reicht zurück bis ins 19. Jahrhundert. Damit fließen Elemente der praktischen Vernunft und Gerechtigkeitsvorstellungen der Gesellschaft in die Entscheidungsfindung ein, die insbesondere bei der tatrichterlichen Beweiswürdigung im Rahmen der Tatsachenfeststellung (z.B. Glaubwürdigkeitsbeurteilung im Asylprozess) ihre Berechtigung haben. Die ehrenamtlichen Richter wirken in der mündlichen Verhandlung und bei der Urteilsfindung mit gleichen Rechten wie die Berufsrichter mit (§ 19 VwGO); ihre Stimmen haben das gleiche Gewicht wie die der Berufsrichter. Sie werden auf fünf Jahre gewählt und bis zu zwölf Mal im Jahr zu Sitzungen herangezogen.

Zwei Funktionen des Einsatzes von ehrenamtlichen Richtern verdienen Hervorhebung: Zum einen müssen die Berufsrichter den Laien Sinn und Zweck der Vorschriften sowie die Sinnhaftigkeit der angedachten Falllösung erklären. Dieser Zwang zur diskursiven Erläuterung gegenüber Nicht-Spezialisten ermöglicht die Selbsterprüfung der ins Auge gefassten Lösung. Zum anderen vermitteln die ehrenamtlichen Richter dem Gericht Legitimation in der Gesellschaft. Denn wird am Stammtisch über staatliche Institutionen („die da oben“) hergezogen, melden sich ehrenamtliche Richter zu Wort und verteidigen ihr Gericht. Sie identifizieren sich mit ihrem Ehrenamt und ihrer Kammer. Damit vermitteln sie ihrem gesellschaftlichen Umfeld, welche Überlegungen hinter den für Laien oftmals nur schwer verständlichen Entscheidungen stecken – ein nicht zu unterschätzender Beitrag zur institutionellen Legitimation der Verwaltungsgerichte.

6. Subjektiver Rechtsschutz

a) Klagebefugnis nach der Schutznormtheorie

Im Gegensatz zu der im Kern auf objektive Kontrolle zielenden Verwaltungskontrolle im früheren Preußen hat sich in Deutschland das System des subjektiven Rechtsschutzes durchgesetzt, das seinen Ausdruck durch die verfassungsrechtliche Verortung in dem Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG als Minimalstandard gefunden hat. Die für die Zulässigkeit einer Klage erforderliche Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) verlangt, dass der Kläger durch das von ihm angegriffene Verwaltungshandeln in seinen individuellen subjektiven Rechten verletzt sein kann. Das ist bei an ihn gerichteten belastenden Verwaltungsakten (z.B. Gebührenbescheid, baurechtliche Abrissverfügung, Ausweisung im Ausländerrecht) immer der Fall. Interessant ist aber, ob und inwieweit Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten auch gegenüber Maßnahmen möglich ist, die sich an Dritte richten (z.B. Klage gegen eine dem Nachbarn erteilte Baugenehmigung).

Die Klagebefugnis setzt ein wehrfähiges materielles subjektives Recht des Klägers (einfaches Recht oder Grundrecht) voraus. Sie fragt danach, ob die möglicherweise verletzte gesetzliche Regelung *zumindest auch* dem Schutz des Klägers zu dienen bestimmt ist (Schutznormtheorie).⁶²

„Worauf es ankommt ist, dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.“⁶³

⁶² Weiterführend *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl. 2024, § 14 Rn. 53 ff.

⁶³ BVerwG, Urt. v. 19.9.1986 – 4 C 8.84 = DVBl. 1987, 476 (477); BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28.91 = BVerwGE 94, 151 (158); BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 8.01 = BVerwGE 117, 93 (99).

Es reicht nicht aus, dass ein Ge- oder Verbot (wie z.B. ein naturschutzrechtliches Bauverbot) eine Person (z.B. den Grundstücksnachbarn) *tatsächlich* als reiner Rechtsreflex begünstigt. Vielmehr muss der Normgeber den Schutz dieser Person(engruppe) beabsichtigen. Dazu ist jede öffentlich-rechtliche Vorschrift im Wege der Auslegung auf subjektivrechtliche Gehalte abzuklopfen.⁶⁴

Mit diesem – im Hinblick auf die persönliche Betroffenheit – engen Zugang zu den Verwaltungsgerichten steht das deutsche Rechtsschutzmodell international ziemlich allein da. Die meisten Länder, insbesondere das für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in vielen Ländern als Vorbild geltende Frankreich, lassen für die Zulässigkeit einer Klage eine *tatsächliche* Betroffenheit von behördlichen Maßnahmen ausreichen. Für das notwendige „*intérêt pour agir*“ genügt dort jedes persönliche Interesse an einer Überprüfung.⁶⁵

In diesen unterschiedlich eng ausgestalteten Zugangsfiltren spiegelt sich das voneinander abweichende Verständnis von der Funktion verwaltungsgerichtlicher Kontrolle wider: Liefert der Kläger im französischen System der *Interessentenklage* nur den Anstoß für eine objektive Kontrolle der Verwaltung, folgt die deutsche Verwaltungsgerichtsordnung dem Modell der *Verletztenklage*. Dieses zielt in allererster Linie nur auf die Durchsetzung der subjektiven Rechte des Individuums. Damit sind Friktionen mit dem – stark von französischen Vorstellungen beeinflussten – Unionsrecht vorgezeichnet. Insbesondere im unionsrechtlich geprägten Umweltrecht lässt sich das Modell des subjektiven Rechtsschutzes kaum noch durchhalten und weicht immer mehr gegenüber einem rein faktizitätsorientierten Betroffenheitsansatz zurück.⁶⁶

b) Kompensation durch Verbandsklagen

Das auf Verteidigung und Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte des Einzelnen angelegte Rechtsschutzsystem wird aber – insbesondere aufgrund unionsrechtlichen Einflusses – durch Elemente objektiver Verwaltungskontrolle ergänzt, insbesondere die umweltrechtlichen Verbandsklagen. Zur verbesserten Durchsetzung objektivrechtlicher Umweltstandards hat der Gesetzgeber anerkannten inländischen Vereinigungen, zu deren satzungsgemäßem Aufgabenbereich die Förderung der Ziele des Umweltschutzes gehört, ein Klagerecht eingeräumt.⁶⁷ Der in seiner Systematik stark strukturkonservativ denkende deutsche Gesetzgeber – genauer gesagt: die Gesetzentwürfe vorbereitende Ministerialverwaltung – leistet jedoch bei der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben Widerstand: So zeichnet das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz den am Ende erfolglosen Widerstand gegen die Öffnung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle umweltrelevanter Entscheidungen nach.⁶⁸ Konnte Deutschland sich bei der Formulierung unionsrechtlicher Vorgaben nicht durchsetzen, versucht man, den verlorenen politischen Kampf bei der Umsetzung fortzusetzen – ein von Beginn an aussichtsloses Rückzugsgefecht.

⁶⁴ Kraft, Leipzig Law Journal 2023, 132 (134 f., 139 f.).

⁶⁵ Vgl. Schwarze, NVwZ 1996, 22 (23); Niesler, Individualrechtsschutz im Verwaltungsprozess, 2012, S. 59 ff.; Saurer, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, 2022, § 97 Rn. 44 ff.

⁶⁶ Vgl. aber BVerwG, Urt. v. 28.11.2019 – 7 C 2.18 (Lärmaktionsplan) = BVerwGE 167, 147 (148 Rn. 10 ff.); BVerwG, Urt. v. 17.2.2021 – 7 C 3.20 (FFH-Richtlinie) = BVerwGE 171, 292 (293 Rn. 8 ff.).

⁶⁷ § 64 BNatSchG, § 2 UmwRG.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.5.2011 – C-115/09 (Trianel) = NJW 2011, 2779 (2779 f. Rn. 35 ff.); Übersicht bei Schlacke, NVwZ 2019, 1392; Korbmacher, NVwZ 2024, 777 (778 ff.).

7. Verfahrensgrundsätze

a) Untersuchungsgrundsatz

Im Verwaltungsprozess gilt – im Gegensatz zum *Beibringungsgrundsatz* des Zivilprozesses – der Untersuchungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO). Danach erforscht das Verwaltungsgericht den Sachverhalt *von Amts wegen* und ist an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden. Dieser Grundsatz belegt zum einen das öffentliche Interesse an dem Verfahrensgegenstand und der richtigen Entscheidung. Zum anderen sieht sich der einzelne Bürger typischerweise einem hochspezialisierten Machtapparat mit enormem Wissens- und Erfahrungsvorsprung gegenüber. Der Untersuchungsgrundsatz dient zu seinen Gunsten der Herstellung von Waffengleichheit.⁶⁹ In der Praxis geht ein Verwaltungsgericht aber in der Regel nur den zwischen den Beteiligten umstrittenen Tatfragen nach. Denn die Verwaltung hat den Sachverhalt ja bereits im Verwaltungsverfahren aufbereitet.

b) Mündlichkeit

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt für Hauptsacheverfahren in allen Instanzen das Mündlichkeitsprinzip.⁷⁰ Grundsätzlich kann nur aufgrund einer mündlichen Verhandlung entschieden werden (§ 101 VwGO). Die Beteiligten können aber gemeinsam auf eine mündliche Verhandlung verzichten (§ 101 Abs. 2 VwGO). Der Sinn der mündlichen Verhandlung ist eine Erörterung der Streitsache mit den Beteiligten. Dahinter steckt das Angebot eines Dialogs zwischen Gericht und Beteiligten.

c) Öffentlichkeit

Mündliche Verhandlungen sind gem. § 55 VwGO i.V.m. § 169 GVG grundsätzlich öffentlich. Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist eine Absage an die Kameral- und Administrativjustiz früherer Jahrhunderte und bezweckt die öffentliche Kontrolle richterlicher Tätigkeit.

8. Gerichtlicher Kontrollumfang und Kontrolldichte

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur formal die Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern gebietet auch *effektiven* Rechtsschutz. Dazu gehört vor allem, dass der Richter – bezogen auf das vom Kläger als verletzt behauptete Recht – eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die tatsächliche und rechtliche Seite des Rechtsschutzbegehrens hat.⁷¹

a) Gerichtliche Überprüfung in tatsächlicher Hinsicht

Art. 19 Abs. 4 GG verlangt eine wirksame gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns, d.h. eine umfassende Nachprüfung in *tatsächlicher* Hinsicht.⁷² Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungs-

⁶⁹ v. Unruh, in: Jeserich/Pohl/v.Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, 1987, S. 1178 (1192) m.w.N.

⁷⁰ Ausnahmen sind die Möglichkeit einer erstinstanzlichen Entscheidung durch Gerichtsbescheid (§ 84 VwGO) oder einer Berufungsentscheidung durch Beschluss (§§ 125 Abs. 2, 130a VwGO). Allerdings setzt Art. 6 EMRK dem gerichtlichen Zugriff darauf Grenzen. Vgl. dazu Kraft, EuGRZ 2014, 666; Milker, JuS 2020, 523.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82 (111).

⁷² BVerfG, Beschl. v. 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 = BVerfGE 15, 275 (282); BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82 (111); BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 213/83 = BVerfGE 84, 34 (49); BVerfG, Ur.

gerichte sind Tatsacheninstanzen, d.h. sie überprüfen auch die Richtigkeit der von der Behörde getroffenen tatsächlichen Feststellungen als Entscheidungsgrundlage. Anders als z.B. polnische Verwaltungsgerichte, die aufgrund der Aktenlage entscheiden, führen deutsche Richter z.B. in Baurechtsfällen Augenscheine durch. In komplizierten Fachfragen beauftragen sie Sachverständige und zur Glaubhaftigkeitsbeurteilung der Einlassungen eines Asylbewerbers vernehmen sie Zeugen. Sie selbst treffen die tatsächlichen Feststellungen im Wege freier Beweiswürdigung (§ 108 Abs. 1 S. 1 VwGO).

b) Gerichtliche Überprüfung in rechtlicher Hinsicht

aa) Grundsatz: Volle Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe

Verlangt wird eine wirksame gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns,⁷³ d.h. eine umfassende Nachprüfung in *rechtlicher* Hinsicht.⁷⁴ Das schließt im Grundsatz eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an rechtliche Wertungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen aus, was im Einzelfall rechtens ist.⁷⁵ Die Auslegung einer Vorschrift im Sinne der Gewinnung von Maßstäben und die Subsumtion der Behörde unter die unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand einer konditional (wenn-dann-Schema) strukturierten Norm wird deshalb vom Gericht vollständig überprüft, d.h. autonom ohne Zuerkennung administrativer Spielräume vollzogen.

bb) Ausnahme: Beurteilungsspielraum

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG schließt es nicht aus, dass der Gesetzgeber der Exekutive Gestaltungs- und Beurteilungsspielräume einräumt und insoweit die Rechtskontrolle durch die Gerichte einschränkt. Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Behörde, deren Entscheidung überprüft werden soll. Sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten der Exekutive nicht vollständig determiniert, sondern der Verwaltung einen Einschätzungs- oder Auswahlspielraum belässt.⁷⁶ Das ist neben planungsrechtlichen Abwägungen⁷⁷ u.a. der Fall bei der Benotung von Prüfungsleistungen,⁷⁸ der Eignung von Beamten⁷⁹ und hinsichtlich bestimmter Tatbestandsmerkmale im Regulierungsrecht.⁸⁰

v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00 = BVerfGE 103, 142 (156).

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 20.4.1982 – 2 BvL 26/81 = BVerfGE 60, 253 (297); BVerfG (Plenum), Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = BVerfGE 107, 395 (413).

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 = BVerfGE 15, 275 (282); BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82 (111); BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 und 213/83 = BVerfGE 84, 34 (49).

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82 (111); BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 = BVerfGE 101, 106 (123); BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07 = BVerfGE 129, 1 (20 ff. und 29. ff.).

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07 = BVerfGE 129, 1 (21 ff. m.w.N.).

⁷⁷ Grundlegend BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 – IV C 105.66 = BVerwGE 34, 301 (309).

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 17.4.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 = BVerfGE 84, 34.

⁷⁹ BVerwG, Beschl. v. 17.9.2015 – 2 A 9.14 = BVerwGE 153, 36 (42 Rn. 24 ff.).

⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 29.3.2023 – 6 C 21.21 = BVerwGE 178, 126 (139 Rn. 31 ff.). Weitere Fallgruppen bei *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 25 Rn. 36 ff.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 748 ff.

cc) Ermessen

Aufbauend auf der bereits vom Preußischen Oberverwaltungsgericht praktizierten Trennung zwischen Tatbestand und Rechtsfolgeermessen wird die Ermessensausübung der Behörde gem. § 114 S. 1 VwGO nur anhand der in § 40 VwVfG niedergelegten rechtlichen Grenzen überprüft. Die gerichtliche Überprüfung erstreckt sich darauf, ob die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen überhaupt erkannt (Ermessensausfall),⁸¹ die im konkreten Fall relevanten und legitimen Interessen vollständig in ihre Entscheidung einbezogen (Ermessensdefizit),⁸² von ihrem Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung Gebrauch gemacht (Ermessens Fehlgebrauch)⁸³ und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten hat, d.h. die getroffene Entscheidung im Ergebnis insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt.

IV. Ablauf eines Verwaltungsprozesses

1. Klageerhebung

Eine verwaltungsgerichtliche Klage kann schriftlich oder bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz zur Niederschrift des Urkundsbeamten bei Gericht erhoben werden (§ 81 VwGO). Vor dem Verwaltungsgericht braucht man dafür keinen Rechtsanwalt; erst beim Ober- und beim Bundesverwaltungsgericht herrscht Anwaltszwang (§ 67 Abs. 4 VwGO).

2. Klagezustellung und Aktenanforderung

Gemäß der Verteilung der Rechtsgebiete im Geschäftsverteilungsplan wird die Klage der „richtigen“ Kammer zugeteilt. Sie wird im Gerichtsorganisationssystem von der Geschäftsstelle erfasst und dann der Gegenseite (Behörde) zugestellt. Gleichzeitig werden die Akten des Verwaltungsverfahrens von der Behörde angefordert. Die bei Gericht eingehenden Schriftsätze werden zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenseite übermittelt.

3. Vorbereitung der mündlichen Verhandlung

Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung liegt in der Hand des zuständigen Richters (Berichterstatter). Im internationalen Vergleich verfügt Deutschland über eine nur sehr geringe richterliche Assistenz. Der Berichterstatter bereitet für seine Kollegen im Spruchkörper den Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollumfänglich auf. Auf der Grundlage dieses Votums wird der Fall vor der mündlichen Verhandlung von den Berufsrichtern vorberaten.

4. Die mündliche Verhandlung

Die öffentliche mündliche Verhandlung wird von dem oder der Vorsitzenden eröffnet und geleitet (§ 103 Abs. 1 VwGO). Nach Abarbeitung der Formalien (Feststellung der Anwesenheit) trägt der Berichterstatter den Sachbericht vor, d.h. den wesentlichen Inhalt der Akten und die Prozess-

⁸¹ Z.B. BVerwG, Urt. v. 23.10.2007 – 1 C 10.07 = BVerwGE 129, 367 (375 Rn. 29).

⁸² Z.B. BVerwG, Urt. v. 9.7.1992 – 7 C 21.91 = BVerwGE 90, 296 (300).

⁸³ Z.B. BVerwG, Urt. v. 6.11.1975 – VC 6.74 = BVerwGE 49, 319 (321 f.); BVerwG, Urt. v. 5.11.1985 – 1 C 14.84 = NVwZ 1986, 296 (297); BVerwG, Urt. v. 24.9.1992 – 3 C 64.89 = BVerwGE 91, 77 (79 f.); BVerwG, Urt. v. 13.3.1997 – 3 C 2.97 = BVerwGE 104, 154 (157 f.).

geschichte (§ 103 Abs. 2 VwGO). Hierauf erhalten die Beteiligten das Wort, um ihre Anträge zu stellen (§ 103 Abs. 3 VwGO). Sodann erörtert der oder die Vorsitzende die Streitsache mit den Beteiligten (§ 104 Abs. 1 VwGO), d.h. er oder sie führt in den Streitstand ein und fokussiert auf die für die Kammer/den Senat streitentscheidenden Punkte.

Der Verhandlungsstil der deutschen Verwaltungsgerichte hat sich – ohne eine Gesetzesänderung – quasi unterhalb des Prozessrechts in den letzten 30 Jahren komplett geändert: Beschränkten sich die Richter in den 1960'er Jahren noch auf eine sehr passive Rolle, d.h. überließen sie den aktiven Part den Beteiligten, erscheint eine derartige Verhandlungsführung aus heutiger Sicht wenig sinnvoll. Das Gericht hat den aktiven Part übernommen, d.h. der oder die Vorsitzende legt das Ergebnis der Vorberatung als derzeitigen vorläufigen Meinungsstand des Gerichts mehr oder weniger offen. Dieser offene Verhandlungsstil ist im internationalen Vergleich ungewöhnlich und schockiert Kollegen aus anderen Ländern immer wieder. Sie befürchten, bei einer solch offenen Verhandlungsführung würden die Richter wegen Befangenheit abgelehnt. Aber die Erfahrungen in Deutschland zeigen, dass die Beteiligten sehr froh über diese Offenheit sind. Denn sie brauchen nicht ihren gesamten schriftlichen Vortrag zu wiederholen, sondern können sich auf die für das Gericht wesentlichen und streitentscheidenden Punkte konzentrieren.

Wir – jedenfalls im Bundesverwaltungsgericht – begreifen die mündliche Verhandlung als „Pre-Quality-Test“. Der Diskurs mit den Beteiligten über den vom Gericht vorläufig angedachten Weg gibt uns die Sicherheit, dass wir nichts übersehen haben und die Lösung sich auch in der Realität als praktikabel erweist. Alle sind damit zufrieden, Gericht und Beteiligte: In Befragungen von Rechtsanwälten und Behörden bekommt die Verwaltungsgerichtsbarkeit von allen Seiten ein positives Feedback für diesen Verhandlungsstil. Das (Selbst-)Verständnis von Verwaltungsrechtsprechung hat sich in Deutschland von einer dezisionistischen hin zu einer diskursiven Entscheidungskultur entwickelt. Das zeigt sich im Verhältnis des Gerichts zu den Parteien gerade in dem hohen Stellenwert der mündlichen Verhandlung, in der ein offenes und ausführliches Rechtsgespräch gepflegt wird.

5. Fällen der Entscheidung

Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zieht sich das Gericht zur geheimen (Schluss-)Beratung zurück (§§ 194 ff. GVG). Im Beratungszimmer erläutert der Berichterstatter nochmals seinen Entscheidungsvorschlag. Er setzt dabei auf dem Ergebnis der Vorberatung auf und fokussiert auf Aspekte, die sich in der mündlichen Verhandlung neu ergeben haben oder erst jetzt in der Diskussion mit den Parteien klargeworden sind. Danach erhält der Mitberichterstatter das Wort und dann geht es in der Reihenfolge des aufsteigenden Dienstalters weiter. Zuletzt gibt der Vorsitzende sein Votum ab. Ausführlich diskutiert werden in der Beratung nur noch die im Spruchkörper strittigen Punkte; die Grobstruktur des schriftlichen Urteils und die wesentlichen Begründungselemente werden zusammen festgelegt. Zuletzt unterschreiben alle Richter die Urteilsformel.

6. Verkündung der Entscheidung

Zumeist am Tag der Verhandlung – oder aber bei hochkomplexen Sachen an einem gesondert angesetzten Verkündungstermin – verkündet der Vorsitzende die Entscheidung, d.h. er verliest die Urteilsformel und teilt den Beteiligten (und der Öffentlichkeit) die wesentlichen Entscheidungsgründe mündlich mit.

7. Abfassung der Entscheidung

Anschließend setzt der Berichterstatter das Urteil ab, d.h. er legt Tatbestand (Sachverhalt) und Entscheidungsgründe (rechtliche Ausführungen) schriftlich nieder. Auf der Grundlage des Beratungsergebnisses formuliert er die Begründung vollständig aus und unterschreibt das vollständig abgefasste Urteil. Sodann zirkuliert dieser Urteilsentwurf unter den Berufsrichtern des Spruchkörpers. Jeder kann Änderungsvorschläge anbringen und unterschreibt das Urteil ebenfalls. Am Ende bilden die Textbestandteile, die die Mehrheit gefunden haben, den authentischen Urteilstext. Der Berichterstatter oder die Mitarbeiter der Geschäftsstelle fertigen dann die Reinschrift des Urteils und stellen die Entscheidung den Beteiligten zu.

a) Einheitlicher Urteilstext

Der Urteilstext ist eine Gemeinschaftsleistung des Spruchkörpers, hinter dem sich dessen Mitglieder versammeln. Er lässt – anders als Entscheidungen des Britischen und des US Supreme Court – abweichende Auffassungen der ggf. gegen die gefällte Entscheidung opponierenden Richter nicht erkennen. In dieser Art der Abfassung einer Entscheidung spiegelt sich das Selbstverständnis der deutschen Richter, die sich weniger als Individuen (Richterkönige), sondern mehr als Teamplayer verstehen. Konsequenterweise kennen die deutschen Prozessordnungen eine dissenting opinion nur beim Bundesverfassungsgericht.

b) Begründungskultur

Die Entscheidungen deutscher Verwaltungsgerichte sind vergleichsweise ausführlich begründet. Ganz im Gegensatz zu unseren französischen Kollegen sind die ausformulierten Entscheidungsgründe aus sich heraus verständlich und bilden die ratio decidendi des Gerichts vollständig und für Außenstehende nachvollziehbar ab.

Die Entscheidungsgründe – insbesondere der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts – richten sich an mehrere Gruppen von Personen:

- Zuerst an die Beteiligten. Insbesondere die unterlegene Partei soll wissen, aus welchen Gründen sie nicht gewonnen, wie das Gericht ihre Argumente gewürdigt hat und aus welchen Gründen es ihnen nicht gefolgt ist. Die frühere Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts *Jutta Limbach* hat deshalb jungen Richtern als Maxime für die Abfassung der Entscheidungsgründe mit auf den Weg gegeben, das Urteil wie einen Brief des Gerichts an den unterlegenen Beteiligten zu formulieren.
- Aber auch zwischen den Instanzen wird Rechtsprechung durch Rezeption von Entscheidungen anderer Gerichte und Verarbeitung der Argumente fortentwickelt.⁸⁴ Dieser Diskurs findet durch die Urteile statt, die die Gründe für die getroffene Entscheidung unter ausführlicher Wiedergabe der Erwägungen des Gerichts sowie der Abwägung der Argumente enthalten. Der deutsche Rich-

⁸⁴ Der zunehmend an Bedeutung gewinnende Dialog zwischen Gerichten verschiedener Länder kann an dieser Stelle nur angerissen werden. Neben den persönlichen Beziehungen zwischen Richtern, die auf internationalen Fachkongressen geknüpft werden, tragen auch infrastrukturelle Hilfestellungen dazu bei: Seit einigen Jahren stellt das Bundesverwaltungsgericht ausgewählte Entscheidungen auf der Website des Gerichts (www.bverwg.de) auch in englischer Übersetzung ein. Dieser Service hat zu einem Quantensprung bei der Verbreitung unter ausländischen Rechtswissenschaftlern und Praktikern geführt, der sich in Zitaten und inhaltlichen Auseinandersetzungen mit den übersetzten Judikaten sowie Abdrucken in ausländischen Zeitschriften (z.B. im International Journal of Refugee Law) niederschlägt.

ter huldigt bei der Abfassung seiner Entscheidungen – anders als der französische – nicht dem Ideal der „imperatoria brevitatis“. Eine ausführliche Begründung stellt die richterliche Legitimation nicht infrage, sondern fördert die Akzeptanz von Entscheidungen. Zudem ist nur so ein internationaler Diskurs möglich, wenn – wie z.B. im Asylrecht mit der Genfer Flüchtlingskonvention – viele Staaten der Welt inhaltsgleiche Regelungen für sich als verbindlich anerkannt haben.

- Schließlich richten sich die Entscheidungsgründe an die (Fach-)Öffentlichkeit und die Rechtswissenschaft. Auch deren Argumente werden in den Urteilen jedenfalls der obersten Bundesgerichte rezipiert und verarbeitet.

Das in Deutschland gepflegte diskursive Rechtsprechungsverständnis auf und unter allen Instanzen kostet den Rechtsstaat Ressourcen, kommt aber dem Ideal des „herrschaftsfreien Diskurses“ als Voraussetzung für wahrhafte Erkenntnis (*Jürgen Habermas*) ziemlich nahe. In Deutschland wird es zu Recht als wertvoller Beitrag zur Rechtskultur begriffen.

V. Rechtsmittel

In Deutschland ist die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nur im Wege von Rechtsmitteln möglich. Weder können die unteren Instanzen sich Stellungnahmen des höchsten Gerichts zu Rechtsfragen einzuholen⁸⁵ noch besteht für dieses – wie in Polen für das Hauptverwaltungsgericht – die Möglichkeit, von sich aus ohne anhängiges Rechtsmittelverfahren einen Beschluss zur Erläuterung von Rechtsvorschriften zu erlassen, die von den unteren Verwaltungsgerichten unterschiedlich ausgelegt werden.⁸⁶

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet *keinen* Instanzenzug, sondern sieht als verfassungsrechtliches Minimum nur eine richterliche Instanz vor.⁸⁷ Denn Art. 19 Abs. 4 GG „gewährt Schutz *durch* den Richter, nicht *gegen* den Richter.“⁸⁸ Der einfache Gesetzgeber ist dabei aber nicht stehengeblieben, sondern hat in der Verwaltungsgerichtsordnung als institutionelle Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einen dreistufigen Instanzenzug vorgesehen.

Gegen Urteile des Verwaltungsgerichts kann Berufung zum Oberverwaltungsgericht und gegen Urteile des Oberverwaltungsgerichts Revision zum Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Diese Rechtsmittel bedürfen allerdings der Zulassung: Lässt die untere Instanz (der *iudex a quo*) das Rechtsmittel nicht von sich aus zu, kann die unterlegene Partei versuchen, in einem selbständigen Zwischenverfahren die Zulassung des Rechtsmittels zu erreichen. Darüber entscheidet dann die höhere Instanz (*iudex ad quem*).

§ 124 Abs. 2 VwGO benennt fünf Gründe für die Zulassung der Berufung: (1) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, (2) besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten, (3) grundsätzliche Bedeutung, (4) Divergenz oder (5) Verfahrensmangel des erstinstanzlichen Verfahrens. Demgegenüber sieht § 132 Abs. 2 VwGO nur drei Gründe für die Zulassung der Revision zum Bundesverwaltungsgericht vor: (1) Grundsätzliche Bedeutung, (2) Divergenz oder (3) Verfahrensmangel der Vorinstanz.

Die abschließende Klärung von Rechtsfragen des Bundesrechts obliegt dem Bundesverwaltungsgericht. Damit es diese Aufgabe effektiv erfüllen kann, hat der Gesetzgeber den Filter der Zulassungs-

⁸⁵ So aber in Frankreich. Dazu *Liebler*, *VerwArch.* 101 (2010), 1 (18).

⁸⁶ Art. 36 des Gesetzes über die Verfassung der Verwaltungsgerichte v. 25.7.2002, *GBL* Nr. 153, Pos. 1269.

⁸⁷ *St. Rspr.*, vgl. nur *BVerfG*, *Beschl.* v. 22.6.1960 – 2 *BvR* 37/60 = *BVerfGE* 11, 232 (233).

⁸⁸ So *BVerfG*, *Beschl.* v. 11.10.1978 – 2 *BvR* 1055/76 = *BVerfGE* 49, 329 (340 m.w.N.).

bedürftigkeit für Revisionen installiert, sodass sich das Revisionsgericht ressourcengerecht auf die für die Rechtsentwicklung wichtigen rechtlichen Probleme zu konzentrieren vermag.⁸⁹ Aus der gesetzlichen Konzeption der beschränkten Revisionszulassung in § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO lassen sich die primären Aufgaben des Bundesverwaltungsgerichts ablesen: Die Weiterentwicklung des Rechts zu fördern und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb des Instanzenzugs zu wahren. Daran arbeiten die Bundesrichterinnen und -richter seit 1953 – zuerst in Berlin und seit 2002 in Leipzig im Gebäude des ehemaligen Reichsgerichts, einem Justizpalast par excellence. Ein Besuch lohnt sich allemal.

⁸⁹ Vgl. aber oben bei Fn. 51.

Verfassungsgerichte als Hüter der Verfassung

Wiss. Mitarbeiter Svenne Carstensen, Osnabrück*

I. Verfassungsgerichte als „Hüter der Verfassung“	222
1. Einführung	222
2. Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit.....	222
II. Die Rolle des BVerfG.....	223
1. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung	223
2. Das BVerfG im System der BRD.....	224
a) Organisation des BVerfG und die Änderung von Art. 93, 94 GG	224
b) Stellung des BVerfG	225
3. Das BVerfG als Hüter der Demokratie	225
a) Verfahrensarten	225
b) Ewigkeitsgarantie	228
4. Bewertung der Rolle des BVerfG.....	228
III. Die Rolle des Supreme Court	229
1. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung	229
a) Verfassungsentstehung.....	229
b) Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit	230
2. Der USSC im System der USA.....	230
a) Aufbau und Wahl.....	230
b) Die Stellung des USSC	231
aa) In der Gerichtsbarkeit.....	231
bb) Im Gewaltensystem	231
cc) In der Politik	232
3. USSC als Hüter der Demokratie.....	233
a) Demokratieschutzmaßnahmen?	233
b) Kontrolle der Legislative	234
c) Kontrolle der Exekutive.....	235
aa) Allgemein	235

* Svenne Carstensen ist Wiss. Mitarbeiter an der Universität Osnabrück am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Thomas Groß.

bb) Am Beispiel Donald Trump	235
4. Bewertung der Rolle des USSC	236
IV. Gegenüberstellung	237
1. Verfassungsgeschichtlicher Vergleich.....	237
2. Verfassungsgerichtsbarkeit im Staatsgefüge.....	238
a) Vergleich von Aufbau und Wahl der Gerichte	238
b) Stellung der Verfassungsgerichte	239
3. Vergleich der Gerichte als Hüter der Verfassung	240
V. Fazit	241

I. Verfassungsgerichte als „Hüter der Verfassung“

1. Einführung

Mit der Wahl Donald Trumps zum Präsidenten der Vereinigten Staaten und dem Aufstieg der AfD in der Bundesrepublik Deutschland sehen sich zwei etablierte Demokratien zunehmend autoritären Tendenzen ausgesetzt. In beiden Ländern bilden die Verfassungen die Grundlage der rechtlichen und politischen Grundordnung. In Zeiten politischer Instabilität und wachsenden Rechtspopulismus¹ geraten diese demokratischen Grundordnungen unter Druck. Die Werte des liberalen Rechtsstaats werden zunehmend infrage gestellt. Angesichts dieser Herausforderungen stehen die Verfassungsgerichtsbarkeiten der Vereinigten Staaten und Deutschlands vor der Aufgabe, den demokratischen Rechtsstaat zu wahren und sich gegen die wachsende Gefahr einer schleichenden Aushöhlung der Verfassungsordnung zu stemmen. Seit ihrer Gründung hat sich in beiden Ländern eine komplexe Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt: der US Supreme Court (USSC) und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sind dabei maßgebliche Institutionen einer wehrhaften Demokratie.

Der vorliegende Beitrag untersucht die Rolle der Verfassungsgerichte im Kontext autoritärer Tendenzen und analysiert, wie sie Schutz gegen die Bedrohung durch antidemokratische Kräfte bieten. Nach einem Überblick über die Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit wird die Funktion der Verfassungsgerichte als „Hüter der Verfassung“ in Deutschland und den USA dargestellt und ein Vergleich gezogen, wie die Gerichte auf autoritäre Bestrebungen reagieren.

2. Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Verfassungsstaatlichkeit basiert auf drei wesentlichen Prinzipien: Die Verfassung eines Staates muss verbindliches Recht darstellen (Normativität), an der Spitze der Normenhierarchie stehen (Vorrang der Verfassung) und durch eine Gerichtsbarkeit geschützt werden, die Verstöße verbindlich feststellt und der Verfassung zu ihrer vorrangigen Geltung verhilft.¹ Als unabhängige Spruchkörper prüfen Verfassungsgerichte insbesondere die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen und Handlungen der Verfassungsorgane. Die meisten demokratischen Nationen der Welt haben zur Wahrung ihrer Verfassung eine solche Institution eingerichtet,² wobei sich diese durch ihre Eingliederung in das judikative System unterscheiden können:

¹ Wahl, JuS 2001, 1041 (1041 f.); Schoch, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, S. 318.

² Thiele, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2022, S. 265 f.; Limbach, NJW 2001, 2913 (2914).

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit staatlicher Handlungen erfolgt (auch) durch die allgemeine Gerichtsbarkeit, wobei das Verfassungsgericht als oberstes Instanzgericht in den ordentlichen Rechtsweg eingegliedert ist und letztverbindlich entscheidet. Die USA folgen gem. Art. III Section 1 diesem sog. Einheitsmodell, mit dem Supreme Court als höchstem Gericht. Ab der 1803 ergangenen *Marbury v. Madison* Entscheidung beanspruchte der USSC, neben seiner Funktion als oberstes Bundesgericht, auch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Handlungen der Verfassungsorgane für sich.

Ein eigenständiges, nicht in den Instanzenzug eingebundenes Verfassungsgericht übernimmt die zentrale Verfassungskontrolle. Deutschland folgt diesem sog. Trennungsmodell mit dem Bundesverfassungsgericht, das institutionell und funktionell von der einfachen Gerichtsbarkeit getrennt ist und vorwiegend nur am Maßstab des Verfassungsrechts prüft.

Die unterschiedlichen Ansätze spiegeln die historischen und rechtlichen Grundlagen wider: Während das deutsche Recht auf kodifiziertem römisch-germanischem Recht basiert, ist das US-amerikanische Recht durch das Richterrecht des Common Law geprägt.

II. Die Rolle des BVerfG

1. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung

Die Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelte sich aus dem Prinzip der Gewaltenteilung, um Legislative und Exekutive kontrollieren zu können. Erste Ansätze für eine solche Institution gab es bereits in der Paulskirchenverfassung von 1848, die ein Reichsgericht mit weitreichenden verfassungsrechtlichen Kompetenzen vorsah.³ Allerdings scheiterte die, für jene Epoche fortschrittliche, Verfassung und bei der Gründung des deutschen Reichs 1871 konnte sich die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht durchsetzen.⁴ In der Weimarer Republik (1919–1933) wurde ein Staatsgerichtshof eingerichtet, dessen Zuständigkeiten jedoch stark begrenzt blieben. Die Prüfung von Reichsgesetzen auf ihre materielle Verfassungsmäßigkeit übernahm stattdessen das Reichsgericht.⁵ Gleichzeitig war der Reichspräsident mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet, was zu einem Machtungleichgewicht führte und das Ende der Weimarer Republik begünstigte.⁶ Der Staatsgerichtshof versäumte es in entscheidenden Momenten – etwa beim sog. Preußenschlag 1932 – der Aushöhlung der Verfassung entgegenzuwirken.⁷ Mit der Machtübernahme Adolf Hitlers im Jahr 1933 und dem Scheitern der Weimarer Republik endete auch die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland.⁸

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde die Schaffung des BVerfG erstmals 1948 im Entwurf des Herrenchiemseer Verfassungskonvents festgehalten. Um eine zu starke Rechtseinheitlichkeit zu verhindern, entschied sich der Parlamentarische Rat für eine getrennte Verfassungsgerichtsbarkeit.⁹ Das Grundgesetz sollte – als Gegenentwurf zur totalitären Diktatur Hitlers und als Reaktion auf die Schwächen Weimars – eine wehrhafte Demokratie und eine kompetenzstarke Verfassungs-

³ *Karpen*, JZ 2009, 749 (751); *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 5.

⁴ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl. 2022, Rn. 442 f.

⁵ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 216 ff.

⁶ *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 27; *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 5. Aufl. 2016, S. 158 f.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 3, 1999, S. 115; *Willoweit/Schlinder/Schwarz*, Verfassungsgeschichte, 9. Aufl. 2024, § 38 Rn. 19 ff.

⁷ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 416; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl. 2022, Rn. 567.

⁸ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 418 f.

⁹ *Wilms*, NJW 1999, 1527 (1528).

gerichtsbarkeit ermöglichen.¹⁰ 1951 trat das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) in Kraft und das BVerfG nahm seine Arbeit in Karlsruhe auf.

2. Das BVerfG im System der BRD

a) Organisation des BVerfG und die Änderung von Art. 93, 94 GG

Das Grundgesetz enthält keinen eigenen Abschnitt für das Bundesverfassungsgericht, sondern regelt es im Kontext des Abschnitts über die Rechtsprechung in Art. 92 ff. GG. Mit der Änderung von Art. 93, 94 GG¹¹ wurden zentrale Strukturvorgaben für das BVerfG, die bisher im BVerfGG geregelt waren, auf Verfassungsebene gehoben und sind fortan nur durch eine Zweidrittelmehrheit änderbar. Zu diesen Strukturvorgaben zählen neben der Geschäftsordnungsautonomie die Zahl der Senate (zwei) und ihre Besetzung mit je acht Richtern, die Festschreibung der richterlichen Amtszeit auf zwölf Jahre, die Festlegung der Altersgrenze auf 68 Jahre sowie der Ausschluss der erneuten Wählbarkeit. Diese Regelungen sollen bewirken, dass das BVerfG nicht erstarrt und eine politische Einflussnahme auf das Gericht verhindert wird – etwa durch die Wahl zusätzlicher, linientreuer Richter oder ein Herabsetzen von Amtszeit oder Altersgrenze, um unliebsame Richter abzulösen. Mit der Grundgesetzänderung wurde die Position des Gerichts zweifellos gestärkt. Diese Regelungen können nun nicht mehr mit einfacher Mehrheit geändert werden, wodurch Gefahren für die politische Unabhängigkeit des BVerfG abgeschwächt werden.

Allerdings bleibt eine wesentliche Vorschrift über die Wahl der Richter lediglich einfachgesetzlich im BVerfGG geregelt. Über die Besetzung des Gerichts entscheiden gem. Art. 93 Abs. 2 GG je zur Hälfte Bundestag und Bundesrat, wobei nach §§ 6 Abs. 1, 7 BVerfGG eine Zweidrittelmehrheit erforderlich ist. Dadurch soll eine Beeinflussung der Verfassungsrechtsprechung durch die jeweilige politische Mehrheit verhindert und die Wahl einer Persönlichkeit ermöglicht werden, auf die sich die verschiedenen Parteien einigen können.¹² Mit der Änderung des Grundgesetzes sollen Blockaden bei der Richterwahl, die durch die erforderliche qualifizierte Mehrheit ausgelöst werden, durch einen Ersatzwahlmechanismus gelöst werden können. Dieser ermöglicht es, dass das jeweils andere Wahlorgan (Bundestag oder Bundesrat) einspringt, wenn das zuständige Gremium eine Besetzung nicht rechtzeitig vornimmt. Das Ziel ist es, die Handlungsfähigkeit des Gerichts sicherzustellen, ohne das Zweidrittelquorum aufzugeben. Jedoch birgt die Änderung ein erhebliches Risiko: Das Zweidrittelquorum selbst bleibt weiterhin nur einfachgesetzlich geregelt, was bedeutet, dass eine politische Mehrheit im Bundestag durch Änderung des BVerfGG die Mehrheitserfordernisse für die Richterwahl herabsetzen könnte. Dies könnte in Kombination mit dem Ersatzwahlmechanismus zu einer politischen Vereinnahmung des Gerichts führen, da eine Mehrheit im Bundestag und eine Sperrminorität im Bundesrat (vgl. Art. 77 Abs. 3 und 4 GG) ausreichen würden, um die Richterwahl zu dominieren.¹³ Die Änderung verfehlt damit in einem entscheidenden Punkt das Ziel, die Legitimation und Unabhängig-

¹⁰ Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 46; Frottscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl. 2022, Rn. 784; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 28; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 1 Rn. 20.

¹¹ BGBl. 2024 I, Nr. 439.

¹² Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 48 Rn. 7; Wieland, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 11; Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 9.

¹³ Willaschek, Verfassungsblog v. 12.11.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/das-resilienzrisiko/> (24.2.2025).

keit der Verfassungsgerichtsbarkeit zu stärken. Stattdessen sollte die Zweidrittelmehrheit direkt im Grundgesetz verankert werden. Dadurch könnte auch eine einfache (ggfs. verfassungsfeindliche) Mehrheit im Bundestag keinen (allzu) großen Einfluss auf die Besetzung des BVerfG ausüben und die politische Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts wäre nachhaltiger geschützt.

b) Stellung des BVerfG

Prägend für die Stellung des BVerfG ist dessen Doppelfunktion als Gericht und oberstes Verfassungsorgan des Bundes. Die Verfassungsorganqualität des BVerfG ergibt sich mit der Grundgesetzänderung fortan aus Art. 93 Abs. 1 GG. Als Rechtsprechungsorgan nimmt das BVerfG die Stellung eines auf Verfassungsfragen spezialisierten Fachgerichts ein und beschäftigt sich im Wesentlichen mit verfassungsrechtlichen Angelegenheiten. Trotzdem besteht keine Vorrang- oder Alleinkompetenz des BVerfG für die Interpretation des GG, vielmehr ist insbesondere der Grundrechtsschutz in erster Linie Aufgabe der Fachgerichte.¹⁴ Im Staatsgefüge hat das Verfassungsgericht die Funktion einer Kontrollinstanz, die Gesetzgeber, Regierung, Verwaltung und Gerichte im Streitfall kontrolliert und ggf. korrigiert. Durch diese Stellung gerät das BVerfG in ein Spannungsfeld zwischen Recht und Politik. Schließlich trifft die Verfassungsgerichtsbarkeit letztverbindliche Entscheidungen im Kampf der staatlichen und gesellschaftlichen Akteure um deren Machtbefugnisse und ist dadurch unvermeidbar Mitgestalter des politischen Systems der Bundesrepublik.¹⁵ Allerdings ist die Verfassungsgerichtsbarkeit keine politische Gerichtsbarkeit, sondern diese muss sich strikt auf die ihr zustehende Rechtmäßigkeitskontrolle anhand der Verfassung beschränken, ohne sich von politischen Motiven leiten zu lassen.¹⁶ Das BVerfG kann Streitigkeiten mit Auswirkungen auf die Politik nicht ablehnen und muss deshalb die Gestaltungsspielräume der politischen Akteure bei seinen Entscheidungen beachten und gewährleisten.¹⁷ Dies ist entscheidend für die Akzeptanz der Autorität des BVerfG in den drei Gewalten und der Bevölkerung.

3. Das BVerfG als Hüter der Demokratie

Im Grundgesetz und im BVerfGG sind verschiedene Verfahren und Mechanismen enthalten, die es der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit ermöglichen, die Demokratie vor feindlichen Bestrebungen zu schützen.

a) Verfahrensarten

In Art. 94 Abs. 1 GG und § 13 BVerfGG sind eine Vielzahl von verschiedenen Verfahrensarten aufgelistet. Manche dieser Verfahren sind unmittelbarer Ausdruck einer wehrhaften Demokratie, während andere auf den ersten Blick keinen direkten Bezug zur Abwehr autoritärer Bedrohungen haben.

Die Normenkontrolle, sowohl in ihrer abstrakten als auch in der konkreten Form, gehört dabei zu den wichtigsten Instrumenten der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die abstrakte Normenkontrolle

¹⁴ *Burkiczak*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 19; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 19.

¹⁵ *Vorländer*, in: v. Ooyen/Möllers, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 300 ff.; *Voßkuhle*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 32.

¹⁶ *Hopfau*, in: *Schmidt-Bleibtreu*, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 94 Rn. 50 ff.; *Meyer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 16.

¹⁷ *Detterbeck*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 13; *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 104 ff.

ermöglicht es der Bundes- oder einer Landesregierung und einem Viertel der Mitglieder des Bundestages, Gesetze unabhängig von einem konkreten Streitfall auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu lassen. Dies dient insbesondere der Opposition als Werkzeug, um verfassungsgefährdende Bestrebungen der Mehrheit im Parlament zu bekämpfen.¹⁸ Die konkrete Normenkontrolle, die von Fachgerichten beantragt wird, stellt sicher, dass entscheidungserhebliche Gesetze verfassungskonform sind. Beide Formen der Normenkontrolle gewährleisten, dass keine verfassungsfeindlichen Regelungen die demokratischen Grundprinzipien untergraben. Für nachkonstitutionelle Gesetze des Bundes oder der Länder kommt dem BVerfG ein Normverwerfungsmonopol zu,¹⁹ um eine Rechtszersplitterung zu verhindern und die Autorität des Gesetzgebers zu wahren.²⁰

Neben der Normenkontrolle ist das Organstreitverfahren ein weiteres zentrales Mittel, mit dem das BVerfG das demokratische Gleichgewicht schützt. Es regelt Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verfassungsorganen und sichert so die Gewaltenteilung sowie die Rechte politischer Minderheiten. Indem das Gericht Machtmissbrauch und die Anmaßung von Kompetenzen durch politische Mehrheiten verhindert, trägt es zur Stabilisierung des Pluralismus bei. Auch das Ausnutzen von Fraktionsrechten zur Ergreifung von Machtpositionen kann durch den Organstreit verhindert werden. So hat das BVerfG beispielsweise einen Antrag der AfD-Fraktion abgelehnt, durch den der Bundestag zur Ernennung eines Vizepräsidenten aus den Reihen der AfD veranlasst werden sollte.²¹

Das bedeutendste föderative Streitverfahren ist der Bund-Länder-Streit. Insbesondere die Möglichkeit der Länder, ihre Kompetenzen gegenüber dem Bund geltend zu machen, führt zu einer Dezentralisierung der Staatsgewalt. Die Sicherung des Einflusses der Länder verringert das Potenzial autoritärer Bestrebungen auf Bundesebene und stellt ein wichtiges Mittel für den Schutz der föderalen Demokratie dar.

Die Verfassungsbeschwerde machte von Anfang an quantitativ den Großteil der Verfahren vor dem BVerfG aus,²² was es dem Gericht ermöglicht hat, das Grundrechtsverständnis stetig weiterzuentwickeln und als Hüter der Grundrechte in Erscheinung zu treten. Durch die stabile Verankerung der Grundrechte im Staatsgefüge erschwert das BVerfG die Implementierung autoritärer Strukturen. Es gibt kaum Bereiche staatlichen Handelns, die nicht durch Verfassungsbeschwerden mitgeprägt werden. So wies das BVerfG im Jahr 2018 die Verfassungsbeschwerde eines neonazistischen Vereins ab, der sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtet hatte und daraufhin verboten worden war.²³ In diesem Beschluss stellte das Gericht ausdrücklich fest, dass die Verbotsnorm des Art. 9 Abs. 2 GG vor dem historischen Hintergrund der Entstehung eines totalitären Systems zu verstehen ist und ein Instrument des präventiven Verfassungsschutzes darstellt, welches das Bekenntnis der Verfassung zu einer streitbaren Demokratie widerspiegelt.²⁴ Im Rahmen von Verfassungsbeschwerden überprüft das BVerfG zwar nur Einzelfälle, trägt dabei aber insgesamt zu einer Verbesserung der grundrechtlichen und damit demokratischen Lage in Deutschland bei.

In Art. 21 Abs. 2 und 3 GG sowie §§ 43 ff. BVerfGG sind die Verfahren zum Verbot von Parteien und zu deren Ausschluss von staatlicher Finanzierung geregelt. Die freiheitliche Grundordnung des GG ist

¹⁸ Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 119; Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 232.

¹⁹ Abgesehen von der Zuständigkeit der Landesverfassungsgerichte.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 20.3.1952 – 1 BvL 12/51 = NJW 1952, 497 (498).

²¹ BVerfG, Beschl. v. 22.3.2022 – 2 BvE 9/20, Rn. 1–46.

²² Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 84. Lfg., Stand: August 2018, Art. 93 Rn. 326 f.; Wieland, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 46.

²³ BVerfG, Beschl. v. 13.7.2018 – 1 BvR 1474/12, 1 BvR 670/13, 1 BvR 57/14 = NVwZ 2018, 1788.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 13.7.2018 – 1 BvR 1474/12, 1 BvR 670/13, 1 BvR 57/14 = NVwZ 2018, 1788 (1790).

dadurch in ständiger Gefahr, dass sie grds. alle politischen Strömungen zulässt.²⁵ Für solche Strömungen, die ihrerseits den demokratischen Rechtsstaat aushöhlen wollen, muss das Grundgesetz Vorkehrungen zum Selbsterhalt treffen. Andererseits darf das Verbot nicht zum politischen Machtinstrument gegen Oppositionen missbraucht werden, weshalb das Entscheidungsmonopol nach Art. 21 Abs. 4 GG beim BVerfG liegt (Parteienprivileg).²⁶ Das Parteiverbotsverfahren dient der präventiven Abwehr von Verfassungsfeindschaft und ist Ausdruck der streitbaren Demokratie. Da das Parteiverbot „die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“²⁷ darstellt, reicht eine bloße Ablehnung der freiheitlich demokratischen Grundordnung (FDGO) durch eine Partei nicht aus, vielmehr müssen eine aktiv kämpferische Haltung und konkrete Anhaltspunkte für einen Erfolg dieser Bestrebungen vorliegen (Potentialität).²⁸ Ein Verbot hat das BVerfG erst in zwei Fällen ausgesprochen.²⁹ Das bisher letzte Verfahren gegen die NPD scheiterte an der fehlenden Potentialität.³⁰ Für solche Fälle wurde Art. 21 Abs. 3 GG eingefügt, damit die antidemokratischen Umtriebe zumindest nicht aus staatlichen Mitteln finanziert werden.³¹ Im Zusammenhang mit dem Erstarren der rechtspopulistischen AfD wurde in letzter Zeit wieder häufiger über ein Verfahren nach Art. 21 GG diskutiert.³²

Auch die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 S. 2 GG, §§ 36 ff. BVerfGG soll die FDGO schützen und ist Ausdruck einer wertebewussten und abwehrbereiten Demokratie, die sich vor den Gefahren ihrer Freiheitsgewährleistung schützt. Das BVerfG kann die Aberkennung bestimmter, für die politische Betätigung bedeutsamer, Grundrechte aussprechen, wenn diese Rechte von Einzelnen zum Kampf gegen die FDGO missbraucht werden. Die praktische Bedeutung der Verwirkung ist jedoch minimal. Von den bisher eingeleiteten vier Verfahren ist keines zu einer Sachentscheidung gediehen.³³ Der Gehalt des Art. 18 GG beschränkt sich demnach hauptsächlich auf eine Appell- und Signalfunktion.

In Art. 61 und Art. 98 Abs. 2 GG sowie in §§ 49 ff., 58 ff. BVerfGG ist die Anklage gegen den Bundespräsidenten und gegen einen Bundesrichter normiert. Diese Verfahren schützen die FDGO vor Amtsträgern, die gegen den demokratischen Rechtsstaat arbeiten. In der Geschichte des BVerfG ist es bislang weder zu einer Präsidenten- noch zu einer Richteranklage gekommen. Das mag zum einen an den straf- und disziplinarrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten für Richter liegen, zum anderen an dem durch die moderne Parteien- und Mediendemokratie herausgebildeten Kontrollmechanismus des öffentlichen Drucks.³⁴ Nichtsdestotrotz besteht zumindest hinsichtlich der Präsidenten-

²⁵ Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 486 ff.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 144.

²⁶ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2019, 1154 (1154 f.).

²⁷ BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13 = NJW 2017, 611 (613).

²⁸ BVerfG, Urt. v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51 = NJW 1956, 1393 (1397); BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13 = NJW 2017, 611 (623).

²⁹ SRP-Verbot 1952 = BVerfGE 2, 1 und KPD-Verbot 1956 = BVerfGE 5, 85.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13 = NJW 2017, 611 (624 f.).

³¹ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2019, 1154 (1155).

³² Fischer-Lescano, Verfassungsblog v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/afd-verbotsverfahren-als-demokratische-pflicht/> (24.2.2025); Schwarz, JA 2024, 353.

³³ Über 1,7 Mio. Personen unterzeichneten zuletzt eine gegen den AfD-Politiker Björn Höcke gerichtete Petition an die Bundesregierung, um diese zu einem Antrag nach §§ 36 ff. BVerfGG zu bewegen, Honer/Vogt, NVwZ 2024, 1472 (1472).

³⁴ So im Falle des Rücktritts von Christian Wulff, vgl. Lorenz, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 49 Rn. 13; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1248.

anklage als einzige Möglichkeit, das Staatsoberhaupt für ein pflichtwidriges Verhalten zur Verantwortung zu ziehen, die Notwendigkeit der Regelung.

b) Ewigkeitsgarantie

Die Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG sichert einen unantastbaren Verfassungskern, der die Identität der politischen Ordnung in Deutschland prägt und nicht im Verfahren nach Art. 79 Abs. 1 und Abs. 2 oder Art. 23 GG geändert werden kann. Es handelt sich um einen materiellen Maßstab für das BVerfG, anhand dessen es die Grenze zwischen Verfassungsänderung und Verfassungsbruch ziehen muss.³⁵ Durch die Ewigkeitsklausel kann die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit gewährleisten, dass die geltende Verfassungsordnung nicht auf dem formal legalen Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt wird und ein totalitäres Regime entsteht.³⁶ Folglich ist auch diese Norm Ausdruck der wehrhaften Demokratie der Bundesrepublik und ermöglicht es dem BVerfG, den pluralistischen, demokratischen und freiheitlichen Staat gegen autoritäre Bestrebungen des verfassungsändernden Gesetzgebers zu schützen.³⁷ Nicht vom Schutz der Ewigkeitsgarantie umfasst ist dagegen das BVerfG selbst.³⁸ So bedarf es aufgrund des Rechtsstaatsprinzips zwar der Gewaltenteilung und damit eines unabhängigen Kontrollorgans, die konkrete Ausgestaltung obliegt jedoch dem verfassungsändernden Gesetzgeber.³⁹ Bisher hat das BVerfG noch keine Verfassungsnorm für verfassungswidrig erklärt.⁴⁰

4. Bewertung der Rolle des BVerfG

Dem BVerfG wurden eine Fülle an Möglichkeiten zur Hand gegeben, die Verfassung vor autoritären Bestrebungen zu schützen. Dem Parlamentarischen Rat kam es in Anbetracht der vorangegangenen Diktatur insbesondere darauf an, dass sich die Geschehnisse aus Weimar nicht wiederholen. Dies wollten die Grundgesetzgeber durch eine starke, übergeordnete Verfassungsgerichtsbarkeit und eine wehrhafte Demokratie sicherstellen.

Zum einen kennt das Verfassungsrecht Instrumente der klassischen Verfassungsgerichtsbarkeit, die eine Kontrolle der Gewalten ermöglichen sollen. Die föderativen Verfahren sichern die bundesstaatliche Struktur der BRD und stehen einer Machtkonzentration entgegen. Durch das Organstreitverfahren kann das BVerfG erheblichen Einfluss auf das Verhältnis der unmittelbaren politischen Akteure nehmen, Rechte politischer Minderheiten stärken und Missbrauch von Befugnissen verhindern. Die Verfassungsbeschwerde ermöglichte es dem Gericht in seiner über 70-jährigen Geschichte, ein Grundrechtskonstrukt zu entwickeln, das in nahezu alle gesellschaftlichen Bereiche hineinstrahlt und die Etablierung autoritärer Elemente erschwert. Und schließlich bieten die Normenkontrollverfahren sowie die Ewigkeitsklausel einen weitreichenden Schutz vor antidemokratischen Bemühungen der Legislative.

³⁵ Hufeld, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Neuausgabe 2024, § 24 Rn. 61.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69 = NJW 1971, 275 (278).

³⁷ Volp, NJW 2016, 459 (461); Voßkuhle/Kaiser, JuS 2019, 1154 (1156).

³⁸ Allerdings wurde die Stellung des BVerfG durch die Änderung der Art. 93, 94 GG (BGBl. 2024 I, Nr. 439) auf Ebene der Verfassung erheblich gestärkt und seine Verfassungsorganqualität auch im GG verankert. Die Abschaffung oder Abwandlung zentraler Strukturvorgaben durch einfache Mehrheit ist somit nicht mehr möglich. Vgl. zur Debatte über die Absicherung des Verfassungsgerichts Gärditz, NJW 2024, 407 (409).

³⁹ Bryde, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 56; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 75.

⁴⁰ Hufeld, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Neuausgabe 2024, § 24 Rn. 61; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 79 Rn. 75.

Zum anderen gibt es besondere Verfahren vor dem BVerfG, die Ausdruck der wehrhaften Demokratie sind. Dazu gehören das Parteiverbot, die Grundrechtsverwirkung und die Bundesrichteranklage, die die FDGO schützen und autoritäre Bestrebungen präventiv abwehren sollen. Allerdings hat die Geschichte gezeigt, dass es zumindest für letztere Verfahren kaum Bedarf gibt und daher die Sinnhaftigkeit der Existenz dieser Verfahrensarten ernsthaft in Frage gestellt werden kann. Das Gleiche ließe sich auch von der Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG behaupten, ihr kommt aber der übergeordnete Zweck zu, einen legalen Umsturz der Demokratie unmöglich zu machen. Auch die Präsidentenanklage hat bisher noch keinen Einsatz erhalten. Allerdings stellt sie die einzige Möglichkeit der Kontrolle des Bundespräsidenten dar, weshalb ihrem Dasein eine gewisse Berechtigung zukommt.

Das BVerfG besitzt ein breit gefächertes Arsenal an Instrumentarien mit dem es Gefahren für die Demokratie aus allen Richtungen, sei es durch Bundespräsidenten, Gesetzgebung, Regierung, Bundesrichter, Parteien oder Einzelpersonen, abwehren kann. Allerdings kommt einigen dieser Schutzmechanismen lediglich eine Symbolfunktion zu, was einerseits für eine funktionierende Demokratie und andererseits für die Entbehrlichkeit dieser Verfahren spricht. Vor diesem Hintergrund wird zum Teil gefordert, die vorhandenen Mittel zum Schutz der Demokratie zu verändern oder sogar gänzlich neue einzuführen.⁴¹

III. Die Rolle des Supreme Court

Das US-Amerikanische Recht gehört zur Familie des Common Law, welches seine Ursprünge in England hat und historisch insbesondere durch Richterrecht geprägt ist. An der Spitze der Gerichtsbarkeit in den USA, die eine präsidentdemokratische Republik darstellt, steht nach Art. III Sec. 1 der US-Bundesverfassung der Supreme Court (USSC) als höchstes Bundesgericht.

1. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung

a) Verfassungsentstehung

Die heutigen Vereinigten Staaten von Amerika gingen aus dreizehn Kolonien der Engländer hervor, die 1607 ihre erste feste Siedlung auf amerikanischem Boden gründeten. Durch den Widerstand gegen die englische Krone vereint, erklärten sich diese Kolonien 1776 für unabhängig und traten nach dem Ende des Krieges gegen England zu einer nationalen Verfassungsgebung zusammen.⁴² Die Verfassung sollte aus dem vorher bestehenden Staatenbund einen Bundesstaat machen und basiert insbesondere auf den Prinzipien der Volkssouveränität, der Bundesstaatlichkeit und dem System der Checks and Balances, das für eine gegenseitige Kontrolle von Verfassungsorganen und einem Machtgleichgewicht zwischen diesen Organen sorgen soll. Geprägt wurde die Verfassung der Vereinigten Staaten durch den Gedanken der Revolution und Unabhängigkeit, den Überlegungen der Aufklärung zu Menschenrechten und der Doktrin von individueller Freiheit.⁴³ Nach intensivem Streit über die Ratifizierung, an dessen Ausgang die *Federalist Papers*⁴⁴ maßgeblichen Anteil hatten, trat die Verfassung 1789 in Kraft. Kurze Zeit später wurden auch die ersten zehn Zusatzartikel, die den Grundrechtskatalog konstituierten, hinzugefügt. Der USSC tagte erstmals am 1. Februar 1790 in New York.

⁴¹ So etwa Lenz/Stützel, NVwZ-Beilage 2024, 57 (61 ff.).

⁴² Depkat, Geschichte Nordamerikas, 2008, S. 218; Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl. 2022, Rn. 34; Kelly/Harbison/Belz, The American Constitution, 7. Aufl. 1991, S. 76 ff.

⁴³ Shapiro/Tresolini, American Constitutional Law, 6. Aufl. 1998, S. 4.

⁴⁴ Die *Federalist Papers* sind 85 Zeitungsartikel aus den Jahren 1787/88, in denen sich die Autoren für die neue Verfassung aussprachen; Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 20. Aufl. 2022, Rn. 38 f.

b) Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die amerikanische Verfassung bestimmt zwar die Errichtung des USSC, enthält jedoch keine Befugnisse des Gerichts, Gesetze oder Exekutivmaßnahmen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Der USSC war insofern nicht als Verfassungsgerichtshof konzipiert, sondern hat sich die Verfassungskontrollbefugnis erst selbst geschaffen. Im wegweisenden und damals hochpolitischen *Marbury v. Madison*⁴⁵ Fall von 1803 stellte der USSC unter Chief Justice John Marshall fest, dass die Verfassung Vorrang vor einfachem Recht genießt, alle Staatsgewalt an die Verfassung gebunden ist und die Gerichte Gesetze des Kongresses für verfassungswidrig erklären dürfen.⁴⁶ Der USSC nahm damit die Überprüfung der Bundesgesetzgebung auf ihre Verfassungsmäßigkeit für sich in Anspruch und erklärte erstmals einen Legislativakt des Kongresses wegen Verfassungswidrigkeit für nichtig. Auch wenn das richterliche Prüfungsrecht in *Marbury v. Madison* nicht erfunden wurde, bestätigte das Gericht die bisherige Rechtsprechung und lieferte eine umfassende Begründung und Rechtfertigung für die angewandte Normenkontrolle. Marshall interpretierte Art. III Sec. 2 und Art. VI sowie allgemeine Verfassungsgrundsätze zum einen dahingehend, dass die Verfassung Vorrang vor einfachem Recht hat („a law repugnant to the Constitution is void“), und zum anderen, dass es Aufgabe der richterlichen Gewalt ist, verbindlich über die Vereinbarkeit von Gesetzen mit der Verfassung zu entscheiden („If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each“). Letztlich war *Marbury v. Madison* prägend für die Verankerung der sog. *judicial review*, welche eine entscheidende Rolle für das System der Gewaltenteilung spielt. Eine weitere Grundlagenentscheidung traf der USSC 1819 in *McCulloch v. Maryland*⁴⁷. Dieses Urteil charakterisiert die wesentlichen Problempunkte der Auseinandersetzung zwischen Gliedstaaten und nationaler Gewalt. Der USSC stellte fest, dass der Bundesstaat nur beschränkte und enumerative Zuständigkeiten hat. Ist er aber zuständig, gehen seine Handlungen nach der Vorrangklausel des Art. VI Cl. 2 der Verfassung denen der Gliedstaaten vor. Darüber hinaus enthält die Verfassung sog. *implied powers*, die zwar nicht wörtlich in der Verfassung zu finden sind, aber zur effektiven Durchführung eines Kompetenztitels in diesen Bereich mit einbezogen werden. Weiterhin erklärte der USSC das Gesetz eines Staates wegen Unvereinbarkeit mit einem Bundesgesetz für nichtig und etablierte die sog. *federal supremacy*⁴⁸. Diese Entscheidungen verdeutlichen, dass die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit auf rudimentären Vorgaben basiert und sich im Wesentlichen aus der eigenen Rechtsprechung entwickelte.

2. Der USSC im System der USA

a) Aufbau und Wahl

Der USSC ist das einzige von der Verfassung in Art. III vorausgesetzte Gericht der USA. Seit 1935, davor noch im Kongress untergebracht, tagt er in einem eigenen Gebäude in Washington D.C.. Das Gericht besteht aus nur einer Spruchkammer und ist gemäß des Judiciary Act seit 1869 mit einem Chief Jus-

⁴⁵ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) – Es ging um den Streit der Ernennung Marburys als Richter, die der damals neue Präsident Jefferson als nicht vollzogen und ungültig betrachtete.

⁴⁶ Zu *Marbury v. Madison* vgl. *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 7 ff.; *ders.*, JuS 2003, 320 (321 ff.); *Kelly/Harbitson/Belz*, The American Constitution, 7. Aufl. 1991, S. 172 ff.; *Lübbers*, Ursprünge der richterlichen Normenkontrolle, 2021, S. 341 ff.; *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 22 f.

⁴⁷ 17 U.S. 316 (1819) behandelte die Zuständigkeit des Kongresses zur Errichtung einer Bundesbank und der Kompetenz eines Staates zur Besteuerung eben dieser.

⁴⁸ Die übergeordnete Stellung des Bundesrecht über Landesrecht bzw. der Bundesregierung über einer Landesregierung war vorher keineswegs gesichert.

tice (Vorsitzender) und acht Associate Justices besetzt. Die Richter benötigen formell keine bestimmte Qualifikation, und auch ein Mindestalter besteht nicht, trotzdem ist ein juristischer Abschluss und eine gewisse Lebenserfahrung bei Amtseintritt mittlerweile praktisch immer vorhanden.⁴⁹ Sie werden gem. Art. II Sec. 2 und III Sec. 1 US-Verfassung grundsätzlich auf Lebenszeit („during good behaviour“) vom Präsidenten nach Zustimmung des Senats durch eine einfache Mehrheit ernannt. Diese Richterernennung bietet dem Präsidenten die Möglichkeit, den USSC über die eigene Amtszeit hinaus politisch zu beeinflussen. So nominieren republikanische Präsidenten eher konservative Kandidaten, während demokratische Präsidenten zu Richtern mit liberalen Tendenzen neigen, was insbesondere bei politisch umstrittenen Fällen zu knappen Entscheidungen im Gericht führen kann. Die Nominierten müssen sich einer öffentlichen Anhörung vor dem Justizausschuss stellen, was das ganze Verfahren häufig zu einem umstrittenen Politikum macht.⁵⁰ Die Ablehnung eines vorgeschlagenen Richters kommt immer wieder vor; die Amtsenthebung eines bereits ernannten Richters wurde dagegen bislang erst einmal, und letztlich erfolglos, angestrebt.⁵¹

b) Die Stellung des USSC

aa) In der Gerichtsbarkeit

Die Gerichtsbarkeit des Bundes und die der Staaten, die ein separates Gerichtswesen haben, stehen in den USA nebeneinander. Der USSC steht an der Spitze der dreistufigen Bundesgerichtsbarkeit, die weiterhin aus 94 erstinstanzlichen Bezirksgerichten und 13 Berufungsgerichten besteht und deren Kompetenzbereich in Art. III Sec. 2 der Verfassung bestimmt wird. Der USSC ist die höchste Rechtsmittelinstanz für alle Bereiche des Rechts⁵² und hat nur beschränkte erstinstanzliche Zuständigkeit⁵³. Demnach sind nicht nur Verfassungsfragen Gegenstand der Verfahren. Allerdings liegt die Entscheidung zur Annahme von Verfahren seit der Überarbeitung des Judiciary Act 1925 zu großen Teilen im Ermessen des Gerichts,⁵⁴ weshalb insbesondere Fälle mit verfassungsrechtlicher Bedeutung und solche mit widersprüchlichen Urteilen der unteren Gerichte angenommen werden.⁵⁵

bb) Im Gewaltensystem

Die amerikanische Verfassung enthält eine ausgeprägte separation of powers, die in den Art. I bis III der Verfassung festgehalten ist. Der Kongress, der sich aus Senat und Repräsentantenhaus zusammensetzt, stellt nach Art. I die gesetzgebende Gewalt dar. Die exekutive Gewalt liegt nach Art. II US-Verfassung vornehmlich beim Präsidenten, der die Funktion des Staatsoberhauptes und Regierungschefs vereint. Als dritte Gewalt sieht die Verfassung die Gerichtsbarkeit in Art. III vor. Diese Gewalten

⁴⁹ *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 158 ff., 169 f.

⁵⁰ So hat sich der zum Senat nach dem Tod des Richters Antonin Scalia gänzlich geweigert, den von Präsident Barack Obama vorgeschlagenen Kandidaten überhaupt anzuhören, vgl. *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 57b.

⁵¹ *Dreyer/Fröhlich*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 199 ff.

⁵² Das amerikanische Recht kennt eine Einteilung in verschiedene Fachgerichte in nur sehr eingeschränktem Umfang, vgl. *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 60.

⁵³ Nach Art. III Sec. 3 Cl. 2 der Verfassung sind dies Fälle in denen ausländische Botschafter, andere öffentliche Amtsträger oder Konsuln betroffen sind und bei föderalen Streitigkeiten mit Beteiligung eines Einzelstaates.

⁵⁴ Nach bewährter Praxis bedarf es für die Annahme eines Falles der Bereitschaft von mindestens vier Richtern, vgl. *Dreyer/Fröhlich*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 204.

⁵⁵ *Dreyer/Fröhlich*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 198; *Frankfurter/Landis*, Harvard Law Review 42 (1/1928), 1 ff.; *Dreyer/Fröhlich*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 198; *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 18.

bestehen nach der Struktur der Verfassung zwar unabhängig voneinander, sind gleichberechtigt⁵⁶ und jeweils mit Zuständigkeiten ausgestattet, jedoch sind sie in wichtigen Bereichen verzahnt.⁵⁷ Dieses System der Checks and Balances soll gewährleisten, dass Befugnisse einer Teilgewalt nicht durch Übergriffe einer anderen verletzt werden. Außerdem stellt die gegenseitige Kontrolle sicher, dass keine Gewalt zu mächtig wird. James Madison, Gründervater und später vierter Präsident der Vereinigten Staaten, schrieb in den Federalist Papers, dass der Sinn der Gewaltenteilung und -kontrolle darin liege, eine staatliche Tyrannei der Mehrheit vorzubeugen und dadurch politische Freiheit zu ermöglichen.⁵⁸ So überwacht der Präsident den Kongress z.B. durch sein Veto-Recht im Gesetzgebungsverfahren. Der Kongress kann wiederum das Veto überwinden und Kontrolle über den Präsidenten ausüben, indem er ein Mitspracherecht bei wichtigen Ernennungen hat und ein Amtsenthebungsverfahren eröffnen kann. Der USSC hat die Befugnis, Maßnahmen beider Gewalten für verfassungswidrig zu erklären, und wird gleichzeitig durch die Ernennungsbefugnis des Präsidenten und Gesetze des Kongresses kontrolliert.

cc) In der Politik

Die Entscheidungen des USSC haben regelmäßig große politische Tragweite.⁵⁹ Vor allem wegen der hohen Anforderungen an das Verfahren zur Verfassungsänderung⁶⁰ musste das Gericht in seiner langen Geschichte an Stelle der politischen Gewalten Grundrechtsentwicklung betreiben und staatsorganisationsrechtliche Fragen klären.⁶¹ Allerdings gibt es auch Fälle, in denen der USSC eine Entscheidung aufgrund des politischen Charakters des Falles ablehnt (sog. political question doctrine).⁶² Diese Zurückhaltung in politischen Fragen ist nicht in der Verfassung niedergelegt, sondern entwickelte sich mit der Rechtsprechung.⁶³ So lehnt der USSC in der Regel Entscheidungen ab, die im politischen Ermessen einer anderen Gewalt stehen oder die nicht ohne Verletzung von verfassungsrechtlichen Kompetenzen eines anderen Staatsorgans ergehen können. Dieser Grundsatz entspringt dem Gedanken der Gewaltenteilung, nach dem jede Gewalt einen Kernbereich unantastbarer Zuständigkeit hat, in die das Gericht nicht eingreifen darf. Allerdings wird die Zurückhaltung des Gerichts in politischen Fragen durch im Ermessen der Richter liegende Kriterien relativiert, die einen flexiblen Einsatz dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ermöglichen.⁶⁴

⁵⁶ Die Judikative wurde von *Alexander Hamilton* in den Federalist Papers als „least dangerous branch“ bezeichnet; In *Marbury v. Madison* betonte der USSC die Gleichberechtigung der Gewalten („three co-equal branches“), vgl. *Dreyer/Fröhlich*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 196.

⁵⁷ *Thiele*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2022, S. 129; *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 212 f.

⁵⁸ *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 213.

⁵⁹ *Baum*, The Supreme Court, 14. Aufl. 2021, S. 3; *Haller*, Supreme Court und Politik in den USA, 1972, S. 180.

⁶⁰ Nach Art. V US-Verfassung bedarf es der Zweidrittelmehrheit beider Kammern des Kongresses oder der Bundesstaaten für einen Änderungsvorschlag, der anschließend der Zustimmung von mindestens drei Viertel der Bundesstaaten bedarf.

⁶¹ *Dreyer/Fröhlich*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 197 f.; *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 21.

⁶² *Shapiro/Tresolini*, American Constitutional Law, 6. Aufl. 1998, S. 78 ff.; *Haller*, Supreme Court und Politik in den USA, 1972, S. 180 ff.; *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 64 ff.

⁶³ Schon in *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, 165f. [1803]) sprach das Gericht von nicht überprüfbaren politischen Entscheidungen; Insbesondere in *Baker v. Carr* (369 U.S. 186 [1962]) hat der USSC die „political question doctrine“ zusammengefasst.

⁶⁴ *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 23; *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 92 ff.

Weiterhin entwickelte sich in der Geschichte des USSC der Grundsatz des sog. judicial self-restraint.⁶⁵ Demnach sollen sich die Richter bei Streitigkeiten, die die anderen Gewalten in ihrem Kern betreffen, im Hinblick auf die Kontrolldichte zurückhalten und Handlungen nur dann für ungültig erklären, wenn die verfassungsrechtlichen Grenzen eindeutig überschritten wurden.

3. USSC als Hüter der Demokratie

Die amerikanische Verfassung enthält, abgesehen vom Amtsenthebungsverfahren⁶⁶, keine expliziten verfassungsrechtlichen Verfahrensarten gegen antidemokratische Bestrebungen. Als Hüter der Demokratie kann das Gericht nur bei Verfahren auftreten, die inzident eine solche verfassungsrechtliche Frage beinhalten. So haben sich in der Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung die klassischen Materien der Verfassungsgerichtsbarkeit, namentlich die Normenkontrolle, individueller (Grund-)Rechtsschutz sowie föderative Streitverfahren, herausgebildet. Lediglich Streitigkeiten zwischen Staatsorganen überlässt der USSC regelmäßig den politischen Akteuren und enthält sich einer Entscheidung.⁶⁷

a) Demokratieschutzmaßnahmen?

In den USA genießen Parteien und Vereinigungen nach Maßgabe des USSC den Schutz des ersten Zusatzartikels.⁶⁸ Damit bestehen keine rechtlichen Möglichkeiten, Organisationen mit antidemokratischer Zielsetzung zu verbieten, solange deren Mitglieder nicht gegen Strafgesetze verstoßen.⁶⁹ Dazu hat der USSC 1969 im Hinblick auf das 1. und 14. Amendment festgelegt, dass sogar Aufrufe zu Gewalt nicht unbedingt ein Verbot der Organisation rechtfertigen.⁷⁰ Die Voraussetzungen für Einschränkungen von Vereinigungen auf Grundlage ihrer demokratiefeindlichen Ausrichtung sind demnach hoch und werden im Übrigen auch nicht durch ein Gericht, sondern durch die Behörden ausgesprochen. Eng mit dieser Thematik verbunden ist der Schutz des öffentlichen Dienstes vor Extremisten. Im Kalten Krieg sollte der Staatsdienst vor einer Unterwanderung durch Kommunisten bewahrt werden, was zu einem von Präsident Harry S. Truman 1947 erlassenen Verbot der Mitgliedschaft bestimmter Vereinigungen für Beamte führte.⁷¹ Doch dieses Element des Demokratieschutzes⁷² wurde ab den 1960er Jahren durch die Rechtsprechung des USSC⁷³ stark eingeschränkt und führt heute nur noch gelegentlich zu Entlassungen aufgrund extremistischer Betätigung.

Ein weiteres Element des Verfassungsschutzes ist die Beschränkung von Versammlungen mit autoritären Inhalten. Doch wie auch das Verbot von Vereinigungen dürfen Versammlungsbeschrän-

⁶⁵ Dazu *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 125 ff.

⁶⁶ Auch dieses Verfahren richtet sich nicht ausdrücklich gegen antidemokratische Bestrebungen des Amtsträgers, sondern erfordert nach dem Wortlaut *Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*.

⁶⁷ *Becker*, VR 2018, 397 (406); *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 317 ff.

⁶⁸ Vgl. *N.A.A.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449, 461 (1958).

⁶⁹ *Flümann*, Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten, 2015, S. 260.

⁷⁰ Der Aufruf muss „directed to inciting or producing imminent lawless action and [...] likely to incite or produce such action“ sein, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

⁷¹ *Flümann*, Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten, 2015, S. 268 ff.

⁷² Fraglich ist jedoch, ob die Entlassung tausender Beamter aufgrund vermeintlich kommunistischer Gesinnung tatsächlich dem Schutz der Demokratie diene.

⁷³ Der USSC stellte fest, dass die bloße Mitgliedschaft in einer subversiven Vereinigung nicht zwingend auf eine antidemokratische Einstellung schließen lässt, vgl. *Elfbrandt v. Russel*, 384 U.S. 11 (1966); *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967).

kungen in den USA grundsätzlich nicht an Inhalte und Ziele der Versammlung anknüpfen.⁷⁴ Wie weit diese Freiheit zur Meinungsäußerung und Versammlung reicht, zeigt ein Fall aus dem Jahr 1977: Die National Socialist Party of America (NSPA) beantragte in der jüdischen Gemeinde Skokie die Erlaubnis eines Neonazi-Aufmarsches, bei dem die Mitglieder braune Uniformen mit Hakenkreuz tragen sollten. Nach der Verweigerung der Erlaubnis durch die zuständige Behörde und unterschiedlichen Urteilen in allen gerichtlichen Instanzen, entschied der USSC die Entscheidung nicht anzunehmen, wodurch der NSPA durch das vorangegangene Urteil der Aufmarsch im Ergebnis ohne jegliche Einschränkungen erlaubt war.⁷⁵

Das amerikanische Recht kennt demnach Maßnahmen zum Schutz der Demokratie vor feindlichen Bestrebungen. Allerdings sind diese Verfahren nicht dem USSC vorbehalten. Der Supreme Court stellt sogar eher einen, die Ausübung dieser Instrumente mit Verweis auf die nahezu vorbehaltlos verstandene Meinungsfreiheit einschränkenden, Gegenspieler dar.

b) Kontrolle der Legislative

Seit dem Marbury-Urteil hat sich der USSC die Überprüfung von Legislativakten vorbehalten. Verstößt ein Gesetz gegen die Verfassung, so kann es in einem entsprechenden Verfahren vor dem obersten Gericht der USA für nichtig erklärt werden. Die Judikative sichert damit die Bindung der gesetzgebenden Gewalt an die Verfassung, um eine Tyrannei der Mehrheit zu verhindern. Darüber hinaus gibt der USSC der Verfassung durch seine Auslegung die Tragweite, die ihr heute zukommt. So hat insbesondere der USSC unter Chief Justice Earl Warren von 1953 bis 1969 zum Ende der Rassentrennung⁷⁶ und der bedeutenden Stellung individueller Freiheiten und Grundrechte in den USA beigetragen.⁷⁷ Auch das allgemeine und freie Wahlrecht, welches Ausdruck der Herrschaftsteilhabe in einer Demokratie ist, wurde unter dem Warren-Court etabliert.⁷⁸ Das Gericht stellte fest, dass das Wahlrecht ein fundamentales Recht ist und sich aus Amend. XIV Sec. 1 die Wahlgleichheit ergibt. In dieser Periode stärkte der USSC die Beteiligung aller Amerikaner am demokratischen Prozess, gab den (Justiz-)Grundrechten eine einflussreichere Bedeutung und nahm insgesamt eine stärkere Stellung im Staatsgefüge ein.⁷⁹ Dieser Trend wandelte sich jedoch in der Folgezeit mit der zunehmend konservativen Besetzung des Gerichts, die frühere Entscheidungen zum Teil zurücknahm oder deren Reichweite beschnitt.⁸⁰ So erklärte der USSC 2013 einen Teil des Voting Rights Act für verfassungswidrig,⁸¹ der verhindern sollte, dass Minderheiten die Teilnahme an Wahlen erschwert wird.⁸² Auch in Bezug auf Wahlkampfspenden durch Privatpersonen stellte sich der USSC gegen den Kongress und stärkte die Möglichkeit der Einflussnahme Einzelner im Wahlkampf.⁸³ Der Supreme Court

⁷⁴ Flümann, Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten, 2015, S. 263 f.

⁷⁵ NSPA v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).

⁷⁶ Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) bildete den Kern der modernen Gleichheitsrechtsprechung des USSCs.

⁷⁷ Hoffer/Hoffer/Hull, The Supreme Court, 2007, S. 333 ff.; Rau, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 38 ff.

⁷⁸ Dazu insbesondere Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964); Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 151 ff.

⁷⁹ Brugger, ZaöRV 2006, 415 (421).

⁸⁰ Brugger, ZaöRV 2006, 415 (421 f.); Baum, The Supreme Court, 14. Aufl. 2021, S. 179 ff.

⁸¹ Shelby County v. Holder, 570 U.S. 529 (2013).

⁸² Emerson, ZaöRV 2014, 41 (43 ff.).

⁸³ v. Achenbach, Verfassungsblog v. 7.4.2014, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/us-supreme-court-wahlkampfspenden-may-deep-pockets-rule/> (24.2.2025); Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010); McCutcheon v. Federal Election Commission, 572 U.S. 185 (2014).

hat seit 2022 einige höchst kontrovers diskutierte Urteile gefällt, die eine progressive, demokratische Entwicklung des Gerichts behindern und den Eindruck zunehmender Politisierung vermitteln.⁸⁴ Hier zeigt sich eine deutliche Verschiebung weg von einer libertären hin zu einer erzkonservativen Rechtsprechung.

c) Kontrolle der Exekutive

aa) Allgemein

Wie auch die gesetzgebende Gewalt untersteht die Exekutive, allen voran der Präsident als Staatsoberhaupt, grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle. Allerdings nimmt die Gerichtsbarkeit eine weniger intensive Kontrolle in bestimmten Angelegenheiten des Präsidenten vor und gewährt diesem gewisse Privilegien und Immunitäten.⁸⁵ Im Hinblick auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Exekutive fällt der USSC 1952 die Grundsatzentscheidung im sog. Steel Seizure⁸⁶ Fall. Präsident Harry Truman ordnete die staatliche Übernahme von bestreikten Stahlwerken während des Korea-Krieges an. Allerdings fand sich für eine solche Handlung des Präsidenten keine gesetzliche Grundlage oder Ermächtigung durch den Kongress, weshalb der oberste Gerichtshof eine verfassungswidrige Kompetenzerweiterung feststellte. Im US v. Nixon⁸⁷ Fall stellte der USSC zwar die grundsätzliche Vertraulichkeit präsidentieller Gespräche fest, ging aber dennoch im konkreten Fall von einem Überwiegen der Integrität des Strafprozesses gegenüber der Funktionsfähigkeit der Spitze der Exekutive aus.⁸⁸ Somit kam das Gericht trotz des Zugeständnisses gewisser Privilegien an den Präsidenten zu dem Ergebnis, dass Richard Nixon die ihn belastenden Tonbänder herausgeben musste.

bb) Am Beispiel Donald Trump

Das in Art. II Sec. 4 vorgesehene Amtsenthebungsverfahren (Impeachment) ist die ausdrücklich normierte Möglichkeit, den Präsidenten aufgrund von Verrat, Bestechung oder anderer schwerer Verbrechen und Vergehen aus seinem Amt zu entheben. Präsident Donald Trump ist bisher der einzige, demgegenüber ein solches Verfahren innerhalb einer Amtszeit gleich zweimal eröffnet wurde. Er wird von vielen als rechtspopulistisches Staatsoberhaupt mit autoritären Tendenzen bezeichnet, dem unter anderem Amtsmissbrauch, Behinderung der Justiz und offene Feindlichkeit gegenüber Minderheiten vorgeworfen wird.⁸⁹ Gleich zu Beginn seiner ersten Amtszeit ordnete Trump, unter dem Vorwand der Gefahrenabwehr, ein Einreiseverbot für Personen aus mehreren muslimischen Ländern an.⁹⁰ Nachdem diese Executive Order zweimal von den Gerichten kassiert wurde und auch die dritte Version zu scheitern drohte, erklärte der USSC das Einreiseverbot mit 5:4 Mehrheit der konservativen

⁸⁴ Siehe dazu *Gremminger*, LTO v. 9.7.2022, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/48999 (24.2.2025); kritisch zur Entscheidung *Trump v. United States* *Buchheim*, JZ 2024, 1049; zur Aufhebung des verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch *Beaucamp*, ZaöRV 2024, 669.

⁸⁵ *Baum*, The Supreme Court, 14. Aufl. 2021, S. 318 f.; *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 87 ff.; *Rau*, Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 113 f.; *Haller*, Supreme Court und Politik in den USA, 1972, S. 93 ff.

⁸⁶ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

⁸⁷ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

⁸⁸ Zu diesem Fall *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 87 ff.; *Hoffer/Hoffer/Hull*, The Supreme Court, 2007, S. 389 ff.; *Kelly/Harbison/Belz*, The American Constitution, 7. Aufl. 1991, S. 667 ff.

⁸⁹ z.B. *Becker*, VR 2018, 397 (397); *Norris/Inglehart*, Cultural Backlash, 2019, S. 346; *Rensmann*, Zeitschrift für Rechtsextremismusforschung 2021, 5 (6 ff.).

⁹⁰ *Siewert*, Handbuch Politik USA, 2. Aufl. 2020, S. 183.

Richter für verfassungsmäßig.⁹¹ In dieser Entscheidung hätte der USSC seiner Aufgabe des Schutzes des Rechtsstaates nachkommen und den Präsidenten in seine Schranken weisen können, stattdessen wird deutlich, wie sehr das Votum von der politischen Einstellung der Richter abhängig ist.⁹² Das erste Impeachment gegen Trump wurde Ende 2019 eingeleitet, nachdem ein Hinweisgeber Informationen über ein Telefonat zwischen Trump und dem ukrainischen Präsidenten offenlegte. Trump versuchte, mögliche politische Wahlkampfhilfe als Gegenleistung für Militärhilfen der USA zu erzwingen.

Das Amtsenthebungsverfahren in den USA ist ein gerichtsähnliches politisches Verfahren.⁹³ Mit einfacher Mehrheit kann das Repräsentantenhaus die Erhebung der Anklage veranlassen, die vor dem Senat unter Vorsitz des Präsidenten des USSC verhandelt wird. Befinden mindestens zwei Drittel der Mitglieder des Senates den Präsidenten wegen Hochverrats, Bestechung oder anderer schwerer Vergehen schuldig, wird dieser aus dem Amt entlassen. Eine Kontrolle dieser Entscheidung durch den USSC würde (wohl) nicht stattfinden, da Art. I Sec. 3 Cl. 6 der US-Verfassung von der „sole power“ des Kongresses spricht und sich der USSC im Sinne der political question doctrine einer Einmischung enthalten dürfte.⁹⁴ Das Verfahren gegen Trump scheiterte letztlich am Rückhalt der republikanischen Senatoren. Das Ende der ersten Präsidentschaft Trumps markiert der gewalttätige Sturm seiner Anhänger und Rechtsradikaler auf das Kapitol und den voll besetzten Senat am 6.1.2021. Anlass dafür hatten Aussagen Trumps über den angeblich manipulierten Wahlsieg Joe Bidens gegeben, der an diesem Tag vom Kongress formell bestätigt werden sollte, sowie Trumps Aufruf zum Marsch auf das Kapitol. Das daraufhin eingeleitete zweite Impeachment, auf das der USSC ebenso keinen Einfluss nahm, scheiterte wieder an der erforderlichen Senatsmehrheit. Nach dem Ende der ersten Amtszeit Trumps stellte sich der USSC Anfang 2022 allerdings doch noch gegen den dann ehemaligen Präsidenten und lehnte dessen Anfrage über die Verweigerung der Herausgabe von Dokumenten zum Sturm auf das Kapitol ab.⁹⁵ Im Sommer 2024 stellte der USSC indes eine Teil-Immunität für den jeweiligen Präsidenten fest, was dem Gericht erhebliche Kritik einbrachte.⁹⁶

4. Bewertung der Rolle des USSC

Die junge Nation der Vereinigten Staaten hat die älteste noch gültige Staatsverfassung der Welt. Sie stand bei ihrer Entstehung ganz im Zeichen der neu erlangten Unabhängigkeit und wurde im Streben nach der Verwirklichung von Freiheit und Gleichheit errichtet. Ihre Ausführungen beschränken sich auf das Wesentliche und enthalten kaum Vorgaben zum USSC, geschweige denn zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Anfangs noch überwiegend als Rechtsmittelinstanz ausgestaltet und als schwächste Gewalt bezeichnet, erarbeitete sich das Gericht insbesondere durch die Marbury-Entscheidung seine Stellung als Hüter der Verfassung. So hat der USSC in der Entwicklung des Verfassungsverständnisses und der Grundrechte eine herausragende Stellung eingenommen. Gerade der Warren-Court hatte eine den gesellschaftlichen Wandel vorantreibende Rolle, die einzigartig in der

⁹¹ Trump v. Hawaii, No. 17-965, 585 U.S. (2018).

⁹² Vgl. Michaels, Verfassungsblog v. 28.6.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/der-supreme-court-wird-trump-kaum-stoppen/> (24.2.2025).

⁹³ Übersicht Impeachment Tushnet, Verfassungsblog v. 28.9.2019, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/impeaching-a-president-how-it-works-and-what-to-expect-from-it/> (24.2.2025); Becker, VR 2018, 397 (405 f.).

⁹⁴ Bisher wurde noch kein Präsident des Amtes entlassen, Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2001, S. 91 f.

⁹⁵ Trump v. Thompson, 595 U. S. (2022).

⁹⁶ Buchheim, JZ 2024, 1049; Graber, Verfassungsblog v. 5.7.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/trump-v-united-states-as-roe-v-wade/> (24.2.2025); Stein, Verfassungsblog v. 3.7.2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/ein-koenig-zum-unabhaengigkeitstag/> (24.2.2025).

Geschichte des USSC ist. Nichtsdestotrotz hat der USSC nur beschränkte und nicht verfassungsrechtlich verankerte Möglichkeiten, gegen autoritäre Bestrebungen vorzugehen. Der demokratiefeindlichen Gesinnung von Parteien oder Vereinen Schranken zu setzen, ist dem USSC entweder aufgrund der political question doctrine oder wegen der von ihm entwickelten Bedeutung der Meinungsfreiheit kaum möglich. Insgesamt vertraut das Verfassungssystem eher auf checks and balances zwischen Präsident, Repräsentantenhaus und Senat als auf gerichtliche Überprüfbarkeit. Problematisch ist dieses System dann, wenn Kongress und Präsident denselben politischen Kurs verfolgen und eine (kritische) gegenseitige Kontrolle dieser Verfassungsorgane nicht stattfindet. In diesem Fall bedarf es umso eher einer gerichtlichen Kontrolle, die in den USA allerdings aufgrund der political question doctrine und des judicial self-restraint in manchen Bereichen stark begrenzt ist.

Auch die zunehmende politische Beeinflussung der Gerichtsbesetzung durch die Wahl der Richter bereitet der Unabhängigkeit der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit Schwierigkeiten. Das Beispiel Donald Trump zeigt, dass ein entsprechend der politischen Tendenz besetzter USSC der präsidentialen Macht, auch wenn sie zum Teil antidemokratisch eingesetzt wird, nicht entschlossen entgegenzutreten kann oder will. So hat Trump mit seinen (bisherigen) drei Richterernennungen vermutlich mehr Einfluss auf den USSC genommen als der USSC auf die Regierung Trumps. Die amerikanische Demokratie hat dieser ersten Präsidentschaft letztlich standgehalten. Die vier Jahre unter Trump verdeutlichen aber, dass der Verfassungsrechtsstaat nicht so stark ist, wie man angesichts seines über 200-jährigen Bestehens glauben könnte. Die zweite Amtszeit Trumps dürfte den demokratischen Rechtsstaat und die Unabhängigkeit des USSC nicht weniger strapazieren.

Was die Legislative betrifft, steht dem USSC mit der Normenkontrolle ein effektives Mittel zur Überprüfung antidemokratischen Handelns zur Verfügung. Eine Kontrolle der Maßnahmen des Präsidenten findet zwar statt, diese liegt aber vorrangig in den Händen des Kongresses. Beispielhaft dafür ist die (nahezu) fehlende Beteiligung des obersten Gerichts am Impeachment gegen den Präsidenten. Gerade wenn die politische Haltung der Mehrheit des Gerichts mit der des Präsidenten korrespondiert, besteht die Gefahr, dass eine verfassungsgerichtliche Kontrolle nur zurückhaltend ausgeübt wird. Gegenüber autoritären Bestrebungen außerhalb des politischen Systems hat der USSC eine großzügige Haltung eingenommen und gewährt dieser potenziellen Gefahr sehr viel Raum.

IV. Gegenüberstellung

Die gefundenen Ergebnisse und Bewertungen lassen nun eine Gegenüberstellung der Verfassungsgerichtsbarkeiten in Bezug auf ihre Eignung als Hüter der Demokratie gegen autoritäre Bestrebungen zu.

1. Verfassungsgeschichtlicher Vergleich

In beiden Staaten stand die Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit unter den Eindrücken einer grundlegenden Systemtransformation. Während in Amerika die Kolonien den Schritt von der Unabhängigkeit zur Schaffung einer neuen politischen Ordnung machten, war die Verfassungsgebung in Deutschland geprägt durch eine militärische Niederlage und den Niedergang einer totalitären Diktatur. Das Grundgesetz ist eine Reaktion auf die Souveränitätsanmaßung, die die Weimarer Verfassung ermöglicht hat, und sollte durch Errichtung von Schutzmechanismen eine wehrhafte Demokratie schaffen. In den Vereinigten Staaten, deren Verfassung deutlich älter und weniger umfangreich ist, galt es insbesondere, die rechtlichen Grundfragen des neuen Staates zu klären und den Interessen der Einzelstaaten gerecht zu werden. So musste in Amerika eine völlig neue Bundesgerichtsbarkeit geschaffen werden, während in Deutschland auf eine bestehende, ausdifferenzierte Judikative auf-

gebaut werden konnte. Beiden Verfassungen lag der Gedanke der Menschenrechte zugrunde, die im Grundgesetz an erster Stelle stehen sollten, in der US-Verfassung jedoch erst später durch die Bill of Rights verfassungsrechtlich verankert wurden. Auch wenn sich das Grundgesetz im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit an der Einrichtung des USSC orientiert hat,⁹⁷ gibt es erhebliche Unterschiede in der Entstehung der Gerichte. Der USSC ist durch Art. III der US-Verfassung nicht als Staatsgerichtshof für Verfassungsfragen konzipiert worden, sondern als oberstes Bundesgericht. Die Geburtsstunde der Verfassungsgerichtsbarkeit war erst die Marbury-Entscheidung, in der sich das Gericht die Prüfung von Gesetzen des Kongresses am Maßstab der Verfassung vorbehalten hat. Seitdem hat sich der USSC seit über 200 Jahren durch seine Rechtsprechung zu einer gefestigten Institution entwickelt. Die deutlich jüngere deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit ist dagegen umfassend im Grundgesetz verankert worden.

Der verfassungsgeschichtliche Vergleich zeigt, dass die lange Historie der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit auf der spärlichen Vorgabe des Art. III der US-Verfassung und der selbstbewussten Rechtsprechung des USSC beruht. Im Gegensatz dazu wurde in Deutschland, aus Sorge vor einem erneuten Scheitern der Demokratie, die Wehrhaftigkeit der Verfassung ausdrücklich im Grundgesetz verankert und durch eine starke und übergeordnete Verfassungsgerichtsbarkeit abgesichert.

2. Verfassungsgerichtsbarkeit im Staatsgefüge

a) Vergleich von Aufbau und Wahl der Gerichte

Während in Deutschland 16 Richter in zwei Senaten arbeiten, besteht der USSC aus nur einer Kammer mit neun Richter. Auch wenn es in den USA an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, sind übereinstimmende (faktische) Voraussetzungen für eine Kandidatur eine rechtswissenschaftliche Ausbildung, ein gewisses Lebensalter bei Amtseintritt und die Nichtausübung von politischen Ämtern in einer anderen Gewalt. Ein bedeutender Unterschied liegt in der Amtszeit und dem Ernennungsverfahren der Richter. Die lebenslange Amtszeit und die Ernennung durch den Präsidenten und einfacher Senatsmehrheit führt in den USA dazu, dass gerade auch die politische Ausrichtung der Kandidaten eine gewichtige Rolle spielt und sich der Präsident eine über seine Amtszeit hinausgehende Beeinflussung der Verfassungsgerichtsbarkeit sichern kann. Problematisch daran ist die Möglichkeit der Entstehung langanhaltender Mehrheiten bestimmter politischer Neigungen im Gericht, trotz sich wandelnder politischer Konstellationen, und einer Überalterung der Richterschaft. Eine dauerhafte politisch ideologische Besetzung des BVerfG wird durch die erforderliche Zweidrittelmehrheit in Bundestag bzw. Bundesrat sowie die Begrenzung auf zwölf Amtsjahre vermieden – allerdings kann ersteres durch eine Änderung der BVerfGG mit einfacher Mehrheit abgeschafft werden.⁹⁸ Der Einfluss politischer Präferenzen bei der Richterwahl in den USA hat letztlich auch dazu beigetragen, dass sich am USSC eine Mehrheitslogik in der Entscheidungsfindung entwickelt hat, während die Richter des BVerfG nach einem Konsens streben. Beide Rechtsordnungen sehen ein Verfahren vor, durch das die Richter entlassen werden können, vgl. Art. II Sec. 4 US-Verfassung bzw. § 105 BVerfGG. Dies ist allerdings bislang noch nicht vorgekommen.

⁹⁷ *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 485 ff.; *Wilms*, NJW 1999, 1527 (1527 ff.).

⁹⁸ Die geheime und direkte Wahl der Kandidaten ohne vorherige Anhörung führt immer wieder zur Kritik an der Intransparenz im deutschen Ernennungsverfahren, vgl. *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 203 ff.

Die Mitwirkung parlamentarischer Körperschaften und zweier unterschiedlicher politischer Akteure sichert, zumindest in der Theorie, in beiden Ländern die Auswahl von Richtern, die gegenüber der Verfassung nicht feindlich eingestellt sind. Indes birgt das Ernennungsverfahren der Richter und die lebenslange Amtszeit in den USA die Gefahr einer starken politisch ideologischen Divergenz der Richterbank und abnehmender judikativer Widerstände gegen die Regierung. Und auch die Änderung der Art. 93, 94 GG zeigt, dass sich hierzulande die Sorge um die Aufrechterhaltung eines unabhängigen und unparteilichen BVerfG ausbreitet.⁹⁹ So heißt es im Gesetzentwurf, dass die Grundgesetzänderung Bestrebungen vorbeuge, die die Unabhängigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frage stellen.¹⁰⁰

b) Stellung der Verfassungsgerichte

Beide Verfassungen sehen eine föderalistische, republikanische und rechtsstaatliche Demokratie als Staatsform und eine oberste (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit vor. Dabei nimmt der USSC in den USA neben seinen verfassungsrechtlichen Kompetenzen auch die Stellung als oberstes Gericht in einfachrechtlichen Streitigkeiten wahr (Einheitsmodell). Das deutsche System folgt dagegen dem Trennungsmodell; das BVerfG entscheidet nur spezifische verfassungsrechtliche Verfahren und ist der einfachen Gerichtsbarkeit übergeordnet, ohne in den Instanzenzug eingeordnet zu sein. Vorteil des amerikanischen Modells ist die Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Allerdings bedingt die doppelte Zuständigkeit deutlich mehr Verfahren, und sie verlangt von den Richtern Kenntnisse in allen Bereichen der Fachgerichtsbarkeit. Ein weiterer Unterschied liegt in der föderativen Organisation der Judikative. So besteht in den USA weitestgehend eine Trennung von bundesstaatlicher und einzelstaatlicher Gerichtsbarkeit, während in Deutschland ein gemeinsamer und übergreifender Instanzenzug kennzeichnend ist.

Im System der Gewaltenteilung lassen sich dagegen Gemeinsamkeiten finden. So nennen die Verfassungen drei grundsätzlich gleichberechtigte und unabhängige Gewalten, die jedoch nicht strikt getrennt sind, sondern die durch Verzahnungen in bestimmten Bereichen Kontrolle über die anderen Gewalten ausüben. In Deutschland hat das BVerfG zahlreiche und umfassende Kontrollbefugnisse gegenüber den politischen Akteuren. In den USA vertraut man dagegen weniger auf die verfassungsrechtliche Kontrolle durch den USSC, sondern eher auf das ausgeprägte System von checks and balances insbesondere zwischen Präsident, Repräsentantenhaus und Senat sowie auf eine weitgehende Souveränität der Einzelstaaten. Daraus hat sich in der richterlichen Rechtsfortbildung des USSC die political question doctrine entwickelt, mit der das Gericht politisch überlagerte Streitfälle abweisen kann. In Deutschland gibt es eine solche Möglichkeit nicht. Das BVerfG muss sich auch in politisch relevanten Fällen mit der Streitigkeit auseinandersetzen. Allerdings haben beide Verfassungsgerichte eine richterliche Zurückhaltung in Fragen entwickelt, die gewisse Bereiche (z.B. Außen- oder Sicherheitspolitik) betreffen oder im Ermessen- bzw. Entscheidungsspielraum der anderen Gewalten liegen.

Beiden Gerichten kommt im Staatsgefüge die bedeutsame Stellung einer verfassungsrechtlichen Kontrollinstanz für die anderen Gewalten zu, die auf dem System der Gewaltenteilung und -ver-

⁹⁹ Z.B. *Faser* (BT-Plenarprotokoll 20/207 v. 19.12.2024, S. 26662 [C]): „Regelungen [...] in das Grundgesetz aufnehmen, damit die Feinde unserer Demokratie im Ernstfall kein Einfallstor haben. Denn wir sehen beim Blick ins Ausland: Wenn Autokraten an die Macht kommen, wenden sie sich fast immer als Erstes gegen die Wirksamkeit und die Unabhängigkeit der Justiz.“; *Wissing* (BT-Plenarprotokoll 20/207 v. 19.12.2024, S. 26667 [C]): „Das Gericht zu sabotieren, wird künftig deutlich schwieriger werden.“

¹⁰⁰ BT-Drs. 20/12977 S. 1.

schränkung beruht. Streitigkeiten zwischen Staatsorganen werden im amerikanischen checks and balances System eher auf politischer anstatt, wie in Deutschland, auf rechtlicher Ebene gelöst.

3. Vergleich der Gerichte als Hüter der Verfassung

Zuletzt bleibt noch der Vergleich des Schutzes der Verfassung vor autoritären Bestrebungen durch die Verfassungsgerichte. Auf deutscher Seite steht ein Grundgesetz, welches für das BVerfG einen umfassenden Katalog an Maßnahmen vorsieht. Der USSC dagegen musste sich aufgrund der wenigen Vorgaben der US-Verfassung die Stellung als Verfassungshüter durch seine Rechtsprechung erst erarbeiten. Er kann nur innerhalb konkreter Streitfälle auf demokratiefeindliche Bestrebungen reagieren und nicht wie das BVerfG abstrakte verfassungsrechtliche Feststellungen auf Antrag bestimmter Beteiligter treffen. So kennt auch die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit föderative Streitigkeiten, die (konkrete) Normenkontrolle und individuellen (Grund-)Rechtsschutz.¹⁰¹ Gerade im letzten Bereich haben beide Gerichte in ihrer Geschichte das Verfassungsverständnis geprägt und einen beachtlichen Grundrechtsschutz der Bürger vor staatlichen Akten erschaffen. Das Grundgesetz hat Streitigkeiten zwischen Organen ausdrücklich in Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG der Kontrolle des BVerfG unterworfen, während solche Verfahren in Amerika grundsätzlich den politischen Institutionen überlassen werden. Auch kennt das Verfassungsrechtssystem jenseits des Atlantiks keine Verfahren, die hierzulande zu den Instrumenten der wehrhaften Demokratie gezählt werden. Ausschließlich dem BVerfG vorbehalten sind Parteiverbot, Grundrechtsverwirkung, Präsidenten- und Bundesrichteranklage. Erstere sind dem US-Recht, abgesehen von strafrechtlichen Sanktionen, unbekannt, und letztere nimmt der Kongress nach Art. I Sec. 2 und 3 US-Verfassung wahr. Die Rechtsprechung des USSC zum First Amendment bedingt, dass antidemokratische Vereinigungen oder Versammlungen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden dürfen, solange sie nicht gewalttätig sind oder zu unmittelbar bevorstehender Gewalt anstiften.¹⁰² In Amerika herrscht somit in Bezug auf demokratiefeindliche Meinungen ein offenes Verständnis, welches darauf vertraut, dass sich unter vielen verschiedenen Meinungen die mehrheitsfähige durchsetzen wird. Auch im Hinblick auf den Schutz der Verfassung durch Verfassungsänderungen findet sich nur im Grundgesetz eine Ewigkeitsklausel, die es dem BVerfG ermöglicht, eine Abschaffung der zentralen Prinzipien des deutschen Staates auf rechtlchem Wege zu verhindern. Allerdings erscheint dies aufgrund der deutlich einfacheren Verfassungsänderung in Deutschland auch begründet. Beide Gerichte nehmen grundsätzlich eine umfassende Kontrolle der Legislative und Exekutive am Maßstab der Verfassung vor, wobei sie den anderen Teilgewalten für gewisse Bereiche Entscheidungs- und Ermessensspielräume gewähren.

Die Präsidentschaft Trumps zeigt jedoch Schwächen des amerikanischen Systems hinsichtlich demokratiegefährdender Handlungen des Staatsoberhauptes. Der USSC wird nicht am Impeachment gegen den Präsidenten beteiligt. Doch gerade wenn eine Partei sowohl den Präsidenten als auch die Mehrheit im Kongress stellt, ist das System der checks and balances geschwächt, und die Verantwortung der Kontrolle fällt dem USSC zu. Ein entsprechend der politischen Einstellung des Präsidenten besetzter USSC, der sich in seinem Prüfungsrecht zurückhält, kann dann zu einer Gefährdung der Demokratie in den Vereinigten Staaten werden. Im Umkehrschluss besteht die Gefahr, dass ein USSC, dessen Mehrheit nicht mit der politischen Mehrheit im Kongress übereinstimmt, die auf demokratischem Wege entstandenen Gesetze kippen könnte.

¹⁰¹ Allerdings beginnen alle Streitigkeiten beim USSC in einem konkreten Fall im vorgesehenen Instanzenzug.

¹⁰² Heldt, NJOZ 2017, 1458 (1459).

V. Fazit

Beide Staaten verfügen über eine starke und angesehene Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Erfahrungen einer gescheiterten Weimarer Demokratie und der Diktatur der Nazis führten zu einer deutschen Verfassung, die den Schutz der Menschenwürde als ihren obersten Wert festschreibt und eine wehrhafte Demokratie eingerichtet hat. Das BVerfG hat eine Fülle von Kompetenzen durch den Verfassungsgeber erhalten, mit denen es antidemokratische Bestrebungen aus nahezu allen Richtungen abwehren kann. Die Vereinigten Staaten dagegen erklärten die individuelle Freiheit zum bedeutendsten Verfassungswert und geben autoritären Bewegungen mehr Raum. Dieses System vertraut weniger auf eine gerichtliche Überprüfung solcher Bestrebungen als mehr auf eine Kontrolle durch checks and balances. Der USSC kann nicht auf Verfahren wie Partei-/Vereinigungsverbot oder die Grundrechtsverwirkung zurückgreifen, sondern beschränkt sich auf die Kontrolle der Legislative und Exekutive. Im Hinblick auf die Gewaltverzahnung ähneln sich beide Staatsordnungen, auch wenn das BVerfG mit der Präsidenten-/Richteranklage und insbesondere dem Organstreitverfahren größeren Einfluss auf das Gewaltensystem ausüben kann als der USSC, dessen Rechtsprechung eine Einmischung in den unmittelbaren politischen Prozess grundsätzlich verbietet. Das bedeutet jedoch nicht per se, dass das amerikanische Modell anfälliger für autoritäre Bestrebungen ist, sondern lediglich, dass die deutsche Ordnung größeren Wert auf eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit legt und weniger Vertrauen für den politischen Prozess aufbringen kann. Kritisch zu beurteilen sind jedoch das Ernennungsverfahren der Richter und eine fehlende Amtszeitbeschränkung in den USA, die als Einfallstore für eine anhaltende Polarisierung der Richterbank dazu führen können, dass sich der USSC Präsidenten wie Donald Trump nicht konsequent genug entgegenstellt.

Das BVerfG lässt sich nach den bisherigen Feststellungen aufgrund seiner umfassenden Kompetenzen bedenkenlos als Hüter der Verfassung vor autoritären Bestrebungen bezeichnen. Die Möglichkeiten des USSC sind dagegen beschränkt, und gerade die aktuelle Festigung einer konservativen Mehrheit der Richter sowie der Belastungstest unter Trump zeigen, dass die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit weniger geeignet oder gewillt ist, aufkommenden Autoritarismus in die Schranken zu weisen.

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen – Teil 1* Überlegungen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO

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

Die strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse bzw. Zwangsmaßnahmen stellen sich verfassungsrechtlich gewendet als Eingriffsgrundlagen dar. In diesem Zusammenhang zeigt sich also eine enge Verschränkung des einfachgesetzlichen Strafverfahrensrechts und den Grundrechten des Grundgesetzes. Unter didaktischen Gesichtspunkten erscheint es lohnenswert, diese gegenseitigen Bezüge näher zu beleuchten, da auf diesem Weg der Zusammenhang von Strafverfahrens- und Verfassungsrecht aufgezeigt und ein systematisches Verständnis beider Regelungsmaterien befördert werden. Der vorliegende Beitrag widmet sich diesem Unterfangen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO.

I. Einleitung	242
II. Ausgangspunkt und Überblick.....	243
III. Verfassungsrechtlicher Rahmen strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen	245
1. Ausgangspunkt.....	245
2. Die von den Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO betroffenen Grundrechte.....	246
a) Allgemeines zum Schutzbereich der betroffenen Grundrechte	246
b) Nachtrag: Der Schutz des Kernbereichs der Privatsphäre	249
3. Exkurs: Die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative im Strafprozessrecht.....	251

I. Einleitung

Das Strafrecht ist bekanntlich das schärfste Schwert des Rechtsstaates.¹ Die in diesem Schlagwort angesprochene Eingriffsintensität des Strafrechts bezieht sich dabei regelmäßig auf die Rechtsfolgen des materiellen Strafrechts, betrifft also die *Strafen*. Hierin erschöpft sich die grundrechtliche Relevanz der praktischen Strafrechtspflege aber keineswegs.² Auch das Strafverfahren selbst bewirkt für den Beschuldigten mannigfaltige, grundrechtlich relevante Belastungen – und das selbst für den Fall eines Freispruchs.³ Im Verlauf des Strafverfahrens nutzen die Strafverfolgungsbehörden Ermitt-

* Teil 2 folgt in Ausgabe 3/2025, Teil 3 in Ausgabe 4/2025.

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

¹ Siehe bspw. Satzger, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 1 Rn. 15; *M. Wagner, ZJS 2020, 575* (578).

² Zur engen Verbindung von formellen und materiellem Strafrecht siehe Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 2 Rn. 1. Allg. Charakterisierung des formellen Strafrechts bei Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 2.

³ Das betont zutreffend Gaede, ZStW 129 (2017), 911 ff.

lungsbefugnisse zur Sachverhaltsaufklärung⁴, die von erheblicher Eingriffsintensität sein können. Insbesondere im Ermittlungsverfahren, in dem die Staatsanwaltschaft als Herrin des Verfahrens bei einem Anfangsverdacht zu Ermittlungsmaßnahmen verpflichtet ist (siehe §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO: Legalitätsprinzip⁵), wird auf entsprechende Ermittlungsbefugnisse zurückgegriffen, um schlussendlich die Entscheidung treffen zu können, ob „die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage“ bieten (§ 170 Abs. 1 StPO).⁶

So können im Ermittlungsverfahren bspw. nicht freiwillig herausgegebene Gegenstände beschlagnahmt werden (§§ 94 Abs. 2, 98 StPO), der Beschuldigte kann körperlich untersucht und erkennungsdienstlich behandelt werden (§§ 81a, 81b StPO), auch kann seine Wohnung durchsucht (§ 102 StPO) oder gegen ihn Untersuchungshaft angeordnet (und vollstreckt) werden, §§ 112, 114 StPO i.V.m. § 36 Abs. 2 S. 1 StPO).⁷ Der folgende Beitrag widmet sich den in §§ 100a–100c StPO enthaltenen Eingriffsgrundlagen über die Telekommunikationsüberwachung, die Online-Durchsuchung und die akustische Wohnraumüberwachung. Keine Berücksichtigung finden können im vorliegenden Beitrag die Vorschriften der §§ 100g, 100i, 100j StPO, welche die Erhebung von Verkehrs-, Bestands- und Standortdaten erlauben.⁸

II. Ausgangspunkt und Überblick

Die technologische Entwicklung der letzten Jahrzehnte hat wesentliche Neuerungen im Bereich der (Fern-)Kommunikation mit sich gebracht. Zwischenmenschliche Verständigung kann in modernen Zeiten mittels verschiedenster Übertragungsformen erfolgen; mit Smartphones, Notebooks und Tablets existieren Endgeräte, die nicht nur Fernkommunikation ermöglichen, sondern auf denen trotz geringer Größe häufig auch riesige Mengen an (Kommunikations-)Daten gespeichert sind.⁹ Ein solcher Informationsfundus weckt Begehrlichkeiten der Strafverfolgungsbehörden: Der moderne Staat hat – auch angesichts moderner Kriminalitätsphänomene¹⁰ – den durchaus naheliegenden Wunsch entwickelt, mit der technischen Entwicklung mitzuhalten, insbesondere seinen Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden den Zugriff auf moderne Kommunikationsformen, Datenspeicher oder elektronische Geräte zu ermöglichen und zu legitimieren.¹¹ Die gesetzgeberische Tätigkeit im

⁴ Siehe die amtliche Überschrift des § 160 StPO.

⁵ Siehe hierzu bspw. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 47, 132; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 18 Rn. 7. Lesenswert zur Stellung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 95a ff.

⁶ Siehe *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 4 Rn. 1, § 8 Rn. 1 ff.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 60; *Zeyher*, JuS 2022, 636.

⁷ Zu weiteren Belastungen *Gaede*, ZStW 129 (2017), 911 (913 ff.).

⁸ Siehe hierzu aber *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 394 ff.; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 8 Rn. 94 ff.; *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 94 ff.

⁹ *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 11 Rn. 53; *Soiné*, NStZ 2018, 497.

¹⁰ Siehe mit Blick auf moderne (international tätige) Organisierte Kriminalität (OK) *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 28. Allg. zur Empirie moderner OK *Sinn*, Organisierte Kriminalität?, 2023.

¹¹ Siehe zum Ganzen (und weiterführend) bspw. *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 2; *Brüning*, ZIS 2006, 237; *Großmann*, GA 2018, 439; *Heinrich*, ZIS 2020, 421; *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (13 f.); *Rüscher*, NStZ 2018, 687 f.; *Zöller*, ZStW 124 (2012), 411 (415 f.); lesenswert auch *Sinn*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze BT-Drs. 18/11272, S. 4 f. Ausf. zu „Digitalisierung, Big Data und das Strafverfahren“ *Singelstein*, in: FS Rogall, 2018, S. 725 ff.; monographisch *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016. Siehe auch BGH NStZ 1997, 247 (248). Keine Berücksichtigung kann vorliegend der Problemkomplex der innerstaatlichen Verwertbarkeit von Daten aus

Zusammenhang mit den §§ 100a ff. StPO steht unter dem Leitstern, mittels der entsprechenden Ermittlungsbefugnisse eine „funktionstüchtige Strafrechtspflege“ sicherzustellen, um den staatlichen Strafanspruch in einem „justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren“ wirksam verfolgen zu können.¹² Der Gesetzgeber erkannte „gewandelte Rahmenbedingungen“, auf die die Strafrechtspflege – mit entsprechenden, durch das Gesetz bereitgestellten Möglichkeiten – reagieren müsse.¹³ Sachlich ist damit nichts anderes gemeint, als eine zeitnah gesetzliche legitimierte Nutzung moderner technischer Möglichkeiten.¹⁴ Der Gesetzgeber verweist insbesondere darauf, dass durch die technische Entwicklung informationstechnische Systeme wie Smartphones, Laptops und Tablets allgegenwärtig und zentral für die Lebensführung vieler Bürger seien.¹⁵ Hierdurch würden herkömmliche Kommunikationssysteme verdrängt. Stattdessen werde Fernkommunikation auf das Internet verlegt. Mit dieser weiten Verbreitung informationstechnischer Systeme ginge deren gesteigerte Bedeutung für die Prävention und Aufklärung von Straftaten einher.¹⁶

Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017¹⁷ sind die repressiven, strafprozessualen Ermächtigungsnormen der §§ 100a ff. StPO umfangreich reformiert worden.¹⁸ Namentlich die Online-Durchsuchung, die bisher nur in gefahrenabwehrrechtlichen Regelungen (insbesondere § 49 BKAG) vorgesehen war, steht seit der Reform auch den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung.¹⁹ Die Reform hatte Auswirkungen auf den Diskussionsstand, insbesondere im Zusammenhang mit der Praxis der (Quellen-)TKÜ gem. § 100a StPO. Auf diese Diskussion kann und soll hier nicht näher eingegangen werden,²⁰ vielmehr widmet sich der Beitrag ausschließlich der aktuellen Rechtslage.

Die in den §§ 100a–100c StPO geregelten Ermittlungsmaßnahmen gehören zu den vom Gesetz sog. verdeckten Maßnahmen (siehe § 101 Abs. 1 StPO).

Die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen erlauben eine umfangreiche, äußerst grundrechtsensible „Ausspähung“ des Betroffenen, sodass das moderne Ermittlungsverfahren nach Einschätzung von Literaturvertretern eine „Vergeheimdienstlichung“ erfahren hat.²¹ Diese Kategorisierung ist

der Überwachung verschlüsselter Telekommunikation durch einen anderen Mitgliedstaat der EU finden (EncroChat-Komplex), siehe hierzu aber bspw. *Papathanasiou*, *ZJS* 2022, 259; *Schmidt*, *ZStW* 134 (2022), 29; *Zimmermann*, *ZfIStw* 2/2022, 173.

¹² Siehe BT-Drs. 19/14747, S. 1, 16 (Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens); siehe auch BT-Drs. 18/11277, S. 1, 13 (Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens).

¹³ Vgl. BT-Drs. 19/14747, S. 16.

¹⁴ *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl. 2022, § 29 Rn. 1 f.; siehe auch *Singelstein*, in: *FS Rogall*, 2018, S. 725 (728). Der Gesetzgeber führt selbst explizit aus, durch die Quellen-Telekommunikationsüberwachung und die Online-Durchsuchung mit der technischen Entwicklung strafprozessual Schritt halten zu wollen, siehe BT-Drs. 18/12785, S. 48. Siehe auch *Rüscher*, *NStZ* 2018, 687 (688): „Nicht alles, was technisch möglich ist, ist jedoch auch erlaubt“.

¹⁵ Siehe auch *Soiné*, *NStZ* 2018, 497.

¹⁶ *Beschlussesempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, BT-Drs. 18/12785, S. 46.

¹⁷ *BGBI. I* 2017, S. 3202.

¹⁸ *Ausf. Überblick bei Niedernhuber*, *JA* 2018, 169; *Singelstein/Derin*, *NJW* 2017, 2646; siehe auch *Roggan*, *StV* 2017, 821. Zur vorangegangenen Entwicklung bis zur Reform 2008 *Ruhmannseder*, *JA* 2009, 57.

¹⁹ *Detailliert Beulke/Swoboda*, *Strafprozessrecht*, 16. Aufl. 2022, Rn. 398; *Rüscher*, *NStZ* 2018, 687 (688); *Soiné*, *NStZ* 2018, 497.

²⁰ Siehe hierzu bspw. *Graf*, in: *BeckOK StPO*, Stand: 1.1.2025, § 100a Rn. 115; *Grözinger*, *GA* 2019, 441 ff.

²¹ Siehe *Paeffgen*, *GA* 2003, 647; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 1; *Singelstein/Putzer*, *GA* 2015, 564 f.; *Zöller*, *ZStW* 124 (2017), 411 (416). Siehe auch *Köhler*, *ZStW* 107 (1995), 10 (13 f.). Anschaulich die Terminologie in den Beratungsprotokollen zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung, mit der ein fremdes informationstechnisches System „infiltriert“ werde (BT-Drs. 18/12785, S. 46).

durchaus treffend, weil der Betroffene mangels Kenntnis der Maßnahme keinerlei Einfluss auf deren Prozess hat.²² Die hier in Rede stehenden umfassenden Ermittlungsbefugnisse verfügen über eine gravierende Eingriffsintensität und begründen die Gefahr einer *Totalüberwachung*.²³ Die Eingriffsintensität der Maßnahmen der §§ 100a ff. StPO wird außerdem durch den Umstand indiziert, dass die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes sowie das Ausspähen und Abfangen von fremden Daten gem. §§ 201, 202a, 202b StGB mit Strafe bedroht sind.²⁴

Aus Platzgründen kann es in den folgenden Zeilen nicht vorrangig darum gehen, die Anordnungsvoraussetzungen für Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO sowie korrespondierende Prüfungsschemata im Einzelnen aufzubereiten. Hierfür sei auf andere Beiträge verwiesen.²⁵

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen

1. Ausgangspunkt

Das formelle Strafverfahrensrecht ist Bestandteil des öffentlichen Rechts und unterliegt als solches den allgemeinen verfassungsrechtlichen, insbesondere grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Anforderungen.²⁶ Die strafprozessualen Eingriffe unterliegen mit anderen Worten der allgemeinen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsdogmatik.²⁷ Die StPO enthält wie bereits angedeutet eine Vielzahl von Ermittlungsbefugnissen, die sich verfassungsrechtlich gewendet als gesetzliche Eingriffsgrundlagen darstellen, welche die verfassungsrechtliche Rechtfertigung entsprechender Eingriffe bezwecken, insbesondere dem Vorbehalt des Gesetzes genügen sollen.²⁸

Die mit strafprozessualen Zwangsbefugnissen einhergehenden Grundrechtseingriffe bedürfen also stets einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.²⁹ Insofern sind entsprechende verfassungsrechtliche Anforderungen wie das Bestimmtheitsgebot als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)³⁰ oder das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) zu beachten.³¹ Vor allem aber ist das

²² Siehe BVerfG NJW 2012, 833 (834 f.); siehe auch *Soiné*, NSTz 2018, 497 f. zur Online-Durchsuchung.

²³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 29 Rn. 4; *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 43; *Singelstein/Putzer*, GA 2015, 564. Mit Blick auf die Praxis scheint sich diese Gefahr jedoch zu relativieren. So kam es im Berichtsjahr 2022 nur zu 14 Anordnungen einer Online-Durchsuchung. Von diesen 14 Anordnungen wurden jedoch nur 4 Maßnahmen tatsächlich durchgeführt. Bzgl. der Maßnahmen nach § 110a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO kam es zu 94 Anordnungen, wobei 49 Maßnahmen tatsächlich durchgeführt wurden. Die Daten sind den Statistiken zur Telekommunikationsüberwachung des Bundesamtes für Justiz entnommen und abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken_node.html#AnkerDokument44152 (24.3.2025).

²⁴ Siehe auch *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 (492).

²⁵ Siehe bspw. *Großmann*, JA 2019, 241 ff.; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 880, 890 f., 915.

²⁶ Siehe *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 2; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 2 Rn. 7 f.; *Zabel*, ZJS 2012, 563 ff. Ausf. zum Ganzen *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. H Rn. 1; *Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 83 ff. Klarstellend auch *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 (488).

²⁷ Vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 5. Allg. hierzu bspw. *Ipsen*, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 118 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 287 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 38 ff.

²⁸ Siehe *Rückert*, ZStW 129 (2017), 302 (308); *Singelstein/Putzer*, GA 2015, 564 (566); *Menges*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, Vor § 94 Rn. 23 ff. Allg. zum Vorbehalt des Gesetzes *Maurer/Schwarz*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2023, § 8 Rn. 34 ff.

²⁹ *Gaede*, ZStW 129 (2017), 911 (932).

³⁰ Siehe hierzu bspw. *Degenhart*, Staatsrecht I, 40. Aufl. 2024, Rn. 374 ff.; *Sachs/v. Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 126 ff.

³¹ *Zöller*, ZStW 124 (2012), 411 (420 f.); Allg. hierzu bspw. BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116); 120, 378 (408); 133,

Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren, wie auch einzelne Vorschriften der StPO explizit klarstellen (siehe bspw. §§ 81 Abs. 2 S. 2, 112 Abs. 1 S. 2 StPO).³² Auch die §§ 100a–100c StPO enthalten abstrakt-gesetzliche Regelungen, welche dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen sollen, gleichwohl ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme auch im konkreten Einzelfall zu prüfen.³³

Der bisher angedeutete verfassungsrechtliche Regelungshintergrund hat zur Konsequenz, dass eine *Ermittlungsgeneralklausel* für verdeckte Maßnahmen nicht als hinreichende Eingriffs- und Legitimationsgrundlage taugt. Erforderlich sind vielmehr spezielle, d.h. hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlagen für einzelne Ermittlungsmaßnahmen, die verfassungsrechtlich unterschiedliche Grundrechte betreffen. Das wird im Folgenden näher herausgearbeitet. Wegen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes sind die strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen zudem abschließend.³⁴ Eine analoge Anwendung von strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen verbietet sich unter diesem Gesichtspunkt.³⁵ Zusammengefasst sind es gerade verfassungsrechtliche Anforderungen, die dazu führen, dass in einem nicht kleinen Anteil der StPO Ermächtigungsgrundlagen *aneinandergereiht* sind.³⁶

2. Die von den Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO betroffenen Grundrechte

Die in den §§ 100a–100c StPO geregelten Ermittlungsmaßnahmen greifen in das Grundrecht auf Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG sowie das sog. IT-Grundrecht ein. Die Vorschriften der § 100a–100c StPO sind daher von hoher grundrechtlicher Sensibilität.³⁷ Bevor hierauf detailliert eingegangen werden kann, sollen zunächst allgemein die Schutzbereiche dieser Grundrechte rekapituliert werden.

a) Allgemeines zum Schutzbereich der betroffenen Grundrechte

Das Schutzgut des Art. 13 GG ist diejenige räumliche Sphäre, in welcher das Privatleben stattfindet und sich entfaltet.³⁸ Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung bezweckt die „Informationshoheit in der Privatsphäre“.³⁹ Indem Art. 13 Abs. 1 GG die Wohnung als unverletzlich gewährleistet, wird die überragende Wichtigkeit des Rechtsgutes des Schutzes der räumlichen Privatsphäre ausgedrückt.⁴⁰ Art. 13 Abs. 3 GG regelt keine verfassungsrechtliche Grundlage für Eingriffe in dieses Grund-

112 (132); BVerfG NJW 2016, 1781 (1783 Rn. 94); Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 10 Rn. 6, § 11 Rn. 2; Manssen Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 200 ff., 204 ff.; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 6 Rn. 18.

³² Siehe BVerfGE 32, 373 (379); 34, 238 (246); 113, 29 (55); BVerfG NJW 1986, 767 (769); Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 356; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 20; Singelstein/Putzer, GA 2015, 564 (566, 566 f.).

³³ BVerfG NJW 2003, 1787 (1791). Klarstellend Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 57.

³⁴ Vgl. Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 1.

³⁵ Grözinger, GA 2019, 441 (453). Siehe auch Heinrich, ZIS 2020, 421 (425 f.).

³⁶ Greco, in: FS Rogall, 2018, S. 487 (488).

³⁷ Klarstellend zu den vergleichbaren Vorschriften des BKAG BVerfG NJW 2016, 1781 (1783 Rn. 92, 1784 Rn. 104); siehe auch BT-Drs. 18/12785, S. 47.

³⁸ BVerfGE 32, 54 (75); 89, 1 (12); 109, 279 (313); 115, 166 (196); BVerfG NJW 2008, 822.

³⁹ So anschaulich Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 366 (Hervorhebung getilgt). Siehe auch BVerfGE 65, 1 (40): „räumliche Privatsphäre“; sowie BVerfGE 27, 1 (6); 103, 142 (150): Recht, „in Ruhe gelassen zu werden“; Gusy, JuS 2004, 457 (459).

⁴⁰ BVerfGE 75, 318 (328); 65, 1 (40); Ipsen, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 285; Papier, in: Dürig/Herzog/Scholz,

recht. Vielmehr stellt er einen Eingriffsvorbehalt dar. Dieser ermächtigt zwar zum Eingriff, es bedarf aber einer (einfachgesetzlichen) Ermächtigungsgrundlage.⁴¹ Zugleich ist mit diesem Vorbehalt klar gestellt, dass die akustische Wohnraumüberwachung einen Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung begründet.

Das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 GG intendiert ebenso wie Art. 13 GG den Schutz der Privatsphäre,⁴² ergänzt bzw. konkretisiert diesen Schutzzweck aber weitergehend auf den Schutz nach außen, d.h. über den räumlichen Bereich der Wohnung hinausgehend.⁴³ Der sachliche Schutzbereich des Fernmeldegeheimnis betrifft Kommunikation via unkörperlicher Signale bzw. Übertragungsakte, also auch die digitale oder Telekommunikation.⁴⁴ Ein Telekommunikationsvorgang wird dabei vom BVerfG als unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs definiert.⁴⁵ Diese Definition erfasst auch elektronische, nicht sprachbasierte Nachrichtenübermittlung wie SMS, E-Mails oder Internettelefonie.⁴⁶

Grundrechtsdogmatisch ist der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG einschlägig, wenn Kenntnis des Inhalts ausschließlich *laufender* Kommunikation genommen wird, diese insbesondere überwacht und aufgenommen wird.⁴⁷ In zeitlicher Hinsicht schützt Art. 10 GG den Vorgang der Nachrichtenübermittlung, d.h. vom Absenden bis zum Empfang der entsprechenden Daten.⁴⁸ In diesen Fällen geht Art. 10 GG dem IT-Grundrecht vor.⁴⁹ Telos des Art. 10 GG ist die „besondere Verwundbarkeit der Vertraulichkeit der Kommunikation“, die mit einem Fernkommunikationsmedium einhergeht.⁵⁰ Auf dieser Grundlage lässt sich ohne Weiteres schlussfolgern, dass der Schutz des Art. 10 GG endet, wenn die Kommunikationsübertragung abgeschlossen, d.h. die Nachricht am Endgerät des Kommunikationspartners angekommen ist.⁵¹

Insbesondere die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO betrifft das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. IT- oder Computer-Grundrecht), welches eine spezielle Ausgestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, das seinerseits eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) gem.

Grundgesetz, Kommentar, 71. Lfg., Stand: März 2014, Art. 13 Rn. 1 ff.

⁴¹ Ipsen, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 292 ff.; Gusy, JuS 2004, 457 (460).

⁴² BVerfGE 67, 157 (171); 85, 386 (395 f.); Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 17 Rn. 3; Pagenkopf, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 13 Rn. 7.

⁴³ Ipsen, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 299.

⁴⁴ Bantlin, JuS 2019, 669; Ipsen, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 306; Kingreen/Poscher, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 1028; Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 324.

⁴⁵ BVerfGE 67, 157; 106, 28 (35); 124, 43. Siehe auch § 3 Nr. 59 TKG; sowie Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 4; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 12.

⁴⁶ BVerfGE 106, 28 (36); 115, 166 (182); BVerfG NJW 2008, 822 (825); Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 391; Eichenhofer, Jura 2010, 684 (688 f.); Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 8 Rn. 81; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 3; Rückert, ZStW 129 (2017), 302 (309); Rüscher, NStZ 2018, 687 (689).

⁴⁷ BVerfGE 115, 166 (184 f.); 124, 43; BVerfG NJW 2008, 822 (826 Rn. 190). Siehe auch Bantlin, JuS 2019, 669; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 12; Kingreen/Poscher, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 1033; Zimmermann, JA 2014, 321 (323). Ausf. zu Art. 10 GG Eichenhofer, Jura 2010, 684.

⁴⁸ Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 11 Rn. 4; Kingreen/Poscher, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 1017, 1030; Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 319; Rüscher, NStZ 2018, 687 (689).

⁴⁹ BVerfGE 124, 43; BVerfG NJW 2008, 822; Großmann, JA 2019, 241. Ausf. auch Grözinger, GA 2019, 441 (443 f.).

⁵⁰ Brüning, ZIS 2006, 237 (239); Kingreen/Poscher, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 1029; Rückert, ZStW 129 (2017), 302 (309). Siehe auch BVerfGE 115, 166 (186).

⁵¹ BVerfGE 115, 166 (183 f.); BGHSt 42, 139 (154). Siehe auch Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 4 mit ergänzendem Hinweis auf § 100g Abs. 5 StPO.

Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bildet.⁵² Mit dem IT-Grundrecht soll den erhöhten Gefahren informationstechnischer Systeme und entsprechender Zugriffsmöglichkeiten durch eine korrespondierende grundrechtliche Schutzposition des Nutzers entgegengetreten werden. Hintergrund ist die Überlegung, dass informationstechnische Systeme in einem hohen Ausmaß personenbezogene Daten enthalten, die Grundlage von freier Persönlichkeitsentfaltung und (privater) Kommunikation sind, sodass ein Zugriff auf derlei Systeme eine bislang unbekannte Eingriffsintensität mit sich bringt.⁵³ Insofern zeigt sich, dass das IT-Grundrecht über den Schutz des Art. 10 GG hinausgeht, weil ersteres keine Kommunikation über diese Daten voraussetzt,⁵⁴ sondern sein sachlicher Schutzbereich bspw. auch private Kennwörter umfasst. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist nach der Rechtsprechung des BVerfG also insbesondere betroffen, wenn die Infiltration des informationstechnischen Systems geschieht, um dieses System *insgesamt* auszuspähen.⁵⁵

Im Übrigen aber ist das IT-Grundrecht gegenüber dem spezielleren Art. 10 GG subsidiär.⁵⁶ Ange deutet werden mit diesen Zeilen Abgrenzungsprobleme zwischen den Schutzbereich von Art. 10 GG einerseits und dem IT-Grundrecht andererseits, da „Telekommunikation in einer digitalen Welt [...] häufig nur über die Inanspruchnahme von informationstechnischen Systemen funktioniert“.⁵⁷ Diese Abgrenzungsprobleme wirken sich auch auf die Auslegung der §§ 100a, 100b StPO aus⁵⁸ und bilden den Anlass für den vorliegenden Beitrag.

Die bereits betonte Verflechtung von Strafprozess- und Verfassungsrecht zeigt sich unter anderem daran, dass das von einer Ermittlungsmaßnahme betroffene Grundrecht Auswirkungen auf die Ausgestaltung der strafprozessualen Eingriffsbefugnis zeitigt. So bedingt die Betroffenheit des IT-Grundrechts Folgerungen für die Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage. Das BVerfG verlangt für Maßnahmen, die in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen, eine bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlage.⁵⁹ Weil das BVerfG die Intensität der Eingriffe in informationstechnische Systeme wegen dessen stark ausgeprägten Bezuges zur Menschenwürde mit einem heimlichen Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung vergleicht,⁶⁰ führt dieser Maßstab zu strengen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ermächtigungsgrundlage, sodass Eingriffe in das IT-Grundrecht nur zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter zulässig

⁵² BVerfG NJW 2008, 822 (827 ff.); siehe auch BT-Drs. 18/12785, S. 47; *Großmann*, GA 2018, 439 (440 f.); *Grözinger*, StV 2009, 406; *Ipsen*, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 325a f.; *Grözinger*, GA 2019, 441 (442), *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009; *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 282 f.; *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481; monographisch *Heinemann*, Grundrechtlicher Schutz informationstechnischer Systeme, 2015. Krit. zum IT-Grundrecht bspw. *Kutscha*, NJW 2008, 1042; *Eifert*, NVwZ 2008, 521. Allg. Kritik am Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus strafprozessualer Sicht *Rogall*, GA 1985, 1 (9 ff., 12); *ders.*, ZStW 103 (1991), 907 (922). Allg. zum APR *Rixen*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 103 ff.

⁵³ BVerfG NJW 2008, 822 (827 ff., 830). Siehe auch *Bantlin*, JuS 2019, 669 (670); *Brüning*, ZIS 2006, 237 (238); *Hauck*, in: *Löwe/Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 90, § 100b Rn. 13 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 427 ff. (auch zum Verhältnis zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung); *Rückert*, ZStW 129 (2017), 302 (313); *Singelstein*, in: *FS Rogall*, 2018, S. 725 (728).

⁵⁴ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 429.

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 188.

⁵⁶ BVerfG NJW 2009, 2431 (2433 Rn. 51); BVerfG NJW 2016, 1781 (1796 Rn. 228); *Bantlin*, JuS 2019, 669 (670).

⁵⁷ *Grözinger*, GA 2019, 441 (442); *Eichenhofer*, Jura 2010, 684 (689).

⁵⁸ Siehe *Rüscher*, NSTz 2018, 687. Zur engen Beziehung von grundrechtlichem Schutzbereich und strafverfahrensrechtlicher Ermächtigungsnorm siehe auch *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 56.

⁵⁹ BVerfGE 65, 1 (44); 115, 166 (190); BVerfG NJW 2010, 2717; BVerfG NJW 2022, 2978 (2979); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 27 Rn. 19.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 210 a.E.

sind.⁶¹ Die bisherige Rechtsprechung zum IT-Grundrecht ist dabei jedoch in gefahrenabwehrrechtlichen Kontext ergangen.⁶² Eine Klärung, ob bspw. die Online-Durchsuchung auch durch Bedürfnisse der Strafrechtspflege gerechtfertigt sein kann, steht aus.⁶³ Die genannte Parallele des IT-Grundrecht zu Art. 13 GG bedingt außerdem die Notwendigkeit geeigneter Verfahrensvorschriften für entsprechende Eingriffe (siehe insbesondere § 100d Abs. 3, 4 StPO). Insbesondere hat das BVerfG für das IT-Grundrecht einen Richtervorbehalt, d.h. das Erfordernis der richterlichen Mitwirkung an einem entsprechenden Eingriff, formuliert, siehe auch § 100e Abs. 2 StPO.⁶⁴

Eingriffe in Art. 10 GG unterliegen nicht derlei strengen Voraussetzungen.⁶⁵ Das ist sachgerecht, weil die von Art. 10 GG vorausgesetzte Kommunikation per Definition weniger intim bzw. privat ist als die Integrität eines informationstechnischen Systems, welches der Nutzer regelmäßig gerade nicht für andere öffnen will, somit keinen Mitteilungswillen hat und in Folge dessen eine höhere „Vertraulichkeitserwartung“ aufweist.⁶⁶ Das BVerfG hat daher zutreffend klargestellt, dass in der Cloud gespeicherte Daten tagebuchähnlichen Charakter aufweisen können.⁶⁷ Im Übrigen ist bei der Betroffenheit des Schutzbereichs von Art. 10 Abs. 1 GG auch Art. 10 Abs. 2 GG zu beachten. Das BVerfG interpretiert diesen Schrankenvorbehalt so, dass die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die Grenzen möglicher Eingriffe genau festlegen muss.⁶⁸

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang auch das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG genannt. Diese Vorschrift bezweckt, dass der Gesetzgeber sich im parlamentarischen Beratungsprozess der betroffenen Grundrechte versichert.⁶⁹ Der Gesetzgeber muss deswegen die Auswirkungen und möglichen Eingriffe gedanklich antizipieren und die möglicherweise betroffenen Grundrechte tatsächlich benennen, was in denjenigen Bereichen, in denen das betroffene Grundrecht strittig ist, durchaus zu Problemen führen kann.⁷⁰ Tatsächlich hat das BVerfG Vorschriften über eine präventive Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot im Hinblick auf Art. 10 GG für verfassungswidrig erklärt.⁷¹

b) Nachtrag: Der Schutz des Kernbereichs der Privatsphäre

Weil Eingriffe in den *Kernbereich der Privatsphäre* bekanntlich einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nicht zugänglich sind, da die solchermaßen angesprochene *Intimsphäre* absoluten, nicht durch Abwägung mit Strafverfolgungsinteressen relativierbaren Schutz genießt,⁷² müssen entspre-

⁶¹ BVerfG NJW 2008, 822; siehe auch *Grözinger*, StV 2009, 406 (410).

⁶² Siehe BVerfG NJW 2008, 822 (VerfSchG NRW); BVerfG NJW 2013, 1499 (Antiterrordatei); BVerfG NJW 2016, 1781 (BKAG); BVerfG NJW 2022, 1583 (BayVSG); BVerfG NJW 2023, 1196 (HmbPolDVG und HSG).

⁶³ *Großmann*, JA 2019, 241 (244).

⁶⁴ BVerfG NJW 2008, 822 (832).

⁶⁵ Siehe auch *Großmann*, JA 2019, 241 (244).

⁶⁶ *Grözinger*, StV 2009, 406 (408 ff.); siehe auch *Soiné*, NStZ 2018, 497.

⁶⁷ BVerfG NJW 2016, 1781 (1794 Rn. 209, 218); siehe auch *Hiéramente*, HRRS 2016, 448 (451).

⁶⁸ BVerfG NJW 2004, 2213 (2215).

⁶⁹ Siehe BVerfG NJW 2012, 907; BVerfG NJW 2011, 1201: Warn- und Besinnungsfunktion. Siehe auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 444; *Sachs/v. Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 25.

⁷⁰ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 582.

⁷¹ BVerfGE 113, 348 (366 f.); BVerfG NJW 2008, 822 (835).

⁷² Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 35, 202 (220); 38, 312 (320); BVerfG NJW 2012, 907 (908); BVerfG NJW 2004, 999 (1002); BGHSt 31, 296 (299); 50, 206; 57, 71. Siehe zu dieser sog. Sphärentheorie *Hufen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 11 Rn. 4; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 530; *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 297; *Rixen*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 104 ff.; *Schneider*, JuS 2021, 29; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl.

chende Ermächtigungsgrundlagen nach der Rechtsprechung des BVerfG deren Schutz absichern.⁷³ Diese sog. Sphärentheorie des BVerfG ist Ausfluss von Art. 19 Abs. 2 GG.⁷⁴ Auch sind Regelungen notwendig, die die Verwendung und Löschung der erlangten Informationen betreffen.⁷⁵

Der Schutz des Kernbereichs der Privatsphäre für die Ermittlungsmaßnahmen der §§ 100a–100c StPO ist das Telos der Vorschrift des § 100d StPO.⁷⁶ Das BVerfG betont, dass dieser Kernbereich sowohl auf der Erhebungsebene als auch in der Auswertungsphase zu schützen ist.⁷⁷ Dementsprechend regelt § 100d Abs. 1 StPO, dass verdeckte Maßnahmen nach den §§ 100a–100c StPO *unzulässig* sind, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass *allein* – d.h. ausschließlich – Erkenntnisse aus dem Bereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Mit dieser Regelung wird eine entsprechende Forderung des BVerfG unmittelbar umgesetzt.⁷⁸ Der Gesetzgeber verweist beispielhaft auf Kommunikation des Betroffenen mit Personen, „zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis – wie z. B. engsten Familienangehörigen, Geistlichen, Telefonseelsorgern, Strafverteidigern oder im Einzelfall auch Ärzten – steht“.⁷⁹ Gleichwohl steht § 100d Abs. 1 StPO einer Datenerhebung nicht deswegen entgegen, weil *auch* Informationen aus dem Kernbereich erhoben werden könnten. Für diese Konstellationen sehen die Abs. 2–4 des § 100d StPO besondere Regelungen für die Erhebungs- und Auswertungsphase vor. § 100d Abs. 1 StPO regelt folglich ein *Beweiserhebungsverbot*, § 100d Abs. 2 S. 1 StPO ein *Beweisverwertungsverbot*, § 100d Abs. 2 S. 2 StPO beinhaltet ergänzend eine *Löschungsverpflichtung*, falls doch Daten aus dem Kernbereich erhoben wurden.⁸⁰ § 100d Abs. 3 und 4 StPO enthalten spezifische Vorschriften zum Schutz des Kernbereichs der Privatsphäre für die Maßnahmen der §§ 100b, 100c StPO, wodurch deren besondere Eingriffsintensität zum Ausdruck kommt.⁸¹

Für die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO enthält § 100d Abs. 4 StPO in komprimierter Form Vorgaben zum Schutz des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung. Die Anordnung der akustischen Wohnraumüberwachung ist nur dann möglich, „soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden“, § 100d Abs. 4 S. 1 StPO. Der anordnende richterliche Beschluss muss diese tatsächlichen Anhaltspunkte gesondert benennen, § 100e Abs. 4 Nr. 3 StPO. Die Erhebung von Daten ist *unverzüglich* zu unterbrechen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass der Kernbereich betroffen ist. Für Zweifelsfragen, ob die Überwachung zu unterbrechen ist oder fortgesetzt werden kann und ob erlangte Erkenntnisse

2024, Einl. Rn. 56; Zimmermann, JA 2014, 321 (327); Zabel, ZJS 2012, 563. Ausf. zum Ganzen auch Gercke, GA 2015, 339 ff.

⁷³ Siehe BVerfG NJW 2008, 822 (834); BVerfG NJW 2012, 833 (837); BVerfG NJW 2016, 1781 (1787); Großmann, GA 2018, 439 (442); Singelstein/Putzer, GA 2015, 564 (566, 570). Ausf. zum verfassungsrechtlichen Hintergrund Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100e Rn. 2 f.

⁷⁴ BVerfGE 80, 367 (373); siehe auch BVerfGE 6, 32 (41); Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 48.

⁷⁵ BT-Drs. 18/12785, S. 47.

⁷⁶ Großmann, GA 2018, 439 (442); Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100d Rn. 2 f.

⁷⁷ BVerfG, Ur. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 257; BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08, Rn. 209.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08, Rn. 209; BVerfG, Ur. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 119 ff., 125.

⁷⁹ BT-Drs. 18/12785, S. 56.

⁸⁰ Siehe Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100d Rn. 6 f.; Graf, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100d Rn. 9 ff.; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 889; Ruhmannseder, JA 2009, 57 (58).

⁸¹ Siehe Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 12 f., 44; Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100d Rn. 21 ff., 24 ff.

einem Verwertungsverbot unterliegen, sieht das Gesetz vor, dass die Staatsanwaltschaft „unverzüglich eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen“ hat, § 100d Abs. 4 S. 4 und 5 StPO. § 100d Abs. 5 soll nach Ansicht des Gesetzgebers dem Schutz von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen (insbesondere Berufsgeheimnisträger) dienen.⁸²

Allgemein regelt § 101 Abs. 8 StPO zudem, dass sämtliche personenbezogene Daten, die mittels verdeckter Maßnahmen erhoben wurden, zu löschen sind, wenn diese zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich sind.

Bei der konkreten Rechtsanwendung kann die Konturierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bzw. die Abgrenzung zur Privatsphäre im weiteren Sinn, in die bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden kann, naturgemäß Schwierigkeiten bereiten.⁸³ Das BVerfG stellt klar, dass zu diesem absolut geschützten, unantastbaren Bereich „innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art“, aber auch „Ausdrucksformen der Sexualität“ zählen.⁸⁴ Der BGH hat in einem berühmten Urteil entschieden, dass ein „in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten“ in den absolut geschützten Kernbereich fällt und deswegen unverwertbar ist.⁸⁵

3. Exkurs: Die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative im Strafprozessrecht

Es ist bereits angedeutet worden, dass die hier erörterten Ermittlungsmaßnahmen weitreichende Eingriffe vorsehen und legitimieren. Insofern ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die verfassungsrechtlich fundierte, nämlich dem Rechtsstaatsprinzip entspringende Bedeutung einer wirksamen Strafverfolgung betont, die ihrerseits auf eine umfassende materielle⁸⁶ Wahrheitsermittlung angewiesen ist, weil anderenfalls das materielle Strafrecht bzw. der staatliche Strafanspruch (oder gar Gerechtigkeit) nicht durchgesetzt werden können.⁸⁷ Das moderne, rechtsstaatliche Strafverfahrensrecht kennt jedoch bekanntlich keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis.⁸⁸ Die Suche nach der Wahrheit ist zwar Ziel des Strafverfahrens und liegt im öffentlichen Interesse, zugleich stellt diese praktisch nur durch Eingriffsmaßnahmen realisierbare Suche eine Bedrohung für den Beschuldigten und sonstige Personen dar, die von Ermittlungsbefugnissen betroffen sind.

Das Strafprozessrecht ist damit in durchaus divergierenden Richtungen verfassungsrechtlich determiniert: Während das Gebot der effektiven Strafverfolgung eine möglichst umfangreiche Sachverhaltsaufklärung fordert, die zwangsläufig mit (unter Umständen weitreichenden) Grundrechts-

⁸² BT-Drs. 18/12785, S. 57.

⁸³ Siehe auch *Hufen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 11 Rn. 5 ff.; *Zabel*, ZJS 2012, 563.

⁸⁴ BVerfG NJW 2004, 999 (1002).

⁸⁵ BGH NJW 2012, 945, im Anschluss an BGH NStZ 2005, 700.

⁸⁶ In Abgrenzung zur sog. formellen Wahrheit, wie sie das Zivilprozessrecht prägt, siehe hierzu bspw. *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 13.

⁸⁷ Siehe bspw. BVerfGE 30, 1; 32, 345 (353); 19, 342 (348 ff.); 33, 367 (383); 44, 353 (373); 59, 95; 67, 157 (173); 74, 257 (262); 77, 65 (76); 80, 367 (375); BVerfG NJW 2018, 2385; BGHSt 52, 124 (132); *Stuckenberg*, GA 2016, 689; Siehe zum Ganzen auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 8; *Gaede*, ZStW 129 (2017), 911 (925 f.); *Hassemer*, KritV 1990, 260 (269); *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (452); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 10; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3.

⁸⁸ BGH NJW 1960, 1580 (1582); BGH NJW 2007, 3138 (3140); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 337; *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 (488 f.); *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 20; *Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 7; siehe auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 24 Rn. 19.

eingriffen einhergeht, begründen die Grundrechte einen möglichst weitreichenden Respekt vor den Freiheitssphären der Bürger.⁸⁹ Dieser Konflikt, der sachlich darin besteht, die Interessen des Individuums mit dem staatlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung in ein *angemessenes* Verhältnis zu bringen,⁹⁰ kann politisch nur durch *Wertungen* aufgelöst werden, die in unserer Verfassungsordnung primär vom Gesetzgeber anzustellen sind (siehe Art. 20 Abs. 3 GG), der insofern über eine umfangreiche Einschätzungsprärogative verfügt.⁹¹

Das solchermaßen skizzierte Spannungsverhältnis mag verdeutlichen, weshalb das BVerfG das Strafverfahrensrecht als „angewandtes Verfassungsrecht“ kennzeichnet.⁹²

(*Der Beitrag wird fortgesetzt.*)

⁸⁹ Siehe *Gaede*, ZStW 129 (2017), 911 (932 f.); *Haas*, in: FS Rogall, S. 517 (529 f.); *Paul*, NStZ 2013, 489 („schwer aufzulösendes Spannungsverhältnis“); *Zabel*, ZJS 2012, 563.

⁹⁰ Siehe auch *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 220.

⁹¹ Siehe hierzu BVerfGE 25, 269 (290); BVerfG NJW 2004, 739 (741); speziell für den vorliegenden Problembereich BVerfG NJW 2016, 1781 (1783 Rn. 98); *Haas*, in: FS Rogall, 2018, S. 517 (530); siehe auch *Zabel*, ZJS 2012, 563. Allg. zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 39; *Wienbracke*, ZJS 2013, 148 (150 f.); monographisch *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014.

⁹² BVerfGE 32, 373 (383); siehe auch BGHSt 19, 325 (330).

Examensübungsklausur: Sehnsucht nach Kiel

Wiss. Mitarbeiter Julius Schmädicke, Kiel*

Sachverhalt

M hat im Jahre 2021 von V eine in dessen Eigentum stehende 2,5-Zimmer-Wohnung zu Wohnzwecken in Kiel gemietet. Der schriftlich geschlossene, unbefristete Mietvertrag sieht vor, dass M dem V hierfür monatlich 650 € an Miete zahlt. Bestimmungen hinsichtlich der Gebrauchsüberlassung an Dritte sind in dem Mietvertrag nicht enthalten. Aufgrund eines Arbeitsplatzwechsels wird M allerdings ab Januar 2024 dazu gezwungen, fortan wochentags in Hannover zu arbeiten, weshalb er dort zusätzlich eine Ein-Zimmer-Wohnung anmietet. Da er jedoch mittlerweile in Kiel viele gute Freunde gefunden und insbesondere auch die Ostsee zu schätzen gelernt hat, entscheidet er sich dazu, nicht aus Kiel wegzuziehen, sondern stattdessen seine dortige Wohnung weiter zu behalten, um zumindest die Wochenenden vorwiegend in Kiel zu verbringen. Um aber seine laufenden Kosten für die beiden Wohnungen zu senken, fasst M den Entschluss, ein Zimmer seiner Kieler Wohnung von nun an unterzuvermieten. Er hängt deshalb an das Schwarze Brett in der Mensa folgenden Aushang:

„Ich habe ein Zimmer in meiner Wohnung zu vermieten. Bei Interesse meldet euch gerne bei mir unter der unten aufgeführten Nummer“.

Der im dritten Semester Jura studierende U sieht in seiner Mittagspause den Aushang des M und, da er sich immer noch auf der Suche nach einer geeigneten Unterkunft in Kiel befindet, meldet sich umgehend bei diesem. In dem darauffolgenden Treffen zwischen M und U schließen beiden dann einen schriftlichen Vertrag mit dem Inhalt, dass M dem U den Gebrauch an einem genau bezeichneten Zimmer in der Wohnung des M unbefristet ab März 2024 zu Wohnzwecken überlässt. Als Gegenleistung verpflichtet sich U, dem M monatlich 300 € zu zahlen. Da U gerade die Schuldrechtsvorlesung besucht und dementsprechend gelernt hat, dass Haftungsprivilegierungen in gewissem Umfang prinzipiell rechtlich möglich sind, möchte er sein neu gelerntes Wissen sogleich in die Tat umsetzen und bittet M zudem, in den Vertrag zusätzlich eine Regelung aufzunehmen, der zufolge er nur „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ zu vertreten habe. M, dem es in erster Linie darum geht, endlich einen geeigneten Untermieter gefunden zu haben, hat mit diesem Bestreben des U kein Problem, sodass die Haftungsregelung ebenso Eingang in den Vertrag findet.

U zieht daraufhin zum 1.3.2024 mit in die Wohnung ein. Da er bei dem Hineintragen seiner Möbelstücke allerdings ein bisschen unaufmerksam agiert, schlägt er mit dem Lattenrost seines Bettes gegen die hölzerne Zimmertür, sodass an dieser ein kleineres Loch und einige tiefe Kratzer zurückbleiben. V bekommt von dem ganzen Geschehen zunächst nichts mit. Erst Anfang April 2024 erfährt er, dass anscheinend jetzt eine ihm unbekannt Person mit in seiner Wohnung lebt. Aufgrund dessen fertigt er ein Schreiben an, in dem er M auffordert, die Gebrauchsüberlassung entweder umgehend zu beenden oder darzulegen, wer die dritte Person überhaupt ist und warum er ihr ein Teil der Wohnung überlässt. Dieses Schreiben wirft er anschließend in den Briefkasten des M. Dieser findet das Schreiben am nächsten Wochenende vor. Er meint sich jedoch dunkel zu erinnern, dass ihm ein

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Matthias Fervers, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Schmädicke: Sehnsucht nach Kiel

befreundeter Jurist vor ein paar Jahren mal erzählt hat, dass Mietern ein Recht zur Untervermietung ihrer Wohnung zustehe. Hiervon ausgehend entschließt er sich deshalb, vorerst nicht auf das Schreiben des V zu reagieren.

Als sich V Ende April bei Nachbarn erkundigt, ob U immer noch in seiner Wohnung lebt und dies ihm von den Nachbarn bestätigt wird, entscheidet V sich dazu, das Mietverhältnis mit M nun zu beenden. Er schreibt daher an M einen von ihm eigenhändig unterschriebenen Brief, in welchem er darlegt, dass die Gebrauchsüberlassung an den ihm unbekanntem U ihn erheblich in seinen Vermieter-rechten verletze. M habe sein vorheriges Schreiben weder als Anlass genommen, mit ihm in Kontakt zu treten und darzulegen, weshalb er einen Teil der Wohnung untervermietet, noch habe er die unerlaubte Untervermietung bisher beendet. M verstoße dadurch gegen seine Pflichten als Mieter. Er, V, kündige daher den Mietvertrag außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Dieses Schreiben wirft V am Vormittag des 30. Aprils in den Briefkasten des M. Als M es am 3. Mai liest, ist dieser völlig entsetzt. Er schreibt V sofort eine E-Mail, in der er ausführt, dass er als Wohnraummietter keine Erlaubnis für eine Untervermietung brauche; falls doch, dann sei V jedenfalls gesetzlich verpflichtet, ihm diese Erlaubnis zu erteilen, da er, M, unter der Woche in Hannover wohne und daher ein nachvollziehbares Interesse daran habe, durch die Weitervermietung an U seine Wohnkosten zu senken. Dies stehe einer Kündigung, insbesondere einer außerordentlichen, doch wohl entgegen. V entgegnet, dass ein legitimes Interesse des M an der Untervermietung schon deshalb nicht bestehe, weil M augenscheinlich seinen Lebensmittelpunkt nicht mehr in Kiel, sondern in Hannover habe. Zudem sei es ihm mit seinem Einkommen doch wohl noch möglich, die Kosten für beide Wohnungen zu tragen, sodass er nicht zwingend auf die Untervermietung angewiesen sei.

Aufgabe 1: Hat V gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung?

Aufgabe 2: Hat V gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der von U an M gezahlten Untermiete?

Bearbeitungsvermerk zu Aufgabe 2

Die Unwirksamkeit der Kündigung ist diesbezüglich zu unterstellen.

Fortsetzung

V ist noch Eigentümer einer weiteren Wohnung in demselben Mehrfamilienhaus, die er ebenfalls vermieten möchte. Als er diesbezüglich im Mai 2024 einen Besichtigungstermin durchgeführt hat, sieht er zufälligerweise, wie U aus der Wohnungstür kommt. Da er sich daraufhin denken kann, dass es sich bei U um den Untermieter des M handelt, spricht er diesen an und erklärt ihm, dass er der eigentliche Eigentümer der Wohnung sei und die Untervermietung an ihn zu keinem Zeitpunkt erlaubt hätte. Der erstaunte U erwidert daraufhin, dass er dies nicht wusste. Vielmehr sei er davon ausgegangen, dass die Wohnung im Eigentum seines Vermieters M stehe; Anhaltspunkte, daran zu zweifeln, habe es keine gegeben. U räumt bei dieser Gelegenheit ein, dass er bei seinem Einzug zwar die Zimmertür beschädigt habe; da er jedoch mit M eine Haftungsprivilegierung in dem Mietvertrag vereinbart hätte, müsse diese doch auch im Verhältnis zu V wirken. V wendet indes ein, dass die Haftungsprivilegierung keinesfalls ihm gegenüber wirksam sei, da er doch gar nicht am Vertrag zwischen M und U beteiligt gewesen sei und von diesem auch überhaupt keine Kenntnis gehabt habe. Andernfalls würde es sich ja um einen Vertrag zu Lasten Dritter handeln. Er, V, verlange mithin von U Schadensersatz für die demolierte Tür.

Aufgabe 3: Steht V ein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber U aufgrund der beschädigten Zimmertür zu?

Bearbeitungsvermerk

Es ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der Wohnung.....	257
I. §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB	257
1. Mietvertrag zwischen V und M über Wohnraum	257
2. Beendigung des Mietverhältnisses.....	257
a) Außerordentliche Kündigung.....	257
aa) Außerordentliche Kündigungserklärung	257
bb) Form, § 568 Abs. 1 BGB.....	257
cc) Begründung, § 569 Abs. 4 BGB.....	257
dd) Außerordentliches Kündigungsrecht, §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 549 Abs. 1 BGB.....	258
(1) Unbefugte Gebrauchsüberlassung an einen Dritten	258
(2) Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte.....	259
(a) Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB.....	260
(aa) Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums	260
(bb) Berechtigtes Interesse des M nach Abschluss des Mietvertrages	260
(cc) Keine Unzumutbarkeit für V.....	262
(b) Ergebnis.....	262
b) Ordentliche Kündigung.....	262
aa) Zulässigkeit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung	262
bb) Ordentlicher Kündigungsgrund	262
(1) Pflichtverletzung durch M	263
(2) Verschulden	263
(3) Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung.....	263
c) Ergebnis	265
II. § 985 BGB.....	265
III. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB	265
Aufgabe 2: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der an M von U gezahlten Untermiete	265

I. §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB	265
II. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB	265
1. Schuldverhältnis	265
2. Pflichtverletzung	265
3. Vertreten müssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.....	266
4. Schaden.....	266
5. Ergebnis.....	266
III. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB	266
1. Untervermietung an U als Geschäft des V	267
2. Ergebnis.....	267
IV. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB	267
V. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	268
1. Verfügung.....	268
2. Ergebnis.....	269
VI. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog	269
1. Planwidrige Regelungslücke.....	269
2. Vergleichbare Interessenlage	269
3. Ergebnis.....	270
VII. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB	270
1. Erlangt	270
2. In sonstiger Weise	270
3. Auf Kosten des V	270
4. Ergebnis.....	271
VIII. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB	271
Aufgabe 3: Anspruch des V gegen U auf Schadensersatz für die beschädigte Zimmertür ..	271
I. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB	271
II. § 991 Abs. 2 BGB	272
1. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses	272
a) Eigentum des V.....	272
b) Besitz des U	272
c) Recht zum Besitz.....	272
d) „Dolo-agit Einwand“	273
2. Gutgläubigkeit des U.....	274
3. Schaden i.S.d. § 989 BGB.....	274

4. Haftungsumfang wie gegenüber dem mittelbaren Besitzer	275
III. § 823 Abs. 1 BGB	275

Aufgabe 1: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der Wohnung

I. §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB

V könnte gegenüber M einen Anspruch auf Rückgabe der Wohnung gem. §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB haben. Hierfür ist erforderlich, dass zwischen V und M ein Wohnraummietvertrag zustande gekommen ist, welcher wirksam beendet wurde.

1. Mietvertrag zwischen V und M über Wohnraum

V und M haben im Jahre 2021 einen unbefristeten Mietvertrag über eine 2,5-Zimmer-Wohnung geschlossen, demzufolge sich V dazu verpflichtet hat, M den Gebrauch der Wohnung zu gewähren, wohingegen M dem V eine monatliche Miete von 650 € schuldet. Ein Mietverhältnis über Wohnraum ist demzufolge zustande gekommen.

Hinweis: Es musste bei der Prüfung des Mietvertrages nicht unbedingt auf § 550 S. 1 BGB eingegangen werden, denn ein Verstoß gegen dieses Schriftformerfordernis für Wohnraummietverhältnisse hat entgegen § 125 S. 1 BGB nicht die Nichtigkeit des Mietvertrages zur Folge, sondern führt dazu, dass dieser für unbestimmte Zeit gilt.

2. Beendigung des Mietverhältnisses

Das Wohnraummietverhältnis zwischen V und M müsste beendet worden sein. Als Beendigungsgrund kommt vorliegend sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche Kündigung durch V in Betracht.

a) Außerordentliche Kündigung

V könnte das Mietverhältnis durch eine außerordentliche, fristlose Kündigung wirksam beendet haben.

aa) Außerordentliche Kündigungserklärung

V hat mit Schreiben an M vom 30.4.2024 ausdrücklich erklärt, er „kündige den Mietvertrag außerordentlich“, sodass eine außerordentliche Kündigungserklärung vorliegt, §§ 133, 157 BGB.

bb) Form, § 568 Abs. 1 BGB

Die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses bedarf gem. § 568 Abs. 1 BGB der Schriftform (§ 126 BGB). Dies gilt gleichermaßen für die außerordentliche wie für die ordentliche Kündigung. V hat den Brief eigenhändig unterschrieben, sodass die gesetzlich vorgeschriebene Form gewahrt worden ist.

cc) Begründung, § 569 Abs. 4 BGB

Bei Mietverhältnissen über Wohnraum schreibt § 569 Abs. 4 BGB vor, dass der zur außerordentlichen

Kündigung führende wichtige Grund im Kündigungsschreiben anzugeben ist. Bei dem Begründungserfordernis des § 569 Abs. 4 BGB handelt es sich um eine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung, sodass eine fehlende oder defizitäre Begründung zur Unwirksamkeit der Kündigung führt¹. Insoweit ist erforderlich, dass der Lebenssachverhalt, auf den die Kündigung gestützt wird und der daher in einem etwaigen künftigen Rechtsstreit zur Beurteilung steht, von möglichen anderen unterscheidbar in dem Kündigungsschreiben wiedergegeben wird². V hat in dem Kündigungsschreiben angegeben, dass die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U den Grund für die Kündigung darstelle. M habe auf sein vorheriges Schreiben nicht reagiert und dementsprechend weder die Gründe für die Gebrauchsüberlassung mitgeteilt noch diese bisher beendet. M verletzte dadurch seine vertraglichen Pflichten. Dies genügt dem Begründungserfordernis des § 569 Abs. 4 BGB. Dass V den M nicht, wie von § 568 Abs. 2 BGB vorgeschrieben, auf die Möglichkeit, die Form und die Frist des Widerspruchs hingewiesen hat, ist demgegenüber für die Wirksamkeit der Kündigung ohne Belang, da es sich bei § 568 Abs. 2 BGB um eine bloße „Soll-Vorschrift“ handelt³. Ihre Missachtung führt bloß zu einer Verlängerung der Widerspruchsfrist des Mieters, § 574b Abs. 2 S. 2 BGB.

dd) Außerordentliches Kündigungsrecht, §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 549 Abs. 1 BGB

Es müsste auch ein außerordentliches Kündigungsrecht des V bestanden haben. Gem. § 543 Abs. 1 S. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. § 543 Abs. 2 BGB führt diesbezüglich exemplarisch einige Regelbeispiele auf, bei deren Vorliegen ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund anzunehmen ist. Vorliegend kommt ein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB in Betracht. Hiernach liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor, wenn der Mieter die Rechte des Vermieters dadurch in erheblichem Maße verletzt, dass er die Mietsache unbefugt einem Dritten überlässt.

(1) Unbefugte Gebrauchsüberlassung an einen Dritten

M hat U ein Zimmer in der Mietsache ab März 2024 zu Wohnzwecken überlassen. Als „Dritte“ sind solche Personen anzusehen, die weder Parteien des Mietvertrages, nächste Angehörige des Mieters, Bedienstete des Mieters oder Besucher sind⁴. U ist demgemäß Dritter i.S.d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB. Des Weiteren wurde die Möglichkeit der Untervermietung eines Zimmers der Wohnung weder bereits in dem Mietvertrag zwischen M und V vereinbart noch zu einem späteren Zeitpunkt von V gestattet, sodass es sich auch um eine unbefugte Gebrauchsüberlassung handelt. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass möglicherweise M einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung gegenüber V gehabt hat. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB entbindet den Mieter nämlich nicht von der Verpflichtung, die Erlaubnis des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung einzuholen, schon allein deswegen, damit der Vermieter prüfen kann, ob ein wichtiger Grund zur Versagung vorliegt⁵. Erst wenn die Erlaubnis erteilt wurde, handelt es sich somit formal um eine befugte Gebrauchsüberlassung⁶.

¹ Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 569 Rn. 108.

² BGH NJW 2010, 3015 (3018); Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 569 Rn. 56; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 1011.

³ Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl., § 568 Rn. 15; Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 568 Rn. 41.

⁴ Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 5.

⁵ Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 41.

⁶ BayObLG, Rechtsentscheid v. 26.10.1990 – REMiet 1/90 = NJW-RR 1991, 461 (462); OLG Dresden, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 U 375/15 = BeckRS 2015,15061; Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl.

Hinweis: Die Studierenden sollten sehen, dass eine unbefugte Gebrauchsüberlassung selbst dann vorliegt, wenn die Voraussetzungen einer Erlaubniserteilung nach § 553 Abs. 1 BGB erfüllt sind, die Erlaubnis aber noch nicht von Vermieterseite erteilt wurde. Davon ist jedoch die Frage zu unterscheiden, ob eine solche formal unbefugte Gebrauchsüberlassung auch ausreicht, um einen außerordentlichen Kündigungsgrund darzustellen (siehe unten).

(2) Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte

Neben einer unbefugten Überlassung der Mietsache an einen Dritten setzt ein wichtiger Grund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB jedoch nach ganz überwiegender Auffassung ebenso voraus, dass hierdurch die Rechte des Vermieters in *erheblicher Weise* verletzt werden⁷. Zwar lässt sich hierfür als Argument nicht unbedingt der Wortlaut der Norm anführen, denn dieser ist mehrdeutig und kann auch dahingehend interpretiert werden, dass § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB alternativ und abschließend aufzählt, wann der Mieter die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt⁸. Wenn jedoch bereits § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB für eine ordentliche Kündigung fordert, dass der Mieter seine vertraglichen Pflichten „nicht unerheblich verletzt hat“, dann muss dies allerdings erst recht für eine außerordentliche Kündigung gelten, um nicht das Stufenverhältnis zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung zu durchbrechen⁹. Zudem spricht für eine solche Sichtweise, dass der historische Gesetzgeber mit § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB im Gegensatz zu § 553a BGB a.F. eine „mieterfreundliche“ Modernisierung des Mietrechts angestrebt hat. Bei § 553a BGB a.F. hat jedoch seinerzeit noch die unberechtigte Gebrauchsüberlassung für sich allein ausgereicht, um den zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden wichtigen Grund darzustellen¹⁰.

Hinweis: Dieses historische Argument kann von den Studierenden naturgemäß in einer Klausur nicht erwartet werden. Entscheidend ist vielmehr, dass gesehen wird, dass an eine außerordentliche Kündigung als „ultima ratio“ beachtliche Anforderungen zu stellen sind, sodass ein wichtiger Grund jedenfalls dann abzulehnen ist, wenn die Beeinträchtigung der Vermieterrechte bei einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles nicht erheblich erscheint.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte durch die unbefugte Gebrauchsüberlassung abzulehnen ist, wenn dem Mieter zum Zeitpunkt der Kündigung ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung nach § 553 Abs. 1 BGB gegenüber dem Vermieter zugestanden hat. Für eine Erheblichkeit ließe sich zwar ggf. anführen, dass der Mieter bereits durch eine unerlaubte Gebrauchsüberlassung vertragswidrig handelt und einem dem Vermieter unbekanntem Dritten den ungehinderten Zugriff auf die Mietsache ermöglicht. Zumindest Letzteres ist aber auch dann der Fall, wenn der Mieter Besucher oder nahe Angehörige in die Wohnung lässt, da es sich bei diesen um keine Dritten i.S.d. §§ 540, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2, 553 BGB handelt, für deren Aufnahme er einer Erlaubnis des Vermieters bedarf. Es ist demzufolge mit der ganz

2024, BGB § 543 Rn. 151.

⁷ So *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 22 Rn. 65.; *Streyll*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 543 Rn. 149 ff.; ausdrücklich offengelassen von BGH, Beschl. v. 25.4.2008 – LwZR 10/07 = NZM 2008, 728; a.A. dagegen *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 41.

⁸ *Kern*, NZM 2009, 344 (347).

⁹ *Kern*, NZM 2009, 344 (347).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 25.4.2008 – LwZR 10/07 = NZM 2008, 728; *Kern*, NZM 2009, 344 (347); *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand:1.11.2024, § 543 Rn. 32.

h.M.¹¹ davon auszugehen, dass der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 S.1 Nr. 2 Alt. 2 BGB neben einer formal unbefugten Gebrauchsüberlassung regelmäßig voraussetzt, dass diese gleichermaßen materiell unberechtigt ist. Hat der Mieter einen Anspruch gegen den Vermieter auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung nach § 553 Abs. 1 BGB, erscheint es nämlich nicht gerechtfertigt, allein aus dem Umstand, dass dieser die zu gewährende Erlaubnis nicht beantragt hat, ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu begründen. Ein bloßes vertragswidriges Verhalten des (Wohnraum-)Mieters reicht für sich genommen gerade noch nicht aus, um eine außerordentliche Kündigung als „ultima ratio“ zu ermöglichen. Hierbei kann offenbleiben, ob es in diesem Fall an der „Erheblichkeit der Verletzung der Vermieterrechte“ mangelt¹², oder ob der außerordentlichen Kündigung des Vermieters stattdessen der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenzuhalten ist¹³.

Hätte M gegenüber V im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an U aus § 553 Abs. 1 BGB zugestanden, würde somit kein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB bestehen.

(a) Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB

Gem. § 553 Abs. 1 BGB hat der Mieter einen Anspruch gegen den Vermieter auf Erteilung der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums an einen Dritten, wenn er hierfür nach Abschluss des Mietvertrages ein berechtigtes Interesse hat und die Gebrauchsüberlassung an den Dritten für den Vermieter nicht unzumutbar ist.

(aa) Gebrauchsüberlassung eines Teils des Wohnraums

§ 553 Abs. 1 BGB erfasst nur eine solche Gebrauchsüberlassung, bei welcher der Mieter bloß einen Teil des angemieteten Wohnraums einem Dritten überlässt. Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass sichergestellt werden soll, dass der Mieter auch in Zukunft die Sachherrschaft über die Wohnung ausüben kann¹⁴. Entscheidend für die „Überlassung eines Teils des Wohnraums“ ist mithin, dass der Mieter den Gewahrsam an dem Wohnraum nicht vollständig aufgegeben hat¹⁵. Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn er ein Zimmer einer größeren Wohnung zurückbehält, um in diesem gelegentlich zu schlafen oder Einrichtungsgegenstände zu lagern. Im vorliegenden Fall hat M lediglich ein Zimmer der 2,5-Zimmer-Wohnung an U untervermietet. Der Gewahrsam an den übrigen Zimmern verbleibt weiterhin ausschließlich ihm, sodass eine teilweise Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 553 Abs. 1 BGB vorliegt.

(bb) Berechtigtes Interesse des M nach Abschluss des Mietvertrages

Bei M müsste auch nach Abschluss des Mietvertrages mit V ein berechtigtes Interesse entstanden

¹¹ BayObLG, Rechtsentscheid v. 26.10.1990 – REMiet 1/90 = NJW-RR 1991, 461 (462); OLG Dresden, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 U 375/15 = BeckRS 2015, 15061; LG Hamburg, Beschl. v. 20.2.2020 – 333 S 46/19 = BeckRS 2020, 13458; *Mehle*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 543 Rn. 142; *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15; *Bühler*, JuS 2019, 104 (108); *Kern*, NZM 2009, 344 (347); *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 543 Rn. 32; a.A. dagegen *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 41, demzufolge jede unbefugte Gebrauchsüberlassung die Vermieterrechte erheblich verletzt.

¹² *K. Schach/Siegmund*, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 543 Rn. 35.

¹³ So BayObLG, Rechtsentscheid v. 26.10.1990 – REMiet 1/90 = NJW-RR 1991, 461 (463); *Mehle*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 543 Rn. 142; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Aufl. 2024, § 543 Rn. 22; in diese Richtung wohl auch *Bieber*, in: MüKo BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15.

¹⁴ *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 553 Rn. 4.

¹⁵ BGH, Urt. v. 11.6.2014 – VIII ZR349/13 = NJW 2014, 2717; BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (28).

sein, ein Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen. An ein derartiges „berechtigtes Interesse“ des Mieters werden von Seiten der Rechtsprechung und der Literatur keine hohen Anforderungen gestellt. So soll es schon dann anzunehmen sein, wenn dem Mieter vernünftige Gründe zur Seite stehen, welche sein Verlangen nach Überlassung eines Teils der Wohnung an einen Dritten verständlich erscheinen lassen. „Berechtigtes“ ist hiernach jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht¹⁶.

M hat sich dazu entschlossen, ein Zimmer seiner Kieler Mietwohnung unterzuvermieten, um seine durch die Anmietung der Wohnung in Hannover gestiegenen Mietkosten zu senken. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass der Wunsch des Mieters, die von ihm zu tragenden Mitaufwendungen zu verringern, in der Regel als berechtigtes Interesse i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB anzuerkennen ist¹⁷. Dies gilt aufgrund des mieterschützenden Zwecks des § 553 Abs. 1 BGB selbst dann, wenn es dem Mieter aufgrund seiner Einkünfte und seines Vermögens potenziell noch möglich wäre, das Mietverhältnis ohne die Untervermietung fortzusetzen¹⁸. Auch in einer derartigen Situation hat er nämlich ein nachvollziehbares Interesse an finanzieller Entlastung. Dementsprechend schließt der Umstand, dass M ggf. in der Lage ist, die Kosten für beide Wohnungen zu begleichen, ein berechtigtes Interesse an der Untervermietung nicht aus. Fraglich ist jedoch, ob ein „berechtigtes Interesse“ des M möglicherweise deswegen abzulehnen ist, weil dieser nur noch seine Wochenenden vorwiegend in Kiel verbringt und zu diesem Zweck in der Wohnung nächtigt, sich die meiste Zeit jedoch in Hannover aufhält. Vereinzelt wird angenommen, dass ein „berechtigtes Interesse“ i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB abzulehnen ist, wenn der Mieter seinen Lebensmittelpunkt nicht in der Wohnung beibehält, sondern an einen anderen Ort verlagert, denn dann könnte er seiner Obhutspflicht gegenüber dem Vermieter nicht mehr nachkommen¹⁹. Hiergegen spricht allerdings, dass andernfalls der Zweck des § 553 Abs. 1 BGB, dem Mieter die Wohnung, an der er festhalten möchte, zu erhalten, leerlaufen würde. Aufgrund der „Mobilität und Flexibilität in der heutigen Gesellschaft“²⁰ ist nämlich eine berufsbedingt doppelte Haushaltsführung keinesfalls ungewöhnlich. Hätte der Mieter in dieser Situation jedoch nicht die Möglichkeit, einen Teil seiner Wohnung unterzuvermieten, dann würde gerade dieses Phänomen der modernen Arbeitswelt von § 553 Abs. 1 BGB nicht erfasst werden. In den Gesetzesmaterialien findet sich im Übrigen auch kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber nur den Bestand eines einzigen Mietverhältnisses als schützenswert angesehen hat²¹. Zudem wird der Mieter durch den Mietvertrag nicht verpflichtet, in der Mietwohnung seinen Lebensmittelpunkt im Sinne eines Hauptwohnsitzes zu begründen. Vielmehr steht es ihm zur freien Disposition, zu entscheiden, an welchem Ort er wohnt. Letztendlich ist daher mit der mittlerweile ganz h.M.²² davon auszugehen, dass ein berechtigtes Interesse auch dann vorliegt, wenn der Mieter nicht mehr seinen Lebensmittelpunkt in der Wohnung hat.

¹⁶ BGHZ 92, 213 (219) = NJW 1985, 130; BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27; *Wiederhold*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 553 Rn. 5; *Heintzmann*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 8, 13. Aufl. 2007, § 553 Rn. 4.

¹⁷ BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 f.; ebenfalls *Flatow*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 4.

¹⁸ BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (29); *Emmerich*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 553 Rn. 8.

¹⁹ *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 7.

²⁰ BT-Drs. 14/4553, S. 38 f.

²¹ BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (28).

²² BGH, Urt. v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13 = NJW 2014, 2717; BGH, Urt. v. 27.9.2023 – VIII ZR 88/22 = NZM 2024, 27 (28); *Flatow*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 8; *Emmerich*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 553 Rn. 7; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Aufl. 2024, BGB § 553 Rn. 4.

M hatte folglich nach Abschluss des Mietvertrages ein berechtigtes Interesse, ein Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen.

(cc) Keine Unzumutbarkeit für V

Anhaltspunkte dafür, dass V die Gebrauchsüberlassung eines Zimmers an U unzumutbar ist, sind nicht ersichtlich, sodass der Anspruch auf Erlaubniserteilung nicht gem. § 553 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Auch lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass V die Überlassung nur bei einer angemessenen Mieterhöhung zumutbar wäre.

(b) Ergebnis

Die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB liegen dementsprechend vor, sodass M im Zeitpunkt der Kündigung einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers gegenüber V gehabt hat. Die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U begründet daher kein außerordentliches Kündigungsrecht i.S.d. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB.

Die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ist somit im Ergebnis unwirksam.

Hinweis: Eine a.A. ist allenfalls mit sehr guter Begründung noch vertretbar.

b) Ordentliche Kündigung

Möglicherweise könnte V das Mietverhältnis aber ordentlich gekündigt haben. Eine solche Kündigung kommt, da das Mietverhältnis nicht befristet ist, prinzipiell in Betracht, § 542 Abs. 1 BGB.

aa) Zulässigkeit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung

V hat in seinem Schreiben vom 30. April erklärt, er kündige den Mietvertrag „außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Einer solchen hilfsweisen ordentlichen Kündigungserklärung könnte nun allerdings der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen entgegenstehen. Dieser beruht auf dem Umstand, dass der Gestaltungsgegner vor unzumutbaren Schwebezuständen geschützt werden soll, die entstehen, wenn die einseitige gestaltende Wirkung noch von einem Bedingungseintritt abhängig gemacht werden würde²³. Wenn ein Vermieter das Mietverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich kündigt, wird die hilfsweise ausgesprochene Kündigung jedoch gerade unbedingt erklärt. Der Vermieter spricht in diesem Fall beide Kündigungen zum selben Zeitpunkt aus, stellt allerdings klar, dass die ordentliche Kündigung erst nachrangig geprüft werden soll²⁴. Der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen steht mithin einer hilfsweise ordentlichen Kündigung nicht entgegen, sodass diese als rechtlich zulässig zu erachten ist.

bb) Ordentlicher Kündigungsgrund

Gem. § 573 Abs. 1 S. 1 BGB setzt eine ordentliche Kündigung von Wohnraummietverträgen durch den Vermieter voraus, dass dieser ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Entsprechend der Systematik des § 543 Abs. 2 BGB enthält dabei auch § 573 Abs. 2 BGB eine

²³ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 39.

²⁴ BGH, Urt. v. 16.2.2005 – VIII ZR 6/04 = NZM 2005, 334 (335); BGH, Urt. v. 19.9.2018 – VIII ZR 231/17 = NJW 2018, 3517 (3522); Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 542 Rn. 41.

beispielhafte Aufzählung an Fallvarianten, in denen ein solches berechtigtes Interesse anzunehmen ist. Da V seine Kündigung auf die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U stützt, kommt vorliegend § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Hiernach liegt ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses insbesondere dann vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft in nicht unerheblicher Weise verletzt hat.

(1) Pflichtverletzung durch M

Indem M das Zimmer ohne Erlaubnis des V an U untervermietet hat, hat er seine vertraglichen Pflichten gegenüber V verletzt. Wie bereits im Rahmen der außerordentlichen Kündigung dargelegt, ändert daran auch die Tatsache nichts, dass M gegenüber V einen Anspruch auf Erlaubniserteilung zur Gebrauchsüberlassung an U aus § 553 Abs. 1 BGB gehabt hat, denn auch dann ist der Mieter nicht befugt, die Mietsache einem Dritten ohne Erlaubnis des Vermieters zu überlassen. Vielmehr muss er im Zweifel auf Erteilung der Erlaubnis klagen.

(2) Verschulden

M müsste auch bezüglich der unbefugten Gebrauchsüberlassung an U und seiner damit begangenen Vertragspflichtverletzung gegenüber V schuldhaft gehandelt haben. Verschulden meint in diesem Kontext Vorsatz und Fahrlässigkeit, bloßes Vertretenmüssen (z.B. nach § 287 S. 2 BGB) genügt daher nicht²⁵. M hat auf das erste Schreiben des V, in welchem dieser ihn aufgefordert hat, die Untervermietung entweder zu beenden oder die Gründe darzulegen, warum er die Wohnung an U untervermietet habe, nicht reagiert, weil er fälschlicherweise dachte, er bräuchte als Wohnungsmieter keine Erlaubnis zur Untervermietung. Er hat sich dementsprechend in einem sog. Rechtsirrtum befunden. Ein solcher beruht aber nur dann nicht auf Fahrlässigkeit, wenn der Mieter die Rechtslage sorgfältig geprüft und sich ggf. bei einem Fachmann erkundigt hat²⁶. Von einer solch sorgfältigen Prüfung der Rechtslage kann aber nicht die Rede sein, wenn M eine Beantwortung des Schreibens deswegen unterlassen hat, weil er meinte, sich dunkel daran zu erinnern, dass ihm ein befreundeter Jurist von ein paar Jahren mal erzählt hätte, dass Mietern ein Recht zur Untervermietung ihrer Wohnung zustände. Dies folgt schon daraus, dass die damalige Angabe keinerlei Zusammenhang zu der konkreten Gebrauchsüberlassung an U aufgewiesen hat und daher nicht die Umstände des Einzelfalls in den Blick nehmen konnte. Darüber hinaus war sich M zum einen noch nicht einmal sicher, dass die Äußerung tatsächlich so gefallen ist, und zum anderen lässt die Angabe auch nicht zweifelsfrei erkennen, ob damit gemeint ist, dass ein Wohnraummieter einfach ohne Erlaubnis des Vermieters an jeden Dritten untervermieten darf oder ob diesem bloß ein Anspruch auf Erlaubniserteilung zusteht. Indem M ein Zimmer der Wohnung unbefugt an U vermietet hat, hat er somit seine mietvertraglichen Pflichten jedenfalls fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) verletzt.

Hinweis: Eine a.A. ist wohl kaum vertretbar.

(3) Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung

Zuletzt erfordert § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass M durch die unbefugte Gebrauchsüberlassung an U seine Pflichten nicht unerheblich verletzt hat. Im Gegensatz zum außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB schließt der Umstand, dass der Mieter im Zeitpunkt der

²⁵ Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573 Rn. 83.

²⁶ Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 29.

Kündigung einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung aus § 553 Abs. 1 BGB gehabt hat, die Erheblichkeit der Pflichtverletzung nun nicht per se aus²⁷. Vielmehr bedarf es stattdessen einer weitergehenden Abwägung der Vermieterinteressen mit den Gründen, die zur Gebrauchsüberlassung ohne vorherige Erlaubnis des Vermieters geführt haben²⁸.

Für eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung könnte hierbei sprechen, dass V den M vor der Kündigung mit einem Schreiben explizit dazu aufgefordert hat, entweder die Gebrauchsüberlassung zu beenden oder darzulegen, wer die Person des Untermieters ist und warum ihr ein Teil der Wohnung überlassen wird. Auch wenn man eine vorherige Abmahnung nicht als unerlässliche Voraussetzung einer verhaltensbezogenen Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB begreifen sollte²⁹, spricht ihr Vorhandensein nämlich zumindest für eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung. Allerdings darf ebenfalls nicht außer Acht gelassen werden, dass der Umstand, dass M im Zeitpunkt der Kündigung einen Anspruch aus § 553 Abs. 1 BGB gegenüber V auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung gehabt hat, die Pflichtverletzung und eine damit einhergehende Beeinträchtigung der Vermieterinteressen als weniger schwerwiegend erscheinen lässt³⁰. Verstärkend kommt hinzu, dass die fehlende Beantragung der Erlaubnis einzig und allein auf einer Verkennung der Rechtslage durch M beruhte und nicht darauf, dass dieser die Untervermietung an U von vornherein gegenüber V verschleiern wollte³¹. Von einer bewussten Missachtung der Belange oder Person des Vermieters kann daher keine Rede sein. Eine nur fahrlässige Pflichtverletzung spricht jedoch – im Gegensatz zu einer vorsätzlichen – eher für deren Unerheblichkeit. Durch die Untervermietung an U ist zudem, da M hauptsächlich in Hannover wohnt und sich maximal an den Wochenenden zu Schlafzwecken in der Wohnung aufhält, nicht mit einer erkennbar erhöhten Abnutzung der Mietwohnung infolge der unerlaubten Gebrauchsüberlassung zu rechnen.

Letzten Endes sprechen somit gute Gründe dafür, die unbefugte Gebrauchsüberlassung eines Zimmers der Wohnung an U eher als bloß unerhebliche Pflichtverletzung zu begreifen, sodass es an den Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB mangelt. Da auch ein sonstiges berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses nicht ersichtlich ist, ist die ordentliche Kündigung im Ergebnis gleichermaßen unwirksam.

Hinweis: Eine a.A. ist bei entsprechender Begründung genauso vertretbar. Da auch die sonstigen Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung – insbesondere die Begründung nach § 573 Abs. 3 BGB – vorliegen, wurde das Mietverhältnis in diesem Fall wirksam zum 31.7.2024 beendet. Derart umfangreiche Ausführungen zur Wirksamkeit der außerordentlichen und ordentlichen Kündigung waren von den Studierenden nicht zu erwarten.

²⁷ Kern, NZM 2009, 344 (347); Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15; Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 35; Siegmund, in: BeckOK Mietrecht, Stand: 1.2.2025, BGB § 573 Rn. 33.

²⁸ Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 553 Rn. 15.

²⁹ So insbesondere der BGH in st.Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 145/07 = NJW 2008, 508 (510); BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – VIII ZR 59/20 = NZM 2020, 885 (886); a.A. bspw. Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573 Rn. 72.

³⁰ In diese Richtung Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 35.

³¹ Siehe zu der Frage, ob im Rahmen der Unerheblichkeit bei § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB Verschuldensaspekte zu berücksichtigen sind Geib, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 573 Rn. 23; Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 573 Rn. 65.

c) Ergebnis

Das Mietverhältnis zwischen M und V wurde weder durch eine außerordentliche noch durch eine ordentliche Kündigung wirksam beendet. V hat keinen Anspruch auf Rückgabe der Wohnung gegenüber M aus §§ 546 Abs. 1, 549 Abs. 1 BGB.

II. § 985 BGB

V ist zwar Eigentümer der Wohnung und M Besitzer. Aufgrund der unwirksamen Kündigung des Mietvertrages besteht allerdings ein Recht des M zum Besitz an der Wohnung i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegenüber V, sodass V kein Anspruch auf Herausgabe der Wohnung aus § 985 BGB gegenüber M zusteht.

III. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB

M hat den Besitz an der Wohnung durch eine Leistung des V erlangt. Allerdings ist der rechtliche Grund für die Besitzüberlassung mangels wirksamer Kündigung des Mietvertrags seitens des V nicht später weggefallen, sodass ein Herausgabeanspruch des V ebenfalls nicht aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB folgt.

Aufgabe 2: Anspruch des V gegen M auf Herausgabe der an M von U gezahlten Untermiete

I. §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des V gegenüber M auf Herausgabe der von U an M gezahlten Untermiete folgt jedenfalls nicht aus §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB, denn es handelt sich bei der an M gezahlten Untermiete nicht um einen Bestandteil der von M gegenüber V nach § 535 Abs. 2 BGB geschuldeten vereinbarten Miete i.H.v. 650 €.

Hinweis: Der Anspruch aus §§ 535 Abs. 2, 549 Abs. 1 BGB ist offensichtlich nicht einschlägig und musste daher nicht zwingend von den Studierenden geprüft werden.

II. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

V könnte einen Anspruch auf Herausgabe der Untermietzinses gegenüber M aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Mit dem 2021 zwischen V und M geschlossenen Mietvertrag über die 2,5-Zimmer-Wohnung des V liegt ein Schuldverhältnis vor.

2. Pflichtverletzung

Indem M ein Zimmer der Wohnung ohne die Erlaubnis des V an U untervermietet hat, hat er seine mietvertragliche Pflicht aus § 540 Abs. 1 S. 1 BGB, die Mietsache ohne Erlaubnis des Vermieters nicht

Dritten zum Gebrauch zu überlassen, verletzt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass M gegenüber V einen Anspruch auf Erlaubniserteilung gem. § 553 Abs. 1 BGB hat (siehe oben).

3. Vertreten müssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

M hat fälschlicherweise angenommen, er bräuchte als Wohnraummieter keine Erlaubnis des V zur Untervermietung, ohne sich vorab über die Rechtslage hinreichend zu informieren. Er handelte mithin fahrlässig und hat die Pflichtverletzung folglich zu vertreten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

4. Schaden

Der von U an M gezahlte Untermietzins müsste auch ein nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden darstellen. Unter einem Schaden versteht man jegliche unfreiwillige Einbuße an Rechten, Rechtsgütern und Interessen³². Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Grundsatz der Naturalrestitution). Hätte sich M allerdings rechtmäßig verhalten und daher entweder die Gebrauchsüberlassung an U unterlassen oder nach § 553 Abs. 1 BGB eine Erlaubnis des V zur Untervermietung eingeholt, dann hätte V – mangels eigener Möglichkeit zur Untervermietung – aber ebenfalls keinen Untermietzins erlangt. Der Untermietzins stellt demzufolge gerade kein gem. §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden dar³³.

Hinweis: Ein ersatzfähiger Schaden des V kann auch nicht in dem entgangenen Gewinn gesehen werden, wenn ihm die Überlassung des Zimmers an U nach § 553 Abs. 2 BGB nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete zuzumuten gewesen wäre. Hierfür ist nämlich nicht die Untervermietung, sondern die Verweigerung der Einwilligung des Mieters in eine Mieterhöhung kausal. Diese stellt aber – da es keine Pflicht des Mieters zur Zustimmung der Mieterhöhung gibt – keine Pflichtverletzung dar³⁴. Ein nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähiger Schaden kann daher allenfalls in einer stärkeren Abnutzung der Mietsache durch den Untermieter zu sehen sein. Zum einen fehlt es aber hierfür an Angaben im Sachverhalt, zum anderen ist explizit nur nach Ansprüchen auf Herausgabe des Untermietzinses gefragt.

5. Ergebnis

V hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermietzinses aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB gegenüber M.

III. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB

V könnte einen Anspruch auf Herausgabe der von U an M gezahlten Untermiete aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB haben.

³² Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 16.

³³ BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (839); Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; Kern, NZM 2009, 344 (345); Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 50.

³⁴ Kern, NZM 2009, 344 (345); Bühler, JuS 2019, 104 (108).

1. Untervermietung an U als Geschäft des V

Hierfür ist zunächst Voraussetzung, dass es sich bei der Vermietung eines Zimmers der Wohnung durch M an U um ein Geschäft des Eigentümers und Hauptvermieters V handelt. Unter einem Geschäft versteht man jedes tatsächliche oder rechtliche Verhalten. Dieses ist dann für den Geschäftsführer fremd, wenn es (auch) in den Rechts- und Interessenbereich eines anderen fällt³⁵. Der Mieter, der vertragswidrig die Mietsache untervermietet, übt aber nur den ihm überlassenen Gebrauch in vertragswidriger Weise aus, greift aber nicht in den Rechts- und Interessenkreis des Eigentümers ein, der ihm die Sache vermietet hat³⁶. Dies folgt daraus, dass der Eigentümer, der dem Untervermieter die ausschließliche Nutzungsbefugnis eingeräumt hat, sich seines eigenen Nutzungsrechts bereits entledigt hat und es ihm daher auch nicht möglich wäre, die Sache selbst an Dritte weiterzuvermieten³⁷. Dies gilt selbst dann, wenn der Mieter nicht zur Untervermietung befugt ist, denn auch in dieser Situation kann der Eigentümer/Vermieter die Nutzung der Sache nicht einem Dritten überlassen. Hiergegen wird zwar vereinzelt eingewendet, dass dem Mieter durch den Mietvertrag nur der Eigengebrauch gestattet wird, sodass dieser durch die Untervermietung sehr wohl in den Herrschaftsbereich des Eigentümers eingreifen würde³⁸. Dem ist allerdings zu entgegnen, dass die Untervermietung als Geschäft, aus dem der Untermietzins resultiert, dem Rechts- und Interessenkreis des Vermieters nicht zugewiesen sein kann, wenn sich dieser mit Abschluss des Hauptmietvertrages seines Rechts, den Gebrauch an der Mietsache Dritten zu überlassen, entledigt hat. Der Hauptmieter, der die Mietsache (unbefugt) untervermietet, nimmt demgemäß keine Handlung vor, die dem Rechts- und Interessenkreis des Eigentümers zuzuordnen ist. Dies geht letztlich auch aus den Regelungen bezüglich der Zulässigkeit der Untervermietung hervor. So kann der Vermieter die Gebrauchsüberlassung an den Dritten – egal ob er sie erlaubt oder verbietet – nicht selbst vornehmen. Auch falls er sie erlauben sollte, darf allein der Mieter den Gebrauch Dritten überlassen und nicht der Vermieter³⁹.

2. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Untervermietung an U somit allein dem Rechts- und Interessenkreis des M zuzuordnen und stellt kein Geschäft des V dar. Letzterer kann daher nicht gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB die Herausgabe des Untermietzinses von M verlangen.

Hinweis: Die a.A. ist bei guter Begründung vertretbar. Die Auseinandersetzung mit der M.M., die ein Geschäft des Eigentümers bejaht, ist auch für gute bis sehr gute Ergebnisse nicht notwendig.

IV. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB

Ein Anspruch des V aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB auf Herausgabe des Untermietzinses scheidet demgegenüber daran, dass aus dem Mietvertrag zwischen M und V ein Recht des M zum Besitz an der Wohnung gegenüber V resultiert (§ 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), weswegen es an der

³⁵ Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 43 Rn. 3.

³⁶ Ganz h.M. vgl. BGH, Urt. v. 20.5.1964 – VIII ZR 235/63 = NJW 1964, 1835; BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840); OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.1994 – 10 U 109/93 = NJW-RR 1994, 596; Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2019, § 24 Rn. 90; Schrader, JuS 2020, 773 (778); Diederichsen, NJW 1964, 2296.

³⁷ Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113.

³⁸ Herrschel, JuS 1968, 562 f.; Berg, JuS 1975, 681 (689).

³⁹ Schrader, JuS 2020, 773 (778).

erforderlichen Vindikationslage im Zeitpunkt der Nutzungsziehung mangelt. Etwas Gegenteiliges folgt auch nicht aus dem Umstand, dass M durch die unbefugte Untervermietung an U die Grenzen seines Besitzrechtes im Verhältnis zu V überschritten hat („Nicht-so-berechtigter-Besitzer“), da dieses vertragswidrige Verhalten die Existenz des sich aus dem Mietvertrag ergebenden Besitzrechtes nicht zu beseitigen vermag⁴⁰.

V. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

V könnte einen Anspruch gegen M auf Herausgabe des Untermietzinses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Hierfür ist Voraussetzung, dass M als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt hat und diese Verfügung gegenüber dem Berechtigten V wirksam ist.

1. Verfügung

Die Untervermietung des Zimmers der Wohnung von M an U müsste eine Verfügung darstellen. Unter einer Verfügung ist ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches ein bestehendes Recht oder Rechtsverhältnis aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird⁴¹. Die Vermietung einer Sache stellt jedoch ein bloß schuldrechtliches Rechtsgeschäft dar. Es hat nicht zur Folge, dass ein existierendes Recht oder Rechtsverhältnis aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird. Es entspricht von dem her der ständigen Rechtsprechung des BGH und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur, dass die Vermietung oder Verpachtung einer Sache nicht als Verfügung zu beurteilen ist, sodass zumindest eine direkte Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet⁴².

Vereinzelt wird dem gleichwohl entgegengehalten, dass der Verfügungsbegriff in Wirklichkeit weiter zu verstehen sei und auch die Vermietung bzw. Verpachtung einer Sache umfasse⁴³. Begründet wird dies damit, dass der Eigentümer durch den Abschluss des Mietvertrages sein Eigentum in der Weise einschränken würde, dass es ihm nicht mehr möglich sei, die Sache vom besitzenden Mieter heraus zu verlangen (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB). Darüber hinaus sei der Mieter kraft eigener Befugnis dazu berechtigt, die Mietsache vertragsgemäß zu gebrauchen. Derartige Einschränkungen des Eigentumsrechts seien nun jedoch notwendigerweise als Verfügung zu begreifen, die der Mieter als Nichtberechtigter vornehme, wenn ihm die Untervermietung seitens des Vermieters nicht erlaubt worden ist.

Gegen eine solche Sichtweise spricht nun allerdings, dass § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als „Rechtsfortwirkungsanspruch“ auf den wirksamen Entzug einer absoluten Rechtsposition abzielt. Die Vermietung einer Sache führt aber nicht dazu, dass dem Eigentümer eine solche Rechtsposition schlechthin entzogen wird, sondern bewirkt allein einen faktisch wirkenden Entzug der Sache⁴⁴. Zudem würde

⁴⁰ Ganz h.M. vgl. *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; *Raff*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, Vor § 987 Rn. 24 m.w.N.

⁴¹ *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 31 f.

⁴² BGH, Urt. v. 3.3.1954 – VI ZR 259/52; BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840); BGH, Urt. v. 26.9.2006 – XI ZR 156/05 = NJW 2007, 216; *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand:1.11.2024, § 816 Rn. 7; *Bühler*, JuS 2019, 104 (108); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 839; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 12.

⁴³ *Diederichsen*, NJW 1964, 2296.

⁴⁴ *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand:1.11.2024, § 816 Rn. 7.

ein derartiges Verständnis des Verfügungsbegriffes bedeuten, dass das Besitzrecht einem absolut wirkenden Herrschaftsrecht angeglichen wird⁴⁵.

Die Untervermietung einer Sache stellt demzufolge keine Verfügung dar.

Hinweis: Die Ausführungen hinsichtlich des erweiterten Verfügungsbegriffes erfolgten nur der Vollständigkeit wegen. Für die Klausurbearbeitung ist es vollkommen genügend, wenn die Studierenden darstellen, dass durch eine Vermietung kein Recht oder Rechtsverhältnis aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird, weswegen es an der nach § 816 Abs. 1 BGB erforderlichen Verfügung mangelt.

2. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch des V gegenüber M auf Herausgabe des Untermietzinses aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

VI. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog

Möglicherweise könnte V aber ein Anspruch auf Herausgabe des von U an M gezahlten Untermietzinses aus einer analogen Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Eine solche analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Vermietung einer Sache bedingt sowohl das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke als auch einer vergleichbaren Interessenlage⁴⁶.

1. Planwidrige Regelungslücke

Die Existenz einer Regelungslücke ergibt sich zunächst daraus, dass die nur schuldrechtlich wirkende Vermietung einer Sache keine Verfügung i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt, sodass es an einer gesetzlichen Regelung derart verfügungsähnlicher Vorgänge mangelt. Die Frage, ob diese Regelungslücke auch planwidrig ist, hängt jedoch entscheidend davon ab, ob eine hinreichende Vergleichbarkeit der jeweiligen Interessenlagen besteht.

2. Vergleichbare Interessenlage

Die Interessenlage müsste bei der unbefugten Untervermietung einer Sache durch den Mieter mit derjenigen vergleichbar sein, die besteht, wenn ein Nichtberechtigter wirksam gegenüber dem Berechtigten über ein Recht bzw. Rechtsverhältnis verfügt. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst den Fall, dass ein Nichtberechtigter eine dem Rechtsinhaber ausschließlich zugewiesene Befugnis zu ordnungsändernden Verfügungen verwertet⁴⁷. Als Rechtsfortwirkungsanspruch soll dem Berechtigten daher zumindest das zukommen, was der Nichtberechtigte durch die Verfügung erlangt hat, er soll mithin einen Ausgleich für den erlittenen Rechtsverlust erhalten.

Bei der Untervermietung einer Sache verwertet der Mieter jedoch zum einen gerade keine dem Vermieter zugewiesene Rechtsposition, denn diesem ist die Untervermietung nicht gestattet. Vielmehr hat der Vermieter das Gebrauchsrecht mit Vertragsschluss auf den Mieter übertragen und ihm

⁴⁵ Schrader, JuS 2020, 773 (778).

⁴⁶ Bezüglich der einzelnen Voraussetzungen einer Analogie siehe die Ausführungen bei Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 110 ff.

⁴⁷ Stadler, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 816 Rn. 1.

steht bloß die Entscheidung zu, die Erlaubnis zu der vom Mieter unternommenen Untervermietung zu erteilen.⁴⁸ Zum anderen wird dem Vermieter durch die Untervermietung auch keine Rechtsposition entzogen, für deren Verlust ihm ein Ausgleich zu gewähren wäre⁴⁹. Der Untermietvertrag entfaltet ihm gegenüber nämlich keinerlei Wirkung. Es mangelt somit an der für eine analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbaren Interessenlage⁵⁰.

Hinweis: Die a.A. ist bei entsprechender Begründung vertretbar. Dann stellt sich jedoch die Frage, was M durch die Untervermietung „erlangt“ hat. Soweit diese Frage überhaupt diskutiert wird, wird unter anderem vertreten, dass der Anspruch auf jene Nutzungen beschränkt werden muss, die durch den Mietvertrag nicht abgegolten sind, um eine Überkompensation des Vermieters zu verhindern. Orientierungsmaßstab soll insofern die von § 553 Abs. 2 BGB normierte „angemessene Erhöhung der Miete“ sein⁵¹.

3. Ergebnis

V hat keinen Anspruch gegenüber M auf Herausgabe des Untermietzinses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog.

VII. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

V könnte einen Anspruch gegen M auf Herausgabe des Untermietzinses gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

1. Erlangt

M hat die Möglichkeit der unerlaubten Untervermietung der Wohnung als vermögenswerten Vorteil erhalten.

Hinweis: Das Eigentum und der Besitz am von U gezahlten Untermietzins hat M dagegen durch eine Leistung des U erlangt, sodass diesbezüglich eine vorrangige Leistungsbeziehung besteht, welche die Nichtleistungskondition ausschließt.

2. In sonstiger Weise

M müsste diese Möglichkeit auch in sonstiger Weise, d.h. nicht durch Leistung egal von wem, erlangt haben. V hat die Untervermietung nicht erlaubt, sodass M in sonstiger Weise bereichert ist.

3. Auf Kosten des V

M müsste zudem auf Kosten des V bereichert sein. Nach der herrschenden „Lehre vom Zuweisungs-

⁴⁸ BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 829; *Schrader*, JuS 2020, 773 (779); *Bühler*, JuS 2019, 104 (108).

⁴⁹ *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113.

⁵⁰ A.A. dagegen *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 50.

⁵¹ So *Diederichsen*, NJW 1964, 2296; für eine Herausgabe des gesamten Untermietzinses anscheinend *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 540 Rn. 50.

gehalt“ ist dies dann der Fall, wenn M die Möglichkeit der Untervermietung durch einen Eingriff in eine Rechtsposition erlangt hat, die von der Rechtsordnung dem V zugewiesen ist⁵². Die Untervermietung einer Sache ist allerdings, auch wenn sie unberechtigt geschieht, ein allein dem Mieter zugewiesenes Geschäft. Der Vermieter verliert hierdurch keine Verwertungs- oder Gebrauchsmöglichkeiten, derer er sich nicht bereits durch den Abschluss des Hauptmietvertrages entledigt hat⁵³. Er selbst ist nämlich nicht befugt, die Mietsache einer weiteren Person zu überlassen und hieraus einen Mietzins zu erzielen. Nur der Mieter disponiert über das Zustandekommen der Untervermietung und seiner konkreten Ausgestaltung⁵⁴. Durch die Untervermietung wird daher nicht in eine Rechtsposition eingegriffen, welche von der Rechtsordnung dem Vermieter zugewiesen ist⁵⁵. Zwar wird zum Teil geltend gemacht, dass jedenfalls die Erlaubnis zur Untervermietung eine dem Vermieter zustehende Rechtsposition sei, in die der unbefugt untervermietende Mieter eingreife⁵⁶. Hiergegen spricht jedoch, dass § 540 BGB – wonach dem Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung vorbehalten ist – dem Vermieter keinen Rest an Nutzungsmöglichkeit erhalten, sondern ihn nur davor schützen soll, dass Untermieter auf die Sache einwirken können⁵⁷. Zudem ist er bei seiner Entscheidung nach § 540 Abs. 1 S. 1 BGB wegen § 553 BGB nicht frei⁵⁸.

M hat dementsprechend nichts auf Kosten des V erlangt.

Hinweis: Die a.A. ist bei entsprechender Begründung vertretbar. Ausführungen in diesem Umfang sind von den Studierenden nicht unbedingt zu erwarten.

4. Ergebnis

V hat keinen Anspruch gegenüber dem M aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

VIII. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch des V gegenüber M aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des Untermietzinses besteht schon deshalb nicht, weil dieser kein nach § 249 BGB ersatzfähiger kausaler Schaden darstellt (siehe oben). Die Frage, ob in der unbefugten Untervermietung überhaupt eine Eigentumsverletzung des V zu erblicken ist, bedarf daher keine Beantwortung.

Aufgabe 3: Anspruch des V gegen U auf Schadensersatz für die beschädigte Zimmertür

I. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch des V gegenüber U auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB würde jeden-

⁵² Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, 5. Aufl. 2020, S. 55.

⁵³ BGH, Urt. v. 15.12.1995 – XII ZR 194/93 = NJW 1996, 838 (840).

⁵⁴ Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 830.

⁵⁵ Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB Vor § 535 Rn. 113; Bühler, JuS 2019, 104 (108); Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 309; im Ergebnis ebenfalls Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 24 Rn. 90.

⁵⁶ Gebauer, Jura 1998, 128 (131), demzufolge der Bereicherungsanspruch aber dann auf den „Preis“ zu beschränken ist, um den die Miete infolge der Erlaubnis des Vermieters erhöht worden wäre, § 553 Abs. 2 BGB.

⁵⁷ Schwab, in: MüKo BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 309; Schrader, JuS 2019, 773 (780).

⁵⁸ Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 830.

falls erfordern, dass U bei Erwerb des Besitzes weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis davon hatte, dass er gegenüber dem Eigentümer V kein Recht zum Besitz hat⁵⁹. U ging jedoch davon aus, dass seinem Vermieter M das Eigentum an der Tür zustehen würde. Eine grob fahrlässige Unkenntnis des U ist nicht ersichtlich, zumal M in dem Aushang davon sprach, dass er ein Zimmer seiner Wohnung zu vermieten hätte. Aus dem Aushang konnte daher nicht auf die fehlende Eigentümerstellung des M geschlossen werden. U war dementsprechend gutgläubig bezüglich seines Besitzrechtes gegenüber dem Eigentümer, sodass ein Anspruch des V aus §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB nicht besteht.

II. § 991 Abs. 2 BGB

V könnte allerdings ein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber U aufgrund der beschädigten Zimmertür gem. § 991 Abs. 2 BGB zustehen.

Hinweis: Mangels vertraglicher Beziehung zwischen V und U kommen vertragliche Schadensersatzansprüche nicht in Betracht. Zudem ist V auch nicht in den Schutzbereich des Mietvertrages zwischen M und U einbezogen. § 991 Abs. 2 BGB stellt nach h.M. eine eigenständige AGL dar⁶⁰. Nach a.A. besteht der Zweck des § 991 Abs. 2 BGB dagegen darin, die Sperrwirkung des EBV aufzuheben und die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB zu ermöglichen. Soweit die Studierenden dieser Ansicht folgen sollten, müssen die Voraussetzungen des § 991 Abs. 2 BGB daher bei der Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB thematisiert werden.

1. Vindikationslage im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses

Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des § 991 Abs. 2 BGB ist, dass zwischen V und U eine Vindikationslage im Zeitpunkt der Beschädigung der Tür bestanden hat.

a) Eigentum des V

V war Eigentümer des Zimmertür.

b) Besitz des U

U ist zum März 2024 in das Zimmer der Wohnung eingezogen und hat bei dem Einzug die Zimmertür beschädigt. Er war daher zu diesem Zeitpunkt Besitzer der Tür.

c) Recht zum Besitz

U dürfte gegenüber dem Eigentümer V auch nicht zum Besitz berechtigt gewesen sein, § 986 BGB. Zwischen U und V bestand kein Vertragsverhältnis, aus welchem sich ein Recht des U zum Besitz ergeben könnte. Möglicherweise könnte U aber ein abgeleitetes Besitzrecht gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zustehen. Der Untervermieter M, von dem U sein Recht zum Besitz ableitet und dem er

⁵⁹ Zur Kontroverse, welche Anforderungen an die Gutgläubigkeit bei § 990 Abs. 1 S. 1 BGB zu stellen sind vgl. Fevers, AcP 217 (2017), 34.

⁶⁰ Vgl. Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Fn.15; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 991 Rn. 24, m.w.N. auch zur Gegenfassung.

seinen Besitz mittelst, ist seinerseits aufgrund des Mietvertrages mit V zum Besitz an der Wohnung berechtigt, sodass die Voraussetzungen des § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB vorzuliegen scheinen. Eine mehrstufige Besitzrechtsableitung erfordert allerdings, dass die Zwischenperson zu der weiteren Besitzüberlassung auch befugt gewesen ist, wie man § 986 Abs. 1 S. 2 BGB entnehmen kann. Ist dies nicht der Fall, dann kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer verlangen. M war jedoch, wie bereits festgestellt, nicht befugt, das Zimmer an U unterzuvermieten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er ein Anspruch gegenüber V aus § 553 Abs. 1 BGB auf Erlaubniserteilung gehabt hat. Dieser gestattet es ihm nämlich gerade nicht, die Mietsache dem Dritten bereits vor der Erlaubniserteilung zu überlassen. Dementsprechend bestand kein abgeleitetes Besitzrecht des U gegenüber V nach § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB⁶¹.

d) „Dolo-agit Einwand“

Möglicherweise könnte U einem Herausgabeverlangen des V aus § 985 aber den sog. „dolo-agit-Einwand“ entgegenhalten⁶². Hiernach handelt rechtsmissbräuchlich, wer etwas herausverlangt, was er sofort wieder zurückgeben müsste. Diese Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 BGB, findet auch auf die Vindikation Anwendung und vermag diese auszuschließen⁶³. Das Bestehen eines solchen Einwands könnte sich im vorliegenden Fall daraus ergeben, dass U dem Vindikationsanspruch des V entgegenhalten kann, dass M, an V die Herausgabe zu verlangen hat (§ 986 Abs. 1 S. 2 BGB), ihm wiederum aufgrund des Untermietvertrages dazu verpflichtet ist, das Zimmer zu übergeben und zudem einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung aus § 553 Abs. 1 BGB hat. In dieser Konstellation könnte es daher rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn V mit Erfolg die Herausgabe an M aus § 985 BGB verlangen kann⁶⁴. So wird es beispielsweise als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn der Eigentümer und der Mieter den Hauptmietvertrag aufheben, um dem Eigentümer den Räumungsanspruch gegen den Untermieter zu verschaffen und sich dann aber darüber einig sind, dass der Hauptmieter nicht selbst räumen soll, da alsbald ein neuer Hauptmietvertrag abgeschlossen wird⁶⁵.

Gegen das Bestehen des sog. „dolo-agit Einwands“ im vorliegenden Fall spricht allerdings, dass der Eigentümer ein nachvollziehbares Interesse daran hat, dass die Sache wieder seinem Mieter als Vertragspartner übergeben wird, wenn dieser eine Erlaubnis zur Untervermietung noch nicht beantragt hat und diese daher ihm gegenüber unbefugt erfolgt. Hat sein Mieter ihm die Person des Dritten noch nicht namentlich benannt und über die berufliche oder sonstige Tätigkeit des Dritten keine Auskunft erteilt, erscheint es unangebracht, wenn er die Besitzüberlassung an den ihm unbekanntem Dritten und seine Einwirkung auf die Mietsache hinnehmen müsste, obwohl er nicht beurteilen kann, ob die Voraussetzungen des § 553 Abs. 1 BGB überhaupt vorliegen. Das Verhalten des Vermieters, bei einer solchen Pflichtverletzung seines Mieters die Herausgabe der Mietsache an diesen zu verlangen, erscheint vor diesem Hintergrund eher nicht treuwidrig, wofür auch der Umstand spricht, dass eine

⁶¹ LG Bonn, Urt. v. 20.8.2015 – 6 S 38/15 = BeckRS 2016, 19398.

⁶² „Dolo agit, qui petit quod statim redditurus est“; zum „dolo-agit Einwand“ allgemein *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 560 ff.

⁶³ *Stadler*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 15/1, 13. Aufl. 2016, § 985 Rn. 28; es ist unklar, ob die Einschränkung des § 985 BGB durch § 242 BGB als Besitzrecht nach § 986 BGB zu interpretieren ist (hierfür anscheinend BGH, Urt. v. 6.7.1990 – LwZR 5/88 = BeckRS 2009, 8919; BGH, Urt. v. 20.12.2001 – IX ZR 401/99 = NJW 2002, 1050 [1051]) oder eine hiervon zu unterscheidende Einwendung darstellt (so *Schanbacher*, in: NK-BGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2015, § 985 Rn. 37).

⁶⁴ So LG Bonn, Urt. v. 20.8.2015 – 6 S 38/15 = BeckRS 2016, 19398, jedoch ohne nähere Begründung.

⁶⁵ *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 985 Rn. 248.

formal unbefugte Untervermietung nach allgemeiner Ansicht ein berechtigtes Interesse zur Beendigung des Mietverhältnisses darstellen kann (siehe oben). Ist es dem Vermieter aber möglich, das Hauptmietverhältnis wegen der unbefugten Untervermietung zu kündigen, dann muss es ihm gleichsam möglich sein, die Herausgabe der Sache zu verlangen. Hierdurch werden die Interessen des Untermieters auch nicht in ungebührlicher Weise beeinträchtigt, denn dieser hat die Möglichkeit, seinen Vermieter auf Beantragung der Erlaubnis in Anspruch zu nehmen und Ersatz für einen ihm ggf. entstandenen Schaden zu fordern. Im Ergebnis ist daher das Bestehen des sog. „dolo-agit-Einwands“ abzulehnen, sodass eine Vindikationslage zwischen V und U im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestanden hat.

Hinweis: Eine a.A. erscheint ebenfalls gut vertretbar. Da dann das Bestehen einer Vindikationslage abzulehnen wäre, müsste man jedoch die umstrittene Frage diskutieren, ob § 991 Abs. 2 BGB analog auf den berechtigten Fremdbesitzer anzuwenden ist. Dies wird teilweise angenommen, um zu verhindern, dass dieser nicht schlechter als der unberechtigte Fremdbesitzer steht. Die h.M. lehnt eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB jedoch mit dem Argument ab, dass § 991 Abs. 2 BGB ein Haftungsprivileg ist, welches einen Ausgleich für den Sachverlust an den vertragsfremden Eigentümer schaffen will, weswegen es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt⁶⁶. Lehnt man eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB daher ab, müsste ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB geprüft werden. Die Haftungsprivilegierung zwischen M und U entfaltet hierbei zwar keine Wirkung gegenüber V⁶⁷. Es erscheint allerdings vertretbar, ein Verschulden des U unter dem Hinweis darauf abzulehnen, dass dieser aufgrund der Haftungsprivilegierung und seiner Gutgläubigkeit bezüglich der Eigentümerstellung des M davon ausgehen durfte, in dieser Weise mit der Sache verfahren zu dürfen, sodass es an einem schuldhaften Verhalten des U, welches zur Eigentumsverletzung geführt hat, fehlt. Andererseits ist es auch vertretbar, eine schuldhafte Eigentumsverletzung des U zu bejahen, wenn man annimmt, dass die Haftungsprivilegierung nicht den Umfang seines Gebrauchsrechtes an der Sache erweitern, sondern allein etwaige prinzipiell bestehende Schadensersatzansprüche ausschließen sollte.

Im Übrigen ist es schon entsprechend zu honorieren, wenn die Studierenden die Problematik des „dolo-agit-Einwands“ überhaupt erkannt haben. Derartig umfangreiche Ausführungen sind auch deswegen nicht unbedingt zu erwarten, weil der Anspruch aus § 991 Abs. 2 BGB jedenfalls am Haftungsmaßstab des U scheitert.

2. Gutgläubigkeit des U

U müsste auch bei dem Erwerb des Besitzes in gutem Glauben gewesen sein. Dies ist, wie bereits festgestellt wurde, der Fall. U hatte weder positive Kenntnis, noch grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung des M und daher von seinem fehlenden Recht zum Besitz gegenüber dem wahren Eigentümer V.

3. Schaden i.S.d. § 989 BGB

Der Eigentümer kann den im § 989 BGB bezeichneten Schaden ersetzt verlangen, daher den Schaden,

⁶⁶ Raff, in: MüKo BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 15; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 991 Rn. 25.1.

⁶⁷ Allgemein zu Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter Klein, JZ 1997, 390.

der dadurch versteht, dass die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde vom Besitzer nicht herausgegeben werden kann, nicht dagegen ein bloßer Vorenthaltungsschaden. Der Schaden, der durch die Beschädigung der Zimmertür entstanden ist, wird demzufolge von § 991 Abs. 2 BGB erfasst.

4. Haftungsumfang wie gegenüber dem mittelbaren Besitzer

Nach § 991 Abs. 2 BGB hat der Besitzmittler den Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Der Schadensersatzanspruch des Eigentümers reicht deshalb allein so weit, wie der Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler. Dies hat zur Konsequenz, dass Haftungsprivilegierungen des Besitzmittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer auch gegenüber dem Eigentümer Wirkung entfalten⁶⁸. Dies gilt sowohl für gesetzliche, als auch für vertragliche Haftungsmilderungen. Bezüglich Letzterer wirkt die vertragliche Vereinbarung zwar schlussendlich de facto zu Lasten des Eigentümers. Dies ordnet § 991 Abs. 2 BGB aber gerade so an⁶⁹. Zudem würden besondere Sorgfaltspflichten aus dem Besitzmittlungsverhältnis auch zugunsten des Eigentümers Wirkung entfalten⁷⁰.

M und U haben in dem Mietvertrag vereinbart, dass U nur „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ zu vertreten habe. Da es sich um eine individualvertragliche Haftungsprivilegierung handelt, bestehen keine Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit, wie unter anderem dem Umkehrschluss zu § 276 Abs. 3 BGB zu entnehmen ist. U hat bei seinem Einzug ein bisschen aufmerksam mit seinem Lattenrost gegen die hölzerne Zimmertür geschlagen und dadurch den Schaden hervorgerufen. Ein solches Agieren stellt noch kein grob fahrlässiges Verhalten dar, sodass U gegenüber M für den Schaden nicht verantwortlich ist. Nach § 991 Abs. 2 BGB hat U daher den Schaden ebenso gegenüber dem Eigentümer V nicht zu vertreten.

V hat dementsprechend keinen Anspruch auf Schadensersatz gegenüber U aufgrund der beschädigten Zimmertür aus § 991 Abs. 2 BGB.

III. § 823 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch des V gegenüber U aus § 823 Abs. 1 BGB ist durch die Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen.

⁶⁸ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 10; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 991 Rn. 18; Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 991 Rn. 37; Berger, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 991 Rn. 3.

⁶⁹ Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 991 Rn. 32; Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 10.

⁷⁰ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 991 Rn. 10.

Examensübungsklausur: Sonderprobleme des Eigentumsschutzes öffentlich-rechtlicher Ansprüche bei staatlicher Verantwortungsübernahme

Wiss. Mitarbeiter Moritz Rhades, Kiel, Vertretungsprofessor Dr. Stefan Martini, Frankfurt a.M.*

Sachverhalt

Zwischen 1958 und 1962 kamen weltweit etwa 10.000 Kinder von Müttern, die während der Schwangerschaft ein thalidomidhaltiges Schlaf- und Beruhigungsmittel (Contergan) des Pharmaunternehmens Blausenken-GmbH (B) eingenommen hatten, mit schweren Fehlbildungen ihrer Gliedmaßen und anderen Körperschäden zur Welt. Im Jahr 1970 verpflichtete sich die B im Wege eines Vergleichs zur Zahlung von 100 Millionen D-Mark an geschädigte Kinder, sofern diese und ihre Eltern auf alle Ansprüche gegen die B verzichteten. Der Vergleich gelangte tatsächlich nie zur Durchführung; die Betroffenen erhielten auf dieser Grundlage keine Zahlungen.

1972 trat das Gesetz über die Errichtung einer Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“ (StHG) in Kraft. Mit diesem Gesetz wurde eine Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet, die den Zweck hatte, Leistungen an contergangeschädigte Kinder im In- und Ausland zu erbringen. In diese Stiftung wurden anfangs 100 Millionen D-Mark aus Bundesmitteln und 100 Millionen D-Mark von der B eingezahlt. Gleichzeitig erloschen mit dem StHG alle Ansprüche von in Deutschland lebenden Thalidomidgeschädigten einschließlich derjenigen, die am oben genannten Vergleich beteiligt waren; im Ausland lebende Betroffene hatten nach dem Gesetz nur einen Leistungsanspruch, wenn sie zugleich auf ihre Ansprüche gegen B verzichteten. Auf die Entschädigung wurden Zahlungen von anderen „möglicherweise Verantwortlichen“ angerechnet. Die Entschädigungszahlungen wurden nicht auf sonstige Sozial- oder Unterhaltsleistungen angerechnet. Die von der B bereitgestellten Mittel wurden mit der Zeit immer mehr von staatlicher Seite bereitgestellten Geldern verdrängt. Nachdem die Mittel infolge regelmäßiger Leistungsauszahlung an die Betroffenen aufgebraucht waren, wurden die Stiftungsmittel seit 1997 vollständig aus Steuern finanziert.

Das Conterganstiftungsgesetz (ContStifG), das 2005 in Kraft trat, löste das StHG ab; die Stiftung wurde in „Conterganstiftung“ umbenannt. Danach stehen geschädigten Personen unter anderem eine einmalige Kapitalentschädigung und eine lebenslange sog. „Conterganrente“ zu. Die Höhe der jeweiligen Leistung richtet sich nach der Schwere des Körperschadens und den dadurch verursachten Körperfunktionsstörungen.

2013 trat das dritte Änderungsgesetz zum ContStifG in Kraft, das laut Gesetzesbegründung den steigenden Bedürfnissen einer alternden Leistungsempfängerschaft gerecht werden sollte. Das maximale Rentenniveau in § 13 ContStifG wurde dadurch auf das 6,3-Fache angehoben sowie ein zusätzlicher Anspruch auf jährliche Leistungen zur Deckung spezifischer Bedarfe geschaffen. Gleichzeitig wurde mit dem dritten Änderungsgesetz auch § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG eingeführt. Dieser sieht vor, dass auf Kapitalentschädigung und Conterganrente nun auch auf Thalidomid-Schäden zielende Zahlungen angerechnet werden müssen, die von anderen, insbesondere von ausländischen Staaten,

* Moritz Rhades ist Wiss. Mitarbeiter an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Dr. Stefan Martini vertritt die Entlastungsprofessur Öffentliches Recht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a.M.

geleistet werden. Die Anrechnung ist dabei in ihrer Höhe nicht auf den Betrag beschränkt, um den das Rentenniveau angehoben wird.

X ist irischer Staatsangehöriger und wegen der Conterganeinnahme seiner Mutter in Irland thalidomidgeschädigt. Er erhält als Leistung von der Conterganstiftung eine monatliche Conterganrente, die seit der Erhöhung mit dem dritten Änderungsgesetz 3.686 Euro beträgt. Außerdem erhält er nach einem irischen Contergan-Erschädigungsprogramm, mit dem der irische Staat beabsichtigt, die deutschen Zahlungen signifikant zu erweitern, eine monatliche Zahlung i.H.v. 1.109 Euro. Mit einem Bescheid aus Juli 2013 rechnete die Conterganstiftung nach § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG die Zahlung des irischen Staates auf die Conterganrente des X an. Das Vorgehen des X gegen den Bescheid vor den Fachgerichten blieb erfolglos. Das BVerfG hat das Revisionsverfahren ausgesetzt und dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG mit dem Grundgesetz vereinbar sei.

Das BVerfG führt in der Vorlagefrage aus, dass es die Norm für verfassungswidrig halte, da durch die Kürzung der Rentenansprüche im Einzelfall der grundrechtlich verbürgte Eigentumsschutz leerzulaufen drohte. Die Leistungsansprüche der Thalidomidgeschädigten beruhten auf ihrem Verzicht auf haftungsrechtliche Entschädigungen gegenüber der B. Spätestens seit Inkrafttreten des ContStifG vertrauten Betroffene außerdem auf den Erhalt von Sozialleistungen – immerhin habe der Staat die Haftungsverantwortung übernommen, als die privatrechtlichen Ansprüche der Betroffenen erloschen. Die Regelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG sei zumindest unverhältnismäßig. Der Vermeidung von Doppelleistungen diene die Vorschrift nicht. Zwischen dem Haftungshintergrund der deutschen Regelung und ausländischen Leistungen sozialer Funktion sei außerdem zu differenzieren. Insoweit werden entsprechende ausländische Rentenzahlungen entwertet. Einer verfassungskonformen Auslegung in dem Sinne, dass nur Zahlungen von der Anrechnungsregelung erfasst seien, die eine zivilrechtliche Haftung ersetzen, sei die Vorschrift angesichts des explizit weit gefassten Wortlauts nicht zugänglich. Ob im Ausland lebende Anspruchsberechtigte durch Leistungen Dritter tatsächlich besser gestellt wären, könne erst ein Gesamtvergleich aller (Sozial-)Leistungen im In- und Ausland zeigen. Da dieser im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgeführt wurde, entbehren die Annahmen einer Besserstellung der Anspruchsberechtigung durch Doppelleistung einer tragfähigen Tatsachengrundlage.

Während der mündlichen Verhandlung argumentieren Bevollmächtigte der Conterganstiftung, dass das BVerfG schon gar nicht der richtige Ansprechpartner sei, sondern der EuGH mit dem Verfahren befasst werden müsse – immerhin habe der Sachverhalt eine grenzüberschreitende Dimension. Substanziell würden Ansprüche aus dem ContStifG von vornherein nicht dem Eigentumsschutz des GG unterfallen. Zum einen hätten die Geschädigten einen Anspruch lediglich aufgrund der Bereitstellung entsprechender Mittel durch den Staat – es handele sich also lediglich um soziale Fürsorge. Selbst wenn man den freiwilligen Verzicht der Geschädigten bei einer entsprechenden Bewertung berücksichtige, müsse auch Beachtung finden, dass die B eine immer geringere Rolle bei der Finanzierung gespielt habe. Wenn überhaupt, dann sei ein Anspruch nur in gekürzter Form schutzwürdig, da nach § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG von vornherein eine Anspruchskürzung für Betroffene im Einzelfall vorgesehen sei. Das dritte Änderungsgesetz zum ContStifG habe gleichzeitig eine Erhöhung der Rentenansprüche und eine Anspruchskürzung vorgesehen. Der Gesetzgeber habe ersichtlich eine einheitliche Regulierung von Rentengewährung und Rentenkürzung beabsichtigt. Unabhängig davon müsse berücksichtigt werden, dass die Kürzung nur besondere Einzelfälle erfasse und darüber hinaus in jedem Falle der Vermeidung ungerechtfertigter Doppelleistungen diene. Außerdem sei das BVerfG auf die den Eigentumsschutz betreffende Vorlagefrage beschränkt und dürfe die unterschiedliche Behandlung derjenigen Anspruchsberechtigten, die Leistungen Dritter, vor allem ausländischer Staaten, empfangen, nicht einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterziehen.

Fallfrage

Hat die Vorlage Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie auf alle aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen ein. Sozialrechtliche Besonderheiten sind nicht in die Prüfung einzubeziehen und werden nicht vorausgesetzt. Über die hier genannten Normen hinaus sind keine unionssekundärrechtlichen oder völkerrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen.

Relevante Vorschriften

§ 12 ContStifG

(1) Leistungen wegen Fehlbildungen, die mit der Einnahme der thalidomidhaltigen Präparate der Blausenken-GmbH durch die Mutter während der Schwangerschaft in Verbindung gebracht werden können, werden an die Leistungsberechtigten gewährt, die bei Inkrafttreten des Errichtungsgesetzes lebten.

[...]

§ 13 ContStifG

(1) Den in § 12 genannten leistungsberechtigten Personen stehen als Leistungen zu:

1. eine einmalige Kapitalentschädigung,
2. eine lebenslängliche Conterganrente [...]
3. jährliche Leistungen zur Deckung spezifischer Bedarfe

[...]

Die jährlichen Leistungen zur Deckung spezifischer Bedarfe [...] und die jährlichen Sonderzahlungen werden nur geleistet, soweit dafür Mittel [...] im Stiftungsvermögen vorhanden sind.

[...]

(2) Die Höhe der in Absatz 1 genannten Leistungen richtet sich nach der Schwere des Körperschadens und der hierdurch hervorgerufenen Körperfunktionsstörungen

[...]

(5) Die Ansprüche auf die in Absatz 1 genannten Leistungen können nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden.

[...]

§ 15 ContStifG

(1) Haben die leistungsberechtigte Person oder ihre gesetzlichen Vertreter ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes, so erhalten sie Leistungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes nur dann, wenn sie vorher schriftlich erklären, dass sie auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen die Blausenken-GmbH, deren Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer und Angestellte, die auf die Einnahme thalidomidhaltiger Präparate zurückgeführt werden, unwiderruflich verzichten.

(2) Auf Leistungen nach diesem Gesetz werden Zahlungen angerechnet, die wegen der Einnahme thalidomidhaltiger Präparate bereits von anderen möglicherweise Verantwortlichen geleistet worden sind. Auf die Kapitalentschädigung und die Conterganrente werden Zahlungen ange-

rechnet, die wegen der Einnahme thalidomidhaltiger Präparate von anderen, insbesondere von ausländischen Staaten, geleistet werden.

Artikel 1 Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG v. 25.7.1985 (Abl. EG L 210 v. 7.8.1985)

Der Hersteller eines Produkts haftet für den Schaden, der durch einen Fehler dieses Produkts verursacht worden ist.

[...]

Artikel 17 Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG

Diese Richtlinie ist nicht auf Produkte anwendbar, die in den Verkehr gebracht wurden, bevor die [Umsetzungs-]Vorschriften in Kraft getreten sind. [spätestens drei Jahre nach Bekanntgabe, Art. 19 Abs. 1]

[...]

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	280
I. Zuständigkeit des BVerfG	281
II. Vorlageberechtigung	281
III. Vorlagegegenstand	281
IV. Vorlagegrund	281
1. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit.....	281
2. Entscheidungserheblichkeit	281
V. Form	282
VI. Vorrangigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV?	283
VII. Zwischenergebnis	284
B. Begründetheit	284
I. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG mit Art. 14 Abs. 1 GG	284
1. Schutzbereich: Eigentum	284
a) Conterganrentenanspruch.....	285
aa) Privatnützigkeit der Conterganrente	285
bb) Eigenleistung.....	285
cc) Nicht unerheblich?.....	286
dd) Existenzsicherung	287
ee) Beschränkung des Schutzzumfangs des Eigentumsschutzes auf Mindest- oder Kernbestand?.....	287
ff) Zwischenergebnis	287
b) Reichweite des Eigentumsschutzes infolge „gemischter Umgestaltung“	287
c) Zwischenergebnis.....	288

2. Eingriff.....	289
a) Enteignung.....	289
b) Inhalts- und Schrankenbestimmung.....	289
c) Zwischenergebnis.....	290
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	290
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	290
b) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	291
aa) Legitimer Zweck.....	291
bb) Eignung.....	292
cc) Erforderlichkeit.....	292
dd) Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	293
(1) Abstrakte Gewichtung der (konkreten) Schutzgüter.....	293
(2) Abwägung.....	294
(3) Zwischenergebnis.....	296
4. Zwischenergebnis.....	296
II. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 2 S. 2 ContStiftG mit Art. 3 Abs. 1 GG.....	296
1. Ungleichbehandlung.....	296
2. Rechtfertigung.....	298
III. Zwischenergebnis.....	299
C. Ergebnis.....	299

Hinweis: Diese Klausur betrifft mit der Kürzung öffentlich-rechtlich gewährter Sozialleistungen eine Sonderproblematik der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsfreiheit. Da erfahrungsgemäß allgemeine Unsicherheiten bei der grundrechtlichen Prüfung von Art. 14 GG (und auch Art. 3 Abs. 1 GG) bestehen, handelt es sich um eine Klausur von hohem Schwierigkeitsgrad. Herausforderungen bestehen überdies bei der Verarbeitung von breitem Sachverhalts- und Normenmaterial, der Verortung einer begrenzten unionsrechtlichen Frage und der – ebenfalls knappen – Verarbeitung im Sachverhalt angedeuteter formeller verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte. Diese Musterlösung orientiert sich an der kürzlich vom BVerfG entschiedenen Vorlage (1 BvL 6/21); vertretbare alternative Lösungswege und Aufbauentscheidungen sind allerdings ebenfalls akzeptabel. Eine Vereinbarkeit mit dem GG liegt jedoch anhand der Informationen des Sachverhalts und der Regelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG nahe.

Die Vorlage hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Vorlage muss die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 Abs. 1 BVerfGG für die Entscheidung über Vorlagen zur konkreten Normenkontrolle zuständig.

II. Vorlageberechtigung

Gem. Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 1 BVerfGG sind Gerichte vorlageberechtigt. Gerichte sind Spruchkörper, die sachlich unabhängig, in einem formell gültigen Gesetz mit den Aufgaben eines Gerichts betraut und als Gericht bezeichnet sind.¹ Diese Voraussetzungen erfüllen alle Fachgerichte von Bund und Ländern und damit auch das Bundesverwaltungsgericht (siehe auch Art. 95, 97 GG, §§ 1, 10 VwGO).

III. Vorlagegegenstand

Zum Gegenstand konkreter Normenkontrolle können Gerichte gem. Art. 100 Abs. 1 GG ein „Gesetz“ machen. Dieser Rechtsbegriff erfasst lediglich durch ein formelles Gesetzgebungsverfahren erlassene, nachkonstitutionelle Gesetze.² Der vom BVerwG vorgelegte § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist durch ein nachkonstitutionelles, (bundes)parlamentarisch beschlossenes und in Kraft getretenes Änderungsgesetz zustande gekommen und damit ein „Gesetz“ i.S.v. Art. 100 Abs. 1 GG, d.h. ein tauglicher Vorlagegegenstand.

IV. Vorlagegrund

Die Vorlage des BVerwG muss von einem zulässigen Vorlagegrund gestützt sein – § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG muss vom BVerwG für verfassungswidrig gehalten werden und entscheidungserheblich sein, Art. 100 Abs. 1 GG.

1. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG muss das vorlegende Gericht das vorgelegte Gesetz „für verfassungswidrig“ halten, d.h. es muss von der Verfassungswidrigkeit des Vorlagegegenstandes überzeugt sein. Bloße Zweifel genügen nicht. Die vorgelegte Rechtsnorm darf daher auch keiner (naheliegenden) verfassungskonformen Auslegung zugänglich sein.³ Das BVerwG (selbst) hält § 15 Abs. 2 S. 2 ConStifG für verfassungswidrig und hat auch eine verfassungskonforme Auslegung zumindest in Betracht gezogen und ernsthaft geprüft. Es ist somit hinreichend von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Rechtsnorm überzeugt.

2. Entscheidungserheblichkeit

Die vorgelegte Rechtsnorm muss entscheidungserheblich sein, d.h. ein „Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt“ (siehe Art. 100 Abs. 1 GG). Es ist danach zu fragen, ob sich die (hypothetische) Ungültigkeit des Gesetzes auf das (hypothetische) Ergebnis auswirkt.⁴

¹ Geis/Schmidt, JuS 2012, 121 (124).

² Dederer, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 100 Rn. 84 ff.

³ Siehe nur BVerfGE 85, 329 (333 f.); 138, 64 (94); Lechner/Zuck, in: Lechner/Zuck, BVerfGG, Kommentar, § 80 Rn. 40.

⁴ Geis/Schmidt, JuS 2012, 121 (125).

X ist Berechtigter i.S.v. § 12 Abs. 1 ContStifG und der irischen Entschädigungsregelung – die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG liegen für ihn mithin vor, sodass bei angenommener Verfassungswidrigkeit der Norm die Revision erfolgreich wäre: X hätte Anspruch auf die volle Contergarrente. Es kommt also auf die Gültigkeit des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG bei der Entscheidung des BVerwG an; die vorgelegte Rechtsnorm ist entscheidungserheblich.

V. Form

Die Vorlage muss schriftlich erfolgen und mit hinreichend eingehender Begründung versehen sein (§ 23 Abs. 1 S. 1, 2 BVerfGG i.V.m. § 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, zur Entscheidungserheblichkeit und zur Vereinbarkeit mit übergeordneter Rechtsnorm). Von einer Begründung zur Entscheidungserheblichkeit von § 15 Abs. 2 S. 2 BVerfGG ist auszugehen. Die Begründungsanforderungen zum Verstoß mit höherrangigem Recht sind erfüllt, soweit das Vorlagegericht einen Verfassungsverstoß belegt.⁵ Dem hat das BVerwG hier mit Blick auf Verstoß der vorgelegten Vorschrift mit Art. 14 Abs. 1 GG Genüge getan.⁶

Zwar schränkt das BVerfGG ein, dass Normen nur insofern der Kontrolle an Grundrechten unterzogen werden, „als die Beteiligten des Ausgangsverfahrens hiervon betroffen sind und eine Grundrechtsverletzung in Betracht kommt“⁷. Gleichwohl ist das BVerfGG bei der Prüfung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG nicht an die Beschränkung des Entscheidungsmaßstabs durch das Vorlagegericht gebunden. Das BVerfGG prüft die vorgelegte Norm, sofern die Vorlage zulässig ist, unter allen in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.⁸ Dafür spricht bereits die objektive Natur des Normenkontrollverfahrens.⁹ Demnach erfüllt die Vorlage die Begründungsanforderungen für einen Verfassungsverstoß mit Art. 14 Abs. 1 GG; zugleich ist das BVerfGG befugt, darüber hinaus einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG (und ggf. andere Verfassungsnormen) zu prüfen. X kann sowohl von Art. 14 Abs. 1 GG als auch von Art. 3 Abs. 1 GG betroffen sein.

Hinweis: Diese ausdrücklich im Sachverhalt aufgeworfene Rechtsfrage kann auch unter dem vorgezogenen Punkt des Entscheidungsmaßstabs zu Beginn der Begründetheit oder als Vorfrage der gleichheitsrechtlichen Prüfung angesprochen werden.

⁵ BVerfGE 150, 345 (365 f.).

⁶ Zum anspruchsvollen Maßstab in der Praxis (der in einer universitären Prüfung nicht nachgebildet werden kann), siehe z.B. BVerfGE 131, 88 (118): „Der Vorlagebeschluss muss den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab angeben, die naheliegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte erörtern, sich eingehend sowohl mit der einfachrechtlichen als auch mit der verfassungsrechtlichen Rechtslage auseinandersetzen, dabei die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen berücksichtigen und insbesondere auf die maßgebliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingehen [...]. Zur gebotenen Auseinandersetzung mit dem Inhalt der vorgelegten Norm gehört die Erörterung der in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassungen zu den denkbaren Auslegungsmöglichkeiten [...]. Sofern die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nahe liegt, muss das vorlegende Gericht diese Möglichkeit prüfen und vertretbar begründen, weshalb eine verfassungskonforme Auslegung ausgeschlossen ist.“

⁷ BVerfGE 145, 106 (140 Rn. 95); kritisch zu dieser Subjektivierung der Normenkontrolle *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 402.

⁸ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 141, 1 (14 f.).

⁹ *Ulsamer/Müller-Terpitz*, in: *Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 50. Lfg., Stand: Januar 2017, § 81 Rn. 9.

VI. Vorrangigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV?

Das Normenkontrollverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG könnte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts verdrängt werden, wenn ein Vorrang des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV besteht¹⁰ bzw. die rechtliche Frage durch keine Spielräume belassendes Unionsrecht determiniert ist. Beides kann freilich dahinstehen, wenn ohnehin schon keine klärungsbedürftige unionsrechtliche Frage vorliegt.¹¹

In Betracht käme, eine Grundfreiheit in den Mittelpunkt der Überlegung zu stellen und ausgehend von ihrer Betroffenheit eine Diskriminierung anhand der Staatsangehörigkeit zu prüfen. Allerdings ist keine unionsrechtliche Grundfreiheit ersichtlich, die durch das ContStifG im Allgemeinen und § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG im Besonderen beeinträchtigt werden könnte: Selbst wenn man die grenzüberschreitende Nutzung des Medikaments oder den grenzüberschreitenden Zahlungsempfang in das Zentrum der Überlegung stellte, erfordert eine Beschränkung der Zahlungsverkehrsfreiheit i.S.d. Art. 63 Abs. 2 AEUV solche hoheitlichen Maßnahmen, die den Kapitalfluss bzw. den Zahlungsverkehr horizontal zwischen Privaten einschränkt. Der Zweck des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes liegt vornehmlich in der durch grenzüberschreitende Investitionen verwirklichten Marktfreiheit und der Schaffung eines „Europäischen Finanzraums“.¹² Die Kürzung von grenzüberschreitenden staatlichen Leistungen sozialer Natur fällt demnach schon unter teleologischer Betrachtungsweise nicht in den Anwendungs- bzw. Schutzbereich der Art. 63 ff. AEUV. Wollte man dennoch einen denkbar weiten Schutzbereich des Art. 63 Abs. 2 AEUV zugrunde legen, spricht gegen die Anwendbarkeit im konkreten Fall, dass die Zahlungsverkehrsfreiheit nur Zahlungsmittel erfasst, die eine Gegenleistungspflicht erfüllen sollen.¹³ Im Übrigen hat X auch – zumindest nach den verfügbaren Sachverhaltsinformationen – in Bezug auf die vorliegende Rechtsfrage keinen Gebrauch von seiner unionsrechtlich garantierten Freizügigkeit gemacht (siehe Art. 21 Abs. 1 AEUV). Weitere Grundfreiheiten kommen nicht in Betracht.¹⁴ Auch scheidet Art. 21 Abs. 2 S. 2 GRCh in Ermangelung der „Durchführung des Rechts der Union“ i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh (siehe Ausführungen oben) und der damit vorausgesetzten unionsrechtlichen Determinierung der in Rede stehenden Sachmaterie schon hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs aus.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV erfordert in sachlicher Hinsicht, dass der „Anwendungsbereich“ der Verträge eröffnet ist, also ein Sachverhalt mit Unionsbezug vorliegt.¹⁵ Im hiesigen Fall könnte allenfalls die Produkthaftungsrichtlinie den Unionsbezug realisieren. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Richtlinie überhaupt Ansprüche gegen den Staat umfasst; eine Anwendung der Richtlinie scheidet jedoch am zeitlichen Anwendungsbereich des Art. 17 der Produkt-

¹⁰ Dazu BVerfGE 167, 163 (190).

¹¹ Selbst bei Vorliegen einer klärungsbedürftigen Frage verfügen vorlageberechtigte Gerichte (hier BVerwG wegen Art. 100 Abs. 1 GG und Art. 267 Abs. 3 AEUV sogar vorlageverpflichtet) nach der Rechtsprechung des BVerfG über Ermessen, welchem Gericht sie zuerst vorlegen (BVerfGE 116, 202 [214 f.]). Zudem kann im Rahmen der Recht-auf-Vergessen-Rechtsprechung des BVerfG zumindest in Fragen, die die GRC betreffen, eine bundesverfassungsgerichtliche Spruchkompetenz auch in unionsrechtlich determinierten Materien bestehen.

¹² Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 63 Rn. 1.

¹³ Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 63 Rn. 24; Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2021, 407 (412).

¹⁴ Der Erwerb des Medikaments und die ärztliche Behandlung erfolgte wohl nicht grenzüberschreitend (dafür sind zumindest keine Anhaltspunkte im Sachverhalt ersichtlich). Dass das Medikament selbst als Ware eine Grenze überschritten hat (Warenverkehrsfreiheit), ist für einen unionsrechtlichen Bezug zu mittelbar (im Übrigen unsicher, ob Medikament vor dem Beitritt Irlands, 1973, zur Europäischen Gemeinschaft nach Irland eingeführt wurde).

¹⁵ Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 18 Rn. 19.

haftungsrichtlinie 85/374/EWG, wonach die Richtlinie nicht auf Produkte Anwendung findet, die vor ihrer Umsetzung in den Verkehr gebracht wurden, was auf Thalidomid zutrifft.

Somit kann die Vorrangigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens dahinstehen; es besteht jedenfalls keine unionsrechtliche Fragestellung.

Hinweis: Die Frage des Einflusses des Unionsrechts kann auch unter dem Punkt „Entscheidungs-erheblichkeit“ geprüft werden. Eine Norm, die aufgrund Unionsrechtsverstoßes unanwendbar ist, muss nicht (mehr zusätzlich) durch das BVerfG auf seine Gültigkeit hin geprüft werden¹⁶. Bei entsprechenden Zweifeln kann das Vorlagegericht eine Vorabentscheidung gem. Art. 267 AEUV in Betracht ziehen. Die Parallelität beider Vorlageverfahren (jedenfalls nach der Rspr. des BVerfG) ist kein Standardwissen. Erwartet werden kann jedoch eine Prüfung, ob Unionsrecht überhaupt anwendbar ist.

VII. Zwischenergebnis

Die Vorlage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Vorlage des BVerwG ist begründet, wenn § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG unvereinbar mit dem GG ist; der Prüfungsmaßstab beschränkt sich dabei nicht nur auf die im Antrag vorgebrachten Unvereinbarkeitsgründe (siehe oben A. IV. 1.).¹⁷ Neben der Eigentumsfreiheit kommt somit auch ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht.

Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG sollte zuerst geprüft werden („Freiheitsrechte vor Gleichheitsrechten“). Die im Sachverhalt vorgetragenen Argumente zielen im Schwerpunkt auf eigentumsbezogene Rechtsfragen, sodass es sich auch klausurtaktisch anbietet, mit Art. 14 Abs. 1 GG zu starten.

I. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG mit Art. 14 Abs. 1 GG

Zu prüfen ist die Vereinbarkeit von § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG mit Art. 14 Abs. 1 GG; fraglich ist, ob die einfachgesetzliche Rechtsnorm einen verfassungsrechtlich (nicht) gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit darstellt.

1. Schutzbereich: Eigentum

Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit müsste in persönlicher wie sachlicher Hinsicht eröffnet sein. Der grundrechtliche Eigentumsschutz ist als *personell* nicht beschränktes Grundrecht („[d]as Eigentum“) auch auf ausländische Staatsangehörige – wie in diesem Fall der irische Staatsangehörige X – zu erstrecken. Eine Einschränkung der *räumlichen* Anwendbarkeit der Eigentumsfreiheit ergibt sich auch nicht infolge der extraterritorialen Sachverhaltselemente: Die Gewährung der in Rede stehenden Leistungen erfolgt mit einem genuinen und unmittelbaren Bezug zur deutschen

¹⁶ *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 100 Rn. 20.

¹⁷ *Geis/Schmidt*, JuS 2012, 121 (125); *Dederer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 100 Rn. 217.

Hoheitsgewalt und in Deutschland.¹⁸ Insofern ist es irrelevant, ob der Empfang der Leistung im Ausland stattfindet.

a) Conterganrentenanspruch

Hier ist fraglich, ob der Anspruch auf Conterganrente aus § 13 Abs. 1 ContStifG, der mit der Anrechnungsregelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG im Einzelfall gekürzt zu werden droht, in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fällt, der das Eigentum gewährleistet. Beim Eigentum gem. Art. 14 Abs. 1 GG handelt es sich um die Summe aller vermögenswerten Rechtspositionen, die einer Person im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts durch die Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben darf.¹⁹ Eigentum in diesem verfassungsrechtlichen Sinne geht über das Eigentumsverständnis des einfachen Rechts, insbesondere des Zivilrechts hinaus.²⁰ Erfasst sind so im Grundsatz auch vermögenswerte subjektiv-öffentliche Rechte, wenn sie eigentumsäquivalent sind.²¹ Dementsprechend fallen nach st. Rspr. des BVerfG auch öffentlich-rechtliche Anwartschaften und Ansprüche (etwa auf Sozialversicherungsbeiträge) in den Geltungsbereich des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, sofern sie auf einer „nicht unerheblichen“ Eigenleistung beruhen und der Existenzsicherung dienen, mithin „so stark [sind], dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde“^{22, 23} Demgegenüber unterfallen Ansprüche auf Sozialleistungen, die ausschließlich durch den Staat gesetzlich im Rahmen seiner Fürsorgepflicht (etwa aufgrund von Bedürftigkeit²⁴) ermöglicht werden, nicht dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.²⁵

aa) Privatnützigkeit der Conterganrente

Beim Anspruch auf Conterganrente gem. §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 ContStifG handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Leistung. Die Leistungsberechtigten entnehmen der Anspruchsgrundlage einen gebundenen, konkreten Anspruch auf Rente und können (wenn auch in begrenztem Umfang, etwa Pfändungsfestigkeit und Übertragungsverbot, § 13 Abs. 5 S. 1 ContStifG) wenigstens nach Auszahlung über die Rente frei verfügen. Eine zivilrechtlichen Ansprüchen vergleichbare Privatnützigkeit ist damit gegeben.

bb) Eigenleistung

Der Conterganrenten-Anspruch muss auf einer Eigenleistung der Leistungsberechtigten beruhen. Klassische Beispiele wären Ansprüche auf (beitragsfinanzierte) Sozialversicherungen, da die Eigen-

¹⁸ Nach der neueren Rechtsprechung stünde im Übrigen fest, dass die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG grundsätzlich auch jenseits deutscher Staatsgrenzen gelten, BVerfGE 154, 152 (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung).

¹⁹ So ähnlich Axer, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 14 Rn. 43; BVerfGE 167, 163 (196), unter Betonung der Privatnützigkeit.

²⁰ Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 14 Rn. 160 ff.

²¹ Axer, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 14 Rn. 56.

²² BVerfG NJW 2017, 217 (223).

²³ BVerfG NJW 2005, 2213; jetzt auch BVerfGE 167, 163 (196 f.); kritisch zum Merkmal der „dem Privateigentum vergleichbaren Stärke“ Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 14 Rn. 237 ff.

²⁴ Fehling/Faust, JuS 2006, 18 (19).

²⁵ BVerfGE 167, 163 (197); Wendt, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 33.

leistung dort zu einem vermögenswerten Verzicht führt, der sich nach dem sozialstaatlichen sowie dem privatnützigen Grundgedanken des Eigentumsschutzes in einen dem Eigentumsschutz unterfallenden Anspruch transformiert.

Im vorliegenden Fall erloschen die zivilrechtlichen Haftungsansprüche der betroffenen Thalidomidgeschädigten – entweder ipso iure mit Inkrafttreten des StHG oder aufgrund des Verzichts durch ausländische Betroffene. Etwaige Ansprüche gegen die B wurden wirtschaftlich durch die Zahlung i.H.v. 100 Millionen DM an die Stiftung substituiert. Infolge des Verzichts und durch die Leistung der B wurden die ursprünglichen Ansprüche in die sozialrechtliche Position des StHG überführt, die ihre Fortsetzung in § 13 ConStifG findet. Der ursprüngliche deliktsrechtliche Haftungsanspruch gegen die B war selbst von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.²⁶ Die darauffolgende Umformung ist als Fortsetzung dieser haftungsrechtlichen Position demnach als solche bereits von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.²⁷ Insoweit verkörpert die Umformung der ursprünglichen Haftungsansprüche und ihre Überführung in Ansprüche gegen die eigens zu diesem Zweck errichtete Stiftung den Erhalt der Substanz des (ursprünglich privatrechtlichen) Wertanspruchs.²⁸

Unschädlich ist, dass der Betrag von der B geleistet wurde (und nicht von den geschädigten Menschen selbst). Die Zahlung der B ist so wirtschaftlich an die Stelle der Ansprüche der Geschädigten getreten:

„Beiträge Dritter, die dem Sozialleistungsträger zu Gunsten des Leistungsberechtigten zugeflossen sind, sind den eigentumsrelevanten Eigenleistungen des Leistungsberechtigten zuzurechnen.“²⁹

Der Anspruch aus § 13 Abs. 1 ConStifG beruht mithin auf Eigenleistung.

cc) Nicht unerheblich?

Fraglich ist, ob diese Eigenleistung „nicht unerheblich“ ist: Immerhin sind die durch B geleisteten 100 Millionen DM seit Inkrafttreten des StHG als Kapitalausstattung immer mehr von staatlichen Beiträgen verdrängt worden, sodass der Eigenleistungs-Anteil immer weiter in den Hintergrund getreten sein könnte. Allerdings war die ursprüngliche Leistung der B die unbedingte Voraussetzung für das Inkrafttreten des Gesetzes.³⁰

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem mittlerweile veränderten Verhältnis von „erbrachter Eigenleistung“ und staatlicher Gewährung infolge diverser Niveau-Anpassungen: Übernimmt der Staat Verantwortung und beruht die Übernahme ursprünglich (auch) auf Eigenleistung, setzt sich der verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsschutz beim Staate fort.³¹ Die Anpassung des Niveaus

²⁶ BVerfGE 112, 93 (107 f.); der Schutzzumfang erstreckt sich auch auf zivilrechtliche Ansprüche aus Vergleichsverträgen, siehe BVerfG, NJW 2010, 1943 (1945); siehe auch BVerfGE 42, 263 (293): „schuldrechtliche Ansprüche [...], die den Charakter eines Äquivalents für Einbußen an Lebenstüchtigkeit besitzen“.

²⁷ BVerfG, NJW 2010, 1943 (1945); BVerfGE 42, 263 (303).

²⁸ BVerfG, NJW 2010, 1943 (1945).

²⁹ BVerfGE 167, 163 (200). In der staatlichen Übernahme der Leistungen liegt gleichzeitig auch die Übernahme der Verantwortung – insofern hätte die Diskussion, ob der (ab 1997 vollständige) staatliche Anteil an der Leistung etwas an der Bewertung ändert (siehe sogleich) auch hier geführt werden können.

³⁰ BVerfGE 167, 163 (201): „materielle Basis“ (ursprünglich $\frac{2}{3}$ der Leistungen).

³¹ BVerfGE 167, 163 (202). Siehe auch BVerfGE 69, 272 (301): „Der Annahme einer nicht unerheblichen Eigenleistung steht es nicht entgegen, wenn die Rechtsposition auch oder überwiegend auf staatlicher Gewährung beruht; dies schließt den Eigentumsschutz ebenso wenig von vornherein aus wie bei Sachgütern, die mit Hilfe von Subventionen oder Steuererleichterungen erworben wurden. Der Umfang der Eigenleistung ist vor

und der Ausgleich der Inflation sind letztlich Ausdruck dieser staatlich übernommenen, auch in die Zukunft reichenden Verantwortung, die sich an „natürliche“ Schwankungen innerhalb einer Volkswirtschaft anpassen muss. Sie spiegeln gerade nicht etwa die oben erwähnte Fürsorgepflicht, die einzig aufgrund vorhandener Bedürftigkeit gewährt wird, wider. Der Anteil der Eigenleistung ist also auch nicht unerheblich.

dd) Existenzsicherung

Der Conterganrentenanspruch dient auch der Existenzsicherung. Für Betroffene ist die Conterganrente zur freien Lebensgestaltung unter den durch sie erlebten besonderen Herausforderungen von essentieller Bedeutung.³²

ee) Beschränkung des Schutzzumfangs des Eigentumsschutzes auf Mindest- oder Kernbestand?

Soweit der größere Anteil der Leistung auf staatlicher Gewährung beruht, könnte sich der Gewährleistungsumfang des Eigentums auf die Eigenleistung bzw. einen Kernbestand beschränken. Das Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG differenziert jedoch nicht zwischen verschiedenen Eigentumspositionen. Der Eigentumsschutz bezieht sich, sofern in den Schutzbereich einbezogen, vollständig auf sozialrechtliche Positionen.³³ Entsprechende unklare Äußerungen in der Rechtsprechung des BVerfG können auch als Abwägungsgesichtspunkt in der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ohne Auswirkung auf den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Schutzzumfang verstanden werden.

Hinweis: Diese (kurze) Diskussion kann von den Bearbeiter:innen nicht erwartet werden, wird hier aber aus Gründen der Information und Vollständigkeit wiedergegeben.

ff) Zwischenergebnis

Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen erfasst somit auch den Rentenanspruch aus § 13 Abs. 1 S. 1 ContStifG.³⁴

b) Reichweite des Eigentumsschutzes infolge „gemischter Umgestaltung“

Hinweis: Das Problem der „gemischten Umgestaltung“ könnte auch unten beim Eingriff geprüft werden.

Fraglich ist, ob angesichts der letzten Gesetzesänderung in Gestalt einer sog. „gemischten Umgestaltung“ der verfassungsrechtliche Schutzzumfang des Conterganrentenanspruchs anders zu bewerten ist. Eine gemischte Umgestaltung liegt vor, wenn dieselbe Maßnahme des Gesetzgebers eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition einerseits erweitert (Zuteilungsakt), andererseits ein-

_____ allem für die weitere Frage wesentlich, inwieweit der Gesetzgeber Inhalt und Schranken einer unter die Eigentumsgarantie fallenden Position regeln kann.“

³² BVerfGE 167, 163 (203).

³³ Eine andere Bewertung kann sich nur ergeben, wenn man den Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen nicht anerkennt und somit auch die dem Gesetzgeber eingeräumten Ermessensspielräume nicht vollständig berücksichtigen will, so geschehen in BVerfGE 42, 263. Der Schutz sozialrechtlicher Positionen ist indes mittlerweile unter den o.g. Voraussetzungen vollständig anerkannt, siehe BVerfGE 167, 163 (203).

³⁴ Für den Rentenanspruch aus dem ursprünglichen Stiftungsgesetz (Gesetz über die Errichtung einer Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“, StHG) bereits BVerfG, NJW 2010, 1943 (1945).

schränkt (Entziehungsakt). Die Reichweite des Schutzes bestimmt sich dann nach dem Verhältnis von Zuteilungs- und Entziehungsakt: Maßgeblich ist, ob der Zuteilungsakt eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte erweiterte Rechtsposition schafft, in den der Entziehungsakt eingreift, oder ob eine einheitliche bzw. „gleichzeitige“ Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) getroffen wird, gemäß derer die Zuteilung *von vornherein* im Umfang des Entziehungsaktes begrenzt wird. Ausgangspunkt ist dabei die vom Gesetzgeber vorgesehene und erkennbare Gesamtkonzeption (Stichwort: „Art. 14 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht“). Eine gemischte Umgestaltung stellt eine einheitliche Inhalts- und Schrankenbestimmung dar, wenn Entziehungs- und Zuteilungsakt nach gesetzgeberischem Ausgestaltungswillen untrennbar zusammengehören, also jedenfalls einer der beiden Akte mit dem anderen „stehen und fallen“ soll.

Sowohl die Erhöhung des Anspruchs aus § 13 Abs. 1 S. 1 ContStifG als auch die Anrechnungsregelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG fielen im 3. Änderungsgesetz zusammen, sodass man eine einheitliche Inhalts- und Schrankenbestimmung annehmen könnte, der Konnex von *Anspruchsgewährung* und *Anspruchskürzung* im gleichen Gesetzänderungsverfahren also zu einer einheitlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung (ISB) führen würde. Eine solche einheitlich zusammengefasste ISB würde in entsprechendem Umfang aus dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG herausfallen, da die *Anspruchskürzung* der Regelung (des Rentenanspruchs) von vornherein immanent wäre (das Moment der Inhaltsbestimmung überwöge). Allerdings:

„[D]ie Aufstockung des Rentenanspruchs und die Anrechnungsvorschrift bedingen einander nicht in einer solche Weise, dass die vom Gesetzgeber verfolgte Gesamtlösung schon rechtstechnisch mit beiden Tatbeständen stehen und fallen würde.“³⁵

Vielmehr sind beide Maßnahmen sachlich trennbar: Der Gesetzgeber hat die Anrechnungsvorschrift aus § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG derart ausgestaltet, dass die Anrechnungsregelung unabhängig von der Erhöhung des § 13 Abs. 1 S. 1 ContStifG ist. Dafür spricht schon, dass die Rentenerhöhung des § 13 Abs. 1 S. 1 ContStifG nicht nur ausländische Leistungsempfänger:innen erfasst und damit einen von § 15 Abs. 2 S. 2 unabhängigen, eigenständigen Anwendungsbereich findet. Auch ist die Höhe der Anrechnung nicht auf die Erhöhung des Rentenniveaus durch das 3. Änderungsgesetz begrenzt: Eine (neue) Anrechnung von Drittleistungen kann auch das bislang gewährte Rentenniveau berühren. Daraus ergibt sich gleichermaßen eine Eigenständigkeit der Kürzungsregelung, sodass nicht von einer Bedingtheit der Regelungsinhalte ausgegangen werden kann. Die Anrechnung soll vielmehr (einer „eigenen Rationalität“³⁶ folgend) Doppelleistungen verhindern und dient nicht a priori der Anspruchskürzung.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch aus § 13 Abs. 1 ContStifG fällt folglich insgesamt in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.

³⁵ BVerfGE 167, 163 (204).

³⁶ BVerfGE 167, 163 (204).

2. Eingriff

In die von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition könnte § 15 Abs. 2 S. 2 ConStifG eingegriffen haben. Ein Eingriff ist dabei jedes staatliche Handeln, das den grundrechtlich geschützten oder gewährleisteten Freiheitsraum faktisch oder rechtlich beeinträchtigt (moderner Eingriffsbegriff). Eingriffe in das Eigentum können zum einen durch ISB, Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, zum anderen durch Enteignungen, Art. 14 Abs. 3 GG, erfolgen.³⁷

a) Enteignung

Eine Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 GG hat zur Voraussetzung eine hoheitliche, vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch das Eigentumsgrundrecht geschützter Rechtspositionen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wobei die Entziehung einer Güterbeschaffung dienen muss.³⁸ Hier führt § 15 Abs. 2 S. 2 ConStifG bei den Betroffenen ggf. zur Kürzung ihrer Contergarrente, sodass der (zumindest teilweise) Verlust der Eigentumsposition bewirkt wird.³⁹

Allerdings begründet eine Kürzung (eines Geldleistungsanspruchs) noch keinen Güterbeschaffungsvorgang: Der Zweck der Anrechnung gem. § 15 Abs. 2 ConStifG ist lediglich, eine Doppelleistung zu vermeiden und so gleichzeitig die finanzielle Besserstellung einzelner Geschädigter zu verhindern, nicht hingegen, dem Staat zur eigenen Aufgabenwahrnehmung bestimmte Mittel zu beschaffen.⁴⁰ Eine Entlastung bei der Contergar-Stiftung führt nicht zu einem Forderungsübergang auf einen öffentlichen Träger; denn hier wird der Auszahlungsanspruch bereits beim ursprünglichen Gläubiger zum Erlöschen gebracht.⁴¹ Zudem enthält das 3. Änderungsgesetz keine Regelung für eine Entschädigung, was Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG für eine Enteignung jedoch voraussetzt. Es handelt sich bei § 15 Abs. 2 S. 2 ConStifG somit nicht um eine Enteignung.

b) Inhalts- und Schrankenbestimmung

In Betracht kommt einzig ein Eingriff in Gestalt einer Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Dabei handelt es sich um generell-abstrakte Festlegungen von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum geschützt werden.⁴² Da der Inhalt des Rentenanspruchs gem. §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 ConStifG (= Inhalt der eigentumsrechtlich geschützten Position, siehe oben 1. a) durch § 15 Abs. 2 S. 2 ConStifG unter einen Anrechnungs- bzw. Kürzungsvorbehalt gestellt wird, ist der Eingriff gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu bejahen.

Hinweis: Zwar ist die Kompensation des Eingriffscharakters möglich, wenn die im Eingriff liegende nachteilige Veränderung vollständig beseitigt wird.⁴³ Ein solcher Ausgleich kommt indes nur in Betracht, wenn „der Entziehungs- und der Zuteilungsakt nach der gesetzgeberischen Konzeption untrennbar zusammen gehören.“ Wie oben aber erörtert (Kehrseite der Verbindung von Zuteilung

³⁷ Dazu Berg, JuS 2005, 961 (965).

³⁸ Axer, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 14 Rn. 73 ff.; BVerfGE 167, 163 (205 f.).

³⁹ BVerfGE 167, 163 (206), führt auch zur Unterscheidung zwischen Grundanspruch und Auszahlungsanspruch aus.

⁴⁰ Hier greift die Lösung schon einen Punkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorweg – es reicht deswegen, an dieser Stelle auf die mangelnde staatliche Aufgabenwahrnehmung hinzuweisen.

⁴¹ BVerfGE 167, 163 (206).

⁴² Axer, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 14 Rn. 72.

⁴³ BVerfGE 164, 139 (182).

und Entziehung, 1. a) ee) ist die Erhöhung des Anspruchs von der Anrechnungsregel getrennt zu betrachten.

c) Zwischenergebnis

Ein Eingriff in den Schutzbereich durch § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG liegt vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG kann sich zunächst auf den Schrankenvorbehalt gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG stützen:

„Inhalt und *Schranken* [des Eigentums] werden durch die Gesetze bestimmt.“⁴⁴

Der Eingriff ruht mit dem 3. Änderungsgesetz auf einer dem Vorbehalt des Gesetzes genügenden, formellgesetzlichen Grundlage.

Im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung eines Eigentumseingriffs sind grundsätzlich in Einklang zu bringen auf der einen Seite die *Privatnützigkeit* des Eigentums, die damit einhergehenden Freiheiten und verbundene Entfaltung der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung unter Annahme eines (wenn auch nicht grenzenlosen) Vertrauensschutzes sowie auf der anderen Seite die *Sozialpflichtigkeit* des Eigentums, vgl. Art. 14 Abs. 2 GG, wonach die Befugnis des Gesetzgebers zur Regelung des Eigentums umso weiter ist, „je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht“⁴⁵. Eigentumseingriffe können nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine Abwägung erfolgt, die diese Gesichtspunkte und alle Belange des formellen sowie des materiellen Verfassungsrechts berücksichtigt. Insbesondere muss die Inhalts- und Schrankenbestimmung aber verhältnismäßig sein.⁴⁶

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht muss § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG auf eine Bundesgesetzgebungskompetenz gestützt werden können und verfahrensgemäß zustande gekommen sein. Das Änderungsgesetz kann sich auf die konkurrierende *Gesetzgebungskompetenz* der öffentlichen Fürsorge stützen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG),⁴⁷ da das Gesetz einen Ausgleich für eine Situation weit verstandener Bedürftigkeit⁴⁸ herstellt – zumindest inzwischen geht das Gesetz über die Sicherung der Vergleichs- und Deliktsansprüche gegen die B hinaus. Es ist auch gem. Art. 72 Abs. 2 GG (zumindest) zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich, da eine unterschiedliche Regelung der Entschädigung für die entstandenen Körperschäden auf Landesebene eine nicht hinnehmbare Rechtszersplitterung⁴⁹ für die (in unterschiedlichen Ländern lebenden) Betroffenen bedeutete; zudem findet das Gesetz auf im Ausland lebende Anspruchsberechtigte Anwendung, für die keine divergierenden Länderansprüche gelten sollten. Hinzu kann die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des

⁴⁴ Hervorhebung hinzugefügt.

⁴⁵ BVerfGE 167, 163 (208 f.); allgemein dazu *Berg*, JuS 2005, 961 (966); ferner *Michl*, JuS 2019, 431 (433 f.).

⁴⁶ *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

⁴⁷ Gesetzentwurf v. 12.3.2013, BT-Drs. 17/12678, S. 5; BVerfGE 42, 263 (281).

⁴⁸ *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 17.

⁴⁹ Zum Merkmal siehe BVerfGE 138, 136 (176 f.).

Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für das bürgerliche Recht treten, jedenfalls soweit die Vergleichs- und Deliktsansprüche abgelöst wurden (insoweit auch Erforderlichkeitsprüfung entbehrlich).

In *verfahrensrechtlicher* Hinsicht ist eine besondere *Sachaufklärungspflicht* des Gesetzgebers nur in Sonderkonstellationen begründbar. Im Grundsatz verfügt der Gesetzgeber über Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf das Gesetzgebungsverfahren. Das Grundgesetz vertraut auf den Grundsatz der Transparenz und Kontrolle durch die Öffentlichkeit, die die Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens verbürgen. Insofern musste der Bundestag keinen Gesamtvergleich der im Ausland gewährten (Sozial-)Leistungen mit dem innerstaatlichen Leistungsniveau anstellen; es genügte, conterganschadigungsbezogene Leistungen im In- und Ausland zu berücksichtigen.⁵⁰ Zudem besteht keine Begründungspflicht des Gesetzgebers als solche:

„Erforderlich ist nicht, dass das Gesetz schlüssig begründet ist, sondern dass es schlüssig begründet werden kann.“⁵¹

Weitere Anhaltspunkte für Verfahrens- oder Formfehler sind nicht ersichtlich. § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist formell verfassungsgemäß.

Hinweis: Der Sachverhalt schweigt bis auf den Bezug auf eine tragfähige Tatsachengrundlage zur formellen Seite der Prüfung. Daher ist hier knapp vorzugehen; weitere Prüfungspunkte drängen sich nicht auf. Für die Gesamtbewertung einer Bearbeitung ist die Verarbeitung des Sachverhaltshinweises zu Untersuchungspflichten des Gesetzgebers jedenfalls nicht von zentraler Bedeutung.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht muss § 15 Abs. 2 S. 2 GG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, d.h. einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.

aa) Legitimer Zweck

Ein Gesetz verfolgt einen legitimen Zweck, wenn dieser nicht gegen die Verfassung verstößt. Die rechtliche Zulässigkeit des Zwecks (nicht: der Zweck-Mittel-Relation) richtet sich in der Regel nach dem objektiven Willen des Gesetzgebers, der wiederum mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu ermitteln ist.⁵² Der Zweck von § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG besteht vorrangig in der (1) Vermeidung von Doppelleistungen, insbesondere solcher Leistungen durch andere Staaten. Dadurch wird auch ein verfassungskonformes Allgemeininteresse verfolgt: Mehrfachversorgungen würden zu einer höheren Belastung der Haushalte führen; somit wird gleichzeitig ein (2) inhärent gleichheitsrechtlicher Ausgleichsgedanke verfolgt: § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG soll sicherstellen, dass ausländische Geschädigte nicht bessergestellt werden als deutsche Geschädigte und ausländische Geschädigte, die keine staatlichen Leistungen im Ausland erhalten.⁵³ Alle Thalidomidgeschädigten sollen nach der

⁵⁰ BVerfGE 167, 163 (211 f.): Die Lage des Gesetzgebers bei Verabschiedung des 3. Änderungsgesetzes unterscheidet sich nicht strukturell vom Regelfall anderer Gesetzgebungsvorhaben, bei denen für komplexe Lebenssachverhalte ausgehend von Wertungen und Abwägungsentscheidungen eine Regelung zu treffen ist.

⁵¹ BVerfGE 167, 163 (212).

⁵² Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (194 f.); BVerfGE 167, 163 (212 f.).

⁵³ BVerfG NJW 2024, 2014 (2023).

Zielsetzung beim Leistungsbezug gleichgestellt werden.⁵⁴ Auch dieser sozialstaatliche und finanzbezogene Zweck steht mit dem Grundgesetz im Einklang (siehe Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 109 ff. GG). Darüber hinaus wird (3) die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft und das (4) Gebot des sparsamen Einsatzes öffentlicher Mittel⁵⁵ verfolgt. § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG verfolgt somit legitime, insbesondere verfassungsrechtlich zulässige Zwecke.

bb) Eignung

§ 15 Abs. 2 S. 2 ConstStifG muss auch geeignet sein, die von der Vorschrift in verfassungsrechtlich legitimer Weise angestrebten Zwecke zu verfolgen. Das ist bereits der Fall, wenn die angestrebten Zwecke durch die Maßnahme – hier § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG – zumindest gefördert werden können.⁵⁶ Aufgrund der vollen Anrechenbarkeit thalidomidschadigungsbezogener Leistungen Dritter gem. § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG werden (thalidomidspezifische) Doppelleistungen an thalidomidgeschädigte Personen sogar vollständig vermieden. Damit kann überdies der Haushalt entlastet und die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft gefördert werden. Eine Eignung ist gegeben.

Hinweis: Wichtig ist an dieser Stelle, dass die Eignung in Bezug auf alle verfolgten Zwecke begründet werden muss. Ein Eingehen auf die Differenzierung (siehe sogleich) zwischen haftungsrechtlichem und sozialfürsorgerischem Leistungszweck (siehe Argumentation des BVerwG im Sachverhalt) zeichnet überdurchschnittliche Bearbeitungen aus.

Dass Leistungen anderer Staaten ggf. eher sozialfürsorgerischen Zwecken dienen als haftungsrechtlichen (so zu einem gewissen Teil die ursprüngliche Regelung), ändert an der Vergleichbarkeit der anrechenbaren Leistungen nichts: Beide sollen sich auf die Thalimodid-Schädigung beziehen. Hingegen genügte allgemeine Sozialleistungsansprüche nicht, um eine Anrechnung zu bewirken. Eine spezifische Vermeidung von Doppelleistung bleibt somit gewährleistet. Der Gesetzgeber durfte darüber hinaus auch das Gesamtsystem sozialer Absicherung (im In- und Ausland) ausblenden:

„Eine verfassungsrechtliche Anforderung an den Gesetzgeber, bei der Identifikation sozialer Doppelleistungen eine wertende Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung des allgemeinen Niveaus aller staatlichen Sozialleistungen und aller sonstigen Vergünstigungen anzustellen, besteht nicht.“⁵⁷

§ 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist zur Zweckerreichung geeignet.

cc) Erforderlichkeit

§ 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG muss auch erforderlich sein, die legitimen Zwecke zu verfolgen. Dies ist der Fall, wenn es kein anderes, gleich geeignetes Mittel gibt, das weniger intensiv in das Grundrecht ein-

⁵⁴ BVerfG NJW 2024, 2014 (2023). Diesen Zweck verfolgt im Übrigen auch die Begrenzung des Leistungsniveaus auf das in § 13 Abs. 2 ContStifG festgelegte, um eine Besserstellung bestimmter Personen hinsichtlich der aufgrund der Thalidomidschädigung erhaltenen Leistungen zu verhindern, vgl. insoweit den Grundgedanken des Art. 3 Abs. 1 GG.

⁵⁵ Das Sparsamkeitsgebot ist v.a. im „klassischen“ Sozialrecht anerkannt, siehe § 69 Abs. 2 SGB IV.

⁵⁶ Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (195).

⁵⁷ BVerfG NJW 2024, 2014 (2025).

greift.⁵⁸ Der Gesetzgeber verfügt dabei über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum.⁵⁹ Alternativ käme höchstens eine Verpflichtung der Leistungsempfänger:innen der deutschen Conterganrente mit dem Inhalt, auf alle anderen Leistungen infolge der Schädigung zu verzichten, in Betracht. Allerdings wäre eine solche Maßnahme nicht weniger belastend, da sich der Gesamtbetrag der Bezüge nicht erhöhen würde. Zudem würde das Leistungsrisiko unbillig auf die Betroffenen verlagert, wenn sie sich gegen andere Ansprüche entscheiden würden. Ferner wäre diese Maßnahmenalternative nicht zur Erreichung aller Zwecke erforderlich, da deutsche Haushalte nicht entlastet würden.⁶⁰ Gleiches würde für jegliche Form von Teilanrechnung als milderer Maßnahme gelten. § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist also erforderlich.

dd) Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Der Eingriff und die damit einhergehende Belastung dürfen nicht außer Verhältnis zu den von der Beschränkungsmaßnahme verfolgten Zwecken stehen. Je intensiver die Beeinträchtigung wirkt, desto schwerer müssen die rechtfertigenden Gründe wiegen.⁶¹

Hinweis: Die hier vorgeschlagene Angemessenheitsprüfung ist nicht die einzig denkbar richtige. Bei der Bewertung ist aber auf eine konzise Hinleitung zur jeweiligen Gewichtung und eine daraus entwickelte Abwägung zu achten, innerhalb derer alle im Sachverhalt eingebauten Argumente aufgegriffen werden.

(1) Abstrakte Gewichtung der (konkreten) Schutzgüter

Zunächst können die (konkreten) Schutzgüter einander abstrakt gegenübergestellt werden. Hervorzuheben ist die besondere Schutzwürdigkeit der Conterganrente: Für die an den Eingriff zu stellenden Rechtfertigungsanforderungen ist von Bedeutung, inwiefern die in Rede stehende Rechtsposition auf staatlicher Gewährleistung beruht. Je mehr der *soziale Bezug* im Mittelpunkt der Gewährleistung steht (wofür die Eingriffszwecke [siehe aa] stehen), desto eher treten Gedanken der Sozialpflichtigkeit (der Eigentumsposition, siehe Art. 14 Abs. 2 GG) in den Vordergrund. Hingegen muss auch jede etwaige gesteigerte Bedeutung der *freiheitsrechtlichen* Aspekte der Eigentumsgewährleistung im konkreten Fall Beachtung finden.⁶² Eine Gewichtung muss unter der Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls erfolgen.

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Conterganrente eine *stark freiheitsrechtlich* geprägte Zielrichtung hat: Durch die Überführung der zunächst privatrechtlich bestehenden Ansprüche der Geschädigten in die mittlerweile ausschließlich staatlich finanzierte Conterganrente und die damit einhergehenden Ansprüche gegen den Staat (genauer: die Conterganstiftung) wird eine nicht unerhebliche Eigenleistung garantiert, die den freiheitsrechtlichen Kern des Eigentumsrechts, namentlich den Anspruch auf die jeweilige Rentenzahlung betrifft. Die freiheitssichernde Funktion der Rente wird dadurch unterstrichen, dass sie ein „Äquivalent [...] für Einbußen an Lebenstüchtigkeit“, die das Medikament verursacht hat, schafft.⁶³

⁵⁸ Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (195).

⁵⁹ BVerfGE 167, 163 (223).

⁶⁰ BVerfGE 167, 163 (223 f.). Zudem fraglich, ob (gesetzlich verordneter) Verzicht rechtlich in anderen Rechtsordnungen wirksam ist.

⁶¹ Klatt/Meister, JuS 2014, 193 (196); Michaelis, JA 2021, 573 (577).

⁶² BVerfGE 167, 163 (225).

⁶³ BVerfGE 167, 163 (225 f.).

Demgegenüber besteht auch ein gewichtiger sozialer Bezug: Die Mittel, aus denen sich die Conterganrente speist, entstammen seit 1997 ausschließlich Steuergeldern, sodass sie auf einem solidarischen Gedanken beruhen; eine sozialpflichtige Dimension ist den Ansprüchen mithin immanent. Auch innerhalb der Gesamtheit aller Anspruchsberechtigten bestehen aber soziale Bezüge: Die Rechtsposition individueller geschädigter Personen ist eng verbunden mit den Rechtspositionen der weiteren Mitglieder dieser „Schicksalsgemeinschaft“⁶⁴. So werden gem. § 13 Abs. 1 S. 2 ContStifG etwa jährliche Sonderzahlungen nur geleistet, soweit dafür vorgesehene Mittel (nach § 11 Abs. 2 Nr. 1, 2 ContStifG) im Stiftungsvermögen vorhanden sind – was wiederum abhängig von der Anzahl oder den konkreten Bedürfnissen (nach denen sich die Höhe der Leistungen richtet, § 13 Abs. 2 ContStifG) der anderen Leistungsberechtigten sein wird.⁶⁵ Der soziale Bezug kann auch nicht aufgrund eines sog. „Mischcharakters“ abgelehnt werden, da der haftungsrechtliche Hintergrund für den Fall zurücktritt, dass eine Umwandlung in eine öffentlich-rechtliche Forderung stattgefunden hat.⁶⁶ Insgesamt bestehen im Hinblick auf die eigentumsrechtlich geschützte Conterganrente sowohl freiheitssichernde als auch soziale Bezüge – damit kann jedenfalls festgehalten werden, dass keine absolute verfassungsrechtliche „Unantastbarkeit“ der Conterganrente gewährleistet ist.⁶⁷

(2) Abwägung

Die Regelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist angemessen, wenn die Vorschrift einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz der Eigentumsposition der Anspruchsinhaber:innen (Art. 14 Abs. 1 GG) auf der einen und der Verfolgung der Eingriffszwecke (Vermeidung von Doppelleistungen, Haushalts-sparsamkeit, Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft, Art. 14 Abs. 2 GG) auf der anderen Seite hergestellt hat.

Ohne die Regelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG würden die von der Anrechnung Betroffenen insgesamt mehr Leistungen erhalten. Wie das Ausgangsverfahren des X zeigt⁶⁸, kann dies zu erheblichen „Einbußen“ führen, sodass *nicht von einem bloß leichten Eingriffsgewicht* ausgegangen werden kann.⁶⁹ Die Schutzwürdigkeit der Contergangeschädigten nimmt mit Inanspruchnahme weiterer Zahlungen für ihre spezifische Schädigung indes ab. Auch ist keine Absenkung für einzelne Betroffene unter einen – hier nicht konkret zu bestimmenden – verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard ersichtlich. Die Anrechnung anderer Zahlungen erfolgt im Übrigen nur, soweit die Zahlung auch tatsächlich erfolgt (der Anspruch auf die ursprünglich volle Gewährung lebt andernfalls wieder auf).

Gegenüber dem Gewicht des Eingriffs im konkreten Fall müssen auch die widerstreitenden Interessen ebenso wie *das Eingriffsgewicht mildernde Umstände* berücksichtigt werden.⁷⁰ Abfedernd

⁶⁴ BVerfGE 167, 163 (226 f.).

⁶⁵ BVerfGE 167, 163 (227).

⁶⁶ BVerfGE 167, 163 (227): „[E]in Paradigma, wonach der haftungsrechtliche Hintergrund eines in eine öffentlich-rechtliche Forderung umgewandelten Anspruchs dessen Sozialbezug grundsätzlich ausschließt, findet sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht und lässt sich verfassungsrechtlich auch nicht begründen.“

⁶⁷ BVerfGE 167, 163 (228): „Dabei ist der dem Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken der Conterganrente zukommende Gestaltungsspielraum umso größer, je mehr die Regelung die Rechtsposition der durch das Conterganstiftungsgesetz Begünstigten insgesamt stärkt.“

⁶⁸ Wichtig ist, das Ausgangsverfahren nur exemplarisch heranzuziehen, weil es im Verfahren um die objektive und generelle Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Regelung geht.

⁶⁹ BVerfGE 167, 163 (206).

⁷⁰ Siehe auch BVerfGE 167, 163 (232): „Selbst wenn in Einzelfällen eine Milderung ausbliebe, ergäbe sich keine andere Bewertung. Denn insoweit durfte der Gesetzgeber eine gemeinschaftsbezogene Gesamtbetrachtung anstellen und für Einzelne punktuell auftretende Nachteile gegen die insgesamt erzielten Vorteile abwägen.“

wirkt, dass die Conterganrenten mit dem 3. Änderungsgesetz bedeutend angehoben wurde (auch X bekommt seit dem 3. Änderungsgesetz höhere Bezüge).

Ergänzung zur zugrunde liegenden Entscheidung: Das gilt in diesem Umfang zwar nicht für alle Betroffenen, da sich die (Erhöhung der) Rente nach dem Schweregrad des Körperschadens richtet; es ist also nicht ausgeschlossen, dass in Einzelfällen, bei denen der Körperschaden nur eine Mindestrente rechtfertigt, der Erhöhungsbeitrag geringer ist als der angerechnete Beitrag, sodass eine „Milderung“ nicht einträte.⁷¹ Die durchschnittliche Höhe der Rente lag indes zwischen 2013 und 2019 bei ca. 4.000 € Euro; der Bezug der Mindestrente (ca. 600 €) ist also schon nicht der Regelfall, sodass der Gesetzgeber eine gemeinschaftsbezogene Gesamtbetrachtung anstellen durfte.⁷²

Ferner muss bedacht werden, dass neben der Conterganrente weitere Leistungsansprüche bestehen, so etwa eine jährliche Leistung zur Deckung spezifischer Bedarfe, § 13 Abs. 1 Nr. 3 ContStifG – die Regelung des § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG bezieht sich indes ausdrücklich nur auf die Kapitalentschädigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 ContStifG sowie die Conterganrente nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 ContStifG. Aufgrund der gleichen Zweckrichtung aller drei Leistungen wirkt sich dies mildernd auf die Anrechnung auf die Conterganrenten aus.⁷³

Dem könnte wiederum ein aus dem Eigentumsrecht fließender *Vertrauensschutz* von Betroffenen entgegengehalten werden.⁷⁴ Allerdings wirkt sich die Anrechnung nicht auf den *Grundanspruch* (Ob), sondern lediglich auf den *Auszahlungsanspruch* (Höhe) aus. Eine absolute Bestandsgarantie staatlicher Leistungen existiert nicht, ebenso wenig eine gesteigerte Schutzwürdigkeit des Vertrauens: Betroffene konnten sich nicht darauf verlassen, dass eine Anspruchskürzung nicht erfolgen würde; immerhin bestand schon immer eine entsprechende Vorschrift mit § 15 Abs. 2 S. 1 ContStifG, wonach Zahlungen durch „andere mögliche Verantwortliche“ schon früher angerechnet wurden. Ein Vertrauensstatbestand kann auch nicht durch die Zwecksetzung des irischen Entschädigungsprogramms, die deutschen Leistungen zu ergänzen, geschaffen werden; der deutsche Staat kann insoweit durch Handlungen dritter Staaten grundsätzlich nicht gebunden werden.

Hinweis: Der Aspekt des Vertrauensschutzes kann in einen gesonderten Prüfungspunkt im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit ausgegliedert werden. Hier käme allerdings nur eine unechte Rückwirkung bzw. eine tatbestandliche Rückanknüpfung, verbunden mit einem verhältnismäßig großen gesetzgeberischen Spielraum in Betracht.

Insgesamt dürfen die *Eingriffszwecke* in ihrer Bedeutung und Tragweite nicht unterschätzt werden (= gewichtige öffentliche Interessen). Mit dem Ziel, ein gleiches Leistungsniveau zu erreichen, wird die Grundidee der allgemeinen Verteilungsgerechtigkeit zu einem wichtigen Kriterium innerhalb des ContStifG. Die Gemeinschaft der Leistungsempfänger:innen soll weder besonders benachteiligte noch besonders bevorzugte Personen hervorbringen. Diese Maxime könnte nur eingeschränkt

⁷¹ BVerfGE 167, 163 (228 f.).

⁷² BVerfGE 167, 163 (232).

⁷³ BVerfGE 167, 163 (229): „Seit dem 4. Änderungsgesetz beträgt die jährliche Leistung abhängig von der Schwere der Schädigung zwischen 5.676 Euro und 14.700 Euro (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ContStifG 2017).“

⁷⁴ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg. Stand: August 2023, Art. 14 Rn. 95; vgl. auch Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg. Stand: August 2023, Art. 14 Rn. 154.

berücksichtigt werden, wenn bestimmte Personen aufgrund zufälliger Eigenschaften, etwa ausländische Staatsangehörigkeiten, zusätzliche Leistungen erhalten würden.⁷⁵ Ferner muss das Bedürfnis nach einem „optimalen Einsatz öffentlicher Mittel“⁷⁶ Berücksichtigung finden: Das verfassungsrechtliche Interesse, einen Ausgleich für fremdverschuldete Einbußen an „Lebenstüchtigkeit“ in Form von Sozialleistungen zu gewähren, entfällt im Hinblick auf das staatliche Sozialsystem, wenn bspw. ausländische Leistungen äquivalent (wenn auch nur teilweise) zur eigentlich zu gewährleistenden Sozialleistung sind; dem dient die „Abschöpfung“ von Doppelleistungen, indem für die Optimierung des Leistungsniveaus auch ausländische Zahlungen eingepreist werden.⁷⁷ In diesem Zusammenhang ist in die Abwägung außerdem einzubeziehen, dass ein offensichtliches öffentliches Interesse besteht, Steuermittel nur soweit nötig einzusetzen.⁷⁸ Die hiermit verbundene Entlastung des deutschen Staates begegnet mit Blick auf den haftungsrechtlich-sozialstaatlichen Mischcharakter der Conterganrente jedenfalls dann keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Rentenzahlung – wie vorliegend der Fall – mittlerweile ausschließlich aus Steuermitteln finanziert wird.

Unter Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte erscheint die zwar nicht unerhebliche, aber durch andere Vorteile gemilderte Belastung der Betroffenen durch die Anrechnungsregelung in § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG im Hinblick auf die konkrete Gewichtung der privatnützigen sowie der sozialpflichtigen Dimension verhältnismäßig im engeren Sinne.

(3) Zwischenergebnis

Der Eingriff ist angemessen.

4. Zwischenergebnis

§ 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar.

II. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG mit Art. 3 Abs. 1 GG

§ 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG könnte aber gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, verstoßen.

1. Ungleichbehandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz verlangt, dass wesentlich gleiche Sachverhalte einer wesentlich gleichen Behandlung unterliegen.⁷⁹ Deswegen ist zunächst zu untersuchen, ob § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG Personengruppen bzw. Sachverhalte einer ungleichen Behandlung unterwirft⁸⁰.

⁷⁵ BVerfGE 167, 163 (230 f.).

⁷⁶ BVerfGE 167, 163 (231 f.).

⁷⁷ BVerfGE 167, 163 (231 f.): „Denn das Interesse an einem optimalen Einsatz öffentlicher Mittel ist auch dann berührt, wenn der Bedarf, zu dessen Deckung die inländische Sozialleistung bestimmt ist, bereits durch eine wirtschaftlich vergleichbare ausländische Leistung gedeckt ist. Soweit die ausländische Leistung eine Beseitigung ausgewählter Geschädigter bezweckt, ist der deutsche Staat verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, hieran mitzuwirken.“

⁷⁸ BVerfGE 167, 163 (232). Auch hier ließe sich anbringen, dass ausländische Entschädigungsprogramme (Ergänzung der deutschen Conterganrente durch irische Entschädigung) die Verwendung deutscher Steuermittel nicht rechtlich bindend beeinflussen können.

⁷⁹ Sachs/Jasper, JuS 2016, 769 (770 f.).

⁸⁰ Siehe z.B. BVerfG, NVwZ-RR 2018, 249 (251): „Zur substantiierten Darlegung einer Verletzung von Art. 3 GG ist es [...] erforderlich, aufzuzeigen, zwischen welchen konkreten Vergleichsgruppen eine Ungleichbehandlung

Zunächst werden Empfänger:innen ausländischer *staatlicher* Zahlungen nicht anders behandelt als Empfänger:innen *nichtstaatlicher* Leistungen. § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG sieht gerade keine Beschränkung auf ausländische oder staatliche Zahlungen vor, sondern enthält ausdrücklich keine diesbezügliche Einschränkung.⁸¹ Gleiches gilt für Empfänger:innen laufender Zahlungen gegenüber Empfänger:innen einmaliger Leistungen. Auch werden Ausländer:innen nicht gegenüber Inländer:innen benachteiligt. Vielmehr geht es hier um im Ausland lebende Betroffene. Auf die zuvor benannten Sachverhalte bezogen errichtet § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG vielmehr eine formale Gleichbehandlung. Eine zumindest faktische ungleiche Behandlung findet allerdings zwischen Empfänger:innen statt, die aufgrund der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter eine *Anrechnung* bzw. Anspruchskürzung hinnehmen müssen, gegenüber denen, die das nicht tun müssen⁸² („Berechtigte [...], die *keine anrechenbaren Leistungen* erhalten und daher von den Auswirkungen der Vorschrift nicht betroffen sind“).⁸³ Insofern unterscheidet diese Gruppen die „praktische [...] Auswirkung“ der einschlägigen Rechtsnorm.⁸⁴ Wesentlich gleich sind diese beiden Gruppen (verfügen über ein *genus proximum*), da sie alle anspruchsberechtigt nach dem ContStifG sind.

Hinweis: Hier ist es vertretbar, eine Ungleichbehandlung abzulehnen, als jede rechtliche Tatbestandsregelung Sachverhalte ein- und ausschließt⁸⁵; insofern könnte es an einer spezifischen Vergleichsgruppenbildung fehlen, die über die Regelung eines Tatbestands hinausgeht. Allerdings sollte dies im Sinne einer Schutzbereichsbegrenzung grundsätzlich vermieden werden: „für die Bejahung einer Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 (genügt) jedwede Differenzierung“⁸⁶. Näher liegt es hingegen, die Ungleichbehandlung ggf. wegen des Fehlens eines Nachteils für die Betroffenen⁸⁷ zu verneinen: immerhin sollte sich trotz Anrechnung bei der Zusammenrechnung aller Ansprüche die gleiche Summe an Leistung für die individuelle betroffene Person ergeben. Dies könnte wiederum ggf. durch den Verweis auf Probleme, die sich durch mehrere Anspruchsadressaten ergeben, als (geringen) Nachteil entkräftet werden, auch der Hinweis auf den Zweck der irischen Regelung passte hier.

bestehen soll und inwieweit es sich bei den gebildeten Vergleichsgruppen um im Wesentlichen gleiche Sachverhalte handelt.“

⁸¹ BVerfGE 167, 163 (236, 192 ff.).

⁸² Die Vergleichsgruppen werden zumindest nicht durch die Regelung selbst explizit gebildet, sondern sind eine (faktische) Folge seiner Anwendung. Unterscheidung von rechtsförmigen Ungleichbehandlungen gegenüber Ungleichbehandlungen durch Realakte der Verwaltung ohne spezifische rechtliche Grundlage, z.B. durch Informationshandeln, bei *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 63; *Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 77.

⁸³ BVerfGE 167, 163 (237). Spezifischer kann die Vergleichsgruppe noch unterteilt werden in Nicht-Betroffene, die überhaupt keine Leistungen erhalten, gegenüber denjenigen, die Leistungen Dritter erhalten, die aber nicht thalimodidspezifisch sind. In Parallele zur unionsrechtlichen Grundfreiheitenprüfung könnte man ggf. von einer mittelbaren Diskriminierung von Ausländer:innen ausgehen, weil die Wahrscheinlichkeit konkurrierender Drittleistungen im Ausland, wo faktisch eher Ausländer:innen leben, dort größer sein dürfte als im Inland, in dem eher deutsche Staatsangehörige ihren Aufenthalt nehmen. Dies hängt jedoch stark von individuellen Regelungen in den jeweiligen Ländern ab, sodass die Vergleichsgruppe nicht hinreichend stabil ist.

⁸⁴ BVerfGE 49, 148 (165).

⁸⁵ „Probleme der Vergleichsgruppenbildung treten erst dann ein, wenn die fragliche Regelung nicht explizit differenziert, sondern nur einen Sachverhalt erfasst und damit notwendig alle anderen ausschließt.“, *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 62.

⁸⁶ *Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 80.

⁸⁷ Siehe *Nußberger/Hey*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 84.

2. Rechtfertigung

Ungleichbehandlungen von wesentlich Gleichem müssen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Für sie muss sich zumindest ein sachlicher Differenzierungsgrund anbringen lassen. Die oben angeführten (I. 3. b) aa) Regelungszwecke (Vermeidung von Doppelleistungen, Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft und der sparsame Einsatz öffentlicher Mittel) sind verfassungsrechtlich legitim und stellen daher einen sachlichen Differenzierungsgrund dar. Nach der sog. „alten“ Formel des Bundesverfassungsgerichts genügt(e) das zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, da sie nur Willkürfreiheit verlangt(e)⁸⁸. Soweit die in Rede stehende Ungleichbehandlung an verpönte Diskriminierungsverbote gem. Art. 3 Abs. 3 GG heranreicht, eher personen- statt sachbezogen differenziert (Frage der Beeinflussbarkeit des staatlichen Behandlungskriteriums) oder zugleich mit (intensiveren) freiheitsrechtlichen Einbußen verknüpft ist, erhöht das BVerfG unter Heranziehung der sog. „neuen Formel“ die Kontrolldichte gegenüber der staatlichen Gewalt. Danach müssen zwischen den Vergleichsgruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Das BVerfG beurteilt in diesem Sinne den angegriffenen Gegenstand in einer auf die Gleichheitsrechte übertragenen Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁸⁹ Inzwischen spricht das BVerfG von einem stufenlosen Prüfungsmaßstab, der von gelockerten Bindungen bis zu einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab reicht.⁹⁰ Orientierung kann gleichwohl die grundsätzliche Unterscheidung von alter und neuer Formel bieten, um die Strenge der Prüfung zu verorten.

Hinweis: Dies kann auch knapper erläutert werden – hier ausführlicher aus didaktischen Zwecken.

Hier erscheint der Eingriff in Freiheitsrechte (insbesondere Art. 14 Abs. 1 GG, siehe oben I. 2.) nicht besonders schwerwiegend; mit der Anknüpfung an die Anrechenbarkeit von Dritteleistungen ist die Differenzierung auch eher sachbezogen. Allerdings geht es dem ContStifG um den Ausgleich von teilweise erheblichen Schädigungen, die zu körperlichen Behinderungen geführt haben (siehe Art. 3 Abs. 2 GG); auch steht die Existenz von Leistungen Dritter nicht im Einflussbereich der betroffenen Personen. Eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Prüfung ist somit angebracht.

Die Regelung der Anrechenbarkeit von Leistungen Dritter für deren Empfänger:innen in § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist geeignet, Doppelleistungen zu vermeiden und den Haushalt zu entlasten. Insoweit ist die Differenzierung zwischen Empfänger:innen solcher Leistungen und solchen Anspruchsberechtigten, die solche Leistungen nicht empfangen, geeignet, die angebrachten Differenzierungszwecke zu verfolgen.

Die ungleichbehandelnde Regelung müsste auch erforderlich sein, um Differenzierungszwecke zu verfolgen – zu fragen ist, ob eine alternative Differenzierung die Ungleichbehandlung abmildern kann und zugleich zu gleicher Differenzierungszweckverfolgung wirksam ist, ohne dabei Dritte oder die Allgemeinheit stärker zu belasten. Eine Anrechnungsregelung, die Doppelleistungen nur teil-

⁸⁸ BVerfGE 1, 14 (55).

⁸⁹ Siehe den Unterschied zwischen freiheitsrechtlicher und gleichheitsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsprüfung erläuternd *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 60: „Während im Falle von Freiheitsrechten das zu beschränkende Rechtsgut und das die Beschränkung Tragende verschieden sind und in Ausgleich gebracht werden sollen, handelt es sich bei der ‚verhältnismäßigen Gleichheit‘ nicht um eine (kaum mögliche) Abwägung zwischen ‚Gleichheit‘ und ‚Ungleichheit‘, sondern darum, zu ermitteln, ob den rechtlichen Unterscheidungen tatsächliche Ungleichheiten bzw. sonstige Belange wertungsmäßig entsprechen.“

⁹⁰ Siehe nur BVerfGE 149, 222 (253).

weise einbezöge, bewirkte zwar geringere Ungleichheiten; sie erreichte aber die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele, den Empfang von Doppelleistungen zu verhindern, Ungleichheit zwischen den Geschädigten zu vermeiden, die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft zu sichern und öffentliche Mittel sparsam einzusetzen, weniger wirksam. Somit ist die Differenzierung in § 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG erforderlich.

Die Ungleichbehandlung müsste auch angemessen sein, d.h. dass sie in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der mit der Differenzierung verfolgten Ziele und zu dem Ausmaß und Grad der durch die Ungleichbehandlung bewirkten Zielerreichung stehen muss. Hier ist zu berücksichtigen, dass die legislativen Ziele erreicht werden können, ohne dass die betroffenen Personen (eine finanzielle Besserstellung außer Betracht gelassen) weniger Leistungen empfangen, als ihnen substantiell nach dem ContStifG zustehen (würden). Zudem sind Bedeutung und Ausmaß der Ungleichbehandlung insoweit reduziert, als keine feste Personengruppe permanent ungleich behandelt (einer Anspruchskürzung unterworfen) wird – vielmehr ermöglicht die Anrechenbarkeitsregelung flexibel darauf zu reagieren, wenn Leistungen Dritter absinken oder wegfallen⁹¹.

Hinweis: Hier kann freier, insbesondere mit Gesichtspunkten, die in der freiheitsrechtlichen Angemessenheitsprüfung bereits angebracht wurden, gearbeitet werden.

Nicht erwartet wird folgende Argumentation: Das BVerfG verneint (an anderer Stelle), dass die Anrechnung insbesondere von Leistungen ausländischer Staaten, die womöglich über ein geringeres Sozialstaatsniveau verfügen, zu einer anderen Bewertung führen müsste. Zum einen ist eine Entlastung des staatlichen Haushalts angesichts des haftungsrechtlich-sozialstaatlichen Mischcharakters der Conterganrente, und vor allem wegen der inzwischen alleinigen Steuerfinanzierung, vertretbar. Zum anderen verfolgt das ContStifG gerade angesichts der weltweiten Anspruchsmöglichkeit (und entsprechenden Berührung sehr heterogener Sozialsysteme) und der Ausrichtung am Ausmaß der körperlichen Schädigung durch Thalidomid nicht den Zweck, zur „gleichwertigen allgemeinen sozialen Absicherung aller Mitglieder der Solidargemeinschaft beizutragen“⁹².

III. Zwischenergebnis

§ 15 Abs. 2 S. 2 ContStifG ist mit dem GG vereinbar; die konkrete Normenkontrolle ist unbegründet.

C. Ergebnis

Die Vorlage des BVerwG hat, trotz ihrer Zulässigkeit, keine Aussicht auf Erfolg.

⁹¹ BVerfGE 167, 163 (238).

⁹² BVerfGE 167, 163 (235).

Anfängerklausur im Polizeirecht: „Kleine Tiere – großer Ärger“*

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Hiese, Freiburg*

Sachverhalt

E ist Eigentümer eines großen Gartengrundstücks an der S-Straße am Stadtrand von Freiburg. Das Grundstück liegt in einem dicht besiedelten Wohngebiet und hat einen Verkehrswert von ca. 200.000 €. Auf dem Grundstück befinden sich unmittelbar an die S-Straße angrenzend mehrere Eichenbäume. Anfang Mai 2024 befielen Raupen des Eichenprozessionsspinners erstmals die Eichen des E. Den Raupen des Eichenprozessionsspinners, die nahezu ausschließlich Eichenbäume befallen, wachsen in einem bestimmten Larvenstadium sehr feine sog. Brennhaare. Diese mit Widerhaken versehenen Härchen von ca. 0,2 mm Länge schützen die Raupen vor Fressfeinden. Sie können jedoch leicht brechen und bei günstiger Witterung durch Luftströmungen über weite Strecken getragen werden. Im weiteren Entwicklungsprozess werden die Brennhaare durch die Raupen zwar abgestoßen, anschließend jedoch in ihre Gespinnstnester und Kokons eingewoben, die auch noch lange nach dem Schlupf der Raupen im September in den Bäumen hängen bleiben. Dadurch können sich die Brennhaare noch über Jahre in der Umgebung verteilen. Wenn der Mensch mit den Brennhaaren der Raupen, ihren Häutungsresten, den Nestern oder mit Brennhaar-kontaminierten Faltern in Kontakt kommt, entsteht, teils durch mechanische Reizung, teils durch die toxischen Bestandteile, eine Hautentzündung. Die Hautentzündung ist geprägt durch starken Juckreiz, Hautrötung, Quaddeln und Bläschen. Das Einatmen der Brennhaare kann zu Reizungen und Entzündungen im Rachenbereich sowie in den Atemwegen führen. Bei manchen Personen kann es auch zu Atemnot kommen. In Ausnahmefällen kann der Kontakt mit Brennhaaren einen anaphylaktischen Schock auslösen. Betroffene Personen berichten mitunter auch von Schwindel, Schüttelfrost und Fieber. Die Schwere und Dauer der Beeinträchtigungen variieren im Einzelfall. Die Hautentzündungen verschwinden im Regelfall spätestens nach 14 Tagen, vielfach aber auch deutlich früher. Da es sich bei der S-Straße um einen vielfrequenzierten Geh- und Radweg handelt, kamen bereits wenige Tage nach dem Befall der Eichen mehrere Fußgänger und Radfahrer beim Passieren der S-Straße in Kontakt mit herabfallenden Brennhaaren und mussten ärztlich behandelt werden. Auch einige Bewohner des Wohngebiets erlitten durch vom Wind verteilt Brennhaare Hautentzündungen.

Zur Verhinderung weiterer Krankheitsfälle, forderte die Ortspolizeibehörde der Stadt Freiburg E – nach dessen Anhörung – mit schriftlichem Bescheid vom 10.5.2024 auf, den Eichenprozessionsspinner-Befall fachgerecht zu entfernen. In der Begründung führte sie die Gesundheitsrisiken durch die Brennhaare näher aus und erläuterte, dass E für die Beseitigung in Anspruch zu nehmen sei, da ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den in seinem Eigentum stehenden befallenen Eichen und den Gesundheitsrisiken für die Bevölkerung bestehe. Dem Bescheid war eine ordnungsgemäße

* Der Sachverhalt beruht auf ähnlichen Fällen aus der Praxis, vgl. BayVGh, Beschl. v. 11.6.2019 – 10 CS 19.684 = NJW 2019, 3014; OVG Saarland, Urt. v. 3.8.2023 – 2 A 137/22 = BeckRS 2023, 19640. Er wurde an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg zum Wintersemester 2024/2025 für die neu konzipierte Arbeitsgemeinschaft im Verwaltungsrecht erstellt und richtet sich an Anfänger im Polizeirecht.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Medien- und Informationsrecht Abt. II (Prof. Dr. Jens-Peter Schneider) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er dankt Dr. Anna-Julia Saiger, LL.M., und Prof. Dr. Matthias Cornils für hilfreiche Anmerkungen sowie Anna Liesenfeld für eine kritische Durchsicht des Falls.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweisschreiben zu den bewährten Beseitigungsmethoden eines Eichenprozessionsspinnerbefalls mittels eines Industriesaugers (mechanisch) und mittels Insektiziden (chemisch) sowie der Möglichkeit einer Beseitigung durch Spezialfirmen aus dem Bereich der Schädlingsbekämpfung beigefügt.

Als E den Bescheid erhielt, war er sehr verärgert. Er sah nicht ein, sich selbst um die aufwendige Beseitigung zu kümmern, und hielt eine professionelle Beseitigung durch eine Spezialfirma, die ca. 2.000 € kosten würde, für deutlich zu teuer. E erhob daher am 13.5.2024 ordnungsgemäß Widerspruch gegen den Bescheid. Dieser wurde mit am 23.5.2024 zugestellten Widerspruchsbescheid als unbegründet zurückgewiesen. Diese aus seiner Sicht ganz offensichtliche Ungerechtigkeit möchte E nicht auf sich beruhen lassen. Er erhebt daher am 24.6.2024 formgerecht Klage gegen die Stadt Freiburg vor dem Verwaltungsgericht Freiburg. Zur Begründung führt er aus, dass die staatlichen Behörden nicht dazu befugt seien, ihn wegen derart unvorhersehbarer Naturereignisse zu bestimmten Maßnahmen zu verpflichten. Schließlich könne jeder Eigentümer einer Eiche Opfer der Raupen werden. Es könne nicht sein, dass die aufwendige und kostspielige Beseitigung, die im öffentlichen Interesse liege, auf ihn als Eigentümer der Bäume abgewälzt werde. Da er die Raupen nicht angelockt habe, treffe ihn auch keinerlei Verschulden an dem Befall. Er sehe zwar durchaus ein, dass die Brennhaare nicht ungefährlich seien, aber man könne die Bevölkerung auch durch Hinweisschilder in der S-Straße auf die Situation aufmerksam machen oder den Geh- und Radweg sperren. Wenn der Gesundheitsschutz eine Beseitigung der Raupen unbedingt erfordere, sei dies Sache der Stadt Freiburg.

Frage

Wird die Klage des E Erfolg haben?

Bearbeitungsvermerk

Vorschriften des TierSchG, BNatSchG und des NatschG BW sind nicht zu prüfen. Auf einen Kalender für Mai und Juni 2024 wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit.....	302
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	302
II. Statthafte Klageart.....	303
III. Klagebefugnis	303
IV. Vorverfahren.....	303
V. Klagefrist	303
1. Fristbeginn.....	304
2. Fristende	304
VI. Beklagtenbefugnis (Passive Prozessführungsbefugnis).....	304
VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit	304
VIII.Zuständiges Gericht.....	304

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

IX. Form	304
X. Ergebnis zur Zulässigkeit	304
B. Begründetheit	304
I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts	304
1. Ermächtigungsgrundlage (EGL).....	305
2. Formell rechtmäßige Anwendung der EGL	305
3. Materiell rechtmäßige Anwendung der EGL	305
a) Tatbestandsvoraussetzungen	305
aa) Schutzgut.....	305
bb) (Konkrete) Gefahr	306
cc) Zwischenergebnis.....	306
b) Polizeipflichtigkeit des E (Störereigenschaft).....	306
c) Rechtsfolge.....	308
aa) Legitimer Zweck.....	309
bb) Geeignetheit	309
cc) Erforderlichkeit	309
dd) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)	309
ee) Zwischenergebnis.....	310
d) Zwischenergebnis.....	310
4. Zwischenergebnis	310
II. Ergebnis zur Begründetheit	310
C. Gesamtergebnis	311

Die Klage des E hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit¹

Die Klage müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Erforderlich ist somit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Dies ist dann der Fall, wenn die Normen ausschließlich einen

¹ Zur Bezeichnung des Prüfungsschrittes siehe *Heidebach*, Jura 2009, 172.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigen oder verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie). Als streitentscheidende Vorschrift kommt vorliegend ausschließlich die polizeiliche Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW in Betracht, die in jedem denkbaren Anwendungsfall ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen berechtigt und damit zum öffentlichen Recht gehört. Weil keine Verfassungsorgane um materielles Verfassungsrecht streiten (sog. doppelte Verfassungsvermittelbarkeit), ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.²

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem klägerischen Begehren. E möchte gegen die ihm auferlegte Verpflichtung zur Beseitigung des Eichenprozessionsspinnerbefalls vorgehen. Hierfür könnte eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft sein. Voraussetzung für eine Anfechtungsklage ist, dass es sich bei dem Bescheid, mit dem er zu Beseitigung aufgefordert wurde, um einen Verwaltungsakt handelt. Das Vorliegen eines Verwaltungsakts richtet sich grundsätzlich nach den Merkmalen des § 35 S. 1 VwVfG. Da E durch den Bescheid der Stadt unmittelbar zu einer konkreten, einzelfallbezogenen Handlung verpflichtet wird, liegen die Begriffsmerkmale des § 35 S. 1 VwVfG vor. Folglich ist die Anfechtungsklage statthaft.

III. Klagebefugnis

E müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Klagebefugt ist demnach, wer geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Dafür muss die Verletzung eines subjektiven Rechts des Klägers unter Zugrundelegung seines Vorbringens möglich erscheinen (sog. Möglichkeitstheorie). Diese Möglichkeit kann nur ausgeschlossen werden, wenn das als verletzt behauptete Recht nach dem klägerischen Tatsachenvortrag offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise bestehen, dem Kläger zustehen oder verletzt sein kann. Als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass E in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist (sog. Adressatenformel).³ Folglich ist E klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Vor Erhebung der Anfechtungsklage ist gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO ein Vorverfahren durchzuführen. Das Vorverfahren ist vorliegend nicht gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO (i.V.m. § 15 AGVwGO BW) entbehrlich. E hat jedoch am 13.5.2024 ordnungsgemäß Widerspruch erhoben und das erforderliche Vorverfahren erfolglos durchgeführt.

V. Klagefrist

Die Klagefrist beträgt gem. § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO einen Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheids. Fraglich ist, ob E die Klagefrist gewahrt hat, da ihm der Widerspruchsbescheid am 23.5.2024 zugestellt wurde, er jedoch erst am 24.6.2024 Klage erhoben hat. Die Fristberechnung erfolgt nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB.

² Für eine kompakte Übersicht zu den einzelnen Voraussetzungen der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO siehe *Martini*, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2023, S. 34.

³ Näher zur sog. Möglichkeits- und Adressatentheorie *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 14 Rn. 108 f.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

1. Fristbeginn

Für den Fristbeginn ist die Zustellung des Widerspruchsbescheids maßgeblich. Damit handelt es sich um eine Ereignisfrist, für die sich der Fristbeginn nach § 187 Abs. 1 BGB bestimmt. Fristbeginn war demnach der 24.5.2024.

2. Fristende

Das Fristende bestimmt sich nach § 188 Abs. 2 BGB und fiel daher grundsätzlich auf den 23.6.2024. Demnach wäre die Klage am 24.6.2024 erst nach Fristende erhoben worden. Allerdings war der 23.6.2024 ein Sonntag. Daher verschiebt sich das Fristende gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO auf den nächsten Werktag und somit auf den 24.6.2024. Somit hat E die Klagefrist gewahrt.

VI. Beklagtenbefugnis (Passive Prozessführungsbefugnis)

Die Klage ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 VwGO gegen den Rechtsträger der Behörde zu richten, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Der Bescheid stammt vorliegend von der Ortspolizeibehörde Freiburg, deren Rechtsträger die Stadt Freiburg ist. E hat somit richtigerweise die Stadt Freiburg verklagt.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

E ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (i.V.m. §§ 104, 2 BGB) prozessfähig. Die Stadt Freiburg ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 42 Abs. 1 S. 2, Abs. 4, 131 Abs. 1 GemO BW im Prozess durch den Oberbürgermeister vertreten.

VIII. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht Freiburg ist gem. §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 1 Abs. 2 AGVwGO BW, § 12 Abs. 3 LVG BW sachlich und örtlich zuständig.

IX. Form

E hat die Klage gem. §§ 81, 82 VwGO formgerecht erhoben.

X. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, wenn die Anordnung zur Beseitigung des Eichenprozessionsspinnerbefalls rechtswidrig war und E dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

Die Anordnung zur Beseitigung des Eichenprozessionsspinnerbefalls war rechtswidrig, wenn sie nicht auf eine gültige Ermächtigungsgrundlage gestützt werden konnte (1.) oder wenn die Stadt Frei-

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

burg die Ermächtigungsgrundlage in formeller (2.) oder materieller (3.) Hinsicht rechtsfehlerhaft angewandt hat.⁴

1. Ermächtigungsgrundlage (EGL)

Wegen des aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Vorbehalts des Gesetzes bedürfen hoheitliche Maßnahmen, die in Rechte Privater eingreifen, einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁵ Mangels tatbestandlicher Anwendbarkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage oder einer polizeilichen Standardmaßnahme gem. §§ 27 ff. PolG BW kann die Anordnung nur auf die polizeiliche Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW gestützt werden.

2. Formell rechtmäßige Anwendung der EGL

Die Stadt Freiburg müsste die polizeiliche Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW formell rechtmäßig angewandt haben. Dies ist der Fall, wenn sie die maßgeblichen Vorschriften über Zuständigkeit, Verfahren und Form beachtet hat.

Die Stadt Freiburg ist gem. § 111 Abs. 2 PolG BW i.V.m. §§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 1, 106 Nr. 4, 107 Abs. 4 S. 1 PolG BW sachlich und gem. § 113 Abs. 1 PolG BW örtlich zuständig. Die Organkompetenz innerhalb der Stadt Freiburg liegt gem. § 107 Abs. 4 S. 2 PolG BW i.V.m. § 44 Abs. 3 GemO BW beim Oberbürgermeister.

Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere wurde E vor Erlass des Bescheids gem. § 28 Abs. 1 LVwVfG BW angehört.

Auch Formfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere wurde der gem. § 37 Abs. 2 S. 1 Var. 1 LVwVfG BW schriftlich erlassene Bescheid gem. § 39 Abs. 1 S. 1 LVwVfG BW ordnungsgemäß begründet.

Die Stadt Freiburg hat die polizeiliche Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW formell rechtmäßig angewandt.

3. Materiell rechtmäßige Anwendung der EGL

Die Stadt Freiburg müsste die polizeiliche Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW materiell rechtmäßig angewandt haben. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Generalklausel vorliegen (a)), E richtiger Adressat der Maßnahme war (b)) und sie das ihr auf Rechtsfolgenseite zustehende Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat (c)).

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Tatbestandliche Voraussetzung für den Erlass einer Maßnahme auf Grundlage der polizeilichen Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW ist nach § 1 Abs. 1 S. 1 PolG BW eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

aa) Schutzgut

Fraglich ist zunächst, ob das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen war. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter

⁴ Näher zu den einzelnen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, § 10 Rn. 569 ff.

⁵ Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 75 Rn. 2.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

der Einzelnen sowie des Bestands der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates.⁶ Somit ist die körperliche Unversehrtheit der Einzelnen gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Teil des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt, wie sich unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt, zunächst die Integrität des menschlichen Körpers in seiner Substanz, darüber hinaus aber auch die (physische) Gesundheit der Grundrechtsberechtigten.⁷ Davon erfasst ist jedenfalls der Schutz des ungestörten biologisch-physiologischen Funktionsablaufs innerhalb des menschlichen Körpers im Sinne einer Freiheit von Krankheit und Gebrechen.⁸ Im Falle des Kontakts eines Menschen mit den Brennhaaren der Raupen kann es u.a. zu Hautentzündungen mit starkem Juckreiz, zur Anschwellung der Schleimhäute und zu Atemnot kommen. Dadurch ist ein ungestörter biologisch-physiologischer Funktionsablauf beeinträchtigt. Folglich ist Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Teil des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit betroffen.

bb) (Konkrete) Gefahr

Darüber hinaus müsste eine konkrete Gefahr für das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit bestehen haben. Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmter Sachverhalt, d.h. eine konkrete Sachlage oder ein konkretes Verhalten, bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit aus ex-ante-Sicht zu einem Schaden für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit führen würde.⁹ Zur Bestimmung des erforderlichen Grads der Wahrscheinlichkeit kann die sog. „Je-desto-Formel“ herangezogen werden. Danach gilt: Je höherrangiger ein Rechtsgut und je größer der ihm drohende Schaden ist, desto geringere Anforderungen sind an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu stellen.¹⁰ Demnach müsste zum Zeitpunkt des behördlichen Handelns eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen haben, dass der Befall der Eichen durch die Raupen des Eichenprozessionsspinners zu Beeinträchtigungen der durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten körperlichen Unversehrtheit führen wird. Bei der zu schützenden körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG handelt es sich um ein Rechtsgut von Verfassungsrang. Angesichts der Lage der von den Raupen befallenen Eichenbäume in unmittelbarer Nähe eines vielfrequenzierten Fuß- und Radwegs in einem Wohngebiet ist zudem mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass erneut Personen durch herabfallende oder durch den Wind verteilte Brennhaare Hautentzündungen oder Atemnot erleiden und damit körperlich beeinträchtigt werden. Folglich besteht eine Sachlage, bei der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einem Schaden für das Schutzgut auszugehen ist. Somit lag eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor.

cc) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW lagen vor.

b) Polizeipflichtigkeit des E (Störereigenschaft)

E müsste als Adressat der Maßnahme gem. § 6 PolG BW (sog. Verhaltensstörer) oder gem. § 7 PolG BW (sog. Zustandsstörer) in Betracht kommen. Da E die Raupen nicht selbst ausgesetzt hat und auch

⁶ Vgl. VGH BW, Urt. v. 3.8.2023 – 1 S 1718/22 = BeckRS 2023, 21339 Rn. 50.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016 – 1 BvL 8/15 = BVerfGE 142, 313 (337 Rn. 69); a.A. *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 43. Lfg., Stand: Februar 2004, Art. 2 Rn. 57.

⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72 = BVerfGE 56, 54 (73 ff.).

⁹ Vgl. VGH BW, Urt. v. 3.8.2023 – 1 S 1718/22 = BeckRS 2023, 21339 Rn. 49.

¹⁰ Vgl. *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 8 Rn. 7 mit Kritik an der Einbeziehung des Rangs des Rechtsguts.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

nicht auf andere Art und Weise dazu beigetragen hat, dass sie seine Eichen befallen haben, kann E nicht als Verhaltensstörer gem. § 6 PolG BW herangezogen werden. Als Eigentümer der Eichen (vgl. § 94 Abs. 1 S. 2 BGB) könnte E jedoch Zustandsstörer gem. § 7 PolG BW sein.

Gem. § 7 PolG BW kann der Inhaber der tatsächlichen Gewalt einer Sache oder der Eigentümer einer Sache herangezogen werden, wenn durch deren Zustand die öffentliche Sicherheit bedroht oder gestört wird. Fraglich ist zunächst, ob eine Bedrohung oder Störung durch den Zustand der Eichen besteht. Voraussetzung für eine Bedrohung durch den Zustand einer Sache ist grundsätzlich, dass die Sache die ursächliche Quelle der Gefahr ist und die Gefahr unmittelbar mit dem Zustand der Sache in Verbindung steht (sog. Grundsatz der unmittelbaren Verursachung).¹¹ Diese Unmittelbarkeit besteht unzweifelhaft, wenn Sachzustand und Gefahr nicht nur in einem Kausalitäts- sondern in einem Immanenzverhältnis stehen, die Sache die Gefahr also nicht nur verursacht, sondern selbst bildet.¹² Die Eichen selbst begründen jedoch keine Gefahr, denn sie drohen nicht umzustürzen o.Ä.. Darüber hinaus ist das Unmittelbarkeitserfordernis allerdings auch gegeben, wenn zwischen der Gefahr und dem Zustand der Sache ein hinreichend enger Verursachungszusammenhang besteht.¹³ Wann diese Gefahrengrenze überschritten ist, kann nur durch wertende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls bestimmt werden.¹⁴

Hinweis: Maßgeblich ist, dass die bloß entfernte kausale Beziehung zwischen einer Sache und einer Gefahr für die Anwendbarkeit des § 7 PolG BW nicht ausreichend ist. Andernfalls könnten die in § 7 PolG BW genannten Personen selbst dann als Adressaten herangezogen werden, wenn die Ursache für die Gefahr – z.B. aufgrund von Handlungen unbefugter Dritter – in keiner Weise mehr in ihrem eigenen Verantwortungsbereich liegt. So verstanden würde die Anwendung der Vorschrift in eine „konturlose Billigkeitshaftung“ umschlagen.¹⁵

Bei dieser Betrachtung ist von vornherein unbeachtlich, ob der Eigentümer (oder Inhaber der tatsächlichen Gewalt) in der Lage gewesen ist, den Gefahren Eintritt abzuwehren. Denn auf ein Verschulden kommt es für die Inanspruchnahme nach § 7 PolG BW nicht an.¹⁶ Daher ist die Zustandsverantwortlichkeit auch nicht auf vorhersehbare Gefahren begrenzt, sondern kann auch Fälle erfassen, in denen – wie z.B. bei einem Tierbefall oder einer sonstigen Naturgefahr – die Sache letztlich durch höhere Gewalt in einen gefährlichen Zustand versetzt wird.¹⁷ Entscheidend ist, dass die Sache gefährlich ist, nicht wie sie gefährlich geworden ist.¹⁸

Fraglich ist, ob ein hinreichend enger Unmittelbarkeitszusammenhang besteht. Dem könnte entgegenstehen, dass die Möglichkeit eines Befalls von Eichenbäumen auf Privatgrundstücken nie vollständig ausgeschlossen werden und damit bereits das Eigentum an einer Eiche die Zustandsverantwortlichkeit auslösen kann. Folge dessen wäre, dass letztlich eine bestimmte Bepflanzung und der naturbedingte Zufall des Befalls ohne weitere Umstände zur Inanspruchnahme eines Eigentümers

¹¹ Vgl. *Trurnit*, in: BeckOK PolR BW, Stand: 15.11.2024, § 7 Rn. 11; VGH BW, Ur. v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11 = BeckRS 2012, 59495 Rn. 48.

¹² Vgl. *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 9 Rn. 45.

¹³ *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 9 Rn. 47.

¹⁴ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.6.2005 – 3 B 129/04 = BeckRS 2005, 27868 Rn. 6.

¹⁵ Vgl. hierzu BVerwG, Ur. v. 4.10.1985 – 4 C 76/82 = NJW 1986, 1626 (1627).

¹⁶ *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 377.

¹⁷ Vgl. OVG Saarland, Ur. v. 3.8.2023 – 2 A 137/22 = BeckRS 2023, 19640 Rn. 25; *Ibler*, in: Ennschuat/Ibler/Remmert, Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 4. Aufl. 2022, § 2 Rn. 273.

¹⁸ *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 9 Rn. 42.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

führen könnten.¹⁹ Obwohl ein solches Verständnis für den jeweils Betroffenen unbefriedigend sein mag, folgt daraus nach den dargelegten rechtlichen Maßstäben nicht, dass der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang ausgeschlossen wäre. Denn obgleich die unmittelbare Gefahr vermeintlich nur von den Raupen selbst ausgeht, wird jedenfalls durch die an der Eiche anhaftenden Gespinnster und daher – bei wertender Betrachtung – durch den Zustand der Bäume selbst die Gefahrengrenze für betroffene Menschen unmittelbar überschritten. Denn bei der Bestimmung der gefahrenabwehrrechtlichen Zustandsverantwortlichkeit ist nicht entscheidend, in welchem Zustand sich eine Sache ursprünglich – d.h. vorliegend ohne einen Befall – befindet, sondern allein, ob sie sich zum Zeitpunkt der Maßnahme in einem Zustand befindet, der den Voraussetzungen der Zustandsverantwortlichkeit genügt.²⁰ Der Eigentümer hat etwaige lagebedingte Nachteile seines Grundstücks so zu tragen, wie sie sich aufgrund der jeweiligen Gegebenheiten tatsächlich darstellen.²¹ Folglich konnte E als Zustandsverantwortlicher gem. § 7 PolG BW herangezogen werden.

Hinweis: A.A. vertretbar.

c) Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite kann die zuständige Behörde gem. § 3 PolG BW nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen treffen. Nach § 40 LVwVfG BW hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. In diesen Grenzen kann die Ermessensentscheidung gem. § 114 S. 1 VwGO durch das Verwaltungsgericht überprüft werden. Das Ermessen bezieht sich grundsätzlich sowohl auf das Entschließungs- als auch auf das Auswahlermessen. Beim Auswahlermessen lässt sich weiterhin die Mittel- von der Adressatenauswahl abgrenzen.

Da der Gesundheitsschutz der Bevölkerung ein Einschreiten erforderte, sind hinsichtlich des Entschließungsermessens („Ob“ der Maßnahme) keine Ermessensfehler ersichtlich. Mangels anderer in Betracht kommender Adressaten gilt dies auch für die Adressatenauswahl. Fraglich ist somit allein, ob die Stadt Freiburg hinsichtlich der Mittelauswahl die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten hat.

Infolge der Zustandsverantwortlichkeit des E begegnet es grundsätzlich keinen Bedenken, dass die Stadt Freiburg bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage ihm gegenüber eine belastende Maßnahme verhängt. Die sicherheitsrechtlichen Vorschriften über die Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers sind eine zulässige Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.²² Dennoch kann das Ausmaß dessen, was dem Eigentümer zur Gefahrenabwehr abverlangt werden darf, begrenzt sein (sog. „Opfergrenze“).²³ Die Behörde hat aus Gründen des aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG folgenden Eigentumsschutzes bei der Anwendung der Vorschrift über die Zustandsverantwortlichkeit den aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und bei ihrer Ermessensentscheidung mit den betroffenen Gemeinwohlbelangen abzuwägen.²⁴ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die Maß-

¹⁹ Vgl. VG Magdeburg, Urt. v. 24.4.2018 – 1 A 94/15 = BeckRS 2018, 13121 Rn. 20 f.

²⁰ Vgl. BayVG, Beschl. v. 11.6.2019 – 10 CS 19.684 = NJW 2019, 3014 (3015 Rn. 9).

²¹ BVerfG, Beschl. v. 31.7.1998 – 1 B 229/97 = NJW 1999, 231.

²² BVerfG, Beschl. v. 6.2.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99 = BVerfGE 102, 1 (17).

²³ Vgl. Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 9 Rn. 64, 70 ff.

²⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.2.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99 = BVerfGE 102, 1 (19 ff.).

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

nahme einem legitimen Zweck dient und die Auswahl des Mittels zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.²⁵

Hinweis: Sofern man der Auffassung folgt, dass das Eigentumsrecht des E lediglich der Anknüpfungspunkt für die ihm auferlegte Pflicht zur Beseitigung des Eichenprozessionsspinnerbefalls ist, aber durch diese Pflicht weder das Eigentumsrecht des E an seinem Grundstück, noch das Recht, sein Grundstück zu nutzen, unmittelbar betroffen ist,²⁶ kann gleichermaßen vertretbar auch ein unverhältnismäßiger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des E aus Art. 2 Abs. 1 GG geprüft werden.

aa) Legitimer Zweck

Als legitimer Zweck kommt ausschließlich die Gefahrenabwehr in Betracht. Die Maßnahme dient dem Schutz von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und verfolgt damit einen legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Als geeignet erweist sich eine Maßnahme, wenn sie zur Zweckerreichung einen förderlichen Beitrag leistet. Demnach müsste eine Beseitigung des Eichenprozessionsspinnerbefalls möglich sein und dazu führen, dass die Gefahr der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sinkt. Eine Beseitigung kann durch bewährte mechanische oder chemische Bekämpfungsmethoden erfolgen. Nach der Beseitigung ist ausgeschlossen, dass sich die Brennhaare weiterhin in der Umgebung verteilen. Folglich kann durch die Beseitigung ein förderlicher Beitrag zur Verhinderung weiterer Fälle körperlicher Beeinträchtigungen durch die Brennhaare geleistet werden.

cc) Erforderlichkeit

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn der Behörde zur Zweckerreichung kein milderes ebenso effektives Mittel zur Verfügung stand, vgl. § 5 Abs. 1 PolG BW. Als mildere Mittel kommen hier sowohl ein Hinweisschild als auch eine Sperrung des Geh- und Radwegs in Betracht. Durch beide Maßnahmen könnten Personen davon abgehalten werden, den Geh- und Radweg der S-Straße zu benutzen. Auch damit würde ein förderlicher Beitrag zur Verhinderung körperlicher Beeinträchtigungen durch die Brennhaare geleistet. Zugleich könnte damit verhindert werden, dass E als Eigentümer des Grundstücks für die Beseitigung in Anspruch genommen werden muss, sodass diese Maßnahmen gegenüber der Verpflichtung zur Beseitigung – jedenfalls gegenüber E – mildere Mittel darstellen würden. Allerdings könnten die Alternativmaßnahmen nicht verhindern, dass durch vom Wind verbreitete Brennhaare die körperliche Unversehrtheit von weiteren Menschen im Wohngebiet beeinträchtigt wird. Folglich sind die genannten Alternativmaßnahmen jedenfalls nicht gleichermaßen effektiv, sodass sich die Verpflichtung zur Beseitigung auch als erforderlich erweist.

dd) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

An der Angemessenheit der Maßnahme fehlt es, wenn die Belastung für den Adressaten außer Verhältnis zu dem Nutzen für den mit der Maßnahme verfolgten Zweck steht, vgl. § 5 Abs. 2 PolG BW. Dies wäre der Fall, wenn die mit der Maßnahme einhergehenden Belastungen für den Adressaten größer sind als der Nutzen der Maßnahme für das zu schützende Rechtsgut.

²⁵ Näher zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Kontext der Ermessensentscheidung *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 69 Rn. 8, § 24 Rn. 32 ff.

²⁶ Vgl. *Lepsius*, JZ 2001, 22 (23).

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

Die Maßnahme der Stadt Freiburg dient dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung dieses Rechtsguts ist bei der aktuellen Sachlage hoch und die Schwere der zu erwartenden Beeinträchtigungen angesichts möglicher Fälle von Atemnot oder gar eines anaphylaktischen Schocks ebenfalls erheblich. Die Gefahr betrifft dabei auch nicht nur einzelne Personen, sondern angesichts der Lage der Eichenbäume an einem vielfrequentierten Geh- und Radweg in einem Wohngebiet eine Vielzahl von Personen. Relativierend wirkt sich allerdings aus, dass die Intensität der durch die Brennhaare entstehenden Beeinträchtigungen je nach Einzelfall variieren kann. Die schweren Fälle von Atemnot oder gar das Hervorrufen eines anaphylaktischen Schocks treten nur in Ausnahmefällen auf. Häufig verschwinden die ausgelösten Hautentzündungen bereits nach wenigen Tagen. Demgegenüber steht die Verpflichtung des E zur Beseitigung des Eichenprozessionsspinnerbefalls. Sowohl bei einer eigenständigen Beseitigung als auch bei Beauftragung einer Spezialfirma kommen auf E nicht völlig zu vernachlässigende Belastungen zu. Zur Bestimmung der Grenze des dem Eigentümer im Einzelfall Zumutbaren kann (als Indiz) insbesondere das Verhältnis des finanziellen Aufwands der geforderten Gefahrenabwehrmaßnahme zum Verkehrswert des Grundstücks dienen. Die Kosten der Gefahrenabwehrmaßnahme dürfen den Verkehrswert des Grundstücks nicht erreichen.²⁷ Bei den zu erwartenden Beseitigungskosten i.H.v. ca. 2.000 € ist diese Grenze angesichts des Grundstückswerts von 200.000 € bei weitem nicht erreicht. Im Falle einer eigenständigen Beseitigung müsste E zudem erhebliche Vorkehrungsmaßnahmen treffen, um bei einer Beseitigung nicht selbst in Kontakt mit den Brennhaaren zu kommen. Dennoch bliebe die Belastung aufgrund der bereits bewährten Methoden bei der Bekämpfung eines Eichenprozessionsspinnerbefalls selbst dann auf einmaliges Tätigwerden beschränkt, sodass die Belastungen für den Adressaten insgesamt eher gering ausfallen. Bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Schutz einer Vielzahl von Menschen vor körperlichen Beeinträchtigungen durch die Brennhaare und dem eher geringen Eingriff in die Rechte des E überwiegt unter besonderer Berücksichtigung der möglichen schwerwiegenden Fälle gesundheitlicher Beeinträchtigungen der Schutz der körperlichen Unversehrtheit. Somit steht die Belastung für E nicht außer Verhältnis zum Nutzen der Maßnahme. Damit ist die Maßnahme angemessen.

ee) Zwischenergebnis

Die Anordnung ist verhältnismäßig. Die Ermessensausübung hinsichtlich der Mittelauswahl erfolgte daher ermessensfehlerfrei.

d) Zwischenergebnis

Die Stadt Freiburg hat die polizeiliche Generalklausel gem. §§ 1, 3 PolG BW materiell rechtmäßig angewandt.

4. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt ist rechtmäßig.

II. Ergebnis zur Begründetheit

Die Klage ist unbegründet.

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.2.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99 = BVerfGE 102, 1 (20 f.); OVG Saarland, Urt. v. 3.8.2023 – 2 A 137/22 = BeckRS 2023, 19640 Rn. 28.

Hiese: „Kleine Tiere – großer Ärger“

C. Gesamtergebnis

Die Klage des E ist zulässig aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

Fortgeschrittenenübungsklausur: Ungebetener Gast

Wiss. Mitarbeiterin Pascale Fett, Marburg*

Dieser Fall wurde im Sommersemester 2024 als Klausur im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene gestellt. Es haben 90 Personen daran teilgenommen mit einer Durchschnittsbewertung von 6,1 Punkten und einer Durchfallquote von 22,2 %. Kernprobleme sind die Prüfung des (einfachen) Wohnungseinbruchsdiebstahls sowie des (versuchten) qualifizierten Wohnungseinbruchsdiebstahls unter der Einordnung des Konkurrenzverhältnisses, wie es zuletzt Gegenstand war in BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 4 StR 265/22 (LG Arnsberg).

Sachverhalt

A und B wollen das lange Feiertagswochenende nutzen, um aus dem Haus von Q und R deren Wertgegenstände zu entwenden. Im Vorfeld hat A über deren Tochter T, welche A über gemeinsame Bekannte kennt, mitbekommen, dass Q und R seit Jahren die Gepflogenheit haben, über Himmelfahrt an die Ostsee zu reisen. Als sie am geplanten Abend tatsächlich keine Bewegung am und im Haus von außen feststellen können, soll es losgehen. B schlägt die Glasscheibe der verschlossenen Terrassentür ein, sodass beide in das Haus gelangen und sofort damit beginnen, alle Schränke und Schubladen nach Wertgegenständen und Bargeld zu durchwühlen. Während B sich im Wohnzimmer aufhält, begibt sich A ins Schlafzimmer. Dort muss A zum eigenen Erschrecken feststellen, dass T, die zwar längst nicht mehr dort wohnt, aber ausnahmsweise im Haus der Eltern übernachtet, aufrecht im Bett sitzt und durch die Geräusche im Haus wachgeworden ist. A springt kurzerhand auf T und überwältigt sie. A versetzt ihr einen Faustschlag ins Gesicht, wodurch T benommen auf das Bett fällt. Mit einem Schal, den A neben dem Bett liegen sieht, verbindet A der T, welche nun auf dem Bauch liegt, die Hände auf dem Rücken. Auch wenn sie sich aus Position und der lockeren Verknotung selbst hätte befreien können, tut sie das aus Einschüchterung nicht und bleibt ruhig liegen. Hektisch kramt A noch in den Nachttischschubladen herum, findet aber nichts. Zurück im Wohnzimmer wedelt B freudestrahlend mit zwei Tablets und 3.000 € Bargeld umher. A berichtet schulterzuckend, nichts Brauchbares gefunden zu haben. Die Begegnung mit T und das Geschehen im Schlafzimmer verschweigt A hingegen. Zügig verlassen A und B das Haus, die gefundene Beute unter dem Arm.

Als B einige Tage später in der Zeitung von dem Einbruch und über T liest, ist er völlig schockiert. Was derweil A und B beide nicht wussten: Q und R waren wenige Wochen zuvor tödlich verunglückt und T war als Alleinerbin zum Zwecke der Nachlassorganisation vor Ort.

Aufgabe

Wie haben sich A und B nach dem StGB strafbar gemacht?

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur von Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M. (King's College) für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Medizinstrafrecht an der Philipps-Universität Marburg.

Bearbeitungshinweis

Delikte des 7., 16., 17., 21. und 27. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB sowie die §§ 239, 239a, 239b StGB sind nicht zu prüfen. Etwaige erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit von A und B	314
I. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.....	314
1. Tatbestand.....	315
a) Objektiver Tatbestand	315
aa) Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	315
bb) Wegnahme.....	315
cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel	316
dd) Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB.....	316
(1) Arbeitsteilige Tatausführung.....	316
(2) Gemeinsamer Tatplan.....	316
ee) Finalzusammenhang.....	317
b) Subjektiver Tatbestand.....	317
aa) Vorsatz.....	317
bb) Absicht rechtswidriger Zueignung	318
(1) Zueignungsabsicht	318
(2) Rechtswidrigkeit der Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz.....	318
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	318
II. Ergebnis.....	318
B. Strafbarkeit von A.....	318
I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB.....	318
1. Tatbestand.....	318
a) Grundtatbestand	318
b) Qualifikation.....	319
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	319
II. Ergebnis.....	319
C. Strafbarkeit von A und B	320
I. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB	320
1. Tatbestand.....	320
a) Objektiver Tatbestand	320
b) Subjektiver Tatbestand.....	320

aa) Vorsatz.....	320
bb) Absicht rechtswidriger Zueignung.....	320
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	320
3. Strafzumessung.....	320
II. Ergebnis.....	321
D. Strafbarkeit von A und B	321
I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB.....	321
1. Tatbestand.....	321
a) Grundtatbestand	321
b) Qualifikationen	321
aa) § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB	321
bb) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	322
cc) § 244 Abs. 4 StGB.....	323
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	323
II. Ergebnis.....	324
E. Strafbarkeit von A und B	324
I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB	324
1. Vorprüfung.....	324
2. Tatbestand.....	324
a) Tatentschluss	324
b) Unmittelbares Ansetzen.....	324
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	324
II. Ergebnis.....	324
Gesamtergebnis und Konkurrenzen.....	325

A. Strafbarkeit von A und B

I. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

A und B könnten sich wegen Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie in das Haus von Q und R einbrachen, T fesselten und sie die Tablets und das Bargeld entwendeten.

Hinweis: Den Studierenden steht frei, ob sie A und B gemeinsam als Mittäter prüfen oder Einzelprüfungen vornehmen.

Im Übrigen ist es möglich, die Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB jeweils separat in der Prüfung des nicht selbst erfüllten Tatbestandsmerkmals anzusprechen; alternativ kann es, wie hier vorgenommen, als eigener Unterprüfpunkt gebündelt erörtert werden.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müssten A und B eine fremde bewegliche Sache weggenommen und dabei ein qualifiziertes Nötigungsmittel angewandt haben.

aa) Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache

Als Tatobjekt kommen die Tablets und das Bargeld i.H.v. 3.000 € in Betracht. Fremd ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum der Täter steht und nicht herrenlos ist.¹ Beweglich ist eine Sache als körperlicher Gegenstand i.S.v. § 90 BGB,² wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann.³ Die Tablets und das Bargeld standen ursprünglich im Eigentum von Q und R. Mit deren Tod ist das Eigentum im Wege des § 1922 Abs. 1 BGB auf T als Alleinerbin übergegangen. Somit stellen die Tablets und das Bargeld für A und B fremde bewegliche Sachen dar.

bb) Wegnahme

Diese müssten A und B weggenommen haben. Wegnahme meint den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Dazu muss zunächst fremder Gewahrsam bestanden haben, der gebrochen wird. Gewahrsam ist dabei ein tatsächliches, von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragenes Herrschaftsverhältnis über die Sache.⁴ Diese Sachherrschaft hatten ursprünglich Q und R grundsätzlich über alle Sachen, die sich in ihrem Haus befinden, so auch die Tablets und das Bargeld. Mit deren Tod ist deren Gewahrsam erloschen. Zwar geht nach § 857 BGB der Besitz auf die Erbin über; dies gilt jedoch nicht zugleich für den Gewahrsam.⁵ Vielmehr muss hierfür eine tatsächliche Besitzergreifung erfolgen.⁶ Hier übernachtet T zwar nur ausnahmsweise im Haus von Q und R. Damit ist sie aber in die Position der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft eingerückt, welche von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragen ist. Das wird dadurch unterstrichen, dass T sich im Haus befindet, um den weiteren Nachlass zu organisieren. Damit hatte nunmehr T Gewahrsam an dem Haus mitsamt den sich darin befindlichen Sachen.

Zudem müssten A und B diesen Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet haben. Als B mitsamt den Sachen unter dem Arm das Haus und den Tatort verlassen hat, hat B eine neue, eigene Sachherrschaft über die Sachen erlangt unter Ausübung eines entsprechenden Herrschaftswillens, sodass B neuen Gewahrsam begründet und die Wegnahme damit vollendet hat. Dies geschah ohne bzw. gegen den Willen der T, sodass der ursprüngliche Gewahrsam auch gebrochen wurde.

¹ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 15.

² *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 2; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 9.

³ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 3; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 11.

⁴ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 8a; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 23.

⁵ RGSt 58, 228 (229); *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 13; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 31.

⁶ *Kudlich*, JA 2010, 777 (779); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 8a.

cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Dabei müssten A und B Gewalt gegen eine Person angewandt oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben. Gewalt gegen eine Person umfasst einen körperlich wirkenden Zwang, der nach Tätervorstellung dazu geeignet ist, einen tatsächlichen oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder von vornherein unmöglich zu machen.⁷ A hat T zunächst überwältigt, indem A auf sie gesprungen ist. Danach hat A ihr einen Faustschlag ins Gesicht versetzt. Zudem fesselte A ihr die Hände auf dem Rücken mittels eines Schals. A hat damit sowohl Körperkraft eingesetzt sowie eine physische Zwangswirkung entfaltet, die beide jeweils unmittelbar gegen T gerichtet waren, folglich Gewalt gegen T als Person angewandt.

dd) Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB

Problematisch ist, dass nur B die Sachen wegnimmt, indem B die Sachen an sich nimmt und aus dem Haus trägt, wobei nur A Gewalt gegen T anwendet. Diese beiden Bestandteile des Raubes können wechselseitig nur zugerechnet werden, wenn A und B Mittäter i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB sind. Dazu müssten sie arbeitsteilig und auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans gehandelt haben.

(1) Arbeitsteilige Tatausführung

Wie gesehen, wendet A das Nötigungsmittel an, während B die Wegnahme erfüllt, sodass die beiden arbeitsteilig agieren.

(2) Gemeinsamer Tatplan

Dies muss auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans erfolgt sein, wobei mindestens zwei Personen ernsthaft verabreden, im gegenseitigen Einvernehmen durch arbeitsteiliges Vorgehen bestimmte Straftaten zu begehen.⁸ A und B haben zuvor verabredet, in das Haus von Q und R einzubrechen, um darin nach Wertgegenständen zu suchen und diese zu entwenden. Es findet nur B solche vor und trägt die Tablets und das Bargeld aus dem Haus. Dabei agiert B auf Grundlage des gemeinsamen Tatplans und im gegenseitigen Einvernehmen mit A. Die Wegnahme, verwirklicht durch B, kann A also im Wege des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

Problematisch ist die Gewaltanwendung gegen T durch A. Es war zum einen nicht zwischen A und B verabredet, Gewalt gegen Personen anzuwenden, gingen doch beide davon aus, dass das Haus menschenleer sei wegen der vermeintlichen urlaubsbedingten Abwesenheit von Q und R. Dass A zufälligerweise und zum eigenen Erschrecken auf die anwesende T gestoßen ist, hat A zudem vor B verschwiegen, sodass dieser Umstand auch nicht nachträglich Teil der Abrede werden konnte.⁹ Dass A dennoch Gewalt gegen T anwendet, geht über den gemeinsamen Tatplan hinaus und stellt sich als Mittäterexzess dar. Die Nötigungshandlung kann B daher nicht über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

⁷ Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn. 11; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 249 Rn. 4a.

⁸ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 14; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 25 Rn. 10; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 16 Rn. 819; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 104.

⁹ Auch diese Möglichkeit im Wege der sukzessiven Mittäterschaft wäre jedenfalls strittig, siehe dazu allgemein Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 126 ff.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 219 ff.; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 44 Rn. 45 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 16 Rn. 834 ff.; bejahend indes BGH NStZ-RR 2017, 221; BGH BeckRS 2020, 25633; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 26.

Hinweis: Statt die Prüfung an der Stelle für beide Personen abzurechnen, kann, wie hier folgt, jedenfalls für A die Prüfung der §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB fortgesetzt werden.

ee) Finalzusammenhang

Hinweis: Der Finalzusammenhang kann aufgrund seiner subjektiven Komponente genauso gut im subjektiven Tatbestand geprüft werden.

Darüber hinaus muss im Sinnes des erforderlichen Finalzusammenhangs die Gewalt gegen T final zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzt worden sein.¹⁰ Bei dieser subjektiven Komponente reicht es aus, wenn der Täter seinem Willen zufolge und aus seiner Perspektive die Nötigungshandlung einsetzt, um die Wegnahme zu erleichtern oder zu ermöglichen.¹¹ Daneben ist ein zeitlicher und örtlicher Zusammenhang zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der Wegnahme nötig.¹² Nach h.M. genügt dabei eine objektive Erleichterung der Wegnahme, ohne dass ein Kausalzusammenhang bestehen muss.¹³ Hier überwältigte und fesselte A die T im Schlafzimmer, während A und B nach ihrem Eindringen in das Haus auf der Suche nach Wertgegenständen die Schränke und Schubladen durchsuchten. Dies tat A mit dem Ziel, dass T die weitere Tatausführung von A und B nicht unterbindet oder erschwert, etwa durch eigenes Einschreiten oder Alarmieren der Polizei. Die Gewalt gegen T wurde damit final zur Ermöglichung der Wegnahme der Tablets sowie des Bargeldes eingesetzt.

b) Subjektiver Tatbestand

A muss zudem vorsätzlich sowie mit der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

aa) Vorsatz

Dazu müsste A in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben.¹⁴ A weiß, dass mit den Tablets und dem Bargeld fremde bewegliche Sachen weggenommen werden. Dass die Sachen inzwischen in das Eigentum der T übergegangen waren und nicht länger im Eigentum von Q und R standen, stellt sich dabei als unerheblicher Motivirrtum dar. Zudem hat A Vorsatz hinsichtlich des Faustschlags sowie der Fesselung von T und will sie dadurch daran hindern, die Wegnahme der Wertgegenstände zu unterbinden, wobei A dieses Nöti-

¹⁰ Zu diesem Erfordernis als allgemein h.M. siehe etwa BGHSt 41, 123 (124); 61, 141 (144); BGH NSTZ-RR 1997, 298; BGH NSTZ 1999, 510; BGH NJW 2011, 1979 f.; BGH NSTZ-RR 2013, 45 f.; BGH NSTZ 2015, 156 (157); BGH NSTZ 2015, 585 f.; BGH StraFo 2016, 168 (169); BGH NJW 2016, 2900 f.; BGH NSTZ-RR 2017, 143 f.; Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn. 24; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 249 Rn. 21; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 249 Rn. 20; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 22; Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 249 Rn. 12.

¹¹ BGHSt 61, 141 (145); BGH NSTZ 2015, 156; BGH NSTZ-RR 2015, 372; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 249 Rn. 21.

¹² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 29; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 249 Rn. 21.

¹³ BGHSt 4, 210 (211 f.); BGHSt 20, 32; BGHSt 41, 123 (124); BGHSt 61, 141 (144 f.); BGH NJW 2011, 1979; BGH NJW 2016, 2900 f.; Gierhake, JA 2008, 429 (431 f.); Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 301; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 22 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 8 Rn. 369; a.A. Sinn, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 249 Rn. 29.

¹⁴ Hierzu allgemein Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 6; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 7 Rn. 314.

Fett: Ungebetener Gast

gungsmittel auch gerade zu diesem Zweck eingesetzt hat. A handelt vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale.

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

(1) Zueignungsabsicht

Für die Absicht rechtswidriger Zueignung müsste A zunächst mit Zueignungsabsicht, also mit dem Willen zur dauerhaften Enteignung sowie der Absicht zur zumindest vorübergehenden Aneignung¹⁵ gehandelt haben. A wollte sich die Tablets und das Bargeld zumindest vorübergehend in das eigene Vermögen sowie das Vermögen von B einverleiben und dabei ursprünglich Q und R, nunmehr T¹⁶ dauerhaft aus ihrer Stellung als Eigentümer*innen verdrängen. A handelt folglich mit Zueignungsabsicht.

(2) Rechtswidrigkeit der Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz

Diese Zueignung muss auch rechtswidrig gewesen sein, was der Fall ist, wenn der Täter keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung der Sache hat.¹⁷ Ein solcher Anspruch liegt für A und B nicht vor, was A auch wusste und damit auch vorsätzlich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung handelte.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

A hat sich gem. § 249 Abs. 1 StGB wegen Raubes strafbar gemacht. B bleibt diesbezüglich wegen des Mittäterexzesses von A straflos.

B. Strafbarkeit von A

I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Zudem könnte sich A wegen schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht haben, indem A die T mit dem Schal fesselte.

1. Tatbestand

a) Grundtatbestand

Wie geprüft, erfüllt A den Grundtatbestand des § 249 Abs. 1 StGB.

¹⁵ Siehe hierzu *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 89; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 69; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 127.

¹⁶ Sowohl bei der Identität der Gewahrsamsinhaber*innen als auch jener der Eigentümer*innen hinsichtlich der Fremdheit der Sache handelt es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum.

¹⁷ Hierzu BGHSt 17, 87; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 59; *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 37; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 27.

b) Qualifikation

A kann außerdem einen schweren Raub i.S.d. § 250 StGB begangen haben. In Betracht käme hier § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, wozu A ein gefährliches Werkzeug bei sich führen musste. Der laut Sachverhalt verwendete Schal stellt sich jedoch als derart ungefährlich dar, dass er nach allen vertretenen Ansichten nicht als gefährliches Werkzeug im Sinne der Norm qualifiziert werden kann.¹⁸ Aus den gleichen Gründen scheidet eine Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB aus.

Stattdessen könnte A durch den Einsatz des Schals die Qualifikation des schweren Raubes nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB erfüllt haben. Hierzu müsste A sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führen, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Von dem Begriff der „sonstigen Mittel“ sind nach erklärtem Willen des Gesetzgebers¹⁹ objektiv ungefährliche Tatmittel umfasst.²⁰ Durch das Fesseln der T mittels Schals²¹ überwindete A deren Widerstand dergestalt, dass T sich nicht mehr gegen die Wegnahme wehren, diese verhindern oder Hilfe herbeiholen konnte. Dieses Werkzeug müsste A außerdem mit Gebrauchsabsicht bei sich geführt haben. Zwar benutzte A hier einen Schal, der zufällig neben dem Bett liegt und von A spontan zur Fesselung genutzt wurde. Dabei ist es jedoch für das Merkmal des Beisichführens unschädlich, dass A den Schal erst am Tatort vorfand, ergriff und verwendete.²² Die Gebrauchsabsicht manifestierte A durch das tatsächliche Verwenden des Werkzeugs gegen T, um deren Widerstand zu überwinden.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelt rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

Folglich hat sich A gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht.

¹⁸ Zum Meinungsstreit hinsichtlich der Auslegung des gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB, jeweils m.w.N., siehe *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 16 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 3 ff.; *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 9 ff.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 4 ff.; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 8 ff.; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 244 Rn. 6 ff.; zur Einstufung von Fesselungswerkzeugen siehe etwa BGH NJW 1989, 2549; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 4; zur Abgrenzung etwa beim Einsatz von Kabelbindern als bloßes Fesselungsmittel (dann § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB) oder als Knebelungsmittel (dann mitunter § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB) siehe zudem *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 36; hierzu auch BGH NStZ-RR 2004, 169.

¹⁹ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

²⁰ BGHSt 44, 103 (104); zustimmend BGH NStZ 2016, 215; *Mitsch*, JuS 1999, 640 (644); *Kudlich*, JR 1998, 357 (358); *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 39; *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 16.

²¹ Zu diesem und weiteren beispielhaften Gegenständen siehe etwa *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 17; vgl. auch *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 33.

²² Hierzu BGHSt 13, 259; BGH NStZ-RR 2003, 202; BGH NStZ-RR 2014, 277; siehe auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 2; *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 9; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 18.

C. Strafbarkeit von A und B

I. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

Zudem könnten sich A und B wegen Diebstahls in Mittäterschaft in besonders schwerem Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie in das Haus von Q und R durch die eingeschlagene Glasscheibe einbrachen und Tablets und Bargeld entwendeten.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A und B haben mit den Tablets und dem Bargeld fremde bewegliche Sachen weggenommen. Die durch B vorgenommene Wegnahme wird A im Wege der mittäterschaftlichen Begehung nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet, wobei sie arbeitsteilig vorgingen und dies vom gemeinsamen Tatplan gedeckt war.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

Hierbei handelten A und B vorsätzlich. Für B stellt es sich gleichermaßen als unbeachtlicher Motivirrtum bzgl. des Merkmals „fremd“ dar, dass die Sachen inzwischen in das Eigentum der T übergegangen waren und nicht länger im Eigentum von Q und R standen.²³

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

Zudem handelten A und B mit Zueignungsabsicht, wobei die Zueignung rechtswidrig war und A und B auch diesbezüglichen Vorsatz hatten.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafzumessung

Darüber hinaus könnten A und B das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB erfüllt haben, indem sie zur Tatausführung in ein Gebäude einbrachen. Gebäude ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und Unbefugte abhalten soll,²⁴ worunter das Haus von Q und R zweifellos fällt. Einbrechen wird erfüllt durch das gewaltsame Öffnen einer Umschließung von außen, die den Zutritt verwehrt.²⁵ Die

²³ Vgl. oben A. I. 1. b) aa).

²⁴ RGSt 49, 51; RGSt 53, 268; RGSt 70, 360 (361); BGHSt 1, 158 (163); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 9; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 243 Rn. 15.

²⁵ RGSt 4, 353 (354); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 10; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 11; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 12.

verschlossene Terrassentür stellt eine solche schützende Umschließung dar, welche A und B durch das Einschlagen der Glasscheibe gewaltsam öffneten und damit in die geschützte Räumlichkeit einbrachen.

Bezüglich dieser Merkmale handelten A und B zudem mit sog. „Quasivorsatz“.²⁶

II. Ergebnis

A und B haben sich gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Die Strafzumessung nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB muss nicht zwingend gutachterlich geprüft werden. Mit Blick auf die Schwerpunktsetzung ist es vertretbar, wenn sie nur summarisch angenommen wird oder im Rahmen der Konkurrenzen derart angesprochen wird, dass sie hinter dem verwirklichten § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zurücktritt.

D. Strafbarkeit von A und B

I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB

Zudem könnten sich A und B durch dasselbe Verhalten wegen Diebstahls mit Waffen sowie qualifizierten Wohnungseinbruchsdiebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Grundtatbestand

Wie geprüft, erfüllten A und B den Grundtatbestand des § 242 Abs. 1 StGB in Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB.

b) Qualifikationen

aa) § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Zudem könnten A und B die Qualifikation des Diebstahls mit Waffen erfüllt haben, indem A den neben dem Bett vorgefundenen Schal verwendete, um T die Hände auf dem Rücken zu fesseln. Unter „sonstige“ Mittel i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB fallen, ebenso wie bei § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB, ausdrücklich Alltagsgegenstände, ohne dass diese eine objektive Gefährlichkeit aufweisen müssen.²⁷ Auch hier führte A den Schal bei sich im Sinne der Norm und setzte ihn gegen T ein, um ihren (poten-

²⁶ Siehe hierzu allgemein *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 43; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 243 Rn. 27; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 72.

²⁷ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 14; *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 8; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 2, 4.

ziellen) Widerstand zu verhindern. Dabei genügt es, dass „ein anderer Beteiligter“ das Werkzeug bei sich führt, sodass es ohne Auswirkung bleibt, dass B den Schal nicht selbst bei sich führte.²⁸

Allerdings hat A unbemerkt und unabgesprochen den Schal vor Ort ergriffen und gegen T verwendet. B wusste indes nichts von diesem Vorgehen. B fehlte damit der Vorsatz hinsichtlich des Beisichführens eines sonstigen Werkzeugs und eine entsprechende Gebrauchsabsicht, während A diesbezüglichen Vorsatz hatte. Somit erfüllte nur A die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB.

bb) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

A und B könnten daneben die Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls erfüllen, indem sie zur Tatausführung in eine Wohnung einbrechen. Das Haus von Q und R könnte eine Wohnung im Sinne der Norm darstellen. Wohnung meint dabei grundsätzlich eine Räumlichkeit, die nicht bloß vorübergehend der Unterkunft von Menschen dient.²⁹ Aufgrund der erhöhten Strafandrohung muss dieser Terminus aber dahingehend ausgelegt werden, dass nur solche Räumlichkeiten erfasst sind, die dem Kernbereich der privaten Lebensführung dienen.³⁰ Problematisch könnte hierbei der Umstand sein, dass Q und R wenige Wochen vor der Tat verstorben waren. Jedenfalls bei Leerstand kann die Wohnungseigenschaft nach dem Versterben der ursprünglichen Inhaber*innen verneint werden.³¹ Allerdings verliert eine Unterkunft, die als Wohnstätte voll funktionsfähig ist, laut Rechtsprechung des BGH auch nach dem Tod der Bewohner*innen nicht ihre Eigenschaft als Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, sofern keine Entwidmung vorliegt.³² Spätestens mit der Einführung des § 244 Abs. 4 StGB hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass auch nicht dauerhaft genutzte Wohnungen strafrechtlichen Schutz genießen.³³

Andererseits setzt der BGH aber auch voraus, dass es zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Intimsphäre des Opfers kommen muss, um den Tatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls zu bejahen.³⁴ Mit Blick auf den Schutz der Privat- und Intimsphäre als gesetzgeberisches Motiv zur Strafschärfung³⁵ erscheint es daher vertretbar, die Eigenschaft der Wohnung für das Haus von Q und R mit deren Tod zu verneinen. Allerdings kann das eingerichtete Haus ohne weitere Hürden wieder neu bezogen werden.³⁶ Zudem hält sich deren Tochter und Alleinerbin T tatsächlich ausnahmsweise im Haus auf, um den Nachlass zu organisieren. Solche Dritte, die neben den (ursprünglichen) Bewohner*innen einen Bezug zu den Räumlichkeiten haben, etwa weil sie sich häufig darin aufhalten, es

²⁸ Vgl. hierzu etwa Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 5.

²⁹ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 30; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 244 Rn. 46a; Kinderhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 52; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 244 Rn. 43; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 61.

³⁰ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 5 Rn. 312; zustimmend Seier, in: FS Kohlmann, 2003, S. 295 (302); Schall, in: FS Schreiber, 2005, S. 423 (426 ff.); Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 61; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 10, 11.

³¹ AG Saalfeld StV 2005, 613; zustimmend Epik, NStZ 2020 485 (486); bereits Schall, in: FS Schreiber, 2005, S. 423 (434).

³² BGH NJW 2020, 2816; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 11b.

³³ So BGH NStZ 2020, 484 f.

³⁴ BGH NStZ 2008, 514 (515); siehe auch BGH NJW 2020, 2816 (2817 Rn. 14); AG Saalfeld StV 2005, 613 sowie AG Saalfeld NStZ-RR 2004, 141; ebenso Schall, in: FS Schreiber, 2005, S. 423 (431 ff.); Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 60.

³⁵ BT-Drs. 13/8587, S. 43; siehe auch BGH NStZ 2001, 533.

³⁶ Darauf verweisend Eisele, JuS 2023, 604 (605).

sich um das Elternhaus handelt oder private Gegenstände darin gelagert werden, sollen ebenfalls vom Schutzbereich der Norm erfasst sein.³⁷ Dabei hält sie sich nicht bloß tagsüber in dem Haus auf, sondern übernachtet dort, was der grundlegenden Eigenschaft der Wohnstätte entspricht.³⁸ Insofern kann dadurch von einer neuerlichen Widmung des Hauses als Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB für diesen Zeitraum ausgegangen werden, sodass es hier zu einer tatsächlichen Verletzung der Intimsphäre kam.

Daneben gehen A und B davon aus, dass sie in das noch von Q und R bewohnte und nur für den Zeitraum des Urlaubs verlassene Haus einbrechen, wobei auch hier ein unerheblicher Motivirrtum dergestalt vorliegt, dass statt der verstorbenen Q und R nunmehr T sich in dem Haus aufhält. Jedenfalls haben A und B Vorsatz bzgl. der Eigenschaft des Hauses als Wohnung im Sinne der Norm. Die Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist folglich zu bejahen (a.A. vertretbar).

Hinweis: Sollte die Qualifikation hier verneint werden, wäre sodann ein Versuch ebendieser zu prüfen und i.Erg. zu bejahen.

cc) § 244 Abs. 4 StGB

Fraglich ist, ob das Haus von Q und R darüber hinaus als dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.v. § 244 Abs. 4 StGB eingestuft werden kann. Zwar ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem gesetzgeberischen Willen hinreichende Anhaltspunkte zur unterschiedlichen Auslegung der Begrifflichkeiten der „Wohnung“ aus § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Gegensatz zur „Privatwohnung“ aus § 244 Abs. 4 StGB. Auch die Dauer der „dauerhaften“ Nutzung ist nicht ausdrücklich festgelegt.³⁹ Jedenfalls mit dem Versterben von Q und R als ursprüngliche Bewohner*innen kann diese Eigenschaft weggefallen sein. T hielt sich zwar am Tagtag im Haus von Q und R auf und übernachtete dort, tat dies aber nur ausnahmsweise zum Zwecke der weiteren Organisation des Nachlasses. Sie bewohnt das Haus nicht dauerhaft, ebenso wenig wie andere Personen. Eine ähnlich einschränkende Auslegung des Schutzbereichs der Norm wird im vergleichbaren § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgenommen.⁴⁰ Unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlauts, der gesetzgeberischen Intention sowie der erhöhten Strafandrohung ist die Annahme einer dauerhaft genutzten Privatwohnung somit für das Haus der verstorbenen Q und R abzulehnen.⁴¹

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten rechtswidrig und schuldhaft.

³⁷ BGH NStZ 2020, 484 f. mit ablehnender Meinung *Epik*.

³⁸ Zu der Schlafmöglichkeit gar als Erfordernis für die Einstufung als „Wohnung“ *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 244 Rn. 43; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 65; *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 244 Rn. 76; weiter hingegen BGH NJW 2017, 1186 (1188 Rn. 12: „Das Vorhandensein von Schlafplätzen kennzeichnet eine Wohnung typischerweise, ohne aber notwendiges Merkmal einer solchen zu sein“).

³⁹ Insofern zur missglückten und vorrangig kriminalpolitisch motivierten Gesetzesänderung siehe *Mitsch*, KriPoZ 2017, 181 ff.; *Busch*, ZRP 2017, 30; *Bosch*, Jura 2018, 50 ff.; *ders.*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 31 f.

⁴⁰ Dazu BGH NJW 2020, 2816 (2817) m.Anm. *Kretschmer*; darauf verweisend daher *Eisele*, JuS 2023, 604 (605).

⁴¹ So auch BGH NStZ 2023, 291 m.Anm. *Kudlich/Göken* = RÜ 2023 308 f. m.Anm. *Ladiges*; *Eisele*, JuS 2023, 604 f.; bereits BGH NJW 2020, 2816 f. = RÜ 2020, 719 f. m.Anm. *Ladiges*.

II. Ergebnis

Somit hat sich A gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht, während B nur gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar ist.

E. Strafbarkeit von A und B

I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Stattdessen könnten sich A und B durch selbiges Verhalten wegen versuchten qualifizierten Wohnungseinbruchsdiebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist, wie gesehen, nicht vollendet und der Versuch ist nach § 244 Abs. 4 StGB i.V.m. §§ 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

Zunächst müssten A und B mit Tatentschluss, also mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben.⁴² Sie gehen bei Tatbegehung davon aus, dass Q und R nur im Urlaub seien, aber grundsätzlich noch in dem Haus leben, in das sie einbrechen, um Wertgegenstände zu entwenden. Dies wollten sie ausnutzen, um die Tablets und das Bargeld wegzunehmen. Dass Q und R verstorben sind, wussten sie nicht.⁴³ Damit haben sie neben dem Tatentschluss hinsichtlich der mittäterschaftlichen Begehung auch Tatentschluss hinsichtlich des Merkmals der dauerhaft genutzten Privatwohnung als Tatobjekt.

b) Unmittelbares Ansetzen

Mit dem tatsächlichen Einbrechen in das Haus von Q und R haben A und B darüber hinaus unzweifelhaft unmittelbar zur Tat angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

A und B haben sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴² Allgemein *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 34 Rn. 7; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 17 Rn. 943.

⁴³ Insofern handelt es sich mangels tauglichen Tatobjekts um einen untauglichen Versuch, siehe auch *Eisele*, JuS 2023, 604 (605); hierzu allgemein *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 35 Rn. 1 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 17 Rn. 983 ff.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich strafbar gemacht gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB. Uneinheitlich wird das Verhältnis zur Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB beurteilt. Die Rspr. geht von einer Gesetzeseinheit aus, da dem Diebstahl bei vollendetem Raub keine eigenständige Bedeutung mehr zukomme, sondern der (auch qualifizierte) Diebstahl in diesem aufgehe.⁴⁴ Der Gewahrsamsbruch in Zueignungsabsicht wäre damit abgegolten. Dabei würde hingegen das spezifische Unrecht, der Bruch der häuslichen Privatsphäre, nicht hinreichend erfasst, weshalb es überzeugender erscheint, Tateinheit gem. § 52 StGB anzunehmen⁴⁵ (a.A. vertretbar). Sofern dieser Ansicht gefolgt wird, bleibt aus Klarstellungsgründen hierzu ebenfalls in Tateinheit gem. § 52 StGB die Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB bestehen.⁴⁶ § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB tritt hinter § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB zurück,⁴⁷ während § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB hinter § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zurücktritt.⁴⁸

B hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Ebenfalls aus Klarstellungsgründen bleibt hierzu in Tateinheit gem. § 52 StGB die Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB bestehen.⁴⁹ § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB tritt hinter § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zurück.⁵⁰

⁴⁴ BGHSt 20, 235 (237 f.); BGH NStZ-RR 2005, 202 (203); siehe auch *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 244 Rn. 65 und § 249 Rn. 23; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 13; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 85.

⁴⁵ Siehe auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 5 Rn. 310; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 39.

⁴⁶ BGH NStZ 2023, 291 = RÜ 2023, 308 f. m.Anm. *Ladiges*; BGH NStZ 2019, 674; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 13; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 244 Rn. 29; *Eisele*, JuS 2023, 604 (605). Allgemein zum Konkurrenzverhältnis von vollendetem Grundtatbestand und versuchter Qualifikation *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 132; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 52 ff. Rn. 113; siehe auch *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, Vor § 52 Rn. 91.

⁴⁷ Hierzu *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 13; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 29; *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 74.

⁴⁸ Hierzu *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 39; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 93; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 62.

⁴⁹ BGH NStZ 2023, 291 = RÜ 2023, 308 f. m.Anm. *Ladiges*; BGH NStZ 2019, 674; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 13; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 244 Rn. 29; *Eisele*, JuS 2023, 604 (605). Allgemein zum Konkurrenzverhältnis von vollendetem Grundtatbestand und versuchter Qualifikation *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 132; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 52 ff. Rn. 113; siehe auch *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, Vor § 52 Rn. 91.

⁵⁰ Hierzu *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 93; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 62; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 39.

Fortgeschrittenenübungsklausur zu Körperverletzungs- und Straßenverkehrsdelikten: Grillen mit Hindernissen

Wiss. Mitarbeiterin Anna-Sophia Folly, Wiss. Mitarbeiterin Johanna Kloster, Augsburg*

Die Klausur wurde in modifizierter Form im Sommersemester 2024 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene an der Universität Augsburg gestellt, wobei die 162 Bearbeitenden im Durchschnitt 6,85 Punkte erreichten. Die Durchfallquote lag bei 16,67 %.

Der Fall verpackt relevante Klausurklassiker der Körperverletzungs- und Straßenverkehrsdelikte mal etwas anders. Neben zentralen Problemen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs im Rahmen der gefährlichen Körperverletzung und der Einbettung von Aspekten der Straßenverkehrsdelikte über den eher unbekanntes § 315e StGB kommen in der Klausur auch solche des Allgemeinen Teils nicht zu kurz: Unter anderem wird eine mögliche Spielart von Distanzfällen samt error in persona und deren Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt. Es handelt sich um eine Klausur mit mittlerem Schwierigkeitsgrad.

Sachverhalt

Onkel Otto (O) hat, wie jedes Jahr, die Familie zum Grillen zu sich eingeladen. Dass seine volljährige Nichte Nina (N) sich im Voraus in der gemeinsamen WhatsApp-Gruppe darüber ausließ, wie man nur „totes Tier“ essen könne, ärgert ihn sehr. Daher beschließt er, ihr „so richtig eins auszuwischen“. O entfernt hierzu vier Schrauben an einem seiner massiven Stühle, sodass die vier Stuhlbeine nur noch lose mit dem Sitzbrett verbunden sind. Diese Manipulation war, wie von O „zur Vertuschung“ gewollt, nur bei einer Betrachtung des Stuhls von seiner Unterseite aus zu sehen. Den präparierten Stuhl platziert er am rechten Ende der Tafel. Seit N klein war, sitzt sie immer auf diesem Platz. O nimmt an, dass sie auch heute auf diesem Stuhl Platz nehmen und der Stuhl, wie von ihm gewollt, dann zusammenbrechen würde. Davon, dass sich jemand anderes auf den Stuhl setzen wird, geht er nicht aus. Dass durch die Kollision mit dem Stuhl bei N blaue Flecken entstehen, nimmt er billigend in Kauf. Ihre Gesundheit schwerwiegend beeinträchtigen will er hingegen nicht und hält dies auch nicht für möglich. O freut sich schon darauf, Ns erschrockenes Gesicht zu sehen, und steckt die Schrauben in seine Hosentasche.

Kurz bevor die Gäste kommen, fällt O allerdings auf, dass er keine Grillkohle besorgt hat. Er fährt daher mit dem Auto zur nahegelegenen Tankstelle. In dieser Zeit kommen die Gäste an, die von Os Freundin, die von seinem Plan nichts weiß, in die Wohnung gelassen werden. Da sich N verspätet, nimmt die volljährige Pauline (P) auf dem für N vorgesehenen Stuhl Platz. Der Stuhl ist, wie von O geplant, instabil und bricht zusammen. P ist durch den Sturz zunächst furchtbar erschrocken; außerdem erleidet sie durch den Aufprall auf die Teile des auseinanderfallenden Stuhls mehrere über Wochen sichtbare und schmerzhafte Hämatome am Rücken. Dabei hatte sie noch Glück im Unglück: Nur knapp verfehlte ihr Kopf beim Sturz das scharfkantige Fensterbrett hinter ihr; an diese Gefahr lebensgefährlicher Verletzungen hatte O überhaupt nicht gedacht.

* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiterinnen am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht (Prof. Dr. Johannes Kaspar) an der Universität Augsburg.

O bekommt hiervon erstmal nichts mit. Bei der Tankstelle angekommen, fällt ihm ein, dass er die Beweise seiner Präparation des Stuhls vernichten sollte. Er geht zur sich in der Nähe befindenden Straßenbahnhaltestelle und wirft die Schrauben auf die (parallel zur Autofahrbahn verlaufenden bzw. diese z.T. kreuzenden) Straßenbahngleise, damit diese von der sich annähernden, autonom fahrenden und für alle erkennbar gänzlich menschenleeren Straßenbahn überfahren werden. In Os Umfeld befindet sich niemand. Im Sichtfeld von O hängt ein Schild mit dem Aufdruck: „Keine Gegenstände auf die Schienen werfen – Gefahr.“ Dieses nimmt er auch wahr und denkt sich: „Und wenn schon, dann muss die nächste Tram halt warten, wenn diese nicht mehr fahren kann.“ Tatsächlich besteht bei den für Straßenbahnen typischen Rillenschienen eine erhöhte Entgleisungsgefahr durch potenzielle Fremdkörper. Eine Schraube des O verkeilt sich quer in den Schienen. Nur durch Zufall kommt es zu keiner Entgleisung.

Nachdem er die Grillkohle in den Kofferraum geladen hat, dreht O nun zufrieden das Autoradio auf volle Lautstärke auf und fährt so vom Tankstellenparkplatz. Durch die laute Musik bekommt er nicht mit, dass er versehentlich das ebenfalls geparkte Auto des Adam (A) touchiert und an dessen Auto einen großen Kratzer hinterlässt. A war bereits in Sichtweite und deutlich erkennbar auf dem Rückweg von der Tankstelle zu seinem Wagen. Erst am Tag nach dem Grillfest bemerkt O an seinem Auto den dort entstandenen Schaden, erkennt zutreffend, was am Vortag passiert ist, unternimmt aber nichts.

Aufgabe

Wie hat sich O nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis

Versuchs- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten sowie §§ 240, 258, und 316b StGB sind nicht zu prüfen. Alle ggf. erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Die Manipulation des Stuhls	329
I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 3, 5 StGB gegenüber P durch Manipulation des Stuhls	329
1. Tatbestandsmäßigkeit	329
a) Objektiver Tatbestand	329
aa) Vorliegen des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB	329
(1) Körperliche Misshandlung	329
(2) Gesundheitsschädigung.....	330
(3) Kausalität.....	330
(4) Objektive Zurechnung.....	330
(5) Zwischenergebnis	331
bb) Qualifikation, § 224 Abs. 1 StGB	331
(1) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB	331

(2) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	331
(3) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.....	332
(4) Zwischenergebnis.....	332
b) Subjektiver Tatbestand.....	332
aa) Distanzfall.....	332
(1) Gleichwertigkeitstheorie.....	332
(2) Konkretisierungslösungen.....	332
(a) Aberratio-ictus-Lösung.....	332
(b) Error-in-persona-Lösung.....	333
(c) Individualisierungslösung.....	333
(3) Streitentscheid.....	333
bb) Vorsatz.....	333
2. Rechtswidrigkeit.....	334
3. Schuld.....	334
4. Ergebnis.....	334
II. § 303 Abs. 1 StGB wegen der Manipulation des Stuhls	334
Tatkomplex 2: Die Straßenbahn	334
I. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB durch das Werfen der Schrauben auf die Gleise	334
II. §§ 315e, 315b Abs. 1, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB durch das Werfen der Schrauben auf die Gleise	334
1. Tatbestandsmäßigkeit.....	334
a) Objektiver Tatbestand.....	334
aa) Handlungsteil.....	335
bb) Dadurch Beeinträchtigung der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs	335
cc) Gefährdungsteil.....	335
b) Subjektiver Tatbestand.....	335
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	336
3. Ergebnis.....	336
Tatkomplex 3: Der Unfall auf dem Parkplatz	336
I. § 142 Abs. 1 Nr.1 StGB durch das Fahren vom Parkplatz	336
1. Tatbestandsmäßigkeit.....	336
a) Objektiver Tatbestand.....	336
aa) Unfall im Straßenverkehr.....	336
bb) Unfallbeteiligter, § 142 Abs. 5 StGB.....	337

cc) § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	337
b) Subjektiver Tatbestand.....	337
2. Ergebnis.....	337
II. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB durch das Untätigbleiben nach Kenntnis vom Unfall am nächsten Tag.....	337
1. Tatbestandsmäßigkeit	337
a) Objektiver Tatbestand	337
aa) Frühere Rechtsprechung.....	338
bb) Neue Rechtsprechung.....	338
b) Zwischenergebnis.....	338
2. Ergebnis.....	338
III. Gesamtergebnis Tatkomplex 3	338
Endergebnis und Konkurrenzen	338

Erster Tatkomplex: Die Manipulation des Stuhls

I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nrn. 3, 5 StGB gegenüber P durch Manipulation des Stuhls

Hinweis: Die Prüfung einer Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB), wenn man auf die Handlung des Opfers P (Hinsetzen auf den manipulierten Stuhl) abstellt, ist hier nicht zwingend, da auch auf die Tathandlung des O (Präparieren des Stuhls) selbst als potenzielle Tathandlung abgestellt werden kann.

O könnte sich gegenüber P gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nrn. 3, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er vier Schrauben von dem Stuhl entfernte, sodass die vier Stuhlbeine nur noch lose mit dem Sitzbrett verbunden waren.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorliegen des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB

O müsste P, eine andere Person, körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

(1) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohl-

befinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.¹

Allein der Schrecken der P kann nicht unter eine solche Misshandlung subsumiert werden. Hierfür spricht der Wortlaut der Norm, der ausdrücklich eine *Körperverletzung* und eine *körperliche* Misshandlung fordert. Rein psychische Beeinträchtigungen stellen demnach keine körperliche Misshandlung dar.²

Die auf die Präparation des danach instabilen Stuhls folgenden schmerzhaften, langanhaltenden Hämatomen am Rücken (Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und der körperlichen Unversehrtheit) sind jedoch eine solche Misshandlung.

(2) Gesundheitsschädigung

Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden pathologischen Zustandes.³

Hierunter ist der Schrecken Ps nicht zu fassen (siehe oben).

Die schmerzhaften und langanhaltenden Hämatome sind ein pathologischer Zustand. Sie weichen vom Normalzustand unversehrter Haut ab.⁴

(3) Kausalität

Fraglich ist, ob Os Handlung auch kausal für diesen Erfolg war. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist jede Handlung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.⁵ Hätte O am Stuhl nicht die Schrauben entfernt, wäre durch dessen Zusammenbruch bei P nicht die Hämatome aufgetreten. Os Handlung war kausal.

(4) Objektive Zurechnung

Weiterhin müsste ihm der Erfolg auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist der Erfolg, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg verwirklicht hat.⁶ O hat durch die Präparierung des Stuhls eine rechtlich missbilligte Gefahr für den Körper von Personen, die sich darauf sitzen wollen, geschaffen. Fraglich ist, ob diese sich auch im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklichte.

Es könnte sich hier um eine *eigenverantwortliche Selbstschädigung* des Opfers handeln, die die objektive Zurechnung mangels Gefahrverwirklichung entfallen ließe⁷, da P sich aus freien Stücken auf dem Stuhl niederließ und damit die unmittelbare Ursache für ihre eigene Verletzung setzte. Allerdings hatte sie keinerlei Kenntnis von der Gefahrenlage, sodass die von ihr vollzogene Selbstschädigung nach allen vertretenen Ansätzen⁸ jedenfalls nicht freiverantwortlich war.

Auch liegt kein *atypischer Kausalverlauf* vor.⁹ Der Erfolg (Hämatome bei P) liegt nicht völlig

¹ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 26 f.

² *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 41; Ebenso *Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 10.

³ *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 213; Zu psychischen Auswirkungen siehe vertiefend *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 58 ff.

⁴ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 67.

⁵ Hierzu bspw. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 227.

⁶ *Kaspar*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 85.

⁷ Zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vgl. *Kaspar*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 94 ff.

⁸ Vgl. zur Exkulpations- und Einwilligungslösung u.a. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 114; *Kaspar*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 94 ff.

⁹ Hierzu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 297 ff.

außerhalb dessen, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten ist.

(5) Zwischenergebnis

Diese Gefahr hat sich auch im tatbestandsmäßigen Erfolg der Verletzungen Ps verwirklicht. Der Erfolg ist O objektiv zurechenbar.

bb) Qualifikation, § 224 Abs. 1 StGB

Möglicherweise hat O zudem § 224 Abs. 1 StGB verwirklicht.

(1) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

Der Stuhl ohne Schrauben könnte ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB sein. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach Art seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Verwendung dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.¹⁰

Durch fehlende Schrauben lose Stuhlbeine samt Sitzfläche sind nach Art ihrer Beschaffenheit und der konkreten Verwendung als instabiles Sitzobjekt dazu geeignet, erhebliche Verletzungen (langanhaltende und schmerzhaftes Hämatome genügen)¹¹ hervorzurufen. Der Stuhl ist damit ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB.

Die Körperverletzung müsste auch „mittels“ dieses Werkzeugs begangen worden sein. Die Hämatome entstanden gerade durch den Zusammenstoß mit den Stuhlelementen (nicht etwa allein durch den Aufprall auf den Boden), sodass die Körperverletzung auch „durch“ das Werkzeug¹² begangen wurde. Die Frage, welche Art der Einwirkung für die Bejahung des Merkmals „mittels“ benötigt wird,¹³ kann demnach dahinstehen.

(2) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

O könnte P hinterlistig überfallen haben. Dies könnte der Fall sein, da die Manipulierung bei gewöhnlicher Benutzung des Stuhls nicht zu sehen war.

Ein Überfall ist jeder plötzliche, unvorhergesehene Angriff, auf den das Opfer unvorbereitet ist und nicht rechtzeitig zu reagieren vermag.¹⁴ Zwar geschah die Handlung des Entferns der Schrauben nicht plötzlich, jedoch hat P den Angriff nicht vorhergesehen und konnte sich aufgrund des Täuschungscharakters nicht darauf vorbereiten. Hinterlistig ist jedes planmäßige, die wahren Absichten verdeckendes Vorgehen.¹⁵ O präparierte extra die bei normaler Benutzung des Stuhls nicht erkennbare Unterseite und suggerierte damit planmäßig einen intakten Stuhl.

Die Körperverletzung wurde auch mittels dieses Überfalls begangen. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist zu bejahen.

¹⁰ Eidam, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 14; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 229.

¹¹ BGH MDR 1975, 367; Im Einzelfall können Hämatome allein nicht genügen vgl. BGH BeckRS 2015, 13518.

¹² Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 232.

¹³ Hierzu ausführlich Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 23; Eckstein, NSTZ 2008, 125 und Stam, NSTZ 2016, 713.

¹⁴ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 9 Rn. 15 f.; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

¹⁵ BGH NSTZ 2012, 698.

(3) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Es könnte eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vorliegen. Der potenzielle Aufprall auf ein Fensterbrett mit dem Kopf war hier konkret lebensgefährlich. Ihr Kopf verfehlte dieses nur um eine Haaresbreite, sodass hier auch ohne Kollision von einer konkreten Lebensgefahr (im Gegensatz zu einer nur abstrakten, theoretischen Gefährdung) ausgegangen werden kann. Der Streit, ob eine solche konkrete Lebensgefahr eingetreten sein muss oder ob eine abstrakte Gefährdung genügt,¹⁶ kann daher dahinstehen.

Der Körperverletzungserfolg muss allerdings auch „mittels“ dieser gefährlichen Art der Behandlung eingetreten sein. Hier erwächst das Gefährdungspotential nur mittelbar aus den äußeren Umständen (Stuhl in der Nähe des Fensterbretts), aber nicht aus der Körperverletzungshandlung (Manipulieren des Stuhls) selbst.¹⁷

Eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB liegt daher nicht vor.

Hinweis: Eine a.A. ist gut vertretbar.¹⁸ Dann müsste man aber konsequenterweise den Vorsatz bzgl. der das Leben gefährdenden Behandlung ausschließen.

(4) Zwischenergebnis

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 3 StGB sind zu bejahen. Der objektive Tatbestand liegt vor.

b) Subjektiver Tatbestand

O müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung (vgl. § 15 StGB).

aa) Distanzfall

Fraglich ist zunächst, wie es sich auswirkt, dass O eigentlich N „eins auswischen“ wollte und O während der Geschehnisse nicht vor Ort war (Distanzfall)¹⁹.

(1) Gleichwertigkeitstheorie²⁰

Nach der Gleichwertigkeitstheorie liegt in so einem Fall ein unbeachtlicher error in persona vor, der bei Gleichwertigkeit der Objekte (hier N und P als Menschen) den Vorsatz nicht entfallen lässt.

(2) Konkretisierungslösungen**(a) Aberratio-ictus-Lösung**

Nach der aberratio-ictus-Lösung²¹ ersetzt Os Vorstellung die visuelle Wahrnehmung. Demnach ist die Tat in dem Zeitpunkt fehlgegangen, in dem sich die falsche Person, nämlich P, auf den manipulierten

¹⁶ Ausführlich zu diesem Streitstand *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 42.

¹⁷ Vgl. *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 238.

¹⁸ Vgl. *Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28a.

¹⁹ Zu diesem Thema *Kaspar*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 7 Rn. 34; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 13a m.w.N.

²⁰ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 160.

²¹ *Herzberg*, JA 1981, 470 (473).

Stuhl setzte. „Geistig anvisiert“ wurde nämlich nur N, jedoch wurde P getroffen. Bezüglich P würde also nur eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, bzgl. N nur eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kommen (vgl. § 16 Abs. 1 StGB).

(b) Error-in-persona-Lösung

Eine andere Ansicht²² stellt entscheidend auf die optische Wahrnehmung ab. Distanzfälle sind hier nach als error in persona zu bewerten. Anvisiert wird damit, wer sich zuerst auf den Stuhl setzt. Der Vorsatz bzgl. P wäre zu bejahen. Bzgl. N dürfte dann keine Strafbarkeit mehr geprüft werden, da dies zu einer unzulässigen Verdoppelung des Vorsatzes führen würde.

(c) Individualisierungslösung

Nach der Individualisierungslösung²³ muss ein am Tatort nicht anwesender Täter, der sich nicht ausreichend um eine Individualisierung des von ihm anvisierten Opfers kümmert, das Risiko tragen,²⁴ dass andere Personen getroffen werden. Bei einem solchen Vorfall handle es sich lediglich um eine unerhebliche Abweichung vom Kausalverlauf. O trifft hier keine ausreichenden Vorkehrungen, dass nur N getroffen werden kann. Der Vorsatz bzgl. P wäre zu bejahen. Der Vorsatz bzgl. N wäre wieder „verbraucht“.

(3) Streitentscheid

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid vorzunehmen. Der Weg über die Lösung entsprechend eines error in personas, sei es über die Gleichwertigkeits- oder Konkretisierungslösung, ist aufgrund der ausschließlichen Bezugnahme auf den Aspekt der unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung abzulehnen, da in einem solchen Distanzfall nach diesen Theorien keine relevante Vorsatzkonkretisierung möglich ist.²⁵ Die Grundkonstellation eines error in persona ist gänzlich anders gelagert, einen Distanzfall charakterisiert gerade, dass durch das „Ausder-Hand-geben“ des Geschehensablaufs keine Wahrnehmung zum Tatzeitpunkt mehr erfolgen kann. Die aberratio-ictus-Lösung erscheint ebenfalls nicht sachgerecht, da sie pauschal zu einer milderen (und potenziell sogar straflosen) Bewertung des Geschehens führt. Für die Individualisierungslösung spricht dagegen, dass sie den Umständen eines Distanzfalles Rechnung trägt und je nach den konkreten Umständen sachgerechte Entscheidungen ermöglicht.²⁶ Demnach handelte O bzgl. P vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

Hinweis: Alle Ansichten sind mit guter Begründung vertretbar.

bb) Vorsatz

Bezüglich des Grunddelikts des § 223 Abs. 1 StGB nahm O Hämatome billigend in Kauf (dolus eventualis). Bezüglich der Körperverletzung mittels des anderen gefährlichen Werkzeugs Stuhl (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB) und des hinterlistigen Überfalls i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB agierte O mit Absicht (dolus directus 1. Grades).

²² Prittwitz, GA 1983, 119 (127 ff.).

²³ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 15 Rn. 47.

²⁴ Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 7 Rn. 38.

²⁵ Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 7 Rn. 37.

²⁶ Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 7 Rn. 38.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. O handelte rechtswidrig.

3. Schuld

Zudem liegen keine Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe vor. O handelte schuldhaft.

4. Ergebnis

O hat sich gegenüber P gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 3 StGB strafbar gemacht, indem er den Stuhl manipulierte.

II. § 303 Abs. 1 StGB wegen der Manipulation des Stuhls

Eine Sachbeschädigung scheidet bereits mangels einer „fremden“ Sache aus. Der Stuhl stand in Os Alleineigentum.

Hinweis: Auf eine Prüfung des § 303 StGB kann auch verzichtet werden.

Tatkomplex 2: Die Straßenbahn

I. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB durch das Werfen der Schrauben auf die Gleise

Eine Strafbarkeit direkt über § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB ist zu verneinen. Diese Norm ist durch die Vorschrift des § 315e StGB nicht anwendbar, soweit das fahrende Schienenfahrzeug am Straßenverkehr teilnimmt (und die Verkehrsgefahr vom fahrenden Schienenfahrzeug ausgeht).²⁷ Die Gleise verlaufen parallel zur Autofahrbahn bzw. kreuzen diese zum Teil, sodass eine Teilnahme am Straßenverkehr durch die Straßenbahn zu bejahen ist.

II. §§ 315e, 315b Abs. 1, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB durch das Werfen der Schrauben auf die Gleise

O könnte sich gegenüber den Straßenbahnbetreibenden gem. §§ 315e, 315b Abs. 1, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB durch das Werfen der Schrauben auf die Gleise strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Gem. § 315e StGB finden die Vorschriften zum Schutz des Straßenverkehrs Anwendung (siehe oben).

²⁷ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 315e Rn. 3 ff. Dementsprechend muss hier nicht zwischen verkehrsfremden und verkehrsisernen Verhaltensweisen unterschieden werden; obgleich beide Konstellationen unter § 315 StGB fallen würden vgl. Saliger, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 315 Rn. 8.

Hierzu gehört § 315b StGB.

aa) Handlungsteil

O müsste eine der Handlungen des § 315b StGB verwirklicht haben.

O zerstörte oder beschädigte die Anlage bzw. die Straßenbahn (vgl. Nr. 1) nicht. Auch Nr. 2 ist mangels tatsächlich entstandenen Hindernisses nicht einschlägig.²⁸ Die Straßenbahn selbst ist nicht entgleist und stellt somit kein Hindernis dar.

Jedoch könnte ein ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff (Nr. 3) vorliegen. Hierunter lassen sich verkehrsfremde Außeneingriffe, wie auch das Werfen von Gegenständen wie Schrauben, subsumieren.²⁹ Dieses Verhalten ist ebenso gefährlich wie das Zerstören oder Beschädigen einer Anlage oder das Schaffen eines Hindernisses. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB ist zu bejahen.

bb) Dadurch Beeinträchtigung der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs

Durch den Wurf der Schrauben steigerte sich die normale Betriebsgefahr konkret und der Verkehr wurde in seinem ungestörten Ablauf abstrakt gefährdet.³⁰

cc) Gefährdungsteil

Auf Grund der Tathandlung muss des Weiteren eine konkrete Gefahr für den Leib oder Leben einer anderen Person (Var. 1) oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert (Var. 2) eintreten.

Dies muss über die innenwohnende latente Gefahr hinaus zu einer Situation führen, in welcher die Person oder Sache „im Sinne eines Beinaheunfalls“ so stark beeinträchtigt ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Rechtsgutverletzung kommt oder nicht.³¹

Weder in der Straßenbahn noch in der näheren Umgebung befanden sich Personen.

Gefährdet worden sein könnte jedoch die Straßenbahn selbst. Zwar handelt es sich rein physisch bei den Schrauben nur um eine kleine Einwirkung, diese hat jedoch ein nicht nur unwesentliches Gefährdungspotential (siehe auch Schild). Nur durch Zufall kam es zu keiner Entgleisung, was einem Beinaheunfall entspricht. Bei der Straßenbahn handelt es sich auch um eine fremde Sache von bedeutendem Wert (Grenze 750 €).³²

Der Gefährdungsteil liegt vor. Die Tathandlung führte auch unmittelbar zu der konkreten Gefahr, welche sich auch als Steigerung der abstrakten Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs darstellte.

b) Subjektiver Tatbestand

O agierte bezüglich der Handlung mit dolus directus 1. Grades. Zwar ging es O primär um einen bequemen Weg zur Vernichtung der Schrauben und nicht um einen Eingriff inklusive Gefährdung, jedoch nahm er eine mögliche Gefährdung billigend in Kauf (dolus eventualis).³³ Es liegt sowohl Vorsatz bzgl. des Handlungs- als auch des Gefährdungsteils vor.

²⁸ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 315b Rn. 31.

²⁹ Saliger, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 22.

³⁰ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 66 Rn. 3.

³¹ BGH NStZ 2019, 346.

³² Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, 315b Rn. 55.

³³ Zur Abgrenzung bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 131 ff.

Möglicherweise hat O darüber hinaus auch die Qualifikation des § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB verwirklicht, indem er gleichzeitig die vorherige Tat der Körperverletzung verdecken wollte (Verdeckungsabsicht).³⁴ Auf den Erfolg dieses „Verdeckens“ kommt es nicht an.³⁵ O kam es gerade darauf an, die Schrauben und damit „Beweise“ der Körperverletzung durch die Präparation des Stuhls „verschwinden“ zu lassen, was einem dolus directus 1. Grades entspricht. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB ist folglich zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zudem handelte er rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

O hat sich gegenüber dem Straßenbahnbetreibenden gem. §§ 315e, 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB durch das Werfen der Schrauben auf die Gleise strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: Der Unfall auf dem Parkplatz

I. § 142 Abs. 1 Nr.1 StGB durch das Fahren vom Parkplatz

O könnte sich gegenüber A durch das Fahren vom Parkplatz nach dem Touchieren gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Unfall im Straßenverkehr

Ein Unfall im Straßenverkehr ist jedes plötzliche, mit den typischen Gefahren des Straßenverkehrs ursächlich zusammenhängende Ereignis, das einen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat, der nicht ganz unerheblich ist.³⁶ Das Touchieren des Fahrzeugs des A war zumindest für A ein solches unvorhersehbares Ereignis; auch entspricht es den typischen Risiken der Verkehrsteilnahme³⁷. Der entstandene Kratzer am Auto As stellt einen Schaden dar, für den typischerweise (zivilrechtliche) Ersatzansprüche geltend gemacht werden und war folglich nicht belanglos. Zwar erfolgte der Unfall auf dem Parkplatz der Tankstelle, diese ist aber zur Benutzung durch die Kunden der Tankstelle, einem nicht näher bestimmten und zahlenmäßig nicht eng begrenzten Personenkreis, zugelassen und wird auch tatsächlich von diesem genutzt.³⁸ Folglich zählt der Parkplatz zum öffentlichen Straßenverkehr.

³⁴ Zur Verdeckungsabsicht vgl. *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 66 Rn. 15 f.

³⁵ *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315 Rn. 92.

³⁶ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 142 Rn. 6; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 68 Rn. 2.

³⁷ BGH NJW 2002, 626 (627).

³⁸ *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 68 Rn. 6.

bb) Unfallbeteiligter, § 142 Abs. 5 StGB

O war zum Zeitpunkt des Unfalls am Unfallort anwesend und führte das touchierende Fahrzeug (Unfallverursacher). Damit war er Unfallbeteiligter.

cc) § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Indem O vom Parkplatz der Tankstelle zu sich nach Hause fuhr, entfernte er sich vom Unfallort.

O könnte die Primärpflicht nach Abs. 1 Nr. 1 verletzt haben, sofern feststellungsbereite Personen am Unfallort anwesend waren. A als Fahrzeughalter und Eigentümer des beschädigten Kraftfahrzeugs war zur Beweissicherung geeignet und fähig und hätte die zur Sicherung des zivilrechtlichen Ersatzanspruchs erforderlichen Feststellungen treffen können.³⁹ Zwar befand sich A nicht unmittelbar bei seinem Fahrzeug, jedoch bereits in Sichtweite und auf dem direkten Rückweg zu seinem Auto. Folglich erfüllte O § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

b) Subjektiver Tatbestand

O bemerkte den Unfall nicht und wusste somit auch nicht, dass ihn als Unfallbeteiligten die Pflichten des Abs. 1 Nr. 1 treffen. Folglich kannte er einen Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, bei Begehung der Tat nicht und unterlag einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.⁴⁰

Dass O am nächsten Tag Kenntnis von dem Unfall erlangte, stellt höchstens einen dolus subsequens dar; die nachträgliche Kenntniserlangung ist aufgrund des Koinzidenzprinzips, das sich aus §§ 16 Abs. 1 S. 1, 8 S. 1 StGB ergibt, aber unbeachtlich.⁴¹

2. Ergebnis

Mangels Vorsatzes hat sich O nicht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Fahren vom Parkplatz strafbar gemacht.

II. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB durch das Untätigbleiben nach Kenntnis vom Unfall am nächsten Tag

Jedoch könnte sich eine Strafbarkeit des O durch das Untätigbleiben trotz Kenntnis vom Unfall am nächsten Tag nach § 142 Abs. 2 StGB ergeben.

1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Objektiver Tatbestand**

Denkbar ist eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB, da O die erforderlichen Feststellungen nach Bemerken des Unfalls im Straßenverkehr (siehe oben) nicht unverzüglich nachgeholt hat. Fraglich ist, ob das unvorsätzliche Entfernen des O als ein Fall des berechtigten oder entschuldigten Entfernens (Nr. 2) eingeordnet werden kann.

³⁹ Zopf, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 315b Rn. 53.

⁴⁰ Hierzu Kasper, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 7 Rn. 6 ff.

⁴¹ Hierzu Kasper, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 138.

aa) Frühere Rechtsprechung

Eine Ansicht (frühere Rechtsprechung⁴²) argumentiert, dass der Begriff des entschuldigten Entfernens weit auszulegen ist. Infolgedessen könnte auch vorsatzloses Entfernen unter Nr. 2 subsumiert werden und O hätte möglicherweise seine Nachholpflicht verletzt.⁴³ Für diese Ansicht lässt sich anführen, dass es wertungsmäßig keinen Unterschied macht, ob der Täter den Unfallort berechtigt bzw. entschuldigt oder vorsatzlos verlässt. Vielmehr erscheint es unbillig, den sich vorsatzlos Entfernenden im Verhältnis zu demjenigen Unfallbeteiligten, der den Unfallort gerade berechtigt oder entschuldigt verlässt, zu privilegieren.⁴⁴

bb) Neue Rechtsprechung

Eine andere Ansicht (neuere Rechtsprechung⁴⁵) lehnt diese weite Auslegung ab. Die Wortlautgrenze der Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ lässt eine derart weite Extension nicht zu und diese verstößt daher gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.⁴⁶ Des Weiteren reiche sonst die Verpflichtung des § 142 Abs. 2 StGB weiter als die Primärpflichten des § 142 Abs. 1 StGB.⁴⁷ Er müsste selbstbelastende Handlungen im Nachhinein vornehmen, ohne dass er die Reichweite überblicken könnte. Zudem verlässt der sich entschuldigt oder berechtigt Entfernende den Unfallort in der Kenntnis, ein Unfallbeteiligter zu sein. Der sich unvorsätzlich Entfernende ist sich dem nicht bewusst, hat also eine andere Situation in objektiver und subjektiver Hinsicht.

Insgesamt ist die Ansicht, die eine weite Auslegung ablehnt, vorzugswürdig. Folglich verletzte O keine Nachholpflicht.

b) Zwischenergebnis

O hat den objektiven Tatbestand des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht erfüllt.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des O nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB scheidet aus.

III. Gesamtergebnis Tatkomplex 3

O hat sich im Rahmen der Geschehnisse rund um das KFZ nicht strafbar gemacht.

Endergebnis und Konkurrenzen

O hat sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 3 StGB durch das Manipulieren des Stuhls gegenüber P strafbar gemacht. § 223 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 224 Abs. 1 StGB zurück (Spezialität).

⁴² BGHSt 28, 129 (134) = NJW 1979, 434.

⁴³ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 68 Rn. 37 ff.

⁴⁴ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 68 Rn. 41.

⁴⁵ BVerfG NJW, 1666 (1667).

⁴⁶ Simon, NJW 2007, 1668 (1669 f.).

⁴⁷ Beulke, NJW 1979, 400 (402 ff.).

Durch das Werfen der Schrauben hat O sich gem. §§ 315e, 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b Var. 2 StGB gegenüber den Straßenbahnbetreibenden strafbar gemacht. Diese Taten stehen in Tatmehrheit gem. § 53 Abs. 1 StGB.

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Beschl. v. 27.11.2024 – 1 BvR 1726/23¹

Tübinger Verpackungssteuer

1. a) Die Örtlichkeit einer nicht direkt an den Verbrauch, sondern indirekt an den Verkauf von Waren anknüpfenden Verbrauchsteuer im Sinne des Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG ist nur gegeben, wenn der Steuertatbestand den typischen Fall des Verbrauchs der verkauften Ware innerhalb des Gemeindegebiets realitätsgerecht erfasst.
 - b) Dem genügt jedenfalls eine tatbestandliche Anknüpfung der Steuerpflicht an den Verkauf von Waren „zum Verbrauch an Ort und Stelle“.
 - c) Die Örtlichkeit kann aber auch bei Waren gegeben sein, die nicht „zum Verbrauch an Ort und Stelle“ des Verkaufs bestimmt sind, wenn der Verbrauch typischerweise im Gemeindegebiet erfolgt. Hierfür kann insbesondere die Beschaffenheit der Ware sprechen und sind die weiteren Gegebenheiten zu berücksichtigen wie etwa die Versorgungsstruktur oder die Größe der Gemeinde. Eine darauf bezogene Steuerpflicht setzt voraus, dass im Steuertatbestand diejenigen Waren benannt oder aufgrund konkreter Kriterien bestimmbar sind, die im Anschluss an den Verkauf typischerweise noch innerhalb der Grenzen der jeweiligen Gemeinde verbraucht werden; dem Normgeber kommt hierbei ein Einschätzungsspielraum zu.
2. Art. 12 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn eine Steuer mit berufsregelnder Tendenz es den betroffenen Unternehmen in aller Regel unmöglich macht, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung oder unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen. Maßgeblich ist, ob ein durchschnittlich ertragsstarkes, dem jeweiligen Berufszweig oder einer in spezifischer Weise betroffenen Gruppe desselben zugehöriges Unternehmen nach Abzug der notwendigen Aufwendungen wegen der Steuer keinen angemessenen Gewinn erzielen kann.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 105

*Dr. Sarah Dersarkissian, Düsseldorf**

I. Einleitung

Nachdem das Vorhaben der Stadt Kassel, eine kommunale Verpackungssteuer zu erheben, im Jahr 1998 durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärt wurde,² ist es zeitweise still um die Thematik geworden. Seit die Universitätsstadt Tübingen mit Wirkung zum 1.1.2022 die deutschlandweit erste kommunale Verpackungssteuer eingeführt hat, ist der Diskurs über die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Vorhabens aber wieder aufgelebt. Ohnehin haben staatliche Geldleistungspflichten als

* Die Verf. ist Rechtsreferendarin im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/11/rs20241127_1bvr172623.html?nn=68080.

² BVerfGE 98, 106 ff.

Lenkungsmittel zugunsten umweltfreundlichen Verhaltens in jüngerer Vergangenheit Konjunktur. Die Tübinger Verpackungssteuer ist nur eines von mehreren Beispielen, die sowohl im öffentlichen als auch im (verfassungs-)rechtswissenschaftlichen Diskurs Aufmerksamkeit finden. So begründet etwa § 12 Einwegkunststofffondsgesetz (EWKFondsG) eine bundesgesetzliche Verpflichtung der Hersteller von Einwegkunststoffprodukten, eine Einwegkunststoffabgabe zu leisten. Gegen diese Abgabe sind ebenfalls mehrere Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG anhängig,³ deren Entscheidung indes noch aussteht. Zu den zentralen verfassungsrechtlichen Fragen, die derartige Geldleistungspflichten aufwerfen, zählt die Gesetzgebungskompetenz. Dementsprechend steht auch die Auslegung und Anwendung der Kompetenznorm des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG im Zentrum der hiesigen Entscheidung. Diese knüpft in vielerlei Hinsicht an gefestigte Maßstäbe der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und dabei insbesondere der Leitentscheidungen zur hessischen Speiseeissteuer⁴ und zur Kasseler Verpackungssteuer⁵ an, setzt aber auch neue Akzente. Insbesondere Letztere werden nachfolgend näher beleuchtet.

II. Sachverhalt

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin, die als Franchise-Nehmerin ein Schnellrestaurant in Tübingen betrieben hatte, gegen eine letztinstanzliche Entscheidung des BVerwG.⁶ Gegenstand der zugrunde liegenden verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO war die Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer⁷, welche die Beschwerdeführerin nunmehr auch im Wege der Verfassungsbeschwerde mittelbar angreift. Auf Grundlage der Satzung erhebt die Universitätsstadt Tübingen bei den Endverkäufern von Speisen und Getränken eine Steuer auf Einwegprodukte. Eines der mit der Satzung verfolgten Ziele besteht darin, die „Vermüllung“ des Stadtgebiets durch Einwegverpackungen zu verringern. Der Normtext lautet auszugsweise wie folgt:

§ 1 Satzung der Universitätsstadt Tübingen

(1) Die Universitätsstadt Tübingen erhebt nach Maßgabe der folgenden Vorschriften auf nicht wiederverwendbare Verpackungen (Einwegverpackungen) und nicht wiederverwendbares Geschirr (Einweggeschirr) sowie auf nicht wiederverwendbares Besteck (Einwegbesteck) eine Steuer, sofern Speisen und Getränke darin bzw. damit für den unmittelbaren Verzehr an Ort und Stelle oder als mitnehmbares take away-Gericht oder -Getränk verkauft werden (z.B. warme Speisen und Getränke, Eis von der Eisdiele, Salat mit Soße und Besteck, Getränke „to go“). [...]

Die Steuerschuld entsteht nach § 5 Abs. 2 im Zeitpunkt des Verkaufs der Speisen und Getränke und beträgt für alle betroffenen Einwegverpackungen – mit Ausnahme der mit nur 0,20 € besteuerten Einwegbesteckprodukte – 0,50 € mit einer absoluten Beschränkung auf 1,50 € pro Mahlzeit. Eine

³ https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Aktuelles/AusgewaehlteNeueingaenge/vs_2023/ausgewaehlte-Neueingaenge2023_node.html (13.3.2025) den Neueingang im Dezember 2023 unter dem Az. 1 BvR 2259/23; siehe auch Lang, EUWID v. 17.5.2024, abrufbar unter <https://www.euwid-recycling.de/news/wirtschaft/zeh-n-verfassungsbeschwerden-gegen-einwegkunststofffondsgesetz/> (13.3.2025).

⁴ BVerfGE 16, 306 ff.

⁵ BVerfGE 98, 106 ff.

⁶ BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22.

⁷ Abrufbar unter https://www.tuebingen.de/verwaltung/uploads/satzung_verpackungssteuer.pdf (13.3.2025).

Steuerbefreiung sieht die Satzung insbesondere für den Fall der Rücknahme und stofflichen Verwertung der Produkte vor.

III. Entscheidungsgründe

Der *Erste Senat* erachtet die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Rüge einer Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG für zulässig. Demgegenüber sei eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht substantiiert (Rn. 19) und eine Verletzung des Vorbehalts des Gesetzes und des Bestimmtheitsgebots durch die landesgesetzliche Ermächtigung der Gemeinden zur Erhebung örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern in § 9 Abs. 4 KAG BW nicht innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG (Rn. 23) gerügt worden. Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde stehe auch das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nicht entgegen. Insbesondere sei die Beschwerdeführerin nicht darauf zu verweisen, den Erlass von Steuerbescheiden abzuwarten und sodann gerichtlich gegen diese vorzugehen, denn die rechtskräftige Ablehnung des Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO entfalte auch insoweit Bindungswirkung (Rn. 21).

Nach Auffassung des *Ersten Senats* ist die Verfassungsbeschwerde aber nicht begründet. Die Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer verletze die Beschwerdeführerin nicht in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Zwar seien die Regelungen am Maßstab der Berufsfreiheit zu messen, da sie eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufwiesen. Dies ergebe sich daraus, dass die Endverkäufer von Einwegprodukten durch die Steuerpflicht dazu motiviert werden sollen, ihr Verhalten hinsichtlich der Abgabe von Einwegprodukten zu ändern (Rn. 30). Der Eingriff in die Berufsfreiheit sei aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Universitätsstadt Tübingen habe nach Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG i.V.m. § 9 Abs. 4 KAG BW die Gesetzgebungskompetenz für die Erhebung der streitgegenständlichen Verpackungssteuer inne, denn es handle sich um eine Verbrauchsteuer, die bundesgesetzlich geregelten Steuern nicht gleichartig ist und einen örtlichen Bezug aufweise. Dass mit der Verpackungssteuer Lenkungsziele verfolgt würden, stehe ihrer Einordnung als Steuer i.S.d. Art. 105 GG nicht entgegen. Weder die Höhe noch die konkrete Ausgestaltung der Verpackungssteuer würden faktisch wie ein Verbot wirken (Rn. 37). Es handle sich auch um eine Verbrauchsteuer. Eine solche liegt vor, wenn der Verbrauch von Waren belastet wird, das heißt „die Ware nach Abschluss des konkreten Verwendungsvorgangs als nicht mehr existent anzusehen oder funktions- und wertlos geworden ist“ (Rn. 39). Dies treffe auf Einwegverpackungen zu, die die Funktion haben, „den Transport und anschließenden Verzehr der Speisen und Getränke zu ermöglichen“ (Rn. 41). Die Verpackungssteuer sei auch nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig (Rn. 42). Der maßgebliche Verbrauchsvorgang bestehe zwar nicht bereits in dem – ortsgebundenen – Verkauf, sondern erst im Verzehr der verpackten Speisen und Getränke (Rn. 41). Ausgehend von der verfassungskonformen Auslegung des Steuertatbestands durch das BVerwG (Rn. 54), das diesen auf typischerweise auf den sofortigen Verzehr gerichtete Speisen und Getränke beschränkt habe (Rn. 55), läge aber trotzdem ein Ortsbezug vor (Rn. 56 ff.). Ein solcher bestehe nicht nur für Speisen und Getränke, die dazu bestimmt sind, „an Ort und Stelle“ verbraucht zu werden. Vielmehr reiche es aus, „wenn der Verbrauch typischerweise im Gemeindegebiet erfolgt“, was sich vor allem aus der Eigenschaft der verkauften Speisen und Getränke, aber auch aus weiteren Umständen des Einzelfalls mit Blick auf die jeweilige Gemeinde ergeben könne (Rn. 49). Der Steuertatbestand selbst müsse die betroffenen Waren jedenfalls in bestimmbarer Weise umreißen. Insoweit räumt der *Erste Senat* den Gemeinden ausdrücklich einen Einschätzungsspielraum ein (Rn. 50). Aufgrund der typisierenden Betrachtung werde der Ortsbezug nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass der Verzehr gegebenenfalls in atypischen Fällen nicht an Ort und Stelle erfolgt (Rn. 52). Der Ausübung der Gesetzgebungskompetenz durch die Universitätsstadt Tübingen stünden auch keine Kompetenzausübungs-

schränken entgegen. In diesem Zusammenhang diskutiert der *Erste Senat* zwei Anknüpfungspunkte, namentlich den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und das Gebot der Bundestreue. Ein Widerspruch bestehe weder mit der Gesamtkonzeption (Rn. 64 ff.) noch mit Einzelregelungen (Rn. 67 ff.) des Abfallrechts. Insbesondere der bundesgesetzlich geregelten Einwegkunststoffabgabe werde die finanzielle Grundlage auch nicht in einer Weise entzogen, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue bedeutet (Rn. 71). Schließlich bewirke die kompetenz- und auch im Übrigen formell verfassungsgemäße Erhebung der Verpackungssteuer keine unzumutbare Beeinträchtigung (Rn. 73 ff.), die ihre materielle Verfassungsmäßigkeit in Zweifel ziehen könnte. Insbesondere sei eine Inanspruchnahme der Endabnehmer jedenfalls aus Praktikabilitätsgründen verhältnismäßig (Rn. 77).

IV. Einordnung und Würdigung der Entscheidung

1. Gesetzgebungskompetenz

Die weichenstellende Frage, die der *Erste Senat* beantworten musste, betrifft die Zuständigkeit der Universitätsstadt Tübingen für die von ihr erlassene Verbrauchsteuer. Für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder enthält das Grundgesetz ausdifferenzierte Regelungen. Im finanzverfassungsrechtlichen Kontext sind in Art. 105 GG Sonderregelungen für die Gesetzgebungskompetenz vorgesehen. Insoweit ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen der Art. 70 ff. GG gesperrt.

a) Vorbemerkungen zur Gesetzgebungskompetenz für Aufwand- und Verbrauchsteuern nach Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG

Nach Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung über die örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern, solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind. Auf den ersten Blick scheint die Regulationsstruktur dieser Norm Parallelen zu Art. 72 Abs. 1 GG aufzuweisen. Demnach steht die Befugnis zur Gesetzgebung im Falle der konkurrierenden Gesetzgebung den Ländern zu, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Den Parallelen in den Formulierungen zum Trotz unterscheidet sich der normative Gehalt aber grundlegend. Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG begründet eine *ausschließliche* Gesetzgebungskompetenz der Länder.⁸ Anders als im Falle des Art. 72 Abs. 1 GG ist der Vorbehalt des zweiten Halbsatzes nicht kompetenziell, sondern rein materiell-rechtlich zu verstehen: Eine *örtliche* Aufwand- oder Verbrauchsteuer, die bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig ist, kann *überhaupt nicht* – also auch nicht vom Bund – erhoben werden. Den zuständigen Ländern steht es indes frei, ihre Gesetzgebungskompetenz durch Gesetz an die Kommunen zu delegieren.⁹

b) Keine gleichartige bundesgesetzliche Steuer

Während überkommene örtliche Verbrauchsteuern nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG Bestandsschutz genießen, müssen sich neu eingeführte örtliche Verbrauchsteuern an dem Gleich-

⁸ Statt aller aus dem Schrifttum *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rn. 60 m.w.N.

⁹ Exemplarisch *Jachmann-Michel/Vogel*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 105 Rn. 54.

artigkeitsverbot des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG messen lassen. Eine örtliche Verbrauchsteuer ist einer bundesgesetzlich geregelten Steuer gleichartig, wenn sie ein und dieselbe Steuerquelle belastet. Dies ist der Fall, wenn der Gegenstand, die Grundlage der Bemessung, die Art und Weise der Erhebung sowie die Auswirkungen der Steuern in wirtschaftlicher Hinsicht übereinstimmen (Rn. 43).¹⁰

aa) Alte Pfade: Umsatzsteuer

Wie auch schon der *Zweite Senat* in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer,¹¹ prüft der *Erste Senat* in diesem Zusammenhang insbesondere die Gleichartigkeit der Tübinger Verpackungssteuer mit der Umsatzsteuer und verneint diese (Rn. 46). Damit greift der *Erste Senat* eine klassische Abgrenzungsfrage auf und verbleibt innerhalb der Pfade der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

bb) Neue Wege: Einwegkunststoffabgabe

Neu ist die nachfolgende Prüfung der Gleichartigkeit mit der Einwegkunststoffabgabe. In Teilen der Literatur wird angenommen, dass kommunale Verpackungssteuern mit Einführung der Einwegkunststoffabgabe an Boden verlören, weil dadurch eine Doppelbelastung drohe.¹² Auf eine vermeintliche Doppelbelastung kommt es für die Argumentation des *Ersten Senats* indes nicht an, weil er – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG und unter Ablehnung einer erweiternden Auslegung – lediglich Steuern in den Blick nimmt. Konsequenterweise beschränkt sich der *Erste Senat* deshalb auf die Beantwortung der entscheidungserheblichen Frage, ob es sich bei der Einwegkunststoffabgabe um eine Steuer oder eine nicht-steuerliche Abgabe handelt. Die „genaue Einordnung der Einwegkunststoffabgabe als nichtsteuerliche Abgabe“ lässt der *Erste Senat* hingegen ausdrücklich offen (Rn. 47). Dies ist schon aus dem Grund begrüßenswert, dass sich der *Erste Senat* insoweit auf die tragenden Gründe beschränkt und ein obiter dictum vermeidet. Im hiesigen Fall kommt noch hinzu, dass die offengelassene Frage die anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen das Einwegkunststofffonds-gesetz betrifft. Ein obiter dictum hätte unter diesen Umständen in besonderem Maße vorgreiflich erscheinen müssen. In der Literatur geäußerte Befürchtungen, dass für die Tübinger Verpackungssteuer nach Inkrafttreten des Einwegkunststofffonds „kein Raum mehr“ sei,¹³ dürften sich demnach jedenfalls unter finanzverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verwirklichen. Dass der *Erste Senat* das Gleichartigkeitsverbot des Art. 105 Abs. 2a Abs. 1 GG wortlautgetreu auslegt, ist unter methodischen und unter inhaltlichen Gesichtspunkten zu begrüßen. Soweit in der Literatur teilweise eine erweiternde Auslegung des Steuerbegriffs unter Einschluss von Sonderabgaben gefordert wird,¹⁴ wird dem eindeutigen Wortlaut und dem Sinn und Zweck des Gleichartigkeitsverbots nicht hinreichend Rechnung getragen. Steuern unterscheiden sich dadurch von nicht-steuerlichen Abgaben, dass jene ohne Gegenleistung zu entrichten sind und dem allgemeinen Staatshaushalt zufließen¹⁵. Es sind diese Umstände, aufgrund derer eine Doppelbelastung mit mehreren

¹⁰ Zu den vorstehenden Maßstäben siehe nur BVerfGE 98, 106 (125); 161, 1 (42 Rn. 93).

¹¹ BVerfGE 98, 106 (125).

¹² Homann, KlimR 2023, 278 (282); für das Verhältnis zur Einwegkunststoffverbotsverordnung (EWKVerbotsV) vgl. auch Spoerr, in: Jarass/Petersen, Kreislaufwirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 37.

¹³ Uschkereit, GewArch 2024, 134 (140).

¹⁴ Uschkereit, GewArch 2024, 134 (141).

¹⁵ Damit knüpft der verfassungsgerichtliche Steuerbegriff, den der *Erste Senat* auch in dieser hiesigen Entscheidung zugrunde legt (Rn. 34) an den Steuerbegriff der AO an. Vgl. zu dieser st. Rspr. exemplarisch BVerfGE 3, 407 (435); 149, 222 (249 Rn. 53).

Steuern problematisch erscheint. Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion müssen hingegen grundsätzlich gruppennützig verwendet werden,¹⁶ sodass sie am Ende den Abgabenschuldnern zugutekommen. Die Mutmaßung, dass Sonderabgaben (nur) aus dem Grunde nicht ausdrücklich in Art. 105 Abs. 2a Abs. 1 GG genannt würden, dass das Grundgesetz sie auch im Übrigen nicht ausdrücklich benennt,¹⁷ spart aus, dass die Zulässigkeit von Sonderabgaben ohnehin nur die Ausnahme von der Regel ist.

c) Örtlichkeit der Verbrauchsteuer

Größeren argumentativen Aufwand erforderte die Begründung der Örtlichkeit der Tübinger Verpackungssteuer. Für die Auslegung des Merkmals der Örtlichkeit ist nach den Maßstäben der bisherigen Rechtsprechung¹⁸ eine „örtliche Radizierung“¹⁹ durch den gesetzlichen Steuertatbestand als solchen entscheidend. Dieser müsse einerseits an die örtlichen Gegebenheiten der jeweiligen Gemeinde anknüpfen und andererseits in seinen unmittelbaren Wirkungen auf deren Gebiet beschränkt sein, sodass kein „die Wirtschaftseinheit berührende[s] Steuergefälle“ entstehe.²⁰ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der präzisen Definition des relevanten Verbrauchsvorgangs weichenstellende Bedeutung zukommt. Es ist eben diese Definition des Verbrauchsvorgangs, die im hiesigen Fall ein Auslegungsproblem aufwirft, das in der Rechtsprechung und der Literatur bislang jedenfalls nicht im Mittelpunkt stand.

aa) Alte Pfade: Verzehr an Ort und Stelle

Soweit der Tatbestand für die Erhebung der Tübinger Verpackungssteuer an Speisen und Getränken „für den unmittelbaren Verzehr an Ort und Stelle“ anknüpft, konnte der *Erste Senat* sich noch im Wesentlichen auf die Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer zurückziehen. Damals hatte der *Zweite Senat* die Ortsbezogenheit des insoweit wortlautgleichen Steuertatbestands bejaht.²¹ Der *Erste Senat* greift auch die damals angewendeten Maßstäbe auf, indem er für die Ortsbezogenheit darauf abstellt, dass „der Steuertatbestand den typischen Fall des Verbrauchs der verkauften Ware innerhalb des Gemeindegebiets realitätsgerecht erfasst“ (Rn. 49). Unerheblich sei dann, dass der Verzehr „in atypischen Fällen bestimmungswidrig“ (Rn. 52) gegebenenfalls andernorts erfolgt.

bb) Neue Wege: Mitnehmprodukte

Schwierigkeiten bestehen aber, soweit der Steuertatbestand zusätzlich an den Verkauf „als mitnehmbares takeaway-Gericht oder -Getränk“ anknüpft. Es handelt sich um ein Anschlussproblem der Definition des Verzehrs der Speisen und Getränke als maßgeblichen Verbrauchsvorgang. Stellte man hingegen auf die Abgabe der Einwegprodukte ab, stünde die Ortsbezogenheit außer Zweifel. Anders als für den Verzehr an Ort und Stelle ist bei mitnehmbaren Speisen und Getränken nicht offensichtlich, dass der Verzehr im Gemeindegebiet erfolgt. Vielmehr ist einem mitnehmbaren Gericht oder Getränk immanent, dass es auch außerhalb des Gemeindegebiets verbraucht werden

¹⁶ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 18, 315 (327 f.); 55, 274 (305 ff.); 75, 108 (147 f.).

¹⁷ *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (141).

¹⁸ Ausführlich unter Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden hergeleitet in BVerfGE 16, 306 (316 ff.); fortgeführt – wenn auch im Zusammenhang mit einer Aufwandsteuer – von BVerfGE 65, 325 (349).

¹⁹ So bereits BVerfGE 16, 306 (321) und nunmehr auch BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 18.

²⁰ BVerfGE 16, 306 (327); im Anschluss daran etwa BVerfGE 65, 325 (349).

²¹ BVerfGE 98, 106 (124).

kann. An diesem Punkt kommt es zum Schwur.

(1) Wandel der Maßstäbe der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung

In seiner Entscheidung zur hessischen Speiseeissteuer hatte der *Zweite Senat*²² noch gefordert, dass sich die örtliche Radizierung „aus der normativen Gestaltung des Steuertatbestands selbst ergeben“ müsse und nicht „aus der natürlichen Beschaffenheit des Gegenstands abgeleitet werden“ könne. Es reiche nicht aus, „daß nach den ‚Regeln der Lebenserfahrung‘ darauf geschlossen werden kann, daß der Verzehr im Gemeindegebiet erfolgt, sondern der normative Tatbestand des Gesetzes muß so gestaltet sein, daß eine Abgabe zum Verzehr außerhalb des Gemeindegebiets davon nicht betroffen sein kann“. Bereits in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer deutete sich eine Aufweichung dieser Maßstäbe an, indem der *Zweite Senat* darauf abstellte, dass der Steuertatbestand „typisierend“²³ an den Verbrauch im Gemeindegebiet anknüpft. Die darin zum Ausdruck kommende Bedeutungsverschiebung²⁴ hat das BVerwG nunmehr endgültig vollzogen, indem es den ursprünglichen Maßstab – ohne Begründung – schlicht um zwei einschränkende Klammerzusätze ergänzt hat:

„Danach muss sich die örtliche Radizierung (*auch*) aus der normativen Gestaltung des Steuertatbestands selbst ergeben; sie kann nicht (*allein*) aus der natürlichen Beschaffenheit des Gegenstands abgeleitet werden.“²⁵

Diese Bedeutungsverschiebung wird – ebenfalls ohne Begründung – vom *Ersten Senat* fortgeführt, wenn er es genügen lässt, dass „der Steuertatbestand den *typischen Fall* des Verbrauchs der verkauften Ware innerhalb des Gemeindegebiets *realitätsgerecht erfasst*“ (Rn. 49, *Hervorhebungen durch Verf.*). Unter Zugrundelegung dieser gewandelten verfassungsgerichtlichen Maßstäbe kommt es darauf an, dass der Verbrauch außerhalb des Gemeindegebiets kein typischer, sondern ein atypischer Fall ist. Wenn der Steuertatbestand – wie hier – nicht den Ort des Verzehrs zum Anknüpfungspunkt hat, muss er nach der Argumentation des *Ersten Senats* – sozusagen ersatzweise – an Hilfskriterien, welche die Ortsbezogenheit gewährleisten, anknüpfen. Dabei komme dem Normgeber ein Einschätzungsspielraum zu (Rn. 50) – was in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer jedenfalls noch nicht betont wurde. Als geeignetes Hilfskriterium benennt der *Erste Senat* exemplarisch „die Beschaffenheit der Ware“ unter Berücksichtigung der „weiteren Gegebenheiten [...] wie etwa die Versorgungsstruktur oder die Größe der Gemeinde“ (Rn. 50). Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass der *Erste Senat* seiner Prüfung ausdrücklich die verfassungskonforme Auslegung des Steuertatbestands durch das BVerwG zugrunde legt (Rn. 53 ff.). Auf diese Weise achtet der *Erste Senat* zwar die Entscheidungsspielräume des BVerwG als Teil der Fachgerichtsbarkeit. Dass der *Erste Senat* damit suggeriert, dass eine verfassungskonforme Auslegung auch aus seiner Sicht notwendig war, steht aber in einem Spannungsverhältnis zu den Anforderungen, die er an die Ausgestaltung des Steuertatbestands stellt. Erweckte die Maßstabsbildung noch den Eindruck, dass – wenn der Tatbestand schon nicht an den Ort anknüpft – ein Hilfskriterium benannt werden müsse, um die Örtlichkeit der Steuer herzustellen, wird diese Anforderung nunmehr relativiert.

²² BVerfGE 16, 306 (327) – *Hervorhebungen durch Verf.*

²³ BVerfGE 98, 106 (124).

²⁴ *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620), werten dies als Aufgabe der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe; *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1413), wertet dies als „Abkehr von der Speiseeisentscheidung des BVerfG“.

²⁵ BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 19.

(2) Folgen des Wandels der Maßstäbe der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung

Der Wandel der Maßstäbe der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung trägt gewisse Unwägbarkeiten in die Auslegung und Anwendung des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG hinein. Der auf die Entscheidung des BVerfG bezogenen Kritik in der Literatur²⁶ ist insoweit zuzugeben, dass das Gebot einer örtlichen Radizierung dadurch aufgeweicht wird. Dies dürfte gleichwohl nicht zu der teils befürchteten „Entgrenzung der kommunalen Steuerkompetenz“²⁷ aufgrund einer „örtlichen Grenzenlosigkeit“²⁸, die „das Tor zur Einführung aller möglichen Verbrauch- und Verkehrssteuern durch die Gemeinden“²⁹ aufstößt, führen. Selbst bei (nur) typisierender Betrachtungsweise des Ortsbezugs bleibt ein örtlicher Anknüpfungspunkt vorhanden. Typisierungen tragen dem Umstand Rechnung, dass sich die Realität oftmals nicht in kategorischen Gegensätzen abbilden lässt. In Anbetracht dessen erscheint die Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände insbesondere vor dem Hintergrund sachgerecht,³⁰ dass die Gesetzgebungskompetenz des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG andernfalls kaum noch einen Anwendungsbereich hätte. Für den Großteil denkbarer Verbrauchsvorgänge wird nicht anzunehmen sein, dass sie definitiv und ausnahmslos an einem bestimmten Ort stattfinden. In Teilen der Literatur wurde die Argumentation des BVerfG pragmatisch als „realitätsnähere und umweltpolitisch vorzuzugwürdige Auffassung“³¹ gelobt. Dass das BVerfG aufgrund dieser realitätsnahen Betrachtungsweise „erkennbar vom Ergebnis her zu denken“³² scheint, wurde aber auch als Vorwurf erhoben.³³ Im Zentrum der Herangehensweise des *Ersten Senats* steht aber weniger eine vermeintliche Ergebnisorientierung als vielmehr die (verfassungs-)gerichtliche Kontrolldichte. Indem der *Erste Senat* dem Normgeber eine Einschätzungsprärogative zugesteht, eröffnet er ihm zwar Spielräume. Diese Spielräume sind aber ihrerseits begrenzt. Man mag etwa in tatsächlicher Hinsicht bezweifeln, ob die Einschätzung zutrifft, dass verpackte Mitnehmprodukte typischerweise im Gemeindegebiet verbraucht werden.³⁴ Offensichtlich fehlsam erscheint diese Einschätzung aber im vorliegenden Fall nicht. Die vom Steuertatbestand umfassten Mitnehmprodukte unterscheiden sich insbesondere dadurch von anderen auf dem Gemeindegebiet verkauften Produkten, dass sie nicht über einen längeren Zeitraum aufbewahrt und bzw. oder benutzt werden können.³⁵

2. Kompetenzausübungsschranken

Liegt eine Gesetzgebungskompetenz dem Grunde nach vor, setzt das Grundgesetz ihrer Ausübung im Einzelfall dennoch Grenzen. Insbesondere Lenkungssteuern wie die Tübinger Verpackungssteuer

²⁶ Statt vieler *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620 ff.); *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1413 f.); *Wienbracke*, NWB 2024, 97 (103); skeptisch gegenüber einer solchen Gestaltung auch schon *Kahl*, EurUP 2019, 321 (326).

²⁷ *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (141).

²⁸ *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (135).

²⁹ BVerfGE 16, 306 (328).

³⁰ Zustimmung mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG etwa auch *J. Wolff*, NdsVBl. 2024, 33 (35).

³¹ *Homann*, KlimR 2023, 278 (279 f.).

³² *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1414).

³³ *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1413 f.).

³⁴ Skeptisch etwa *Kahl*, EurUP 2019, 321 (326); *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620); *Uschkereit*, GewArch 2020, 438 (440).

³⁵ Darum verfängt auch der Einwand von *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620 f.) nicht, dass man für jedes auf dem Gemeindegebiet verkaufte Produkt behaupten könne, dass der Verbrauch typischerweise dort erfolge, weil die meisten Käufer im Gemeindegebiet wohnen.

bergen ein besonderes kompetenzielles Spannungspotenzial. Kann die Erhebung einer Lenkungssteuer allein auf eine Steuerkompetenz – wie z.B. Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG – gestützt werden, ohne dass es zugleich einer Sachkompetenz für das Lenkungsziel bedarf, droht durch die unmittelbare Ausübung der Steuerkompetenz (mittelbar) ein Übergriff auf eine fremde Sachkompetenz. Für das Verhältnis der Steuergesetzgebung auf verschiedenen Ebenen des Bundesstaates sieht Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG mit dem Gleichartigkeitsverbot selbst eine Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz vor. Ein kompetenzielles Spannungsverhältnis kann sich aber eben nicht nur im Verhältnis zwischen verschiedenen Steuern ergeben. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG für den Bereich der Lenkungssteuern ungeschriebene Kompetenzausübungsschranken entwickelt.

a) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Kompetenzausübungsschranke

Eine dieser Kompetenzausübungsschranken bildet der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Demnach darf eine Lenkungssteuer nur auf Grundlage einer Steuerkompetenz erlassen werden, wenn dadurch kein Widerspruch zu der Gesamtkonzeption und einzelnen Regelungen des zuständigen Sachgesetzgebers erzeugt wird (Rn. 62).³⁶

aa) Konturen des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Es ist bemerkenswert, dass das BVerfG diesen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zwar unter Verweis auf die Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer zur Anwendung bringt, aber ausdrücklich offenlässt, „welche Reichweite oder konkrete Bedeutung dieser in der Literatur kritisierten [...] Ausprägung des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zukommt“ (Rn. 63). Damit greift der *Erste Senat* einen zentralen Kritikpunkt der Literatur³⁷ an der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer auf. Einen Anlass dazu, den inzwischen über fünfundzwanzig Jahre alten Diskurs in Bezug zu nehmen, dürfte insbesondere das BVerfG gesetzt haben. In der Entscheidungsbegründung hatte das BVerfG die Kritik ebenfalls aufgegriffen und mit einer gewissen Deutlichkeit erkennen lassen, dieser zuzuneigen.³⁸ Dass es den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit trotzdem zur Anwendung bringt, begründet das BVerfG allein mit der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 BVerfGG.³⁹ Indem der *Erste Senat* sich in der Sache nicht zu dieser Kritik verhält, weil der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit – wenn man ihn anwendet – ohnehin nicht verletzt sei, vermeidet er einerseits Konflikte, verpasst aber auch eine Gelegenheit zur Klarstellung der anzuwendenden Maßstäbe. Gegenüber dem BVerfG suggeriert die Entscheidungsbegründung ein dialogisches Verhältnis. Zugleich muss sich der *Erste Senat* nicht in Widerspruch zu der früheren Rechtsprechung des BVerfG setzen, sondern kann die Kontinuität der Maßstäbe vermitteln – zumal nicht der *Erste*, sondern der *Zweite Senat* für die Entscheidung über die Kasseler Verpackungssteuer zuständig war. Ein solches Vorgehen ist nicht frei von Ambivalenzen. Der ihm zugrunde liegende Pragmatismus erscheint besonders problemorientiert: Was nicht entscheidungserheblich ist, kann dahinstehen. Dies entspricht der gebotenen Einzelfallbezogenheit der verfassungs-

³⁶ BVerfGE 98, 106 (118 ff.).

³⁷ Scharf *Sendler*, NJW 1998, 2875 ff.; vgl. exemplarisch auch *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 (591 ff.) m.w.N.

³⁸ So auch schon die Deutung bei *Stendel*, NVwZ 2023, 1413 (1414); *Waldhoff*, JuS 2023, 1172 (1174).

³⁹ BVerfG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 26: „Ungeachtet dieser nachvollziehbaren Bedenken hat der Senat die tragenden verfassungsrechtlichen Entscheidungsgründe des damaligen Urteils im Rahmen der Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG seiner weiteren Prüfung zugrunde zu legen [...]“. Dies wurde von *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1414), dahingehend gedeutet, dass eine Neubewertung im Rahmen des zu erwartenden Verfassungsbeschwerdeverfahrens angestoßen werden sollte.

gerichtlichen Rechtsprechung, deren Tendenz zu abstrakten Maßstabsbildungen oftmals kritisiert⁴⁰ wird. Eben diese Maßstabsbildung ermöglicht allerdings auch wünschenswerte Kontinuität und Rechtssicherheit. Wenn der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit schon nicht anwendbar wäre, wäre die Frage eines Verstoßes im konkreten Einzelfall nicht entscheidungserheblich und könnte also dahinstehen. Für eine solche Argumentation hätte gesprochen, dass gerade die Konturen des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit unklar erscheinen. Möglichst klare Konturen dürften indes eine Vorbedingung dafür sein, den Grundsatz in einer Weise auf den konkreten Einzelfall anzuwenden, die möglichst wenig Fragen offenlässt. Argumentative Divergenzen mögen auch als Symptom der wenig klaren Maßstabsbildung zu deuten sein.

bb) Vereinbarkeit mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts

Das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) regelt in § 6 Abs. 1 eine Rangfolge für Maßnahmen der Abfallbewirtschaftung. Innerhalb der Abfallhierarchie steht die Vermeidung von Abfall an oberster Stelle,⁴¹ was nunmehr auch unionsrechtlich vorgegeben ist⁴². Aufgrund dieses eindeutigen Befundes dürfte die Vereinbarkeit der Tübinger Verpackungssteuer mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts hinsichtlich des Ziels der Abfallvermeidung außer Zweifel stehen.⁴³ Dementsprechend setzt sich auch der *Erste Senat* gar nicht erst damit auseinander, sondern konzentriert sich auf die Beantwortung der Frage, ob eine kommunale Verpackungssteuer als *Mittel* mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts in Einklang steht.

(1) Kooperationsprinzip als Argumentationstopos

Diese Frage stand auch schon im Fokus der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer. Deren Verfassungswidrigkeit hatte das BVerfG einst damit begründet, dass ein abfallrechtliches Kooperationsprinzip örtliche Verbrauchsteuern als Mittel zur Erreichung des Ziels der Abfallvermeidung verbiete. Das Kooperationsprinzip erfordere, dass Maßnahmen zur Erreichung der abfallrechtlichen Ziele einschließlich der Abfallvermeidung nicht ohne Weiteres einseitig ergriffen, sondern vorrangig unter kooperativer Einbeziehung der Wirtschaft entwickelt und durchgeführt werden.⁴⁴ Der *Erste Senat* bestätigt die seinerzeit angenommene Geltung des Kooperationsprinzips und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen lapidar (Rn. 65). Auf diese Weise vermeidet er abermals einen offenen Widerspruch zu der Entscheidung über die Kasseler Verpackungssteuer. Sodann postuliert der *Erste Senat* eine Ablösung des Kooperationsprinzips „durch ein ergänzendes Nebeneinander von Kooperation, Ordnungsrecht und wirtschaftlichen Anreizen zur Verwirklichung der abfallrechtlichen Ziele“ (Rn. 66). In ähnlicher Weise hatte zuvor auch das BVerwG einen „Paradigmenwechsel“ des Abfallrechts insbesondere durch das Kreislaufwirtschaftsgesetz von 2012 angenommen.⁴⁵ Zur Begründung nimmt der *Erste Senat* einzelne abfallrechtliche Regelungen mit unionsrechtlichem Hintergrund in Bezug, die ordnungsrechtlicher Art sind oder wirtschaftliche Anreizwirkungen entfalten. Damit suggeriert er – ohne explizit zu werden – einen (auch) unionsrechtlich angestoßenen Wandel.

⁴⁰ Exemplarisch *Lepsius*, in: Jestaedt u.a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 ff.

⁴¹ Vor diesem Hintergrund betonen *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1621), zutreffend, dass das Abfallrecht nicht auf das Ziel der Abfallvermeidung konzentriert ist. Das ändert aber nichts an seiner Priorisierung.

⁴² Vgl. nur Art. 4 Abs. 1 lit. a RL 2008/98/EG und Art. 1 Abs. 2 RL 94/62/EG.

⁴³ So auch schon *Bothe*, NJW 1998, 2333 (2333).

⁴⁴ Zum Vorstehenden BVerfGE 98, 106 (126 ff.).

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 31.

Ob und aus welchen Gründen ein Paradigmenwechsel tatsächlich stattgefunden hat,⁴⁶ ist freilich vom Ergebnis her betrachtet irrelevant.⁴⁷ Maßgeblich ist vielmehr allein der Status quo des Abfallrechts.

(2) Divergierende Verständnisse der abfallrechtlichen Gesamtkonzeption

Die Gesamtkonzeption des derzeitigen Abfallrechts zeichnet sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher Elemente aus. Es sieht weiterhin kooperative Elemente vor, die sich etwa in der Regelung der Produktverantwortung nach §§ 23 ff. KrWG und der Systembeteiligungspflicht für Hersteller von Verpackungen nach §§ 7 f. VerpackG spiegeln.⁴⁸ Von ihrer Verordnungsermächtigung aus § 25 Abs. 1 KrWG darf die Bundesregierung beispielsweise nur „nach Anhörung der beteiligten Kreise“ Gebrauch machen. Eine mit § 14 Abs. 2 AbfG 1986 vergleichbare Subsidiaritätsklausel ist hingegen nicht mehr vorgesehen. Daneben enthält das Abfallrecht aber auch ordnungsrechtliche Elemente und wirtschaftliche Anreizstrukturen. Uneinigkeit besteht weniger über diese Gesamtkonzeption des Abfallrechts als vielmehr über die Frage, welche Schlussfolgerungen aus ihr zu ziehen sind. So wurde die Vereinbarkeit der Tübinger Verpackungssteuer mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts in der erstinstanzlichen Entscheidung des VGH Baden-Württemberg⁴⁹ und in Teilen der Literatur⁵⁰ abgelehnt. Die Argumentation weicht insbesondere darin von derjenigen des BVerwG und des *Ersten Senats* ab, dass die Widerspruchsfreiheit auf einer höheren Konkretisierungsebene beurteilt wird. Während der *Erste Senat* sich – denkbar abstrakt – darauf beschränkt, die grundsätzliche Vielgestaltigkeit der Gesamtkonzeption festzustellen und sich die Frage, ob diese abschließend ist, gar nicht mehr stellt, setzt sich der VGH Baden-Württemberg tiefergehend mit eben diesem Aspekt auseinander. Sein Verständnis der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung weist erkennbare Parallelen zur Subsidiaritätsklausel des Art. 72 Abs. 1 GG im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung auf („solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“). Lücken werden als negative Entscheidung des Bundesgesetzgebers gedeutet mit der Folge, dass sich das Abfallrecht als abschließend darstellt und Maßnahmen der Länder und der Kommunen von vornherein verschlossen ist.⁵¹ Der VGH Baden-Württemberg betont etwa, der Gesetzgeber auf Bundesebene habe sich „nicht für den Weg einer ökologischen Bundesverpackungssteuer mit einer damit verbundenen Lenkungswirkung entschieden, sondern für das dargestellte ‚Mischsystem‘ unter-

⁴⁶ Dafür statt vieler *Kalscheuer/Rochow*, DÖV 2019, 955 (957 f.); *Klinger/Krebs*, ZUR 2015, 664 (666 ff.); *J. Wolff*, NdsVbl. 2024, 33 (36).

⁴⁷ *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1414), bewertet dies – gerade vor dem Hintergrund der Unklarheiten hinsichtlich des in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer hervorgehobenen Kooperationsprinzips – als „überfällige Klarstellung“.

⁴⁸ Insoweit zutreffend *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (139) sowie *ders.*, GewArch 2020, 438 (441). Dass das Kooperationsprinzip jedenfalls punktuell auch noch im heutigen Abfallrecht zum Ausdruck komme, erkennt auch das BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 35 ff., an.

⁴⁹ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 130 ff.; vgl. auch den korrespondierenden vierten Leitsatz: „Die aufgrund der Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer vom 30.01.2020 erhobene Verpackungssteuer steht in ihrer Ausgestaltung als Lenkungssteuer in Widerspruch zum Abfallrecht des Bundes, namentlich zu den Vorgaben im Kreislaufwirtschaftsgesetz und im Verpackungsgesetz.“

⁵⁰ *Uschkereit*, GewArch 2020, 438 (440 ff.); *ders.*, GewArch 2024, 134 (137 ff.).

⁵¹ So etwa auch *Dieckmann/Reese*, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 6. Aufl. 2024, § 8 Rn. 26; bezogen auf ordnungsrechtliche Maßnahmen *Frische*, in: Schmehl/Klement, GK-KrWG, 2. Aufl. 2019, KrWG § 6 Rn. 21.

schiedlichster Maßnahmen“.⁵² Es bestehe eine „Sperrwirkung des Kooperationsprinzips in Form der Einführung des dualen Systems im Verpackungsgesetz“⁵³. Die Kommunen seien nicht befugt, etwaige Defizite des Bundesrechts „in eigener Zuständigkeit zu ‚verbessern‘“⁵⁴. Damit wird der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht wie eine Kompetenzausübungs-, sondern wie eine Kompetenzschränke behandelt.⁵⁵ Unter der konsentierten Prämisse, dass Lenkungssteuern keine Sachgesetzgebungskompetenz erfordern, verbliebe dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung dann aber kein eigenständiger Anwendungsbereich. Dem wirkt das abweichende Verständnis des *Ersten Senats* entgegen, indem es auch ein „Draufsatteln“⁵⁶ durch die Länder und Kommunen dem Grunde nach ermöglicht.

cc) Vereinbarkeit mit Einzelregelungen des Abfallrechts

Legt man dieses Verständnis des *Ersten Senats* zugrunde, erscheint indes ein eigenständiger Anwendungsbereich unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit Einzelregelungen des Abfallrechts zweifelhaft. Auch nach der Auffassung des *Ersten Senats* liegt ein solcher Verstoß aus dem Grunde „von vornherein fern“, dass die Verpackungssteuer mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts vereinbar ist (Rn. 67). Das ist konsequent, wirft aber die Frage auf, inwieweit die Differenzierung zwischen der Vereinbarkeit mit der Gesamtkonzeption und den Einzelregelungen des Abfallrechts einen Mehrwert hat. So prüft der *Erste Senat* zwar (kurz) einzelne Regelungen an, lehnt einen Verstoß aber jeweils rhetorisch scharf („offenkundig“, „liegt ebenfalls auf der Hand“) ab (Rn. 68).

b) Bundestreue als Kompetenzausübungsschränke

Nach dem Grundsatz der Bundestreue in seiner Gestalt als Kompetenzausübungsschränke⁵⁷ müssen Bund und Länder ebenso wie die von den Ländern zur Gesetzgebung ermächtigten Gemeinden das Gesamtinteresse des Bundesstaates berücksichtigen (Rn. 70). Eine Verletzung dieses Grundsatzes setzt aber einen „offenbaren Missbrauch [...] des Gesetzgebungsrechts“ (Rn. 70) voraus, sodass die Hürden relativ hoch sind. Diese hohen Hürden werden nach Ansicht des *Ersten Senats* nicht überschritten. Die Ausführungen fokussieren sich insoweit (erneut) auf einen potenziellen Konflikt mit der Einwegkunststoffabgabe. In einem obiter dictum wirft der *Erste Senat* die im hiesigen Verfahren offengelassene Frage auf, ob eine nichtsteuerliche Abgabe wie die Einwegkunststoffabgabe nicht ihrerseits dem Grundsatz der Bundestreue zuwiderläuft, wenn dadurch verhindert wird, dass eine

⁵² VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 145.

⁵³ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 155.

⁵⁴ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 148.

⁵⁵ Deutlich auch BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 33: „Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, der bundesgesetzliche Vorrang der Abfallvermeidung begründe für die Kommunen nicht die Zuständigkeit, diese abfallwirtschaftliche Zielsetzung eigenständig ‚voranzutreiben‘ (S. 49 f.), verkennt die Bedeutung der Widerspruchsfreiheit als einer bloßen Kompetenzausübungsschränke. Maßgeblich ist nicht – wie bei der Abgrenzung konkurrierender Sachgesetzgebungskompetenzen nach Art. 72, 74 GG –, ob die bundesrechtlichen Regelungen des Kreislaufwirtschaftsgesetzes und des Verpackungsgesetzes als abschließend anzusehen sind und daher Sperrwirkung gegenüber einem Nachbessern in Form von ausschnittsbezogenen kommunalen Zusatzregelungen entfalten. Die Steuergesetzgebungskompetenz ergibt sich bereits aus Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG, ohne dass es für die Verfolgung von Lenkungs Zwecken einer hinzutretenden Sachgesetzgebungskompetenz bedürfte.“ Ähnlich auch *Waldhoff*, JuS 2023, 1172 (1174).

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 34; mit positiver Bewertung etwa *Homann*, KlimR 2023, 278 (281).

⁵⁷ Zu dieser Kompetenzausübungsschränke m.w.N. aus der Rechtsprechung BVerfGE 160, 1 (25 f. Rn. 71 ff.).

Steuergesetzgebungskompetenz ausgeübt wird (Rn. 71). Es bleibt abzuwarten, wie der *Erste Senat* diese Frage anlässlich seiner Entscheidung über den Einwegkunststofffonds beantworten wird.

V. Relevanz für die juristische Ausbildung und die Praxis

Die Kernpunkte der Entscheidung berühren den Pflichtfachstoff der juristischen Ausbildung zwar nur am Rande. Die Entscheidung ist aber gleichwohl ein Lehrstück für die Abgrenzung von Gesetzgebungszuständigkeiten im Bundesstaat. Aufgrund der Verknüpfung insbesondere grundrechtlicher und staatsorganisationsrechtlicher Fragen eignet sich die Konstellation sowohl für die Lehre als auch für Prüfungsaufgaben insbesondere im öffentlich-rechtlichen Schwerpunktbereich.

Die Entscheidung ist nicht zuletzt ob ihrer großen rechtlichen und politischen Brisanz von Interesse. Als bald nach ihrer Veröffentlichung hat der Deutsche Städtetag verlautbart, dass mehrere Städte kommunale Verpackungssteuern nach dem Tübinger Vorbild einführen wollen.⁵⁸ Im Februar 2025 hat der Kölner Stadtrat einem Antrag auf Vorbereitung einer entsprechenden Beschlussvorlage zugestimmt.⁵⁹ Dass eine kommunale Verpackungssteuer selbst dann verfassungsrechtlich zulässig sein kann, wenn sie in ihrem Anwendungsbereich nicht auf den „Verzehr an Ort und Stelle“ beschränkt ist, ist nunmehr höchstrichterlich geklärt. Neue Fragen werden spätestens neu formulierte Steuertatbestände aufwerfen. Auf Grundlage der Maßstäbe des *Ersten Senats* dürften aber selbst mit der Tübinger Regelung wortlautgleiche Steuertatbestände nicht unbesehen als zulässig zu bewerten sein. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass der *Erste Senat* zwar den Einschätzungsspielraum des Normgebers betont, aber für die Ortsbezogenheit auf die Gegebenheiten in der jeweiligen Gemeinde abstellt. Wer nach der Entscheidung über die Kasseler Verpackungssteuer „große Erwartungen“⁶⁰ in die begrenzende Wirkung der Kompetenzausübungsschranken gesetzt hatte, dürfte hingegen einstweilen enttäuscht sein. Insbesondere der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung erscheint als wenig scharfes Schwert, zumal seine Handhabung weiterhin mit Unsicherheiten behaftet ist.

⁵⁸ Dedy, Deutscher Städtetag v. 22.1.2025, abrufbar unter <https://www.staedtetag.de/presse/pressemeldungen/2025/verpackungssteuer-verfassungsgemaess-wichtige-entscheidung-fuer-staedte> (13.3.2025).

⁵⁹ Lang, EUWID v. 14.2.2025, abrufbar unter <https://www.euwid-recycling.de/news/politik/koeln-will-als-erste-deutsche-grossstadt-kommunale-verpackungssteuer-einfuehren-140225/> (13.3.2025).

⁶⁰ Für dieses Formulierung vgl. J. Wolff, NdsVBl. 2024, 33 (36).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24 (LG Konstanz)¹

Konnexitätsforderndis bei Beweisandträgen; Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Fotografieren in Wohnungen hinein

1. Es bedarf in einem Beweisandtrag keiner näheren Darlegung der Konnexität, wenn sich der erforderliche Zusammenhang zwischen Beweismittel und Beweistatsache von selbst versteht. Andernfalls ist es erforderlich, aber auch ausreichend, diejenigen Umstände darzulegen, aus denen sich ergibt, warum es dem Zeugen möglich sein kann, die Beweistatsache zu bekunden. Ein solcher Vortrag ist nicht schon dann entbehrlich, wenn sich die fraglichen Umstände aus den Akten ergeben.
2. Die von § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB geforderte Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der abgebildeten Person liegt in der Regel nicht vor, wenn diese von außen aus innerhalb ihrer Wohnung lediglich bei neutralen Handlungen wie dem Arbeiten, Kochen, Essen, Lesen oder schlafend fotografiert wird.

(Leitsätze des Verf.)

StGB § 201a Abs. 1 Nr. 1

StPO § 244 Abs. 3 S. 1, Abs. 6

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

I. Einführung

Die Entscheidung des *Senats* bezieht, wie schon die Leitsätze zeigen, zu zwei ganz unterschiedlichen Themen Stellung, die tatsächlich im fraglichen Fall unabhängig voneinander zu beantworten waren. Zum einen ging es um die Darlegungslast eines Beweisandtragstellers hinsichtlich des Konnexitätsforderndisses, also des Zusammenhangs zwischen Beweismittel und Beweistatsache: Warum sollte das benannte Beweismittel befähigt sein, die behauptete Beweistatsache zu belegen? Dies muss nach dem Wortlaut der Bestimmung in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO „dem Antrag zu entnehmen“ sein. Was aber gilt, wenn der Antrag dazu keine Ausführungen enthält, weil sich der besagte Zusammenhang aus den Akten ergibt oder sich gar von selbst versteht? Die zweite Frage betraf mit § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB einen Aspekt des materiellen Strafrechts. Hier führt die Entscheidung zu einer Präzisierung, soweit es um das Fotografieren in Wohnungen hinein geht, indem sie zwischen neutralen und persönlichkeitsverletzenden Bildaufnahmen differenziert.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=34b41ffc6466aa3c61619fc03c7d8835&nr=139878&anz=1&pos=01> sowie veröffentlicht in NStZ-RR 2025, 20.

II. Sachverhalt und Verfahrensablauf

Vom tragischen Gesamtgeschehen thematisiert die Revisionsentscheidung allerdings nur Ausschnitte; rechtlicher und tatsächlicher Kern fallen auseinander. Der – noch anderweitig verheiratete – Angeklagte hatte eine Beziehung zum späteren Tatopfer M begonnen und zog mit ihr Anfang 2022 zusammen. Im Oktober 2022 schlug er M mit der Faust ins Gesicht, worauf sie sich wieder von ihm trennte und in eine eigene Wohnung zog. Der Angeklagte fand sich damit jedoch nicht ab, sondern wollte M weiterhin kontrollieren. Er fertigte einen auf 3,28 m ausfahrbaren Selfie-Stick für sein Mobiltelefon an. Mit dessen Hilfe filmte er M bei sieben Gelegenheiten zwischen Ende Oktober 2022 und Anfang Februar 2023 in ihrer neuen, im 1. Obergeschoss gelegenen Wohnung. Die Filmaufnahmen zeigen sie jeweils in bekleidetem Zustand auf dem Sofa sitzend beim Fernsehen oder in eine Decke eingehüllt schlafend. Am 17. Februar 2023 folgte der Angeklagte M zur Wohnung ihres neuen Freundes. Auch dort filmte er mit seinem Mobiltelefon von außen in das Wohnzimmer, wobei er dieses Mal M beim Geschlechtsverkehr mit ihrem Freund aufnahm. Zwei Tage später trafen der Angeklagte und M aufeinander, wobei er sie gewollt schlug und dadurch ungewollt, aber vorhersehbar tödlich verletzte. Anschließend entsorgte er ihre Leiche an einem bis heute unbekannt gebliebenen Ort.²

Die Strafkammer (gem. § 74 Abs. 2 Nr. 7 GVG als Schwurgericht) hatte den Angeklagten wegen Körperverletzung (Vorfall aus dem Oktober 2022), wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen (§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB) in acht Fällen, wegen Körperverletzung mit Todesfolge sowie wegen diverser Waffendelikte³ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner Revision hatte der Angeklagte u.a. die fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages sowie allgemein die Verletzung materiellen Rechts gerügt.⁴ Die Revision führte zwar zu einem Teilfreispruch betreffend sieben der acht Taten nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB und zu einer entsprechenden Korrektur des Schuldspruchs, blieb aber ansonsten erfolglos. Der *Senat* hielt es nämlich für ausgeschlossen, dass der sieben Tatvorwürfe umfassende Teilfreispruch zu einer Änderung der Gesamtstrafe hätten führen können. Denn die Einsatzstrafe für das Verbrechen nach § 227 Abs. 1 StGB war von der Strafkammer bereits auf acht Jahre Freiheitsstrafe bemessen worden und es traten weitere Einzelstrafen von insgesamt mehr als einem Jahr für die verbleibenden Taten hinzu, während die wegfallenden sieben Taten nur jeweils mit Geldstrafen von 30 Tagessätzen geahndet worden waren.⁵ Daher verwarf der *Senat* die weitergehende Revision, womit der Strafausspruch der Strafkammer in Rechtskraft erwachsen ist.

III. Verfahrensrüge – Konnexität von Beweisanträgen

1. Inhalt des Antrages

Der Angeklagte hatte mehrere Verfahrensrügen erhoben, die allesamt erfolglos blieben. Lediglich mit einer von ihnen hat sich der *Senat* näher auseinandergesetzt. Hierbei ging es um eine behauptete Verletzung von § 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO durch die Zurückweisung eines Hilfsbeweisantrages, den die Strafkammer nur als Hilfsbeweismittlungsantrag behandelt und als solchen abschlägig beschieden hatte.

² BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 3.

³ Bei dem Angeklagten waren diverse Waffen gefunden worden, die aber in keiner Verbindung zu den übrigen Tatvorwürfen stehen und deshalb hier nicht weiter thematisiert werden.

⁴ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 1.

⁵ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 18.

Mit seinem Hilfsantrag hatte der die Tötung von M bestreitende Angeklagte für den Fall, dass die Strafkammer beabsichtige, ihn dennoch deswegen zu verurteilen, die Vernehmung einer Zeugin Mü beantragt. Diese könne bekunden, dass er am 20. Februar 2023 vormittags in der Wohnung seiner Ehefrau die Heizung repariert habe. Daher könne er in dieser Zeit nicht die Leiche von M entsorgt haben, wie die Anklage annehme. Mü habe in einer polizeilichen Vernehmung entsprechende Angaben gemacht.⁶ Tatsächlich befand sich in den Verfahrensakten ein Protokoll über die Vernehmung von Mü, wonach diese Ende März 2023 bekundet hatte, sie sei eine gute Freundin der Ehefrau des Angeklagten. Die Ehefrau habe ihr wenige Tage vor der Festnahme des Angeklagten am Telefon erzählt, der Angeklagte habe ihre Heizung repariert. Die Strafkammer hatte daraufhin bezweifelt, ob Mü überhaupt etwas zur Tätigkeit des Angeklagten im fraglichen Zeitraum sagen könne. Sie hatte daher die Konnexität von Beweismittel und Beweistatsache verneint, den Antrag als Beweisermittlungsantrag behandelt und ihn sodann im Urteil zurückgewiesen. Der *Senat* ist dieser Einstufung als Beweisermittlungsantrag mit ausführlicher Begründung beigetreten.⁷

2. Besonderheiten von Hilfsanträgen

Bevor wir uns mit den zu Grunde liegenden Erwägungen befassen, sei noch auf das besondere Prozedere eingegangen, das aus dem Charakter des Antrages als Hilfsantrag folgt. Die Möglichkeit, insb. Beweisanträge als Hilfsanträge zu stellen, ist allgemein anerkannt.⁸ Üblicherweise geschieht dies gegen Ende einer Hauptverhandlung, oft auch erst in den Schlussplädoyers und übrigens keineswegs ausschließlich durch die Verteidigung; auch die Staatsanwaltschaft bedient sich in der Praxis gerne solcher Anträge. Hierbei wird der Antrag unter eine bestimmte Bedingung gestellt. Tritt diese ein, so begehrt der Antragsteller eine Entscheidung über den Antrag; tritt sie nicht ein, gilt er als nicht gestellt. Bei der fraglichen Bedingung handelt es sich häufig um eine bestimmte Willensbildung des Gerichts im Rahmen seiner Urteilsberatung. In unserem Fall war dies das Beratungsergebnis, den Angeklagten auch für den Tod von M zur Verantwortung zu ziehen. Da die Strafkammer in ihrer Beratung zu der Erkenntnis gelangt war, es sei eine Körperverletzung mit Todesfolge durch den Angeklagten nachgewiesen, musste sie folglich über den Hilfsantrag befinden, bevor sie ihr Urteil sprechen konnte. Eine weitere Besonderheit von Hilfsanträgen ist, dass mit der Bezeichnung als Hilfsantrag für den Fall bestimmter Beratungsergebnisse der Antragsteller zugleich konkludent auf eine Bescheidung des Antrages vor Urteilsverkündung verzichtet.⁹ Die Strafkammer musste also innerhalb der Urteilsberatung über Zulässigkeit und Begründetheit des Antrages entscheiden, brauchte dann aber ihr insoweit erzieltetes Teilergebnis für den Fall der Unzulässigkeit/Unbegründetheit des Antrages nicht vor der Urteilsverkündung bekanntzugeben. Vielmehr wird in solchen Fällen erst im Rahmen der Urteilsbegründung ausgeführt, warum der Hilfsantrag keinen Erfolg hatte. Nur, falls die Strafkammer den Antrag für begründet gehalten hätte, hätte sie (noch) kein Urteil verkünden dürfen, sondern erneut in die Hauptverhandlung eintreten und den begehrten Beweis erheben müssen. In Anschluss hätten erneut alle Beteiligten Schlussplädoyers halten und die Strafkammer über das neue Beweisergebnis beraten können. Im Fall des *Senats* hatte die Beratung der Straf-

⁶ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 6.

⁷ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 7–11.

⁸ Vgl. *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 4, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 115 ff.; *Becker*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, § 244 Rn. 150 ff.; eingehend *Schlothauer*, StV 1988, 542 ff.

⁹ RGSt 1, 394 (395); 29, 438 (439); 55, 109; 57, 261 (262); BGH NSTz 2005, 395; *Becker*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, § 244 Rn. 157; kritisch *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 4, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 120 ff.

kammer über den Antrag jedoch ergeben, dass dieser gar kein Beweis-, sondern nur ein Beweisermittlungsantrag war. Als solcher war der Antrag aber unbegründet, weil die Aufklärungsmaxime (§ 244 Abs. 2 StPO) nach Ansicht der Strafkammer nicht gebiete, den begehrten Beweis zu erheben.

Verschiedene taktische Erwägungen können einen Prozessbeteiligten dazu bringen, einen Antrag nicht als unbedingten, sondern als Hilfsantrag zu stellen. So mag es darum gehen, ein vermutet günstiges Beweisergebnis abzusichern, ohne das Gericht zugleich zu nötigen, den Beweis selbst dann zu erheben, wenn es tatsächlich im Sinne des Antragstellers entscheiden möchte. Im Fall eines vermutet noch schwankenden Gerichts kann das Motiv sein, Druck aufzubauen, in der gewünschten Richtung zu entscheiden, um sich die Mühe eines Wiedereintritts in die Hauptverhandlung zu ersparen. Schließlich mag sich der Antragsteller auch erhoffen, dass das Gericht im Eifer der Urteilsberatung über den Beweisantrag fehlerhaft befindet, und sich so die Chancen in einer Rechtsmittelinstanz erhöhen. Welches Motiv in unserem Fall die Verteidigung geleitet hatte, ist mangels näherer Informationen darüber, wie die Prozessbeteiligten die Beweissituation gegen Ende der Hauptverhandlung aus ihrer Sicht beurteilt hatten, nicht ersichtlich; denkbar wäre aber jedes der drei Motive.

3. Voraussetzungen von Beweisanträgen

Die Legaldefinition in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO nennt als Merkmale eines Beweisantrages zunächst ein ernsthaftes Verlangen, die Behauptung einer bestimmten zu beweisenden Tatsache sowie die Benennung eines konkreten Beweismittels. Diese Anforderungen hatte der Antrag der Verteidigung offensichtlich erfüllt, denn es wurde die Vernehmung einer erreichbaren Zeugin dafür begehrt, die Anwesenheit des Angeklagten in der Wohnung seiner Ehefrau zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beweisen. Diese Anwesenheit hätte dem Angeklagten ein Alibi verschafft, zwar nicht für den Tötungszeitpunkt, offenbar wohl aber für die spätere Beseitigung der Leiche, was dann jedenfalls ein Indiz auch gegen seine Täterschaft hinsichtlich der zum Tode führenden Körperverletzung geliefert hätte.

Als weitere Voraussetzung benennt § 244 Abs. 3 S. 1 StPO, dass „dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll.“ Dieses sog. Konnexitätserfordernis war in der früheren Definition des Beweisantrages, welche sich aus § 219 StPO a.F.¹⁰ entnehmen ließ und allein die oben geschilderten Elemente benannte, noch nicht enthalten. Allerdings hatte der BGH im Gefolge einer Anmerkung von *Widmaier*¹¹ seit 1993 zusätzlich einen „Konnex zwischen Beweistatsache und Beweismittel“ verlangt,¹² wobei den Anlass Fälle bildeten, in denen die jeweiligen Antragsteller nicht die eigentliche Zeugenbeobachtung, sondern den Rückschluss daraus als Beweistatsache genannt hatten. So wurde beispielsweise behauptet, ein Angeklagter hätte mit zwei Mitangeklagten an einem bestimmten Abend „keine Absprachen in Bezug auf die Begehung strafbarer Handlungen [...] getroffen“, und dafür eine Zeugin benannt.¹³ Der seinerzeit entscheidende *Senat* bemängelte dies als unzulänglich und schildert in seinem Urteil, was man richtigerweise im Antrag zur Zeugin noch hätte vortragen können:

¹⁰ § 219 Abs. 1 S. 1 StPO lautete bis 2019: „Verlangt der Angeklagte die Ladung von Zeugen oder Sachverständigen oder die Herbeischaffung anderer Beweismittel zur Hauptverhandlung, so hat er unter Angabe der Tatsachen, über die der Beweis erhoben werden soll, seine Anträge bei dem Vorsitzenden des Gerichts zu stellen.“

¹¹ *Widmaier*, NStZ 1993, 602 (603).

¹² BGHSt 40, 3 (6).

¹³ BGHSt 39, 251 (252).

„Dies hätte beispielsweise die Tatsache sein können, daß sie mit dem Angeklagten zusammen sich zur fraglichen Zeit an einer anderen Stelle aufgehalten hat oder daß sie zur fraglichen Zeit in der Diskothek ‚F.‘ war und dort den ihr bekannten Angeklagten nicht gesehen hat [...]“. ¹⁴

Im Laufe der Zeit entwickelte sich daraus die griffigere Formel, der Antrag müsse erkennen lassen, „weshalb er [Anm.: der Zeuge] überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können“ sollte. ¹⁵ Diese Formel griff der Gesetzgeber im Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens 2019 auf, mit dem die heute geltende, explizite Legaldefinition des Beweisantrages in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO eingefügt wurde. ¹⁶

Teilweise hatte der BGH, namentlich der 5. Strafsenat, an eine Konnexität zuvor noch schärfere Voraussetzungen geknüpft. So müsse der Antragsteller nicht nur die Beweistatsache, sondern auch die Tatsachen, aus denen sich die Konnexität ergibt, bestimmt behaupten (z.B., es habe ein bestimmtes Gespräch stattgefunden). ¹⁷ Hätten sich durch frühere Beweiserhebungen Zweifel an einer tauglichen Wahrnehmungssituation des nun benannten Zeugen ergeben, so müsse der Antragsteller zusätzlich „das bisherige Beweisergebnis in seine Antragstellung auch hinsichtlich der Wahrnehmungssituation des Zeugen, dessen Vernehmung er begehrt, auf[zu]nehmen“. ¹⁸ Er müsste mithin erläutern, warum von dem neu benannten Zeugen eine von anderen Aussagen abweichende (und dennoch glaubhafte) Schilderung erwartet werden kann (sog. „qualifizierte“ Konnexität ¹⁹). Der Wortlaut der heutigen Gesetzesfassung erlaubt keinen eindeutigen Schluss darauf, ob auch solche strengeren Anforderungen mit ihr noch vereinbar sind. ²⁰ Die Gesetzesmaterialien nehmen ebenfalls nicht klar dazu Stellung, ob § 244 Abs. 3 S. 1 StPO die weitergehenden und im Schrifttum überwiegend kritisch kommentierten ²¹ Anforderungen der Rechtsprechung abbilden wollte oder nicht. ²² Man durfte also gespannt sein, wie sich die Rechtsprechung angesichts der neuen Legaldefinition entwickeln würde. Tatsächlich zeigt sich überwiegend eine Ablehnung der „qualifizierten“ Konnexität, und zwar auch und gerade durch den 5. Strafsenat, ²³ dessen Judikate dieses strenge Verständnis maßgebend entwickelt hatten. Lediglich der 4. Strafsenat hat in einer vereinzelt Entscheidung an ihr festgehalten. ²⁴ Allerdings könnte sich als Ausweg zur Ablehnung von Anträgen, die angesichts des bisherigen Beweisergebnisses offensichtlich „ins Blaue hinein“ gestellt wurden, das Verneinen eines „ernsthaften“ Verlangens eröffnen, wie es der 5. Strafsenat in einer anderen Entscheidung durchexerziert hat. ²⁵ Damit freilich würde die Rechtsprechung trotz eines Lippenbekenntnisses gegen die „qualifi-

¹⁴ BGHSt 39, 251 (255).

¹⁵ BGH NStZ 1998, 97; ähnlich BGHSt 43, 321 (329 f.); 52, 284 (287 ff.); BGH NStZ 2014, 351 (353 f.).

¹⁶ Art. 1 Nr. 14 des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019, BGBl. I 2019, S. 2121.

¹⁷ BGH NStZ 2011, 169; kritisch *Ventzke*, NStZ 2011, 301.

¹⁸ BGHSt 52, 284 (289); kritisch *Becker*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, § 244 Rn. 113 f.

¹⁹ *Schäuble*, NStZ 2020, 377 (378).

²⁰ *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 4, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 76.

²¹ *Eisenberg*, ZIS 2008, 469; *Beulke/Witzigmann*, StV 2009, 58 (60 ff.); *Habetha*, StV 2011, 239 (242 ff.); *Becker*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, § 244 Rn. 113 f.

²² Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 19/14747, S. 33 f.; *Schäuble*, NStZ 2020, 377 (379); a.A. *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 4, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 76, unter Verweis auf die fehlende Zitation der besonders weitgehenden Rechtsprechung des 5. Strafsenats.

²³ BGHSt 66, 250 (255 ff.); BGH NJW 2022, 2556 (2557); BGH NStZ 2024, 439 (440); BGH NStZ 2024, 692 (693).

²⁴ BGH NStZ-RR 2020, 180.

²⁵ BGH NStZ 2022, 57 (58 f.), m. Anm. *Trüg*, NStZ 2022, 59.

zierte“ Konnexität gewissermaßen durch die Hintertür doch wieder an ihre strengen Anforderungen anknüpfen, nur diesmal bei einem anderen der notwendigen Merkmale eines Beweisantrages angesiedelt.

4. Fehlende Konnexität

In der vorliegenden Entscheidung des 1. Strafsenats wiederholt dieser zur Frage der Konnexität eingangs wörtlich Formulierungen, die schon in einer vorherigen Entscheidung des 5. Strafsenats zu lesen waren:²⁶ Es bedürfe keiner näheren Darlegung, wenn sich der erforderliche Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel von selbst verstehe, etwa, wenn ein Telefongespräch bewiesen werden solle, das der Zeuge selbst geführt habe. Nur dann, wenn ein solcher Zusammenhang nicht auf der Hand liege, seien weitere Ausführungen notwendig. Ausreichend sei dabei die Darlegung derjenigen Umstände, aus denen sich ergäbe, warum es dem Zeugen möglich sei, die Beweistatsache zu bekunden. Je nach Sachlage könne es dabei erforderlich sein, die Wahrnehmungssituation des Zeugen vor Ort ganz konkret zu benennen. Ausführungen zur inhaltlichen Plausibilität der Beweisbehauptungen seien dagegen nicht erforderlich.²⁷ Gerade die letzte Formulierung kann man als Absage sowohl an eine „qualifizierte“ Konnexität deuten, aber auch an den angesprochenen Ausweg des 5. Strafsenats, die „Ernsthaftigkeit“ des Verlangens in Abrede zu nehmen.

Gleichwohl gelangt der Senat dazu, dem Hilfsantrag der Verteidigung auf Vernehmung der Zeugin Mü die Konnexität abzusprechen. Bemängelt wird, der Antrag lasse nicht erkennen, warum die Zeugin bekunden können sollte, dass der Angeklagte zur benannten Zeit in der Wohnung seiner Ehefrau mit Reparaturarbeiten beschäftigt gewesen sei. Offen bleibe zudem, in welcher Beziehung die Zeugin zur Ehefrau stehe und ob sie am besagten Tag durchgehend persönlich in der Wohnung der Ehefrau anwesend gewesen sei.²⁸ Das ist bis hierhin sicherlich schlüssig und würde auch keine Zweifel erwecken, wäre der Beweisantrag ohne weitere Erläuterungen gestellt worden. Tatsächlich allerdings hatte er darauf verwiesen, die Zeugin hätte bereits vor der Polizei „entsprechende Angaben gemacht“.²⁹ Und ausweislich des fraglichen, von der Revision vorgetragene und vom Senat zitierten Vernehmungsprotokolls hatte die Zeugin Mü genau zu den vom Senat als offen bemängelten Fragen ausgesagt: Sie sei eine gute Freundin der Ehefrau und diese habe ihr am Telefon von der Reparatur der Heizung durch den Angeklagten wenige Tage vor dessen Festnahme berichtet.³⁰

Warum also hat der Senat bei der Zeugin Mü nicht ebenfalls angenommen, der Zusammenhang von Beweismittel und -tatsache verstehe sich von selbst? Zur Begründung seiner Haltung verweist der Senat darauf, es genüge nicht, wenn sich die Konnexität aus den Strafakten ergebe. Vielmehr verlange § 244 Abs. 3 S. 1 StPO ausdrücklich, dass sie „dem Antrag zu entnehmen“ sein müsse – nur eben dann nicht, wenn sie sich „von selbst verstehe“.³¹ Das mag zunächst irritieren. Schließlich könnte man meinen, das Gericht habe den Akteninhalt zu kennen. Das allerdings ist aus zwei Gründen nicht ganz zutreffend. Zum einen besteht das Gericht – hier eine Strafkammer – eben auch aus Schöffen, welche den Akteninhalt nicht kennen und dennoch ggf. in einer Beratung über potenzielle Beweisanträge zu befinden hätten. Mindestens sie könnten ohne nähere Informationen nicht nachvollziehen, warum Mü die in ihr Wissen gestellten Tatsachen solle bekunden können. Zum anderen

²⁶ Vgl. einerseits BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 8, und andererseits BGHSt 66, 250 (255 Rn. 21).

²⁷ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 8.

²⁸ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 9.

²⁹ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 6.

³⁰ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 6.

³¹ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 11.

verhindern Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip, schlicht auf Akteninhalte zu verweisen, ohne diese erst einmal auf zulässigem Wege zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht zu haben. Das nächstliegende Mittel dazu wäre aber genau das vom *Senat* verlangte gewesen, nämlich die Darlegung im – mündlich zu stellenden – Beweis Antrag. Bleibt noch die Frage, wann sich denn nun eine Situation ergibt, bei welcher sich die eine Konnexität ergebenden Umstände „von selbst verstehen“. Die Antwort ist recht einfach: immer dann, wenn sich alle zur Beurteilung erforderlichen Umstände bereits in der Benennung von Beweismittel und Beweisbehauptung finden lassen. Ein solcher Fall wäre etwa die Benennung einer Zeugin zum Inhalt eines von ihr mit dem Angeklagten geführten Telefonats oder eines Zeugen zu konkreten Einzelheiten des Ablaufs eines Verkehrsunfalls, bei dem er Beifahrer des vom Angeklagten gesteuerten Unfall-Pkw war. Im Grunde genommen lässt sich die Konnexität selbst hier nicht „von selbst verstehen“, sondern sie folgt aus Teilhalten der Beweisbehauptung (Teilnehmerin des Telefonats bzw. Beifahrer im Unfall-Pkw gewesen zu sein), die insoweit doppel funktional sein können.

Der Entscheidung des *Senats*, den gestellten Antrag mangels Konnexität nicht als Beweis Antrag einzustufen, ist danach beizupflichten, und es ist verdienstvoll, wenn der Beschluss explizit klarstellt, dass der Akteninhalt für die Beurteilung einer Konnexität keine Bedeutung besitzt. Potenzielle Beweis Antragsteller sind danach gehalten, ihre Anträge entsprechend aussagekräftig zu formulieren. Hilfreich mag es dazu sein, sich eine fiktive Person vorzustellen, die keinerlei Kenntnisse von Akten und bisherigem Prozessverlauf besitzt. Diese gedachte Person müsste allein anhand des Antragstextes ermessen können, warum das fragliche Beweismittel die behauptete Beweistatsache belegen können sollte.

5. Scheitern auch als Beweisermittlungsantrag

Ist festgestellt, dass mangels Konnexität kein Beweis Antrag vorliegt, so ist freilich damit noch nicht alles getan, denn nunmehr handelt es sich um einen Beweisermittlungsantrag, der als solcher ebenfalls zulässig und begründet sein kann. Nur liefert den Beurteilungsmaßstab jetzt nicht mehr § 244 Abs. 3–5 StPO, sondern § 244 Abs. 2 StPO, mithin die Amtsaufklärungspflicht. Auch danach war die Vernehmung von Mü nach Auffassung von Strafkammer und *Senat* nicht geboten. Da an dieser Stelle – anders als bei Entscheidungen über Beweis Anträge nach § 244 Abs. 3 StPO – auch das bisherige Beweisergebnis in die Beurteilung einfließen kann und die Zeugin nur eine solche vom Hörensagen war, die offenbar zudem ausweislich ihrer bisherigen Vernehmung auch keine genauen Angaben zu den Zeiten der Reparatur machen konnte, waren die Aussichten, durch sie neue Erkenntnisse zu gewinnen, offenbar zu gering.³² An dieser Stelle mag man erneut irritiert sein: Warum greift der *Senat* an dieser Stelle auch auf den Akteninhalt zurück, was er zuvor als unzulässig verwehrt hatte? Die Erklärung ist, dass sich die Frage, ob ein bestimmtes Beweismittel – das möglicherweise nicht als solches in der Anklageschrift oder in einem Schriftsatz der Verteidigung auftaucht – sinnvollerweise zur Sachaufklärung beitragen kann, nur anhand der bisherigen, in den Akten dokumentierten Ermittlungen beurteilen lässt. Im Rahmen von Entscheidungen nach § 244 Abs. 2 StPO, die ein Gericht schließlich auch von Amts wegen und ohne initiatives Zutun der übrigen Beteiligten zu treffen hat, kann und muss daher der Akteninhalt als unentbehrliche Entscheidungsgrundlage herangezogen werden.³³

³² BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 12.

³³ Becker, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, § 244 Rn. 46; Bachler, in: BeckOK-StPO, Stand: 1.10.2024, § 244 Rn. 11; BGH NSTZ 1985, 324 (325).

IV. Sachrüge – Bildaufnahmen als Vergehen nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Das in der heutigen Nr. 1 des Abs. 1 enthaltene und hier in Rede stehende Vergehen wurde bereits mit der Urfassung von § 201a StGB im Jahr 2004 eingeführt.³⁴ Ansonsten war seinerzeit einzig ein mit der heutigen Nr. 5 vergleichbarer Tatbestand enthalten. Die übrigen Tathandlungen wurden erst 2015³⁵ bzw. (u.a. die heutige Nr. 3) 2020³⁶ angefügt. Strafgrund war nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs einer in ihrem persönlichen Rückzugsbereich der Wohnung abgebildeten Person.³⁷ Bei den Aufzeichnungen, die Gegenstand der Tatvorwürfe waren, war das Merkmal der Wohnung in allen acht Fällen ohne Weiteres verwirklicht, zumal der Tatbestand keinen Unterschied zwischen der eigenen und der fremden Wohnung macht³⁸ und deshalb auch der achte Vorfall, der die Wohnung des neuen Lebensgefährten betraf, insoweit in den Anwendungsbereich des Tatbestandes fällt.

Tathandlung ist das unbefugte Herstellen (oder Übertragen) von Bildaufnahmen. „Unbefugt“ ist dabei allgemeines Rechtswidrigkeitsmerkmal mit bloß deklaratorischem Charakter.³⁹ Es ist in der Fallbearbeitung nicht gesondert zu prüfen, sondern nur als Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe (z.B. die Einwilligung der abgebildeten Person) zu verstehen.

Das unbefugte Herstellen von Bildaufnahmen hat der *Senat* in allen Fällen bejaht.⁴⁰ Allerdings verlangt § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Taterfolg die dadurch bewirkte Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der abgebildeten Person. Das hatte die Strafkammer offenbar entweder übersehen oder aber als selbstverständliche Folge der Abbildung in einer Wohnung ohne Weiteres bejaht, denn der *Senat* betont, nicht jede heimliche Aufnahme einer Person in ihrer Wohnung hätte eine solche Verletzung zur Folge.⁴¹ Während der achte Vorfall (Filmen des Geschlechtsverkehrs) zwanglos als Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gelten darf, bedurfte es zur Einordnung der übrigen sieben Fälle näherer Betrachtung. Der *Senat* bezieht sich hierzu auf die Gesetzesbegründung, die zunächst den Bereich der Intimsphäre zum höchstpersönlichen Lebensbereich zählt. Einschlägig seien hierbei die Bereiche Krankheit, Tod und Sexualität. Die Intimsphäre umfasse aber daneben die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungsformen wie vertraulichen Briefen und Tagebuchaufzeichnungen sowie die Angelegenheiten, für die ihrer Natur nach Anspruch auf Geheimhaltung bestehe. Auch bestimmte Tatsachen aus dem Familienleben, welche die wechselseitigen persönlichen Bindungen, Beziehungen und Verhältnisse innerhalb der Familie betreffen, deshalb unbeteiligten Dritten nicht ohne Weiteres zugänglich seien und Schutz vor dem Einblick Außenstehender verdienen, seien dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzurechnen.⁴² Der *Senat* grenzt diesen sodann zur – nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht mehr strafrechtlich geschützten – Privatsphäre ab, wobei er als Abgrenzungskriterium den Begriff der neutralen Handlung bemüht. Hierzu zählt er Arbeiten, Kochen, Lesen, Fernsehen, Essen und Schlafen, soweit diese Tätigkeiten nicht unter besonderen Umständen stattfänden.⁴³ Was man sich unter diesen „besonderen Umstän-

³⁴ Art. 1 Nr. 2 des 36. StrÄndG v. 30.7.2004, BGBl. I 2004, S. 2012.

³⁵ Art. 1 Nr. 18 des 49. StrÄndG v. 21.1.2015, BGBl. I 2015, S. 10.

³⁶ Art. 1 Nr. 3 des 59. StrÄndG v. 9.10.2020, BGBl. I 2020, S. 2075.

³⁷ Begründung des Entwurfs des 36. StrÄndG, BT-Drs. 15/2466, S. 4.

³⁸ *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 201a Rn. 35.

³⁹ *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 201a Rn. 82; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 17; *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201a Rn. 80.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 14.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 14.

⁴² Begründung des Entwurfs des 36. StrÄndG, BT-Drs. 15/2466, S. 5; BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 15.

⁴³ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 16.

den“ vorzustellen hat, verrät der Beschluss allerdings nicht. Im Schrifttum findet man ebenfalls keine sicher operationalisierbaren Kriterien zur Abgrenzung vor, die über die Ausführungen in der Gesetzesbegründung hinausgehen.⁴⁴ Eine präzise Grenzziehung steht wohl auch deshalb vor Schwierigkeiten, weil die Höchstpersönlichkeit einer Situation mit von der individuellen Bewertung abhängt: Wer mit seiner Nacktheit oder seiner Sexualität innerhalb wie außerhalb der Wohnung unbefangen umgeht – man denke an die berühmte Bed In-Szene von *John Lennon* und *Yoko Ono*⁴⁵ oder das Foto von der Berliner Kommune *K 1*⁴⁶, mag sich möglicherweise durch entsprechende Abbildungen nicht oder weniger höchstpersönlich betroffen fühlen als der wohl zumeist in den Blick genommene (normative) Durchschnittsmensch. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB in seiner Ausgestaltung als Erfolgsdelikt kann sich aber nicht mit einer Durchschnittsperspektive begnügen (dann hätte der Gesetzgeber eine „Eignung zur Verletzung“ genügen lassen müssen), sondern verlangt die tatsächlich geschehene Verletzung im Einzelfall.

Der Tatbestand wird damit für subjektive Differenzierungen offenbleiben müssen, was naturgemäß zu der bereits befürchteten Einzelfalljudikatur⁴⁷ führen kann. Der Beschluss des *Senats* ist hierfür durchaus ein Musterbeispiel. Nach ihm verletzen die Aufnahmen in die Wohnung von M hinein den höchstpersönlichen Lebensbereich noch nicht, weil sie – als neutrale Handlungen – M lediglich angezogen bzw. in eine Decke gehüllt fernsehend bzw. schlafend abgebildet hatten.⁴⁸ Das mag in diesem Fall in der Sache zutreffen, schließlich werden weitere Einzelheiten der Aufnahmen nicht mitgeteilt. Zu warnen ist aber vor einer Generalisierung, denn es soll ja Fälle geben, in welchen Personen beim Schlafen ihre Gesichter so verziehen, wie sie sich selbst nie sehen möchten, oder sie im Schlaf sprechen. Wer dies aufzeichnet, mag durchaus den höchstpersönlichen Persönlichkeitsbereich verletzen, selbst wenn weder ein Partner mit im Bett liegt noch in nennenswertem Maße nackte Haut zu sehen ist.

Man kann der Entscheidung daher auch an dieser Stelle zustimmen. Das negative Kriterium der neutralen Handlungen ist durchaus anschaulich; es lässt gleichwohl Wertungsspielräume, die aber angesichts der Subjektivität des Höchstpersönlichen auch notwendig sind, um im Einzelfall sachgerecht entscheiden zu können.

⁴⁴ Vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 201a Rn. 57 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 14 f.; *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 201a Rn. 91 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 201a Rn. 3.

⁴⁵ Vgl. den entsprechenden Eintrag in Wikipedia v. 28.7.2024, abrufbar unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Bed-in](https://de.wikipedia.org/wiki/Bed_in) (31.1.2025).

⁴⁶ Vgl. auch hierzu Wikipedia v. 25.9.2024, abrufbar unter https://de.wikipedia.org/wiki/Kommune_1 (31.1.2025).

⁴⁷ *Bosch*, Jura 2016, 1380 (1384); *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 201a Rn. 93.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 1.10.2024 – 1 StR 299/24, Rn. 17.

Entscheidungsbesprechung

AG Karlsruhe, Urt. v. 28.10.2024 – 17 Cs 530 Js 45512/23¹

Versuchte Strafvereitelung durch Unterlassen durch Mitarbeiter der Fanhilfe eines Bundesligavereins

1. Wer zu Unrecht die Zeugenaussage verweigert, kann sich wegen Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar machen.
2. Sozialarbeiter der Fanhilfe haben kein Zeugnisverweigerungsrecht.

(Leitsätze der *Verf.*)

StGB §§ 13, 258 Abs. 1

StPO § 53

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Düsseldorf*

I. Einführung

Es kommt nicht so häufig vor, dass Entscheidungen der Amtsgerichte besprochen werden. Das liegt daran, dass die Amtsgerichte in Strafverfahren als erste Instanz entscheiden und daher bei kontroversen Entscheidungen das Ausschöpfen des Rechtswegs zum Landgericht und OLG zu erwarten ist. Für eine Urteilsbesprechung eignen sich letztinstanzliche Entscheidungen in der Regel besser, weil es darin vor allem um Rechtsfragen geht, die vom konkreten Fall abstrahiert werden können.

Wenn hier dennoch eine Entscheidung des AG Karlsruhe besprochen wird, gibt es hierfür drei Gründe: Erstens geht es in der Entscheidung um die Folgen des Einsatzes von Pyrotechnik während eines Fußballspiels in der Zweiten Bundesliga und damit um ein Thema aus dem Bereich des Fußballstrafrechts, das für viele Menschen interessant sein dürfte; zweitens wird in dem Urteil eine verfassungsrechtliche Frage aufgeworfen, zu deren Klärung letztendlich Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben werden könnte; und drittens behandelt die Entscheidung die umstrittene Frage nach der Garantienpflicht von Zeugen i.R.d. § 258 Abs. 1 StGB. Durch die Kombination von Strafprozessrecht (Zeugnisverweigerungsrecht) und Strafrecht (§ 258 StGB) bietet sich der Fall zudem ideal für die Prüfung im Staatsexamen an.

II. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist schnell erzählt:² Bei einem Fußballspiel zwischen dem KSC und dem FC St. Pauli zündeten Fans des KSC Pyrotechnik. Hierdurch wurden elf Menschen verletzt. Im Rahmen des von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Ermittlungsverfahrens wegen unter anderem gefährlicher

* Anne Schneider ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Veröffentlicht in BeckRS 2024, 29190.

² Siehe AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 5 ff.

Körperverletzung wurden Sozialarbeiter, die bei der Fanhilfe des KSC beschäftigt waren, zu einer richterlichen Vernehmung als Zeugen geladen. Die Fanhilfe ist eine Abteilung des Fanvereins des KSC und dient „der präventiven Arbeit, der Förderung einer Solidargemeinschaft, sowie der Unterstützung von Fans des Karlsruher Sport-Club, die im Zusammenhang mit ihrem Fandasein in juristische Konflikte geraten sind oder kommen könnten“³. Da die Mitarbeiter der Fanhilfe in der Fanszene sehr gut vernetzt sind, erhoffte man sich durch die Vernehmung Erkenntnisse zur Identität der Täter. Die Sozialarbeiter verweigerten die Aussage, um das Vertrauensverhältnis zu den Fans nicht zu beschädigen, obwohl sie darüber aufgeklärt worden waren, dass ihnen kein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde.

III. Entscheidung

Das AG Karlsruhe hat die Sozialarbeiter wegen versuchter Strafvereitelung durch Unterlassen zu einer Geldstrafe von jeweils 90 Tagessätzen verurteilt.⁴ Da die Verurteilung der für die Pyrotechnik Verantwortlichen nicht verzögert worden oder ausgeblieben sei, sei die Strafvereitelung nicht vollendet, sodass nur ein Versuch vorliege.⁵ Die Angeklagten hätten auch gewusst, dass sie zur Aussage verpflichtet seien, und damit die Umstände gekannt, aus denen sich ihre Garantenpflicht ergebe.⁶ § 258 StGB schütze „die Rechtspflege in ihrer Aufgabe, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen“.⁷ Eine Pflicht, als Garant für die staatliche Strafrechtspflege einzustehen, treffe nicht jeden Zeugen, wohl aber solche, die richterlich vernommen würden.⁸

Die Angeklagten seien auch zur Aussage verpflichtet gewesen. Sie seien nicht wegen des Fehlens einer Aussagegenehmigung nach § 54 Abs. 1 StPO von der Aussage befreit gewesen, weil die Fanhilfe trotz ihrer Bezüge zum Jugendamt keine „Behörde“ sei.⁹ Ein Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter sehe § 53 StPO nicht vor.¹⁰ Auch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folge kein Zeugnisverweigerungsrecht.¹¹ Den Angeklagten stünde auch kein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zur Verfügung, weil es keine Anhaltspunkte für eine Beteiligung an der gefährlichen Körperverletzung gebe.¹²

IV. Bewertung

Das Urteil wirft im Wesentlichen zwei Fragen auf, nämlich erstens, ob aussagepflichtige Zeugen eine Garantenpflicht für die Strafrechtspflege haben und sich daher wegen (versuchter) Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar machen können, und zweitens, ob Sozialarbeiter der Fanhilfe überhaupt zur Aussage verpflichtet sind. Die Reihenfolge, in der die Fragen abgehandelt werden, ist beliebig, man könnte also genauso – anders als das AG Karlsruhe – zunächst die Frage aufwerfen, ob eine Aus-

³ Internetseite der Fanhilfe des KSC, abrufbar unter <https://www.fanhilfe-karlsruhe.de/ueber-uns/> (17.3.2025).

⁴ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190. Dabei handelt es sich um die maximal mögliche Strafe, die noch nicht ins Führungszeugnis aufgenommen werden muss, siehe § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a BZRG.

⁵ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 48.

⁶ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 51 ff.

⁷ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 52.

⁸ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 52.

⁹ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 52.

¹⁰ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 56.

¹¹ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 57.

¹² AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 62.

sagepflicht besteht, und im zweiten Schritt diskutieren, ob daraus eine Garantenpflicht folgt. Eine Strafbarkeit kommt nur dann in Betracht, wenn beide Fragen bejaht werden.

1. Zur Garantenpflicht von aussagepflichtigen Zeugen i.R.d. § 258 StGB

Das AG Karlsruhe geht davon aus, dass Zeugen bei einer richterlichen Vernehmung aufgrund der bestehenden Aussagepflicht eine Garantenstellung für die Strafrechtspflege innehaben. Zur Begründung verweist es auf zwei Beschlüsse des OLG Köln¹³ und des OLG Hamm¹⁴. Insbesondere die Entscheidung des OLG Hamm von 2017 ist in diesem Zusammenhang lesenswert, weil sie die Argumente für und gegen die Garantenstellung ausführlicher darstellt als der Beschluss des OLG Köln. Der Vergleich der beiden Beschlüsse zeigt auch, dass die Zahl der Stimmen, die sich gegen eine Garantenpflicht aussprechen, von 2009 – dem Zeitpunkt der Entscheidung des OLG Köln – bis 2017 – dem Zeitpunkt der Entscheidung des OLG Hamm – zugenommen hat.¹⁵ Seitdem ist sie noch weiter gewachsen.

Die Befürworter¹⁶ einer Garantenpflicht der Zeugen entnehmen diese der Tatsache, dass die Strafprozessordnung dem Zeugen besondere Pflichten auferlegt.¹⁷ Zwar sei der Zeuge, anders als etwa Staatsanwälte und Richter, nicht institutionell Garant für die Strafrechtspflege, allerdings sei er durch die Zeugenstellung im Verfahren auch nicht Privatperson. Vielmehr treffe ihn eine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage und damit die Pflicht, an der Belastung oder Entlastung des Beschuldigten mitzuwirken.¹⁸ Diese Pflicht werde ihm von der Rechtsordnung auferlegt, weil das Strafverfahren auf die Mitwirkung des Zeugen angewiesen sei.¹⁹ Konsequenterweise gehen die Befürworter nur dann von einer solchen Garantenpflicht aus, wenn tatsächlich eine Pflicht zur Aussage besteht. Sofern ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht besteht und der Zeuge damit das Zeugnis oder die Auskunft verweigern darf, ist das Unterlassen der Aussage nicht rechtswidrig und kann daher nicht Grundlage der Strafbarkeit sein.²⁰ Die in § 70 StPO vorgesehene Möglichkeit, dem zu Unrecht schweigenden Zeugen Ordnungsmittel aufzuerlegen, stelle keine abschließende Regelung der Folgen einer unberechtigten Zeugnisverweigerung dar.²¹ Vielmehr diene sie dazu, auf den Zeugen einzuwirken, um ihn zu einer (künftigen) Aussage zu bewegen, während mit der Strafbarkeit wegen Strafvereitelung durch Unterlassen das vergangene Verhalten sanktioniert würde.²²

¹³ OLG Köln BeckRS 2010, 2388.

¹⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17.

¹⁵ Das OLG Köln zitiert lediglich die Gegenposition von *Cramer* (MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2024, § 258 Rn. 22), während das OLG Hamm mehrere Aufsätze und ein Urteil des LG Itzehoe zitiert, siehe OLG Köln BeckRS 2010, 2388.

¹⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17.

¹⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17, Rn. 8 (juris); LG Ravensburg NStZ-RR 2008, 177 (178 f.); AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 52; *Jahn*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 23 Rn. 21; *Jahn*, JuS 2018, 296; *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 258 Rn. 16; *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 258 Rn. 22; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 258 Rn. 7a; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 258 Rn. 17; *ders.*, JuS 2010, 549 (550); *Weidemann*, JA 2008, 532 (533); *Walter*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2022, § 258 Rn. 35.

¹⁸ OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17, Rn. 8 (juris).

¹⁹ OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17, Rn. 8 (juris).

²⁰ *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48.

²¹ So auch AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 54 ff.

²² OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17, Rn. 8 (juris); LG Ravensburg NStZ-RR 2008, 177 (178 f.).

²³ LG Ravensburg NStZ-RR 2008, 177 (178 f.); *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48.

Ebenfalls folgerichtig ist es, dass die Garantenpflicht nach Ansicht der Befürworter in allen Fällen bestehen soll, in denen eine Pflicht zum Erscheinen und zur Aussage bestehe.²³ Das gilt mittlerweile nicht nur für richterliche und staatsanwaltliche Vernehmungen, sondern auch für Vernehmungen der Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft (§ 163 Abs. 3 StPO).²⁴ Es ist daher missverständlich, wenn das AG Karlsruhe im hier besprochenen Urteil ausführt:

„Dabei trifft nicht jeden Zeugen die Pflicht, als Garant für die staatliche Strafrechtspflege einzustehen, sehr wohl aber denjenigen, welcher richterlich vernommen wird [...].“²⁵

In den an dieser Stelle zitierten Entscheidungen des OLG Köln und des OLG Hamm wird nicht zwischen richterlichen und polizeilichen Vernehmungen unterschieden. Zwar ist nur eine falsche Aussage vor dem Richter als solche strafbewehrt (§§ 153 ff. StGB). Eine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage besteht aber auch für polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmungen, sodass der Zeuge konsequenterweise nach Ansicht der Befürworter schon bei diesen Vernehmungen Garant sein müsste. Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung ist auch in der Begehungsvariante unproblematisch bereits im Ermittlungsverfahren möglich. Möglicherweise bezieht sich die Passage im Urteil des AG Karlsruhe allerdings darauf, dass eine Garantenpflicht für Zeugen erst nach Ladung zur Vernehmung bestehen soll, nicht aber zuvor. Wer also eine Straftat beobachtet, ist nicht verpflichtet, diese bei der Polizei anzuzeigen.²⁶ In jedem Fall wäre es besser gewesen, dass „richterlich“ in dem zitierten Satz zu streichen.

Die Gegner²⁷ einer allgemeinen Garantenpflicht für die Strafrechtspflege von im Strafverfahren vernommenen Zeugen wenden ein, dass aus der Aussagepflicht im Strafverfahren nicht folge, dass der Zeuge auch für den Sanktionierungserfolg verantwortlich sei.²⁸ Vielmehr gehe eine solche Fürsorgepflicht zu weit.²⁹ Für Zeugen außerhalb des Strafverfahrens sei anerkannt, dass diese keine entsprechende Garantenpflicht hätten.³⁰ Hieraus lasse sich schließen, dass die Aussagepflicht nicht spezifisch auf den Sanktionierungserfolg ausgerichtet sei, sondern allgemein der Wahrheitsfindung im Gerichtsverfahren diene.³¹ Das Strafverfahren nehme insoweit keine besondere Rolle ein.³² Außerdem sei es widersprüchlich, wenn Zeugen und Strafverfolgungsbeamte gleichbehandelt würden, Strafvollzugs-

²³ *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48. Siehe bereits *Weidemann*, JA 2008, 532 (533 f.). Vgl. auch *Lenk*, NStZ 2020, 638 (641); *Richter*, JA 2023, 529 (529).

²⁴ *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48.

²⁵ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 52.

²⁶ Näher dazu *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48; *Popp*, JR 2014, 418 (422); *Lenk*, NStZ 2020, 638 (641).

²⁷ LG Itzehoe BeckRS 2009, 27120; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 26 Rn. 9a; *Cramer*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2024, § 258 Rn. 22; *Popp*, JR 2014, 418 (422); *Lenk*, NStZ 2020, 638 (639 ff.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 21 Rn. 15; *Richter*, JA 2023, 529 (531); *Reichling/Döring*, StV 2011, 82 (84 f.); *Wegner/Begemeier*, JuS 2015, 688 (690); *Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 204 f.; *Quatmann*, Zur Strafvereitelung durch unberechtigte Zeugnisverweigerung, 2016, passim.

²⁸ *Popp*, JR 2014, 418 (422 f.); *Lenk*, NStZ 2020, 638 (641); *Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 204 f.

²⁹ *Popp*, JR 2014, 418 (422 f.).

³⁰ *Richter*, JA 2023, 529 (531).

³¹ *Popp*, JR 2014, 418 (420); *Richter*, JA 2023, 529 (531 f.).

³² *Richter*, JA 2023, 529 (532 ff.).

beamte dagegen keine Garanten wären.³³ Die Konsequenz der Ausführungen des OLG Hamm sei zudem, dass der Zeuge, der zu Unrecht eine entlastende Aussage verweigere, im Fall einer Verurteilung des Angeklagten wegen Freiheitsberaubung durch Unterlassen strafbar sein müsste.³⁴ Diese Konsequenz werde aber von niemandem gezogen.³⁵ Mit § 70 Abs. 1 StPO gebe es zudem bereits repressive Reaktionen auf die ungerechtfertigte Verweigerung der Aussage.³⁶

Im Kern des Streits steht mithin die Frage, ob der Zeuge im Strafverfahren dafür einzustehen hat, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft wird, oder ob die Zeugnispflicht sich nur auf die wahrheitsgemäße Aussage bezieht. Dass der Zeuge grds. wahrheitsgemäß aussagen muss, sofern er das Zeugnis oder die Auskunft nicht nach §§ 52 ff. StPO verweigern darf, ist unstrittig. Gegen die Annahme einer Verantwortlichkeit für die Bestrafung des Angeklagten und damit gegen eine Garantenpflicht spricht, dass dem Zeugen dadurch die Verantwortung für den Ausgang des Verfahrens auferlegt würde, obwohl die Strafprozessordnung den Zeugen nur als Beweismittel und nicht als Verfahrensbeteiligten einstuft. Das Urteil fällt das Gericht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO). Würde man den Zeugen für die Bestrafung des Angeklagten in die Verantwortung nehmen, könnten sich schwierige Abgrenzungsfragen stellen. Der Fall, dass der Zeuge zu Unrecht die Aussage verweigert, mag noch einigermaßen klar sein. Denkbar wäre es aber auch, dass der Zeuge sich bei der Aussage in Widersprüche verheddert oder seine Aussage so rhetorisch ungeschickt vorträgt, dass das Gericht ihr weniger Glauben schenkt. Wäre das Unterlassen einer rhetorisch geschliffenen Aussage, die das Gericht überzeugt, dann strafbar? Popp bringt es pointiert auf den Punkt, wenn er die Frage aufwirft, ob es sinnvoll sei, Opferzeugen, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht aussagen wollen, zu bestrafen, wenn die Bestrafung des Täters nicht gelinge.³⁷ Da auch die versuchte Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar ist, käme die Bestrafung des Zeugen immer dann in Betracht, wenn dieser es für möglich hält und in Kauf nimmt, durch sein Nichterscheinen oder Schweigen die Verurteilung zu vereiteln, worunter nach h.M. auch eine Verzögerung um ca. drei Wochen fällt.³⁸

Außerdem lässt sich nicht bruchlos begründen, warum die allgemein geltende Zeugnispflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage nur im Strafverfahren zu einer Garantenpflicht führen soll.³⁹ Das unrechtmäßige Schweigen eines Zeugen kann auch in anderen Verfahren zu fehlerhaften Urteilen führen, die als Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch als Sozialversicherungsbetrug durch Unterlassen (in mittelbarer Täterschaft) anzusehen sein könnten.⁴⁰ So könnte ein zu Unrecht schweigender Zeuge kausal dafür werden, dass die Anfechtungsklage gegen eine bauordnungsrechtswidrige Baugeneh-

³³ LG Itzehoe BeckRS 2009, 27120 unter Bezug auf BGHSt 43, 82 (84); Lenk, NSTZ 2020, 638 (640); Reichling/Döring, StV 2011, 82 (84 f.); nur zum Teil zustimmend Richter, JA 2023, 529 (531).

³⁴ Popp, JR 2014, 418 (420); Richter, JA 2023, 529 (532 Fn. 27). Strukturell handelt es sich in diesen Fällen um eine Freiheitsberaubung durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft, bei der der das Urteil verhängende Richter gerechtfertigt ist. Ob eine mittelbare Täterschaft beim Unterlassungsdelikt zulässig ist, ist umstritten, siehe dazu BGHSt 48, 77 (89) – SED-Politbüro; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 27 Rn. 48 f.; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 51 Rn. 5.

³⁵ Popp, JR 2014, 418 (420); Richter, JA 2023, 529 (532). Siehe aber zur Frage, ob die Verweigerung einer entlastenden Aussage durch einen Angehörigen (§ 52 StPO) strafbar sein kann, Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 158 ff.

³⁶ Richter, JA 2023, 529 (532 f.); dagegen aber Reichling/Döring, StV 2011, 82 (84).

³⁷ Popp, JR 2014, 418 (424).

³⁸ Siehe nur BGHSt 45, 97 (100 f.); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 258 Rn. 4; Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 258 Rn. 14; Walter, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2022, § 258 Rn. 35 ff.; a.A. etwa Altenhain, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 258 Rn. 48.

³⁹ Dazu Richter, JA 2023, 529 (532).

⁴⁰ Siehe Popp, JR 2014, 418 (420).

migung keinen Erfolg hat.⁴¹ Dennoch wird nicht der Zeuge für die Sicherheit des Gebäudes verantwortlich gemacht.⁴² Warum ausgerechnet die Beeinträchtigung der Strafrechtspflege, nicht aber andere Individualrechtsgüter oder die öffentliche Sicherheit zu einer Garantenpflicht führen soll, erschließt sich nicht.

Eine solche Beschützergarantenpflicht würde sich im Übrigen auch von den in der Unterlassungsdogmatik anerkannten Fallgruppen unterscheiden. Beschützergarantenstellung lassen sich im Wesentlichen auf familienrechtliche Beziehungen, Amtsstellungen und tatsächliche Übernahme zurückführen.⁴³ Kennzeichnend für alle diese Stellungen ist, dass diese auf einem Willensakt beruhen. Das gilt für Eheschließung und die Übernahme einer Betreuung, aber auch die Position als Sorgeberechtigter erhält man nicht zufällig, sondern diese beruht auf der Entscheidung, ein Kind zu bekommen und die elterliche Sorge wahrzunehmen.⁴⁴ Erst recht geht der Übernahme einer mit Schutzpflichten verbundenen Amtsstellung (wie Polizist oder Lehrer) ein Willensakt voraus. Und auch die tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion erfolgt bewusst. Im Gegensatz dazu kann man zufällig oder auch gegen den eigenen Willen Zeuge werden und dadurch in die Situation kommen, im Strafverfahren aussagen zu müssen, und zwar auch dann, wenn die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs keinesfalls gewollt ist und den eigenen Interessen zuwiderläuft.⁴⁵ Man denke nur an den nichtehelichen Lebenspartner des Angeklagten, der mangels Zeugnisverweigerungsrechts gezwungen wird, gegen den Angeklagten auszusagen, auch wenn dadurch möglicherweise eine tatsächlich bestehende Familienstruktur zerstört wird.⁴⁶ Es wäre unverhältnismäßig, wenn die Zeugen über die schon bestehende Wahrheitspflicht hinaus auch noch als Garant für die Strafrechtspflege und damit als verantwortlich für die Strafverfolgung angesehen würden.

Darüber hinaus steht die Ansicht des AG Koblenz, die sich auf oberlandesgerichtliche Rechtsprechung stützt, im Widerspruch zur neueren Rechtsprechung des BGH zu besonderen persönlichen Merkmalen. 2024 hat der BGH die strittige Frage entschieden, ob die Zeugeneigenschaft in § 153 StGB ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist. Der BGH hat diese Frage verneint und die Zeugeneigenschaft als tatbezogenes Merkmal eingeordnet. Unter anderem hat er hierzu ausgeführt:

„Den Straftatbeständen der § 153 und § 154 StGB liegt das zum Schutze der Rechtspflege aufgestellte Verbot zugrunde, die Feststellung des Sachverhalts durch unwahre Aussagen zu gefährden. [...] Den Zeugen trifft zudem keine besondere Verantwortung für das geschützte Rechtsgut, die einen qualitativen Unterschied zwischen dem Unrecht des Täters einerseits sowie des Teilnehmers andererseits und damit eine Lockerung der vollakzessorischen Zurechnung begründen könnte. Denn das geschützte Rechtsgut der Rechtspflege wird dem Zeugen nicht persönlich „anvertraut“. Der Zeugenbegriff des § 153 StGB ist vielmehr ein formell-prozessualer. Der Status eines Zeugen besteht unabhängig davon, ob dieser Angaben zur Beweisfrage machen kann. Seine Verpflichtung beschränkt sich darauf, zu einem ihm gestellten Beweisthema Tatsachen zu bekunden. Umstände, die mit diesen nicht im

⁴¹ Richter, JA 2023, 529 (532).

⁴² Richter, JA 2023, 529 (532).

⁴³ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 22 Rn. 40 ff.

⁴⁴ Die leiblichen Eltern haben die Möglichkeit, wenn sie nicht für das Kind sorgen wollen, es direkt nach der Geburt in die Obhut des Jugendamtes zu geben.

⁴⁵ Siehe auch Lenk, NSTZ 2019, 638 (640).

⁴⁶ So war etwa die Konstellation in EGMR (Große Kammer), Urt. v. 3.4.2012 – 42857/05 (van der Heijden v. The Netherlands): Die Beschwerdeführerin lebte seit 18 Jahren mit dem Beschuldigten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und hatte zwei Kinder mit ihm.

Zusammenhang stehen, kann der Zeuge von sich aus nicht zum Gegenstand der Vernehmung machen. Überdies hat er bei der Wahrheitsfindung keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Stellung. Er erhält keine rechtliche Dispositionsbefugnis über den Inhalt seiner Bekundung und damit über das Rechtsgut, denn die Beweiswürdigung seiner Angaben obliegt allein dem Gericht [...].⁴⁷

In § 153 StGB, der dem Schutz der Rechtspflege dient, soll der Zeuge also nach Ansicht des BGH gerade keine Verantwortung für das Rechtsgut haben, sondern nur dazu verpflichtet sein, zu dem ihm gestellten Beweisthema Tatsachen zu bekunden. Eine rechtliche Dispositionsmöglichkeit komme dem Zeugen gerade nicht zu, sondern die Beweiswürdigung der Angaben obliege allein dem Gericht. Wenn der Zeuge aber bei einer Falschaussage keine besondere Verantwortung für die Rechtspflege hat, ist nicht einzusehen, warum er i.R.d. § 258 StGB eine besondere Verantwortung für die Strafrechtspflege haben sollte. Die Stimmen, die insoweit eine Garantenpflicht annehmen, stützen sich hierfür maßgeblich auf die in der StPO normierte Zeugnispflicht. Tatsächlich überzeugt es, wie oben erläutert wurde, nicht, den Zeugen für den Erfolg des Strafverfahrens verantwortlich zu machen. Auch im Fall der Strafvereitelung hat der Zeuge keine Dispositionsbefugnis über das Rechtsgut.

Die Annahme einer Garantenpflicht des zu Unrecht schweigenden Zeugen steht auch in Konflikt mit der Rechtsprechung zur Geltung des § 28 Abs. 1 StGB für die Garantenpflicht. 2021 hatte der BGH entschieden, dass jedenfalls die Garantenstellung aus Ingerenz ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB sei.⁴⁸ Diese Rechtsprechung dürfte auf alle Garantenstellungen zu übertragen sein,⁴⁹ also auch auf die hier angesprochene Beschützergarantenstellung. Bestimmt also der Teilnehmer den Zeugen dazu, zu Unrecht zu schweigen, wäre nach dieser Entscheidung des BGH die Strafe des Teilnehmers gem. § 28 Abs. 1 StGB zu mildern.

In den hier relevanten Fällen ist Grundlage der Garantenpflicht allerdings allein die Stellung als Zeuge und die damit korrespondierende Zeugnispflicht, wie sie sich aus der Strafprozessordnung ergibt. Diese Zeugenstellung soll aber – jedenfalls i.R.d. § 153 StGB – kein besonderes persönliches Merkmal sein, weil es sich um eine tatbezogene Pflicht handele. Wenn die Zeugnispflicht kein persönliches Merkmal ist, die Garantenpflicht aber doch ein besonderes persönliches Merkmal darstellt, folgt daraus, dass sich die Garantenpflicht nicht allein aus der Zeugnispflicht ergeben kann. Minus (Zeugnispflicht, kein besonderes persönliches Merkmal) mal Plus (Garantenpflicht, besonderes persönliches Merkmal) ergibt eben Minus (keine Garantenpflicht und kein besonderes persönliches Merkmal).

Zwar betreffen die Ausführungen des BGH zur Zeugnispflicht § 153 StGB und nicht § 258 StGB, der nicht nur auf Zeugenaussagen anwendbar ist. Im Fall der Zeugenaussage geht es aber um dieselbe Verhaltenspflichtverletzung, an die ggf. zwei Straftatbestände knüpfen (Falschaussage und Strafvereitelung). Ob eine solche durch Unterlassen möglich ist, muss daher im Grundsatz auch parallel geprüft werden. Nach dem, was der BGH zur Einordnung der Aussagepflicht ausgeführt hat, dürfte eine Strafbarkeit wegen Falschaussage durch Unterlassen schon daran scheitern, dass dem Täter das Rechtsgut der Strafrechtspflege nicht anvertraut ist und er deshalb nicht die ausbleibende Bestrafung des Täters zu vertreten hat. Dieser Aspekt lässt sich ohne Weiteres auf § 258 StGB übertragen.

Wenn man also die beiden Entscheidungen des BGH akzeptiert,⁵⁰ kann die Garantenpflicht nicht der Zeugnispflicht entsprechen, sondern muss darüber hinaus ein persönliches Element enthalten.

⁴⁷ BGH NJW 2024, 2268 (2270 Rn. 20 f.).

⁴⁸ BGHSt 66, 66.

⁴⁹ Valerius, NJW 2021, 1770 (1770).

⁵⁰ Zur Kritik etwa Mansouri, ZJS 2024, 888 (897 ff.); Valerius, NJW 2021, 1770 (1770).

Da es im vorliegenden Fall des AG Karlsruhe an einem solchen Element fehlt, haben die Sozialarbeiter keine Garantenstellung für die Strafrechtspflege, sodass ihr Schweigen nicht strafrechtlich sanktioniert werden durfte.

2. Zur Aussagepflicht von Sozialarbeitern

Hält man – anders als hier vertreten – eine Garantenpflicht von Zeugen für die Strafrechtspflege für gegeben, stellt sich die Frage, ob die Zeugen in dem vom AG Karlsruhe entschiedenen Fall tatsächlich zur Aussage verpflichtet waren. Denn die Strafbarkeit wegen (versuchter) Strafvereitelung durch Unterlassen setzt in jedem Fall voraus, dass die Zeugen zu Unrecht geschwiegen haben, also kein Recht zur Verweigerung der Aussage oder Auskunft bestand. Entsprechend prüft das AG Karlsruhe auch die – zum Examenspflichtstoff gehörenden – gesetzlich geregelten Verweigerungsgründe, kommt aber zutreffend zu dem Ergebnis, dass diese nicht einschlägig sind.⁵¹ Die bei der Fanhilfe eines Fußballvereins angestellten Sozialarbeiter seien keine Personen des öffentlichen Dienstes i.S.d. § 54 Abs. 1 StPO. Auch der Katalog des § 53 Abs. 1 StPO erfasse die Sozialarbeiter nicht. Außerdem seien keine Anhaltspunkte für ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 1 Var. 1 StPO ersichtlich. Eine Strafbarkeit gem. § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB scheidet zudem aus, wenn der Zeuge zur Aussage verpflichtet sei, da die Zeugnispflicht den Geheimnisverrat rechtfertige.⁵²

Ein Zeugnisverweigerungsrecht könnte daher allenfalls unmittelbar der Verfassung entnommen werden. Dass es solche verfassungsimmanente Zeugnisverweigerungsrechte geben kann, hat das BVerfG schon in der sog. Sozialarbeiter-Entscheidung von 1972 anerkannt.⁵³ In der Entscheidung ging es um einen Fall von innerfamiliärem Kindesmissbrauch, bei dem das mutmaßliche Opfer, der Sohn des Beschuldigten, das Zeugnis verweigerte (§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO). Da sich der Zeuge einer an einer Beratungsstelle tätigen Sozialarbeiterin anvertraut hatte, sollte diese als Zeugin vernommen werden. Die Frage war daher, ob die Sozialarbeiterin mit Ordnungs- und Zwangsmitteln zur Aussage gezwungen werden durfte (§ 70 StPO) oder ob sie die Aussage verweigern durfte. Die Konstellation weist somit deutliche Parallelen zum Fall der Sozialarbeiter der Fanhilfe auf. Ein Verfahren wegen „Strafvereitelung“, die damals in einem Tatbestand mit der Begünstigung geregelt war (§ 257 Abs. 1 StGB a.F.), fand allerdings nicht statt.

Bei der Frage, ob die Sozialarbeiterin ein Zeugnisverweigerungsrecht hatte, führte das Bundesverfassungsgericht zunächst aus, dass dies möglich wäre. Obwohl der Katalog der Berufsgeheimnisträger in § 53 StPO erschöpfend geregelt sei, könne im Einzelfall unter ganz besonders strengen Voraussetzungen ein Zeugnisverweigerungsrecht direkt aus der Verfassung folgen, nämlich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁵⁴ Das BVerfG stellt allerdings hohe Anforderungen an ein solches verfassungsimmanentes Zeugnisverweigerungsrecht:

„Eine solche Einschränkung des Zeugniszwangs im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 i. Verb. m. Art. 1 Abs. 1 GG kann jeweils nur als Ergebnis einer vom Richter vorzunehmenden konkreten und fallorientierten Abwägung zwischen den Belangen der Strafrechtspflege und den Geheimhaltungsinteressen des Einzelnen festgestellt werden, wobei – insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgebots alle Umstände des Falles in die Prüfung einzubeziehen sind. Dazu gehören z.B. Art und Schwere der in Rede stehenden Straftat, die Höhe der Straferwartung, das Vorhandensein anderer

⁵¹ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 54 ff.

⁵² AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 61.

⁵³ BVerfGE 33, 367. Siehe hierzu auch *Würtenberger*, JZ 1973, 784.

⁵⁴ BVerfGE 33, 367 (374).

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. Nur äußerst selten – etwa bei der Verfolgung bloßer Bagatelldelikte oder Ordnungswidrigkeiten von geringer Bedeutung – wird danach der Richter Veranlassung haben, eine verfassungsrechtliche Begrenzung des Zeugniszwangs außerhalb der verfahrensrechtlichen Normen des einfachen Rechts überhaupt in Betracht zu ziehen.“⁵⁵

In dem konkreten Fall lehnte es ein Zeugnisverweigerungsrecht der Sozialarbeiterin ab. Dabei spielte unter anderem eine Rolle, dass ein klares Berufsbild der Sozialarbeiter fehle und diese durch ihre Einbindung entweder in eine Behörde oder in einen Verein keine vollständige Vertraulichkeit gewährleisten könnten.⁵⁶

Insgesamt sind die Kriterien des BVerfG so streng, sodass bislang nur wenig verfassungsimmanente Zeugnisverweigerungsrechte bejaht wurden. Vor Einführung des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3b StPO wurde dies etwa für Suchtberater diskutiert.⁵⁷ In neuerer Zeit hat das BVerfG in einem obiter dictum ein auf die Wissenschaftsfreiheit gestütztes Beschlagnahmeverbot für Forschungsdaten für möglich gehalten.⁵⁸ Da § 97 StPO auf die Zeugnisverweigerungsrechte verweist, werden Fragen nach Zeugnisverweigerungsrechten oft im Zusammenhang mit Beschlagnahmen diskutiert.

Im Fall der Sozialarbeiter der Fanhilfe führt das AG Karlsruhe knapp aus:

„Ebenso wenig konnten sie sich auf ein unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitetes Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Ein solches kommt ausschließlich im Einzelfall nach Abwägung der Belange der Strafrechtspflege und den Geheimhaltungsinteressen des Einzelnen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Betracht. Nach Abwägung des erheblichen öffentlichen Interesses an der vollständigen Wahrheitsermittlung und effektiven Strafverfolgung betreffend das Zünden von Pyrotechnik, welches die Verletzung von 11 Personen zur Folge hatte einerseits, und des Interesses der Angeklagten, die Zusammenarbeit mit Fans im Fanprojekt zu schützen, andererseits, überwiegt, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die in der richterlichen Vernehmung gestellten Fragen den Kernbereich der sozialarbeiterischen Tätigkeit der Angeklagten nicht berührten, ersteres.“⁵⁹

Dabei fällt auf, dass das AG Karlsruhe nur einige der vom BVerfG genannten Kriterien heranzieht, nämlich nur Art und Schwere der Straftat (Körperverletzung durch Zünden von Pyrotechnik) und die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre (Fragen). In dem Verfahren sollten die Zeugen ihre Wahrnehmungen vom Tattag schildern und die Schließ- und Lagerverhältnisse in den Räumen der Fanhilfe beschreiben.⁶⁰ Auf mögliche andere Aufklärungsmöglichkeiten und die Bedeutung des Beweis-

⁵⁵ BVerfGE 33, 367 (375).

⁵⁶ BVerfGE 33, 367 (374 ff.).

⁵⁷ Grundlegend BVerfGE 44, 353: verfassungsimmanentes Beschlagnahmeverbot für Aufzeichnungen von Suchtberatern. Siehe dagegen LG Mainz NJW 1988, 1744 (1745), später bestätigt durch BVerfG NStZ 1988, 418 (418), wo ein solches Recht bei Sachbeschädigung und Diebstahl im Wert von 3.100 DM mangels Bagatelcharakters der Tat abgelehnt wurde. Siehe auch *Baier*, Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozessordnung als Ergänzung der §§ 53 ff. StPO, 1996, S. 202 ff.

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.9.2023 – 1 BvR 2219/20 = BeckRS 2023, 28302 Rn. 12 ff. Siehe dazu die Anmerkung von *Kudlich*, JA 2024, 79.

⁵⁹ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 57.

⁶⁰ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 10.

themas geht das AG hingegen nicht ein. Dabei zeigt bereits die Tatsache, dass ein Strafvereitelungserfolg durch die Verweigerung der Aussage nicht festgestellt werden konnte, dass die Aussage der Sozialarbeiter offenbar nicht von zentraler Bedeutung war und es andere Aufklärungsmöglichkeiten gegeben hat. Immerhin ist der Einsatz von Pyrotechnik bei Fußballspielen keine Seltenheit, bislang war die Vernehmung von Sozialarbeitern der Fanhilfe aber nicht erforderlich.

Auf der anderen Seite ist zuzugestehen, dass § 224 StGB kein Bagatelldelikt ist und auch ein öffentliches Interesse an der Aufklärung von Körperverletzungen durch Pyrotechnik besteht. Auch hat die Annahme eines ungeschriebenen Zeugnisverweigerungsrechts weitreichende Konsequenzen für das ganze Ermittlungsverfahren, da nach der Regelungstechnik der Strafprozessordnung etliche anderen Vorschriften zur Beschränkung von Ermittlungsmaßnahmen auf die Zeugnisverweigerungsrechte verweisen, also zeugnisverweigerungsrechtsakzessorisch sind. Das gilt unter anderem für das Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO, aber auch für die Herausgabe (§ 95 Abs. 2 S. 2 StPO), die körperliche Untersuchung Nichtbeschuldigter (§ 81c Abs. 3 StPO), die akustische Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung (§ 100d Abs. 5 StPO) sowie sonstige Ermittlungsmaßnahmen (§ 160a StPO).⁶¹ Gesteht man den Sozialarbeitern ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, sind damit praktisch alle anderen Ermittlungsmaßnahmen gegen diese Gruppe ebenfalls ausgeschlossen, soweit es um beruflich Anvertrautes geht. Das verschiebt die Abwägung zu Gunsten der Belange der Strafrechtspflege in einer Weise, die das BVerfG 1972 noch nicht vorhersehen konnte, da der Großteil der Regelungen neuer ist.⁶² Insbesondere ist im Ermittlungsverfahren oft noch nicht eindeutig absehbar, welches Delikt letztendlich angeklagt werden wird. Insoweit sind die Abwägungskriterien, die auf die konkret aufzuklärende Tat abstellen, im Ermittlungsverfahren nur schwierig umzusetzen. Daher ist anzunehmen, dass das BVerfG auch im Fall des AG Karlsruhe nicht zu dem Ergebnis kommen würde, dass aus der Verfassung ein Zeugnisverweigerungsrecht folgt.

Allerdings hat das BVerfG in der Sozialarbeiter-Entscheidung einen Aspekt nicht benannt, der in der Entscheidung des AG Karlsruhe zu berücksichtigen war. Denn in der Sozialarbeiter-Entscheidung ging es nicht um eine eventuelle Strafbarkeit der Sozialarbeiterin wegen des Schweigens, sondern lediglich um die Frage, ob sie mit Ordnungs- und Zwangsmitteln belegt werden durfte oder ob insoweit ihr – auch strafrechtlich geschütztes – Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Die Diskussion über eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung hat im 21. Jahrhundert Fahrt aufgenommen, und aus dieser Zeit stammen die meisten Entscheidungen. Die drohenden strafrechtlichen Konsequenzen hat das AG Karlsruhe zwar bei der Strafzumessung berücksichtigt, indem es eine Strafe verhängt hat, die nicht im Führungszeugnis aufgelistet wird und die somit keine beruflichen Konsequenzen für die Sozialarbeiter der Fanhilfe hat.⁶³ Diese Lösung funktioniert aber lediglich bei nicht vorbestraften Tätern, da ansonsten die Nichtaufnahme in das Führungszeugnis gem. § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a BZRG unterbleibt.

Nicht erörtert hat das AG Karlsruhe hingegen, ob den Sozialarbeitern die Aussage zuzumuten war. Die Unzumutbarkeit dient bei den Unterlassungsdelikten als Korrektiv, um Konstellationen auszuscheiden, in denen das normgemäße Verhalten dem Täter nicht zuzumuten ist. Nach h.M. handelt es sich um einen Entschuldigungsgrund.⁶⁴ Wenn man also von einer Handlungspflicht ausgeht und – entgegen der hier vertretenen Ansicht – eine Garantenstellung bejaht, muss immer noch geprüft wer-

⁶¹ Überblick bei *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 22 ff.

⁶² So wurde etwa § 160a StPO erst 2008 eingeführt, § 100g Abs. 4 StPO erst 2015. Allein in den letzten 15 Jahren wurden zudem bis auf § 95 StPO alle entsprechenden Vorschriften geändert, siehe *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 3 ff.

⁶³ AG Karlsruhe BeckRS 2024, 29190 Rn. 73.

⁶⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 49 Rn. 47 m.w.N.

den, ob das Handeln dem Garanten im konkreten Fall zuzumuten war oder ob die Strafbarkeit wegen Unzumutbarkeit ausscheidet. Danach könnte eine Strafbarkeit ausscheiden, wenn das verfolgte Delikt ein niedrigeres Strafmaß hat als die (versuchte) Strafvereitelung durch Unterlassen.⁶⁵ Auch könnte man berücksichtigen, ob nach § 70 Abs. 1 StPO Ordnungsgeld oder Ordnungshaft verhängt worden ist und welche Kosten dem Zeugen bereits auferlegt worden sind. Zudem ließen sich die vom BVerfG für die Abwägung, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, herangezogenen Aspekte für die Unzumutbarkeit heranziehen. Auch wenn die Gerichte zögerlich sind, verfassungsimmanente Zeugnisverweigerungsrechte anzuerkennen, könnten einzelfallbezogene Aspekte im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung gewürdigt werden, ohne dass der Katalog in § 53 StPO und das darauf aufbauende System der Beschränkungen von Ermittlungsmaßnahmen ins Wanken gerät. Beispielsweise war die Aussage der Sozialarbeiter für den Fortgang des Verfahrens offenbar nicht entscheidend, was dafür spricht, die Strafverfolgungsinteressen hier geringer zu bewerten. Diese Überlegungen fehlen im Urteil des AG Karlsruhe.

V. Ergebnis und Ausblick

Nach der hier vertretenen Ansicht sind Zeugen entgegen der vom AG Karlsruhe vertretenen Ansicht allein aufgrund ihrer Zeugeneigenschaft keine Garanten für die Strafrechtspflege und daher nicht wegen Strafvereitelung durch Unterlassen zu bestrafen, wenn sie zu Unrecht die Aussage verweigern.⁶⁶ Wer dies anders sieht, muss sich mit der vor 50 Jahren vom BVerfG abschlägig beschiedenen Frage auseinandersetzen, ob direkt aus der Verfassung ein Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter folgt, und muss prüfen, ob die Aussage den Sozialarbeitern im Einzelfall zuzumuten war. Vor allem die Unzumutbarkeit hätte Anlass dazu gegeben, die Verhältnismäßigkeit der Bestrafung noch einmal zu hinterfragen.

Sollte das Urteil des AG Karlsruhe auch in den Folgeinstanzen Bestand haben, ist die Situation für die Sozialarbeiter und für das Projekt der Fanhilfe de lege lata misslich: Da eine weitere Verurteilung der Sozialarbeiter zu Eintragungen ins Führungszeugnis führen würde und dieses bei einigen sozialen Berufen vorgelegt werden muss, dürften die Sozialarbeiter wenig geneigt sein, (weitere) Verurteilungen wegen (versuchter) Strafvereitelung durch Unterlassen zu riskieren. Es ist daher wahrscheinlich, dass, sofern die Strafverfolgungsbehörden nach Einsatz von Pyrotechnik bei Bundesligaspielen vermehrt Sozialarbeiter der Fanhilfe als Zeugen laden, die Vertraulichkeit der entsprechenden Beratung in Zukunft nicht mehr garantiert werden kann. Das wird Auswirkungen auf die Projekte der Fanhilfe haben.

Möglicherweise werden die Fanhilfe-Vereine auch zu kreativen Lösungen kommen. Da bei Spielen immer auch ein Rechtsanwalt ansprechbar sein soll,⁶⁷ um die Fans zu unterstützen, könnte man überlegen, ob die vor Ort agierenden Sozialarbeiter nicht Personen sind, die an der beruflichen Tätigkeit der Rechtsanwälte mitwirken. Solche mitwirkenden Personen haben gem. § 53a StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht, über dessen Ausübung der Rechtsanwalt entscheiden kann (§ 53a Abs. 1 S. 2

⁶⁵ Das Strafmaß beträgt bei Milderung nach § 13 Abs. 2 StGB maximal drei Jahre und neun Monate Freiheitsstrafe, bei zusätzlicher Milderung nach § 23 Abs. 2 StGB maximal zwei Jahre, neun Monate und drei Wochen, siehe § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

⁶⁶ Dies schließt nicht aus, dass im Einzelfall eine Garantenstellung aus Ingerenz (siehe etwa OLG Hamm, Beschl. v. 9.11.2017 – III-4 RVs 127/17) oder aus familiären Bindungen besteht (siehe dazu Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 155 ff.).

⁶⁷ Aus der Website des Dachverbands Fanhilfen: „Jeder Standort sorgt bei seinen Heimspielen für einen ansprechbaren und einsatzfähigen Rechtsanwalt, der auch im Bedarfsfall die Gästehilfe unterstützen kann.“, <https://www.dachverband-fanhilfen.de/ueber-uns/> (17.3.2025).

StPO). Bei entsprechender Ausgestaltung der Verhältnisse wäre ein solcher Vortrag zumindest nicht völlig abwegig.

So oder so hat der Fall die seit 50 Jahren andauernde Diskussion um die Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Sozialarbeiter de lege ferenda wieder befeuert.⁶⁸ Einerseits ist der Katalog des § 53 StPO schon jetzt ziemlich umfangreich und erschwert in bestimmten Fällen die Ermittlungen, andererseits erfahren Sozialarbeiter bei ihrer beruflichen Tätigkeit häufiger von begangenen Straftaten, wobei das Ausmaß der entsprechenden Informationen je nach Tätigkeit sehr unterschiedlich ist. Wenn die Arbeit der Fanhilfe unter anderem darin besteht, Fans zu unterstützen, die „im Zusammenhang mit ihrem Fandasein in juristische Konflikte geraten sind oder kommen könnten“, scheint es nicht ganz fernliegend, dass die Sozialarbeiter der Fanhilfe regelmäßig Kenntnis von begangenen strafbaren Handlungen erhalten. Bei anderen Formen sozialer Arbeit dürfte das hingegen seltener der Fall sein. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber das Urteil des AG Karlsruhe zum Anlass nimmt, den Katalog des § 53 StPO zu erweitern. Es wäre allerdings ironisch, wenn eine solche Erweiterung zum Schutz von Missbrauchsopfern oder jugendlichen Straftätern in der Vergangenheit immer abgelehnt wurde, auf einmal aber möglich ist, wenn Interessen der Fußball-Bundesligavereine betroffen sind.

⁶⁸ Siehe etwa *Ruf, Süddeutsche Zeitung v. 4.10.2023* (17.3.2025). Zu den Anfängen etwa *Schilling*, JZ 1976, 617.

Entscheidungsbesprechung

LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23¹

Fahrlässige Tötung einer Schülerin durch Unterlassen seitens begleitender Lehrkräfte während einer Auslandsreise („Fall Emily“)

Vor Schulfahrten ist im Regelfall schriftlich nach vor allem gesundheitlichen Beeinträchtigungen der minderjährigen Teilnehmenden zu fragen.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 7, 13, 222

Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn*

I. Einführung

Der tragische Tod der 13-jährigen Emily hat medial große Aufmerksamkeit erfahren.² Während eines Schulausflugs nach London verschlechterte sich der Zustand der an Diabetes erkrankten Jugendlichen schrittweise, worauf die die Fahrt begleitenden Lehrkräfte aber nicht angemessen reagierten, weil sie sich vorab nicht über die Vorerkrankung der Schülerin informiert hatten. Als es ihr schließlich so schlecht ging, dass sie ins Krankenhaus eingeliefert wurde, konnte sie bereits nicht mehr gerettet werden und verstarb an einem Herzinfarkt. Gegen die Lehrkräfte wurde ein Strafverfahren eingeleitet; in der hier zu besprechenden Entscheidung wurden zwei der Lehrerinnen wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen – inzwischen rechtskräftig³ – verurteilt.

Rechtlich geht es um „klassische“ Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts, die zum Standardrepertoire des Examensstoffs gehören. Der Fall hat daher das Potenzial, in den kommenden Jahren Gegenstand zahlreicher Prüfungen zu werden.

II. Entscheidungserheblicher Sachverhalt

Die 3. große Strafkammer des LG Mönchengladbach hat folgenden Sachverhalt festgestellt:⁴

* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Er dankt Frau *Cristina Durth*, Frau *Ellen Hofmann*, Frau *Jannika Hofmann*, Herrn *Dr. Thomas Kolb*, Frau *Sophia Schulte* und Frau *Lissy zum Winkel* für wertvolle Anmerkungen sowie für Hinweise zum englischen Recht Herrn Prof. *Dr. John Child* und Herrn Prof. *Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg*. Alle Hyperlinks wurden zuletzt am 12.3.2025 abgerufen.

¹ Abrufbar unter https://www.justiz.nrw/nrwe/lgs/mgladbach/lg_moenchengladbach/j2024/23_KLS_6_23_Urteil_20240215.html sowie veröffentlicht in BeckRS 2024, 1971; Anm. bei *Hecker*, JuS 2024, 468.

² Bspw. *Stegemann, SZ* v. 22.3.2022; *Spiegel* v. 15.2.2024; *dpa, Zeit Online* v. 17.1.2024.

³ Der 3. Strafsenat des BGH hat die Revision der beiden Angeklagten jüngst ohne Begründung verworfen; vgl. *BGH, Beschl. v. 18.12.2024 – 3 StR 292/24*.

⁴ Ausführlich LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 10 ff.

Die Geschädigte litt an Diabetes mellitus Typ I, weshalb sie einer Insulinsubstitution bedurfte, was einerseits das Insulin für den täglichen Grundbedarf (sog. Basalinsulin) sowie das sog. Bolusinsulin betrifft, das sie abhängig von Ernährung, Stress etc. benötigte. Hierfür musste sie mehrmals täglich ihren Blutzucker messen; das Messgerät empfiehlt dann abhängig vom Ergebnis die Menge des mit einer Insulinpumpe zuzuführenden Bolusinsulins.

Bei der Einschreibung in die Schule 2015 hatte die Mutter als alleinige gesetzliche Vertreterin die Erkrankung offengelegt, was in die Schulakte aufgenommen wurde. Zudem informierte sie verschiedene Lehrkräfte über den Diabetes, mögliche Warnzeichen und ähnliches. Im Übrigen konnten Lehrkräfte in die Akte Einsicht nehmen und sich so über den Zustand der Geschädigten informieren.

2019 wurde eine klassen- und jahrgangübergreifende Schulfahrt für über 70 Schülerinnen und Schüler nach London angeboten, die im Wesentlichen von vier Lehrkräften – darunter die beiden Angeklagten – organisiert wurde. Eine klare Aufgabenverteilung zwischen diesen vier Personen gab es offenbar nicht. Keine von ihnen hatte bislang mit der Geschädigten zu tun gehabt. Im Mai fand eine – unverbindliche – Informationsveranstaltung zu der Schulfahrt statt. Daran nahmen auch die Geschädigte und der Lebensgefährte ihrer Mutter teil. Eine der Angeklagten fragte im Rahmen dieser Veranstaltung „nach gesundheitlichen Besonderheiten der Teilnehmer und wies darauf hin, dass etwaig erforderliche Medikamente selbst mitgeführt werden müssten.“ Ob die Geschädigte und der Lebensgefährte der Mutter diese Äußerung mitbekamen, ließ sich nicht aufklären. Jedenfalls nahmen sie die Gelegenheit zum anschließenden Gespräch nicht wahr. Im Übrigen holten die verantwortlichen Lehrkräfte – abweichend zur üblichen Praxis an der Schule – zu keinem Zeitpunkt Informationen zu Erkrankungen etc. der mitfahrenden Schülerinnen und Schüler ein und nahmen auch keine Einsicht in die Akte der Geschädigten.

„Einige Tage“ vor Fahrtantritt schwankte der Stoffwechsel der Geschädigten ungewöhnlich stark, was möglicherweise auf die hormonellen Veränderungen in der Pubertät zurückzuführen ist. Dies ließ sich jedoch durch entsprechende Nahrungsanpassung und Gabe von Bolusinsulin regulieren.

Am Abend des 26. Juni 2019 (Mittwoch) gab die Mutter die Geschädigte in die Obhut der Lehrkräfte und die Fahrt nach London begann. Bei einer Blutzuckermessung am darauffolgenden Tag (Donnerstag, 27. Juni 2019) waren die Werte stark erhöht, woraufhin die Geschädigte sich mehrfach Insulin zuführte. Am Abend nahmen sie und eine befreundete Zimmergenossin gemeinsam das gleiche Essen zu sich, mussten sich aber anschließend übergeben. Hierüber informierte die Freundin die Angeklagten, worauf diese nicht weiter reagierten. Während sich der Zustand der Freundin über Nacht verbesserte, ging es der Geschädigten am Freitagmorgen (28. Juni 2019) weiterhin sehr schlecht, worauf die Zimmergenossin die Lehrerinnen ebenfalls folgenlos hinwies. Nachdem die Geschädigte sich wieder hatte übergeben müssen, gab sie gegen Mittag – anscheinend ohne vorherige Messung – manuell zweimal deutlich zu niedrige Blutzuckerwerte in die Insulinpumpe ein und führte sich (jeweils zu wenig) Bolusinsulin zu. Am Nachmittag war sie immer noch sehr schwach und musste sich gegen Abend erneut erbrechen. Die darauf hingewiesenen Angeklagten überzeugten sich nicht selbst vom Zustand der Geschädigten, sondern wiesen eine Mitschülerin an, Cola und Salzstangen zu besorgen. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Tod durch sofortige intensivmedizinische Versorgung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch abgewendet werden können.

Am Samstagmorgen hatte sich der Zustand der Geschädigten drastisch verschlechtert. Dies nahmen die Lehrerinnen im Rahmen einer Zimmerkontrolle wahr und verständigten einen Notarzt. Als sie anschließend telefonisch die Mutter informierten, erfuhren sie von dieser von der Diabeteserkrankung. Die Geschädigte verstarb am Sonntag infolge eines Herzinfarkts, der auf der Stoffwechselentgleisung infolge eines „Zuckerschocks“ beruhte, in einem spezialisierten Londoner Krankenhaus; Behandlungsfehler des medizinischen Personals konnten nicht festgestellt werden.

III. Entscheidung des Gerichts

Prozessualer Exkurs: Der Sachverhalt wurde nicht direkt bei der 3. großen Strafkammer des LG Mönchengladbach angeklagt, sondern gelangte erst über verschiedene prozessuale Umwege dorthin:

1. Anklage beim Jugendschöffengericht

Zunächst hatte die Staatsanwaltschaft den Fall vor dem *Jugendschöffengericht* (§ 33a JGG) des Amtsgerichts Mönchengladbach angeklagt. Das mag auf den ersten Blick insoweit verwundern, als die Jugendgerichte sich mit den „Verfehlungen Jugendlicher“ zu befassen haben (§ 33 Abs. 1 JGG). Die beiden Angeklagten Lehrerinnen waren aber zum Tatzeitpunkt (§ 8 S. 1 StGB) beide bereits erwachsen. Hintergrund ist § 26 Abs. 1 S. 1 GVG: Danach sind die Jugendgerichte auch für Straftaten Erwachsener zuständig, „durch die ein Kind oder ein Jugendlicher verletzt oder unmittelbar gefährdet wird, sowie für Verstöße Erwachsener gegen Vorschriften, die dem Jugendschutz oder der Jugenderziehung dienen“. Diese Zuständigkeit besteht kumulativ neben derjenigen der allgemeinen Strafgerichte. Hintergrund dieser Doppelzuständigkeit ist, dass die Jugendgerichte über spezielle Erfahrung und Kompetenz im Umgang mit Jugendlichen verfügen, die auch in Verfahren gegen Erwachsene fruchtbar gemacht werden können.⁵ Grundgedanke der Anklage bei einem Jugendschutzgericht dürfte daher gewesen sein, dass die Mitschülerinnen der Geschädigten als Zeuginnen benötigt wurden (vgl. insoweit auch § 26 Abs. 2 S. 1 GVG).

Gem. § 26 Abs. 1 S. 2 GVG gelten insoweit dann die Zuständigkeitsregelungen des GVG entsprechend (und nicht des JGG). Da die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB ein Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) ist, war eine Anklage gerade beim *Jugendschöffengericht* jedenfalls nicht zwingend; eine Anklage beim Jugendrichter (§§ 33 Abs. 2 Var. 1, 34 JGG) wäre ebenso in Betracht gekommen (als Pendant zum Strafrichter gem. § 25 GVG). Das bedeutet, dass die Staatsanwaltschaft es für möglich gehalten hat, dass das Verfahren mit einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren enden könnte (§ 25 Nr. 2 GVG), was bei einem (unbewussten!) Fahrlässigkeitsdelikt unter Berücksichtigung des Umstandes, dass beide Angeklagten nicht vorbestraft waren, durchaus hochgegriffen ist.

2. Übergabe des Verfahrens an das Landgericht

Letztlich stellte sich die Frage nach dem richtigen Spruchkörper innerhalb des Amtsgerichts nicht mehr: Die 1. große Strafkammer des LG Mönchengladbach „übernahm“ das Verfahren.⁶ Damit kann nur gemeint sein, dass das Amtsgericht – Jugendschöffengericht – im Rahmen der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§§ 199 ff. StPO) zu dem Schluss gekommen ist, dass dem Verfahren – angesichts des großen medialen Interesses – „besondere Bedeutung“ (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG) zukam und daher vor dem Landgericht verhandelt werden sollte. Dann dürfte es diesem durch die Staatsanwaltschaft die Akten vorgelegt haben (§ 209 Abs. 2 StPO), woraufhin dieses über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden hatte.

3. Nichteröffnung, sofortige Beschwerde und Entscheidung des Oberlandesgerichts

Die Kammer lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens mangels eines hinreichenden Tatverdachts ab (§ 204 StPO). „Die Angeschuldigten hätten auch bei Kenntnis der Diabeteserkrankung als medizinische Laien nicht den Schluss ziehen müssen, dass [die Geschädigte] zwingend einer stationären

⁵ Bspw. *Barthe*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, GVG § 26 Rn. 1 m.w.N.

⁶ So die Formulierung bei OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2023 – 4 WS 73/23 = BeckRS 2023, 15527 Rn. 1.

Krankenhausaufnahme bedurft hätte“, weshalb es jedenfalls am Pflichtwidrigkeitszusammenhang fehle.⁷ Gegen diesen Beschluss legten die Staatsanwaltschaft sowie der Vater der Geschädigten als Nebenkläger (§§ 395 Abs. 2, 400 Abs. 2 S. 1 StPO) sofortige Beschwerde ein (§§ 210 Abs. 2, 311 StPO). Darüber hatte nun das Oberlandesgericht Düsseldorf zu entscheiden (§ 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG), das die Hauptverhandlung vor einer anderen großen Strafkammer des LG Mönchengladbach eröffnete (§ 210 Abs. 3 StPO), weil es – im Gegensatz zur 1. großen Strafkammer – von einem hinreichenden Tatverdacht ausging (§ 203 StPO). So gelangte das Verfahren zur 3. großen Strafkammer des LG Mönchengladbach. Insoweit wäre zwar aus den oben genannten Gründen auch die Eröffnung vor einer Jugendkammer (§ 74b GVG, § 33b JGG) möglich gewesen, war aber nicht zwingend angezeigt.

Die Kammer verurteilte die beiden angeklagten Lehrerinnen jeweils wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen (§§ 222, 13 StGB) zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen.⁸ Dem liegen folgende Überlegungen zugrunde:⁹

Das tatbestandsmäßige Unterlassen sei darin zu sehen, dass die Angeklagten sich vor der Abfahrt nicht über den Gesundheitszustand der Geschädigten informiert hätten. Da die erforderlichen Handlungen (noch) in Deutschland hätten vorgenommen werden müssen, liege der Unterlassungsort in Deutschland, weshalb die Vorschriften¹⁰ §§ 222, 13 StGB anwendbar seien (§§ 3, 9 Abs. 1 Var. 2 StGB).

Die angeklagten Lehrerinnen hätten durch das Nicht-Einholen der entsprechenden Auskünfte über den Gesundheitszustand der Geschädigten ihre Sorgfaltspflichten verletzt, wie sich insbesondere aus den §§ 42 und 57 des Schulgesetzes NRW¹¹ ergebe. Durch die faktische Übernahme der Fürsorgepflicht von den Eltern bei Abfahrt hätten die Lehrerinnen auch eine von diesen abgeleitete Garantenpflicht (§ 13 StGB) übernommen. Hätten die Angeklagten über die entsprechenden Informationen verfügt, hätten sie den Zustand der Geschädigten aufgrund der Erkrankung als Warnzeichen erkannt und sie früher zu einem Arzt gebracht, wodurch ihr (konkreter) Tod höchstwahrscheinlich hätte verhindert werden können.

IV. Würdigung

Der Fall wirft die Frage nach der Verantwortungsverteilung zwischen den verschiedenen beteiligten Personen(gruppen) auf (Geschädigte, Eltern, Lehrer, Schulleitung), wie die öffentliche Diskussion deutlich macht.¹² Nicht ohne Grund spricht der 4. Strafsenat des OLG Düsseldorf von einer „Verkettenung mehrerer unglücklicher Umstände“¹³. Vor allem aber – wenn auch weitaus weniger offensichtlich – verdeutlicht der Sachverhalt Probleme der umstrittenen Struktur des Fahrlässigkeitsdelikts:

⁷ So die Wiedergabe bei OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2023 – 4 WS 73/23 = BeckRS 2023, 15527 Rn. 7.

⁸ Wobei aufgrund einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung jeweils 20 Tagessätze als bereits vollstreckt gelten, vgl. dazu näher LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 165 ff.

⁹ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 97 ff.

¹⁰ Hier ist auf die Formulierung zu achten: Aus den §§ 3 ff., 9 StGB kann sich niemals die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (*als Ganzes*) ergeben, sondern immer nur einzelner Vorschriften. Es ist durchaus möglich, dass auf einen konkreten Sachverhalt nur einzelne Tatbestände des StGB (und/oder des Nebenstrafrechts) angewandt werden können, andere hingegen nicht. Dazu *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 5 Rn. 110; *ders.*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, Bd. 1, StGB Vor §§ 3 ff. Rn. 1 f.

¹¹ https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=10000000000000000524.

¹² Vgl. nur etwa die Leserbriefe zum Urteil in <https://www.sueddeutsche.de/kolumne/fall-emily-klassenfahrt-1.6395876>. Zwischenzeitlich war offenbar auch gegen die Eltern ermittelt worden, denen aber letztlich keine Versäumnisse zur Last gelegt werden konnten; vgl. *Piperidou*, LTO v. 16.1.2025.

¹³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2023 – 4 WS 73/23 = BeckRS 2023, 15527 Rn. 32.

Anders als in zahlreichen anderen Rechtsordnungen¹⁴ ist der Begriff der Fahrlässigkeit im deutschen Strafrecht nicht legaldefiniert. Die Definition aus § 276 Abs. 2 BGB („Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“) ist zwar wegen des anderen Regelungskontextes nicht unmittelbar anwendbar. Gleichwohl besteht in der Sache zumindest dahingehend Einigkeit, dass auch im Strafrecht ein Fahrlässigkeitsvorwurf sich darauf stützt, dass der Täter den drohenden Eintritt des Erfolges bei Einhaltung der üblichen Sorgfalt hätte vermeiden können.

1. Anknüpfungspunkt: Zum Verhältnis von Sorgfaltspflicht und tatbestandsmäßigem Verhalten

Aus diesem Verständnis heraus erwächst nun die Diskussion, wie sich der Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit zum tatbestandsmäßigen Verhalten verhält.¹⁵

a) Sorgfaltspflicht als Konkretisierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens

Eine frühere Auffassung sah im Sorgfaltspflichtverstoß selbst das tatbestandsmäßige Verhalten.¹⁶ Diese Betrachtung führt aber dazu, dass jedes Fahrlässigkeitsdelikt immer auch ein Unterlassungsdelikt ist, weil das Tatverhalten gerade das Nichtbeachten der Sorgfaltsanforderung wäre. Dies ist vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt (insb. könnten Fahrlässigkeitsdelikte dann nur durch Garanten begangen werden), weshalb diese Ansicht in ihrer Pauschalität überholt und daher abzulehnen ist.¹⁷

In einer abgeschwächten Form findet sie jedoch auch heute noch breite Verwendung. Denn bei den sog. reinen Verursachungsdelikten (wie z.B. §§ 212 Abs. 1, 222 StGB) beschränkt der Tatbestand sich auf die (wie auch immer geartete) Herbeiführung des jeweiligen Erfolgs.¹⁸ Daraus kann der Normadressat aber nun nicht (*vor dem Tatverhalten!*¹⁹) ableiten, was er tun oder lassen soll, um den Tod eines anderen Menschen vermeiden zu können. Aus diesem Grund werden die Sorgfaltsregeln als *Konkretisierung* herangezogen, um dem Adressaten einen Anhaltspunkt zu geben, wie er sich verhalten soll: Das fahrlässige Verhalten besteht dann darin, dass die Person sich gerade keine, nicht

¹⁴ Vgl. etwa § 6 des österreichischen Strafgesetzbuchs (Stand: 12.3.2025):

„(1) Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.

(2) Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.

(3) Grob fahrlässig handelt, wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war.“

Vgl. auch Art. 12 Abs. 3 des schweizerischen Strafgesetzbuchs (Stand: 12.3.2025):

„Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.“

¹⁵ Übersichtlich zum Streitstand *Renzikowski*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 119 ff.

¹⁶ Plastisch bspw. *Radbruch*, ZStW 24 (1904), 333 (346 f.).

¹⁷ Zutreffend etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 9/6; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 12; *Renzikowski*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 119 (120) m.w.N.

¹⁸ Bspw. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 8.

¹⁹ Dazu bspw. *M. Wagner*, in: *Papathanasiou u.a., Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, Normentheoretische Betrachtungen, 2021*, S. 93 (103 f.) m.w.N.

genug oder die falschen Gedanken gemacht hat, wie sie sich im Weiteren verhalten sollte, damit der tatbestandsmäßige Erfolg nicht eintritt.²⁰ Dieser Auffassung folgt (implizit) auch die Kammer, wenn sie den Tatvorwurf daran knüpft, dass die angeklagten Lehrerinnen es *vor der Abfahrt* unterlassen haben, Informationen über den Gesundheitszustand der Geschädigten einzuholen.²¹

b) Verletzung der Sorgfaltspflicht als vorgelagerte Vermeidungsmöglichkeit

Nach anderer Auffassung ist der Sorgfaltspflichtverstoß nicht selbst das tatbestandsmäßige Verhalten, sondern der Grund, warum das eigentliche Tatverhalten als fahrlässig zu klassifizieren ist. Den Unterschied verdeutlicht das folgende

*Beispiel:*²² A befährt mit seinem Auto eine Straße, die auch einen Fahrradstreifen aufweist. Er möchte nach rechts in eine Querstraße abbiegen. Ohne zu blinken, einen Blick in einen der Spiegel oder über die Schulter fährt er in die Querstraße ein und kreuzt dabei den Fahrradstreifen. Dort befindet sich aber gerade Fahrradfahrer F, den A nicht gesehen hat, weil er sich nicht umgesehen hat. Da A nicht geblinkt hat, kommt der Abbiegevorgang für F völlig überraschend, weshalb er keine Möglichkeit hat, noch rechtzeitig darauf zu reagieren. Er kollidiert daher mit der rechten hinteren Seitentür des Autos, wird über dieses geschleudert und verletzt sich beim Aufprall auf dem Asphalt.

Nach der obigen Auffassung läge hier eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen (§§ 229, 13 StGB) darin, dass A nicht geprüft hat, ob gerade jemand den Fahrradstreifen befährt. Die andere Auffassung stellt hingegen auf den Abbiegevorgang selbst ab:²³ Es liegt eine *aktiv verwirklichte* fahrlässige Körperverletzung dadurch vor, dass A nach rechts gelenkt und den Fahrradstreifen gekreuzt hat. Rechtswidrig ist dieses Verhalten, weil F in dieser Situation Vorfahrt gehabt hätte (vgl. auch § 5 Abs. 8 StVO); fahrlässig ist es, weil A durch einen Schulterblick unproblematisch hätte erkennen können, dass F sich gerade dort befindet und er daher warten muss, bis dieser geradeaus weitergefahren ist.

Die letztgenannte Auffassung hat gute Argumente für sich:²⁴ Strafe wird angedroht für die Verletzung eines Gebots oder Verbots, also die Nichterfüllung einer rechtlichen Pflicht. Eine Pflicht ist etwas, dass der Adressat in jedem Fall tun (oder lassen) *muss*. Zu Maßnahmen wie dem Schulterblick ist der Fahrer aber nicht unbedingt verpflichtet – es liegt kein rechtswidriges Verhalten vor, auf das z.B. die Straßenverkehrsbehörde reagieren könnte, wenn A sich zwar vor dem Abbiegen nicht umsieht, aber auch niemand gefährdet oder verletzt wird, weil zu diesem Zeitpunkt nun einmal glücklicherweise niemand auf dem Fahrradstreifen neben ihm fährt. Dagegen besteht die Pflicht, dem vorrangigen Verkehrsteilnehmer Vorfahrt zu gewähren. Ebenso: Es besteht bspw. keine Pflicht, Winterreifen oder Schneeketten zu besitzen oder aufzuziehen – man darf nur eben bei Eisesglätte nicht fahren, wenn man diese Voraussetzung nicht erfüllt.²⁵

²⁰ Dazu bspw. *Mañalich*, Jahrbuch für Recht und Ethik 27 (2019), 411 (417 ff.).

²¹ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 102.

²² Ähnliches Beispiel bereits bei *Samson*, Strafrecht I, 7. Aufl. 1988, S. 251 (Fall 43).

²³ Vgl. etwa *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 118 in dortiger Fn. 300 m.w.N.

²⁴ Dazu bereits *M. Wagner, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024*, S. 194 f.

²⁵ Beispiel bei *Renzikowski*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 119 (124).

c) Relevanz für die hiesige Entscheidung

Im entscheidungserheblichen Sachverhalt kommen wohl insgesamt vier verschiedene denkbare Anknüpfungspunkte in Betracht:

- Unterlassen des Einholens der Gesundheitsinformationen
- Abfahrt, obwohl keine Gesundheitsinformationen vorlagen
- Untätigkeit am Donnerstagabend
- Untätigkeit am Freitag

Während die Frage, auf welchen Zeitpunkt und welches Verhalten abzustellen ist, sich in vielen anderen Konstellationen praktisch kaum nennenswert auswirkt und im Ergebnis letztlich keinen Unterschied macht, ist sie im hiesigen Fall in mehrerlei Hinsicht von Bedeutung:

aa) Tun und Unterlassen

So macht es mehrere bedeutende Unterschiede, ob an ein Unterlassen (hier: entweder das Nicht-Einholen der Informationen vor der Fahrt oder das Nicht-Reagieren auf die Nachricht über den Zustand der Geschädigten) oder an ein aktives Tun (hier: der Beginn der Reise trotz Fehlens der Informationen) anzuknüpfen ist.

Für eine Unterlassungsstrafbarkeit ist gem. § 13 StGB eine Garantenpflicht erforderlich, die zum Zeitpunkt des fraglichen Unterlassens bestehen muss. Wie das Gericht selbst ausführt, besteht eine entsprechende Schutzpflicht – erst – ab dem Beginn der eigentlichen Veranstaltung, also mit der faktischen Übernahme der Fürsorgepflicht von den Erziehungsberechtigten.²⁶ In dem Zeitpunkt, auf den die Kammer abstellt, hatten die Lehrkräfte gerade (noch) keine Verantwortung für Leib und Leben der Geschädigten übernommen, weshalb eine Unterlassungsstrafbarkeit insoweit jedenfalls aus-schiede.

Im Übrigen veränderte sich die Sachlage mit der Zeit. Die Frage, ob die Angeklagten den Tod hätten abwenden (lassen) können bzw. ob sie das Risiko hätten erkennen können, stellt sich für jeden Zeitpunkt separat.

Schließlich ist die fakultative Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB zu beachten, von der die Kammer in der Entscheidung Gebrauch gemacht hat.²⁷ Diese Verschiebung des Strafrahmens ist nur dann möglich, wenn ein Unterlassungsdelikt vorliegt.

bb) Strafanwendungsrecht

Des Weiteren ist es relevant für die Anwendbarkeit der betreffenden Strafvorschriften²⁸, worin das tatbestandmäßige Verhalten besteht, weil die Ereignisse sich maßgeblich im Ausland abspielen. Ausgangspunkt der Betrachtung ist das sog. Territorialitätsprinzip (§ 3 StGB). Danach findet das deutsche Strafrecht auf solche Taten Anwendung, deren Tatort im Inland liegt. Wo der Tatort liegt, ergibt sich nach dem sog. Ubiquitätsprinzip aus § 9 StGB: Es muss sich nicht die gesamte Tat im Inland abgespielt haben, sondern es reicht aus, wenn z.B. entweder die Tathandlung im Inland vorgenommen wurde oder der Taterfolg im Inland eingetreten ist. Da die Geschädigte auf dem Staatsgebiet der Vereinigten Königreichs verstorben ist, scheidet eine Anwendung des § 222 StGB über § 9

²⁶ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 107 f.

²⁷ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 151.

²⁸ Siehe oben Fn. 10.

Abs. 1 Var. 3 StGB jedenfalls aus. Da das Gericht aber der Auffassung ist, dass das Nicht-Erheben der Gesundheitsdaten das tatbestandsmäßige Verhalten darstellt, haben die Angeklagten im Inland ihre Handlungspflicht (§§ 3, 9 Abs. 1 Var. 2 StGB), weshalb §§ 222, 13 StGB anwendbar seien.²⁹

Komplexer gestaltet sich die Frage nach dem Bestehen einer deutschen Strafgewalt nach der hiesigen Auffassung: Ein inländischer Tatort bestünde nur dann, wenn das tatbestandsmäßige Verhalten in der (aktiven) Abfahrt bestünde, obwohl die Gesundheitsdaten nicht eingeholt worden waren. Auch dann wäre § 222 StGB nach §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 1 StGB anwendbar. Stellt man hingegen auf das Unterlassen ab, trotz der Hinweise der Zimmergenossin nach der Geschädigten zu sehen, hilft das Territorialitätsprinzip nicht weiter, da dieses Unterlassen sich bereits in England zugetragen hat.

Das bedeutet freilich nicht, dass bei dieser Betrachtung keinesfalls deutsches Strafrecht angewandt werden könnte (dazu noch näher unten 2. d)). Insbesondere können die §§ 222, 13 StGB gem. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB auch mit Blick darauf angewandt werden, dass die Geschädigte deutsche Staatsangehörige war (sog. passives Personalitätsprinzip) respektive die Angeklagten deutsche Staatsangehörige sind (sog. aktives Personalitätsprinzip). Allerdings gilt dies nur dann, „wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt“. Letzteres ist beim Vereinigten Königreich ersichtlich nicht der Fall. Es hätte daher ermittelt werden müssen, ob die Untätigkeit der Lehrerinnen auch nach englischem Strafrecht ein strafbares Unrecht darstellt. Da das Gericht regelmäßig nicht über entsprechende Kenntnisse verfügen wird, wird es in solchen Fällen ratsam sein, insoweit ein Rechtsgutachten als Sachverständigenbeweis (§§ 72 ff. StPO) einzuholen.³⁰

2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten zu den verschiedenen Zeitpunkten

Nach dem Vorstehenden ist die Strafbarkeit der angeklagten Lehrerinnen zu den genannten vier verschiedenen Zeitpunkten zu untersuchen.

a) Unterlassene Informationseinholung vor der Abfahrt

Das Gericht stellt darauf ab, dass die Lehrerinnen keine Informationen über den Gesundheitszustand der Geschädigten eingeholt hatten, weder im Rahmen der Informationsveranstaltung³¹ noch durch Einsichtnahme in die Akte der Schülerin oder anderweitige Abfrage.³² Für eine Verantwortlichkeit wegen Unterlassens hätte zu diesem Zeitpunkt eine echte Handlungspflicht (Gebot) bestehen müssen. Das Bestehen einer solchen Pflicht muss sich entsprechend legitimieren lassen. Dafür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich: Da keine der Lehrerinnen die Geschädigte unterrichtet hatte, bestand keine unmittelbare Rechtsverbindung. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Angeklagten gerade noch keine rechtliche Verantwortung für Leib und Leben der Geschädigten übernommen. Insoweit sind

²⁹ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 102.

³⁰ Vgl. etwa *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 244 Rn. 25 m.w.N.

³¹ Zwar war dort allgemein nach möglichen Vorerkrankungen gefragt worden. Unabhängig davon, ob die Geschädigte und der Lebensgefährte der Mutter dies wahrgenommen haben oder nicht, ist dies jedenfalls als nicht ausreichend anzusehen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2023 – 4 WS 73/23 = BeckRS 2023, 15527 Rn. 24 ff.; LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 123): Es handelte sich um eine bloß unverbindliche Veranstaltung, weshalb weder die Lehrkräfte davon ausgehen durften, damit alle teilnehmenden Schülerinnen und Schüler erreichen zu können, noch die Teilnehmer damit rechnen mussten, dass dies die einzige Gelegenheit sein würde, um Gesundheitsfragen adressieren zu können. Dies gilt erst recht, da nicht erwartet werden kann, Vorerkrankungen im Rahmen einer solchen Veranstaltung öffentlich zu machen.

³² LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 102.

die Urteilsgründe widersprüchlich, weil das Gericht selbst klarstellt, dass die Garantenstellung (erst) bei Abfahrt bestand.³³

Die Sphäre, aus der die spätere Gefahr erwuchs, war gerade (allein) der Gesundheitszustand der Geschädigten selbst. Anderes hätte beispielsweise gegolten, wenn es darum gegangen wäre, auf eine Gefahr hinzuweisen, die sich aus der geplanten Reise selbst hätte ergeben können (Bsp.: Für das betreffende Zielland wird eine bestimmte Impfung empfohlen). Insoweit hätte zwischen den Organisatoren und den bei der Informationsveranstaltung Anwesenden ein Informationsgefälle bestehen können, das hätte beseitigt werden müssen. So lagen die Dinge aber nicht. Eine Unterlassungsverantwortlichkeit zu diesem Zeitpunkt scheidet daher aus.

b) Abfahrt

Des Weiteren könnte eine fahrlässige Tötung (durch aktives Tun) dadurch in Betracht kommen, dass die Angeklagten mit der Schulfahrt begonnen haben und in Mönchengladbach losfahren, obwohl sie gerade nicht über Informationen hinsichtlich eventueller Krankheiten aller mitfahrenden Schülerinnen und Schüler verfügten.

Nach den Feststellungen der Kammer ist davon auszugehen, dass die Abfahrt kausal für den Tod der Geschädigten war. Hypothetische Ersatzursachen (bspw. die Möglichkeit, dass der Stoffwechsel der Geschädigten sich auch in Deutschland hätte entsprechend verschlechtern können) dürfen nicht hinzugedacht werden.

Deutlich komplexer ist die Frage, ob der Tod der Geschädigten zurechenbar auf die Abfahrt zurückzuführen ist. Dies ist der Fall, wenn die Angeklagten insoweit eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich im konkreten Erfolgseintritt (also im Tod der Geschädigten) realisiert hat.³⁴

Die Gefahr, die die Angeklagten geschaffen haben müssten, müsste eine *konkrete* sein; ein lediglich abstrakt gefährliches Verhalten unterfällt insoweit noch dem Bereich des Sozialadäquaten (erlaubtes Risiko).³⁵ Nach dieser Maßgabe lag ein erlaubtes Risiko vor: Im Zeitpunkt der Abfahrt hatte sich – soweit ersichtlich – der Gesundheitszustand der Geschädigten gerade noch nicht so verschlechtert, dass sie in größerem Umfang hilfsbedürftig gewesen wäre als sonst. Von der Schulfahrt nach England als solcher gingen keine Risiken aus, der die Geschädigte nicht auch in ihrem sonstigen Alltag ausgesetzt gewesen wäre. Insbesondere führte sie das Messgerät und ihre Medikamente mit. Es handelte sich daher gerade noch nicht um ein *konkret* lebensgefährliches Verhalten, sondern lediglich um die Schaffung einer abstrakten Situation, in der es unter Hinzutreten weiterer Umstände zu einer Gesundheits- und Lebensgefahr kommen konnte. Dies reicht für eine rechtlich missbilligte konkrete Gefahr im Rahmen der Lehre von der objektiven Zurechnung nicht aus. In der Abfahrt liegt gerade noch keine Tathandlung einer (aktiven) fahrlässigen Tötung. Daher spielt es auch keine Rolle, dass es, wie das Gericht zutreffend klarstellt, selbstverständlich „fahrlässig“ ist, eine Schulfahrt ohne die entsprechenden Gesundheitsinformationen anzutreten.³⁶

c) Untätigkeit am Donnerstagabend

Das nächste potenzielle Tatverhalten ist der Umstand, dass die Angeklagten am Donnerstagabend,

³³ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 105 ff.

³⁴ Exemplarisch Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 46 f.

³⁵ Vgl. etwa Kindhäuser, GA 1994, 197 (219); Schladitz, Normentheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 112 ff., 177 ff. m.w.N.

³⁶ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 139.

als die Zimmergenossin sie darüber informierte, dass sie und die Geschädigte sich hatten übergeben müssen, sich nicht weiter nach dem Zustand der Geschädigten erkundigt oder weitere Maßnahmen ergriffen haben.

aa) Garantenpflicht

Eine Unterlassungsverantwortlichkeit setzt gem. § 13 Abs. 1 StGB voraus, dass die betreffende Person „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“. Ein generelles Beschützerverhältnis ergab sich insoweit, wie das Gericht zutreffend eingehend darlegt, bereits aus den Vorschriften des nordrhein-westfälischen Schulrechts.³⁷ Entsprechende Schutzpflichten gelten für die Zeit der jeweiligen schulischen Veranstaltung, wozu auch die Schulfahrt nach London gehört. Die Garantenpflicht der Angeklagten entstand damit mit der faktischen Übernahme der Obhut von den Erziehungsberechtigten bei der Abfahrt.³⁸

bb) Nicht-Vornahme einer möglichen physisch-realen Rettungshandlung und Quasi-Kausalität

Es wäre den Angeklagten ohne weiteres möglich gewesen, nach der Geschädigten zu sehen und ärztliche Hilfe herbeizuholen. Nach der Einschätzung der Sachverständigen,³⁹ der das Gericht sich anschließt,⁴⁰ hätte die Geschädigte zu diesem Zeitpunkt noch gerettet werden können, weshalb die erforderliche Quasi-Kausalität⁴¹ besteht.

Verfahrensrechtlicher Hinweis: Gem. § 261 StPO gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Das Gericht ist folglich nicht an ein Sachverständigengutachten (§§ 72 ff. StPO) gebunden; wenn es allerdings davon abweichen will, muss es begründen können, warum es dies tut (wozu auch die Darlegung gehört, dass das Gericht über die hinreichende Sachkunde verfügt, um das Gutachten infrage stellen zu können).⁴²

cc) Objektive Zurechenbarkeit, objektive Fahrlässigkeit und Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Auch beim (fahrlässigen) Unterlassungsdelikt ist die objektive Zurechenbarkeit des Erfolgesintritts zu prüfen. Insoweit ist aber die herkömmliche Formel (siehe oben) – was oft übersehen wird – ebenso zu modifizieren wie bei der Kausalität: Es kann gerade nicht auf die Schaffung einer Gefahr ankommen, sondern eine bereits bestehende Gefahr muss durch die Untätigkeit des Garanten *aufrechterhalten* werden.⁴³ Dies war hier fraglos der Fall, da sich der Zustand der Geschädigten gerade deshalb verschlimmerte (und sich erst tödlich auswuchs), weil die Angeklagten keine medizinische Hilfe herbeiholten.

Eben diese Gefahr müsste sich auch im Erfolgesintritt realisiert haben. Insoweit könnte man daran denken, dass der Zurechnungszusammenhang durch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Geschädigten unterbrochen wurde, weil diese sich am Freitag zu wenig Insulin zugeführt

³⁷ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 107 ff.

³⁸ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 105 ff.

³⁹ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 95.

⁴⁰ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 141.

⁴¹ Dazu eingehend Bock/Nicklaus, ZJS 2023, 471.

⁴² Vgl. nur etwa BGH, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 StR 284/19, Rn. 19 = BeckRS 2020, 1970 (insoweit nicht in NSTz 2020, 341 abgedruckt).

⁴³ Kölbl, JuS 2006, 309 (311) m.w.N.; eingehend zur objektiven Zurechnung beim Unterlassungsdelikt M. Wagner, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 228 ff.

und dabei scheinbar sogar auf die vorherige Messung verzichtet hatte. Trotz ihres jungen Alters schien die Geschädigte die Tragweite ihrer Erkrankung vollständig erfasst zu haben und war auch sehr selbstständig damit umgegangen,⁴⁴ was zunächst für Eigenverantwortlichkeit zu sprechen scheint. Gleichwohl dürfte es sich nach den Feststellung aber wohl kaum um einen freiverantwortlichen Akt, sondern vielmehr um einen Ausdruck des Zustands der Geschädigten gehandelt haben: Nach dem Sachverständigengutachten dürften bereits am Donnerstagabend die Ketoazidose⁴⁵ die kognitiven und motorischen Fähigkeiten der Geschädigten stark beeinträchtigt haben,⁴⁶ weshalb keine Zurechnungsunterbrechung anzunehmen ist.

Die Untätigkeit der Angeklagten war auch *objektiv fahrlässig*. Wie das Urteil ausführlich und überzeugend⁴⁷ darlegt, wäre die schriftliche Einholung der erforderlichen Gesundheitsdaten vor Abfahrt allgemein üblich und daher von einer sorgfältigen durchschnittlichen Lehrkraft zu erwarten gewesen.⁴⁸ Bei der großen Zahl zu beaufsichtigender Kinder stellt nur eine schriftliche Dokumentation sicher, dass niemand vergessen wurde; außerdem kann nicht erwartet werden, dass die Lehrkräfte sich die Vorerkrankungen aller teilnehmenden Schülerinnen und Schüler merken können. Auch war vorhersehbar, dass die Unkenntnis von entsprechenden Vorerkrankungen dazu führen konnte, dass Warnzeichen übersehen und medizinische Maßnahmen daher – mit tödlichem Ausgang – zu spät ergriffen werden könnten.

Vertiefung: Da die Sorgfaltspflicht keine Pflicht im eigentlichen Sinne ist (siehe oben), steht einem Abstellen auf den Zeitpunkt für Fahrtantritt nicht entgegen, dass zu diesem Zeitpunkt die Angeklagten noch keine Garantenstellung innehatten. Vielmehr ist zu erwarten, dass derjenige, der weiß, dass er demnächst eine besondere Pflichtenstellung übernehmen wird, im Vorhinein sicherstellt, dass er dazu auch in der Lage sein wird. So wird beispielsweise vom Fahrzeugführer erwartet, vor Fahrtbeginn die Verkehrstauglichkeit des Fahrzeugs zu prüfen (§ 23 Abs. 1 S. 2 StVO). Denkbar wäre es zwar auch, darauf abzustellen, dass die Lehrerinnen nicht von England aus anlassbezogen bei der Mutter nach eventuellen Vorerkrankungen gefragt hatten, als sie vom Zustand der Geschädigten erfahren haben. Da aber immer die Unsicherheit besteht, ob im Bedarfsfalle die Erziehungsberechtigten zum jeweiligen Zeitpunkt auch erreicht werden können, erscheint es zu eng, eine sorgfältige Informationsbeschaffung erst zu diesem Zeitpunkt zu erwarten. Vielmehr wiegt der Fahrlässigkeitsvorwurf dadurch (noch) schwerer, weil die Lehrerinnen mehrere Möglichkeiten zur Nachfrage gehabt hätten (Einsicht in die Akte, schriftliche Abfrage im Vorfeld, mündliche Abfrage bei Abfahrt, telefonische Nachfrage aus gegebenem Anlass) und keine davon wahrgenommen haben.

Weniger eindeutig stellt sich aber der *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* dar: Der objektive Tatbestand einer fahrlässigen Tötung durch Unterlassen ist auch dann nicht erfüllt, wenn die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nichts geändert hätte.⁴⁹ Die Umstände legen nahe, dass es am Pflichtwidrigkeitszusammenhang fehlen könnte: Hätten die Angeklagten die Akte eingesehen und schriftlich die erforderlichen Gesundheitsdaten erhoben, hätten sie zwar gewusst, dass die Geschädigte Diabetikerin ist

⁴⁴ Vgl. etwa die Ausführungen der behandelnden Ärztin bei LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 45.

⁴⁵ Stoffwechselbedingte Übersäuerung des Blutes.

⁴⁶ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 94.

⁴⁷ Zustimmung auch Hecker, JuS 2024, 468 (471).

⁴⁸ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLs 6/23, Rn. 111 ff.

⁴⁹ Grundlegend BGH, Beschl. v. 25.9.1957 – 4 StR 354/57 = BGHSt 11, 1; aus der didaktischen Literatur exemplarisch Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 52 Rn. 26 ff.

und entsprechend ihren Blutzuckerspiegel messen und einstellen muss. Damit verbunden wäre aber auch die Information gewesen, dass die Geschädigte sich grundsätzlich selbst um ihre medikamentöse Versorgung gekümmert hatte. Zudem betraf diese erste Benachrichtigung die Situation, in der auch die Zimmergenossin sich hatte übergeben müssen. Auch wenn es dieser nach ein paar Stunden schon besser ging, während die Übelkeit bei der Geschädigten noch anhielt, durfte für die Lehrkräfte der Schluss naheliegen, dass die Übelkeit von dem gemeinsam konsumierten Essen herrührte, was zugleich die Annahme gerechtfertigt hätte, sie nicht als Symptom einer Blutzuckerstörung zu deuten. Zumindest vertretbar scheint auf dieser Grundlage die Erwartung, dass die Geschädigte infolge des Erbrechens ihren Blutzuckerspiegel selbstständig messen und medikamentös einstellen würde, wie sie dies üblicherweise getan hatte. Dies gilt erst recht, da sich – soweit ersichtlich – auch aus der Akte nicht ergeben hätte, dass die Insulinbehandlung sich gerade in dem konkreten zeitlichen Zusammenhang – vermutlich aufgrund der hormonellen Veränderungen in der Pubertät – schwieriger gestaltet hatte als bisher; hierauf hatte auch die Mutter bei der Abfahrt nicht hingewiesen. Die Angeklagten hätten also möglicherweise aufgrund der bestehenden Informationslage (noch) keinen Anlass dazu gehabt anzunehmen, dass eine spezielle diabetesbedingte Notsituation vorlag, die die Geschädigte nicht mit der üblichen Selbstmedikation hätte regulieren können und daher ärztlicher Hilfe bedurfte. Daher liegt es nahe, dass es hinsichtlich der Untätigkeit der Lehrkräfte am Donnerstagabend am Pflichtwidrigkeitszusammenhang gefehlt hat.

Hinweis: Die Gegenauffassung ist sehr gut vertretbar. Ob man auf die Untätigkeit am Donnerstag oder (erst) diejenige am Freitag abstellt, macht aber im Ergebnis keinen Unterschied, weil sich in beiden Fällen das strafanwendungsrechtliche Problem stellt (dazu sogleich d)).

d) Untätigkeit am Freitag

Anders stellt sich die Situation am Freitag (bereits morgens, allerspätestens nachmittags) dar: Der gesundheitliche Zustand der Geschädigten war zu diesem Zeitpunkt sicherlich nicht mehr mit dem Verzehr einer unverträglichen Mahlzeit zu erklären, sondern hätte bei Kenntnis des Diabetes' die Angeklagten veranlassen müssen, sich näher mit dem Gesundheitszustand der Geschädigten auseinanderzusetzen und ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Laut eigener Einlassung hätten die Angeklagten dies getan.⁵⁰ Insoweit fehlt es also gerade nicht am Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Auch ist den beiden Lehrerinnen subjektive Fahrlässigkeit vorzuwerfen, weshalb in Bezug auf ihre Untätigkeit am Freitag eine Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 StGB durchaus in Betracht kommt.

Vertiefung: Da dieses Tatverhalten sich aber in England abgespielt hat, stellt sich die oben (1. c) bb)) bereits angesprochene Frage, ob der Tatbestand von der Kammer angewandt werden durfte.

aa) Territorialitätsprinzip

Da sowohl Unterlassungs- wie auch Erfolgsort in England liegen, scheidet eine Anwendbarkeit des Tatbestandes aufgrund des Territorialitätsprinzips gem. §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 2 und Var. 3 StGB jedenfalls aus.

⁵⁰ LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 53 f., 140.

bb) § 5 Nr. 12 StGB

Denkbar ist die Heranziehung des § 5 Nr. 12 StGB. Danach kommt es auf die Strafbarkeit nach dem Tatortrecht nicht an bei „Taten, die ein deutscher Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst begeht“. Das kommt hier auf den ersten Blick deshalb in Betracht, weil die angeklagten Lehrerinnen (auch) wegen ihrer dienstlichen Stellung zum Handeln verpflichtet waren.

Allerdings ist die Vorschrift völkerrechtskonform auszulegen. Der Verzicht auf die Tatortstrafbarkeit (wie beim aktiven Personalitätsprinzip gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) lässt sich nur mit einer ergänzenden Heranziehung des Realprinzips rechtfertigen: Wie die amtliche Überschrift (mittlerweile) klarstellt, ist ein „besonderer Inlandsbezug“ der Tat erforderlich.⁵¹ Dies ist nur dann der Fall, wenn die Tat echte Hoheitsinteressen der Bundesrepublik, insbesondere ihre Sicherheit und Integrität betrifft.⁵² Aus diesem sowie aus unionsrechtlichen Gründen⁵³ ist der Anwendungsbereich des § 5 Nr. 12 StGB auf echte Amtsdelikte zu beschränken. Die Anwendung des hier in Rede stehenden Tatbestands der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen kann folglich nicht hierauf gestützt werden. Das ist nur konsequent: Die identische Situation hätte sich letztlich z.B. auch bei Betreuern eines privaten Sportvereins ergeben können, die kraft faktischer Übernahme dieselben Pflichten getroffen hätten. Der Bezug zum Staat aufgrund des schulischen Rahmens war daher letztlich mehr oder weniger zufällig und rechtfertigt nicht die Aufweichung der Anforderungen des (aktiven und passiven) Personalitätsprinzips.

cc) Aktives/Passives Personalitätsprinzip

Damit kommt eine Anwendbarkeit des deutschen Tatbestands der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen (§§ 222, 13 StGB) nur nach Maßgabe des passiven Personalitätsprinzips gem. § 7 Abs. 1 StGB (weil die Geschädigte deutsche Staatsangehörige war) und/oder des aktiven Personalitätsprinzips gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (weil die Angeklagten deutsche Staatsangehörige sind) in Betracht. Wie dargelegt, hängt dies davon ab, ob das Verhalten der Angeklagten auch nach englischem Recht strafbar ist. Dabei geht es nicht um die bloße Frage nach der abstrakten Existenz einer entsprechenden rechtlichen Regelung, sondern um die Subsumtion des Einzelfalls.⁵⁴

Im Vergleich zum deutschen ist das englische Recht insoweit sehr restriktiv. Die Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung ergibt sich dabei – im deutschen Strafrecht undenkbar (Art. 103 Abs. 2 GG) – nicht aus einem schriftlichen Gesetz (statutory law), sondern ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (common law), unterliegt dabei aber engen Grenzen. Nach manchen jüngeren Entscheidungen der Rechtsprechung setzt das Delikt eines gross negligence manslaughter voraus, dass die Angeklagten tatsächlich das Risiko des Todesertritts *erkannt* haben; die hier vorliegende (nach deutscher Dogmatik sog.) *unbewusste*⁵⁵ Fahrlässigkeit – die Angeklagten *hätten* das Todesrisiko *erkennen müssen* – ist gerade nicht ausreichend.⁵⁶ Jedenfalls nach dieser Rechtsprechung scheint die Annahme einer Tatortstrafbarkeit – zumindest in Bezug auf gross negligence manslaughter – zweifelhaft. Zu beachten

⁵¹ Bspw. *Ambos*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 2, 11.

⁵² Etwa *Ambos*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 37, § 5 Rn. 10; a.A. bspw. *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 5 Rn. 187 ff.

⁵³ Dazu *Böse*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 18 f.; *Pfaffendorf*, ZStW 129 (2017), 146.

⁵⁴ Vgl. nur etwa *Böse*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 7 Rn. 7 m.w.N.

⁵⁵ Klarstellend LG Mönchengladbach, Urt. v. 15.2.2024 – 23 KLS 6/23, Rn. 99, 111 f.

⁵⁶ England and Wales Court of Appeal (Criminal Division), Judgment v. 21.6.2016 (*The Queen v. Rudling*) = EWCA Crim 741 (2016), insb. Rn. 39 ff.; England and Wales Court of Appeal (Criminal Division), Judgment v. 31.7.2017 (*Rose v. R*) = EWCA Crim 1168 (2017), insb. Rn. 77 ff. m.w.N.

ist allerdings, dass manche Entscheidungen nicht so restriktiv sind⁵⁷ und die dargestellte Rechtsprechungslinie auch in der Literatur Kritik erfahren hat⁵⁸, weshalb schwer zu prognostizieren ist, wie⁵⁹ über den konkreten Sachverhalt vor einem englischen Gericht entschieden würde. Erst recht spekulativ bleibt freilich überdies, wie eine Jury den Sachverhalt bewerten würde. Zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen scheint insoweit die Möglichkeit, dass aus dem Umstand, dass die Lehrerinnen auch bei mehrfachem Hinweis auf den Gesundheitszustand der Geschädigten davon abgesehen haben, sie aufzusuchen und sich ein eigenes Bild davon zu machen, auf sog. wilful blindness geschlossen werden könnte. Danach kann der bewusste Verzicht auf die Einholung von Informationen trotz entsprechender Anhaltspunkte der positiven Kenntnis gleichgestellt werden, was sogar die Verurteilung aus einem vorsätzlichen Delikt ermöglichen würde.⁶⁰

In Betracht kommen könnte zudem eine Strafbarkeit wegen „Grausamkeit gegen eine Person unter 16 Jahren“ (Cruelty to persons under sixteen) nach Section 1 des Children and Young Persons Act 1933.⁶¹ Danach macht sich (u.a.) strafbar, wer eine Person unter 16 Jahren in einer Weise vernachlässigt, die geeignet ist, ihr unnötigen gesundheitlichen Schaden zuzufügen, was insbesondere der Fall sein soll, wenn eine rechtlich verantwortliche Person ihr eine angemessene Gesundheitsversorgung vorenthält.⁶² Dieser Tatbestand setzt weder den Eintritt des Todes noch eines Gesundheitsschadens voraus und ist daher am ehesten mit § 171 StGB vergleichbar. Für das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit gem. § 7 StGB ist dies (jedenfalls in der hier interessierenden Fallkonstellation⁶³) aber ohne Belang; es kommt nicht darauf an, dass der jeweilige nationale Tatbestand der in Rede stehenden deutschen Strafvorschrift vergleichbar ist, sondern, nur dass das betreffende Verhalten unter irgend-

⁵⁷ Krit. insb. England and Wales Court of Appeal (Criminal Division), Judgment v. 6.11.2018 (Winterton v. Regina) = EWCA Crim 2435 (2018), insb. Rn. 29 f.

⁵⁸ Vgl. nur etwa *Mullock*, *Medical Law Review* 26 (2018), 346 ff.; *Ormerod/Laird/Gibson*, Smith, Hogan, and Ormerod's *Criminal Law*, 17. Aufl. 2024, S. 632 f.

⁵⁹ Generell wird *gross negligence manslaughter* überhaupt nur selten verfolgt (so die Einschätzung bei *Ormerod/Laird/Gibson*, Smith, Hogan, and Ormerod's *Criminal Law*, 17. Aufl. 2024, S. 624), weshalb bereits unklar ist, ob es in England überhaupt zu einem entsprechenden Verfahren käme. Dieser Umstand ist allerdings für die Frage, ob die Tat am Tatort mit Strafbarkeit bedroht ist, jedenfalls insoweit irrelevant, als die Anwendung der deutschen Strafvorschriften auf § 7 Abs. 1 StGB gestützt wird; vgl. dazu zutreffend *Böse*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 7 Rn. 8 m.w.N. (auch zur Gegenauffassung).

⁶⁰ Vgl. dazu im Überblick Picton u.a., *The Crown Court Compendium, Part I: Jury and Trial Management and Summing Up, July 2024*, 8-5.

⁶¹ Die im Tatzeitpunkt geltende Fassung vom 12.4.2019 ist abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/23-24/12/2019-04-12#commentary-c6078641>.

⁶² „(1) If any person who has attained the age of sixteen years and has responsibility for any child or young person under that age, wilfully assaults, ill-treats (whether physically or otherwise), neglects, abandons, or exposes him, or causes or procures him to be assaulted, ill-treated (whether physically or otherwise), neglected, abandoned, or exposed, in a manner likely to cause him unnecessary suffering or injury to health (whether the suffering or injury is of a physical or a psychological nature), that person shall be guilty of an offence [...].

(2) For the purposes of this section—

(a) a parent or other person legally liable to maintain a child or young person, or the legal guardian of a child or young person, shall be deemed to have neglected him in a manner likely to cause injury to his health if he has failed to provide adequate food, clothing, medical aid or lodging for him, or if, having been unable otherwise to provide such food, clothing, medical aid or lodging, he has failed to take steps to procure it to be provided under the enactments applicable in that behalf; [...]. [...]

(3) A person may be convicted of an offence under this section—

(a) notwithstanding that actual suffering or injury to health, or the likelihood of actual suffering or injury to health, was obviated by the action of another person;

(b) notwithstanding the death of the child or young person in question.“

⁶³ Für die stellvertretende Strafrechtspflege aber etwa *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 7 Rn. 36.

einem Gesichtspunkt mit (Kriminal-)Strafe bedroht ist.⁶⁴

Nach der hiesigen Auffassung hätte der BGH die Entscheidung aufheben und an eine andere große Strafkammer zurückverweisen (§ 354 StPO) und diese ein Gutachten zum englischen Recht einholen müssen.

Hinweis: In Betracht gekommen wäre auch noch folgende Überlegung: Da die Angeklagten mehrfach darüber informiert worden waren, dass es der Geschädigten nicht besser, sondern sogar schlechter ging, liegt es zumindest nicht fern, dass diese es in Betracht gezogen und billigend in Kauf genommen haben könnten, dass sich der Zustand der Geschädigten (noch) weiter verschlechtert, auch wenn sie nicht die Möglichkeit eines Todesrisikos erkannt haben. War dies der Fall, so liegt eine vorsätzliche Körperverletzung⁶⁵ durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 StGB vor. In Kombination mit dem Unrecht der fahrlässigen Tötung kann sich daraus sogar eine Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge (§§ 223 Abs. 1, 227, 13 StGB) ergeben, wenn erst die weitere Verzögerung die konkrete Lebensgefahr begründet hat.⁶⁶ Es liegt dann sogar ein Amtsdelikt (vgl. § 340 Abs. 3 StGB) vor, was sich wiederum auf die Anwendbarkeit des § 5 Nr. 12 StGB und damit auf die Frage auswirkt, ob es auf die Strafbarkeit nach englischem Recht ankommt (siehe oben).

V. Fazit

Die bestehende Tatortstrafbarkeit unterstellt, kommen die Gerichte insgesamt zum richtigen Ergebnis, wählen dabei aber einen falschen Bezugspunkt (weshalb die Frage nach der Tatortstrafbarkeit sich nicht gestellt hat).

Der tragische Fall zeigt nicht nur die große praktische Bedeutung der Fahrlässigkeitsdelikte auf, sondern auch ihre dogmatischen Fallstricke. In Prüfungsarbeiten ist – wie stets – sauber zwischen den verschiedenen möglichen Anknüpfungspunkten im Sachverhalt zu differenzieren und immer präzise (nur) mit Blick auf das konkrete Verhalten zu subsumieren, das im Obersatz genannt ist und dessen Strafbarkeit gerade geprüft wird. Wird diese Trennung konsequent durchgehalten, können zahlreiche innere Widersprüche im Gutachten vermieden werden.

Hinweis: Jenseits spezieller Vorlesungen können Kenntnisse des ausländischen Strafrechts freilich nicht erwartet werden. Sollte im Rahmen einer Schwerpunktveranstaltung oder – in seltenen Fällen – im Rahmen einer Pflichtfachprüfung einmal § 7 StGB anzuwenden sein, so ist im Bearbeitungsvermerk vorgegeben, ob das betreffende Verhalten am Tatort strafbar ist oder nicht.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 23.10.1996 – 5 StR 183/95 = BGHSt 42, 275 (277); Böse, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 7 Rn. 7; Werle/Jeßberger, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 7 Rn. 30; jeweils m.w.N.

⁶⁵ Zur Frage, ob zudem § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB einschlägig ist, vgl. BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/211 einerseits und BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/222 andererseits; dazu Nussbaum, KriPoZ 2024, 69; Petersen, ZfStw 6/2023, 409; M. Wagner, ZJS 2023, 1414.

⁶⁶ Näher BGH, Urt. v. 20.7.1995 – 4 StR 129/95 = NJW 1995, 3194; dazu M. Wagner, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 84 ff., 259 ff. m.w.N.

Buchrezension

Hebeler, Timo/Spitzlei, Thomas: 60 Probleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, Verlag Franz Vahlen, 5. Aufl., München 2024, XXVI + 334 S., 26,90 €.

Janne Fromberg, M.C.L. (Fribourg), Heidelberg*

I. Einleitung und Ziel des Buches

„Es kommt auf Systemverständnis und nicht auf das stupide Auswendiglernen irgendwelcher Streitstände an!“ Diesen oder einen vergleichbaren Satz dürften wohl die allermeisten Jurastudierenden in Deutschland schon einmal aus professoralem Mund gehört haben.¹ Das hier zu besprechende Buch aus dem Hause Vahlen von *Timo Hebeler* und *Thomas Spitzlei* scheint dieser verbreiteten Mahnung auf den ersten Blick geradezu diametral entgegenzustehen. Doch so sehr dieses „Systemverständnis-dogma“ auch zutrifft, die Realität zeigt zugleich: Gewisse Standardprobleme tauchen in Prüfungen immer wieder auf. Von Studierenden wird eine vertiefte Kenntnis daher zwingend erwartet und da die Zeit in juristischen Klausuren ohnehin meist knapp bemessen ist, müssen „Standardprobleme“ relativ zügig bearbeitet werden können. Genau hier setzt das an fortgeschrittene Studierende gerichtete Buch an und will vertieftes „Problemwissen“ auf der Grundlage von bereits bestehendem Grundverständnis vermitteln. Ein Blick hinein zeigt: Das Buch hält, was es verspricht, und kann gerade für die Bearbeitung einer Hausarbeit Gold wert sein.

II. Aufbau

Das Buch beinhaltet – wie der Name unschwer erkennen lässt – 60 Standardprobleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht sowie dem Verfassungs- bzw. Verwaltungsprozessrecht. Dabei entfallen 39 Probleme auf das Staatsrecht (fünf Allgemeine Grundrechtslehren, 16 Grundrechte, 16 Staatsorganisationsrecht und zwei Verfassungsprozessrecht) und 21 auf das Verwaltungsrecht (fünf Verwaltungsrecht AT, vier Verwaltungsprozessrecht, fünf Polizeirecht, fünf Kommunalrecht, zwei Bau-recht). Vorangestellt ist eine hilfreiche Einführung in Aufbau des und Arbeit mit dem Buch, deren Lektüre sich jedenfalls lohnt, wenn man vorhat, das Buch nicht nur punktuell heranzuziehen.

Im Wesentlichen werden die Probleme in zwei verschiedenen Aufbauschemata präsentiert:

Die Mehrheit der Probleme wird im „Meinungsstreit“-Schema dargeboten. Dieses beginnt stets mit einem – oft der Rechtsprechung entnommenen – knappen Beispielfall, bevor das Problem in wenigen Sätzen auf den Punkt gebracht wird. Im Anschluss werden die vertretenen Ansichten mit zahlreichen Nachweisen und die für sie angeführten Argumente präsentiert. Im Anschluss wird der Ausgangsfall unter die Ansichten subsumiert und es werden weiterführende Hinweise, insbesondere zum Aufbau in einer Klausur an die Hand gegeben. Abgerundet wird die Darstellung je durch ausgewählte Falllösungen aus Ausbildungszeitschriften.

Einzelne Problemkreise werden hingegen nicht als Meinungsstreit, sondern im Fließtext behandelt. Hier wird ebenfalls zu Beginn ein kurzes Fallbeispiel formuliert, bevor der Kern des Problems heraus-

* Der Autor ist Jurastudent und Stud. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.).

¹ Für eine „Gebrauchsanleitung“ zu dieser Aussage siehe *Thoma*, Jura 2023, 301 ff. (Teil I); 431 ff. (Teil II).

kristallisiert wird. Anhand verschiedener Fallgruppen werden sodann die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze, Maßstäbe und Ausnahmen, deren vertiefte Kenntnis in einer Prüfung erwartet würde, vermittelt. Auch dieser Aufbau wird mit weiterführenden Hinweisen und Falllösungshinweisen komplettiert.

III. Problemauswahl

Die vielleicht entscheidendste Weiche für ein solches Problembuch stellen Autoren wohl mit der Auswahl der dargebotenen Probleme. Eine solche Auswahl ebenso wie eine Kritik daran ist – insofern sie nicht auf einer umfassenden Erhebung basiert – selbstverständlich durch subjektive Präferenzen, Evidenzen und Eindrücke geprägt, kann aber anhand gewisser Auswahlparameter rationalisiert werden. *Hebeler* und *Spitzlei* haben für das Buch nach „besonders prüfungsrelevante[n] und/oder für das Verständnis der Kernbereiche des Öffentlichen Rechts zentrale[n] Fragen“ gesucht (S. XXIII).

Besonders ansprechend ist, dass dabei gerade nicht nur Meinungsstreite, sondern auch Problemfelder wie etwa Äußerungen von Hoheitsträgern, Schutzbereich und Eingriffsrechtfertigung in Art. 28 Abs. 2 GG, die Voraussetzungen für bauordnungsrechtliches Einschreiten oder Drittschutz im Baurecht aufgenommen wurden.

Auch im Übrigen überzeugt die Problemauswahl insgesamt. An einigen wenigen Stellen empfinde ich sie leider als suboptimal. So werden beispielsweise die Diskussion um den Kunstbegriff (Problem 13) oder die Dreistufentheorie (Problem 17) als Meinungsstreitigkeiten dargeboten, obgleich die drei Kunstbegriffe nach ganz h.M. schlicht alternativ angewendet werden² und die (überholte) Dreistufentheorie als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Grundrechtsklausuren zwar modifiziert angewendet, aber nicht in Form eines Meinungsstreites grundsätzlich hinterfragt werden sollte.³

Im Verwaltungsprozessrecht stellt etwa die analoge Anwendung der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auf vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte einen weiteren Klassiker dar, der insbesondere im Rahmen polizeirechtlicher Klausuren überdurchschnittlich häufig auftritt.⁴ Das erfordert unter den Prüfungspunkten „statthafte Klageart“, „Fortsetzungsfeststellungswiderspruchsverfahren“ und „Klagefrist“ die Kenntnis diverser Meinungsstreite. Daher überrascht es, dass sich die *Autoren* bei Problem 48 auf die doch recht einprägsamen Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses beschränken.⁵

Da in der Klausurprobleme-Reihe des Verlages Vahlen ein einschlägiges Werk zum Europarecht bisher fehlt, ist es zudem umso bedauerlicher, dass europäische Bezüge des deutschen öffentlichen Rechts in dem Buch keine nennenswerte Bedeutung erlangen.

Wie bereits angesprochen entstammen die Probleme zu etwa $\frac{2}{3}$ dem Staats- und Verfassungsrecht, welches dem Verwaltungsrecht gegenüber daher eine dominante Stellung einnimmt. Da Ver-

² Vgl. die Klausuren bei *Freise/Faltus*, ZJS 2024, 376 (382); *Frenzel*, JuS 2013, 37 (39); *Meyer*, ZJS 2019, 221 (225); *Michael/Desarkissian*, ZJS 2023, 788 (796 f.); *Rast*, JuS 2017, 229 (233); *Schmidt am Busch/Gregor*, JuS 2015, 37 (40); *Schönfeldt/Mangold*, ZJS 2017, 566 (577).

³ Siehe etwa die Klausurlösungen bei *Böttcher/Stein*, JuS 2020, 324 (328); *Goldhammer/Hofmann*, JuS 2013, 704 (705, 707); *Hobusch*, ZJS 2018, 269 (273) *Langenfeld/v. Bargaen/Müller*, JuS 2008, 795 (798); *Michael/Desarkissian*, ZJS 2023, 788 (806); *Motzkus*, ZJS 2018, 255 (266 f.) *Rast*, JuS 2017, 229 (232), die einen Meinungsstreit nicht einmal erwähnen.

⁴ Didaktisch dazu im Überblick *Bühler/Brönnecke*, Jura 2016, 34 ff.; *Funke/Stocker*, JuS 2019, 979 ff.; *Ingold*, JA 2009, 711 ff.

⁵ Noch nicht berücksichtigt werden konnte dabei leider BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 2.22 = NVwZ 2024, 1027 ff., dazu *Hufen*, JuS 2024, 902 ff.

waltungsrecht und Verfassungsrecht im 1. Staatsexamen aber tendenziell in gleichem Maß von Bedeutung sind, hielte ich es für sinnvoll, diese staatsrechtliche Dominanz ein wenig zu reduzieren. So könnten beispielsweise Probleme wie der Grundrechtsverzicht (Problem 1, tendenziell etwas älterer Streitstand) und die oben bereits erwähnten Probleme 13 und 17 zusätzlichen verwaltungsrechtlichen Problemen weichen. So könnte man etwa an die Europäisierung der §§ 48 ff. VwVfG,⁶ die Subsidiarität der Feststellungsklage⁷ oder Abschleppkonstellationen⁸ als Klassiker des Verwaltungs(prozess)rechts denken.

Positiv hervorzuheben ist zuletzt, dass auch Probleme besprochen werden, die zwar nicht zu den „absoluten Klassikern“ zählen, jedoch in jüngerer Zeit mehr Aufmerksamkeit (und damit ggf. Klausurrelevanz) erfahren haben. Dazu zählt etwa die Frage nach einer Pflicht des Gesetzgebers zur Gesetzesbegründung (Problem 23) oder einer grundrechtlich verbürgten Pflicht zur Bekämpfung des Klimawandels (Problem 9), wenngleich bei letzterem die Klausurrelevanz aufgrund der sehr spezifischen Konstellation wohl vergleichsweise niedriger sein dürfte als bei den meisten anderen Streitständen.

IV. Darstellung der Streitstände

Die Bearbeitungen zu den einzelnen Problemen bestechen durch eine mit der übrigen Ausbildungsliteratur unvergleichbare Fülle an Argumenten. Die Akribie, mit der vertretene Ansichten nachgewiesen und die jeweiligen Argumente recherchiert wurden, beeindruckt und stellt sowohl für Hausarbeiten aber auch für die (Examens-)Klausurvorbereitung eine beachtliche Hilfe dar.

Bewusst sehen die *Autoren* davon ab, eine herrschende Auffassung als solche zu kennzeichnen, um Lesende selbst entscheiden zu lassen, welche Ansicht überzeugender ist (S. XXIII). Oftmals ist ohnehin aufgrund der Nachweisquantität (oder durch Zitat der Rechtsprechung) erkennbar, welche Ansicht vorherrscht, worauf zutreffend hingewiesen wird. Ähnliches gilt für die Auswahl der Argumente: Die *Autoren* warnen selbst davor, alle Argumente auswendig zu lernen und wiederzugeben, und raten einen Fokus auf ca. drei Argumente pro Ansicht an, die Lesende nach eigenem Empfinden auswählen sollen (S. XXIV). Das fördert zwar die kritische inhaltliche Auseinandersetzung mit den Argumenten, fordert eine solche aber zugleich auch. Nicht anzuraten ist es daher, schlicht die ersten drei Argumente auf Karteikarten zu übertragen.

Dennoch: Zwar ist in einer Klausur jede gut begründete Ansicht vertretbar, doch richtet sich die Lösungsskizze meist an der herrschenden Ansicht aus. Ihr zu folgen, erweist sich aus klausurtaktischen Gründen oft als sinnvoll, um zum einen Hilfgutachten zu vermeiden und zum anderen nicht Gefahr zu laufen, zu weit von der Lösungsskizze abzuweichen. Es gibt zudem Streitstände, bei denen die Widergabe gewisser Argumente geradezu zwingend von Bearbeitenden erwartet werden. Man denke etwa an das Konfusionsargument im Rahmen der Diskussion um die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, wenngleich das Problem nicht im Buch enthalten ist.⁹ Auf solche typischerweise erwarteten Argumente besonders hinzuweisen oder diesen Punkt bei der Strukturierung der Argumente zu berücksichtigen, könnte mit Blick auf Klausuren noch hilfreicher sein.

⁶ Stellv. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 749 ff.; *Finck/Gurlit*, Jura 2011, 87 ff.

⁷ Stellv. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1401; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 18 Rn. 6 m.w.N.

⁸ Vgl. *Fischer*, JuS 2002, 446 ff., Falllösungen etwa bei *Klenner*, JuS 2020, 1040 ff.

⁹ Ausführlich (und krit.) zum Konfusionsargument *Merten*, DÖV 2019, 41 ff.; vgl. ferner *Goldhammer*, JuS 2014, 891 ff.

Die Nachweisdichte beeindruckt und erweist sich gerade für Hausarbeiten als wahre Goldgrube. Unglücklicherweise – wengleich dies den *Autoren* selbstverständlich nicht angelastet werden kann – wurden mehrere Standardwerke kurz nach Redaktionsschluss neu aufgelegt und haben dabei zugleich Namensänderungen erfahren. Betroffen sind etwa die Grundgesetzkommentare von Huber/Voßkuhle (vormals v. Mangoldt/Klein/Starck) und Dreier/Brosius-Gersdorf (vormals Dreier), aber auch zahlreiche Lehrbücher wie die Werke von Mager (vormals v. Münch/Mager), Maurer/Schwarz (vormals Maurer) oder Gusy/Eichenhofer (vormals Gusy). Studierende müssen also im Zweifel ihren Bibliothekskatalog anstrengen, um aus diesem Umstand möglicherweise resultierende Verunsicherungen bei weiteren Recherchen zu überkommen.

V. Fazit

Anders als die Klausur im Strafrecht, in der regelmäßig eine Vielzahl standardisierter Streitstände in womöglich unbekanntem Gewand warten, verlangt die öffentlich-rechtliche Klausur regelmäßig mehr System- und Strukturverständnis. Dabei stellen sich dennoch immer wiederkehrende „Standardstreitigkeiten“, zu deren erfolgreicher Bearbeitung dieses Buch beitragen kann. Auch in der nunmehr 5. Auflage füllt es eine Lücke in der öffentlich-rechtlichen Ausbildungsliteratur und bietet eine Menge an Argumentationsmaterial. Wengleich ein staatsrechtliches Übergewicht zu konstatieren ist, so überzeugen die inhaltlichen Darbietungen vollends. Wer daher zu einem der behandelten Probleme nach Argumenten oder weiterführenden Quellen sucht oder wer dabei ist, Karteikarten zu schreiben, dem sei das Werk wärmstens empfohlen. Da sich die *Autoren* im Übrigen auch nicht auf die Auswertung einschlägiger Kommentare und Lehrbücher beschränkt haben, sondern je nach Problem auch Monografien sowie Beiträge in Zeitschriften und mitunter auch in Festschriften berücksichtigt haben, könnte sich ein Blick in das Buch auch für Wissenschaftler*innen lohnen, die zu entsprechenden Problemkreisen forschen und auf der Suche nach Quellen sind. Dem Werk ist zu wünschen, dass die vorliegende 5. Auflage nunmehr eine Rezeption erfährt, die derjenigen der strafrechtlichen Pendanten von Hillekamp/Cornelius¹⁰ entspricht.

¹⁰ Hillekamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023; dies., 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 13. Aufl. 2020.