

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

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

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

3/2025
18. Jahrgang

S. 393–616

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Emojis und Messengerdienste im Vertragsrecht

Wiss. Mitarbeiterin Julia Becker, Gießen 393

Öffentliches Recht

Straftäter ausbürgern?

Aktuelle Rechtslage zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit und Grenzen etwaiger Reformen

Dr. Sara Collorio, München 402

Strafrecht

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen

Ermittlungsmaßnahmen – Teil 2

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

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück/Passau 415

Ärztliche Behandlungsinstrumente als gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224

Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Rechtsreferendarin Leonie Hübner, Halle (Saale) 426

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die Geltendmachung von Beschlussmängeln durch Gesellschafter einer Personengesellschaft und die Anwendung der hierfür geltenden Grundsätze auf die GmbH

Stud. iur. Sophia Marie Reeg, Frankfurt a.M. 442

Öffentliches Recht

Zulässigkeitsprobleme in verfassungsgerichtlichen Verfahren

Stud. iur. David Stanzick, Frankfurt a.M.

457

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Schwerpunktklausur im Medizinrecht/Examensübungsklausur:
Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiter Andreas Freiwald, München

478

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Unruhe im Altmühltal“

Wiss. Mitarbeiter Max Stadter, Wiss. Mitarbeiterin Milena Wilkens, Erlangen

501

Strafrecht

Anfängerklausur: Das falsche Holster

Dr. Martin Heuser, Regensburg/Konstanz

534

Schwerpunktbereichsklausur Kriminologie: Jugendkriminalität in Parks

Wiss. Mitarbeiterin Marlen Luu Graf, Berlin

550

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23

(Insbesondere zum Verwendungsbegriff, dem Maßstab für die Werterhöhung
und dem Verhältnis von Beseitigungs- und Verwendungsersatzanspruch)

(Wiss. Mitarbeiter Lasse Scherer, Ass. iur. Daniel Neubauer, Bayreuth)

568

Öffentliches Recht

BVerfG, Urt. v. 18.9.2021 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21

(Wahl und Abwahl von Ausschussvorsitzenden)

(Wiss. Mitarbeiter Tobias S. Stedem, Düsseldorf)

577

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

| Strafrecht

BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23

(Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge bei vorsätzlicher Tötung des Opfers durch den Mittäter)

(Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn)

592

BUCHREZENSIONEN

| Öffentliches Recht

Gornig, Gilbert: Völkerrecht, 2023

(Dr. André Lepej, Heidelberg/Mannheim)

609

Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes: Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024

Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes: Klausurenbuch Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2023

(Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund)

614

Schriftleitung

Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster

Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1865-6331

Redaktion Zivilrecht

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

Redaktion Öffentliches Recht

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

Redaktion Strafrecht

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

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Irina Isabel Pommerenke

Emojis und Messengerdienste im Vertragsrecht

Wiss. Mitarbeiterin Julia Becker, Gießen*

Kann man mit einem „Ups 🙄“ einer Lieferfristverlängerung zustimmen? Mit dieser Frage musste sich das OLG München am 11.11.2024¹ befassen, und auch andere Gerichte sehen sich zunehmend mit der Auslegung von Emojis konfrontiert. Emojis ermöglichen dem Nutzer, Gedanken, Emotionen, oder womöglich eine Zustimmung auszudrücken, ohne dies in Worten formulieren zu müssen. Diese visuelle Kommunikation findet heute nicht nur im privaten Schriftverkehr Anwendung, sondern hat auch im geschäftlichen Bereich durch die Verwendung von Messengerdiensten Einzug gehalten. Im Folgenden werden die rechtlichen Besonderheiten von Emojis im Vertragsrecht erörtert. Zudem stellt sich die Frage, ob die Nutzung von Messengerdiensten die Einhaltung von Schriftformerfordernissen gewährleistet.

I. Übersicht.....	393
II. Emojis als Willenserklärung.....	394
1. Objektiver Tatbestand.....	394
2. Subjektiver Tatbestand.....	395
III. Auslegung mehrdeutiger Emojis.....	396
IV. Rechtsfolgen der Verwendung missverständlicher Emojis.....	397
1. Anfechtung.....	397
2. Culpa in contrahendo.....	398
V. Schriftformerfordernis.....	399
1. Textnachrichten.....	399
2. Sprachnachrichten.....	400
VI. Zusammenfassung.....	400

I. Übersicht

Emojis sind aus Japan stammende, einem Emoticon ähnliche digitale Piktogramme und bedeuten aus dem japanischen abgeleitet so viel wie Bildzeichen.² Sie sind bildliche und zumeist farbliche Darstellungen, die neben einem Text oder an dessen Stelle verwendet werden.³ Neben der Substituierung eines Textes können Emojis auch eine klarstellende Wirkung haben oder einen Gefühlausdruck bekräftigen.⁴ Auch ist es möglich, durch Emojis einzelne Bestandteile eines Textes besonders hervor-

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Recht der neuen Technologien (Prof. Dr. Gruber) an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ OLG München BeckRS 2024, 31601.

² „e“ kann mit „Bild“ übersetzt werden und „moji“ bedeutet Zeichen/Buchstabe.

³ Duden, Emoji.

⁴ Pendl, Emojis im (Privat-)Recht, 2022, S. 44.

zuheben.⁵ Mithin können Emojis den (wörtlich) geschriebenen Text so weit substituieren, dass eine Kommunikation durch eine bloße Aneinanderreihung von Emojis möglich ist. Durch diese unterschiedliche Verwendung und Interpretation von Emojis entsteht in einzelnen sozialen und kulturellen Personenkreisen ein „Emoji-Soziolekt“.⁶ Insbesondere in der Jugendsprache sind Emojis eigenständige Ausdrucksmittel, die eine schnelle und kreative Art des Dialogs ermöglichen und auch die Wort- und Satzstruktur flexibel gestalten lassen. Dadurch ist es Jugendlichen möglich, Inhalte zu vereinfachen, emotionalisieren und sich sozial zu vernetzen. Ebenso kann durch die Verwendung von einem oder mehreren Emojis ein Wille ausgedrückt werden. Jedoch bereiten Emojis bei der Auslegung Schwierigkeiten, da sie durch die vielfältigen Einsatzmöglichkeiten unterschiedliche Bedeutungen haben können, was zu einer Reihe von Missverständnissen führen kann.

II. Emojis als Willenserklärung

Damit ein Vertrag durch die Verwendung von einem oder mehreren Emojis zustande kommt, sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB), erforderlich. Unter einer Willenserklärung ist eine private Willensäußerung zu verstehen, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist.⁷ Voraussetzung ist daher, dass durch ein Emoji ein innerer Wille (subjektiver Tatbestand) ausgedrückt wird, der nach außen durch eine willensgesteuerte Handlung erkennbar gemacht wird (objektiver Tatbestand). Dies kann entweder ausdrücklich oder konkludent durch schlüssiges Verhalten erfolgen, sofern und soweit ein Wille ersichtlich wird.

Beispiel 1: A schickt nach einem Telefonat mit B ein Foto von einem Vertragsangebot über den Kauf von 86 Tonnen Flachs zum Preis von 40.000 € mit der Bildunterschrift „Bitte bestätige diesen Flachs-Vertrag“. B antwortete mit dem Emoji „Daumen hoch“.⁸

1. Objektiver Tatbestand

Die Versendung des Emojis „Daumen hoch“ müsste einen tatsächlichen Erklärungsakt darstellen, damit der objektive Tatbestand einer Willenserklärung als erfüllt angesehen werden kann. Das Emoji „Daumen hoch“ drückt eine zustimmende, positive Haltung aus, wodurch ein Wille auch ohne die Verwendung eines Wortes ausgedrückt werden kann. Daher kann eine Antwort mit einem „Daumen hoch“ Emoji als konkludente Zustimmung gewertet werden. Überträgt man diesen Sachverhalt auf die Interaktion zweier Parteien, so kann das Heben des Daumens durch die annehmende Partei als nonverbale Willenserklärung verstanden werden, vergleichbar mit einem zustimmenden Nicken.⁹ Dieser Erklärungsakt ist daher aus der Perspektive des Empfängers als ein Zeichen der Zustimmung zu werten. Im Lichte dieser Überlegung ist davon auszugehen, dass Emojis rechtlich keine andere Bedeutung zukommen kann als vergleichbaren nonverbalen Äußerungen. Somit ist im vorgenannten *Beispielfall* der objektive Tatbestand einer Willenserklärung durch nonverbales Verhalten erfüllt.¹⁰

⁵ Pendl, Emojis im (Privat-)Recht, 2022, S. 44.

⁶ Siehe dazu Goldman, Washington Law Review 93 (2018), 1227 (1251).

⁷ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, S. 46.

⁸ Das Beispiel ist angelehnt an das kanadische Urteil South West Terminal Ltd. ./ Achter Land, King's Bench for Saskatchewan, Az. 2023 SKKB 116.

⁹ Vgl. auch Emoji „Daumen hoch“, in: [Emojipedia](#) (8.4.2025).

¹⁰ Vgl. Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, S. 133 ff.

2. Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist jedoch, wie die Handlung des B zu bewerten ist, wenn er mit dem Emoji lediglich den Erhalt des Vertragsangebotes bestätigen wollte.

In dieser Konstellation weichen innerer Wille und äußere Manifestation desgleichen voneinander ab. Notwendige Voraussetzung des subjektiven Tatbestands einer Willenserklärung ist eine vom Willen gesteuerte Erklärung, also ein Handlungswille. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass bloße Reflexe oder unbewusstes Verhalten im Schlaf den subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung nicht erfüllen, da ein Handlungswille nicht gebildet werden kann.¹¹ B hat jedoch in dem vorliegenden Fall bewusst ein „Daumen hoch“ Emoji an den Anbietenden versendet. Damit hat er unabhängig davon, was er inhaltlich erklären wollte, willentlich eine Handlung begangen. Ein Handlungswille besteht somit. Als weitere, jedoch umstrittene Voraussetzung könnte ein Erklärungsbewusstsein respektive Rechtsbindungswille vorliegen.¹² Damit ein Erklärungsbewusstsein vorliegt, muss dem Handelnden bewusst sein, dass er mit seiner Handlung irgendeine rechtserhebliche Erklärung abgibt.¹³

Dies ist mit Blick auf die Erklärung des B gerade nicht der Fall. Durch seine Handlung wollte er lediglich zu erkennen geben, dass das Angebot angekommen ist. Annehmen wollte er dieses nicht. Somit wollte B keine rechtserhebliche Erklärung abgeben. Ebenso fehlt ein Geschäftswille, da er kein konkretes Geschäft abschließen wollte.

Ob der Rechtsbindungswille eine konstitutive Voraussetzung einer Willenserklärung ist, ist jedoch streitig.¹⁴ Vergleicht man den vorliegenden Fall mit dem berühmten Trierer Weinversteigerungsfall¹⁵, so sind hier Parallelen ersichtlich. Im Rahmen der Trierer Weinversteigerung hat ein Bieter seinem Freund gewunken, um ihn zu begrüßen. Ein Rechtsbindungswille fehlte hier, der objektive Tatbestand der Willenserklärung in Form der Abgabe eines Angebots durch ein Handzeichen lag jedoch vor. Diese Konstellationen werden in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich gelöst. Einige behandeln das fehlende Erklärungsbewusstsein wie einen Erklärungsirrtum und ziehen infolgedessen eine Anfechtung analog § 119 Abs. 1 BGB heran.¹⁶ Andere hingegen lehnen aufgrund des konstitutiven Erfordernisses des Erklärungsbewusstseins eine analoge Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB ab, da eine Willenserklärung als Gegenstand der Anfechtung bereits gar nicht zustande gekommen sei.¹⁷ Stattdessen sprechen sie dem Erklärungsempfänger über § 122 BGB analog einen Ersatzanspruch zu.¹⁸ Für eine analoge Anwendbarkeit des § 119 Abs. 1 BGB spricht der Wortlaut desselben, welcher den Fall, dass der Erklärende die Erklärung gar nicht abgeben wollte, nicht ausschließt. Gegen diese Ansicht lässt sich anführen, dass die konstitutive Voraussetzung eines Erklärungsbewusstseins erforderlich ist, um dem Prinzip der Privatautonomie und der darin enthaltenen Selbstbestimmung des Erklärenden gerecht zu werden.¹⁹ Überzeugender ist jedoch, das Vertrauen des Erklärungsempfängers und die Sicherheit des Rechtsverkehrs als allgemeine Prinzipien des deutschen Zivilrechts als schutzwürdiger zu erachten. Nimmt der Erklärende sein Anfechtungsrecht

¹¹ Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, S. 135.

¹² Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, S. 136.

¹³ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, S. 44.

¹⁴ BGHZ 91, 324.

¹⁵ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, S. 47.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1984, 2279; BGH NJW 1990, 454.

¹⁷ Z.B. Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 427 f.; Eisenhardt, JZ 1986, 875 (880).

¹⁸ Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 470 m.w.N. in Fn. 1152. Ausdrücklich Art. 246 Código civil Portugal 1967. Rechtsvergleichung bei Wolf, Die Patronatserklärung, 2005, S. 84 ff.

¹⁹ Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 427; Canaris, NJW 1974, 521 (527 f.).

wahr, so hat der Erklärungsempfänger einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensinteresses gem. § 122 BGB,²⁰ sodass diese Lösung auch zu einem interessengerechten Ausgleich führt.

Mithin hat B im ersten Fall eine Willenserklärung durch das Emoji „Daumen hoch“ wirksam abgegeben, unabhängig davon, was er tatsächlich erklären wollte.

III. Auslegung mehrdeutiger Emojis

Bei einem „Daumen hoch“ ist die Bedeutung des Emojis aus der Sicht eines objektiven Empfängers durch die Parallele zu einer tatsächlichen Handlung und einer weniger vielschichtigen ausgedrückten Emotion vergleichsweise einfach zu bestimmen. Schwierigkeiten bereiten hingegen Emojis, die nicht eindeutig bestimmbar sind oder für unterschiedliche Zwecke eingesetzt werden können. Das unterschiedliche Verständnis und die divergierende Verwendung einzelner Emojis können in unterschiedlichen sozialen und kulturellen Personenkreisen jedoch zu Fehlschlüssen und Missverständnissen führen. Neben dem Soziolekt kommt erschwerend hinzu, dass Emojis auf jeder Plattform unterschiedlich aussehen, obwohl sie gleich codiert sind.²¹ Für eine Auslegung bietet sich eine Annäherung in drei Schritten an, wie an folgendem *Beispiel* zu sehen ist.

Beispiel 2: Ein Ferrari-Käufer B antwortet mit „Ups, Grimasse schneidendes Emoji“ auf eine Nachricht des Verkäufers, dass der Ferrari später geliefert wird.²²

Fraglich ist bei diesem *Beispiel*, ob der „Grimasse schneidende Emoji“ so zu verstehen ist, dass B mit dem Emoji eine Zustimmung erteilen wollte. Wie eine empfangsbedürftige Willenserklärung zu verstehen ist, richtet sich dabei nach dem objektiven Empfängerhorizont.²³ Maßgeblich ist folglich der Blickwinkel eines durchschnittlichen und verständigen objektiven Betrachters und nicht die subjektive Sicht des Absenders oder Empfängers.²⁴ An die Stelle des realen Erklärungsempfängers tritt folglich eine „vernünftige“ Person. Welches Maß an Sorgfalt relevant ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Im ersten Schritt muss das zur Verfügung stehende Auslegungsmaterial gesammelt werden. Neben der konkreten Darstellung des Emojis und der möglichen unterschiedlichen Designs, die von Anbieter zu Anbieter abweichend sind, müssen auch die jeweiligen Begleitumstände herangezogen werden. Dazu gehören der Kontext, in dem der Emoji verwendet wurde, der situative Rahmen und das Vorverhalten der Vertragsparteien. Zudem können Faktoren wie Nationalität, Muttersprache, kultureller Hintergrund, Alter, Geschlecht und Persönlichkeitsstruktur für das zugrundeliegende Verständnis von Emojis maßgeblich sein.

In *Beispiel 2* handelt es sich um einen Händler und einen wohl gut situierten Ferrari-Käufer, welcher das „Grimasse schneidende Emoji“ verwendet hat. Es wurde in diesem Kontext als Reaktion verwendet, weil der gekaufte Ferrari später als vereinbart ausgeliefert werden sollte.

Im zweiten Schritt muss das Emoji ausgelegt werden. Hierzu wird die juristische Hermeneutik zur Auslegung herangezogen, indem zunächst der „Wortlaut“ eines Emojis ermittelt wird. Dazu können spezielle Lexika wie etwa emojipedia.org als Hilfestellung herangezogen werden. Bei dem „Grimasse

²⁰ Bydlinski, JZ 1975, 1 (1 f.).

²¹ Pendl, NJW 2022, 1054 (1056).

²² Angelehnt an OLG München BeckRS 2024, 31601.

²³ Für die Streitdarstellung von Willens- und Erklärungstheorie siehe Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, S. 8 ff.

²⁴ Vgl. Pendl, Emojis im (Privat-)Recht, 2022, S. 57.

schneidenden Emoji“ ist ein Gesicht abgebildet, welches normal geöffnete Augen und zusammengebissene Zähne hat. Dies kann negative oder angespannte Emotionen darstellen, besonders Nervosität, Verlegenheit oder Unbehagen.²⁵ Verwechslungsgefahr besteht hier zu dem strahlenden Emoji mit lachenden Augen.²⁶

Schließlich muss das Emoji in die restlichen ermittelten Auslegungsmaterialien eingeordnet werden. Die Begleitumstände und das Emoji müssen so ausgelegt werden, wie ein objektiver Betrachter nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte den Sachverhalt verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB.

Das in *Beispiel 2* verwendete Emoji drückt negative Gefühle aus und wird von B im Zusammenhang mit einem „Ups“ verwendet, weil sein bestelltes Auto später geliefert wird. In diesem Kontext ist kein positiver oder zustimmender Anklang zu finden. Vielmehr ist hierin aus einer objektiven Betrachtung ein Staunen oder Ausruf der Überraschung zu werten²⁷. Ein spezieller Soziolekt, wie etwa ein ironisches Verhalten, ist ebenfalls nicht erkennbar. Auch ist nicht davon auszugehen, dass eine Lieferverspätung bei einem durchschnittlichen Käufer auf Zustimmung stößt. Unter diesen Umständen kann auch keine Verwechslung mit einem lachenden Emoji vorliegen.

Folglich ist unter Berücksichtigung aller Umstände die Aussage des B so zu werten, dass keine Zustimmung vorliegt. Aufgrund der zahlreichen Emojis und dessen vielfältiger Anwendung muss daher immer im Einzelfall das verwendete Emoji ausgelegt werden. Daher wird sich in Zukunft voraussichtlich eine Art „Emoji-case-law“ implementieren, welches zusätzliche Indizien für eine Auslegung vorgeben wird.²⁸

IV. Rechtsfolgen der Verwendung missverständlicher Emojis

Werden Emojis missverständlich verwendet, besteht für den Verwender die Möglichkeit, die Willenserklärung anzufechten. Zudem kann in der Verwendung eines Emojis eine vorvertragliche Pflichtverletzung zu sehen sein.

1. Anfechtung

Wird ein Emoji verwendet und hat dabei der Geschäftswille oder das Erklärungsbewusstsein gefehlt, so ist bei einer Anfechtung Folgendes zu beachten.

Hat B zum Beispiel einem Fischfänger ein Haisymbol zugesendet, um einen Kaufvertrag über Delfinfleisch abzuschließen, und dachte fälschlicherweise, dass dies ein Delfinsymbol sei, kann B wegen eines Erklärungsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten. B hatte bei seiner Erklärung sowohl ein Handlungs- als auch Erklärungsbewusstsein. Lediglich der Geschäftswille auf Abschluss eines Kaufvertrages über Haifleisch fehlte. Haben indes beide Vertragsparteien das Hai-Symbol fälschlicherweise – aber übereinstimmend – als Delfin interpretiert, ist der Fall wie im Haakjöringsköd-Fall²⁹ nach dem Grundsatz *falsa demonstratio* zu beurteilen.

Im *Beispiel 1* hatte B kein Erklärungsbewusstsein, die Erklärung wurde jedoch zu seinen Lasten ausgelegt. Folgt man der h.M., ist die Willenserklärung zunächst bindend, auch wenn die Erklärung

²⁵ Emoji „Grimassen Schneidendes Gesicht“, in *Emojipedia* (8.4.2025).

²⁶ Emoji „Grimassen Schneidendes Gesicht“, in *Emojipedia* (8.4.2025).

²⁷ Vgl. OLG München BeckRS 2024, 31601 Rn. 62.

²⁸ Vgl. auch *Pendl*, NJW 2022, 1054 (1054).

²⁹ RGZ 99, 147.

konkludent abgegeben wird.³⁰ Sie kann jedoch nach der hier vertretenen Ansicht nach § 119 Abs. 1 BGB analog angefochten werden. Eine Ausnahme besteht, wenn der Erklärungsempfänger von dem fehlenden Erklärungsbewusstsein wusste.³¹

2. Culpa in contrahendo

Ferner ist die Frage zu beleuchten, inwieweit durch die Verwendung von Emojis auch eine vorvertragliche Haftung veranlasst werden kann.

Beispiel 3: A fragt B per Messengerdienst, ob er die Wohnung mieten möchte. B antwortete mit: „An der Wohnung interessiert“ untermuert mit den Emojis tanzende Frau und einer Champagner-Flasche mit knallendem Korken. Daraufhin nimmt A die Online-Anzeige aus dem Netz. Eine Woche später sagt B dem A ohne Grund ab.³²

Legt man die Antwort des B aus, so kann allein in den Worten „an der Wohnung interessiert“ keine Zustimmung gesehen werden. Das Emoji „tanzende Frau“ wird indes häufig dafür verwendet, um ein Gefühl von Spaß oder eine positive Bestätigung zu vermitteln und die Champagner-Flasche wird für feierliche Anlässe oder andere Lebenserfolge verwendet.³³ Auch durch eine Gesamtbetrachtung der wörtlichen Erklärung mit den Emojis kann ein Interesse an der Wohnung nicht bereits als Zustimmung zum Vertragsabschluss gewertet werden, da Letzterer noch von Details in der Vertragsverhandlung abhängig gemacht werden kann. Mithin ist kein Mietvertrag zustande gekommen. Stattdessen könnte A aber einen Anspruch aus vorvertraglicher Pflichtverletzung haben.

Grundsätzlich kann jede verhandelnde Partei jederzeit die Vertragsverhandlungen abbrechen, ohne dass unmittelbar eine Pflichtverletzung aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB anzunehmen wäre. Dies gilt aufgrund der Vertragsabschlussfreiheit auch dann, wenn die Parteien bereits erhebliche Aufwendungen gemacht oder auf andere Abschlussmöglichkeiten verzichtet haben.³⁴ Eine vorvertragliche Haftung kommt daher nur in Betracht, wenn eine Vertragspartei eine Verhandlung nur zum Schein führt und die andere Vertragspartei aufgrund dessen Vermögensdispositionen trifft, die sie sonst nicht getroffen hätte. Die Rechtsprechung bejaht eine Haftung auch dann, wenn eine Partei eine Vertragsverhandlung ohne triftigen Grund abbricht, nachdem sie das Vertrauen der anderen Vertragspartei auf das Zustandekommen eines Vertragsabschlusses geweckt hatte.³⁵

In diesem *Beispiel* hatte B das Vertrauen des A geweckt, denn die verwendeten Emojis mit der Bedeutung Freude und neuer Lebenserfolg lassen darauf schließen, dass ein ernsthaftes Interesse von Seiten des B besteht, sodass A die Wohnung infolgedessen auch nicht mehr inseriert hatte. Darin kann bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB gesehen werden, da hier nicht mehr nur einseitige Maßnahmen des Vermieters getroffen wurden, sondern B bereits sein Interesse und einen möglichen Vertragsschluss signalisiert hatte.³⁶ Zudem ist kein triftiger

³⁰ Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 119 Rn. 100.

³¹ BGH NJW 1995, 953.

³² Angelehnt an im Urteil South West Terminal Ltd. ./ Achter Land, King's Bench for Saskatchewan, Az. 2023 SKKB 116.

³³ Vgl. Emoji „Tanzende Frau“, in: [Emojipedia](#) (16.4.2025); Emoji „Flasche mit Knallendem Korken“, in: [Emojipedia](#) (8.4.2025).

³⁴ Lorenz, JuS 2015, 398 (399); BGH NJW 2013, 928 (929 Rn. 7).

³⁵ Vgl. BGH NJW 1980, 1683; BGH NJW 1980, 1683.

³⁶ Vgl. Herresthal, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.10.2024, § 311 Rn. 289.

Grund zu erkennen gewesen, warum B die Verhandlungen abgebrochen hatte. Es hätte B an dieser Stelle auch bewusst sein können, dass die Verwendung mehrerer positiver Emojis den Eindruck erwecken könnte, ein Vertragsabschluss stehe kurz bevor, sodass ihm mindestens Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Das Verhalten des B kommt mithin einer Scheinverhandlung gleich. Legt man die Maßstäbe der höchstrichterlichen Rechtsprechung an, so ist das Verhalten des B bereits ausreichend für die Annahme einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.

Folglich ist es möglich, das Vertrauen einer Vertragspartei durch die Verwendung von Emojis zu wecken und dadurch eine Schadensersatzpflicht aus c.i.c. auszulösen.

V. Schriftformerfordernis

Emojis werden überwiegend über Messengerdienste versendet, weshalb neben der Verwendung von Emojis auch die Frage zu stellen ist, ob durch die Kommunikation mit Messengerdiensten eine etwaige Schriftform gewahrt werden kann. Dass eine versendete Nachricht über einen Messengerdienst nicht der gesetzlichen Schriftform nach § 126 BGB genügt, ist unstrittig. Jedoch ist fraglich, ob Messengerdienste die Voraussetzungen zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft vereinbarten Schriftform oder Textform erfüllen. Hierzu muss zwischen einer Textnachricht und einer Sprachnachricht differenziert werden.

1. Textnachrichten

Eine Nachricht über einen Messengerdienst genügt nach § 126b BGB dann der Textform, wenn die Erklärung lesbar ist, die Person des Erklärenden genannt ist und auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird, welcher dem Empfänger die dauerhafte Aufbewahrung und Speicherung ermöglicht.

Nach einer Ansicht genügt ein Messengerdienst nicht diesen Anforderungen, da die Kommunikation zumeist über ein Smartphone stattfindet und daher nicht zwangsläufig dauerhaft gespeichert werden kann.³⁷ Dadurch liegt kein reproduzierbarer Zugang der Willenserklärung vor. Zudem kann der Benutzer eines Messengerdienstes seinen Benutzernamen frei wählen und sich lediglich mit einer Telefonnummer anmelden, weshalb keine Gewähr dahingehend besteht, welche Person die Willenserklärung abgegeben hat.³⁸ Ferner spricht gegen die Einhaltung des Formerfordernisses, dass der Zweck einer Schrift- oder Textform ist, eine erklärende Person vor einer übereilten Abgabe einer Erklärung zu schützen.³⁹ Dadurch, dass Messengerdienste für einen schnellen und privaten Austausch von Nachrichten verwendet werden, eignen sich solche Dienste nicht für rechtsgeschäftliche Handlungen.⁴⁰

Für die Wahrung des Formerfordernisses spricht jedoch, dass auch ein reproduzierbarer Zugang einer Willenserklärung mit einem Smartphone gesichert werden kann.⁴¹ Durch die Sicherung in einer Cloud oder mit einem Screenshot ist es dem Empfänger möglich, die Nachrichten dauerhaft zu spei-

³⁷ So *Bruns*, in: BeckOK MietR, Stand: 1.5.2024, BGB § 542 Rn. 136; OLG Frankfurt a.M. NJW 2024, 1425; AG Kassel BeckRS 2022, 8579 Rn. 10.

³⁸ OLG Frankfurt a.M. NJW 2024, 1425 (1428 Rn. 59 ff.).

³⁹ OLG Frankfurt a.M. NJW 2024, 1425 (1428 Rn. 62).

⁴⁰ OLG Frankfurt a.M. NJW 2024, 1425 (1428 Rn. 59 ff.).

⁴¹ Dieser Ansicht folgen *Schäfer*, NJOZ 2023, 1376 (1378); OLG München BeckRS 2024, 31601; AG Kassel BeckRS 2022, 8579; *Wollenschläger*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 127 Rn. 54; *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Aufl. 2019, BGB § 127 Rn. 3.

chern und ggf. auszudrucken.⁴² Zudem ist einzuwenden, dass die Löschung einer Nachricht eher Probleme beim Zugang und Widerruf einer Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB aufwirft. Auch erscheint die Ansicht, dass mit Messengerdiensten private und emotionale Nachrichten ausgetauscht werden, als überholt, da diese durch die weite Verbreitung der Kommunikationsform längst schon im geschäftlichen Bereich eingesetzt wird, weshalb die Gegenansicht praxisfern ist.⁴³

Diese Überlegungen lassen sich auch auf die gewillkürte Schriftform aus § 127 Abs. 2 S. 1 BGB übertragen. Danach ist die Schriftform auch bei der Verwendung von telekommunikativen Mitteln gewahrt, wenn kein entgegenstehender Wille zu entnehmen ist. Allerdings wendet die ablehnende Ansicht hier ein, dass § 127 Abs. 2 S. 1 BGB nur solche Erklärungen umfassen könne, „die in gleicher Weise wie ein Schriftstück verfasst sind und in einer die Übergabe des Schriftstücks ersetzenden Art an den Erklärungsempfänger übermittelt werden“.⁴⁴ Dies sei bei Messengerdiensten nicht der Fall, was sich aus der Gesetzgebungsgeschichte des § 127 Abs. 2 BGB ergeben würde, welcher vor der massenhaften Verwendung von Messengerdiensten verfasst wurde und daher diese Dienste nicht umfasst.⁴⁵ Gegen eine solche Sichtweise spricht jedoch, dass der Begriff „telekommunikative Übermittlung“ nicht auf bestimmte Medien verengt, sondern bewusst entwicklungs offen formuliert wurde.⁴⁶ Durch die stetige Weiterentwicklung und einfache Verwendung von Messengerdiensten ist es weder zeitgemäß noch praktikabel, die Wahrung von § 127 Abs. 2 S. 1 BGB abzulehnen.

2. Sprachnachrichten

Anders ist dies jedoch bei Sprachnachrichten zu beurteilen. Da in § 127 Abs. 2 S. 1 BGB der Begriff der „Schrift“ verwendet wird, kann diese Voraussetzung durch eine Sprachnachricht nicht überwunden werden, selbst wenn sich diese Nachricht speichern lässt. Nach der Gesetzesbegründung soll § 127 BGB lediglich das Unterschriftserfordernis erleichtern.⁴⁷ Eine mündliche Übermittlung in Form einer Sprachnachricht reiche daher für eine Formwahrung nicht aus.⁴⁸

VI. Zusammenfassung

Mit der Verwendung von Emojis ist es möglich, Verträge abzuschließen. Was unter dem jeweiligen verwendeten Emoji zu verstehen ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Dazu empfiehlt sich ein Vorgehen in drei Schritten. Das Auslegungsmaterial sollte zunächst gesammelt, das Emoji sodann ausgelegt und anschließend in den Kontext integriert werden. Bei einer missverständlichen Verwendung von Emojis besteht allerdings die Möglichkeit einer Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB, wobei danach differenziert werden muss, ob das Erklärungsbewusstsein fehlt oder der Erklärungsinhalt eines Emojis falsch gedeutet wurde. Ferner kann die Verwendung von Emojis eine vorvertragliche Haftung auslösen und eine Schadensersatzpflicht des Verwenders begründen. Da Emojis überwiegend über Messengerdienste versendet werden, ist auch die Überprüfung der Einhaltung von Schriftformerfordernissen erforderlich. Messengerdienste genügen dabei den Anforderungen einer

⁴² Vgl. OLG München BeckRS 2024, 31601.

⁴³ Vgl. OLG München BeckRS 2024, 31601.

⁴⁴ AG Kassel BeckRS 2022, 8579 Rn. 10.

⁴⁵ Vgl. AG Kassel BeckRS 2022, 8579.

⁴⁶ Vgl. OLG München BeckRS 2024, 31601.

⁴⁷ Begr. RegE, [BT-Drs. 14/4987](#), S. 21.

⁴⁸ So auch *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 127 Rn. 10; *Wollenschläger*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 127 Rn. 54; OLG München BeckRS 2024, 31601; *Schäfer*, NJOZ 2023, 1376 (1378).

Textform nach § 126b BGB und der vereinbarten Schriftform nach § 127 BGB, sofern kein entgegenstehender Wille ersichtlich ist. Nicht ausreichend ist in diesem Zusammenhang hingegen die Verwendung von Sprachnachrichten.

Straftäter ausbürgern?

Aktuelle Rechtslage zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit und Grenzen etwaiger Reformen

Dr. Sara Collorio, München*

I.	Einleitung	402
II.	Das StAG de lege lata	404
1.	Bedeutung und Funktion der Staatsangehörigkeit.....	404
2.	Unfreiwilliger Staatsangehörigkeitsverlust im deutschen Recht	404
	a) Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, §§ 17 Abs. 1 Nr. 3, 35 StAG.....	405
	b) Verlust bei Wehrdienst und bei Teilnahme an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung, §§ 17 Abs. 1 Nr. 2, 28 StAG	406
	aa) Der Tatbestand des § 28 Abs. 1 StAG	406
	bb) Der verwaltungsverfahrenrechtliche Mechanismus des § 28 Abs. 3 StAG.....	407
	c) Rechtsschutz gegen Ausbürgerungen	407
III.	Grenzen für etwaige Ausweitungen der Ausbürgerungstatbestände	408
1.	Verfassungsrechtliche Grenzen	408
	a) Entziehung und Verlust, Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG	408
	b) Verfassungsmäßigkeit eines Staatsangehörigkeitsverlustes, Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG	410
	c) Art. 16 Abs. 1 GG als objektive institutionelle Garantie	410
2.	Unionsrechtliche Grenzen.....	411
3.	Völkerrechtliche Regeln	412
IV.	Fazit	414

I. Einleitung

Das Staatsangehörigkeitsrecht taucht in der Rechtspolitik und Rechtspraxis der letzten Jahrzehnte immer wieder auch als Wahlkampfthema auf.¹ Dabei ging es allerdings bislang um Fragen der Einbürgerung, Optionspflichten, oder allgemein Mehrstaatlichkeit. Fragen der Ausbürgerung standen

* Dr. Sara Collorio ist Rechtsassessorin. Ihre Dissertation mit dem Titel „Ausschluss aus dem Staatsvolk als Sanktion? Regelungen über den Verlust der Staatsangehörigkeit auf dem Prüfstand der Europäischen Menschenrechtskonvention“ ist Anfang 2025 bei Duncker & Humblot erschienen.

¹ Z.B. [ZEIT Online v. 4.3.2013](#) (14.4.2025); [Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und Grünen vom 20.10.1998](#) (14.4.2025), S. 36.

dagegen bislang nicht im Mittelpunkt der rechtspolitischen Reformvorschläge. Jüngst zeichnet sich allerdings eine andere Entwicklung ab: Schon im Vorfeld zur Bundestagswahl 2025 wurde von dem damaligen Kanzlerkandidaten Friedrich Merz in einem Interview mit der „WELT am Sonntag“ der Vorschlag aufgebracht, kriminellen Doppelstaatlern die Staatsangehörigkeit zu entziehen.² Im Sondierungspapier zwischen CDU/CSU und SPD wurde nun auch vereinbart, „verfassungsrechtlich [zu] prüfen, ob wir Terrorunterstützern, Antisemiten und Extremisten, die zur Abschaffung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung aufrufen, die deutsche Staatsbürgerschaft entziehen können [...]“.³

Dies würde eine deutliche Ausweitung der Ausbürgerungsmöglichkeiten im deutschen Recht bedeuten – seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehen nur sehr wenige Möglichkeiten, die eigenen Staatsangehörigen aus der Gemeinschaft des Staatsvolkes auszuschließen. Dies aus gutem Grund: Im Unrechtsstaat des Dritten Reichs wurde das Staatsangehörigkeitsrecht dazu missbraucht, Juden, die in das Ausland flohen oder in Konzentrationslager verschleppt wurden, den formellen Status als deutsche Staatsangehörige und damit auch die damit verbundenen Rechte zu nehmen.⁴ Art. 16 GG schränkt als Lehre aus diesem Unrecht die Ausbürgerungsmöglichkeiten stark ein.⁵

Bis 2019 waren Fälle des unfreiwilligen⁶ Verlusts der deutschen Staatsangehörigkeit im Wesentlichen beschränkt auf die Adoption von Minderjährigen durch Ausländer, die Rücknahme von durch falsche Angaben o.ä. erschlichenen Einbürgerungen sowie den Eintritt in die Streitkräfte eines ausländischen Staates, dessen Staatsangehörigkeit der oder die Betroffene besitzt.⁷ Im Sommer 2019 wurde durch das umstrittene⁸ Dritte Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes⁹ als weiteren Verlustgrund die konkrete Beteiligung an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung im Ausland eingeführt (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 StAG). Schon damals wurde an der Ausweitung der Verlusttatbestände teils heftige Kritik geäußert. Unter anderem wurde davor gewarnt, die Regelung würde einen „Dambruch“ hin zur Instrumentalisierung des Staatsangehörigkeitsrechtes als Sanktionsmittel darstellen.¹⁰

Aufgrund des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot es gilt § 28 Abs. 1 Nr. 2 StAG nur für Personen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 2019 terroristische Kampfhandlungen begehen – was den Anwendungsbereich in der Praxis stark einschränkt.¹¹ Eine Ausbürgerungsregelung für Straftäter, wie sie Friedrich Merz anvisierte, dürfte dagegen einen praktisch deutlich weiteren Anwendungsbereich haben. Es lohnt sich daher, die Regeln dieser besonderen verwaltungsrechtlichen Materie und ihre verfassungsrechtlichen bzw. nach sonstigem höherrangigen Recht bestehenden Grenzen genauer zu beleuchten.

² *Doll/Schuster, WELT v. 8.1.2025* (14.4.2025).

³ *„Ergebnisse der Sondierungen von CDU, CSU und SPD“ v. 8.3.2025* (14.4.2025).

⁴ *Lehmann*, in: Die Ausbürgerung deutscher Staatsangehöriger 1933–45 nach den im Reichsanzeiger veröffentlichten Listen, 1: Listen in chronologischer Reihenfolge, 1985, S. XIV; *Sander*, Staatsangehörigkeitsrechtliche Maßnahmen im Rahmen der Terrorismus- und Extremismusbekämpfung, 2021, S. 240.

⁵ Siehe dazu unten III. 1.

⁶ Im weiteren Sinne, also weder durch eigene Erklärung (Aufgabe, Verzicht oder Optionspflicht) noch durch freiwilligen Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit.

⁷ § 17 StAG i.d.F. von 12.2.2009 bis 8.8.2019.

⁸ *Kaufmann, LTO v. 8.5.2019* (14.4.2025); *Wallrabenstein, Verfassungsblog v. 22.6.2019* (14.4.2025); *Gärditz/Wallrabenstein, Verfassungsblog v. 16.6.2019* (14.4.2025); *Walter/Nedelcu*, Die Friedens-Warte 93 (2020), 325.

⁹ Gesetz v. 4.8.2019, BGBl. I 2019, S. 1124.

¹⁰ Siehe z.B. *Gärditz/Wallrabenstein, Verfassungsblog v. 16.6.2019* (14.4.2025): „Noch hat der Bundestag die Ergänzung des § 28 StAG nicht beraten, da meinen die Innenminister nun, ‚kriminellen Clans‘ durch den Entzug der Staatsangehörigkeit beikommen zu können. Wird die Bekämpfung der Drogenkriminalität folgen? Und dann am Ende renitent wiederholte Normbrüche („Three strikes and you’re out!“)?“

¹¹ Bis zum Jahr 2024 waren der Bundesregierung keine Anwendungsfälle bekannt: *BT-Drs. 20/10930*.

II. Das StAG de lege lata

1. Bedeutung und Funktion der Staatsangehörigkeit

Die Staatsangehörigkeit stellt die formelle, rechtliche Verbindung eines Individuums zu einem Staat dar.¹² Auf nationaler Ebene werden an den Status als Staatsangehörige meist bedeutende Rechte und Pflichten geknüpft, die Personen ohne die Staatsangehörigkeit vorenthalten bleiben.¹³

In Deutschland werden beispielsweise über Art. 116 Abs. 1 GG, der für die Einordnung als Deutsche im Sinne des GG v.a. auf die Staatsangehörigkeit abstellt, die sog. „Deutschengrundrechte“ vermittelt, also Art. 8 Abs. 1 (Versammlungsfreiheit), Art. 9 Abs. 1 (Vereinigungsfreiheit), Art. 11 Abs. 1 (Freizügigkeit) und Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit). Art. 33 Abs. 1 und 2 GG gewähren jedem Deutschen in jedem Land die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten, sowie gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Art. 38 Abs. 2 GG i.V.m. § 12 BWahlG gibt Deutschen das Recht zur Wahl der Volksvertreter im Bundestag.

Gerade im Kontext aktueller Ausbürgerungsdebatten spielt außerdem das unbedingte Aufenthaltsrecht in Deutschland eine große Rolle. Dieses ist z.B. durch die Freizügigkeitsgarantie in Art. 11 Abs. 1 GG, das Auslieferungsverbot in Art. 16 Abs. 2 GG oder durch das z.B. in Art. 3 Abs. 1 des Vierten EMRK-Zusatzprotokoll kodifizierte Ausweisungsverbot garantiert und stellt ein für die individuellen Lebensumstände zentrales Recht deutscher Staatsangehöriger dar. Ähnlich bedeutend ist das Recht auf sozialstaatliche Unterstützung. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Funktion der Staatsangehörigkeit als „verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit“¹⁴.

Auch auf internationaler Ebene hat Staatsangehörigkeit eine wichtige Funktion. Das Staatsvolk als Gemeinschaft der Staatsangehörigen stellt eines der konstituierenden Elemente eines Staates nach *Georg Jellinek*s Drei-Elemente-Lehre (Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt) dar.¹⁵ Staatsangehörige genießen u.a. den diplomatischen Schutz ihres Heimatstaates und dieser dient ihnen als Bindeglied zur Völkerrechtsordnung.¹⁶

2. Unfreiwilliger Staatsangehörigkeitsverlust im deutschen Recht

Entsprechend schwerwiegend kann auch ein unfreiwilliger Verlust der Staatsangehörigkeit für Betroffene wirken. In Deutschland ist ein Verlust bislang nur in eng begrenzten Fällen möglich. § 17 Abs. 1 StAG zählt die abschließenden Möglichkeiten auf: freiwilliger Verzicht (Nr. 1), der Eintritt in die Streitkräfte oder einen vergleichbaren bewaffneten Verband eines ausländischen Staates oder durch konkrete Beteiligung an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Nr. 2), oder die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes (Nr. 3).¹⁷

Dabei ist wichtig anzumerken, dass Deutschland – wie auch die meisten anderen europäischen Staaten – in Übereinstimmung mit Art. 16 Abs. 1 GG und den völkerrechtlichen Regeln zur Vermei-

¹² *Grawert*, Der Staat 23 (1984), 179 (183); *Dörr*, in: *Wolfrum*, The Max Planck encyclopedia of public international law, Oxford 2004–2021, Rn. 1

¹³ Siehe z.B. BVerfGE 54, 53 (70): „[...] ein umfassendes Rechtsverhältnis, aus dem Rechte und Pflichten erwachsen“; BVerfGE 37, 217 (242): „Da zahlreiche Vorschriften an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, wirkt sich der Besitz oder Nichtbesitz der deutschen Staatsangehörigkeit weiter mittelbar auf vielen Rechtsgebieten in einer Fülle bestimmter Rechtsfolgen aus.“

¹⁴ BVerfGE 116, 24 (44).

¹⁵ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 406 ff.

¹⁶ *Dörr*, in: *Wolfrum*, The Max Planck encyclopedia of public international law, Oxford 2004–2021, Rn. 3.

¹⁷ § 17 Abs. 2 StAG ordnet den Verlust außerdem für Kinder im Zusammenhang mit rückwirkend geltenden Vaterschaftsanfechtungen u.ä. an.

derung von Staatenlosigkeit¹⁸ entsprechende Einschränkungen in die Verlusttatbestände aufgenommen hat, um zu verhindern, dass die Betroffenen staatenlos werden.¹⁹ Das führt dazu, dass die überwiegende Zahl der Ausbürgerungstatbestände nur Personen mit mehreren Staatsangehörigkeiten betreffen, und dazu, dass auch in aktuelleren Debatten stets nur von Doppelstaatlern die Rede ist.

a) Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, §§ 17 Abs. 1 Nr. 3, 35 StAG

Eine Ausnahme bildet der in § 35 StAG geregelte Fall der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes.

Gem. § 35 Abs. 1 StAG können rechtswidrige Einbürgerungen (nicht betroffen ist daher eine von Geburt her erworbene Staatsangehörigkeit) nur zurückgenommen werden, wenn der Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung oder durch vorsätzlich unrichtige oder unvollständige Angaben, die wesentlich für seinen Erlass gewesen sind, erwirkt worden ist.

Damit schließt § 35 Abs. 1 StAG die allgemeinen Rücknahmevorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze (§ 48 VwVfG bzw. Landesrecht) aus,²⁰ sonstige Rechtsfehler eines einbürgernden Verwaltungsaktes (z.B. infolge einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung durch die Behörden²¹) können also nicht nachträglich zum Verlust der Staatsangehörigkeit führen – auf eine einmal erfolgte Einbürgerung soll sich also verlassen werden können²².

Nach Abs. 2 steht einer Rücknahme infolge Betrugs oder falscher Angaben „in der Regel“²³ auch eine Staatenlosigkeit nicht entgegen.²⁴ Um einen so gelagerten Fall ging es beispielsweise in der Entscheidung des EuGH „Janko Rottmann gegen Freistaat Bayern“²⁵. Janko Rottmann, österreichischer Staatsbürger, hatte im Jahr 1998 die Einbürgerung in Deutschland beantragt. Dabei verschwie er, dass in Österreich gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen gewerbsmäßigen Betrugs anhängig war.²⁶ Infolge der Einbürgerung in Deutschland verlor Herr Rottmann seine österreichische Staatsangehörigkeit.²⁷ Als das Ermittlungsverfahren bekannt wurde, nahm der Freistaat Bayern die Einbürgerung (damals nach Art. 48 BayVwVfG) zurück, und auch eine Wiedereinbürgerung in Österreich war nicht möglich, sodass Herr Rottmann staatenlos wurde.²⁸ Den EuGH beschäftigten in diesem Fall Fragen der Unionsbürgerschaft, auf die unter III. 2. noch eingegangen wird.

¹⁸ Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit vom 30.8.1961, UNTS 989, S. 175, BGBl. II 1977, S. 597, sowie das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, UNTS 360, S. 117, BGBl. II 1976, S. 474.

¹⁹ Siehe z.B. § 17 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 StAG oder § 26 Abs. 1 S. 1 StAG.

²⁰ Weber, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2014, StAG § 35 Rn. 19.

²¹ Weber, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2014, StAG § 35 Rn. 35.

²² Vgl. BVerfGE 116, 24 (44).

²³ Zur Frage, wann eine Ausnahme vom Regelfall vorliegt, siehe z.B. Hailbronner, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2022, StAG § 35 Rn. 60.

²⁴ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit siehe BVerfG NVwZ 2006, 807.

²⁵ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Janko Rottmann ./ Freistaat Bayern).

²⁶ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Janko Rottmann ./ Freistaat Bayern), Rn. 23–25.

²⁷ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Janko Rottmann ./ Freistaat Bayern), Rn. 26.

²⁸ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Janko Rottmann ./ Freistaat Bayern), Rn. 29 ff.

b) Verlust bei Wehrdienst und bei Teilnahme an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung, §§ 17 Abs. 1 Nr. 2, 28 StAG**aa) Der Tatbestand des § 28 Abs. 1 StAG**

Der bislang einzige andere selbständige²⁹ Verlusttatbestand ist § 28 Abs. 1 StAG. Gem. § 28 Abs. 1 Nr. 1 StAG verliert ein Deutscher, der auf Grund freiwilliger Verpflichtung ohne eine Zustimmung des Bundesministeriums der Verteidigung oder der von ihm bezeichneten Stelle in die Streitkräfte oder einen vergleichbaren bewaffneten Verband eines ausländischen Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, eintritt, die deutsche Staatsangehörigkeit, es sei denn, er würde sonst staatenlos.

Der Gesetzgeber sah in einem solchen Verhalten die „Hinwendung zu dem anderen Heimatstaat und zugleich eine Abwendung von der Bundesrepublik Deutschland, die einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit rechtfertigt“³⁰. Dahinter steht der Gedanke, dass die Staatsbürger eine gewisse Treue- bzw. Loyalitätspflicht gegenüber dem Heimatstaat trifft.³¹ Der Beitritt zu einer fremden Armee, der auch potentiell den Einsatz des eigenen Lebens für diesen fremden Staat bedeutet, stellt danach ohne Zustimmung der deutschen Behörden eine ernste Verletzung dieser Loyalitätspflicht dar.³²

Gem. § 28 Abs. 1 Nr. 2 StAG tritt dieselbe Rechtsfolge ein, wenn ein Deutscher sich an Kampfhandlungen einer terroristischen Vereinigung im Ausland konkret beteiligt. Dieser Tatbestand wurde im Jahr 2019 als Reaktion auf das Phänomen der sog. „foreign terrorist fighters“ eingeführt – also Deutsche, die als Kämpfer für die Terrorgruppe „Islamischer Staat“ v.a. in den Irak und Syrien gereist waren, dort gefangen genommen wurden und deren Wiederaufnahme durch Deutschland nun gefordert wurde.³³

Im Gesetzgebungsverfahren wurde eine Parallele zu § 28 Abs. 1 Nr. 1 StAG gezogen, und angeführt, beim Kampf für eine ausländische terroristische Vereinigung mit Staatsanspruch handele es sich um eine genauso schwerwiegende Abwendung vom deutschen Staat, wie beim Kampf für eine ausländische Armee.³⁴ Entsprechend war im ursprünglichen Gesetzesentwurf die Definition einer „Terrormiliz“ als „paramilitärisch organisierter bewaffneter Verband, der das Ziel verfolgt, in völkerrechtswidriger Weise die Strukturen eines ausländischen Staates gewaltsam zu beseitigen und an Stelle dieser Strukturen neue staatliche oder staatsähnliche Strukturen zu errichten“³⁵ enthalten. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Definition allerdings aus dem Gesetzesentwurf gestrichen und stattdessen der strafrechtlich etablierte Tatbestand der terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) genutzt (der keine Voraussetzung eines Staatsanspruchs enthält).³⁶

Es handelt sich also – zumindest ausweislich der Gesetzesbegründungen – bei den Tatbeständen des § 28 Abs. 1 StAG nicht um solche, die strafrechtlich relevantes Verhalten sanktionieren sollen, sondern um solche, die auf die Verbindung zwischen dem oder der Betroffenen und dem Staat abstellen, und auf eine vermeintliche (freiwillige) Abkehr von dieser Verbindung reagieren sollen.

²⁹ Also vom Verlust durch z.B. die Eltern unabhängige – vgl. § 17 Abs. 2 StAG.

³⁰ [BT-Drs. 14/533](#), S. 15.

³¹ *Groot/Vink*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe 2014, 30; *Collorio*, Ausschluss aus dem Staatsvolk als Sanktion?, 2025, S. 58.

³² *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber*, Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2022, StAG § 28 Rn. 7.

³³ [Gauseweg, LTO v. 20.2.2019](#) (14.4.2025).

³⁴ [BT-Drs. 19/9736](#), S. 7.

³⁵ [BT-Drs. 19/9736](#), S. 5.

³⁶ [Innenausschuss des Bundestags, Protokoll Nr. 19/61](#).

Auch wenn fraglich ist, ob bei der Änderung im Jahr 2019 wirklich dieses Motiv vordergründig war³⁷, ist es zumindest eines, das sich in die staatsangehörigkeitsrechtliche Dogmatik einreicht.

bb) Der verwaltungsverfahrenrechtliche Mechanismus des § 28 Abs. 3 StAG

Der Verlust der Staatsangehörigkeit in beiden Fällen des § 28 Abs. 1 StAG tritt kraft Gesetzes ein. Es ist also gerade kein Verwaltungsakt notwendig, um den Staatsangehörigkeitsverlust zu erwirken. Dahinter stehen verfassungsrechtliche Erwägungen: Art. 16 Abs. 1 GG differenziert zwischen dem (erlaubten) Verlust der Staatsangehörigkeit und der absolut verbotenen Entziehung (dazu unten III. 1. a). Nach einer schon im Parlamentarischen Rat vertretenen Ansicht ist als verbotener Entzug die Ausbürgerung per Einzelakt (etwa per Verwaltungsakt) anzusehen, während ein Verlust die Ausbürgerung unmittelbar kraft Gesetzes meine.³⁸ Diese Ansicht wurde zwar vom BVerfG mittlerweile abgelehnt³⁹, findet aber im StAG noch eben diesen Anklang.

In den Fällen des § 28 Abs. 1 Nr. 1 StAG ist auch keine Feststellung, vorherige Androhung o.ä. notwendig.⁴⁰ Gem. § 30 StAG kann bei berechtigtem Interesse das Bestehen oder Nichtbestehen der Staatsangehörigkeit aber auf Antrag von der Staatsangehörigkeitsbehörde festgestellt werden.

In den Fällen des § 28 Abs. 1 Nr. 2 StAG ist eine solche Feststellung nach § 28 Abs. 3 S. 1 StAG stets von Amts wegen auszusprechen. Ansonsten könnte es zu Feststellungs- und Beweisproblemen kommen.⁴¹ § 28 Abs. 3 S. 1 StAG nimmt auf § 30 Abs. 1 S. 3 StAG Bezug, der eine Feststellung bei öffentlichem Interesse von Amts wegen ermöglicht. Für die Feststellung ist gem. § 28 Abs. 3 S. 2 StAG bei gewöhnlichem Aufenthalt im Inland die nach jeweiligem Landesrecht bestimmte Behörde zuständig. Bei gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland ist für die Feststellung nach § 30 StAG das Bundesverwaltungsamt zuständig (§ 5 BVwAG).⁴²

c) Rechtsschutz gegen Ausbürgerungen

Aufgrund der oben beschriebenen auch zwischen den einzelnen Ausbürgerungstatbeständen verschiedenen rechtlichen Mechanismen (Rücknahme, Verlust kraft Gesetzes mit und ohne Feststellung), stellt sich die Frage nach dem statthaften Rechtsmittel gegen Ausbürgerungen.

Die Rücknahme einer rechtswidrigen Einbürgerung gem. § 35 StAG stellt aufgrund ihrer eigenen Regelungswirkung selbst einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG (bzw. jeweiliges Landesrecht) dar. Entsprechend ist als Rechtsmittel die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO), bzw. je nach Landesrecht der Widerspruch statthaft; falls gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist, kann gem. § 80 Abs. 5 Alt. 2 VwGO einstweiliger Rechtsschutz eingelegt werden.⁴³

Aber auch gegen die im Feststellungsverfahren nach § 30 StAG ergangenen Feststellungsbescheide ist die Anfechtungsklage statthaft, und nicht etwa eine Feststellungsklage.⁴⁴ Auch wenn der Verlust

³⁷ Siehe dazu Collorio, Ausschluss aus dem Staatsvolk als Sanktion?, 2025, S. 120 ff.

³⁸ Siehe unten III. 1. a).

³⁹ Siehe unten III. 1. a).

⁴⁰ Hailbronner, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2022, StAG § 28 Rn. 19.

⁴¹ Berlit, in: Dörig/Hocks, Münchener Anwaltshandbuch Migrations- und Integrationsrecht, 3. Aufl. 2024, § 2 Rn. 216.

⁴² Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2023, StAG § 30 Rn. 14.

⁴³ Hailbronner, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2022, StAG § 35 Rn. 79.

⁴⁴ Berlit, in: Dörig/Hocks, Münchener Anwaltshandbuch Migrations- und Integrationsrecht, 3. Aufl. 2024, § 3 Rn. 39.

der Staatsangehörigkeit von Gesetzes wegen eintritt, handelt es sich bei einem Bescheid nach § 30 StAG nämlich nicht um eine bloße deklaratorische Feststellung, sondern dieser stellt das Bestehen oder Nichtbestehen der Staatsangehörigkeit verbindlich fest.⁴⁵ Gegen einen etwa gem. § 28 Abs. 3 S. 1 StAG ausgestellten negativen Statusbescheid ist also die Anfechtungsklage statthaft.⁴⁶ Um sodann eine positive Feststellung der Staatsangehörigkeit zu erreichen, bietet sich ein Antrag nach § 30 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StAG auf Feststellung des Bestehens der Staatsangehörigkeit und Ausstellung eines Staatsangehörigkeitsausweises an,⁴⁷ als gerichtlicher Rechtsschutz ist die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) statthaft.⁴⁸

Nur im Fall des § 28 Abs. 1 Nr. 2 StAG, wenn sich die Betroffenen im Ausland befinden, haben Widerspruch und Anfechtungsklage schon von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung, § 28 Abs. 3 S. 3 StAG. Dies dient ausweislich der Gesetzesbegründung dazu, „die Einreise in das Bundesgebiet im Einzelfall mit grenzpolizeilichen Maßnahmen verhindern zu können“⁴⁹, und erschwert damit auch faktisch die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, da dies aus dem Ausland heraus geschehen muss. Ein Eilantrag gegen eine Feststellung nach §§ 28 Abs. 3 S. 1, 30 Abs. 1 S. 3 StAG wäre somit gem. § 80 Abs. 5 Alt. 1 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu richten.

III. Grenzen für etwaige Ausweitungen der Ausbürgerungstatbestände

1. Verfassungsrechtliche Grenzen

a) Entziehung und Verlust, Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG

Dem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit sind von Verfassungs wegen enge Grenzen gesetzt. Art. 16 Abs. 1 GG regelt:

„Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.“

Diese vom reinen Wortlaut her alles andere als eindeutige Regelung differenziert zwischen einer verbotenen Entziehung der Staatsangehörigkeit und dem unter bestimmten Umständen erlaubten Verlust. Der Verlust stellt dabei nach allgemeinem Verständnis einen Oberbegriff dar, und die Entziehung eine Sonderform des Verlustes.⁵⁰

Es wurden schon seit den Entwurfsarbeiten zum Grundgesetz verschiedene Theorien dazu vertreten, wie zwischen Entzug und Verlust zu unterscheiden ist. Dazu gehört die oben (II. 2. b) bb) erwähnte sog. Verwaltungsakttheorie, die nach der Einordnung als Einzelmaßnahme oder abstrakt-

⁴⁵ Hailbronner, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2022, StAG § 30 Rn. 4; Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2023, StAG § 30 Rn. 5; Kluth/Bohley, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2024, StAG § 30 Rn. 2.

⁴⁶ Hailbronner, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2022, StAG § 30 Rn. 19 f.

⁴⁷ Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2023, StAG § 30 Rn. 14.

⁴⁸ Kluth/Bohley, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2024, StAG § 30 Rn. 2 unter Verweis u.a. auf VG Ansbach (14. Kammer), Urt. v. 22.9.2021 – AN 14 K 20.00072

⁴⁹ BT-Drs. 19/9736, S. 11.

⁵⁰ Siehe nur Heusch, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 16 Rn. 29.

generelle Regelung differenziert, oder auch z.B. die sog. Traditionstheorie, die alle über die traditionellen Verlusttatbestände hinausgehenden Ausbürgerungstatbestände als verbotenen Verlust einordnet.⁵¹

Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2006 im Fall einer zurückgenommenen Einbürgerung wegen falscher Angaben zur Abgrenzung zwischen Entziehung und Verlust der Staatsangehörigkeit Stellung genommen.⁵² Dabei orientierte sich das Gericht stark an der Entstehungsgeschichte der Norm und den Diskussionen im Parlamentarischen Rat.⁵³ Im Rahmen dieser Diskussionen stand vor allem das Motiv im Vordergrund, die verbrecherischen Ausbürgerungspraktiken der Nationalsozialisten zu verhindern:

„Die erklärte Absicht, im Einklang mit völkerrechtlichen Bestrebungen Vorkehrung zu treffen gegen missbräuchliche Aberkennungen der Staatsangehörigkeit, wie es sie in der Zeit des Nationalsozialismus gegeben habe und gegenwärtig ‚im Osten‘ gebe [...], blieb unumstrittene Grundlage der weiteren Beratungen zu Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG im Parlamentarischen Rat. Von besonderer Bedeutung für die Auslegung des Entziehungsverbots sind demnach die historischen Missbräuche, von denen das Verbot der Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit sich abgrenzt und vor deren Wiederkehr es schützen soll.“⁵⁴

Aus diesem Grund lehnte das BVerfG auch die Ansicht ab, nach der eine Ausbürgerung per Einzelakt bzw. Verwaltungsakt eine verbotene Entziehung darstellen sollte – die Ausbürgerungsgesetze bzw. -verordnungen der Nationalsozialisten waren gerade keine Einzelakte, sondern „rechtssatzförmige Regelungen [...], die den Verlust der Staatsangehörigkeit als automatische Folge der Verwirklichung bestimmter Tatbestände vorsehen“⁵⁵.

Stattdessen knüpfte das BVerfG seine Abgrenzung an den Zweck der Norm:

„Die Wegnahmen und Verkürzungen des Staatsangehörigkeitsstatus unterschieden sich dabei in den rechtlichen Formen, glichen sich aber darin, dass sie der Staatsangehörigkeit ihre Bedeutung als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit raubten und sie damit in ein Mittel der Ausgrenzung statt der Integration verkehrten. Entziehung ist danach jede Verlustzufügung, die die – für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame – Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit beeinträchtigt.“⁵⁶

Als beispielhafte Kriterien für die Abgrenzung sieht das Verfassungsgericht – bis auf die Unfreiwilligkeit, die schon dem Wortsinn nach vorausgesetzt wird – die zumutbare Vermeidbarkeit bzw. Beeinflussbarkeit an, sowie die Vorhersehbarkeit des Verlustes.⁵⁷ Dabei betont es auch, dass ein Verlust nur ausreichend vorhersehbar ist, wenn die staatsangehörigkeitsrechtlichen Verlustregelungen hin-

⁵¹ Heusch, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 16 Rn. 29.1.

⁵² BVerfGE 116, 24.

⁵³ BVerfGE 116, 24 (38 ff.).

⁵⁴ BVerfGE 116, 24 (38).

⁵⁵ BVerfGE 116, 24 (43).

⁵⁶ BVerfGE 116, 24 (44).

⁵⁷ BVerfGE 116, 24 (45).

reichende Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bieten.⁵⁸ Ist dies nicht der Fall, handelt es sich nach der Rechtsprechung des BVerfG um eine gem. § 16 Abs. 1 S. 1 GG absolut verbotene⁵⁹ Entziehung.⁶⁰

b) Verfassungsmäßigkeit eines Staatsangehörigkeitsverlustes, Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG

Handelt es sich nach dieser Abgrenzung nicht um eine verbotene Entziehung, sondern um einen Verlust, so richtet sich dessen Zulässigkeit nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG: Der Verlust darf nur auf Grund eines Gesetzes (bzw. unmittelbar durch Gesetz⁶¹) eintreten sowie gegen den Willen des Betroffenen nur dann, wenn er dadurch nicht staatenlos wird.

Zudem muss (ungeschrieben) der Verlust verhältnismäßig sein, also einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich, und angemessen sein.⁶² Dabei ist zu beachten, dass ein Staatsangehörigkeitsverlust einen schweren Grundrechtseingriff darstellt, auch wenn die Person dadurch nicht staatenlos wird. Im Fall des Staatsangehörigkeitsverlustes eines Kindes infolge einer behördlichen Vaterschaftsanfechtung hat das BVerfG beispielsweise ausgeführt:

„Die staatliche Herbeiführung des Staatsangehörigkeitsverlusts ist aus Sicht des betroffenen Kindes ein gravierender Grundrechtseingriff. Die deutsche Staatsangehörigkeit ermöglicht dem Kind den weiteren Verbleib in Deutschland und die gleichberechtigte Teilhabe an Gütern und Rechten und damit die volle Teilnahme am gesellschaftlichen Leben der Bundesrepublik. Mit dem Wegfall der Staatsangehörigkeit entschwinden Lebenschancen, auf die sich das Kind je nach Alter eingerichtet hat [...].“

Die Ziele der Kriminalitätsbekämpfung bzw. Wahrung der inneren Sicherheit, wie es aktuell argumentiert wird⁶³, müssen sich an diesen Standards messen lassen. Ein Sprecher des Innenministeriums in der vergangenen Legislaturperiode hatte eine Verhältnismäßigkeit bezweifelt.⁶⁴

c) Art. 16 Abs. 1 GG als objektive institutionelle Garantie

Art. 16 Abs. 1 GG beinhaltet über seinen Abwehrgehalt hinaus nach überwiegender Meinung eine institutionelle Garantie der deutschen Staatsangehörigkeit.⁶⁵ Das bedeutet zum einen, dass die deutsche Staatsangehörigkeit als solche nicht abgeschafft werden kann.⁶⁶

Zu dieser institutionellen Garantie gehört aber zum anderen nach verbreiteter Ansicht auch die Tatsache, dass das Grundgesetz eine einheitliche Staatsangehörigkeit voraussetzt (vgl. den Wortlaut

⁵⁸ BVerfGE 116, 24 (45).

⁵⁹ BVerfGE 116, 24 (36); zu dieser Frage siehe auch *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 16 Abs. 1 Rn. 125 f., 141.

⁶⁰ BVerfGE 116, 24 (44).

⁶¹ v. *Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 41.

⁶² v. *Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 42; BVerfGE 135, 48 (80).

⁶³ So die CDU, siehe [Handelsblatt v. 7.1.2025](#) (15.4.2025).

⁶⁴ [Beck-aktuell v. 8.1.2025](#) (15.4.2025).

⁶⁵ *Breuer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 16 Rn. 66; zweifelnd *Becker*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 16 Rn. 17; *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 16 Abs. 1 Rn. 91.

⁶⁶ *Heusch*, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 16 Rn. 25 m.w.N.

„die deutsche Staatsangehörigkeit“).⁶⁷ Dies findet auch in der vom BVerfG geäußerten Funktion der Staatsangehörigkeit als „verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit“⁶⁸ seinen Ausdruck. Eine Abstufung in Zugehörigkeitsverhältnisse unterschiedlicher Art oder mit abgestuften Rechten soll es unter dem GG gerade nicht geben.⁶⁹ Eine Differenzierung nach Erwerbsgrund (von Geburt an oder durch Einbürgerung) wird daher z.B. kritisch gesehen.⁷⁰

Vor diesem Hintergrund werden die eingangs erwähnten Vorschläge zur Ausweitung der Ausbürgerungsmöglichkeiten für Doppelstaatler kritisiert⁷¹: Während für Deutsche, die ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, bei der Begehung der anvisierten Straftaten „lediglich“ eine strafrechtliche Verfolgung droht, riskieren Personen mit mehrfacher Staatsangehörigkeit (ggf. zusätzlich), aus Deutschland ausgebürgert zu werden. Dieser Aspekt wurde auch schon bei Einführung des Art. 28 Abs. 1 Nr. 2 StAG (Ausbürgerung für Terrorkämpfer) kritisiert.⁷² Während damals jedoch der Anwendungsbereich deutlich kleiner war, würde eine Ausweitung der Ausbürgerungstatbestände entsprechend auch eine Ausweitung dieser Ungleichbehandlung bedeuten. Die Vermeidung von Staatenlosigkeit ist bei dieser Differenzierung nicht der einzige Hintergrund, sondern es wird auch mit einer grundsätzlichen Ablehnung von Mehrstaatigkeit argumentiert.⁷³

2. Unionsrechtliche Grenzen

Nicht nur das deutsche Verfassungsrecht setzt Grenzen für den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum im Hinblick auf den Verlust der Staatsangehörigkeit – auch unionsrechtlich müssen gewisse Punkte beachtet werden.

Grund dafür ist, dass die in Art. 9 S. 2 und 3 EUV und Art. 20 AEUV geregelte Unionsbürgerschaft nicht von sich aus originär besteht. Vielmehr regelt Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV, dass Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt. Art. 20 Abs. 2 AEUV verleiht den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern wichtige Rechte, z.B. das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (lit. a), oder das aktive und passive Wahlrecht zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben (lit. b).

Geht die nationale Staatsangehörigkeit verloren, und hat die betroffene Person keine andere EU-Staatsangehörigkeit, so verliert sie aufgrund des in Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV angeordneten Zusammenhangs auch ihre Unionsbürgerschaft. Der EuGH hat deswegen schon mehrfach entschieden,

⁶⁷ v. *Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 11; *Breuer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 16 Rn. 66 m.w.N.; *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 16 Abs. 1 Rn. 91.

⁶⁸ BVerfGE 116, 24 (44).

⁶⁹ Auch dies als Abkehr von der nationalsozialistischen Rechtslage, in der „Reichsbürger“ und „Staatsangehörige“ unterschieden wurden, siehe v. *Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 11.

⁷⁰ *Heusch*, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 16 Rn. 25.

⁷¹ *Kautzner, Verfassungsblog v. 7.1.2025* (15.4.2025); *Schmalz/Bredler, Verfassungsblog v. 10.1.2025* (15.4.2025).

⁷² *Gärditz/Wallrabenstein, Verfassungsblog v. 16.6.2019* (15.4.2025); *Wallrabenstein, Verfassungsblog v. 22.6.2019* (15.4.2025).

⁷³ So Friedrich Merz im Interview mit *Doll/Schuster, Welt v. 8.1.2025* (15.4.2025): „Schauen Sie sich allein die vorläufige Einbürgerungsbilanz des Jahres 2024 an: Von den mehr als 200.000 Antragstellern wollen rund 80 Prozent ihre ursprüngliche Staatsangehörigkeit behalten. Die doppelte Staatsangehörigkeit wird damit zum Regelfall in unserem Staatsbürgerschaftsrecht. Wir holen uns damit zusätzliche Probleme ins Land. Es müsste wenigstens auf der gleichen Ebene eine Aberkennung der deutschen Staatsbürgerschaft möglich sein, wenn wir erkennen, dass wir bei straffällig werdenden Personen einen Fehler gemacht haben.“

dass in Fragen des nationalen Staatsangehörigkeitsrechts auch unionsrechtliche Vorgaben zu beachten sind⁷⁴, auch wenn mangels Kompetenzübertragung (Art. 2–4 AEUV, vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) die Mitgliedstaaten weiterhin die Zuständigkeit für die Ausgestaltung ihres eigenen Staatsangehörigkeitsrechts trifft.⁷⁵

So beispielsweise im bereits oben erwähnten Fall „Rottmann“⁷⁶, in dem der Betroffene sowohl die deutsche als auch die österreichische Staatsangehörigkeit, und somit auch seine Unionsbürgerschaft, verloren hatte. Der EuGH entschied, dass in derartigen Fällen zusätzlich zu den Voraussetzungen des Verlustes der nationalen Staatsangehörigkeit zu prüfen sei, ob auch im Hinblick auf die Auswirkungen des Verlustes der Unionsbürgerschaft der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.⁷⁷

Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Verlust der nationalen Staatsangehörigkeit nicht aufgrund einer Einzelfallentscheidung, sondern unmittelbar kraft Gesetzes eintritt.⁷⁸ Es muss deswegen für die nationalen Behörden eine Möglichkeit geben, die Folgen des Verlustes zu prüfen und im Einzelfall ggf. „die Beibehaltung oder die rückwirkende Wiedererlangung der Staatsangehörigkeit zu ermöglichen“⁷⁹. Aus diesem Grund sieht § 30 Abs. 1 S. 4 StAG seit Mitte 2024⁸⁰ vor, dass im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens das Nichtbestehen der deutschen Staatsangehörigkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen gesetzlichen Verlust nur dann festgestellt werden darf, wenn der Verlust auch der Unionsbürgerschaft verhältnismäßig ist.

3. Völkerrechtliche Regeln

Auch über das deutsche Verfassungsrecht und das Europarecht hinaus bestehen Regeln, die die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit für Verlustregelungen einschränken. Da nach der traditionellen völkerrechtlichen Betrachtungsweise die souveränen Staaten allerdings grundsätzlich frei über die Zusammensetzung ihres Staatsvolkes entscheiden können, sind Staaten auch klassischerweise zurückhaltend damit, sich völkerrechtlich dahingehend allzu strenge Regeln aufzuerlegen.⁸¹ Trotzdem hatte es sich auch schon früh angeboten, zur Vermeidung von (Zuständigkeits-)Konflikten international zusammenzuarbeiten, um solche Konflikte z.B. im Rahmen der Ausübung diplomatischen Schutzes oder im Kontext von Wehrpflicht zu vermeiden. Entsprechend wurden früh z.B. das Haager Abkommen über gewisse Fragen beim Konflikt von Staatsangehörigkeitsgesetzen von 1930⁸² oder auf Ebene des Europarates das Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern von 1963⁸³ abgeschlossen.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 25.4.2024 – C-684/22 bis C-686/22 [ECLI:EU:C:2024:345] (S.Ö. u.a./Stadt Duisburg u.a.), Rn. 34; EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 [ECLI:EU:C:2010:104] (Rottmann), Rn. 39 ff.; EuGH, Urt. v. 12.3.2019 – C-221/17 [ECLI:EU:C:2019:189] (Tjebbes).

⁷⁵ Siehe auch EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 [ECLI:EU:C:2010:104] (Rottmann), Rn. 48.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 [ECLI:EU:C:2010:104] (Rottmann).

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 [ECLI:EU:C:2010:104] (Rottmann), Rn. 55

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 12.3.2019 – C-221/17 [ECLI:EU:C:2019:189] (Tjebbes), Rn. 41.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 25.4.2024 – C-684/22 bis C-686/22 [ECLI:EU:C:2024:345] (S.Ö. u.a. ./ Stadt Duisburg u.a.), Rn. 44.

⁸⁰ Gesetz v. 22.3.2024 = BGBl. I 2024 Nr. 104.

⁸¹ Vgl. zur Entwicklung *Collorio*, Ausschluss aus dem Staatsvolk als Sanktion?, 2025, S. 40 ff.

⁸² Abkommen über gewisse Fragen beim Konflikt von Staatsangehörigkeitsgesetzen v. 12.4.1930, LNTS 179, S. 89.

⁸³ Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern v. 6.5.1962, ETS 043, BGBl. II 1969, S. 1954.

Collorio: Straftäter ausbürgern?

Nach dem Zweiten Weltkrieg und als Antwort auf die diskriminierenden Massenausbürgerungen durch die Nationalsozialisten fand zudem vermehrt auch die menschenrechtliche Dimension der Staatsangehörigkeit als das „Recht, Rechte zu haben“⁸⁴ im Völkerrecht Anklang.

Art. 15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte lautet:

„1. Jeder hat das Recht auf eine Staatsangehörigkeit.
2. Niemandem darf seine Staatsangehörigkeit willkürlich entzogen noch das Recht versagt werden, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln.“

Das Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit von 1961⁸⁵ verbietet den Staaten bis auf wenige Ausnahmetatbestände, Personen die Staatsangehörigkeit zu entziehen, wenn sie dadurch staatenlos würden (Art. 8 Abs. 1 des Übereinkommens).

Das umfassendste völkerrechtliche Regelungsinstrument auf dem Gebiet der Staatsangehörigkeit stellt das Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit (EÜStA)⁸⁶ dar, dessen Vertragspartei Deutschland ist⁸⁷. Art. 7 EÜStA listet abschließend die Fälle auf, für die ein Vertragsstaat nach seinem innerstaatlichen Recht den Verlust der Staatsangehörigkeit vorsehen darf:

„Ein Vertragsstaat darf in seinem innerstaatlichen Recht nicht den Verlust der Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes oder auf seine Veranlassung vorsehen, außer in folgenden Fällen:

- a) freiwilliger Erwerb einer anderen Staatsangehörigkeit;
- b) Erwerb der Staatsangehörigkeit des Vertragsstaats durch arglistiges Verhalten, falsche Angaben oder die Verschleierung einer erheblichen Tatsache, die dem Antragsteller zuzurechnen sind;
- c) freiwilliger Dienst in ausländischen Streitkräften;
- d) Verhalten, das den wesentlichen Interessen des Vertragsstaats in schwerwiegender Weise abträglich ist;
- e) Fehlen einer echten Bindung zwischen dem Vertragsstaat und einem Staatsangehörigen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland;
- f) Feststellung während der Minderjährigkeit eines Kindes, daß die durch innerstaatliches Recht bestimmten Voraussetzungen, die zum Erwerb der Staatsangehörigkeit des Vertragsstaats kraft Gesetzes geführt haben, nicht mehr erfüllt sind;
- g) Adoption eines Kindes, wenn dieses die ausländische Staatsangehörigkeit eines oder beider adoptierenden Elternteile erwirbt oder besitzt.“

Danach ist es also insbesondere nicht möglich, den Staatsangehörigkeitsverlust für „einfache“ (nicht unter lit. d fallende) Straftaten vorzusehen, unabhängig davon, wie schwer die Straftat wiegt.⁸⁸ Eine dahingehende Reform würde also gegen das in Deutschland geltende Völkerrecht verstoßen.

Auch hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte schon mehrfach über die Zulässigkeit von Ausbürgerungen entschieden,⁸⁹ v.a. auf Basis von Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familien-

⁸⁴ *Arendt*, *The Origins of Totalitarianism*, 2017, S. 388 ff.

⁸⁵ Übereinkommen zur Verminderung der Staatenlosigkeit v. 30.8.1961, UNTS 989, S. 175, BGBl. II 1977, S. 597.

⁸⁶ Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit v. 6.11.1977, ETS 166, BGBl. II 2004, S. 578.

⁸⁷ [Chart of signatures and ratifications of Treaty 166](#) (15.4.2025).

⁸⁸ [Explanatory Report to the European Convention on Nationality](#) (15.4.2025), S. 11.

⁸⁹ Z.B. EGMR, Urt. v. 21.6.2016 – 76136/12 (Ramadan ./ Malta); EGMR, Urt. v. 11.10.2011 – 53124/09 (Genovese ./ Malta), Rn. 22.

leben), aber auch Art. 3 Abs. 1 des Vierten EMRK-Zusatzprotokoll kann in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen (nach überwiegender Ansicht beinhaltet die Norm ein Umgehungsverbot, das Ausbürgerungen verbietet, die nur zum Zweck der Ausweisung dienen).⁹⁰

IV. Fazit

Für etwaige Reformen des Staatsangehörigkeitsrechts bestehen also Grenzen sowohl völkerrechtlicher, als auch unionsrechtlicher und vor allem verfassungsrechtlicher Natur. Diese muss der Gesetzgeber bei der Gestaltung des StAG beachten. Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht ist stark historisch und verfassungsrechtlich geprägt und insbesondere die Entziehung bzw. der Verlust der Staatsangehörigkeit sind nicht bzw. nur in sehr engen Grenzen möglich. Bislang existieren auch nur wenige Tatbestände, die einen unfreiwilligen Verlust der Staatsangehörigkeit anordnen. Es bleibt abzuwarten, ob und wie die weitläufig kritisierte Ausweitung der Ausbürgerungsmöglichkeiten zu Zwecken der Kriminalitätsbekämpfung in der laufenden Legislaturperiode umgesetzt wird, und ob sie sich als geeignete und effektive – und vor allem rechtmäßige – Maßnahme darstellen wird.

⁹⁰ Siehe dazu ausführlich Collorio, Ausschluss aus dem Staatsvolk als Sanktion?, 2025, S. 108 ff.

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen – Teil 2* Überlegungen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO

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

IV. Überblick über die einzelnen Ermittlungsbefugnisse der §§ 100 a–100c StPO	415
1. Die Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) gem. § 100a StPO	415
a) Wichtige Differenzierung: TKÜ und Quellen-TKÜ	416
b) Spezifika der Quellen-TKÜ	418
c) Anordnungsvoraussetzungen	418
2. Die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO	420
3. Die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO	420
a) Grundlegung	420
b) Abgrenzung zur Quellen-TKÜ	421
c) Verfassungsrechtliche Bezüge und einige kritische Anmerkungen	422
4. Gemeinsame Verfahrensvorschriften	423
5. Richtervorbehalt und nachträglicher Rechtsschutz	424

IV. Überblick über die einzelnen Ermittlungsbefugnisse der §§ 100 a–100c StPO

Die verdeckten Maßnahmen der §§ 100a ff. StPO regeln nach dem bisher Gesagten Eingriffe in die Privatsphäre des Betroffenen, deren Schutz im Einzelnen durch unterschiedliche Grundrechte ausformuliert wird.¹ Das soll nunmehr detaillierter herausgearbeitet werden.

1. Die Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) gem. § 100a StPO

§ 100a StPO enthält in dessen Abs. 1 durchaus distinkte Ermächtigungsgrundlagen. Grund hierfür ist der verfassungsrechtliche Hintergrund: Die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen greifen in divergierende Grundrechte ein.²

* Teil 1 ist in Ausgabe 2/2025 erschienen, Teil 3 folgt 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 Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich demgegenüber nicht der weitergehenden bzw. anders gelagerten Frage, ob und in welchem Umfang im Ermittlungsverfahren öffentlich zugängliche Daten im Internet (bspw. aus sozialen Netzwerken) erhoben und verwertet werden dürfen. Hierzu ausf. Rückert, ZStW 129 (2017), 302.

² Vgl. Rüscher, NStZ 2018, 687 (689); Grözinger, GA 2019, 441 (452).

a) Wichtige Differenzierung: TKÜ und Quellen-TKÜ

Die Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) gem. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO legitimiert die heimliche Überwachung *laufender* Kommunikationsvorgänge unabhängig vom jeweiligen technischen Kommunikationsweg, also Telefonate, aber auch elektronische Bild- oder Textnachrichten.³ Der konkrete technische Übertragungsweg ist somit unerheblich.⁴ Der Begriff der Telekommunikation ist im Übrigen offen für technische Neuerungen.⁵

Zeitlich erfasst die TKÜ nur den *laufenden* Übertragungsweg und stellt sich aus diesem Grund als Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 GG dar.⁶ In technischer Hinsicht wird die TKÜ vor allem durch die Inpflichtnahme des Anbieters des Telekommunikationsdienstes realisiert.⁷ Details hierzu regelt § 100a Abs. 4 StPO.

Gegenstand der TKÜ ist der Inhalt der Kommunikation (Kommunikationsdaten) sowie deren nähere Umstände, wie die Nummern der an der Kommunikation beteiligten Anschlüsse, Beginn und Ende die Menge der Kommunikation (Verbindungs- bzw. Verkehrsdaten, vgl. §§ 3 Nr. 70, 176 Abs. 2 TKG).⁸

Seit der Reform von 2017 legitimiert die StPO mit § 100a Abs. 1 S. 2 StPO nun auch *explizit* eine spezifische Form der Telekommunikationsüberwachung dergestalt, dass in die vom Betroffenen genutzten informationstechnischen Systeme mittels heimlich installierter Programme eingegriffen werden darf (sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung).⁹ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Quellen-TKÜ ist im Grundsatz gegeben, wie das BVerfG zur gefahrenabwehrrechtlichen Parallelvorschrift des § 51 Abs. 2 BKAG festgestellt hat.¹⁰ Das BVerfG hat in seinen Stellungnahmen zu gefahrenabwehrrechtlichen Online-Durchsuchungen Leitlinien vorgegeben, die bei der Kodifizierung des strafprozessualen Äquivalents zu berücksichtigen waren.¹¹

Näherer Grund für diese spezielle Ermächtigungsgrundlage ist ein technischer Unterschied. Immer mehr Kommunikation erfolgt Internetprotokoll-(IP)-basiert. Kommunikation über „Voice-over-IP“ und Messenger-Dienste wird zudem regelmäßig mit einer Verschlüsselung versehen. Der Zugriff auf diese Daten über ein öffentliches Telekommunikationsnetz wird vom Gesetzgeber als nicht prakti-

³ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 390 f.; *Großmann*, JA 2019, 241; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 8 Rn. 81; *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 54. Ausf. *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 11 ff.

⁴ Siehe *Großmann*, JA 2019, 241; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 1.

⁵ *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 29.

⁶ *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 1, 4; *Eidam*, NJW 2016, 3511 (3512); *Großmann*, JA 2019, 241; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 3. Dezidiert *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (422).

⁷ Siehe *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 37 ff.; *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 33.

⁸ *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 13 f., 61 f. Ausf. zu den verschiedenen Datenbegriffen siehe *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 69 ff. Zur in diesem Zusammenhang wichtigen Differenzierung zwischen Inhalts-, Verkehrs-, Bestands- und Nutzungsdaten, wie sie auch im TKG vorgenommen wird (§ 176 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 6 TKG) siehe *Bär* ZIS 2011, 53 (55 f.); *Bantlin*, JuS 2019, 669.

⁹ Zum vor der Reform geführten Streit um die Quellen-TKÜ siehe bspw. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 96 ff.; *Roggan*, StV 2017, 821. Zum Ganzen auch *Großmann*, JA 2019, 241 (243). Der Gesetzgeber begreift die Neuregelung zur Quellen-TKÜ in § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 auch als Klarstellung, BT-Drs. 18/12785, S. 49.

¹⁰ BVerfG NJW 2016, 1781.

¹¹ Siehe BVerfG NJW 2008, 822; BVerfG NJW 2016, 1781. Siehe die pointierte Darstellung bei *Krusel/Grzesiek*, KritV 2017, 331 (340 ff.).

kabel qualifiziert, weil die Kommunikation aus den entsprechenden Systemen zwar in ein öffentliches Netz ausgeleitet werden könne, dann aber nur verschlüsselt vorliege. Die Entschlüsselung der entsprechenden Daten wäre zu zeitaufwendig oder gar gänzlich ausgeschlossen.¹² Deswegen komme nur ein „Ausleiten“ der Informationen – namensgebend – „an der Quelle“ vor der Verschlüsselung in Betracht.¹³ Die Quellen-TKÜ betrifft (anders als die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO) laufende Kommunikation und ist somit als Ergänzung der regulären TKÜ konzipiert.¹⁴ Die Quellen-TKÜ erlaubt es, die noch unverschlüsselten Daten, die im Laufe des Kommunikationsverlaufs verschlüsselt werden, mittels einer speziellen Spähsoftware („Staatstrojaner“) vom Gerät des jeweiligen Nutzers auszuleiten und aufzuzeichnen.¹⁵ Mit der Quellen-TKÜ wird „ein fremdes informationstechnisches System infiltriert, um mit einer eigens für diesen Zweck entwickelten Überwachungssoftware die Kommunikation zwischen den Beteiligten überwachen und aufzeichnen zu können“.¹⁶ In technischer Hinsicht erfolgt die Quellen-TKÜ daher nicht beim Telekommunikationsanbieter, sondern durch die Strafverfolgungsbehörden mittels Infiltration des jeweiligen informationstechnischen Systems.¹⁷

Die TKÜ erlaubt daher einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG, während die Quellen-TKÜ *zusätzlich* das IT-Grundrecht betrifft.¹⁸ Wegen dieser intensiveren Grundrechtsintensität ist die Quellen-TKÜ ggü. der TKÜ subsidiär, § 100a Abs. 1 S. 2 StPO a.E.¹⁹ Verfassungsrechtlich gewendet wäre eine Quellen-TKÜ nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig, wenn auch die unverschlüsselte Kommunikation des Beschuldigten überwacht werden kann.²⁰

Beispielhaft liegt eine Quellen-TKÜ also dann vor, wenn Audiosignale eines laufenden Telekommunikationsvorgangs an einem Mikrofon überwacht werden.²¹

¹² BT-Drs. 18/12785, S. 46; siehe auch *Großmann*, JA 2019, 241 (243).

¹³ BT-Drs. 18/12785, S. 48. Siehe auch *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 14a; *Großmann*, GA 2018, 439; *Ostendorf/Brüning*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 59; *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 220. Lesenswert und ausf. zum Ganzen (auch zu den technischen Details) *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100a Rn. 113 f.; *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 42.

¹⁴ So *Großmann*, GA 2018, 439; siehe auch *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 90; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 3; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 14a.

¹⁵ BT-Drs. 18/12785, S. 49. Siehe den Wortlaut von § 100a Abs. 1 S. 2 StPO: „[...] mit technischen Mitteln in von dem Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingegriffen wird [...]“. Zum Ganzen auch *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100a Rn. 117 f.; *Krusel/Grzesiek*, KritV 2017, 331 (337); *Niedernhuber*, JA 2018, 169 (170); *Roggan*, StV 2017, 821 (822); *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 10 Rn. 40.

¹⁶ BT-Drs. 18/12785, S. 46; siehe auch *Niedernhuber*, JA 2018, 169 (170).

¹⁷ *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100a Rn. 118.

¹⁸ Siehe hierzu so explizit BVerfG NJW 2008, 822 (826); *Bantlin*, JuS 2019, 669 (671); siehe auch *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 9; *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100a Rn. 117 f., 120; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 3a; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 1. A.A. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 91 f., 99, 120: Quellen-TKÜ greife nur in IT-Grundrecht ein.

¹⁹ Siehe auch BVerfG NJW 2016, 1781 (1796 Rn. 234); BT-Drs. 18/12785, S. 51; *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 43; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 10 Rn. 41; ausf. *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 218 f.

²⁰ Siehe auch *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 135.

²¹ Siehe BT-Drs. 18/12785, S. 51.

b) Spezifika der Quellen-TKÜ

Die Quellen-TKÜ gem. § 100a Abs. 1 S. 2 StPO ist ein funktionelles Äquivalent zur TKÜ. Sie erlaubt daher *nicht* den Zugriff auf weitere Inhalte des informationstechnischen Systems, insbesondere dürfen keine Nachrichten ausgelesen werden, die *vor* der richterlichen Anordnung übermittelt oder empfangen wurden. Der Zugriff auf solche Informationen ist nur über § 100b StPO möglich.²² Die Quellen-TKÜ gestattet folglich nur eine Überwachung der Telekommunikation, aber keine darüberhinausgehende umfassende Datenerhebung.²³ Der Begriff der *Überwachung* in § 100a StPO impliziert mit anderen Worten einen Bezug auf gegenwärtige, laufende Vorgänge.²⁴ So kann bspw. auf die noch unverschlüsselten Daten einer Telekommunikation via WhatsApp zurückgegriffen werden.²⁵ § 100a Abs. 1 S. 2 StPO legitimiert somit die Auslese *laufender* Kommunikation aus einem informationstechnischen System und soll somit den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG rechtfertigen.²⁶

Auf bereits auf dem Endgerät des Betroffenen angekommene Kommunikationsdaten kann also mit § 100a Abs. 1 S. 2 StPO nicht zugegriffen werden.²⁷ Um diese Lücke zu schließen, erlaubt § 100a Abs. 1 S. 3 StPO *ergänzend* den Zugriff auf solche Kommunikationsdaten, deren Übertragungsvorgang bereits abgeschlossen ist, weshalb diese Vorschrift keine Grundlage für Eingriffe in Art. 10 GG enthält, sondern in das IT-Grundrecht.²⁸ Angesprochen sind insbesondere über Messenger-Dienste (WhatsApp etc.) versendete Nachrichten. Diese zweite Form der Quellen-TKÜ wird auch „kleine Online-Durchsuchung“ genannt, weil sie sich – anders als § 100b StPO – nur auf Telekommunikationsdaten bezieht (§ 100a Abs. 1 S. 3 StPO) und dass auch nur hinsichtlich solcher Telekommunikation, die *nach* der Anordnung der Maßnahme erfolgt.²⁹

In beiden Fällen liegt im Vergleich zur regulären TKÜ i.S.d. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO ein zusätzlicher Eingriff dergestalt vor, dass eine Software in das informationstechnische System des Betroffenen eingeschleust wird.³⁰

c) Anordnungsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber betont zutreffend, dass die TKÜ einen schwerwiegenden Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis darstellt und somit unter einem besonderen Rechtfertigungsdruck steht.³¹ Erforderlich für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs ist pri-

²² BT-Drs. 18/12785, S. 50.

²³ Ausf. Grözinger, GA 2019, 441 (445 ff., 451).

²⁴ Grözinger, GA 2019, 441 (445 f.).

²⁵ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 10 Rn. 40.

²⁶ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 393; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 1, 14a ff.; Niedernhuber, JA 2018, 169 (170 f.).

²⁷ Siehe Graf, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100a Rn. 116, 122; Großmann, JA 2019, 241 (243).

²⁸ Großmann, JA 2019, 241 (243); Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 140 ff., 146; Niedernhuber, JA 2018, 169 (170 f.).

²⁹ Sinn, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze BT-Drs. 18/11272, S. 5; Krusel/Grzesiek, KritV 2017, 331 (335 f.). Entscheidend ist also der Zeitpunkt der Anordnung, nicht derjenige der Installation der Spähsoftware. Das stellt auch § 100a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 lit. b StPO klar. Zum Ganzen Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 44; Großmann, JA 2019, 241 (243); Grözinger, GA 2019, 441 (444 f.); Niedernhuber, JA 2018, 169 (171); Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 59.

³⁰ BT-Drs. 18/12785, S. 51; siehe auch Roggan, StV 2017, 821. Technische Details gibt bspw. Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100b Rn. 14.

³¹ BT-Drs. 19/14747, S. 28; siehe auch Bruns, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 1; Roggan, StV 2017, 821.

mär, dass die Maßnahme nur zur Aufklärung einer *schweren* Straftat eingesetzt wird, § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO. Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber auch insofern eine Einschätzungsprärogative für die Entscheidung zu, „welche Straftaten er zum Anlass für bestimmte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen machen möchte“.³² Für die konkrete Anordnung ist erforderlich, dass „bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer“ eine der Katalogtaten begangen hat, § 110a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO. Sachlich ist damit ein qualifizierter Anfangsverdacht gemeint.³³ Notwendig hierfür ist eine konkrete Tatsachenbasis, ein hinreichender oder gar dringender Tatverdacht wird jedoch nicht vorausgesetzt.³⁴

Die Telekommunikationsüberwachung darf unter folgenden Voraussetzungen angeordnet werden:

- Es muss der begründete Verdacht bestehen, dass jemand an einer schweren Straftat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO beteiligt war.
- Diese Tat muss auch im Einzelfall schwer wiegen. Die bloß abstrakte Schwere der Tat genügt nicht, § 100a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO.³⁵
- Die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten muss ohne die Überwachung der Telekommunikation wesentlich erschwert oder aussichtslos sein, § 100a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StPO (Subsidiaritätsklausel).³⁶
- Der Kreis möglicher Betroffener der Maßnahme wird von § 100a Abs. 3 StPO gezogen.
- Die Anordnungscompetenz richtet sich nach § 100e Abs. 1 S. 1 StPO. Im Ermittlungsverfahren ist also grundsätzlich der Ermittlungsrichter zuständig, § 162 Abs. 1 StPO.

Während § 100a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO also eine abstrakte Voraussetzung statuiert, machen Nr. 2 und 3 eine Einzelfallprüfung erforderlich. Die Tat muss mit anderen Worten auch im konkreten Einzelfall schwer wiegen. Der Gesetzgeber verweist bspw. auf die Möglichkeit, dass durch einen Wohnungseinbruchdiebstahl im Einzelfall die Privatsphäre des Geschädigten „nicht intensiv beeinträchtigt wurde“, sodass der konkrete Schuldgehalt der Tat nicht i.S.d. § 100a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO schwer genug wiegt. Im Falle einer serienmäßigen Begehung könne hingegen eine konkrete Schwere der Tat begründen.³⁷

Ein entsprechender Regelungsmechanismus ist bei der Online-Durchsuchung und der akustischen Wohnraumuntersuchung vorgesehen, §§ 100b Abs. 1 Nr. 2, 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO. In der Begründung der Anordnung ist dieser Eingriffsgrenze einzelfallbezogen zu entsprechen, um so die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sicherzustellen, siehe § 100e Abs. 4 S. 2 StPO.³⁸

In formeller Hinsicht sind die Protokollierungspflichten gem. § 100a Abs. 6 StPO zu beachten. Die entsprechenden Angaben sollen eine nachträgliche richterliche Überprüfung der Maßnahme ermög-

³² BVerfG NJW 2012, 833 (836).

³³ *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 30; *Großmann*, JA 2019, 241 (242).

³⁴ Zu den Einzelheiten siehe *Soiné*, NStZ 2018, 497 (498); ausf. *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 151 ff.

³⁵ Siehe auch [BT-Drs. 19/14747](#), S. 29.

³⁶ Die Subsidiaritätsklausel dient der Umsetzung des Erfordernisses der Erforderlichkeit als Teil des Verhältnismäßigkeitsprinzips, siehe *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 880.

³⁷ [BT-Drs. 19/14747](#), S. 29.

³⁸ Ausf. zu dieser qualifizierten Begründungspflicht *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100e Rn. 52 ff.

lichen.³⁹ Aus Sicht der Rechtspflege geht es spiegelbildlich um die „Gerichtsfestigkeit“ der erhobenen Informationen.⁴⁰

2. Die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO

§ 100c StPO regelt den sog. großen Lauschangriff.⁴¹ § 100c StPO erlaubt die Abhörung und Aufzeichnung des in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Wortes. Damit ist § 100c StPO eine Eingriffsgrundlage in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG.⁴² Wegen der vom BVerfG betonten Nähe von Eingriffen in das IT-Grundrecht einerseits und einer akustischen Wohnraumüberwachung sind die Voraussetzungen des § 100c StPO im Wesentlichen parallel zu denjenigen der Online-Durchsuchung, insbesondere muss eine entsprechende Katalogtat vorliegen, § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO. In technischer Hinsicht wird die Wohnraumüberwachung durch Richtmikrofone, aber auch mittels kleiner batteriebetriebenen Minisendern, den sog. Wanzen, realisiert.⁴³

3. Die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO

a) Grundlegung

Die Online-Durchsuchung wurde 2017 mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in die StPO eingeführt.⁴⁴ § 100b StPO betrifft keine Datenerhebungen während einer laufenden Kommunikation und legitimiert somit Eingriffe in das IT-Grundrecht.⁴⁵ Der Begriff des informationstechnischen Systems i.S.d. § 100b StPO hat daher entsprechend des Schutzbereichs des IT-Grundrechts zu erfolgen.⁴⁶ Das hat insbesondere zur Folge, dass das informationstechnische System nicht kommunikationsbezogen (i.S.d. § 100a StPO) auszulegen ist.⁴⁷

Als Online-Durchsuchung „wird der verdeckte staatliche Zugriff auf fremde informationstechnische Systeme über Kommunikationsnetze mittels einer Überwachungssoftware bezeichnet.“⁴⁸ Die Online-Durchsuchung legitimiert den verdeckten Zugriff auf ein informationstechnisches System mittels Infiltrierung von Spähsoftware, betrifft sämtliche Daten, die in diesem System gespeichert

³⁹ Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 163.

⁴⁰ BT-Drs. 18/12785, S. 53.

⁴¹ Siehe hierzu bspw. BVerfGE 109, 279; Gercke, GA 2015, 339; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100c Rn. 2; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 889. Der kleine Lauschangriff betrifft demgegenüber das außerhalb der Wohnung gesprochene nicht öffentliche Wort. Dieser richtet sich nach § 100f StPO, siehe zum Ganzen nur Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 414. Ausf. zum Verhältnis von Lauschangriff und Grundgesetz Gusy, JuS 2004, 457. Zur rechtspolitischen Diskussion Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 42.

⁴² BT-Drs. 18/12785, S. 48; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 10 Rn. 51; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100c Rn. 2. Siehe auch BVerfG NJW 2016, 1781 (1792 Rn. 179).

⁴³ Siehe hierzu Blechschmitt, MMR 2018, 361 (365); Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100c Rn. 85.

⁴⁴ BGBl. I 2017, S. 3202. Zur Rechtslage bis zu dieser Reform siehe Ruhmannseder, JA 2009, 57 (61).

⁴⁵ BT-Drs. 18/12785, S. 54; Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100b Rn. 1 f., 6; Heinrich, ZIS 2020, 421; Grözinger, GA 2019, 441 (444); ders., StV 2009, 406; Roggan, StV 2017, 821 (827).

⁴⁶ Grözinger, StV 2009, 406 (411); Niedernhuber, JA 2018, 169 (171).

⁴⁷ Siehe Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100b Rn. 98.

⁴⁸ BT-Drs. 18/12785, S. 46; siehe auch Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 f.

sind und bedeutet gerade deswegen einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen.⁴⁹

b) Abgrenzung zur Quellen-TKÜ

§ 100b StPO legitimiert eine heimliche, auf Dauer angelegte Ausspähung des Betroffenen.⁵⁰ Der mit der Online-Durchsuchung verbundene Eingriff ist eine verdeckte Maßnahme, die in ihrem Umfang erheblich weiter reicht als Eingriffe nach § 100a StPO.⁵¹

§ 100b StPO erfasst in Abgrenzung zur Quellen-TKÜ auch die Auslese von Kommunikationsinhalten, die vor einer richterlichen Anordnung einer Maßnahme nach § 100a StPO erfolgt ist.⁵² Damit unterscheidet sich die Online-Untersuchung von der Quellen-TKÜ nicht durch technische Details,⁵³ sondern durch das Ausmaß und den Umfang der Daten, die gem. § 100b StPO ausgeleitet werden dürfen.⁵⁴ Weil informationstechnische Systeme so eine überragende Rolle im modernen Leben der Menschen spielt, können die Strafverfolgungsbehörden auf einen schier unermesslichen Datenschatz zugreifen, der berufliche, private und höchstpersönliche Informationen in Form von Nachrichten, Kontaktdaten, Fotos, GPS-Daten etc. umfasst.⁵⁵ Die Kategorisierung als „digitale Allzweckwaffe“⁵⁶ ist daher durchaus treffend.

Dementsprechend wiegt die Onlinedurchsuchung auch schwerer als eine offene Beschlagnahme gem. §§ 94 ff., 102 ff. StPO der informationstechnischen Geräte mit anschließender Auslese. Weil das BVerfG klargestellt hatte, dass eine Online-Durchsuchung ihrer Eingriffsintensität nach mit einer akustischen Wohnraumüberwachung vergleichbar ist,⁵⁷ hat sich der Gesetzgeber für die Ausgestaltung des 100b StPO an vor 2017 geltenden Fassung des § 100c StPO orientiert.⁵⁸ Das lässt sich mit guten Gründen kritisieren. Während nämlich § 100c StPO die Abhörung und Aufzeichnung des „nicht öffentlich gesprochenen Wortes“ erlaubt, eröffnet § 100b StPO Zugriff auf eine schier endlose Datenmenge, seien es Fotos, Nachrichten und Kontaktdaten, Kalendereinträge, Suchmaschinendaten oder Notizen – sodass § 100b StPO ggf. auch Informationen erfasst, die der Betroffene noch nicht einmal aussprechen würde, weshalb die Eingriffsintensität von § 100b StPO im Hinblick auf die Privatsphäre sehr viel umfangreicher ist als diejenige der akustischen Wohnraumüberwachung.⁵⁹

§ 100b Abs. 1 StPO legitimiert eine Datenerhebung nur *aus* dem infiltrierten System. Erlaubt ist also nur eine *passive* Kenntnisnahme. Darüberhinausgehende Tätigkeiten wie die Aktivierung des Mikrofons oder der Kamera eines Smartphones zu entsprechenden Überwachungsmaßnahmen sind

⁴⁹ Großmann, GA 2018, 439 (440); Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 1.

⁵⁰ Dem ist sich der Gesetzgeber wohl bewusst, siehe [BT-Drs. 18/12785](#), S. 54.

⁵¹ Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 9.

⁵² [BT-Drs. 18/12785](#), S. 53.

⁵³ Klarstellend Krusel/Grzesiek, KritV 2017, 331 (336 f.); Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 93: Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung erfordern in technischer Hinsicht Infiltration des informationstechnischen Systems.

⁵⁴ Roggan, StV 2017, 821 (825).

⁵⁵ Soiné, NSTZ 2018, 497 (502).

⁵⁶ So Krusel/Grzesiek, KritV 2017, 331.

⁵⁷ Siehe BVerfG NJW 2016, 1781 (1784 Rn. 108).

⁵⁸ [BT-Drs. 18/12785](#), S. 54; siehe auch Großmann, GA 2018, 439 (441 f.).

⁵⁹ Zutreffend Großmann, GA 2018, 439 (445 f.); siehe auch Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100b Rn. 2 f.

nach verbreiteter Ansicht nicht gedeckt.⁶⁰ Wurde das Mikrofon jedoch vom Betroffenen aktiviert, können aus dem infiltrierten System entsprechende Daten erhoben werden.⁶¹

Wurden über das vom Nutzer aktivierte Mikrofon zudem Gespräche in der Wohnung des Betroffenen aufgenommen, ist umstritten, ob diese nur verwertet werden, wenn auch eine Anordnung nach § 100c StPO vorlag.⁶² Insofern dürfte das Verfassungsrecht die maßgeblichen Argumente liefern: Das Gesetz, mit dem § 100b StPO eingeführt wurde, zitiert i.S.d. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG als von der Online-Durchsuchung eingeschränktes Grundrecht nicht Art. 13 GG, weswegen die Online-Durchsuchung Eingriffe in dieses Grundrecht nicht zu legitimieren vermag.⁶³ Deswegen erlaubt § 100b StPO auch nicht (als Annexkompetenz) die Betretung der Wohnung des Betroffenen, um so die Spähsoftware zu installieren.⁶⁴

c) Verfassungsrechtliche Bezüge und einige kritische Anmerkungen

Die von § 100b StPO vorgesehenen massiven Eingriffe in das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme bedürfen einer besonderen Ermächtigung.⁶⁵ Das BVerfG vergleicht die Eingriffsintensität einer Online-Durchsuchung mit derjenigen einer akustischen Wohnraumüberwachung.⁶⁶ Im Gefahrenabwehrrecht hat das Gericht daher klargestellt, dass der entsprechende Eingriff nur gerechtfertigt sein kann, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen“.⁶⁷ Für den Bereich der Strafverfolgung deutet der Gesetzgeber diese Vorgaben so, dass sich der Tatverdacht auf eine Straftat beziehen muss, deren Schwere und Bedeutung in einem angemessenen Verhältnis zur Eingriffsschwere der Online-Durchsuchung steht.⁶⁸

Hieraus ergibt sich also ein offenkundiger Unterschied zwischen den Regelungen der §§ 100a und 100b StPO. Während die (Quellen-)TKÜ beim Verdacht einer *schweren* Straftat gestattet ist, setzt die Onlinedurchsuchung den Verdacht einer *besonders schweren* Straftat voraus (§§ 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 100b Abs. 1 Nr. 1 StPO). Diese Differenzierung dient letztlich der Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Maßnahme und folgt Vorgaben des BVerfG.⁶⁹ Wegen der vom BVerfG gezogenen Parallele sind die Katalogtaten der akustischen Wohnraumüberwachung und der Online-Durchsuchung identisch, siehe § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO.⁷⁰ Aus diesem Regelungszusammenhang folgt, dass die Begriffe der schweren Straftat und der besonders schweren Straftat nicht identisch gebraucht werden dürfen.⁷¹ Eine besonders schwere Straftat übersteigt den mittleren Kriminalitätsbereich deutlich.⁷²

⁶⁰ Roggan, StV 2017, 821 (826); Großmann, GA 2018, 439 (442); Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2647); Soiné, NStZ 2018, 497 (502). Siehe auch Blechschmitt, MMR 2018, 361 (365). Krit. Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100b Rn. 5.

⁶¹ Siehe Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 44 ff.; Blechschmitt, MMR 2018, 361 (365).

⁶² Bejahend Soiné, NStZ 2018, 497 (503 f.); krit. Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 47 f.

⁶³ Siehe Art. 17 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017, BGBl. I 2017, S. 3202, 3213. Zum Ganzen auch Roggan, StV 2017, 821 (826).

⁶⁴ Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100b Rn. 13; Soiné, NStZ 2018, 497 (501).

⁶⁵ Zu den Anordnungsvoraussetzungen siehe Soiné, NStZ 2018, 497 (498 ff.).

⁶⁶ BVerfG NJW 2016, 1781 (1794 Rn. 210 a.E.).

⁶⁷ BVerfG NJW 2008, 822; BVerfG NJW 2016, 1781 (1795 Rn. 212).

⁶⁸ BT-Drs. 18/12785, S. 54.

⁶⁹ Siehe BVerfGE 107, 299 (322); 109, 279 (346); 113, 348 (388); siehe auch Ruhmannseder, JA 2009, 57 (58).

⁷⁰ BT-Drs. 18/12785, S. 54. Siehe auch Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100b Rn. 10.

⁷¹ Ausf. hierzu Rieß, GA 2004, 623 ff.; Krusel/Grzesiek, KritV 2017, 331 (346).

⁷² Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100c Rn. 9.

Die insofern verwendete Terminologie muss jedoch verwirren und begründet in Folge dessen eine Kritik an der Reichweite des § 100b StPO. Der Sprung zur allgemeinen Kategorisierung der Straftaten in § 12 Abs. 1, Abs. 2 StGB ist wahrlich nicht weit und es leuchtet ad hoc sehr ein, von besonders schweren Straftaten nur dann zu sprechen, wenn es sich um *Verbrechen* im Sinne des materiellen Strafrechts handelt. Diesen Weg ist der Gesetzgeber jedoch nicht gegangen, vielmehr finden sich unter den Katalogtaten des § 100b Abs. 2 StPO diverse Vergehen, wie bspw. §§ 89a StGB, 89c, 184b Abs. 2 StGB, § 84 Abs. 3 AsylG, § 96 Abs. 2 AufenthG.⁷³ Der Eindruck der Kritisierbarkeit des § 100b StPO verstärkt sich noch, wenn man berücksichtigt, dass das BVerfG betont, dass Eingriffe in das IT-Grundrecht nur zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter zulässig sind.⁷⁴ Das BVerfG nennt in diesem Zusammenhang „Leib, Leben und Freiheit der Person sowie solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“.⁷⁵ Unter diesen Gesichtspunkten ist es durchaus bemerkenswert, dass auch Tatbestände aus dem BtMG (§ 100b Abs. 2 Nr. 5 StPO), dem WaffG (§ 100b Abs. 2 Nr. 10 StPO) oder dem AsylG (§ 100b Abs. 2 Nr. 2 StPO) zu den Katalogtaten gezählt werden, Delikte zum Schutz der Umwelt hingegen nicht.⁷⁶ § 100b StPO bietet also sehr weitreichende Ermittlungsbefugnisse für einen umfangreichen Katalog von Straftaten. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 100b StPO wurden deswegen erhoben.⁷⁷ Für die Rechtmäßigkeit der konkreten Anordnung ist vor allem die Subsidiaritätsklausel des § 100b Abs. 1 Nr. 3 StPO wichtig, die sicherstellen soll, dass die Maßnahme nur in den *erforderlichen* Fällen erfolgt.⁷⁸

4. Gemeinsame Verfahrensvorschriften

Das für die Maßnahmen nach §§ 100a–100c StPO wesentlichen Verfahrensvorschriften sind nach geltender Rechtslage komprimiert in § 100e StPO geregelt. Die Vorschrift soll nach Auffassung des Gesetzgebers jedoch gestufte Voraussetzungen für die divergierende Eingriffsintensität der einzelnen Maßnahmen vorsehen.⁷⁹

Maßnahmen nach § 100a StPO dürfen grundsätzlich nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug darf die Staatsanwaltschaft die Maßnahme anordnen, § 100e Abs. 1 S. 1, 2 StPO. Die Zuständigkeit richtet sich nach allgemeinen Regeln, im Ermittlungsverfahren ist also der Ermittlungsrichter zuständig, § 162 Abs. 1 StPO. Die Maßnahme darf grundsätzlich nur für eine Dauer von drei Monaten angeordnet werden, § 100e Abs. 1 S. 4 StPO.

Die Anordnung der Maßnahmen nach §§ 100b, 100c StPO erfolgt grundsätzlich gem. § 100d Abs. 2 StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch eine mit drei Richtern besetzte Kammer des Landgerichts i.S.d. § 74a Abs. 4 GVG. Bei Gefahr im Verzug entscheidet der Vorsitzende dieser Kammer, nicht die Staatsanwaltschaft. Die Maßnahme darf grundsätzlich nur für eine Dauer von einem Monat

⁷³ Krit. daher Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 6.

⁷⁴ BVerfG NJW 2008, 822.

⁷⁵ BVerfG NJW 2008, 822 (831 Rn. 247).

⁷⁶ Siehe auch Grözinger, StV 2009, 406 (411 f.).

⁷⁷ Grözinger, Die Überwachung von Cloud Storage, 2018, S. 304 ff.; Großmann, JA 2019, 241 (244); siehe auch ders., GA 2018, 439; Krusel/Grzesiek, KritV 2017, 331 (344 ff.); Roggan, StV 2017, 821 (826); Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2647). Derzeit sind mehrere Verfassungsbeschwerden beim BVerfG anhängig (Az. 1 BvR 180/23), mit denen die Verfassungswidrigkeit insbesondere der §§ 100a Abs. 1 S. 2, 100b StPO gerügt wird.

⁷⁸ Hierzu Soiné, NStZ 2018, 497 (499).

⁷⁹ BT-Drs. 18/12785, S. 57.

angeordnet werden, § 100e Abs. 2 S. 4 StPO. Verstöße gegen diese Kompetenzvorschriften ziehen richtigerweise ein Beweisverwertungsverbot nach sich.⁸⁰

§ 100e StPO Abs. 3 StPO enthält dezidierte Vorgaben über den Inhalt der Entscheidungsformel der Anordnung, Abs. 4 regelt den notwendigen Inhalt der Begründung der Anordnung. Die Anordnung muss namentlich die wesentlichen Gesichtspunkte der Abwägung zwischen der Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und der beeinträchtigten Grundrechte enthalten, § 100e Abs. 4 S. 1 StPO. Zudem sind die relevanten Daten, die erhoben werden sollen, bereits so präzise wie möglich zu bezeichnen, § 100e Abs. 3 Nrn. 3 und 4 StPO).

5. Richtervorbehalt und nachträglicher Rechtsschutz

Mit der Eröffnung der Möglichkeit des Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG ist für den vorliegenden Bereich eine weitere wichtige verfassungsrechtliche Regelung angesprochen.⁸¹ Dass der Bürger gegen hoheitliche Maßnahmen, von denen er betroffen ist, Rechtsschutz suchen kann, ist eine wesentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.⁸² Bzgl. des Rechtsschutzes gegen Zwangsmittel differenziert die StPO zwischen offenen und verdeckten bzw. geheimen Maßnahmen.⁸³ Wie die unterschiedlichen Regelungen in Art. 13 Abs. 2 GG einerseits und Art. 13 Abs. 3, Abs. 4 GG andererseits belegen, wiegen geheime Überwachungsmaßnahmen vor den Toren des Grundgesetzes schwerer als offene Maßnahmen.⁸⁴

Definitionsgemäß ist bei den verdeckten Maßnahmen der §§ 100a ff. StPO individueller Rechtsschutz nur sehr eingeschränkt möglich.⁸⁵ Die Eingriffsintensität der verdeckten Maßnahmen sind im Verbund mit der sachlich ausgeschlossenen Möglichkeit präventiven gerichtlichen Rechtsschutzes gravierende Argumente für den (grundsätzlichen) Richtervorbehalt bei der Anordnung der Maßnahmen nach §§ 100a ff. StPO: Gerade weil Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG effektiven Rechtsschutz garantiert, dieser im Falle verdeckter Maßnahmen vom Betroffenen aber erst nachträglich angestrengt werden kann, ist es verfassungsrechtlich geboten, Gerichte schon im Anordnungsstadium zu beteiligen.⁸⁶ Der Richtervorbehalt installiert eine unabhängige und objektive Kontrollinstanz vor der entsprechenden grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme, die das Grundrecht zusätzlich absichern soll.⁸⁷

Im Übrigen erkennt der Gesetzgeber die gehobene Bedeutung eines effektiven *repressiven* Rechtsschutzes an.⁸⁸ Um diesen zu ermöglichen, sehen die einzelnen Vorschriften insbesondere Dokumentationspflichten vor, siehe §§ 100a Abs. 6, 100b Abs. 4, 101 Abs. 2 StPO.⁸⁹ Außerdem sind die Betroffenen von den Maßnahmen *grundsätzlich*⁹⁰ zu benachrichtigen, „sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit einer Person und von bedeutenden Vermögenswerten, im Fall des § 110a StPO auch der Möglichkeit

⁸⁰ *Großmann*, JA 2019, 241 (247); für die Online-Durchsuchung *Soiné*, NStZ 2018, 497 (504).

⁸¹ Siehe BVerfG NJW 1997, 2163; BVerfG NJW 2012, 833 (834 f.); *Zeyher*, JuS 2022, 636; *Zöller*, ZStW 124 (2012), 411 (434); allg. zum Ganzen auch *Glaser*, JR 2010, 423 ff., *Singelstein*, NStZ 2009, 481.

⁸² Siehe hierzu *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 1 Rn. 5.

⁸³ Siehe hierzu ausf. *Burghardt*, JuS 2010, 605; *Meyer/Rettenmaier*, NJW 2009, 1238; siehe auch *Zeyher*, JuS 2022, 636 (637 f.).

⁸⁴ Klarstellend *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 669.

⁸⁵ Siehe *Roggan*, StV 2017, 821 (826).

⁸⁶ *Hilger*, JR 1990, 485. Siehe auch *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 8 Rn. 76.

⁸⁷ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 592; *Zöller*, ZStW 124 (2012), 411 (428 f.).

⁸⁸ BT-Drs. 18/12785, S. 47.

⁸⁹ Siehe hierzu *Hegmann*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 101 Rn. 50.

⁹⁰ Zu den Ausnahmen siehe § 101 Abs. 4 S. 2 und 3 StPO.

der weiteren Verwendung des Verdeckten Ermittlers möglich ist“, § 101 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 1 StPO. Mit der Benachrichtigung ist auf die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes hinzuweisen, § 101 Abs. 4 S. 2 StPO. Innerhalb von zwei Wochen nach dieser Benachrichtigung können die Betroffenen auch nach Beendigung der Maßnahme die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme sowie der Art und Weise ihres Vollzugs beantragen, § 101 Abs. 7 S. 2 StPO.⁹¹

Gleichwohl sind unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes verdeckte Maßnahmen verfassungsrechtlich problematisch und sollen nach der Rechtsprechung des BVerfG eine begründungsbedürftige Ausnahme darstellen.⁹²

⁹¹ Siehe *Burghardt*, JuS 2010, 605 (607). Ausf. hierzu *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 101 Rn. 87 ff.

⁹² BVerfG NJW 2009, 2431.

Ärztliche Behandlungsinstrumente als gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Rechtsreferendarin Leonie Hübner, Halle (Saale)

I. Problemaufriss.....	426
II. Was bisher geschah.....	427
1. Gerichtsentscheidungen	427
2. Das sechste Strafrechtsreformgesetz	428
III. Aktuelle Entscheidungen	428
1. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022	428
2. BGH, Beschl. v. 19.12.2023	429
3. BayObLG, Urt. v. 19.3.2024.....	430
IV. Des Pudels Kern und des Rätsels Lösung	432
1. Strafbarkeitsexzess.....	432
a) Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe, Nr. 1	432
b) Mit anderen Beteiligten gemeinschaftlich, Nr. 4	433
c) Lebensgefährdende Behandlung, Nr. 5.....	434
d) Konsequenz.....	434
2. Lösungsansätze.....	434
a) Sog. „Vergleichsformel“	435
b) „Definitionslösung“	435
c) Tatbestandsbegrenzungslösung“	436
d) „Strafzumessungslösung“	437
e) „Wiedergutmachungslösung“	437
f) „Vorsatzlösung“	437
g) Zwischenfazit	438
3. Vorschlag eines Gesetzes	438
V. Praktische Bedeutung.....	440
VI. Ausblick.....	441

I. Problemaufriss

In der Vergangenheit mussten die Gerichte bereits öfter darüber entscheiden, ob ärztliche Behandlungsinstrumente unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

fallen sollen.¹ Die Tradition der Gerichte hielt sich über viele Jahre sowohl vor als auch nach der Neufassung des Tatbestands der gefährlichen Körperverletzung. Erst in den vergangenen zwei Jahren machte die Rechtsprechung bei ihrer Einordnung eine Kehrtwende. Wie das Thema zuvor gehandhabt wurde und wie sich die Rechtsprechung auch mit Blick auf die Neufassung des Straftatbestandes wandelte, ist im Folgenden zu erörtern, um aufzuzeigen, welche Probleme sowie welche möglichen Lösungen für diese denkbar sind.

II. Was bisher geschah...

1. Gerichtsentscheidungen

Vor der Neufassung des § 223a StGB a.F. zu § 224 StGB wurden gefährliche Werkzeuge als Unterbegriff der „Waffe“ verstanden und nicht andersherum, wie es heute der Fall ist.² Bereits 1960 wurde vom BGH³ diskutiert, ob ein Skalpell als „Messer“, das in der Norm seinerzeit als Beispiel für eine Waffe angeführt war, anzusehen sei. Damals entschied der BGH, dass eine Waffe ein Gegenstand sei, der vom Täter zu Angriffs- und Verteidigungszwecken eingesetzt werde. Daher müsse auch ein gefährliches Werkzeug als dessen Unterbegriff so eingesetzt werden.⁴ Ärztliche Instrumente seien aus diesem Grund im Rahmen eines Eingriffs, wegen des Fehlens eines Kampfes oder Angriffs, nicht als gefährliche Werkzeuge zu verstehen.⁵ Diese Auffassung bestätigte der 2. Strafsenat des BGH⁶ 1978 nochmals und betonte, dass das Tatbestandsmerkmal auch dann nicht erfüllt sei, wenn der medizinische Eingriff keinen „Heileingriff“ darstelle.⁷ Das gefährliche Werkzeug müsse nach wie vor ein Gegenstand sein, der einer Waffe vergleichbar sei.⁸ Das deutet auf eine gewisse Inkonsistenz bezüglich des Begriffsverständnisses hin.⁹ In der Entscheidung wird einerseits das gefährliche Werkzeug als Beispiel für eine Waffe genannt, andererseits müsse es aber einer Waffe vergleichbar sein.¹⁰ So erkennt *Frister*, dass es demnach auch gefährliche Werkzeuge geben müsse, die keine Waffe seien,

¹ Insbes. BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59; BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77; BGH, Urt. v. 3.12.1997 – 2 StR 397/97; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22; BayObLG, Urt. v. 19.3.2024 – 205 StRR 8/24.

² BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59; *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 15; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 423; *Nussbaum*, JR 2023, 57; *Klein*, ZJS 2024, 605 (607 f.).

³ BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59.

⁴ BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59; BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 24; *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirner, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 137; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (490); *Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 54; *Nussbaum*, JR 2023, 57.

⁵ BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59; BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 24; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, § 223 Rn. 70; *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 20; *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2024, StGB § 224 Rn. 3; *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirner, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 137; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 201 f.; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (491).

⁶ BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77.

⁷ *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (490 f.); *Nussbaum*, JR 2023, 57 f.

⁸ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23; BGH, Urt. v. 23.12.1986 – 1 StR 598/86 (m.Anm. *Sowada*, JR 1988, 123 [124]); *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirner, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 137; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (491); a.A. BGH, Urt. v. 6.9.1968 – 4 StR 320/68 = NJW 1968, 2115 (2116).

⁹ So auch *Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 16; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (491); *Nussbaum*, JR 2023, 57 (58 f.).

¹⁰ Ebenda.

was wiederum nicht passe, wenn „Waffe“ der Oberbegriff ist.¹¹ Denn dann sind denklogisch bereits alle gefährlichen Werkzeuge auch Waffen.

Letztendlich blieb die Auffassung des BGH die, dass ärztliche Behandlungsinstrumente keinesfalls gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 223a StGB a.F. darstellten.

2. Das sechste Strafrechtsreformgesetz

Die oben genannten Urteile ergingen alle vor der sechsten Strafrechtsreform¹² vom 1.4.1998, bei welcher § 223a StGB a.F. umfassend neu gefasst und zu § 224 StGB umbenannt wurde. Eingefügt wurde die „Beibringung von Gift“ (§ 229 Abs. 1 StGB a.F.) und gestrichen wurde bei „Waffe“ der Zusatz „insbesondere eines Messers“.¹³ Seither lautet der Normtext unverändert „mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“. Die Gesetzesbegründung lässt jedoch nicht erkennen, dass es ein Ziel der Änderung war, die Kategorisierungen der Begriffe zu ändern.¹⁴ Ob „Waffe“ als Unterbegriff des „gefährlichen Werkzeugs“ gelten soll oder umgekehrt, wird in der Gesetzesbegründung nicht eindeutig erwähnt, es wurde vielmehr so aufgefasst und ohne größere Diskussion hingenommen. Ob das Herausstreichen der Formulierung „insbesondere eines Messers“ zu einer gänzlichen Umwälzung der Kategorien führt, mag bezweifelt werden.¹⁵ Die begrüßte Neukategorisierung führte dazu, dass das gefährliche Werkzeug nun der Oberbegriff ist und es nicht „wie eine Waffe“ zu Angriffs- und Verteidigungszwecken eingesetzt werden muss.¹⁶ Daraus folgte die Definition, wie sie heute gelehrt wird, nämlich, dass der Gegenstand aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet sein muss, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.¹⁷

III. Aktuelle Entscheidungen

1. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022

Das OLG Karlsruhe¹⁸ setzte sich in seiner Entscheidung vor allem aufgrund der verschiedenen Verjährungsfristen mit diesem Thema auseinander. Denn fällt eine nicht notwendige Zahnextraktion mittels entsprechenden zahnärztlichen Instruments unter § 223 Abs. 1 StGB und nicht unter § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB, war im zu verhandelnden Fall bereits Verjährung gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB eingetreten. Während das LG Karlsruhe¹⁹ als Vorinstanz eine gefährliche Körperverletzung nach § 224

¹¹ Frister, in: FS Möller, 2023, S. 487 (491).

¹² Verkündet am 26.1.1998 im BGBI. I 1998, S. 164.

¹³ BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.; BT-Drs. 13/8587, S. 36.

¹⁴ BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.; BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 26; *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2022, 448092.

¹⁵ *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2022, 448092; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (497 f.), bezweifelt die Notwendigkeit der Änderung der Rspr.; a.A. *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 423; *Klein*, ZJS 2024, 605 (607 f.); *Sowada*, JR 1988, 123 (124), zweifelte die Kategorisierung bereits vorher an.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 25; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 25; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 8; *Lorenz*, medstra 2022, 220 (224); *Nussbaum*, JR 2023, 57 (58); *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (497 f.); gegen dieses Merkmal bereits *Sowada*, JR 1988, 123 (124).

¹⁷ *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 15; *Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 14; *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 18; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 6; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 20; *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 16; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 200; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 90.

¹⁸ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = medstra 2022, 254 (255).

¹⁹ LG Karlsruhe, Beschl. v. 5.1.2022 – 16 KLS 97 Js 474/14.

Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB noch mit der Begründung verneinte, dass die ärztlichen Instrumente nicht zu Angriffs- und Verteidigungszwecken eingesetzt wurden,²⁰ kam das OLG zum Ergebnis, dass es sich in allen 33 abgehandelten Fällen um eine gefährliche Körperverletzung handelt, mit der Folge, dass keine der Taten verjährt war.²¹ Bestätigt wird außerdem, dass es seit der sechsten Strafrechtsreform nicht mehr darauf ankomme, ob ein Werkzeug zu Verteidigungs- oder Angriffszwecken genutzt werde und dass dieses den Oberbegriff zur Waffe darstelle, nicht andersherum.²² Auch bei ärztlichen Behandlungsinstrumenten sei allein auf die objektive Beschaffenheit abzustellen.²³ Irrelevant sei auch, ob der Angeklagte zu der Zeit approbierter Zahnarzt war, dass er zur korrekten Anwendung in der Lage war und diese auch *lege artis* erfolgte.²⁴ Das Ergebnis des OLG überzeugt vor allem deshalb nicht, weil hierdurch der approbierte Arzt gleich behandelt wird wie der „Messerstecher“, obwohl man zum Ergebnis kommen wird, dass dieser ein wesentlich höheres Handlungsunrecht verwirklicht als ein approbierter Arzt.²⁵

2. BGH, Beschl. v. 19.12.2023

Von großer Relevanz ist der am 19.12.2023 ergangene Beschluss des 4. Strafsenats des BGH.²⁶ Im Gegensatz zur Vorinstanz ging der BGH ausführlich auf chirurgische Instrumente als gefährliche Werkzeuge ein. Nach Ansicht des Gerichts ist entscheidend, ob das Werkzeug nach konkreter Art der Benutzung geeignet wäre, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.²⁷ Aufgrund ihrer potenziellen Gefährlichkeit sind chirurgische Instrumente laut BGH *nicht* vom Anwendungsbereich der Norm aus-

²⁰ Kraatz, NStZ-RR 2023, 65 (66).

²¹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = medstra 2022, 254 (255); Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 16; Frister, in: FS Möller, 2023, S. 487 (496); Lichtenthäler, FD-StrafR 2022, 448092; Kraatz, NStZ-RR 2023, 65 (66); Nestler, Jura 2022, 1006.

²² OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = medstra 2022, 254 (255); Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 16; Frister, in: FS Möller, 2023, S. 487 (496 f.); Lorenz, medstra 2022, 220 (224); für eine Annahme eines Angriffs sprechen sich aus Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17; Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 25; Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 8; Lichtenthäler, FD-StrafR 2022, 448092; Nussbaum, JR 2023, 57 (58); Kraatz, NStZ-RR 2023, 65 (66); Nestler, Jura 2022, 1006.

²³ Ebenda.

²⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = medstra 2022, 254 (255); So auch bereits BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77; Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 16 f.; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17; Gercke, in: Gercke/Leimenstoll/Stirner, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 137; Manok, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 54; Putzke, MedR 2012, 621 (622); Lichtenthäler, FD-StrafR 2022, 448092; a.A. Tsambikakis/Kessler, in: Wenzel, Arzthaftungsprozess, 2. Aufl. 2024, Teil 17 Rn. 82; Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 8; Nussbaum, JR 2023, 57 (58); Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

²⁵ Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; Lorenz, medstra 2022, 220 (224); Manok, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 55; Tsambikakis/Kessler, in: Wenzel, Arzthaftungsprozess, 2. Aufl. 2024, Teil 17 Rn. 80; Tag, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 439; a.A. Horter, MedR 2022, 754; Nestler, Jura 2022, 1006; Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 16; Schrott, Intersex-Operationen, 2020, S. 292 f.

²⁶ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23.

²⁷ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 32; Wolters, in: SK-StGB, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 15; Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 14; Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 18; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 6; Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 20; Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 16; Schrott, Intersex-Operationen, 2020, S. 200; Kraatz, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 90.

geschlossen, da es nicht auf ihre Bestimmung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel ankommt.²⁸ Der BGH verweist auch auf § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Abs. 8 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB sowie auf § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB und hebt hervor, dass Einigkeit darin bestehe, auch dort keine Bestimmung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorauszusetzen.²⁹ Dabei erkennt das Gericht auch zutreffend, dass die Begriffe nicht in allen Normen einheitlich definiert sind.³⁰ Es wäre nicht mit den angeführten Gerichtsentscheidungen vereinbar, wenn ein chirurgisches Instrument von vornherein aus dem Anwendungsbereich von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ausgenommen würde.³¹ Auch könne die erhöhte Gefährlichkeit nicht wegen Sachkompetenz der Behandlungsperson wieder verneint werden.³² Da der BGH mit medizinisch nicht indizierten Eingriffen zu tun hatte, die von einer Mutter aufgrund des Münchhausen-Stellvertreter-Syndroms veranlasst wurden, wies er darauf hin, dass sich die rechtliche Bewertung ärztlicher Instrumente bei Solchen nach den allgemeinen Grundsätzen für gefährliche Werkzeuge richten solle.³³ Wie das für medizinisch indizierte Eingriffe aussehen solle, wurde zwar gänzlich offen gelassen, auch wenn eine andere Beurteilung eher unwahrscheinlich scheint.³⁴ Die Vorinstanz ging indes auch nicht auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ein, sondern auf Nr. 5 und bejahte eine das Leben gefährdende Behandlung.³⁵

3. BayObLG, Urt. v. 19.3.2024

Kürzlich musste das BayObLG³⁶ über die strafrechtliche Relevanz von Kataraktoperationen entscheiden, die der Angeklagte durchführte, nachdem er 2009 einen Schlaganfall erlitt. Erstinstanzlich wurde er wegen schwerer und einfacher Körperverletzung zu einer Gesamtstrafe von drei Jahren verurteilt.³⁷ Die nächsthöhere Instanz, das LG Kempten, ging davon aus, dass ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorläge, wenn der Arzt davon ausgehe, dass seine körperliche Beschränkung nicht zu einem erhöhten Risiko führe.³⁸ Das LG Kempten verurteilte den Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung zu einer Gesamtstrafe von neun Monaten. Auf die Revision des Angeklagten hin verwarf das BayObLG das Urteil, sodass das LG Kempten erneut entscheiden musste.³⁹ Infolgedessen kam es zu einer Gesamtstrafe von einem Jahr und zehn Monaten auf Bewährung.⁴⁰ Daraufhin erfolgte erneut eine Revision zum BayObLG, welche dieses Urteil ebenfalls aufhob.⁴¹ Das Gericht änderte den Schuldspruch des LG Kempten dahingehend, dass der Angeklagte nun wegen gefährlicher und

²⁸ Ebenda; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17.

²⁹ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 33.

³⁰ Ebenda.

³¹ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 33.

³² BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 34; *Vogel*, NStZ 2022, 688 (689); *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 623.

³³ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 35; *Schiemann*, NStZ 2024, 358 f.; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.4.

³⁴ *Schiemann*, NStZ 2024, 358 (359); *Klein*, ZJS 2024, 605 (611); *Bergschneider*, StraFo 2024, 372; *Eschelbach*, BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.1 ff.

³⁵ LG Paderborn, Urt. v. 31.1.2023 – 01 KLs 30/20, Rn. 246 ff.

³⁶ BayObLG, Urt. v. 19.3.2024 – 205 StRR 8/24.

³⁷ AG Kempten, Urt. v. 24.1.2019 – 32 Ls 111 Js 10508/14.

³⁸ LG Kempten, Urt. v. 8.10.2020 – 3 Ns 111 Js 10508/14, Rn. 190; *Hoven*, GesR 2021, 293.

³⁹ BayObLG, Urt. v. 29.6.2021 – 205 StRR 141/21.

⁴⁰ LG Kempten, Urt. v. 3.7.2023 – 4 Ns 111 Js 10508/14.

⁴¹ BayObLG, Urt. v. 19.3.2024 – 205 StRR 8/24.

schwerer Körperverletzung zu verurteilen sei und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an das LG Kempten zurück.⁴²

Erst in diesem Verfahrensabschnitt entschied sich das BayObLG dazu, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB in seine Entscheidung miteinzubeziehen, nachdem zuvor in keiner Weise auf das gefährliche Werkzeug eingegangen worden war. Dass man sich dazu entschloss, jetzt darauf einzugehen, wird wohl Ausläufer des BGH-Beschlusses vom 19.12.2023 sein; denn das BayObLG stellte fest, dass eine Vorlage an den BGH nicht notwendig sei, da das Gericht nicht von dessen Rechtsprechung abweiche.⁴³ Außerdem ging der BGH darauf ein, dass auch ungefährliche Gegenstände, unter Berücksichtigung des Einzelfalls, in konkreter Anwendung als gefährliche Werkzeuge angesehen werden können.⁴⁴ Als für die Beurteilung relevante Umstände nennt das Gericht die Verfassung des Opfers, die betroffene Körperstelle und die Intensität des Werkzeugeinsatzes, sofern damit erhebliche Verletzungsgefahren verbunden sind.⁴⁵ Auch habe die Verfassung des Arztes Auswirkungen auf die Gefährlichkeit eines Gegenstandes, sofern dieser nicht mehr *lege artis* verwendet werde.⁴⁶ Offen lässt das Gericht, wie weit die Verfassung des Arztes zu interpretieren ist.

Dies könnte zur Folge haben, dass sämtliche Umstände in der Person oder im Umfeld des Arztes dazu führen,⁴⁷ dass eine gefährliche Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB zu bejahen sei.⁴⁸ Es kann nämlich Auswirkungen auf die Gefährlichkeit eines Werkzeugs haben, ob ein Arzt unkonzentriert, unausgeschlafen oder dergleichen ist.⁴⁹ Wie auch im Straßenverkehr solche Gemütszustände zu einer erhöhten Unfallgefahr führen können, könnte hier ebenfalls eine erhöhte Gefahr zu bejahen sein. Sofern keine Aufklärung durch den Arzt erfolgt, die es dem Patienten ermöglicht, trotzdem in die Behandlung einzuwilligen, könnte die seelische Verfassung des Arztes zur Begründung von Strafbarkeiten herangezogen werden, mit der Folge, dass der Arzt wiederum in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wird.⁵⁰ Welcher Patient jubelt nicht euphorisch, wenn der Operateur kurz vor dem Eingriff offenbart, dass er heute einen schlechten Tag habe.

Um das Ausufern der Strafbarkeit zu vermeiden, wäre es sinnvoll, die Grenze dort zu ziehen, wenn die Umstände nicht mehr approbationsrelevant sind.⁵¹ Es kann auch bezweifelt werden, ob ein Fehler des Arztes zweifelsfrei auf dessen Streit mit seiner Frau am Vorabend zurückgeführt werden kann.⁵²

⁴² BayObLG, Urt. v. 19.3.2024 – 205 StRR 8/24, Rn. 22 f.

⁴³ Ebenda.

⁴⁴ Wolters, in: SK-StGB, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 15; Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 224 Rn. 18; Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 14.

⁴⁵ So bereits Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 18; Nestler, Jura 2022, 1006; sowie Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 8; Frister, in: FS Möller, 2023, S. 487 (498 f.); Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17; Kraatz, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 91; Duttge/Gierok, in: Prütting, Medizinrecht, 6. Aufl. 2022, § 224 Rn. 3; Vogel, NSTZ 2022, 688 (689).

⁴⁶ BayObLG, Urt. v. 19.3.2024 – 205 StRR 8/24, Rn. 20.

⁴⁷ Vogel, MedR 2021, 570 (572); Braun, FD-MedR 2021, 439981; Nowrouison, JR 2020, 364 (367).

⁴⁸ Würde man auch eine entsprechende Aufklärungspflicht als verletzt ansehen; dafür Nowrouison, JR 2020, 364 (367 f.); dagegen Braun, FD-MedR 2021, 439981; Vogel, MedR 2021, 570 (572); Wostry, in: FS Möller, 2023, S. 585 (593).

⁴⁹ Vogel, MedR 2021, 570 (572); Braun, FD-MedR 2021, 439981; Nowrouison, JR 2020, 364 (367).

⁵⁰ Hoven, GesR 2021, 293; für eine solche Auskunftspflicht trotz Grundrechtseingriff spricht sich aus Nowrouison, JR 2020, 364 (367 f.); gegen eine so weitreichende Auskunftspflicht Braun, FD-MedR 2021, 439981; Vogel, MedR 2021, 570 (572).

⁵¹ Vogel, MedR 2021, 570 (572); andeutend wohl auch Wostry, in: FS Möller, 2023, S. 585 (590 ff.).

⁵² So war es hier schon nicht zweifelsfrei nachweisbar, dass die Schädigung an den Opfern auf die Krankheit des Angeklagten zurückgeht, siehe Vogel, MedR 2021, 570.

Obwohl die Konzentration eventuell in erheblichem Maße beeinträchtigt ist, so würde dies, wäre es aufklärungspflichtig, zu einer erhöhten Gefährlichkeit bei der Führung eines Skalpells führen und damit zur Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Zum Vorsatztäter wird es einen Arzt im Ergebnis kaum machen können, denn auch der beste Arzt ist nicht fehlerlos und auch der Schlechteste wird nicht vorsätzlich handeln.⁵³ Die Entscheidung des LG Kempten bleibt abzuwarten.

IV. Des Pudels Kern und des Rätsels Lösung

Ob den Gerichten bewusst war, welche Konsequenzen ihre Einschätzungen haben, bleibt offen und mag angezweifelt werden. Eine kritische Betrachtung der Sachlage ist daher unumgänglich.

1. Strafbarkeitsexzess

Es ist vielleicht noch hinnehmbar, dass Ärzte dann doch wegen § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB zu bestrafen sind. Operieren ohne Skalpell ist kaum möglich, man könnte es auch „Berufsrisiko“ nennen. Allerdings könnte die Ansicht der Gerichte regelrecht exzesshaft ausarten. Eine genauere Betrachtung des § 224 Abs. 1 StGB, wie sie auch den Gerichten nahegelegt wird, zeigt, dass ärztliche Eingriffe nicht nur unter Nr. 2 fallen können.⁵⁴

a) Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe, Nr. 1

Gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB wird als „Gift“ jeder organische oder anorganische Stoff bezeichnet, der unter bestimmten Bedingungen durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit in konkreter Verwendung erheblich beeinträchtigen kann.⁵⁵ Auch unschädliche Substanzen können hierunter fallen, wenn sie eine entsprechende Gefährlichkeit aufweisen.⁵⁶ Auch beim Salzpudding-Fall⁵⁷ kristallisierte sich das durch *Paracelsus* bekannte Prinzip „die Dosis macht das Gift“ heraus. Wenn bereits Salz unter die Tatbestandsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB fallen kann, dann erst recht die bei Narkosen notwendigen Betäubungsmittel sowie auch andere Medikamente mit starken Nebenwirkungen.⁵⁸ Eine erhebliche Gesundheitsschädigung durch Überdosierung muss gerade *nicht* eintreten, die konkrete Möglichkeit ist ausreichend.⁵⁹

⁵³ RGZ 78, 432 (435); *Vogel*, NStZ 2022, 688 (689), *Bergschneider*, StraFo 2024, 372 (374).

⁵⁴ *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 1; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (501 ff.).

⁵⁵ *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 8; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 9; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 2b; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 7; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 2; *Jansen*, Forschung an Einwilligungsfähigen, 2015, S. 252 f.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 426.

⁵⁶ *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 9; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 7; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 2b; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 7; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 2; wobei keinesfalls unumstritten ist, ob dies als „Gift“ aufzufassen ist oder als „andere gesundheitsschädliche Stoffe“ im Sinne der Norm.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 16.3.2006 – 4 StR 536/05 = NStZ 2006, 506 f.

⁵⁸ *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 17; *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 627; *Geilen/Bernsmann*, in: Wenzel, Medizinrecht, Handbuch des Fachanwalts, 4. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 488; *Jansen*, Forschung an Einwilligungsfähigen, 2015, S. 253; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (62 f.).

⁵⁹ *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 10; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 7; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 2a; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 7; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (62); krit. *Tag*, Der Körper-

Dass Anästhesisten sich jedoch nicht regelmäßig gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar machen,⁶⁰ wird damit begründet, dass das Narkosemittel zur Schmerzfremheit des Patienten diene und damit zu dessen Wohl führe.⁶¹ Einigkeit besteht allerdings darüber, dass es nur zu einer Strafbarkeit kommen kann, wenn die Medikamentengabe nicht indiziert oder nicht kunstgerecht war.⁶² Beides sind Argumente, die die Literatur ebenfalls bei Nr. 2 anführt und von denen die Gerichte entschieden, sie nicht anzuwenden. Denn beim gefährlichen Werkzeug spielt es natürlich keine Rolle, dass es auch nur zum Wohle des Patienten eingesetzt wird. *Eisele* lehnte die Tatbestandsvariante des Nr. 1 vor allem deshalb ab, weil Medikamente bei Patienten nicht zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken genutzt werden und zieht eine Parallele zu Nr. 2.⁶³ Mit Blick auf die neuere Rechtsprechung, die sich dazu entschloss, dieses Kriterium außer Acht zu lassen, dürfte mit dem Argument *Eiseles* nun auch Nr. 1 zu bejahen sein.

b) Mit anderen Beteiligten gemeinschaftlich, Nr. 4

Im OP wird im Regelfall nicht nur ein Arzt anwesend sein. Mit Operateur und Anästhesist sind schon mindestens zwei Personen anwesend. Ob das einverständliche Zusammenarbeiten jedoch zu einer höheren Gefahr für das Opfer und zu schwindenden Verteidigungsmöglichkeiten führt, ist nicht ganz eindeutig.⁶⁴ Dass durch die gegenseitige Unterstützung zweier Ärzte eine erhöhte Gefährlichkeit für das Opfer folgt, lässt sich ähnlich begründen wie beim gefährlichen Werkzeug. Man könnte sogar so weit gehen und sagen, dass das Einwirken durch eine Vollnarkose, das Einwirken mit einem gefährlichen Werkzeug überhaupt erst ermöglicht, somit die Gefährlichkeit für das Opfer steigert und somit auch eine Strafbarkeit nach Nr. 4 vorliegen müsste. Zur Verneinung dieser Tatbestandsalternative wird in der Literatur das Argument angeführt, dass keine zusätzliche Gefährlichkeit für den Patienten bestünde, weil dieser sich ohnehin nicht wehren wolle und daher auch nicht in seiner Verteidigung gehindert sei.⁶⁵ Selbst wenn sich der narkotisierte Patient wehren wollte oder unter Narkose den Willen dazu fassen könnte, wäre er in tatsächlicher Hinsicht nicht dazu in der Lage.

verletzungstatbestand, 2000, S. 427.

⁶⁰ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 2b; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (502); *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 627; a.A. *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 2; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 17; *Geilen/Bernsmann*, in: Wenzel, Medizinrecht, Handbuch des Fachanwalts, 4. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 488; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 205 f.

⁶¹ *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 627; *Geilen/Bernsmann*, in: Wenzel, Medizinrecht, Handbuch des Fachanwalts, 4. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 488; *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirmer, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 134; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (62 f.).

⁶² *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 9; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 8; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 17; *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirmer, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 134; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 427 f.; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (62); *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 205 f.

⁶³ *Eisele*, JuS 2020, 80 (81).

⁶⁴ *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 18 f.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 36 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 11; *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, 6. Aufl. 2022, § 224 Rn. 5; a.A. *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 428; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 6; *Gaidzik*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2024, StGB § 229 Rn. 9; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 206 f.

⁶⁵ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 6; *Gaidzik*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2024, StGB § 229 Rn. 9; *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 627; *Geilen/Bernsmann*, in: Wenzel, Medizinrecht, Handbuch des Fachanwalts, 4. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 487; *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirmer, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 139 f.; *Jansen*, Forschung an Einwilligungs-

c) Lebensgefährdende Behandlung, Nr. 5

Fast jede Operation wird zumindest eine abstrakt⁶⁶ lebensgefährdende Behandlung darstellen. Die Rechtsprechung lässt es genügen, dass das Leben nicht erkennbar in Gefahr sein muss, sondern dass die Eignung der Handlung zur Lebensgefährdung wegen ihrer allgemeinen Gefährlichkeit ausreicht.⁶⁷ Zwar werden ein Mensch und dessen Vitalwerte selten besser überwacht sein als im OP, dennoch besteht, egal ob minimal-invasiv operiert wird oder nicht, immer das Risiko, dass zum Beispiel größere Gefäße versehentlich durchtrennt werden und sich dann eine akute Lebensgefahr für das Opfer zeigt.⁶⁸ Als Patient wird man aus gutem Grund im Vorfeld auf alle möglichen Risiken hingewiesen. Allerdings wird Nr. 5 in der Literatur direkt mit der Begründung abgelehnt, dass die Begehungsweise nicht zum Heileingriff passe⁶⁹ – erneut ein Argument, dass auch bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB angeführt werden kann. Dieses Argument könnte man vielleicht noch im Hinblick auf § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB verstehen, denn das arbeitsteilige Zusammenwirken von Operateur und Anästhesist passt wirklich nicht recht zur gefährlichen Körperverletzung. Eine das Leben gefährdende *Behandlung* ist jedoch gerade etwas, was beinahe jedem ärztlichen Eingriff immanent ist. Man begibt sich schließlich nicht umsonst bei einem Arzt in *Behandlung*.

d) Konsequenz

Das Skalpell bei einer Operation oder die Zahnarztzange bei einer Zahnextraktion sind ebenso notwendige Übel wie Narkosen oder Medikamente, um zu einer Verbesserung der Gesundheit des Patienten beizutragen. Warum andere Varianten des § 224 Abs. 1 StGB mit den Argumenten „Heilung“ und „Verbesserung der Gesundheit“ abgetan werden, während bei Behandlungsinstrumenten scheinbar Einigkeit besteht, dass diese generell als gefährliche Werkzeuge zu betrachten sind, und zwar völlig unabhängig von ihrem Zweck, mag nicht einleuchten. Dies würde dazu führen, dass sich während einer Operation der Anästhesist gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2⁷⁰, Nrn. 4 und 5 StGB strafbar macht, der Operateur hingegen meist⁷¹ nicht nach Nr. 1.

2. Lösungsansätze

Unabhängig davon, ob man notwendige, lege artis durchgeführte Eingriffe überhaupt als Körper-

fähigen, 2015, S. 254 f.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 428; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 206 f.; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (62).

⁶⁶ Es ist bereits umstritten, ob die Gefahr abstrakt oder konkret sein muss, siehe dazu *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 42; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 12; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 27.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 29.2.1952 – 1 StR 767/51; BGH, Urt. v. 29.4.2004 – 4 StR 43/04; BGH, Urt. v. 25.2.2010 – 4 StR 575/09; BGH, Beschl. v. 24.3.2020 – 4 StR 646/19.

⁶⁸ Andeutend *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirner, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 141; *Jansen*, Forschung an Einwilligungsfähigen, 2015, S. 255; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 207 f.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 20; *Geilen/Bernsmann*, in: Wenzel, Medizinrecht, Handbuch des Fachanwalts, 4. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 489; a.A. *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 7; *Gaidzik*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2024, StGB § 229 Rn. 10; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (502); *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, 6. Aufl. 2022, § 224 Rn. 6; nur in Bezug auf geschlechtsbestimmende Operationen verneint *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 207 f.; bejaht wurde dies hingegen bei exzessivem Röntgen BGH, Urt. v. 3.12.1997 – 2 StR 397/97.

⁷⁰ Man bedenke, wie das Narkosemittel überhaupt in den Körper kommt.

⁷¹ Außer bei Operationen, bei denen zunächst ein Stoff in den Körper geführt werden muss.

verletzungen gem. § 223 Abs. 1 StGB ansehen will und ob dies grundsätzlich gelten soll,⁷² ist dies zunächst generell zu bejahen, um zur Diskussion des Problems zu gelangen. Sollte man trotz entsprechender Argumente zum Ergebnis kommen, ärztliche Behandlungsinstrumente seien zwingend unter „gefährliche Werkzeuge“ zu fassen, stellt sich die Notwendigkeit einer Lösung des Problems. Der folgende Teil soll daher einige Lösungsansätze diskutieren.

a) Vergleichsformel

Angeführt wird in der Literatur eine sog. „Vergleichsformel“,⁷³ bei der der mit Behandlungsinstrumente lege artis erfolgte Eingriff – natürlich hypothetisch – mit einem werkzeuglosen Eingriff verglichen werden soll.⁷⁴ Im Ergebnis würde Ersterer in aller Regel zu einer Gefahr- und vor allem Schmerzverringerung⁷⁵ führen, beispielsweise bei Amputationen.⁷⁶ Ins Stolpern gerät dies allerdings an der Voraussetzung der Kunstgerechtigkeit. Alles, bei Verwendung eines ärztlichen Behandlungsinstrument, nicht Kunstgerechte wäre automatisch ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB; verzichtet man aber auf diese Voraussetzung, wäre jeder noch so kunstwidrige Eingriff kein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.⁷⁷ Es ist zweifelhaft, ob überhaupt ein Vergleich zu einem Eingriff ohne Behandlungsinstrument gezogen werden kann.⁷⁸ So wird sich zumeist ein völlig anderes, grausameres Bild ergeben, mit dem Ergebnis, dass beide Handlungen nicht mehr als der gleiche Eingriff bezeichnet werden können.⁷⁹ Je komplexer ein Eingriff ist, desto weniger überzeugt die Vergleichsformel.

b) Definitionslösung

Es wird gern darüber sinniert, ob im Rahmen einer ärztlichen Behandlung mit entsprechenden Instrumenten nicht die objektive Beschaffenheit und die Gefährlichkeit für das Opfer zu verneinen sind.⁸⁰ Denn wird der Eingriff von einem qualifizierten Arzt lege artis ausgeführt, verliere der Gegenstand seine objektive Beschaffenheit oder Eignung, erhebliche Verletzungen herbeizuführen⁸¹ – abgesehen von den Verletzungen, die notwendigerweise entstehen müssen, um die Gesundheit des Patienten zu verbessern. Bei ordnungsgemäßer Ausführung entstünden, unabhängig vom Heilungs-

⁷² Näheres dazu *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 223 Rn. 63 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 223 Rn. 8; *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 223 Rn. 25 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.1 ff.; *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, 6. Aufl. 2022, § 223 Rn. 23; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (499); *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 196 f. sowie S. 245 ff.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 13 ff.; *Lorenz*, medstra 2022, 220 (223 f.); *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (66).

⁷³ Bezeichnung nach *Nussbaum*, JR 2023, 57 (60 f.); begründet von *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 203 ff., insbes. Fn. 831; angedeutet *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 91.

⁷⁴ *Nussbaum*, JR 2023, 57 (60 f.).

⁷⁵ Ein Argument, das bereits im Rahmen des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgetragen wurde.

⁷⁶ *Nussbaum*, JR 2023, 57 (60 f.).

⁷⁷ *Nussbaum*, JR 2023, 57 (61).

⁷⁸ *Nussbaum*, JR 2023, 57 (61).

⁷⁹ *Nussbaum*, JR 2023, 57 (61).

⁸⁰ *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; *Tsambikakis/Kessler*, in: Wenzel, Arzthaftungsprozess, 2. Aufl. 2024, Teil 17 Rn. 82; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 201; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 91; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 7; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (498 f.); *Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 55; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (59); *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (818); Gegen eine Pauschalierung *Sowada*, JR 1988, 123 (124); a.A. *Jansen*, Forschung an Einwilligungsfähigen, 2015, S. 254; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 424; krit. auch *Vogel*, NStZ 2022, 687 (689).

⁸¹ Ebenda.

prozess,⁸² keine weiteren Verletzungen.⁸³ Die besondere Gefahr der Begehungsweisen des § 224 Abs. 1 StGB realisierte sich gerade nicht, da es vielmehr zu einer Verringerung der Gefahr komme.⁸⁴ Daran könne auch die Intensität und generelle Gefährlichkeit des Eingriffs nichts ändern, denn ein derart gefährlicher Eingriff erfolge normalerweise nicht ohne Grund, sondern aus Notwendigkeit heraus und weil sich der Gesundheitszustand des Opfers nicht von alleine zu bessern vermag.⁸⁵

Die Qualifikation des Arztes sei aber gerade nicht zu berücksichtigen,⁸⁶ denn eine Behandlung könne ebenso gut von jemandem ausgeführt werden, der kein Medizinstudium absolviert hat.⁸⁷ Wenn es für Ärzte ebenfalls nur auf die konkrete Art der Verwendung ankomme,⁸⁸ dann müsse hier berücksichtigt werden, dass die konkrete Verwendung nicht *lege artis* sein dürfe, um zum Ergebnis einer erhöhten Gefährlichkeit für das Opfer zu gelangen, damit diese Tatbestandsvariante überhaupt eröffnet ist.

c) Tatbestandsbegrenzungslösung

Einige Stimmen der Literatur führen den Gedanken an, ob zur Eingrenzung des Tatbestands zu fordern ist, dass die Gefahr einer Folge nach § 226 StGB bestehen muss.⁸⁹ Ähnlich wie bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB die Gefahr der Folge nach § 227 StGB gefordert sei.⁹⁰ Dies führt allerdings zu einer starken Beschränkung des Tatbestands, die der Wortlaut nicht hergibt. Problematisch daran ist, dass die Alternativen kaum miteinander vergleichbar sind. Die schlimmste Folge einer lebensgefährdenden Behandlung ist der Tod, während die gravierendste Folge einer Begehung mit einem gefährlichen Werkzeug nicht die ist, dass es zu einer Verletzung nach § 226 StGB kommt, sondern generell zu einer erheblichen Verletzung, die aufgrund der vielen Erheblichkeiten der Normen weitaus erheblicher sein muss als bei § 223 Abs. 1 StGB.⁹¹ Eine derartige Einschränkung ist zu weitreichend, zumal die

⁸² Was relevant wäre nach der Erfolgstheorie der Tatbestandslösung *Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 223 Rn. 28; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 246; *Lorenz*, medstra 2022, 220 (221).

⁸³ *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 91; *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 623; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (498 f.); *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 204; *Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 55; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 439.

⁸⁴ Ebenda; *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (818); *Nussbaum*, JR 2023, 57 (59); *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 201 f.; ähnlich auch *Bergschneider*, StraFo 2024, 372 (373); a.A. *Putzke*, MedR 2012, 621 (622); *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 28.1 ff.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 426; krit. auch *Vogel*, NSTZ 2022, 687 (689).

⁸⁵ Wobei in Einzelfällen auch eine Rechtfertigung i.R.d. § 34 StGB in Betracht gezogen werden kann.

⁸⁶ Was nach der Rechtsprechung auch nicht vorausgesetzt ist, siehe OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = medstra 2022, 254 (255); *Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 224 Rn. 16; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (496 f.); *Lorenz*, medstra 2022, 220 (224); für eine Annahme eines Angriffs sprechen sich aus *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17; *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 25; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 8; *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2022, 448092; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (58); *Kraatz*, NSTZ-RR 2023, 65 (66); *Nestler*, Jura 2022, 1006.

⁸⁷ *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 17; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 34; *Gercke*, in: Gercke/Leimenstoll/Stirner, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 137; *Jansen*, Forschung an Einwilligungsfähigen, 2015, S. 254; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 425; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 201 f.; *Sowada*, JR 1988, 123 (124 f.).

⁸⁸ *Duttge/Gierok*, in: Prütting, Medizinrecht, 6. Aufl. 2022, § 224 Rn. 3; *Schrott*, Intersex-Operationen, 2020, S. 204 f.; *Nussbaum*, JR 2023, 57 (59).

⁸⁹ *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. IV, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 4; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (503 f.); a.A. *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 4.

⁹⁰ Ebenda.

⁹¹ *Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 4; *Frister*, in: FS Möller, 2023, S. 487 (502 f.).

Folge des § 227 StGB nicht nur auf Nr. 5 begrenzt ist, wie bereits aus dem Wortlaut hervorgeht. Eine derartige Einschränkung hätte zur Folge, dass der „Messerstecher“ wählen könnte, wo er das Opfer verletzt, ohne dass eine Gefahr des § 226 StGB besteht. Ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB läge dann eben nicht vor. Die Norm würde dann zu einem konkreten Gefährdungsdelikt.⁹²

d) Strafzumessungslösung

Ferner gibt es leise Stimmen in der Literatur, die die Ansicht des OLG Karlsruhe⁹³ unterstützen und die Intentionen des Arztes im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen wollen.⁹⁴ Das gesteigerte Unrecht bestehe allein darin, dass sich der Täter zur Herbeiführung des Körperverletzungserfolgs eines gefährlichen Werkzeugs bediene.⁹⁵ Greift man hier erneut auf die Vergleichsformel zurück, ergeben sich widersprüchliche Ergebnisse: Bediente der Arzt sich keines Werkzeugs, würde sich daraus ein wesentlich höheres Unrecht ergeben müssen, da die Behandlung für den Patienten vergleichsweise riskanter und vor allem schmerzhafter wäre. Der Umstand, dass der Arzt sich eines Werkzeugs bedient und im Regelfall einen diesbezüglich kunstgerechten Eingriff durchführt, müsse ihm im Rahmen der Strafzumessung zugutekommen.⁹⁶ Das bedeutet, dass die Strafbarkeit einerseits damit begründet wird, dass ein gefährliches Werkzeug verwendet wird, andererseits käme es dem Angeklagten wiederum zugute, dass er sich eben eines gefährlichen Werkzeugs bedient. Dies scheint sehr umständlich zu sein, eigentlich könnte man die Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB auch direkt verneinen.

e) Wiedergutmachungslösung

Um an den Gedanken der „Strafzumessungslösung“ anzuknüpfen, könnte man auch darüber nachdenken, dem Arzt zugutekommen zu lassen, dass er den Patienten nach einem Schnitt mit einem Skalpell am Ende des Eingriffs wieder zunäht, er den Schaden und damit die Gefahr für das Opfer also wieder verringert. Eine solche mit § 46a StGB vergleichbare Konstellation mag auf den ersten Blick Sinn ergeben. Allerdings müsste dann auch dem „Messerstecher“ zugutekommen, dass er aufgehört hat, auf das Opfer einzuwirken, auch wenn das praktisch gesehen recht selten zunähen wird. Im Ergebnis kommt man nur mit anderer Begründung zum selben Ergebnis wie die „Strafzumessungslösung“, nämlich dass die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist.

f) Vorsatzlösung

Neben der Möglichkeit, das Problem auf der Ebene des objektiven Tatbestands oder über die Strafzumessung zu lösen, könnte man auch darüber nachdenken, es auf subjektiver Seite zu lösen.

Einerseits wäre es denkbar, sich – nach dem Vorbild der restriktiven Auslegung der Heimtücke – dafür zu entscheiden, dass das gefährliche Werkzeug in feindseliger Willensrichtung benutzt werden

⁹² BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.; Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 3; Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 1; Frister, in: FS Möller, 2023, S. 487 (504); a.A. Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 2 ff.; Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 1; ausführlich Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 1a f.

⁹³ Siehe oben unter III. 1.

⁹⁴ Horter, MedR 2022, 754.

⁹⁵ Ebenda.

⁹⁶ Horter, MedR 2022, 754.

muss – eben nicht zum vermeintlich Besten des Opfers.⁹⁷ Problematisch daran ist, dass die Rechtsprechung⁹⁸ sich im Rahmen der Heimtücke für die Rechtsfolgenlösung entschieden hat. Heimtücke läge danach tatbestandlich vor, eine Minderung der Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB sei aber möglich.⁹⁹ Das Ergebnis davon ist wiederum dasselbe wie bei den obigen Lösungen.

Andererseits wäre es denkbar, auf der Seite des subjektiven Tatbestands ein zusätzliches Element zu fordern, wie beispielsweise einen Nachteilszuefügungsvorsatz¹⁰⁰. Ein Willenselement, durch welches klar bestimmt wird, ob der Täter dem Opfer einen *Nachteil* zufügen will – keinen *Schaden*, den hat das Opfer durch einen Schnitt mit einem Skalpell ohnehin schon. Vielmehr muss es sich aus Sicht des Täters um einen Nachteil handeln, der sich nicht durch spätere Heilung ausgleichen lässt. Ein solcher Nachteilszuefügungsvorsatz würde sich ergeben, wenn die Motive des Täters dem intendierten Nutzen für das Opfer übersteigen. Das wäre gegeben, wenn, wie im Fall des OLG Karlsruhe¹⁰¹, ein Zahnarzt seinen Patienten Zähne zieht, um sie anschließend mit teurem Zahnersatz zu versorgen, oder im Falle des Augenarztes, der sich seines Stolzes wegen über seine Krankheit hinwegsetzt.¹⁰²

Eine solche Erweiterung hätte zur Folge, dass man den zum Vorteil des Patienten handelnden Arzt nicht mehr auf eine Stufe mit dem „Messerstecher“ stellt. Denn dieser wird, anders als ein Arzt, seinem Opfer gewiss einen Nachteil zufügen wollen. Auf der Ebene des objektiven Tatbestands würde dann noch ein gefährliches Werkzeug bejaht werden, im subjektiven Tatbestand würde man die Umstände des Einzelfalls und die Intentionen des Arztes entsprechend würdigen. Verwerfliche Fälle wie die hier Geschilderten würden dann nicht von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Tatbestandsalternative herausfallen. Denn gerade in diesen Fällen waren die Taten im Wesentlichen von den Intentionen des Täters getragen, sodass eine rein objektive Abgrenzung dem Einzelfall nicht gerecht zu werden vermag.

g) Zwischenfazit

Es lässt sich festhalten, dass es zur Lösung dieses Problems viele verschiedene Ansätze gibt. Allerdings sollte die Möglichkeit, dies durch ein Gesetz zu lösen, nicht außer Acht gelassen werden.

3. Vorschlag eines Gesetzes

Ein wesentlicher Aspekt des Problems ist, dass die Gerichte sich bislang aus folgendem Grund nicht intensiv mit § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB auseinandergesetzt haben: Die Notwendigkeit bestand nicht. Doch es zeigt sich, dass immer mehr Fälle aufkommen, in denen sich die Gerichte damit befassen *müssen*. Eine Prognose für die Zukunft lässt einen Flickenteppich an Entscheidungen erwarten. Um dem zuvorzukommen, erscheint es sinnvoll, bereits „schlafengelegte“ Bemühungen wieder aufzuwecken und nochmals die Möglichkeit eines Gesetzes in Betracht zu ziehen.¹⁰³

⁹⁷ Andeutend bzgl. § 224 StGB *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2024, § 224 Rn. 3 f.

⁹⁸ Seit BGH, Beschl. v. 22.9.1956 – GSSt 1/56 = NJW 1957, 70 f. (hier noch das Merkmal verneinend); mittlerweile Korrektur über § 49 StGB BGH, Urt. v. 19.6.2019 – 5 StR 128/19 = NJW 2019, 2413 ff.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 19.6.2019 – 5 StR 128/19 = NJW 2019, 2413 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 211 Rn. 25b; *Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 73; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 197 ff. m.w.N.

¹⁰⁰ Das Konstrukt einer Nachteilszuefügungsabsicht ist bspw. im Bereich des § 274 StGB bekannt.

¹⁰¹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22.

¹⁰² Zuletzt BayObLG, Urt. v. 19.3.2024 – 205 StRR 8/24.

¹⁰³ Zust. *Nussbaum*, JR 2023, 57 (63); *Lorenz*, medstra 2022, 220 (225); *Klein*, ZJS 2024, 605 (610).

Hübner: Ärztliche Behandlungsinstrumente als gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Der *Kriminalpolitische Kreis* befasste sich zuletzt 2021, noch vor dem Beschluss des OLG Karlsruhe, mit der Thematik. Den dort geschilderten Ausführungen gibt es wenig entgegenzusetzen. Folgendes wurde als Gesetzesvorschlag festgehalten:¹⁰⁴

§ 241b StGB [Eigenmächtige medizinische Eingriffe]

(1) Wer im Rahmen einer medizinischen Behandlung einen körperlichen Eingriff an einer anderen Person vornimmt, ohne dass die Person zuvor über die wesentlichen Bedingungen des Eingriffs, insbesondere den zu erwartenden Nutzen, die gesundheitlichen Risiken sowie in Betracht kommende Alternativen aufgeklärt wurde und ihre Einwilligung in den Eingriff erklärt hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Verursacht der Eingriff den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(3) Hat der Täter leichtfertig nicht erkannt, dass die andere Person nicht hinreichend aufgeklärt wurde oder dass sie nicht eingewilligt hat, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) [...]

§ 223 StGB [Körperverletzung]

(1) [...]

(2) [...]

(3) Die Vorschrift ist auf medizinische Eingriffe, die nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards vorgenommen werden, nicht anwendbar. § 241b bleibt unberührt.

Dies hätte zur Folge, dass medizinische Behandlungen schon nicht als Körperverletzung anzusehen sind,¹⁰⁵ mit der Konsequenz, dass sich alle Folgeprobleme gar nicht mehr stellen würden. Es kann dann völlig dahinstehen, ob medizinische Behandlungsinstrumente als „gefährliche Werkzeuge“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB anzusehen sind oder nicht, zumindest wenn man sich im Rahmen einer medizinischen Behandlung bewegt. Denn fehlt schon der Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 StGB, sind auch alle übrigen Diskussionen obsolet. Für eine Zweckentfremdung von ärztlichen Behandlungsinstrumenten wäre, wegen des Fehlens eines Heileingriffs, dennoch in jedem Fall § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB einschlägig.¹⁰⁶ Diesem Vorschlag, nach Vorbild des § 110 Abs. 1 öStGB,¹⁰⁷ kann überwiegend zugestimmt werden.

Mit Vorsicht soll allerdings der festgelegte Strafraum des § 241b StGB-E kritisiert werden. Denn dieser könnte den Eindruck erwecken, dass die Vorschrift „nur“ die Diskussionen der Literatur beseitigen solle. Ein Arzt würde zwar nicht wegen einer Körperverletzung verurteilt werden, würde aber dennoch ein identisches Strafmaß befürchten müssen. In Bezug auf den älteren Entwurf im Kontext mit der Strafrechtsreform,¹⁰⁸ wurde genau das vom *Kriminalpolitischen Kreis* kritisiert und als „ungeheimt“ bezeichnet, obgleich sie bei ihrem eigenen Entwurf denselben Strafraum wählten.¹⁰⁹ Es

¹⁰⁴ So entnommen aus *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (70 f.).

¹⁰⁵ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (71).

¹⁰⁶ Kraatz, *Arztstrafrecht*, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 91; Tag, *Der Körperverletzungstatbestand*, 2000, S. 424 f.; Sowada, JR 1988, 123 (124 f.).

¹⁰⁷ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (68 f.).

¹⁰⁸ Siehe Freund, ZStW 109 (1997), 455 (465 f.).

¹⁰⁹ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65 (70).

würde sich daher empfehlen, den Strafraumen nochmals zu überdenken. Diesbezüglich wird folgender Vorschlag gemacht:

§ 241b StGB [Eigenmächtige medizinische Eingriffe]

(1) [...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Verursacht der Eingriff den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(3) [...] wird er mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Folge hiervon wäre gem. § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB, dass § 241b Abs. 1 StGB-E nicht nach fünf Jahren verjährt, sondern bereits nach drei Jahren. Bei § 241b Abs. 2 StGB-E wird die Verfolgungsverjährung hingegen ausgeweitet, denn im Gegensatz zur obigen Version nennt dieser Vorschlag keine Höchststrafe. Gem. § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB würde die Verfolgungsverjährung 20 Jahre betragen. An § 241b Abs. 3 StGB-E ändert sich diesbezüglich nichts.

V. Praktische Bedeutung

Wie bereits angedeutet, ist das Strafmaß nicht gänzlich unwichtig. Eine Tat nach § 223 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wohingegen bei § 224 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu rechnen ist. Daraus ergeben sich einige Unterschiede in der praktischen Handhabe:

Die Möglichkeit einer Aussetzung der Strafe zur Bewährung gem. § 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB ist weder bei § 223 Abs. 1 StGB noch bei § 224 Abs. 1 StGB von vornherein ausgeschlossen. In beiden Fällen bleibt sowohl eine Bewährungsstrafe als auch ein Gefängnisaufenthalt möglich. Allerdings bleibt die Möglichkeit einer Geldstrafe im Falle des § 224 Abs. 1 StGB verwehrt.¹¹⁰

Der unterschiedliche Strafraumen der Normen wirkt sich vor allem auf die Verfolgungsverjährung nach § 78 Abs. 3 StGB aus. Straftaten mit einer Höchstfreiheitsstrafe von mehr als fünf bis zu zehn Jahren (§ 224 Abs. 1 StGB) verjähren gem. § 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB nach zehn Jahren. Bei Straftaten mit Höchstfreiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (§ 223 Abs. 1 StGB) beträgt die Verjährung gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre. Die unterschiedliche Verjährungsfrist war bereits im Rahmen der Entscheidung des OLG Karlsruhe relevant, mit der Folge, dass das Gericht auf Biegen und Brechen § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bejahte, um die Taten überhaupt noch strafrechtlich verfolgen zu können.¹¹¹

Außerdem droht erheblicher Reputationsverlust. Denn gem. § 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG werden Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen sowie Freiheitsstrafen über drei Monaten ins Führungszeugnis aufgenommen. Im Falle einer Verurteilung wegen § 224 Abs. 1 StGB erfolgt im Regelfall also immer eine Eintragung ins Führungszeugnis. Bei § 223 Abs. 1 StGB besteht dagegen Raum dafür, dass eine Eintragung nicht erfolgt, unabhängig davon, wie oft das in der Realität vorkommen mag.

Die verschiedenen mögliche Verurteilung des Arztes hat somit zumindest in zweierlei Hinsicht eine erhebliche Relevanz.¹¹²

¹¹⁰ Dazu auch *Horter*, MedR 2022, 754, der über § 49 Abs. 1 StGB wieder zu dieser Möglichkeit kommt.

¹¹¹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.3.2022 – 1 Ws 47/22 = medstra 2022, 254 (255).

¹¹² Berufsrechtliche und approbationsrechtliche Konsequenzen seien hier ausgenommen.

VI. Ausblick

Die Probleme, die die Rechtsprechung der letzten zwei Jahre aufgeworfen hat, sind unübersehbar und zahlreicher, als sie gelöst wurden. Es bleibt festzuhalten, dass der Gesetzesvorschlag des *Kriminalpolitischen Kreises* am sinnvollsten erscheint, um alle Folgeprobleme gar nicht erst entstehen zu lassen. Dabei wäre es am besten, den Anwendungsbereich klar zu definieren und stark einzugrenzen. Sollte der Gesetzgeber dennoch zum Ergebnis kommen, diesen Vorschlag nicht zu verfolgen, so kann für die Praxis auf die hier genannten Lösungen verwiesen werden. Dies könnte entweder durch Übertragung der bei § 224 Abs. 1 Nrn. 1, 4, und 5 StGB angeführten Argumente auf Nr. 2 geschehen oder durch Anwendung der anderweitig vorgeschlagenen Ansätze, zu nennen ist insbesondere die Vorsatzlösung. Auf eine neue Strafrechtsreform sollte allerdings nicht mit zu großen Hoffnungen und Erwartungen gewartet werden.

Die Geltendmachung von Beschlussmängeln durch Gesellschafter einer Personengesellschaft und die Anwendung der hierfür geltenden Grundsätze auf die GmbH

*Stud. iur. Sophia Marie Reeg, Frankfurt a.M.**

I. Einleitung	443
II. Überblick über die Geltendmachung von Beschlussmängeln in Personen- gesellschaften	443
III. Personenhandelsgesellschaften	444
1. Neu eingeführte Regelungen im HGB	444
2. Differenzierung anhand der Fehlerfolge des Beschlussmangels.....	444
a) Nichtig Beschlüsse.....	444
b) Anfechtbare Beschlüsse.....	445
c) Unwirksame Beschlüsse	445
d) Zwischenergebnis.....	446
3. Prozessuale Geltendmachung.....	447
a) Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage.....	447
b) Positive Beschlussfeststellungsklage.....	449
c) Feststellungsklage	449
d) Zwischenergebnis.....	450
4. Opt-Out.....	450
IV. Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	451
1. Das Feststellungsmodell	451
2. Opt-In.....	452
3. Rechtsformwechsel von GbR zu OHG	452
4. Zwischenergebnis	453
V. Anwendung der Grundsätze auf die GmbH	453
VI. Fazit	456

* Die Verf. hat im Juni 2024 den staatlichen Teil der Ersten Juristischen Prüfung abgeschlossen und absolviert derzeit das Schwerpunktbereichsstudium an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) gestaltete der Gesetzgeber das System der Beschlussmängel und deren prozessuale Geltendmachung für Personenhandelsgesellschaften grundlegend neu und führte ein Beschlussmängelrecht nach dem Vorbild des Aktiengesetzes ein. Im zweiten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs des HGB finden sich nunmehr erstmals gesetzliche Regelungen für das Beschlussverfahren sowie die gerichtliche Geltendmachung von Beschlussmängeln durch Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft. Auf Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaften finden diese Vorschriften weder ausdrückliche noch entsprechende Anwendung, sodass grundsätzlich das bisher im Beschlussmängelrecht geltende Feststellungsmodell weiter fort gilt. Mit Blick auf die für die Gesellschaften jeweils geltende Dispositionsfreiheit und vor dem Hintergrund, dass keine Übergangsregelungen geschaffen worden sind, stellt dieser Systemwechsel nicht nur die Gerichte bei zukünftigen Beschlussmängelstreitigkeiten vor zahlreiche Fragen, die sie dogmatisch schlüssig und praxistauglich bewältigen müssen, sondern betrifft auch die künftige Handhabung von Beschlussmängeln im GmbH-Recht.¹ In diesem Beitrag soll erörtert werden, wie Gesellschafter einer Personengesellschaft einen Beschlussmangel geltend machen können und weshalb die erarbeiteten Grundsätze fortan nach Auffassung der *Verf.* auch für die GmbH gelten sollten.

II. Überblick über die Geltendmachung von Beschlussmängeln in Personengesellschaften

Vor dem 1.1.2024 war das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften gesetzlich nicht geregelt. Es galt das sog. Feststellungsmodell, wonach sämtliche Beschlussmängel einheitlich zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses führten.² Die Nichtigkeit konnte fristungebunden im Wege der Feststellungsklage gem. § 256 ZPO gegen diejenigen Mitgesellschafter geltend gemacht werden, die der Mangelhaftigkeit des Beschlusses widersprachen.³ Der Urteilsspruch entfaltete inter partes Rechtskraft, mithin wirkte die gerichtliche Entscheidung nur für und gegen die am Rechtsstreit beteiligten Parteien.⁴ Für die Personenhandelsgesellschaften hat der Gesetzgeber mit dem MoPeG im Handelsgesetzbuch neue Regelungen geschaffen und das sog. Anfechtungsmodell etabliert, welches an das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht angelehnt ist, inhaltlich aber abweicht.⁵ Damit verfolgte der Gesetzgeber hauptsächlich das Ziel, Rechtssicherheit über die Bestandskraft eines Beschlusses sowie eine umfassende Rechtskraftwirkung des Urteils gegenüber allen Gesellschaftern und der Gesellschaft herzustellen.⁶ Für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR) und Partnerschaftsgesellschaften hat der Gesetzgeber am bisherigen Beschlussmängelrecht festgehalten.

¹ BT-Drs. 19/27635, S. 228; *Fehrmann/Leclerc/Schirmacher*, GmbHR 2024, 57 (57 Rn. 1); *Liebscher/Rickelt*, ZPG 2024, 41 (41 Rn. 1).

² BT-Drs. 19/27635, S. 228; *Schäfer*, in: Gummert/Schäfer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 21 Rn. 27.

³ BT-Drs. 19/27635, S. 228; *Schäfer*, in: Gummert/Schäfer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 21 Rn. 27.

⁴ *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801 (808); *Liebscher/Rickelt*, ZPG 2023, 441 (441); *dies.*, ZPG 2024, 41 (41 Rn. 1).

⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 2.

⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 227 f.

III. Personenhandelsgesellschaften

Angesichts der Ausgestaltung der Gesetzeslage nach dem MoPeG ist insbesondere auf die Geltendmachung von Beschlussmängeln in Personenhandelsgesellschaften einzugehen.

1. Neu eingeführte Regelungen im HGB

Die Regelungen über das Beschlussverfahren sowie die gerichtliche Geltendmachung von Beschlussmängeln finden sich für die offene Handelsgesellschaft (OHG) erstmals in §§ 109–115 HGB, die über die Verweisungsnorm des § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft (KG) gelten.

In § 109 HGB sind die Grundlagen der gesellschaftsinternen Willensbildung und Entscheidungsfindung durch Beschlussfassung der Gesellschafter geregelt.⁷ Vormalig befanden sich die Regeln über die Beschlussfassung in § 119 HGB a.F. In § 109 Abs. 3 HGB n.F. wird nunmehr insbesondere der Einstimmigkeitsgrundsatz festgelegt.⁸

Die Regelungen der §§ 110 ff. HGB sind an das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht in §§ 241–249 AktG angelehnt. Nach § 110 HGB sind fehlerhafte Beschlüsse grundsätzlich fehlerunabhängig wirksam, außer sie sind nach § 110 Abs. 2 HGB nichtig. Der fehlerhafte, aber wirksame Beschluss muss fristgebunden (§ 112 HGB) von dem widersprechenden Gesellschafter durch Klage gegen die Gesellschaft (§ 113 Abs. 2 S. 1 HGB) angefochten werden. Dieses Urteil wirkt gem. § 113 Abs. 6 HGB erga omnes und bindet daher alle Gesellschafter und Organe der Gesellschaft, auch wenn diese nicht am Beschlussmangelstreit beteiligt waren.⁹

Das neue Beschlussmängelsystem ist gem. § 108 HGB dispositiv, sodass sich die Gesellschafter durch abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag auch für die Anwendung des bisherigen Beschlussmängelrechts entscheiden können (sog. Opt-Out).¹⁰

2. Differenzierung anhand der Fehlerfolge des Beschlussmangels

Die Grundstruktur des neuen Beschlussmängelrechts für Personenhandelsgesellschaften besteht in der Unterscheidung zwischen nichtigen, anfechtbaren und sonst unwirksamen Beschlüssen.

a) Nichtige Beschlüsse

§ 110 Abs. 2 HGB nennt in einer nicht abschließenden Aufzählung zwei Fälle, in denen Beschlussnichtigkeit gegeben ist.

Nach § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HGB ist ein Gesellschafterbeschluss nichtig, wenn er durch seinen Inhalt Rechtsvorschriften verletzt, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können. Unter einer Rechtsvorschrift ist dabei jede Rechtsnorm sowie der Gesellschaftsvertrag selbst zu verstehen.¹¹ Folglich ist zunächst zu bestimmen, ob der betreffende Beschlussmangel auf einem Verstoß gegen eine Rechtsnorm beruht, deren Einhaltung für die Gesellschafter unverzichtbar und mithin zwingend ist. Zu den unverzichtbaren Vorschriften gehören beispielsweise Rechte der Gesellschafter wie Informationsrechte nach § 717 BGB i.V.m. § 105 Abs. 2 HGB sowie Teilnahme- oder

⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 225.

⁸ Kästle, *FraLR* 2023, 27 (27).

⁹ Liebscher/Rickelt, *ZPG* 2024, 41 (41 Rn. 2).

¹⁰ Liebscher/Rickelt, *ZPG* 2024, 41 (41 Rn. 2).

¹¹ BT-Drs. 19/27635, S. 228.

Stimmrechte (sog. absolut unentziehbare Rechte).¹² Auch das Klagerecht des Gesellschafters gegen fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse stellt ein absolut unentziehbares Recht dar.¹³ Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen zwingendes Recht zugleich einen Verstoß gegen wesentliche Rechte der Gesellschafter darstellt, sodass von einer groben Fehlerhaftigkeit des Beschlusses auszugehen ist.¹⁴ Ein unter Verstoß gegen diese zwingenden Rechtsvorschriften gefasster und damit grob fehlerhafter Beschluss ist von Anfang an nichtig, mithin können Gesellschaft und Gesellschafter aus dem Beschluss keine Rechtsfolgen ableiten. Im Umkehrschluss handelt es sich bei einem Verstoß gegen abdingbare Vorschriften um einen weniger schwerwiegenden Beschlussmangel, mit der Folge, dass der Beschluss zunächst wirksam ist, bis er nach erfolgter Anfechtungsklage für nichtig erklärt wurde.¹⁵ Abgrenzungskriterium zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit eines Beschlusses ist demzufolge die Frage nach dem zwingenden oder dispositiven Charakter der verletzten Norm.¹⁶

Nach § 110 Abs. 2 Nr. 2 HGB ist ein Beschluss von Anfang an nichtig, wenn er durch ein Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist. Dies ist eine logische Folge der Zweiteilung in Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.¹⁷

b) Anfechtbare Beschlüsse

Beschlüsse, die unter Verstoß gegen dispositives Recht gefasst werden, sind nicht nichtig, sondern anfechtbar. Der Beschluss entfaltet unanfechtbare Wirkung, wenn er nicht innerhalb der Frist des § 112 Abs. 1 HGB angefochten wird. Bei dispositivem Recht (wie den Regelungen in Gesellschaftsverträgen) können Gesellschafter aufgrund der Privatautonomie nicht nur über die Anwendbarkeit der Rechtsvorschrift als solche verfügen, sondern auch über die Fehlerfolge.¹⁸ Damit führt ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages in der Regel dazu, dass der Beschluss anfechtbar ist, es sei denn, die Gesellschafter haben die Folge der Nichtigkeit vertraglich selbst vereinbart. Zum dispositiven Recht zählen vor allem Verfahrensvorschriften, sodass die mangelhafte Ankündigung von Tagesordnungspunkten oder die fehlende Ladung zu einer Gesellschafterversammlung im Regelfall zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses führt.¹⁹ Auch Verstöße gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht oder den Gleichbehandlungsgrundsatz begründen die Anfechtbarkeit.²⁰

c) Unwirksame Beschlüsse

Von anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen sind begrifflich noch diejenigen Beschlüsse abzugrenzen, die aus sonstigen Gründen unwirksam sind. Sonstige Unwirksamkeit liegt vor, wenn ein Verstoß gegen sog. relativ unentziehbare Rechte wie etwa Sonderrechte der Gesellschafter vorliegt, in die nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters eingegriffen werden darf.²¹ Die Kategorie der Unwirksamkeit ermöglicht dem Gesellschafter zum einen, nicht ohne seine Zustimmung an einen Beschluss gebunden zu sein, zum anderen ermöglicht sie ihm, diese Zustimmung nachträglich zu

¹² [BT-Drs. 19/27635](#), S. 229.

¹³ [BT-Drs. 19/27635](#), S. 229.

¹⁴ *Kästle*, *FraLR* 2023, 27 (28).

¹⁵ *Kästle*, *FraLR* 2023, 27 (28).

¹⁶ *Kästle*, *FraLR* 2023, 27 (28).

¹⁷ *Kästle*, *FraLR* 2023, 27 (27).

¹⁸ *Kästle*, *FraLR* 2023, 27 (28).

¹⁹ [BT-Drs. 19/27635](#), S. 228.

²⁰ [BT-Drs. 19/27635](#), S. 229.

²¹ [BT-Drs. 19/27635](#), S. 229; *Heidel*, in: *NK-BGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 709 Rn. 52.

erteilen.²² Wäre ein unter Verstoß gegen Sonderrechte des Gesellschafters gefasster Beschluss als von Anfang an nichtig anzusehen, würde man dem Gesellschafter die Möglichkeit vorzeitig entziehen, die Zustimmung zu einem Beschluss nachträglich zu erteilen, dessen Wirkung von ihm gewollt ist.²³ Würde der Beschluss als anfechtbar klassifiziert werden, würde dies zu dem ungerechten Ergebnis führen, dass seine Zustimmung mit dem bloßen Verstreichenlassen einer Klagefrist gleichgesetzt wird.²⁴ Da die Rechtsfolgen eines unwirksamen Beschlusses gesetzlich nicht geregelt sind, bleibt unklar, wie mit einem solchen Beschluss zu verfahren ist. Im Aktienrecht wird zwischen vorläufiger und endgültiger Unwirksamkeit differenziert, wobei Letztere der Nichtigkeit des Beschlusses gleichgestellt wird.²⁵ Auch im Personengesellschaftsrecht führten Mängel des Beschlusses aufgrund fehlender Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bisher zur Nichtigkeit.²⁶ Somit kann mit guten Argumenten zumindest für den Fall, dass der Beschluss aufgrund des Verweigerns der Zustimmung endgültig unwirksam wird, von einer Nichtigkeit des Beschlusses ausgegangen werden.

d) Zwischenergebnis

Die Einführung des Anfechtungsmodells für Personenhandelsgesellschaften und damit die Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen ist insoweit sinnvoll, als das Anfechtungsmodell im Vergleich zum bisherigen Feststellungsmodell einerseits mehr Flexibilität bietet und andererseits insbesondere eine Differenzierung hinsichtlich der Schwere des dem jeweiligen Gesellschafterbeschluss anhaftenden Fehlers ermöglicht. Nur Verstöße gegen wesentliche Rechte der Gesellschafter führen zur anfänglichen Nichtigkeit eines Beschlusses, während ein Beschluss bei weniger gravierenden Verstößen in Bestandskraft erwächst, wenn er nicht innerhalb der vorgegebenen Frist angefochten und infolgedessen die Nichtigkeit herbeigeführt wird.

Zudem hat sich das Feststellungsmodell in der Praxis im kaufmännischen Verkehr als unzureichend herausgestellt, insbesondere, weil es keine zeitliche Limitierung der Klagemöglichkeit vorsieht.²⁷ Dem Feststellungsmodell liegt außerdem die Annahme zugrunde, dass die Gesellschafter bei ihren Entscheidungen entsprechend dem Einstimmigkeitsprinzip einheitlich handeln.²⁸ In der Praxis hat sich aber durch differenzierte Regelungen in Gesellschaftsverträgen das Mehrheitsprinzip für die Beschlussfassung durchgesetzt, mit der Folge, dass sich das gesetzliche Leitbild der Personenhandelsgesellschaften geändert hat.²⁹ Davon ist auch zukünftig insbesondere wegen des in § 709 Abs. 3 BGB angelegten kapitalistischen Verteilungsschlüssels auszugehen.³⁰ Die Entscheidungen werden mithin von wechselnden Mehrheiten in der Gesellschaft getroffen, weshalb in Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber anzunehmen ist, dass sich das Rechtsschutzinteresse der Gesellschafter gegen Mehrheitsbeschlüsse auf die materielle Beschlusskontrolle verlagern wird.³¹ Ferner ist auch die Gestaltungswirkung des Urteilsspruchs einer allgemeinen Leistungsklage als unbefriedigend anzusehen, da es nur inter partes wirkt und mithin keine allgemeine Gültigkeit für oder gegen alle Gesell-

²² BT-Drs. 19/27635, S. 230.

²³ BT-Drs. 19/27635, S. 230.

²⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 230.

²⁵ Schäfer, in: MüKo-AktG, Bd. 4, 5. Aufl. 2021, § 249 Rn. 34.

²⁶ Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 709 Rn. 64.

²⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 227.

²⁸ Enzinger, in: MüKo-HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 119 Rn. 61.

²⁹ Kästle, FraLR 2023, 27 (29).

³⁰ Adenauer/Becker, in: Heidel/Hirte, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 6 Rn. 55.

³¹ BT-Drs. 19/27635, S. 227.

schafter hat.³² Logische Konsequenz ist damit die Schaffung eines gesetzlich geregelten Beschlussmängelrechts für die Personenhandelsgesellschaften in Form des Anfechtungsmodells.

3. Prozessuale Geltendmachung

Die Regelungen zur prozessualen Geltendmachung von Beschlussmängeln finden sich hauptsächlich in §§ 111–115 HGB. Anfechtbare Beschlüsse sind gem. §§ 110 Abs. 1, 113 HGB im Wege der Anfechtungsklage und nichtige Beschlüsse gem. §§ 110 Abs. 2, 114 HGB im Wege der Nichtigkeitsklage anzugreifen. Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe können gemeinsam in einer Klage geltend gemacht werden, § 114 S. 2 HGB. Meistens handelt es sich dabei um eine objektive Klagehäufung i.S.d. § 260 ZPO.³³ Das Gesetz enthält zudem erstmals eine gesetzliche Regelung der sog. positiven Beschlussfeststellungsklage, § 115 HGB.

Daneben bleibt bei unwirksamen Beschlüssen und in den Fällen, in denen schon das Zustandekommen oder der Inhalt eines Beschlusses streitig ist, eine allgemeine und isolierte Feststellungsklage nach § 256 ZPO möglich und erforderlich.³⁴ Von Bedeutung ist auch die Feststellung in § 110 Abs. 2 S. 2 HGB, dass die Nichtigkeit eines Beschlusses nicht nur durch eine Klage, sondern auch auf andere Weise geltend gemacht werden kann. Damit ist die Geltendmachung der Nichtigkeit als Prozesseinrede in anderen Verfahren weiterhin möglich.³⁵

a) Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage

Die Anfechtungsklage ist nach § 110 Abs. 1 HGB auf die Nichtigerklärung des fehlerhaften Beschlusses im Wege des richterlichen Gestaltungsurteils gerichtet, während die Nichtigkeitsklage nach § 114 HGB zur Feststellung eines ex tunc nichtigen Beschlusses anwendbar ist. Die Voraussetzungen für die Erhebung der Anfechtungsklage finden sich in §§ 111–113 HGB. Anfechtungsbefugt ist gem. § 111 Abs. 1 HGB jeder Gesellschafter, der oder dessen Rechtsvorgänger im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschaft angehört hat. § 111 Abs. 1 HGB knüpft dabei an die materiell-rechtliche Gesellschafterstellung an, weshalb die bloße Eintragung als Gesellschafter im Handelsregister für die Klagebefugnis nicht ausreichend ist.³⁶

Stimmt ein Gesellschafter einem Beschlussvorschlag in Kenntnis des Mangels zu, ist das Anfechtungsrecht nach dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB) verwirkt und die Klagebefugnis entfällt.³⁷

Ein Gesellschafter, der nach dem Zeitpunkt der Beschlussfassung seine Mitgliedschaft verliert, ist gem. § 111 Abs. 2 HGB anfechtungsbefugt, sofern er ein berechtigtes Interesse an der Fortführung des Rechtsstreits hat. Ein solches liegt vor, wenn der Gegenstand der Anfechtungsklage den ausgeschiedenen Gesellschafter selbst betrifft, etwa weil der Gesellschafter den Beschluss über seine Ausschlussangriff oder der Beschluss Auswirkungen auf die Höhe seiner Abfindung haben kann.³⁸ § 111 HGB gilt gem. § 114 S. 1 HGB für die Nichtigkeitsklage entsprechend.

³² Bayer/Möller, NZG 2018, 802 (808).

³³ Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (47 Rn. 39).

³⁴ Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (42 Rn. 5).

³⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 230.

³⁶ Otte/Dietlein, in: BeckOGK HGB, Stand: 15.4.2024, § 111 Rn. 11.

³⁷ Neumayer/Zeyher, NZG 2022, 1707 (1711).

³⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 230.

Nach §§ 113 Abs. 1, 114 S. 1 HGB ist für Anfechtungsklagen und Nichtigkeitsklagen ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, sachlich und örtlich zuständig. Aufgrund der Neuregelung des § 706 S. 2 BGB (i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB) kann der Sitz der Gesellschaft auch ein von den Gesellschaftern vereinbarter Ort im Inland sein (sog. Vertragssitz). Ansonsten ist nach § 706 S. 1 BGB der Verwaltungssitz der Gesellschaft maßgebend.

Bei Personenhandelsgesellschaften ist der Beschlussmängelstreit außerdem eine Handelssache, sodass auf Antrag auch vor der Kammer für Handelssachen zu verhandeln ist.³⁹

Anders als die Feststellungsklage nach bisherigem Recht, die gegen diejenigen Gesellschafter zu richten war, die an der Wirksamkeit des Beschlusses festhielten, ist die Anfechtungsklage gem. § 113 Abs. 2 HGB gegen die Gesellschaft selbst zu richten, und zwar auch dann, wenn ausschließlich der klagende Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, § 113 Abs. 2 S. 2 HGB. Dies lässt sich dogmatisch damit begründen, dass der Gesellschaft der Beschluss der Gesellschafterversammlung als eigene Willensbildung zugerechnet wird.⁴⁰ In diesem Fall wird die Gesellschaft von den anderen Gesellschaftern gemeinsam vertreten. Gleiches gilt gem. § 114 S. 1 HGB entsprechend für die Nichtigkeitsklage.

In § 113 Abs. 3 S. 1 HGB ist die Unterrichtungspflicht der Gesellschaft normiert. Danach hat die Gesellschaft die Gesellschafter unverzüglich über die Erhebung der Klage und die Lage des Rechtsstreits zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht soll sicherstellen, dass die an das Urteil gebundenen Gesellschafter dem Kläger oder der beklagten Gesellschaft als Nebenintervenient beitreten und auf diesem Wege auf die Entscheidungsfindung des Gerichts einwirken können.⁴¹

In § 113 Abs. 6 HGB ist nunmehr die erga omnes Wirkung des Anfechtungsurteils geregelt. Für die Nichtigkeitsklage gilt indes, dass die in §§ 114 S. 1, 113 Abs. 6 HGB angeordnete umfassende Rechtskraftwirkung nur eintritt, wenn die Nichtigkeit im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht wird. Wird die Nichtigkeit als Einrede oder durch Widerklage in einem anderen Hauptsacheverfahren geltend gemacht, entfaltet das ergehende Urteil lediglich inter partes Rechtskraft.⁴²

Die Anfechtungsfrist beträgt gem. § 112 Abs. 1 S. 1 HGB drei Monate, kann aber durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nach § 112 Abs. 1 S. 2 HGB auf bis zu einem Monat verkürzt werden. Fristüberschreitende Anfechtungsklagen sind nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen.⁴³ Gem. § 112 Abs. 2 HGB beginnt die Frist mit Bekanntgabe des Beschlusses gegenüber dem anfechtungsbefugten Gesellschafter. Durch den in § 112 Abs. 2 HGB konstituierten Fristbeginn mit Bekanntgabe gegenüber dem Gesellschafter wird der Übergang von der bisherigen Geltendmachung der Nichtigkeit eines Beschlusses durch eine fristungebundene Feststellungsklage zu einer häufig gegebenen fristgebundenen Anfechtungssituation erleichtert.⁴⁴

§ 112 Abs. 3 HGB erklärt die zivilrechtlichen Regeln über die Hemmung von Fristen i.S.d. §§ 203, 209 BGB für anwendbar. Infolgedessen wird für die Zeit, in der zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft über den Gegenstand des Beschlusses oder die Umstände, die ihm zugrunde liegen, Verhandlungen geführt werden, der Ablauf der Klagefrist gehemmt.⁴⁵ Die Regelung hat das Ziel, negative Auswirkungen zu mildern, die durch die Bestandskraft entstehen, wenn innerhalb der festgelegten

³⁹ Neumayer/Zeyher, NZG 2022, 1707 (1711).

⁴⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 233.

⁴¹ BT-Drs. 19/27635, S. 233; Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (46 Rn. 29); Otte, RFamU 2023, 306 (310).

⁴² Liebscher, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rn. 107.

⁴³ Liebscher, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rn. 81.

⁴⁴ Kästle, FraLR 2023, 27 (30).

⁴⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 231.

Frist keine Anfechtungsklage erhoben wird.⁴⁶ Die Vorschrift ermöglicht mithin eine gewisse Flexibilität hinsichtlich der Möglichkeit der Anfechtung nach Fristablauf und schützt insoweit die Rechte und Interessen der betroffenen Gesellschafter.

Die Nichtigkeitsklage ist mangels Verweises auf § 112 HGB nicht fristgebunden.

Der Streitwert von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage wird nach § 113 Abs. 5 HGB (i.V.m. § 114 S. 1 HGB) vom Gericht nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls bestimmt, insbesondere nach der Bedeutung der Sache für die Parteien. Demzufolge gibt es keine Streitwertobergrenze. Bei der Ausschließung eines Gesellschafters beispielsweise bestimmt sich der Streitwert grundsätzlich nach dem Verkehrswert seines Geschäftsanteils.⁴⁷

b) Positive Beschlussfeststellungsklage

In § 115 HGB ist die positive Beschlussfeststellungsklage normiert. Auf sie finden gem. § 115 S. 2 HGB die für die Anfechtungsklage geltenden Vorschriften der §§ 111–113 HGB entsprechende Anwendung. Die positive Beschlussfeststellungsklage kommt dann zum Tragen, wenn der Antrag eines Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung abgelehnt und der Beschluss festgestellt wird. In diesem Fall kommt zwar eine Anfechtungsklage in Betracht, allerdings beseitigt diese nur den Beschluss und wirkt nicht darüber hinaus. In einer solchen Konstellation kann die Feststellung der Annahme des Tagesordnungspunktes/des Beschlussgegenstandes nur im Wege der positiven Beschlussfeststellungsklage erfolgen.⁴⁸ Die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage ist nur bei einer Klagehäufung mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegeben, da nur so widersprüchliche Beschlüsse vermieden werden können.

c) Feststellungsklage

Von einer Übergangsregelung für Klagen, die vor Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 unter Geltung des Feststellungsmodells anhängig gemacht wurden, hat der Gesetzgeber abgesehen. Eine bereits anhängige Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist damit weiterhin statthaft und darf nicht aufgrund der Versäumnis der Klagefrist abgewiesen werden, wenn der geltend gemachte Beschlussmangel künftig durch eine Anfechtungsklage geltend zu machen wäre.⁴⁹ Auch einer Umstellung der Klage gegen die Gesellschaft bedarf es nicht.⁵⁰

Offen ist, ob neben der nach der Reform inzwischen geltenden Nichtigkeitsklage die zusätzliche Erhebung einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Nichtigkeitsklage i.S.d. § 114 HGB, wie auch die Nichtigkeitsklage im Aktienrecht nach § 249 AktG, die speziellere Klageart darstellt, und sie insofern Vorrang vor der allgemeinen Feststellungsklage hat.⁵¹ Allerdings muss in den Fällen, in denen schon das Zustandekommen oder der Inhalt eines Beschlusses streitig ist, eine allgemeine und isolierte Feststellungsklage nach § 256 ZPO möglich bleiben.⁵² Denn anders als im Aktienrecht existiert für Personenhandelsgesellschaften keine mit § 130 Abs. 2 AktG vergleichbare Vorschrift, nach der die Beschlussfeststellung für die Wirksamkeit

⁴⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 231.

⁴⁷ Otte, RFamU 2023, 306 (310).

⁴⁸ Schmidt, ZPG 2023, 81 (84).

⁴⁹ BGH RFamU 2025, 140; Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (42 Rn. 7).

⁵⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 228; LG Hannover ZPG 2024, 271 (271 Rn. 18).

⁵¹ Vgl. im Aktienrecht OLG Hamburg ZIP 1995, 1513 (1514 f.); OLG Koblenz NZG 2006, 270 (270 f.).

⁵² Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (42 Rn. 5).

des Beschlusses erforderlich wäre.⁵³ Liegt keine Beschlussfeststellung vor, ist folglich die Feststellungsklage nach § 256 ZPO notwendig, um etwaige Unklarheiten über die Beschlussfassung zu klären.

d) Zwischenergebnis

Das vorstehende System der prozessualen Geltendmachung von Beschlussmängeln, insbesondere die in § 111 HGB geregelte Anfechtungsbefugnis, das Bestehen einer Anfechtungsfrist (§ 112 HGB), die erga omnes Rechtskraftwirkung in § 113 Abs. 6 HGB, die Passivlegitimation der Gesellschaft nach § 113 Abs. 2 S. 1 HGB, die in § 114 S. 2 HGB normierte Klagehäufung von mehreren Nichtigkeits- und Anfechtungsprozessen sowie die in § 115 HGB geregelte Verbindung von Anfechtungs- und Feststellungsklage, ist stark am Beschlussmängelrecht für Aktiengesellschaften orientiert⁵⁴, dessen Grundsätze (bisher) auch auf die GmbH analog Anwendung finden, weshalb diese Vorschriften nunmehr in gewisser Weise als Ausprägung allgemeiner Grundsätze des Beschlussmängelrechts für rechtsfähige Gesellschaften angesehen werden können.⁵⁵

4. Opt-Out

Aufgrund der den Gesellschaftern in § 108 HGB eingeräumten Gestaltungsfreiheit und der damit verbundenen Möglichkeit, die Regelungen der §§ 110 ff. HGB zugunsten des Feststellungsmodells abzubedingen (Opt-Out), hat die Auslegung bereits bestehender Gesellschaftsverträge für die Frage, welches Beschlussmängelrecht Anwendung findet, besondere Bedeutung gewonnen. Da der Gesetzgeber keine Übergangsregelungen geschaffen hat, kommt der allgemeine intertemporale Grundsatz zur Anwendung. Dies hat zur Folge, dass das neue Recht uneingeschränkt auf die Gesellschaften angewendet wird, die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoPeG gegründet wurden.⁵⁶ Es gelten folglich ohne Einschränkung die §§ 110–115 HGB, wenn sich im Gesellschaftsvertrag keine Regelungen über die Geltendmachung von Beschlussmängeln finden. Dies bewirkt eine wesentliche Veränderung der rechtlichen Situation, insbesondere im Hinblick auf die Passivlegitimation der Gesellschaft und der erga omnes Wirkung des Urteils. Eine stillschweigende Abbedingung der §§ 110 ff. HGB kommt ohne entsprechende Anhaltspunkte nicht in Betracht.⁵⁷ Das ist trotz der erheblichen Veränderung der Rechtslage vor allem aufgrund des erhöhten Maß an Rechtssicherheit, welche das Beschlussmängelsystem der §§ 110 ff. HGB für die Gesellschaft mit sich bringt, zu begrüßen.

Enthält der Gesellschaftsvertrag ausdrückliche Regelungen zum Feststellungsmodell, bleiben diese gem. § 108 HGB anwendbar. Ist unklar, welches Modell von den Gesellschaftern gewollt ist, ist der Gesellschaftsvertrag auszulegen. Ein Auslegungskriterium ist die Frage, ob die ursprüngliche Vertragsgestaltung im Bewusstsein der geplanten Gesetzesänderung durch das MoPeG erfolgte.⁵⁸ Zudem ist die Entstehung des Gesellschaftsvertrages und die bisher gelebte Vertragspraxis angemessen zu berücksichtigen.⁵⁹ Ergibt eine Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB eindeutig, dass die Gesellschafter die Geltung des Feststellungsmodells bevorzugen, ist dieses vorrangig anwendbar.⁶⁰

⁵³ Fehrmann/Leclerc/Schirmacher, GmbHR 2024, 57 (58 Rn. 7).

⁵⁴ Vgl. §§ 241 ff. AktG.

⁵⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 228.

⁵⁶ Mock, NJW 2023, 3537.

⁵⁷ Bayer, DB 2021, 2609 (2617).

⁵⁸ Liebscher, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rn. 153.

⁵⁹ Mock, NJW 2023, 2357 (2357).

⁶⁰ Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (42 Rn. 8).

Auch für Beschlüsse, die vor dem Inkrafttreten des MoPeG gefasst wurden, gelten wie zurecht höchstrichterlich anerkannt die Regelungen der §§ 110 ff. HGB nicht.⁶¹ Gesellschafter dürfen darauf vertrauen, dass alle Beschlüsse, die vor dem Inkrafttreten des MoPeG gefasst wurden, dem bisherigen Recht unterfallen; dies schließt die Art und Weise der Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit des Beschlusses mit ein.⁶²

In Zukunft sollten Gesellschaftsverträge klare Bestimmungen darüber enthalten, welches Beschlussmängelrecht zur Anwendung kommen soll. Insbesondere sollte das Anfechtungsmodell der §§ 110 ff. HGB im Gesellschaftsvertrag entsprechend abbedungen werden, wenn die Gesellschafter am Feststellungsmodell festhalten wollen, um Rechtsunsicherheiten entgegenzuwirken.

IV. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Der Gesetzgeber hat von einer Regelung des Beschlussmängelrechts der GbR⁶³ abgesehen, sodass dieses weiterhin gesetzlich ungeregelt bleibt. Im sog. Mauracher Entwurf, auf den das MoPeG im Wesentlichen zurückgeht, war in den §§ 714a–714e BGB-E ein eigenes Beschlussmängelrecht für die GbR vorgesehen, welches inhaltlich den §§ 110 ff. HGB entsprach.⁶⁴ Davon wurde allerdings bereits im Referentenentwurf Abstand genommen, weil das Anfechtungsmodell Mindestanforderungen an die Formalisierung des Beschlussverfahrens stellt und damit einen Professionalisierungsgrad erfordert, der eher bei den kaufmännischen Rechtsformen der OHG und der KG als bei den nicht kaufmännischen Rechtsformen der GbR und der Partnerschaftsgesellschaft zu erwarten ist.⁶⁵ Die Vorschriften wurden infolgedessen ersatzlos gestrichen. Der Gesetzgeber hat sich somit bewusst gegen einen einheitlichen Standard für sämtliche Personengesellschaften entschieden, sodass es für eine Analogie an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.⁶⁶ Dies hat zur Folge, dass für die GbR grundsätzlich das Feststellungsmodell fort gilt, die Gesellschafter sich aber im Rahmen der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit nach § 708 BGB auch für das Anfechtungsmodell entscheiden können (sog. Opt-In).

1. Das Feststellungsmodell

Dem Feststellungsmodell liegt der Gedanke zugrunde, dass der Gesellschafterwille in Personengesellschaften nach dem Prinzip der Formfreiheit und Formlosigkeit gebildet wird, mit der Folge, dass etwaige Mängel der Willensbildung ohne Differenzierung zur Nichtigkeit des Beschlusses führen.⁶⁷ Die Nichtigkeit wird als Feststellungsstreit i.S.d. § 256 ZPO zwischen den Gesellschaftern ausgetragen und das sodann ergangene Feststellungsurteil wirkt inter partes.⁶⁸ Mit dem Feststellungsmodell sind wesentliche Risiken verbunden, insbesondere, weil sich auf diese Weise jeder Gesellschafter unabhängig von einer bestimmten Frist auf die Nichtigkeit des Beschlusses berufen kann,

⁶¹ BGH NJW 2024, 2985 (2986 Rn. 13).

⁶² Mock, NJW 2023, 3537 (3540).

⁶³ Gleiches gilt für die Partnerschaftsgesellschaft, auf die gem. § 1 Abs. 4 PartGG die Regeln über die GbR Anwendung finden.

⁶⁴ Adenauer/Becker, in: Heidel/Hirte, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 6 Rn. 4; Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts (8.4.2025).

⁶⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 228; Drescher, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, HGB § 110 Rn. 4.

⁶⁶ Fehrmann/Leclerc/Schirmacher, GmbHR 2024, 57 (58 Rn. 2); Schäfer, in: Gummert/Schäfer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 21 Rn. 27.

⁶⁷ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 714 Rn. 68; Liebscher/Rickelt, ZPG 2023, 441 (441).

⁶⁸ Liebscher/Rickelt, ZPG 2023, 441 (441); dies., ZPG 2024, 41 (41 Rn. 1).

was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führt. Zudem zieht das Feststellungsmodell die strenge Rechtsfolge mit sich, dass ein Beschluss, der unter Verstoß gegen formelle oder inhaltliche Bestimmungen gefasst wird, nichtig ist, gleich wie schwerwiegend der Fehler ist. Obwohl dieses Modell möglicherweise für Gesellschaften mit einer schwachen Organisationsstruktur geeignet ist, ist insbesondere für Gesellschaften mit einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung oder größerer Gesellschafterzahl anzunehmen, dass sich das Leitbild des Gesetzgebers von der GbR (ebenso wie das der Personenhandelsgesellschaft) im Laufe der Zeit verändert hat.⁶⁹ Vor allem bei Beschlüssen, die für die Gesellschaft von Bedeutung sind, wie die Geschäftsführerbestellung und -abberufung oder der Ausschluss von Gesellschaftern, haben die Gesellschaft sowie die Gesellschafter ein besonderes Interesse an der Herbeiführung von Rechtssicherheit, welches das Feststellungsmodell nicht bieten kann.

2. Opt-In

Für die GbR gilt nunmehr nach § 708 BGB Dispositionsfreiheit. Insofern kann sie die Regelungen für die Personenhandelsgesellschaften ganz oder teilweise zur Anwendung bringen. Dies hat den Vorteil größerer Rechtssicherheit.⁷⁰ Bisher wurde sowohl die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung von Gestaltungsfragen mit Rechtskrafterstreckung auf sämtliche Gesellschafter (vgl. jetzt § 113 Abs. 6 HGB) als auch die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (vgl. jetzt § 110 HGB) als unzulässig erachtet, sodass die Möglichkeit, das Anfechtungsmodell der §§ 110 ff. HGB auch für die GbR zu vereinbaren, in zweifacher Hinsicht über das bisher Zulässige hinausgeht.⁷¹ Auch wenn es die Dispositionsfreiheit erlaubt, die Vorschriften nur teilweise anzuwenden, ist von der Aufnahme von Klauseln im Gesellschaftsvertrag, die von einzelnen Bestimmungen der §§ 110 ff. HGB abweichen, abzuraten. Es bieten sich vielmehr lediglich nachträgliche Präzisierungen an, die sich mit dem Anfechtungsmodell vereinbaren lassen, beispielsweise eine Verkürzung der Klagefrist des § 112 HGB oder die ergänzende Vereinbarung einer Klausel zur Kostenverteilung.⁷² Insbesondere die Regeln des § 113 HGB sind klar aufeinander abgestimmt, weshalb auch hier von einer einzelnen Abbedingung abgesehen werden sollte.⁷³

3. Rechtsformwechsel von GbR zu OHG

In der Praxis kann die unterschiedliche Behandlung von GbR und OHG hauptsächlich dann zu Schwierigkeiten führen, wenn eine gewerblich tätige GbR unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB zu einer OHG aufsteigt. In diesem Fall muss zunächst die tatsächliche Rechtsform ermittelt werden, um das anwendbare Beschlussmängelrecht festzulegen, wofür der Zeitpunkt der Beschlussfassung maßgeblich ist.⁷⁴ Dieser Unterschied wirkt sich vor allem in Bezug auf die Klagefrist und den richtigen Klagegegner aus. Ähnlich wie bei der OHG ist auch hier der Auslegung des Gesellschaftsvertrages besondere Bedeutung zuzumessen, um eine sachgerechte Lösung hinsichtlich des anzu-

⁶⁹ *Wertenbruch*, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 47 Rn. 4.

⁷⁰ *Roth*, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 43. Aufl. 2024, § 110 Rn. 24.

⁷¹ *Schäfer*, in: Gummert/Schäfer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 21 Rn. 28; *ders.*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 714 Rn. 69.

⁷² *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 714 Rn. 70; *Liebscher*, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rn. 146.

⁷³ *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 714 Rn. 70; *Liebscher*, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rn. 147; *Richter*, ZPG 2023, 416 (419).

⁷⁴ *Noack*, GmbHR 2024, 11 (19 Rn. 40).

wendenden Beschlussmängelrechts zu finden. Liegen Hinweise dafür vor, dass die Gesellschaft im Zusammenhang mit Beschlussmängelstreitigkeiten als OHG und nicht als GbR auftreten will, sollte großzügig angenommen werden, dass eine stillschweigende Vereinbarung über das Anfechtungsmodell anstelle des Feststellungsmodells besteht.⁷⁵ Auf diese Weise würde die gesetzgeberische Intention gewahrt, das Feststellungsmodell allgemein nur für die GbR beizubehalten.⁷⁶ Die sich aus einer fehlenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ergebende Rechtsunsicherheit hinsichtlich des maßgeblichen Beschlussmängelrechts kann jedoch zukünftig nur durch eindeutige Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag vermieden werden.⁷⁷

4. Zwischenergebnis

Das Anfechtungsmodell der §§ 110 ff. HGB eignet sich insgesamt gut als Vorbild für eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung⁷⁸, indes hat sich der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der weitgehenden Gestaltungsfreiheit und der formlosen Beschlussfassung zurecht gegen eine mit §§ 110 ff. HGB inhaltsgleiche gesetzliche Kodifikation des Beschlussmängelrechts für die GbR entschieden. Vor dem Hintergrund, dass auch das Feststellungsmodell erhebliche Nachteile mit sich zieht, sollte vom Gesetzgeber ein Lösungsansatz entwickelt werden, der zwischen den strengen Rechtsfolgen des Feststellungsmodells sowie der erheblichen Rechtsunsicherheit, die es nach sich zieht, und den Anforderungen an das Anfechtungsmodell in Bezug auf die formalisierte Beschlussfassung vermittelt.

V. Anwendung der Grundsätze auf die GmbH

Für die GmbH finden sich im GmbHG keine eigenen Vorschriften über Beschlussmängel, deren Rechtsfolgen und die Art und Weise der Geltendmachung. Bisher hat die Rechtsprechung die Vorschriften des Aktiengesetzes für die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage analog auf die GmbH angewandt, was auch in der Literatur allgemein anerkannt war.⁷⁹ Teilweise beruhte das für die GmbH angewendete Beschlussmängelrecht auch auf allgemeinen Prinzipien des Rechts der GmbH.⁸⁰ Infolge der Reform des Personengesellschaftsrechts hat sich im GmbH-Recht eine bewusste⁸¹ planwidrige Regelungslücke ergeben, weshalb sich die Frage stellt, ob künftig die für die Personenhandelsgesellschaften geltenden Vorschriften der §§ 110 ff. HGB entsprechende Anwendung finden sollten, oder ob es bei der bisherigen Übertragung des Anfechtungsmodells aus dem Aktienrecht bleiben sollte.

Die in Kraft getretenen Regelungen für die Personenhandelsgesellschaften stimmen in wesentlichen Punkten mit denen des Aktienrechts überein. Dies gilt zum einen insbesondere für die grundlegende Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen in § 110 HGB und §§ 241,

⁷⁵ Noack, GmbHR 2024, 11 (19 Rn. 41); Schmidt, ZPG 2023, 81 (87).

⁷⁶ Richter, ZPG 2023, 416 (421).

⁷⁷ Fehrmann/Leclerc/Schirmacher, GmbHR 2024, 57 (58 Rn. 4).

⁷⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 228.

⁷⁹ BGH NJW 1997, 1510; BGH NZG 2014, 820; BGH NJW 2024, 2985; Leinekugel, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.8.2024, § 47 Anh. Beschlussanfechtung Rn. 1; Wertenbruch, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 47 Rn. 1.

⁸⁰ Kaulbach, ZHR 2022, 729 (768).

⁸¹ Regelungslücken, die der Gesetzgeber im Zuge einer Reform erkennt, aber nicht regelt, werden als bewusste Regelungslücken bezeichnet. Diese sind von den Fällen abzugrenzen, in denen der Gesetzgeber gezielt keine Regelung schafft, um gerade die Nichtregelung zu erreichen. Letzteres stünde einer Analogie entgegen. Da sich die Reform im Rahmen des MoPeG ausschließlich auf Personengesellschaften bezieht, handelt es sich nicht um eine gezielte Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Regelung für die GmbH. Aus diesem Grund liegt zwar eine bewusste, aber dennoch nicht beabsichtigte (und damit planwidrige) Regelungslücke vor, sodass die Voraussetzung für eine Analogie gegeben ist; vgl. Kaulbach, ZHR 2022, 729 (747).

243 Abs. 1 AktG. Im Gegensatz zum Aktienrecht wird die Nichtigkeit der Beschlüsse in § 110 Abs. 2 HGB allerdings nicht in einem detaillierten und abschließenden Katalog von Nichtigkeitsgründen geregelt, sondern wurde durch den Gesetzgeber grundsätzlich weiter gefasst. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den Personenhandelsgesellschaften um personalistisch strukturierte Gesellschaften mit kleinem Gesellschafterkreis und weitgehend formloser Beschlussfassung handelt.⁸² Die Abgrenzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit erfolgt für die Personenhandelsgesellschaften anhand des Verstoßes gegen zwingendes Recht. Da es auf den konkreten Einzelfall ankommt, ob dispositives oder zwingendes Recht vorliegt, kann § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB in der Hinsicht weiter als §§ 241 ff. AktG verstanden werden, als jeder Verstoß gegen zwingendes Recht zur Nichtigkeit führt und im Bereich von dispositivem Recht die Nichtigkeitsfolge von den Gesellschaftern selbst festgelegt werden muss.⁸³ Enger zu verstehen ist § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB hingegen in den Konstellationen, in denen eine Heilung gem. § 242 AktG möglich wäre, da in § 110 HGB keine Möglichkeit der Heilung vorgesehen ist.⁸⁴ Dennoch trifft dieser Maßstab der Unterscheidung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen für die Personenhandelsgesellschaften die Situation bei der GmbH, bei der es sich regelmäßig, wie auch bei OHG und KG, nicht um eine Publikumsgesellschaft handelt, besser.⁸⁵ Auch entspricht die Regelung in § 110 Abs. 2 HGB mehr den bisherigen Ergebnissen der Rechtsprechung zur GmbH als den Regelungen in den §§ 241 ff. AktG.⁸⁶ Insofern kann die Bestimmung in § 110 HGB analog auf die GmbH angewendet werden und damit als Grundlage für die Rechtsfortbildung im GmbH-Recht dienen. Dies entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers.⁸⁷

Zum anderen stimmt ebenso die Regelung in § 113 Abs. 2 S. 1 HGB über die Passivlegitimation der Gesellschaft mit der des Aktienrechts in § 246 Abs. 2 S. 1 AktG überein, sodass auch hier nichts gegen eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die GmbH spricht. Auch bei der erga omnes Rechtskraftwirkung des Urteils, welche sowohl in § 113 Abs. 6 HGB für die Personenhandelsgesellschaften als auch in § 248 Abs. 1 AktG normiert ist, ergeben sich keine Unterschiede.

Ein großer und vor allem in praktischer Hinsicht wesentlicher Unterschied besteht indes im Beginn der Klagefrist nach § 112 Abs. 2 HGB und in der Klagefrist des § 112 Abs. 1 HGB selbst. Die aktienrechtliche Anfechtungsklage muss nach § 246 Abs. 1 AktG innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben werden. Diese einmonatige Fristbestimmung hat nach Auffassung der bisherigen Rechtsprechung Leitbildfunktion für die GmbH und ist grundsätzlich einzuhalten.⁸⁸ § 112 Abs. 1 HGB sieht nunmehr bei Personenhandelsgesellschaften eine dreimonatige Klagefrist vor, die im Gesellschaftsvertrag auf einen Monat verkürzt werden kann und die gem. § 112 Abs. 2 HGB mit Bekanntgabe des Beschlusses gegenüber dem anfechtungsbefugten Gesellschafter beginnt. Unklar ist, ob die im Vergleich zum Aktienrecht großzügigere Regelung der Klagefrist in § 112 Abs. 1 HGB zu einer Abkehr von der Leitbildfunktion der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG für die GmbH führt. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die GmbH typischerweise zunehmend personalistische Züge aufweist und sich damit der Struktur von Personengesellschaften annähert, mit der Folge, dass die Regelungen im HGB als interessengerechter wahrgenommen werden.⁸⁹ Andererseits handelt es sich bei der GmbH ebenso

⁸² Kaulbach, ZHR 2022, 729 (769).

⁸³ Kästle, FraLR 2023, 27 (28).

⁸⁴ Kästle, FraLR 2023, 27 (28).

⁸⁵ Drescher, in: Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 110 Rn. 9.

⁸⁶ BGH NZG 2024, 1222; Drescher, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, Bd. 62, 6. Aufl. 2024, HGB § 110 Rn. 9.

⁸⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 228.

⁸⁸ BGH NJW 1990, 2625; BGH NJW 1998, 1559; OLG Dresden NZG 2020, 867 (870).

⁸⁹ Guntermann, GmbHR 2024, 397 (403); Liebscher/Rickelt, ZPG 2024, 41 (51 Rn. 61).

wie bei der Aktiengesellschaft um eine Kapitalgesellschaft, sodass weiterhin die Regelung des § 246 Abs. 1 AktG die sachnähere Regelung darstellt.⁹⁰ Auch bei einer personalistischen Gesellschafterstruktur besteht ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit beim Umgang mit fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen, insofern ist nicht davon auszugehen, dass allein die personalistische Struktur eine dreifach verlängerte Anfechtungsfrist rechtfertigen würde. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann die Länge der Anfechtungsfrist ohnehin nicht von der Größe des Gesellschafterkreises abhängen.⁹¹ Dies zeigt auch die in § 112 Abs. 1 S. 2 HGB normierte Möglichkeit der Verkürzung der Frist auf einen Monat, die unabhängig von der vorherrschenden Gesellschafterstruktur zulässig ist.

Dagegen lässt sich einwenden, dass auch bisher höchstrichterlich die Regelung des § 246 Abs. 1 AktG nicht in vollem Umfang analog auf die GmbH angewendet wird, vielmehr wird insbesondere für die personalistisch geprägte GmbH von der starren Monatsfrist abgewichen.⁹² Begründet wird dies damit, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit bei der GmbH gerade eine deutlich geringere Rolle spielt als bei der AG und zudem zwischen den Gesellschaftern einer GmbH häufig persönliche Beziehungen bestehen, sodass die Gesellschafter grundsätzlich darauf vertrauen, dass bei Auftreten von Beschlussmängelstreitigkeiten zumindest versucht wird, eine Einigung ohne gerichtliches Verfahren zu erzielen.⁹³ Letztlich spricht dies dafür, dass den individuellen Interessen eine höhere Gewichtung zukommt, sodass die Interessenlage bei der GmbH als überwiegend mit derjenigen der Personenhandelsgesellschaften vergleichbar einzuordnen und die Monatsfrist des AktG zugunsten der Drei-Monats-Frist des § 112 Abs. 1 HGB abzulösen ist.⁹⁴ Für den Fristbeginn sollte ebenfalls die Vorschrift für Personenhandelsgesellschaften (§ 112 Abs. 2 HGB) herangezogen werden, sodass der maßgebliche Zeitpunkt nicht mehr die Beschlussfassung nach § 246 Abs. 1 AktG, sondern die Bekanntmachung nach § 112 Abs. 2 HGB ist. Dies gewährleistet zum einen eine rechtssichere Ermittlung des Fristbeginns und trägt zum anderen der größeren Flexibilität der GmbH bei der Beschlussformalisierung Rechnung.⁹⁵

Bei der Frage, ob die Vorschriften des HGB zukünftig auf die GmbH entsprechende Anwendung finden sollten, ist außerdem zu berücksichtigen, dass für Gesellschafterbeschlüsse der GmbH & Co. KG nunmehr gem. § 161 Abs. 2 HGB grundsätzlich §§ 110 ff. HGB gelten. Im Gegensatz dazu müssten für die Komplementär GmbH, basierend auf dem bisherigen Rechtsstand, die §§ 241 AktG analog angewendet werden, obwohl oftmals in beiden Gesellschaften Beschlüsse zu identischen Beschlussgegenständen in dem gleichen Gesellschafterkreis gefasst werden.⁹⁶ Auch aus diesem Grund ist zur Vereinheitlichung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse die entsprechende Anwendung der §§ 110 ff. HGB auf die GmbH zu befürworten.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Interessen der GmbH sowohl mit denen der Aktiengesellschaft als auch mit denen der Personenhandelsgesellschaften vergleichbar sind. Das HGB bietet jedoch insgesamt Regelungen, die besser auf die Bedürfnisse der GmbH abgestimmt sind. Obwohl diese Regelungen keinen generellen Vorrang vor den Bestimmungen des AktG genießen, üben sie dennoch einen Einfluss auf das Beschlussmängelrecht der GmbH aus. Für die Zukunft bleibt jedoch eine differenzierte Betrachtungsweise unerlässlich. Eine uneinheitliche Rechtsanwendung

⁹⁰ *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.8.2024, § 47 Anh. Beschlussanfechtung Rn. 166a.

⁹¹ *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.8.2024, § 47 Anh. Beschlussanfechtung Rn. 166a.

⁹² BGHZ 137, 378 (386); BGH NZG 2005, 479 (480 f.); *Liebscher/Rickelt*, ZPG 2024, 41 (52 Rn. 63).

⁹³ *Wertenbruch*, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, Anh. § 47 Rn. 348; *Wörner/Ebel*, NZG 2021, 963 (964).

⁹⁴ *Kaulbach*, ZHR 2022, 729 (760); *Liebscher/Rickelt*, ZPG 2024, 41 (52 Rn. 63); *Neumayer/Zeyher*, NZG 2022, 1707 (1712); *Liebscher*, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rn. 189.

⁹⁵ *Liebscher/Rickelt*, ZPG 2024, 41 (52 Rn. 63).

⁹⁶ *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, Handbuch, 9. Aufl. 2024, § 18 Rn. 17.

könnte nur durch die Kodifizierung eines Beschlussmängelrechts für die GmbH vermieden werden, insbesondere da die GmbH nun die einzige der kaufmännischen Gesellschaftsformen ist, deren Beschlussmängelrecht bislang nicht kodifiziert wurde.

VI. Fazit

Die grundlegende Neugestaltung des Systems der Beschlussmängel und deren prozessuale Geltendmachung durch Einführung des Anfechtungsmodells für Personenhandelsgesellschaften hat die erhebliche Rechtsunsicherheit, die aufgrund der Möglichkeit bestand, die Nichtigkeit von Beschlüssen auch noch Jahre später fristungebundenen geltend zu machen, beseitigt. Damit ist mit der Reform durch das MoPeG das Ziel der Schaffung von Rechtsklarheit zumindest für die Personenhandelsgesellschaften erreicht. Das Anfechtungsmodell berücksichtigt die spezifischen Merkmale von OHG und KG und bietet die notwendige Flexibilität, die für Personengesellschaften charakteristisch ist. Im Gegensatz dazu erscheint die Übernahme des Beschlussmängelrechts der OHG/KG für die GbR aufgrund der häufig nicht formalisierten Beschlussfassung nicht angemessen, allerdings stellt auch die bewusst fehlende Kodifizierung eines eigenen Beschlussmängelrechts keine geeignete Lösung dar. Stattdessen sollte ein ausgewogener Ansatz gefunden werden, der zwischen den strengen Rechtsfolgen des Feststellungsmodells und den Anforderungen des Anfechtungsmodells vermittelt. Bei der Frage, welches Beschlussmängelrecht zur Anwendung kommt, kommt vor dem Hintergrund der Dispositionsfreiheit vor allem der Auslegung des Gesellschaftsvertrages besondere Bedeutung zu.

Die im HGB in Kraft getretenen Regelungen entsprechen in wesentlichen Punkten den Bestimmungen des AktG und können daher als Ausdruck allgemeiner Grundsätze des Beschlussmängelrechts betrachtet werden. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Interessenlagen von GmbH und Personenhandelsgesellschaften ist eine analoge Anwendung der Vorschriften auf die GmbH zu befürworten. Dennoch sollte auch für die GmbH aufgrund ihrer Nähe sowohl zu den Personenhandelsgesellschaften als auch zur Aktiengesellschaft die Einführung eines eigenen Beschlussmängelrechts in Betracht gezogen werden. Bis dahin können die Regelungen im HGB jedoch zumindest als Grundlage für die Rechtsfortbildung im GmbH-Recht dienen.

Zulässigkeitsprobleme in verfassungsgerichtlichen Verfahren

Stud. iur. David Stanzick, Frankfurt a.M.*

I. Einleitung	458
II. Beschwerdefähigkeit von Unionsbürgern bezüglich der Bürgerrechte des GG im Verfassungsbeschwerdeverfahren	458
1. Problemaufriss	458
2. Anwendung der Bürgerrechte des GG auf alle Unionsbürger	459
3. Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Schutzniveau des jeweiligen Bürgerrechts	460
4. Stellungnahme	460
III. Antragsgrund im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle	462
1. Problemaufriss	462
2. § 76 Abs. 1 BVerfGG als verfassungskonforme Konkretisierung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG	463
3. Verfassungskonforme Auslegung des § 76 Abs. 1 BVerfGG	463
4. Teilnichtigkeit des § 76 Abs. 1 BVerfGG	464
5. Stellungnahme	465
IV. Parteifähigkeit im Organstreitverfahren	468
1. Problemaufriss	468
2. Unproblematische Konstellationen	468
3. Problematische Konstellationen	469
a) Geltungserhaltung des § 63 BVerfGG	469
b) Teilnichtigkeit des § 63 BVerfGG	470
c) Stellungnahme	470
V. Konsequenzen	472
1. Befugnis des BVerfG zur Nichtigkeitsklärung von Normen des BVerfGG ohne ausdrücklichen Antrag	472
a) Positivrechtliche Regelung de lege lata?	473
b) Vorlage an den jeweils anderen Senat in Analogie zu Art. 100 Abs. 1 GG?	473

* David Stanzick ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Gabriele Britz an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

- c) Inzidente Prüfung der Verfassungsmäßigkeit 474
- 2. Das Verhältnis zwischen GG und BVerfGG sowie zwischen BVerfG und Gesetzgeber 475
- 3. Umgang des BVerfG mit dem Spannungsverhältnis 476

I. Einleitung

Anders als im Zivil- und Strafrecht spielt das einschlägige Prozessrecht im Verfassungsrecht schon in Anfängerklausuren eine durchaus nicht zu vernachlässigende Rolle. Bevor in verfassungsrechtlichen Arbeiten mit der materiellrechtlichen Prüfung im Rahmen der Begründetheit begonnen werden kann, ist zuvor im Prüfungspunkt „Zulässigkeit“ zu klären, ob alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen. Hierbei gibt es einige klassische Problemfelder, welche in der Praxis nicht immer von Relevanz sind, in der studentischen Fallbearbeitung aber regelmäßig eine Rolle spielen. Gleichwohl sei bereits zu Beginn angemerkt, dass die hier erörterten Zulässigkeitsprobleme in Prüfungsleistungen regelmäßig keinen Schwerpunkt darstellen und daher vergleichsweise zügig abzuhandeln sind, sodass für die Begründetheit (und die in der Regel dort liegenden Hauptprobleme) genügend Zeit verbleibt. Eine erschöpfende Darstellung der verschiedenen Ansichten und eine derart vertiefte Argumentation (wobei die Kenntnis von entstehungsgeschichtlichen Hintergründen in einer Klausur bekanntlich ohnehin nicht erwartet werden kann), wie sie sich im Folgenden findet, wäre in einer Prüfungsleistung somit fehl am Platz. Da eine richtige Schwerpunktsetzung und damit einhergehend eine bündige, aber präzise Darstellung des jeweiligen Zulässigkeitsproblems meist deutlich leichter fallen, wenn der materielle Kern der Problematik durchdrungen wurde, soll dieser Beitrag dazu dienen, das Verständnis für die Zusammenhänge zu schärfen, Argumente aufzubereiten und Hintergründe zu beleuchten.

Von aktueller und im Rahmen der fortschreitenden europäischen Integration immer zentraler werdender Bedeutung ist die Frage, ob sich Staatsangehörige aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) im Verfahren der Verfassungsbeschwerde auf die Bürgerrechte des Grundgesetzes (GG) berufen können (dazu II.). Die beiden weiteren hier näher thematisierten Probleme – der Antragsgrund im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (III.) sowie die Parteifähigkeit im Organstreitverfahren (IV.) – beruhen auf dem Umstand, dass das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) Regelungen zu den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) enthält, welche mit denen des GG nicht vollständig übereinstimmen. Neben den konkreten daraus folgenden Zulässigkeitsproblemen soll im Rahmen dieses Beitrags auch der Frage nachgegangen werden, welche Konsequenzen sich daraus für das BVerfG ergeben (dazu V.).

II. Beschwerdefähigkeit von Unionsbürgern bezüglich der Bürgerrechte des GG im Verfassungsbeschwerdeverfahren

1. Problemaufriss

Während die Mehrzahl der Grundrechte schon durch Formulierungen wie „Jeder“ (z.B. Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) oder „Alle Menschen“ (Art. 3 Abs. 1 GG) zeigt, dass sich jede natürliche Person auf sie berufen kann, scheinen die Art. 8 Abs. 1, 9 Abs. 1, 11 Abs. 1, 12 Abs. 1 S. 1, 16 Abs. 1 und 2 sowie 33 Abs. 1 und 2 GG in ihrer Formulierung, dass sie für „[a]lle Deutschen“ gelten, unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen, dass sich nur deutsche Staatsbürger sowie diese nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellte Personen auf sie berufen können. Hieraus ergibt sich indes folgendes Problem: Art. 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) statuiert, dass „jede

Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“ ist. Würde man nun Unionsbürgern, d.h. natürlichen Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU besitzen (siehe Art. 9 S. 2 EUV), den Schutz der Bürgerrechte des GG generell vorenthalten, wäre darin eine gem. Art. 18 AEUV unzulässige Diskriminierung gegenüber Deutschen zu sehen.

In der älteren Literatur wurde teilweise die Auffassung vertreten, das Unionsrecht gebiete keinen identischen nationalen Grundrechtsschutz für EU-Ausländer.¹ In den letzten Jahren wird diese Ansicht indes – soweit ersichtlich – nicht mehr vorgebracht², sodass sich ein ausführliches Eingehen auf diese an dieser Stelle erübrigt³. Es ist somit heute allgemein anerkannt, dass eine Gleichstellung von Unionsbürgern mit Deutschen erfolgen muss, sofern (was nicht immer klar herausgestellt wird⁴) die folgenden beiden Voraussetzungen kumulativ vorliegen: der Anwendungsbereich des Unionsrechts muss eröffnet sein und die Nichter Streckung des grundrechtlichen Schutzes auf die betroffene Person müsste zu einer verbotenen Diskriminierung führen.⁵ Dabei ist es möglich, dass zwar der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet, eine Ungleichbehandlung aber trotzdem gerechtfertigt ist.⁶ Angesichts der fortschreitenden europäischen Integration und der extensiven Rechtsprechung des EuGH zur Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 18 AEUV⁷ wird das hier besprochene Problem aber immer häufiger virulent werden. Obwohl somit weithin Einigkeit besteht, dass eine Diskriminierung von Unionsbürgern vermieden werden muss, ist strittig, auf welche Art und Weise dies zu geschehen hat.

2. Anwendung der Bürgerrechte des GG auf alle Unionsbürger

Nach einer Ansicht führt das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV dazu, dass sich auch Unionsbürger auf die Bürgerrechte des GG berufen können.⁸

Das wichtigste Argument, welches die Vertreter dieser Ansicht anführen, ist der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, welcher dazu führt, dass sich bei einer Kollision zwischen Unionsrecht und nationalem Recht das Unionsrecht durchsetzt.⁹ Dies gilt selbst dann, wenn es zu einer Kollision mit nationalem Verfassungsrecht kommt.¹⁰ Wenn somit, so die Argumentation, eine Gleichstellung von Unionsbürgern mit Deutschen europarechtlich geboten ist, findet der Deutschenvorbehalt der Bürger-

¹ *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 50; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 35; *Störmer*, AöR 123 (1998), 541 (574).

² Anders einzig *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2025, Rn. 163, wo jedoch in Fn. 85 lediglich auf den Aufsatz von *Störmer* (AöR 123 [1998], 541 ff.) verwiesen und keine eigene Begründung vorgebracht wird.

³ Bereits *Störmer* konstatierte 1998, dass im Schrifttum ein Wandel stattfindet und sich der Meinungsstreit in Zukunft ausschließlich um die Frage drehen werde, wie dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot im nationalen Recht zu entsprechen sei, vgl. *Störmer*, AöR 123 (1998), 541 (543 f.).

⁴ Deutlich aber z.B. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 203.

⁵ *Wendel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 81. Lfg., Stand: Januar 2024, AEUV Art. 18 Rn. 104; *Drathen*, Deutschengrundrechte im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 1994, S. 179 f.

⁶ EuGH NJW 2018, 1529 (1530 ff.) – *Pisciotti*.

⁷ Siehe dazu statt vieler *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 18 Rn. 19 ff.

⁸ *Voßkuhle*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 173; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 14; *Sauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 7, 4. Aufl. 2023, vor. Art. 1 Rn. 136; *Vedder/Lorenzmeier/Wendel*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 116 Rn. 26; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 50; *Wernsmann*, Jura 2000, 657 (662); tendenziell auch *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 131 sowie *Ehlers*, JZ 1996, 776 (781).

⁹ Grundlegend EuGH NJW 1964, 2371 (2372) – *Costa/ENEL*.

¹⁰ BVerfGE 140, 317 (335 Rn. 38); 158, 1 (24 Rn. 38).

rechte des GG keine Anwendung¹¹ und die Bürgerrechte werden zu „Unionsbürgerrechten“¹². Es handelt sich hierbei um eine strikte Beachtung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, wobei an späterer Stelle zu klären sein wird, ob das Gebot des Anwendungsvorrangs hier wirklich der allein ausschlaggebende Gesichtspunkt sein kann.

3. Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Schutzniveau des jeweiligen Bürgerrechts

Nach der Gegenansicht soll Unionsbürgern auch in Zukunft keine Berufung auf die Bürgerrechte des GG möglich sein, sondern (wie bisher) nur auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, welche jedoch europarechtskonform so auszulegen sei, dass sie dem Schutzniveau des jeweiligen Bürgerrechts entspreche.¹³ Dazu gehört insbesondere, dass die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG im Rahmen einer „europarechtskonformen Reduktion“¹⁴ keine Anwendung findet und stattdessen die Schranken der jeweiligen Bürgerrechte auf Art. 2 Abs. 1 GG übertragen werden und so zur Geltung kommen.

Für diese Ansicht streitet maßgeblich das Wortlautargument: die Bürgerrechte sprechen ausdrücklich von „Deutschen“, sodass es den Wortlaut eindeutig übersteigen würde, den Begriff des „Deutschen“ im Sinne von „alle Unionsbürger“ zu verstehen.¹⁵

4. Stellungnahme

Zunächst ist festzuhalten, dass der Streit in jedem Fall bereits auf der Ebene der Beschwerdefähigkeit (und damit im Rahmen der Zulässigkeit) zu erörtern und zu entscheiden ist. Eine Vorgehensweise dergestalt, in der Zulässigkeit zunächst nur zu prüfen, ob die Grundrechtsträgerschaft „von vornherein ausgeschlossen“ ist und Streitfragen wie die hiesige erst im Rahmen der Begründetheit auszubreiten, ist nicht empfehlenswert.¹⁶

Während das BVerfG bereits vor einiger Zeit entschieden hat, dass im Rahmen einer Anwendungserweiterung des Grundrechtsschutzes entgegen dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen aus Mitgliedstaaten der EU grundrechtsberechtigt sind¹⁷, hat es die Frage im Hinblick auf

¹¹ *Wendel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 81. Lfg., Stand: Januar 2024, AEUV Art. 18 Rn. 103; *Vedder/Lorenzmeier/Wendel*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 116 Rn. 28.

¹² *Sauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, vor Art. 1 Rn. 136.

¹³ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 482; *Barczak*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 225. Lfg., Stand: Juni 2024, Vorbem. zu Art. 1–19 Rn. 215; *Berger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 72 Rn. 50; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 437; *Drossel*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 90 Rn. 20; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 532; *Ludwigs*, JZ 2013, 434 (440); *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 196 Rn. 49; *Huber*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, 2006, § 49 Rn. 46; *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1081, 1083); tendenziell BVerfG NJW 2016, 1436 (1436 f.).

¹⁴ *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1083).

¹⁵ *Sachs/Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, vor Art. 1 Rn. 73; für die parallele Problematik bei juristischen Personen siehe BVerfGE 129, 78 (96).

¹⁶ So aber *Hellmann*, in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, § 90 Rn. 53; wie hier *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl. 2024, § 90 Rn. 75; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 125 m.w.N.

¹⁷ BVerfGE 129, 78 (78 Ls. 1).

natürliche Personen mehrfach ausdrücklich dahinstehen¹⁸ und zuletzt Sympathien für die Lösung über Art. 2 Abs. 1 GG anklingen lassen.¹⁹ Dies zeigt, dass eine schematische Übertragung der Rechtsprechung für juristische Personen aus dem EU-Ausland auf natürliche Personen aus dem EU-Ausland nicht ohne Weiteres möglich ist.

Für den Weg über Art. 2 Abs. 1 GG spricht neben dem oben bereits dargestellten Wortlautargument, dass das Unionsrecht zwar eine Gleichstellung sämtlicher Unionsbürger gebietet, den Mitgliedstaaten dabei aber nicht vorgibt, wie diese Gleichstellung zu erfolgen hat.²⁰ Es ist somit nur das Ergebnis, nicht aber der Weg dorthin, zwingend vorgegeben. In diesem Lichte betrachtet ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts somit lediglich, dass eine Gleichstellung zu erfolgen hat, nicht aber, dass die Deutschenvorbehalte der Bürgerrechte in diesen Fällen unanwendbar seien, da das gewünschte Ergebnis auch über eine modifizierte Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG erzielt werden kann.

Der Begriff des „Deutschen“ wird in Art. 116 Abs. 1 GG definiert, wobei diese Definition unter dem Vorbehalt „anderweitiger gesetzlicher Regelung“ steht. Hieran anknüpfend könnte man versuchen, EUV sowie AEUV als anderweitige gesetzliche Regelungen i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG zu verstehen, sodass auch Unionsbürger in den Begriff des „Deutschen“ einbezogen wären und sich folglich problemlos auf die Bürgerrechte berufen könnten. Zunächst ist aber bereits strittig, ob sich der Vorbehalt nur auf die sog. Status-Deutschen²¹ oder auch auf deutsche Staatsangehörige bezieht²². Darüber hinaus wollte der Verfassungsgeber mit Art. 116 GG vor allem die Situation rund um die Status-Deutschen, welche in den Anfangsjahren der Bundesrepublik eine große Rolle spielte, regeln²³, sodass man den Gesetzesvorbehalt seinem Sinn und Zweck nach auf diese Materie beschränkt sehen muss²⁴ und eine Erweiterung des Begriffs des „Deutschen“ auf alle Unionsbürger durch diesen nicht gedeckt ist.²⁵

Insgesamt wirkt bei dogmatischer Betrachtung keiner der beiden Lösungsvorschläge wirklich stimmig. Der ersten Ansicht lässt sich entgegenhalten, dass eine undifferenzierte Anwendung aller Bürgerrechte auf Unionsbürger zu erheblichen Problemen führen würde. Dies lässt sich am besten anhand des grundrechtsgleichen Rechts in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zeigen, welches (obwohl sich dies aus dem Wortlaut nicht ergibt) nur Deutschen zusteht.²⁶ Das BVerfG begründet dies damit, dass gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht und damit das Staatsvolk gemeint sei, welches sich aus den deutschen Staatsangehörigen und den ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen zusammensetze. Daraus folge, dass die Ausübung der Staatsgewalt im Zuge von Wahlen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) nur vom Staatsvolk wahrgenommen werden könne.²⁷ Eine Gleichstellung von

¹⁸ BVerfGK 18, 158 (170 f.); BVerfG NJW 2008, 1369 (1369).

¹⁹ BVerfG NJW 2016, 1436 (1436 f.).

²⁰ Huber, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, 2006, § 49 Rn. 47; Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077 (1081) m.w.N.

²¹ So z.B. v. Mangoldt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2. Aufl. 1992, § 119 Rn. 15.

²² So z.B. Kau, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 116 Rn. 24; Wittreck, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 116 Rn. 47.

²³ Siehe hierzu JöR n.F. 1 (1951), 823 ff.

²⁴ Vgl. Zimmermann/Bäumler, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 47. Lfg., Stand: September 2015, Art. 116 Rn. 26; Alexy, NJW 1989, 2850 (2851).

²⁵ Lücke, EuR 2001, 112 (113 f.).

²⁶ BVerfGE 83, 37 (37 Ls. 3; 50 ff.); 83, 60 (71); Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 38 Rn. 158.

²⁷ Ebd.

Unionsbürgern verbietet sich hier somit²⁸, was sich auch im Umkehrschluss aus Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG ergibt.

Auf der anderen Seite ist die von der Gegenansicht vorgenommene Übertragung der Schranken der Bürgerrechte auf Art. 2 Abs. 1 GG umständlich und auch deshalb problematisch, weil die Interpretation, die manchen Grundrechtsschranken gegeben wurde, maßgeblich auf den Wortlaut des jeweiligen Bürgerrechts gestützt wird und somit in Art. 2 Abs. 1 GG keine normative Stütze findet. Es handelt sich also durchaus um eine „gewundene Lösung“.²⁹

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass beide Ansichten durchaus beachtlichen Einwänden ausgesetzt sind und somit eine ausdrückliche Klarstellung durch den Verfassungsgeber wünschenswert wäre³⁰, wobei Art. 19a der Verfassung von Rheinland-Pfalz, welcher festlegt, dass „Rechte, welche die Verfassung allen Deutschen gewährt [...] auch Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union zu[stehen], soweit diese nach dem Recht der Europäischen Union Anspruch auf Gleichbehandlung haben“, als Vorbild dienen könnte.

III. Antragsgrund im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle

1. Problemaufriss

Während der Kreis der tauglichen Antragsteller sowie der möglichen Antragsgegenstände im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle regelmäßig keine größeren Schwierigkeiten bereitet, kann dies hinsichtlich des Antragsgrundes (der Terminus „Antragsbefugnis“ wäre aufgrund des objektivrechtlichen Charakters des abstrakten Normenkontrollverfahrens unpräzise³¹) nicht behauptet werden. Ursache ist, dass die Formulierungen in Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 76 BVerfGG nicht deckungsgleich sind. Gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG entscheidet das Bundesverfassungsgericht „bei *Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln* über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht und Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages“. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG legt dagegen fest, dass der Antrag nur zulässig ist, „wenn der Antragsteller Bundes- oder Landesrecht wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht *für nichtig hält*“. Während Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG somit Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel genügen lässt, fordert § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ein „für nichtig [halten]“ der zur Prüfung gestellten Norm. Zudem muss gem. § 76 Abs. 1 BVerfGG gerade der Antragsteller die Norm für nichtig halten, während aus dem Wortlaut des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG überwiegend abgeleitet wird, dass es genügt, wenn bei einem antragsberechtigten Dritten Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel bestehen.³² § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG ist somit enger als Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG. Die Verfassungsmäßigkeit der Norm – und damit einhergehend die Frage, welche Anforderungen an den Antragsgrund zu stellen sind – ist seit jeher umstritten.

²⁸ Huber, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, 2006, § 49 Rn. 48.

²⁹ Klein, in: FS Stern, 1997, S. 1301 (1310).

³⁰ So auch Drathen, Deutschengrundrechte im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 1994, S. 216.

³¹ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 716; Rozek, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 52. Lfg., Stand: September 2017, § 76 Rn. 44 mit Fn. 228.

³² Winkler, NVwZ 1999, 1291 (1292); Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, § 76 Anm. 8.

2. § 76 Abs. 1 BVerfGG als verfassungskonforme Konkretisierung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG

Nach einer Ansicht³³ handelt es sich bei § 76 Abs. 1 BVerfGG um eine Konkretisierung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG, welche von der Konkretisierungskompetenz des Gesetzgebers in Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG gedeckt sei. Ein Antrag wird somit nur dann als zulässig erachtet, wenn der Antragsteller die zur Prüfung vorgelegte Norm für nichtig hält.

Für diese Ansicht spricht maßgeblich die in Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG normierte Konkretisierungskompetenz des Gesetzgebers. Danach bestimmt ein Bundesgesetz die „Verfassung und das Verfahren“ vor dem BVerfG. Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG wird, angesichts des klaren Wortlauts („regelt“, und nicht etwa „kann regeln“), ein Regelungsauftrag des Gesetzgebers entnommen.³⁴ Angesichts der Lückenhaftigkeit der prozessrechtlichen Regelungen im GG³⁵ ist die Konkretisierungskompetenz grundsätzlich weit zu verstehen, sodass man auch die einschränkende Regelung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG noch hierunter subsumieren könnte. Zudem kann man die Ansicht vertreten, dass die Wortlautgrenze des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG von § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG (noch) nicht überschritten wird und es sich folglich um eine zulässige Konkretisierung der Verfassungsnorm handelt.³⁶ Zwingende sprachgesetzliche Gründe stehen dem jedenfalls nicht unbedingt entgegen. Zudem lässt sich für diese Ansicht anführen, dass das BVerfG keine Rechtsgutachten erstattet.³⁷ § 97 BVerfGG sah in seiner ursprünglichen Fassung zwar vor, dass das Plenum des BVerfG auf Antrag des Bundespräsidenten oder auf gemeinsamen Antrag von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung hin um die Erstellung eines Rechtsgutachtens über eine verfassungsrechtliche Frage ersucht werden kann, was auch in zwei Fällen geschah.³⁸ Die Gutachtenzuständigkeit wurde aber von Anfang an kritisch gesehen³⁹ und entfiel 1956 durch den Wegfall des § 97 BVerfGG. Ließe man nun bloße Zweifel des Antragstellers genügen, um eine Norm der verfassungsgerichtlichen Prüfung zuführen zu können, so könnte dies im Ergebnis auf die Erstellung eines Rechtsgutachtens hinauslaufen⁴⁰, wozu das BVerfG gerade nicht (mehr) befugt ist.

3. Verfassungskonforme Auslegung des § 76 Abs. 1 BVerfGG

Eine andere Ansicht⁴¹ ist sich der Problematik der unterschiedlichen Formulierungen in Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG durchaus bewusst und möchte diese im Rahmen einer verfas-

³³ BVerfGE 96, 133 (137); Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2025, Rn. 668 f.; Kluckert, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 52 Rn. 135; Rozek, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 52. Lfg., Stand: September 2017, § 76 Rn. 47; Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, § 76 Anm. 8.

³⁴ Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., Stand: August 2019, Art. 94 Rn. 33 m.w.N.

³⁵ Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 25 m.w.N.

³⁶ In diesem Sinne Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 247.

³⁷ Zum Umstand, dass Gerichte allgemein nur aus Anlass einer konkreten Streitigkeit entscheiden, siehe Buchheim/Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022 § 46 Rn. 62 sowie bereits Schoen, DÖV 1953, 57 (58).

³⁸ BVerfGE 1, 76 ff. und 3, 407 ff.

³⁹ Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, § 97 Anm. 2, spricht von einem „Fremdkörper im Aufgabenbereich eines Rechtsprechungsorgans“; überaus kritisch auch Schätzel, AöR 78 (1952/53), 228 (234 ff.) sowie Thoma, JöR n.F. 6 (1957), 161 (185 f.)

⁴⁰ Wobei das BVerfG natürlich, anders als im Falle der früheren Gutachtenzuständigkeit, die zur Prüfung gestellte Norm entweder für verfassungsgemäß oder für mit dem GG unvereinbar (und nichtig) erklären würde, vgl. § 78 S. 1 BVerfGG.

⁴¹ Detterbeck, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 58; Benda/Klein, Verfassungspro-

sungskonformen Auslegung des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG auflösen. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG wird dabei so verstanden, dass auch Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel als Antragsgrund genügen, was im Ergebnis darauf hinausläuft, dass sich der Antragsgrund allein nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG bestimmt.

Das Gebot, eine Norm verfassungskonform auszulegen, anstatt sie für nichtig zu erklären, ist weithin anerkannt.⁴² Ebenso anerkannt ist aber auch, dass die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung dort ihre Grenze findet, „wo sie mit dem Wortlaut der Norm und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde“.⁴³ Jedenfalls ersteres dürfte hier (dazu sogleich unter 5.) aber der Fall sein. So findet sich auch bei keinem der Autoren, welche sich für eine verfassungskonforme Auslegung des § 76 BVerfGG aussprechen, auch nur der Versuch einer annähernd tragfähigen Begründung. *Lechner/Zuck* behaupten schlicht „§ 76 BVerfGG kann immer verfassungskonform ausgelegt werden“⁴⁴, ohne sich mit der Frage zu befassen, ob überhaupt die Voraussetzungen dafür gegeben sind. *Pestalozza* meint:

„Art. 93 I Nr. 2 GG⁴⁵ ist großzügiger und daher zugrunde zu legen. Die Erfüllung der Voraussetzungen der Nr. 1 oder Nr. 2 braucht nicht geprüft zu werden.“⁴⁶

Auch hier fehlt es an jedweder Begründung, weshalb § 76 BVerfGG, wenn er nicht geprüft, d.h. nicht angewendet zu werden braucht, trotzdem mit Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG in Einklang stehen soll.

4. Teilnichtigkeit des § 76 Abs. 1 BVerfGG

Nach einer weiteren, in der Literatur wohl überwiegend vertretenen Ansicht⁴⁷, stellt § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG eine unzulässige Einengung des in Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG festgelegten Antragsgrundes dar, welche die Konkretisierungskompetenz des Gesetzgebers aus Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG überschreite und somit teilnichtig sei. Nach dieser Ansicht genügt es folglich, wenn auf Seiten des Antragstellers Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel bestehen.

Für diese Auffassung spricht zunächst ein Vergleich mit der konkreten Normenkontrolle. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG verlangt, dass das vorlegende Gericht das Gesetz, welches es zur Prüfung vorlegt, „für verfassungswidrig“ hält. Die Formulierungen „für verfassungswidrig“ und „für nichtig“ halten meinen ersichtlich dasselbe. Dies zeigt, dass der Verfassungsgeber für die abstrakte und die konkrete Normenkontrolle verschiedene Maßstäbe angesetzt hat: für die abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG genügen „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“, während das vorlegende Gericht bei der konkreten Normenkontrolle von der Verfassungswidrigkeit der Norm positiv überzeugt sein

zessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 718; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 76 Rn. 30; *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 8 Rn. 13; der Sache nach auch *Burkiczak*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 208. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 93 Rn. 302.

⁴² St.Rspr. seit BVerfGE 2, 266 (282).

⁴³ BVerfGE 130, 372 (398) m.w.N.

⁴⁴ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 76 Rn. 30.

⁴⁵ = Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG n.F.

⁴⁶ *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 8 Rn. 13.

⁴⁷ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 312; *Voßkuhle*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 123; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 95; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 67; *Rinken*, in: Alternativkommentar GG, Stand: Oktober 2001, Art. 93 Rn. 22; *Heun*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, S. 615 (620); *Söhn*, in: FS 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 292 (303); *Babel*, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, 1965, S. 65 f.; *Renck*, JZ 1964, 249 (250 f.).

muss. Es wird somit deutlich, dass ein „für nichtig halten“ eben keine Konkretisierung der Formulierung „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“, sondern vielmehr ein eigener Maßstab (nämlich der des Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) ist.⁴⁸ Das Argument, der Gesetzgeber sei über Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG mit einer Konkretisierungskompetenz ausgestattet, ist somit zwar korrekt, greift hier aber nicht, da es sich nicht um eine Konkretisierung, sondern um die Einengung einer verfassungsunmittelbar normierten Zulässigkeitsvoraussetzung handelt, zu welcher der Gesetzgeber gerade nicht befugt ist.⁴⁹

5. Stellungnahme

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 76 BVerfGG sollte nicht offenbleiben, da es einen Unterschied macht, ob sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Antrag auf abstrakte Normenkontrolle allein aus Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG ergeben oder ob vielmehr § 76 Abs. 1 BVerfGG heranzuziehen ist.⁵⁰ Insofern ist der Einwand, dass die Frage kaum jemals prozessrelevant werden dürfte,⁵¹ zwar richtig, lenkt aber von der eigentlichen Sachfrage ab. Gleiches gilt für den Vorschlag, der lediglich von Zweifeln geplagte Antragsteller müsse leicht übertreibend im Wege einer prozessualen Notlüge seine Überzeugung von der Nichtigkeit der zur Prüfung gestellten Norm behaupten.⁵² Der Umstand, dass das BVerfG in nunmehr gefestigter Rechtsprechung von der Verfassungsmäßigkeit des § 76 BVerfGG ausgeht, lässt die Problematik ebenfalls nicht irrelevant werden.⁵³ Eine wissenschaftliche Kontroverse nur deshalb beenden zu wollen, weil sich ein Gericht, und sei es das Verfassungsgericht, für eine Ansicht ausgesprochen hat, wird bei anderen Problemen ebenfalls nicht erwogen⁵⁴ und wäre im hiesigen Fall auch besonders misslich, da das BVerfG eine Begründung, weshalb § 76 BVerfGG eine zulässige Konkretisierung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG sein soll, bis heute schuldig geblieben ist. Während es in den Anfangsjahren selbst Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 76 BVerfGG hat anklingen lassen⁵⁵, stellte es in einem Beschluss aus dem Jahr 1997 schlicht fest:

„Diese vom Gesetzgeber auf der Grundlage des Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG⁵⁶ getroffene Regelung ist mit Verfassungsrecht vereinbar; sie konkretisiert Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG⁵⁷.“⁵⁸

Eine Erwähnung, geschweige denn eine Auseinandersetzung mit der schon zur damaligen Zeit vertretenen gegenteiligen Auffassung, sucht man in dem Beschluss indes vergebens. Dies lässt sich allerdings damit erklären, dass es in der Entscheidung im 96. Band nicht um die hier erörterte Divergenz von Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG, sondern um § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG (sog.

⁴⁸ So auch *Voßkuhle*, in: Huber/*Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 123.

⁴⁹ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 718; *Söhn*, in: FS 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 292 (302); *Babel*, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, 1965, S. 62.

⁵⁰ *Renck*, JZ 1964, 249 (249).

⁵¹ *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 58; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 287.

⁵² *Lerche*, in: FS Jauch, 1990, S. 121 (122).

⁵³ So aber *Lechner/Zuck*, BVerfGG, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 76 Rn. 30.

⁵⁴ Vgl. *Schenke*, in: FS E. Klein, 2013, S. 453 (454 f.).

⁵⁵ BVerfGE 1, 184 (196); 6, 104 (110).

⁵⁶ = Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG n.F.

⁵⁷ = Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG n.F.

⁵⁸ BVerfGE 96, 133 (137).

Normbestätigungsverfahren) ging.⁵⁹ Das BVerfG hat in dieser Entscheidung das aus § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG abgeleitete Erfordernis eines „objektiven Klarstellungsinteresses“ dahingehend präzisiert, dass dieses nur gegeben sei, wenn „die Geltung der Norm *ausschließlich*⁶⁰ darum in Frage gestellt wird, weil sie mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar sei“⁶¹, woran es im konkreten Fall fehlte. Bevor das Gericht aber diese Präzisierung vornehmen konnte, erscheint es dogmatisch folgerichtig, zumindest kurz die Verfassungsmäßigkeit von § 76 BVerfGG festzustellen. Auch den Richtern wird die Kontroverse um § 76 Abs. 1 Nr. 1 GG bekannt gewesen sein. Es ist jedoch einleuchtend, dass sich das Gericht in einem Verfahren, in welchem lediglich § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG sedes materiae war, nicht zur Problematik des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG verhielt. Auch in der Folgezeit bestand für das Gericht kein Anlass, sich zur Verfassungsmäßigkeit des § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG einzulassen, da dessen Voraussetzungen stets erfüllt waren.⁶²

Insofern gilt auch für die Fallbearbeitung: Hält der Antragsteller die zur Prüfung gestellte Norm für nichtig, kann ein Streitentscheid dahinstehen, da dann alle Ansichten zu dem Ergebnis gelangen, dass ein tauglicher Antragsgrund vorliegt. Meldet der Antragsteller hingegen bloße Zweifel an oder liegen Meinungsverschiedenheiten vor, so bedarf es eines Streitentscheids zwischen der ersten und dritten Ansicht. Die anderen Auffassungen gelangen hier indessen stets zum selben Ergebnis.

Vorzugswürdig ist die Ansicht, welche § 76 BVerfGG für teilnichtig hält:

Zunächst erscheint es sowohl nach dem allgemeinen als auch nach dem juristischen Sprachgebrauch äußerst fernliegend, das Erfordernis des „für nichtig“ halten als eine konkretere Form des Zweifelns zu verstehen. Die Formulierung „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“ in Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG ist vielmehr abschließend und keiner Konkretisierung zugänglich, sodass hier auch nicht die Konkretisierungsbefugnis des Gesetzgebers zum Tragen kommen kann.⁶³ Unabhängig davon ist ein „für nichtig“ halten im Sinne einer eindeutigen Überzeugung mehr als ein bloßes Zweifeln, bei welchem stets eine Ungewissheit mitschwingt. Insofern verschärft § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG die Anforderungen des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG und konkretisiert sie nicht.

Zudem zeigt ein genauerer Blick auf das Gesetzgebungsverfahren zu § 76 BVerfGG, dass sich der Gesetzgeber wohl bewusst war, dass die Norm zu einer Einschränkung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG führen würde. So machte der Abgeordnete *Dr. Arndt* (SPD) in der 52. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG eine „Einschränkung des Antragsrechts“ darstelle, für die es „keinen inneren Grund“ gebe und die „mit Art. 93 GG⁶⁴ nicht vereinbar“ sei.⁶⁵ Der Vertreter des Justizministeriums und spätere Verfassungsrichter *Dr. Geiger* verteidigte die Norm zwar⁶⁶, sprach aber selbst davon, dass eine „Einschränkung gemacht worden“ sei, welche jedoch nötig wäre, „um nur das Notwendige vor das Bundesverfassungs-

⁵⁹ Vgl. *Graßhof*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2022, § 76 Rn. 31.

⁶⁰ *Hervorhebung* im Original.

⁶¹ BVerfGE 96, 133 (138).

⁶² Z.B. BVerfGE 119, 394 (409); 122, 1 (17); 136, 9 (22 Rn. 13 f.); 140, 65 (74 Rn. 12).

⁶³ *Leibholz/Rupperecht*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar*, 1968, § 76 Rn. 4, sehen Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG indes dezidiert als eine „einer Ausführung bedürftige[...]“ Norm an, sodass § 76 BVerfGG von der Konkretisierungsbefugnis des Gesetzgebers gedeckt sei.

⁶⁴ = Art. 94 GG n.F.

⁶⁵ Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1949, Teil VI, S. 37.

⁶⁶ Insofern verwundert es nicht, dass *Geiger* § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG in seiner Kommentierung zum BVerfGG für verfassungskonform hält, siehe *Geiger*, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* vom 12. März 1951, 1952, § 76 Anm. 8.

gericht zu bringen“.⁶⁷ Ungeachtet des Umstandes, dass die Meinung einer einzelnen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Person über Sinn und Bedeutung einer Norm für ihre Auslegung kein maßgeblicher Gesichtspunkt sein kann⁶⁸, zeigt sich nichtsdestoweniger, dass der Gesetzgeber § 76 BVerfGG zwar mehrheitlich mit Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG für vereinbar hielt, in der Bestimmung aber keineswegs eine Konkretisierung, sondern vielmehr eine, nach seiner Sicht eher unerhebliche und daher zulässige, Einengung des Antragsgrundes erblickte.

Zuletzt darf in der Argumentation der Zweck der abstrakten Normenkontrolle nicht außer Acht gelassen werden, welche „der Wahrung einer verfassungsmäßigen Rechtsordnung“⁶⁹ dient und ein „objektives Verfahren zum Schutze der Verfassung“⁷⁰ ist. Erklärt man nun § 76 Abs. 1 BVerfGG zum einzig relevanten Maßstab hinsichtlich des Antragsgrundes, so kann eine Sachentscheidung in all denjenigen Fällen, in denen einer der Antragsberechtigten zwar (womöglich tiefgreifende) Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes hat, diese aber nicht so stark sind, dass man von einem „für nichtig“ halten sprechen kann, nicht ergehen. Dies dürften in der politischen Praxis nicht ganz wenige Fälle sein. Denn nur weil einer der Antragsberechtigten (z.B. die mehr als ein Viertel der Mitglieder des Bundestages ausmachende Opposition) ein Gesetz politisch kategorisch ablehnt, bedeutet dies nicht automatisch, dass er von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt ist. Eine entschiedene politische Ablehnung kann vielmehr auch mit bloßen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes verbunden sein. Diese Zweifel sind dann wiederum einer der Gründe für die Ablehnung. In Konstellationen, in den bloße Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten vorliegen, könnte die abstrakte Normenkontrolle ihre in Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG selbst angelegte Funktion zumindest nicht mehr vollständig erfüllen. Dies gilt es zu vermeiden.

Die Besorgnis, es könnte bei alleiniger Zugrundelegung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG zu einer Häufung von Anträgen im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kommen, kann aus drei Gründen nicht überzeugen. Erstens gewährt Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG, indem er den Kreis der Antragsberechtigten eng und abschließend festlegt und als Antragsgrund „Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel“ verlangt, bereits selbst Schutz vor der Erhebung missbräuchlicher Anträge.⁷¹ Zweitens müssen die Zweifel, die gegen die zur Prüfung vorgelegte Norm oder das Gesetz bestehen, praktische Relevanz haben und dürfen nicht bloß akademischer Natur sein.⁷² Ein bloßes Interesse an politischem Schlagabtausch genügt ausdrücklich nicht.⁷³ Drittens bietet die Anzahl der vom BVerfG in der Vergangenheit entschiedenen abstrakten Normenkontrollverfahren keinen Anlass zur Sorge, dass es durch diese zu einer (noch stärkeren) Überlastung des Gerichts kommen könnte.⁷⁴ Die Vorhersage des

⁶⁷ Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1949, Teil VI, S. 37.

⁶⁸ Siehe nur BVerfGE 1, 299 (299 f. Ls. 2, 312); 6, 55 (75).

⁶⁹ *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 229; zu weit dürfte dagegen der Vorschlag von *Holzer*, Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, 1978, passim gehen, welcher u.a. aus dem Charakter der Normenkontrolle ableitet, dass diese (schon de lege lata) auch präventiv, d.h. vor Inkrafttreten des zu prüfenden Gesetzes, möglich sein sollte.

⁷⁰ BVerfGE 1, 396 (407); vgl. auch BVerfGE 2, 213 (217); 20, 350 (351); 52, 63 (80); 79, 311 (326).

⁷¹ *Söhn*, in: FS 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 292 (301).

⁷² BVerfGE 12, 205 (221); *Löwer*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 61.

⁷³ *Rozek*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 52. Lfg., Stand: September 2017, § 76 Rn.44 m.w.N.

⁷⁴ Überblick über die Zahl der bis 1976 entschiedenen Verfahren bei *Holzer*, Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, 1978, S. 87 Fn. 170; siehe für die letzten Jahre die Grafik im [Jahresbericht des BVerfG 2024](#), S. 56 (zuletzt abgerufen am 19.5.2024).

Abgeordneten Dr. Arndt aus dem Jahr 1949, dass die Antragsberechtigten „nicht zum Vergnügen Prozesse führten“⁷⁵, hat sich bisher somit (im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle) bewahrheitet.

IV. Parteifähigkeit im Organstreitverfahren

Eine weitere Normendivergenz zwischen GG und BVerfGG tritt im Hinblick auf die Parteifähigkeit im Organstreitverfahren zutage.

1. Problemaufriss

Gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG entscheidet das BVerfG „über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind“. Dahingegen statuiert § 63 BVerfGG:

„Antragsteller und Antragsgegner können nur sein: der Bundespräsident, der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung und die im Grundgesetz oder in den Geschäftsordnungen des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe.“

Da die Normendivergenz hier nicht so offensichtlich wie im oben erörterten Fall der abstrakten Normenkontrolle ist, sollen einige Beispiele der Verdeutlichung dienen.⁷⁶

2. Unproblematische Konstellationen

Vorab sei für den aufmerksamen Leser der Gesetzestexte darauf hingewiesen, dass die Formulierung in § 63 BVerfGG, wonach ein Organteil sowohl in der Geschäftsordnung des Bundestages als auch in der des Bundesrates („und“) mit eigenen Rechten ausgestattet sein muss, ein offenkundiges Redaktionsversehen des Gesetzgebers ist.⁷⁷ Es genügt, wenn der Organteil entweder in der Geschäftsordnung des Bundestages *oder* in der des Bundesrates über eigene Rechte verfügt.

Unproblematisch ist das Verhältnis von Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG in all jenen Fällen, in denen sich Antragsteller und Antragsgegner unmittelbar aus beiden zuvor genannten Normen ergeben. Dies ist zunächst immer dann der Fall, wenn Bundespräsident, Bundestag, Bundesrat oder die Bundesregierung Antragsteller bzw. Antragsgegner sind. Es handelt sich bei allen um oberste Bundesorgane i.S.d. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und sie sind zudem ausdrücklich in § 63 BVerfGG genannt. Gleiches gilt für den häufigen Fall, dass eine Bundestagsfraktion Antragsteller ist. Eine solche ist eine ständig vorhandene Gliederungseinheit des Bundestages und somit ein Organteil.⁷⁸ Zudem verleiht die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GOBT) den Fraktionen verschiedenen Rechte (siehe z.B. §§ 12 und 76 Abs. 1 GOBT), sodass die Voraussetzungen des § 63 BVerfGG erfüllt sind. Gleiches gilt im Hinblick auf Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG: Fraktionen sind in der Geschäftsordnung eines ober-

⁷⁵ Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1949, Teil VI, S. 38.

⁷⁶ Das eine Normendivergenz besteht ist – soweit ersichtlich – unstrittig. Lediglich *Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, § 63 Anm. 3 versteht den Begriff „anderer Beteiligter“ dahingehend, dass es sich hierbei nur um Teile eines Verfassungsorgans handeln könne und verneint demnach eine Normendivergenz.

⁷⁷ *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 15 Fn. 80.

⁷⁸ St.Rspr. seit BVerfGE 2, 143 (160); siehe noch z.B. BVerfGE 20, 56 (104); 67, 100 (124); 113, 113 (120).

ten Bundesorgans (des Bundestages) mit eigenen Rechten ausgestattet und somit ein „anderer Beteiligter“.

3. Problematische Konstellationen

Problematisch ist das Verhältnis von Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG hingegen vor allem in den folgenden Fällen:

Leitet ein einzelner Abgeordneter ein Organstreitverfahren ein, ist er „anderer Beteiligter“ i.S.d. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG (denn jeder Abgeordneter ist bereits qua seines verfassungsrechtlichen Status⁷⁹ gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG mit zahlreichen Rechten ausgestattet; auf die Statuierung von zusätzlichen Rechten in der GOBT [z.B. § 16 Abs. 1, 31 Abs. 1 S. 1, 105 S. 1] kommt es somit nicht entscheidend an). Legt man hingegen § 63 BVerfGG zugrunde, ist die Parteifähigkeit, da der Abgeordnete keine ständig vorhandene Gliederungseinheit des Bundestages und damit kein Organteil ist⁷⁹, zu verneinen. Gleiches gilt für den Fall, dass eine politische Partei als Antragsteller auftritt.⁸⁰ Über Art. 21 Abs. 1 S. 1 werden die politischen Parteien verfassungsunmittelbar mit Rechten ausgestattet und sind somit andere Beteiligte i.S.d. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG. Da Parteien aber offensichtlich weder eines der in § 63 BVerfGG genannten obersten Bundesorgane noch ein Teil davon sind, wäre ihre Parteifähigkeit bei alleiniger Zugrundelegung dieser Norm demnach zu verneinen.

Ein weiterer Fall, in dem die Normdivergenz Relevanz erlangt, liegt vor, wenn die Bundesversammlung Antragsteller oder Antragsgegner ist. Es handelt sich bei dieser zwar um ein oberstes Bundesorgan⁸¹ i.S.d. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG, indes ist die Bundesversammlung nicht in der Aufzählung des § 63 BVerfGG enthalten.

Für die Frage, wie die dargestellte Divergenz zwischen Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG aufzulösen ist, gibt es zwei verschiedene Ansätze.

a) Geltungserhaltung des § 63 BVerfGG

Nach der überwiegenden Ansicht ist § 63 BVerfGG dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass der Kreis der sich unmittelbar aus Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG ergebenden Beteiligtenfähigen durch die Norm nur erweitert, aber nicht eingengt werden kann, sodass in Zweifelsfällen allein Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG maßgeblich ist.⁸² Die Formulierungen und Begründungsansätze unterscheiden sich freilich: Teils wird § 63 BVerfGG als Teilregelung gesehen⁸³, welche nicht abschließend sei⁸⁴, teils ist davon die Rede, dass § 63 BVerfGG unter Rückgriff auf Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG ergänzt werden müsse.⁸⁵

⁷⁹ St.Rspr. seit BVerfGE 2, 143 (160); siehe noch z.B. BVerfGE 90, 286 (343); 123, 267 (337); 124, 161 (184).

⁸⁰ Auf die Problematik, dass Parteien vom BVerfG in st.Rspr. in bestimmten Konstellationen auf den Organstreit, in anderen auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen werden, kommt es hier nicht weiter an. Siehe hierzu statt vieler (kritisch) *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 206 ff.

⁸¹ BVerfGE 136, 277 (299 Rn. 58 f.).

⁸² *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 45; *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl. 2024, § 63 Rn. 7; *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 18 Rn. 13; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1026; *Grote*, Der Verfassungsorganstreit, 2010, S. 97 f.; *Erichsen*, Jura 1990, 670 (671); *C. Arndt*, AöR 87 (1962), 197 (227).

⁸³ *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 45.

⁸⁴ Offengelassen von BVerfGE 1, 208 (222); implizit BVerfGE 13, 54 (81), explizit nunmehr BVerfGE 136, 277 (299 Rn. 59); 143, 1 (9 Rn. 31).

⁸⁵ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1026; *Grote*, Der Verfassungsorganstreit, 2010, S. 97 f.

b) Teilnichtigkeit des § 63 BVerfGG

Nach einer anderen Ansicht ist § 63 BVerfGG verfassungswidrig und damit teilnichtig, sofern durch das Wort „nur“ der Kreis der gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG Beteiligtenfähigen eingeengt wird.⁸⁶

c) Stellungnahme

Für die Fallbearbeitung ist zunächst festzuhalten, dass es einer Auseinandersetzung mit der Problematik nur in den Konstellationen bedarf, in denen sich die Parteifähigkeit eines Antragstellers oder Antragsgegners nur aus dem GG, nicht aber aus dem BVerfGG ergibt. Selbst für diese Fälle sei aber nochmals darauf hingewiesen (siehe bereits oben I.), dass die Schwerpunkte der Prüfung regelmäßig an anderer Stelle liegen und somit eine seitenlange Darstellung und Entscheidung des Meinungsstreits verfehlt wäre.

Zunächst ist zu beachten, dass das regelmäßig bemühte und zweifellos korrekte Argument, dass eine einfachrechtliche Norm eine Verfassungsbestimmung nicht einzuschränken vermag⁸⁷, an dieser Stelle nicht passt, da beide Ansichten genau diesen Umstand erkennen und ihm lediglich unterschiedlich Rechnung tragen möchten.

In der Literatur wird des Öfteren ausgeführt, § 63 BVerfGG sei einerseits enger, andererseits aber auch weiter als Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG.⁸⁸ Dies insinuiert, es gäbe Konstellationen, in denen die Parteifähigkeit nach § 63 BVerfGG zu bejahen, nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG aber zu verneinen wäre, mithin (neben der unzweifelhaft gegebenen Einengung) auch eine Ausdehnung der Parteifähigkeit durch § 63 BVerfGG stattfinden würde. Dem ist jedoch nicht so: Der Kreis der nach § 63 BVerfGG Beteiligtenfähigen stellt vielmehr lediglich eine Teilmenge des Kreises der nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG Beteiligtenfähigen dar.⁸⁹ Dies erklärt sich daraus, dass jeder Organteil i.S.d. § 63 BVerfGG stets auch „anderer Beteiligter“ i.S.d. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG ist.⁹⁰

Dies gilt auch für den Fall, dass ein Organteil ein Recht des Organs, dem es angehört, in Prozessstandschaft geltend macht. Eine solche Prozessstandschaft (welche erst auf der Prüfungsebene „Antragsbefugnis“ relevant wird) ist gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG möglich, setzt jedoch voraus, dass der Organteil gem. § 63 BVerfGG beteiligtenfähig ist, d.h. im GG oder in der Geschäftsordnung des Bundestags oder Bundesrats mit eigenen Rechten ausgestattet ist. Vor dem Hintergrund, dass der Organteil im Falle der Prozessstandschaft keine eigenen Rechte geltend macht, kann es durchaus widersinnig erscheinen, dass ihm solche zustehen müssen, um beteiligtenfähig zu sein. Insofern könnte man eine teleologische Reduktion des § 63 BVerfGG dahingehend erwägen, dass der Organteil in Fällen der Prozessstandschaft nicht über eigene Rechte in GG oder GOBT bzw. GOBR verfügen muss. In diesem

⁸⁶ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2025, Rn. 422; Voßkuhle, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 101; Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 202; Müller/Etzig, NVwZ 2018, 549 (550); Engels, Jura 2010, 421 (422); Maurer, JuS 1992, 296 (296 f.); implizit auch Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 15 sowie Umbach, in: FS Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1235 (1252).

⁸⁷ So für den hiesigen Fall Löwer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 17; Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, 1961, S. 78.

⁸⁸ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 198; Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 201; Löwer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 17.

⁸⁹ Vgl. Grote, Der Verfassungsorganstreit, 2010, S. 426.

⁹⁰ Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl. 2024, § 63 Rn. 26; Schorkopf, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 63 Rn. 33; Burkiczak, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 208. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 93 Rn. 237; Grote, Der Verfassungsorganstreit, 2010, S. 106.

Fall wäre § 63 BVerfGG tatsächlich „weiter“ als Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG. Allerdings könnte diese Vorgehensweise aus zwei Gründen nicht überzeugen. Zunächst kann man das unmittelbar in § 64 Abs. 1 BVerfGG vorgesehene Instrument der (gesetzlichen) Prozessstandschaft bereits mittelbar in Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG verankert sehen⁹¹, sodass theoretisch auch eine teleologische Reduktion des Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG dahingehend denkbar wäre, dass Organteile in Fällen der Prozessstandschaft auch dann beteiligtenfähig sind, wenn sie weder in GG noch in GOBT/GOBR über eigene Rechte verfügen. Zweitens, und dies ist der wesentliche Aspekt, sind die Eigenschaft als Organteil und das Bestehen eigener Rechte in GG oder GOBT/GOBR untrennbar miteinander verbunden. Es gibt mithin keinen Organteil, welcher nicht auch über eigene Rechte in GG oder GOBT/GOBR verfügen würde. Die Einordnung eines bestimmten Gremiums als „Organteil“ wird vielmehr vom BVerfG regelmäßig davon abhängig gemacht, ob ihm eigene Rechte zustehen oder nicht. Schon in seiner grundlegenden Entscheidung zur Beteiligtenfähigkeit von Fraktionen stellte das Gericht 1953 maßgeblich darauf ab, dass Organteile nur „ständige Gliederungen“ sein könnten, welche mit eigenen Rechten ausgestattet seien.⁹² In seiner Entscheidung zur Beteiligtenfähigkeit der „Fraktion im Ausschuss“ begründete das BVerfG die Stellung dieser als Organteil ebenfalls damit, dass sie „nach der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages mit eigenen Rechten ausgestattet“ sei.⁹³ Gleiches gilt für den Bundestagspräsidenten: er ist Organteil, „weil er in Art. 40 Abs. 2 GG und in § 7 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages mit eigenen Rechten ausgestattet ist.“⁹⁴ Es ist somit weder eine teleologische Reduktion des § 64 Abs. 1 BVerfGG noch des Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG nötig, denn ein Organteil verfügt stets über eigene Rechte in GG oder GOBT/GOBR und ist somit stets beteiligtenfähig. Auch in diesem Fall geht § 63 BVerfGG somit nicht über Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG hinaus. Diese Erkenntnis ist deshalb relevant, weil teilweise geltend gemacht wird, es bedürfe der Geltungserhaltung des § 63 BVerfGG (im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung), da dieser teilweise weiter als Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG sei.⁹⁵ Wenn dies aber, wie eben gezeigt, nicht der Fall ist, so besteht kein zwingender Grund für eine Geltungserhaltung. Im Gegenteil sprechen mehrere Gründe gegen eine solche verfassungskonforme Auslegung.

Ein Blick auf die Genese des § 63 BVerfGG ist zunächst nur bedingt ergiebig. Der Bundesrat erkannte das Problem der Einengung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG und wollte dem dadurch begegnen, dass die ursprüngliche Formulierung „Minderheiten“ des Regierungsentwurfs in „Teile dieser Organe“ umgeändert wird.⁹⁶ Diese Anregung wurde auch umgesetzt, ohne dabei freilich das Problem der Normendivergenz vollständig zu beseitigen. So ging auch die Begründung des Regierungsentwurfs⁹⁷ nicht auf das problematische Verhältnis des § 63 BVerfGG zu Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG ein. Lediglich der Abgeordnete Kiesinger (CDU) machte in den Ausschussverhandlungen auf die Problematik ausdrücklich aufmerksam⁹⁸, ohne dass dies jedoch Anklang gefunden hätte.

⁹¹ Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 50. Lfg., Stand: Januar 2017, § 64 Rn. 75.

⁹² BVerfGE 2, 143 (160).

⁹³ BVerfGE 67, 100 (124).

⁹⁴ BVerfGE 27, 152 (157 – *Hervorhebung durch den Verf.*).

⁹⁵ So explizit Barczak, in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, § 63 Rn. 23.

⁹⁶ Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1949, Teil VI, S. 3.

⁹⁷ Abgedruckt in: Grundlegung der Verfassungsgerichtbarkeit. Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1984, S. 85 ff., hier S. 95 f.

⁹⁸ Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1949, Teil VI, S. 4.

Sodann ist erneut an die Grenzen verfassungskonformer Auslegung zu erinnern: die Möglichkeit einer solchen findet ihre Grenze dort, „wo sie mit dem Wortlaut der Norm und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde“. ⁹⁹ § 63 BVerfGG ist mit der Formulierung „Antragsteller und Antragsgegner können *nur* sein“ aber denkbar eindeutig. Parteifähig sind demnach ausschließlich die in § 63 BVerfGG genannten vier obersten Bundesorgane sowie ihre Teile. Es ist geradezu eine Verkennung der Bedeutung einer abschließenden Aufzählung, die Norm dahingehend zu deuten, dass es sich um eine bloß beispielhafte ¹⁰⁰ bzw. nicht abschließende Aufzählung ¹⁰¹ handle. Eine solche Deutung wäre mithin mit den anerkannten Auslegungsmethoden unvereinbar. ¹⁰²

Es ist somit festzuhalten, dass eine Auslegung, welche die Aufzählung in § 63 BVerfGG als nicht abschließend begreift, *contra legem* und somit unzulässig wäre. Für eine verfassungskonforme Auslegung besteht damit schlechthin kein Raum. ¹⁰³ § 63 BVerfGG ist, soweit er den Kreis der gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG Beteiligtenfähigen durch das Wort „nur“ einschränkt, verfassungswidrig und nichtig.

V. Konsequenzen

Nachdem somit nach vorzugswürdiger Auffassung §§ 63 und 76 BVerfGG verfassungswidrig und nichtig sind, stellt sich die praktische Frage, ob das BVerfG überhaupt befugt ist, Normen des BVerfGG ohne ausdrücklichen Antrag im Rahmen eines laufenden Verfahrens für verfassungswidrig zu erklären (1.). Bejaht man dies, ist sodann zu ergründen, warum dies bisher nicht geschehen ist (3.), wobei zuvor kurz auf das Spannungsverhältnis zwischen GG – BVerfGG – Gesetzgeber – BVerfG eingegangen werden soll (2.).

Die folgenden Aspekte gehen über das notwendige Prüfungswissen hinaus und sind somit in einer etwaigen Prüfungsleistung nicht zu thematisieren. Gleichwohl können sie zu einem profunderen Verständnis der zuvor dargelegten Probleme beitragen und den Blick dafür schärfen, wie Rechtsprobleme, welche in Literatur und Rechtsprechung bisher kaum behandelt wurden, durch Anwendung der gängigen juristischen Auslegungsmethoden einer akzeptablen Lösung zugeführt werden können.

1. Befugnis des BVerfG zur Nichtigerklärung von Normen des BVerfGG ohne ausdrücklichen Antrag

Wie jedes andere Gericht kann auch das BVerfG nur auf einen Antrag hin tätig werden, wobei dieser den Prüfungsgegenstand begrenzt. Insofern stellt sich, auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes „*ne ultra petita*“, die Frage, ob das Gericht befugt ist, im Rahmen eines Verfahrens Normen des BVerfGG, auf deren Verfassungsmäßigkeit es im konkreten Fall entscheidungserheblich ankommt, für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. ¹⁰⁴ Diese Frage würde sich z.B. dann stellen, wenn im

⁹⁹ BVerfGE 130, 372 (398) m.w.N.

¹⁰⁰ So *Barczak*, in: *Barczak*, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, § 63 Rn. 50.

¹⁰¹ So z.B. *Grote*, *Der Verfassungsorganstreit*, 2010, S. 97; *Leibholz/Rupprecht*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Rechtsprechungskommentar, 1968, § 63 Rn. 1.

¹⁰² *Lechner/Zuck*, *BVerfGG*, Kommentar, 8. Aufl. 2019, vor §§ 63 ff. Rn. 7.

¹⁰³ *Hillgruber/Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 6. Aufl. 2025, Rn. 426; *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz*, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 202; *Engels*, *Jura* 2010, 421 (422).

¹⁰⁴ Dass eine Norm des BVerfGG jemals Antragsgegenstand einer abstrakten Normenkontrolle sein wird, ist höchst unwahrscheinlich. Hier wäre das BVerfG zweifelsohne zu einer Nichtigerklärung befugt.

Verfahren der abstrakten Normenkontrolle der Antragsteller lediglich Zweifel an der Verfassungskonformität des zur Prüfung gestellten Gesetzes anmeldet und das Gericht, entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung, zu dem Schluss kommt, § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG stelle keine zulässige Konkretisierung des Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG dar (siehe dazu oben III.). Gleiches würde im Organstreitverfahren gelten, wenn beispielsweise ein einzelner Bundestagsabgeordneter einen Antrag stellt und das Gericht, wiederum entgegen seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung, § 63 BVerfGG nunmehr als abschließende Aufzählung betrachten würde. Die im Folgenden erörterte Frage hat indes auch praktische Bedeutung, da es noch weitere Normen des BVerfGG gibt, deren Verfassungsmäßigkeit zweifelhaft ist und die in Zukunft relevant werden könnten, so z.B. die Frage, ob über den Wortlaut des Art. 18 GG hinaus auch das aktive und passive Wahlrecht gem. § 39 Abs. 2 BVerfGG aberkannt werden kann.¹⁰⁵

a) Positivrechtliche Regelung de lege lata?

Zunächst ist zu prüfen, ob es positivrechtliche Bestimmungen gibt, welche eine Antwort auf die aufgeworfene Frage geben können.

Im Organstreit ergeht die Entscheidung des BVerfG im Feststellungstenor.¹⁰⁶ Zu einer Nichtigklärung von Gesetzen ist es, wie schon der eindeutige Wortlaut des § 67 S. 1 BVerfGG zeigt, in diesem Verfahren unter keinen Umständen befugt.¹⁰⁷ Bei der abstrakten Normenkontrolle können zwar gem. § 78 S. 2 BVerfGG „weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes“ für nichtig erklärt werden. Jedoch zeigt auch hier der Wortlaut unmissverständlich, dass es sich um Normen des Gesetzes handeln muss, welches der Antragsteller als Antragsgegenstand benannt hat. Auch für das Verfahren der (Rechtsatz-)Verfassungsbeschwerde bietet der Wortlaut des § 95 Abs. 3 BVerfGG nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass das BVerfG ohne Antrag eine Norm des BVerfGG für nichtig erklären darf.

Es zeigt sich somit, dass es keine positivrechtliche Bestimmung im GG oder BVerfGG gibt, welche eine Antwort auf die hier interessierende Frage geben könnte. Insofern sind systematische und teleologische Aspekte heranzuziehen.

b) Vorlage an den jeweils anderen Senat in Analogie zu Art. 100 Abs. 1 GG?

Man könnte in Erwägung ziehen, dass der Senat, welcher eine Norm des BVerfGG im Rahmen eines laufenden Verfahrens für verfassungswidrig hält, gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG analog die Frage zur Entscheidung dem anderen Senat vorlegt.¹⁰⁸ Dieser könnte dann gem. §§ 82, 78 S. 1 BVerfGG die Norm für nichtig erklären. Für eine solche Vorgehensweise spricht, dass es ein schwer vermittelbares Ergebnis wäre, wenn das BVerfG als „oberste[r] Hüter der Verfassung“¹⁰⁹, welchem zudem das Verwerfungsmonopol zukommt, eine entscheidungserhebliche Norm, obwohl es von deren Verfassungswidrigkeit überzeugt ist, nicht verwerfen kann.

Indes ist Folgendes zu bedenken:

¹⁰⁵ Verneinend z.B. *Schmitt Glaeser*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, 2009, § 74 Rn. 33 sowie *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 3 Rn. 16; bejahend z.B. *Peterek*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 39 Rn. 14 und *Höfling/Krings*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 58. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 18 Rn. 63.

¹⁰⁶ *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl. 2024, § 67 Rn. 3.

¹⁰⁷ Siehe nur BVerfGE 20, 119 (129); 151, 58 (65 Rn. 14) m.w.N.

¹⁰⁸ Befürwortend *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2025, Rn. 62.

¹⁰⁹ Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JÖR n.F. 6 (1957), 144.

Nehmen wir an, der Senat, dem gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG analog eine Norm des BVerfGG vorgelegt wurde, kommt zu dem Ergebnis, dass diese mit dem GG in Einklang steht. Der vorliegende Senat wäre im konkreten Fall an diese Entscheidung gebunden und müsste die Norm, obwohl er sie selbst für verfassungswidrig hält, anwenden. Wenn jedoch dieselbe Norm in einem Folgeverfahren vor demselben Senat erneut zur Anwendung kommen soll, stellt sich die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit erneut. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass ein Senat ein und dieselbe Norm des BVerfGG einmal für verfassungswidrig und einige Zeit später in einem Folgeverfahren für verfassungskonform hält. Eine erneute Vorlage an den anderen Senat in Analogie zu Art. 100 Abs. 1 GG kommt hier von vornherein nicht mehr in Betracht, denn nun liegt ein Fall des § 16 Abs. 1 BVerfGG vor:¹¹⁰ der eine Senat hält die Norm des BVerfGG (weiterhin) für verfassungswidrig, während der andere Senat in seiner vergangenen Entscheidung (auf die Vorlage hin) zu dem Ergebnis gelangte, dass die Norm verfassungskonform ist. Ungeschriebene Voraussetzung des § 16 Abs. 1 BVerfGG ist zwar, dass die Rechtsauffassung des anderen Senats, von der abgewichen werden soll, für dessen damalige Entscheidung tragend war¹¹¹, wobei eine Rechtsauffassung tragend ist, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass das konkrete Ergebnis nach dem Gedankengang der Entscheidung entfiel.¹¹² Dies wird jedoch hier unproblematisch der Fall sein, denn die Entscheidung des anderen Senats hatte ja einzig und allein die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Norm des BVerfGG zum Gegenstand, sodass die diesbezügliche Rechtsauffassung stets tragend sein wird.

Insofern erweist sich der Weg über eine analoge Anwendung des Art. 100 Abs. 1 GG, da er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit früher oder später zu einer Anrufung des Plenums führen wird, als umständlich und wenig effizient.¹¹³

Darüber hinaus lässt sich der Entstehungsgeschichte des Art. 100 GG¹¹⁴ nicht entnehmen, dass eine Vorlage des einen Senats an den anderen vom Anwendungsbereich der Norm mitumfasst sein sollte. So wird auch in der Literatur davon ausgegangen, dass das BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle nicht an sich selbst vorlegen kann, wobei dies so offensichtlich erscheint, dass es vielen Autoren noch nicht einmal eine Erwähnung wert ist. Diejenigen, welche den Aspekt thematisieren¹¹⁵, verneinen eine solche Befugnis dezidiert.

c) Inzidente Prüfung der Verfassungsmäßigkeit

Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass der Senat die Verfassungsmäßigkeit der infragestehenden Norm des BVerfGG inzident prüft und gegebenenfalls deren Verfassungswidrigkeit feststellt¹¹⁶, ohne diese jedoch förmlich für nichtig zu erklären.¹¹⁷ Das BVerfG würde in den Entscheidungsgründen ausführen, dass und weshalb die Norm des BVerfGG verfassungswidrig ist, wodurch sich der

¹¹⁰ Es sei denn, der andere Senat erklärt vorher gem. § 47 Abs. 2 GOBVerfG, dass er an seiner Rechtsauffassung nicht festhält, was aber ebenfalls fernliegend erscheint.

¹¹¹ BVerfGE 4, 27 (28); 96, 375 (404); 112, 50 (63).

¹¹² BVerfGE 132, 1 (3 Rn. 11).

¹¹³ Auf diese Problematik weist bereits *Maunz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, Erstbearbeitung 1971, Art. 100 Rn. 27, hin.

¹¹⁴ Zusammenfassung in *JöR* n.F. 1 (1951), 734 ff.

¹¹⁵ *Müller-Terpitz*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 46. Lfg., Stand: April 2015, § 80 Rn. 69; *Stern*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Zweitbearbeitung Juli 1967, Art. 100 Rn. 51.

¹¹⁶ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 796.

¹¹⁷ *Leibholz/Rupprecht*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, 1968, § 80 Rn. 17; *Müller-Terpitz*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 46. Lfg., Stand: April 2015, § 80 Rn. 69, hält hingegen eine förmliche Nichtigerklärung aus Gründen der Prozessökonomie und Rechtssicherheit für möglich.

Gesetzgeber de facto gezwungen sehen würde, diese zu ändern. Bis zu einer solchen Änderung oder im Falle ihres Unterbleibens könnte sich das BVerfG in Folgeverfahren auf diese Entscheidung berufen und die verfassungswidrige Norm schlicht nicht anwenden.

Für eine solche Vorgehensweise spricht, dass jedes Gericht und somit auch das BVerfG verpflichtet ist, die angewandten Normen inzident auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, was es auch schon mehrfach (wenn auch im Rahmen der Begründetheit) getan hat.¹¹⁸ Gelangt ein Gericht zu dem Schluss, dass eine Norm, auf die es entscheidungserheblich ankommt, verfassungswidrig ist, so legt es diese dem BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) vor. Da aber nach dem BVerfG keine Instanz mehr folgt, erscheint es folgerichtig, dass hier der jeweilige Senat selbst direkt die in Frage stehende Norm für verfassungswidrig erklären kann. Neben der Umständlichkeit der Vorlage an den jeweils anderen Senat sowie den damit, oben ausgeführten, Schwierigkeiten, erschließt sich zudem nicht, was durch eine solche Vorlage konkret gewonnen werden soll und weshalb eine analoge Anwendung des Art. 100 Abs. 1 GG einer Inzidentprüfung überlegen sein sollte.

Freilich findet auch dieser Weg keine direkte Stütze im GG oder BVerfGG, jedoch ließe sich die Verfahrensweise mit der Befugnis des BVerfG, Lücken des Verfassungsprozessrechts zu schließen, legitimieren.¹¹⁹

2. Das Verhältnis zwischen GG und BVerfGG sowie zwischen BVerfG und Gesetzgeber

Das Grundgesetz enthält im Hinblick auf das BVerfG und seine Verfahren nur einige wenige Regelungen in den Art. 93 f. GG. Insofern bedurfte es eines einfachen Gesetzes, welches Genaueres regelt. Mit dem BVerfGG ist der Gesetzgeber seinem Regelungsauftrag aus Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG nachgekommen. Die Normen des BVerfGG konkretisieren zunächst die Regelungen der Art. 93 f. GG, enthalten aber auch zusätzliche Bestimmungen, welche sich nicht bereits unmittelbar aus dem GG ergeben. Insofern kommt dem BVerfGG eine Komplementärfunktion zu. Hervorzuheben ist hierbei, dass das BVerfGG den Rang eines einfachen Gesetzes einnimmt und somit normhierarchisch unter dem GG steht, woraus folgt, dass es die unmittelbaren Regelungen des GG zwar konkretisieren und ergänzen, aber nicht einengen darf. Gleichwohl kann man das BVerfGG aufgrund seiner konstitutiven Bedeutung für die Arbeit und Funktionsfähigkeit des BVerfG als Verfassungsrecht im materiellen Sinne qualifizieren.¹²⁰ An dem Umstand, dass es als einfaches formelles Gesetz mit einer einfachen Mehrheit (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG) geändert werden kann, vermag dies jedoch nichts zu ändern.

Damit ist bereits das relevante Spannungsfeld ausgemacht: Das BVerfG benötigt das BVerfGG, um effektiv arbeiten zu können.¹²¹ Der Gesetzgeber kann dieses aber mit einfacher Mehrheit ändern und so erheblichen Einfluss auf das Gericht ausüben.¹²² Insofern hat zwar das BVerfG bei der Auslegung des GG das letzte Wort, kann aber Änderungen seines Verfahrensgesetzes durch den Gesetzgeber kaum verhindern.¹²³

¹¹⁸ Z.B. BVerfGE 2, 181 (193); 10, 332 (335).

¹¹⁹ Ulsamer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 7. Lfg., Stand: September 1979, § 80 Rn. 171.

¹²⁰ Barczak, in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, Einl. Rn. 95; Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, Einleitungsformel Anm. 2.

¹²¹ Laufer, FS Leibholz, Bd. 2, 1966, S. 427 (449).

¹²² Darauf weist bereits C. Arndt, in: FS Martin Hirsch, 1981, 423 (433), hin.

¹²³ Vgl. Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2025, Rn 38.

3. Umgang des BVerfG mit dem Spannungsverhältnis

Ist das Spannungsverhältnis somit erkannt, fragt sich, wie das BVerfG damit umgeht.

Das enorme Konfliktpotenzial, welches sich aus den Eigenheiten des BVerfGG ergibt, ist bislang noch nicht entbrannt. Dies kann zunächst auf ein besonnenes und vorsichtiges Verhalten des Gesetzgebers zurückgeführt werden. Dieser hat von seiner Möglichkeit, das BVerfGG zu ändern, schon einige Male Gebrauch gemacht. Indes hatten diese Änderungen bisher in keinem Falle ausdrücklich oder jedenfalls der Sache nach zum Ziel, die Befugnisse des BVerfG einzuschränken oder gar die Funktionsfähigkeit und Integrität des Gerichts zu torpedieren. Die jüngsten, im Dezember 2024 beschlossenen, Änderungen von GG und BVerfGG¹²⁴ haben das genaue Gegenteil zum Ziel und sollen die Resilienz des BVerfG stärken. Zudem beruhen einige vergangene Änderungen des BVerfGG darauf, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfortbildung durch das BVerfG positivrechtlich verankert hat, so z.B. die Unvereinbarkeitserklärung.¹²⁵ Zudem hört der Gesetzgeber das Gericht vor Änderungen des BVerfGG stets an und verfolgt Änderungspläne, sofern sich das BVerfG zu diesen kritisch oder gar ablehnend positioniert, regelmäßig nicht weiter fort.¹²⁶ Als Beispiel lässt sich die 1996 vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Kommission zur Entlastung des BVerfG anführen, welche 1998 ihren Abschlussbericht vorlegte und darin u.a. vorschlug, die Annahme von Verfassungsbeschwerden künftig in das Ermessen des Gerichts zu stellen. Obwohl keine öffentliche Stellungnahme seitens des BVerfG erfolgte, brachte es dennoch gegenüber dem Gesetzgeber zum Ausdruck, dass es die Vorschläge ablehne.¹²⁷ Wenig überraschend wurden diese dann auch nicht weiterverfolgt.

Diese Vorsicht und Besonnenheit auf Seiten des Gesetzgebers trifft spiegelbildlich auch auf das BVerfG und insbesondere dessen Umgang mit dem BVerfGG zu. Dabei soll hier die These aufgestellt werden, dass das BVerfG das BVerfGG bewusst mit Bedacht anwendet und auf die Nichtigerklärung von einigen Normen des Gesetzes verzichtet, um so nicht das seit Anfang an bestehende Gleichgewicht zwischen ihm und dem Gesetzgeber im Hinblick auf das Verfassungsprozessrecht zu (zer-)stören. Würde das BVerfG beginnen, Normen seines „Hausgesetzes“¹²⁸ für verfassungswidrig zu erklären, könnte dies auf Seiten des Gesetzgebers zu erheblichen Verstimmungen führen mit dem Resultat, dass dieser bei künftigen Änderungen des BVerfGG weniger Rücksicht auf die Wünsche und Einschätzungen des Gerichts nimmt. Auch das BVerfG wird sich bewusst sein, welchen enormen Einfluss der Gesetzgeber schon durch kleinste Änderungen am BVerfGG auf das Gericht nehmen kann und dies zu verhindern suchen.

Obwohl das BVerfGG nach dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 5 S. 1 GG „Verfassung und das Verfahren“ des BVerfG bestimmen soll, ist es selbst lückenhaft¹²⁹, was ihm bereits die Bezeichnung als „schlechtes Gesetz“¹³⁰ eingebracht hat. Das BVerfG versucht in Fällen, in denen das BVerfGG keine Regelung für eine prozessuale Frage bereithält, „die Rechtsgrundlagen für eine zweckentsprechende Gestaltung seines Verfahrens im Wege der Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht zu finden“.¹³¹ Es greift somit primär auf andere Prozessordnungen und damit auf positives, vom Gesetzgeber ver-

¹²⁴ Hierzu ausführlich *Britz*, NJW 2025, 609 ff. sowie *Karpenstein*, NVwZ 2025, 131 ff.

¹²⁵ Siehe dazu *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 64. Lfg., Stand: August 2024, vor § 17 Rn. 4.

¹²⁶ Kritisch dazu *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 24.

¹²⁷ Zu möglichen Gründen siehe *Papier*, in: FS Badura, 2004, S. 411 (416 ff.); *Benda*, NJW 2001, 2947 (2947) sowie ferner *Kirchberg*, NVwZ 1999, 375 (375 f.).

¹²⁸ Begriff von *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 15 Fn. 83.

¹²⁹ BVerfGE 2, 79 (84); *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 52.

¹³⁰ *Zuck*, NJW 1998, 3028 (3030).

¹³¹ BVerfGE 1, 109 (110 f.).

abschiedetes Recht zurück. Dies verhindert nicht, dass das Gericht in Fällen, in denen eine Analogiebildung nicht möglich ist,¹³² mitunter rechtsfortbildend tätig wird¹³³ und sich damit selbst Freiräume schafft. Dies war jedoch vom historischen Gesetzgeber intendiert.¹³⁴

Insgesamt kann man somit den Umgang des BVerfG mit dem beschriebenen Spannungsverhältnis, insbesondere vor dem Hintergrund der zu Beginn dargestellten Normendivergenzen, als durchweg pragmatisch qualifizieren. Ob das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber auch in der kommenden Zeit im Ergebnis so beständig und rücksichtsvoll wie in den letzten 75 Jahren bleibt, ist insbesondere angesichts möglicher Verschiebungen der politischen Kräfte offen.

¹³² Siehe hierzu mit einem Beispiel *Marsch*, AöR 137 (2012), 592 (601 ff.).

¹³³ So attestiert *Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht, 2014, S. 257 dem BVerfG auch einen kreativen Umgang mit dem Verfassungsprozessrecht.

¹³⁴ *Klein*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, S. 507 (508) m.w.N.

Schwerpunktklausur im Medizinrecht/ Examensübungsklausur: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?*

Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiter Andreas Freiwald, München**

Sachverhalt

Vadim (V) und seine beiden sechs- und dreijährigen Töchter Dascha (D) und Tanja (T) verbringen den Nachmittag auf einem Spielplatz, auf dem sich auch Gülsüm (G) mit ihrem sechsjährigen Sohn Sinan (S) aufhält. S und D spielen mit im Mülleimer gefundenen Murmeln (Durchmesser: 16 mm). Dabei wirft S auch Murmeln in den Sandkasten, was der danebenstehenden G nicht entgeht, die jedoch nichts unternimmt. Während V für einen Zeitraum von fünf Minuten abgelenkt ist durch ein Telefonat, das er – wie auch sonst bei Spielplatzbesuchen – mit einem Geschäftspartner führt, klettert T aus dem neben ihm stehenden Buggy und begibt sich zum 10 m entfernten Sandkasten. Zu diesem Zeitpunkt verteilt G am – deutlich von der Sandkiste entfernten – Picknicktisch Obst an D und S. T spielt ein paar Minuten unbeobachtet, findet zwei Murmeln, steckt sich eine davon in den Mund und verschluckt diese und bekommt keine Luft mehr. Erst als sie schon blau angelaufen ist und das Bewusstsein verloren hat, eilt V suchend über den Platz, entdeckt sie, dreht sie kopfüber, sodass die Murmel sich löst und ruft den Notarzt. Durch den Sauerstoffmangel hat T einen leichten hypoxischen Hirnschaden erlitten, der über Monate medizinisch behandelt werden muss. Die mittlerweile ebenfalls auf dem Spielplatz eingetroffene, von V getrennte, Mutter von T, Mascha (M), erleidet angesichts des Anblicks ihrer Tochter einen Kreislaufkollaps. Sie muss deshalb einen für den Folgetag vereinbarten Einsatz als Clown auf einem Kindergeburtstag (Honorar: 100 €) absagen.

V ist der Meinung, dass er nicht haftet, weil es doch wohl nicht sein könne, dass man innerhalb der Familie „dauernd hundert Prozent aufmerksam“ sein müsse.

Bearbeitungsvermerk

In einem Rechtsgutachten sind folgende Fragen zu prüfen.

Frage 1

Hat T Ansprüche gegen V und G auf Ersatz der Behandlungskosten?

* Bei den Fragen 1 und 2 handelt es sich um einen von zwei Teilen der studienabschließenden Prüfung, die im Termin 2024/2 im Schwerpunktbereich Medizinrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München gestellt wurde; auf diese beiden Fragen entfielen 75 % der Gesamtbewertung. Frage 3 erweitert die Aufgabenstellung um eine zivilprozessuale Fallgestaltung in diesem Kontext, sodass sich diese Klausur an Studierende des Schwerpunktbereichs Medizinrecht und Examenskandidaten richtet.

** Die Autorin Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Autor Andreas Freiwald ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Frage 2

Kann M von G Ersatz von 100 € verlangen?

Frage 3

Wie könnte T aktuell prozessual dagegen vorgehen, dass sich – vielleicht erst nach Jahren – zuverlässig feststellen lässt, ob sie bleibende kognitive Schäden zurückbehalten hat, die sie in ihrem schulischen und beruflichen Fortkommen behindern werden?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Ansprüche der T gegen V und G auf Ersatz der Behandlungskosten	481
A. Ansprüche der T gegen V	481
I. Aus § 1664 Abs. 1 BGB	481
1. § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage?	482
2. Sorgeberechtigter Elternteil	482
3. Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge.....	482
4. Verschulden	483
a) Einhaltung der eigenüblichen Sorgfalt.....	483
b) Lediglich leicht fahrlässiges Verhalten des V	483
c) Teleologische Reduktion der Vorschrift bei Verletzung der Aufsichtspflicht?	484
aa) Kein Raum für individuelle Sorgfalt?	484
bb) Anwendbarkeit des § 1664 Abs. 1 BGB und vermittelnder Lösungsvorschlag.....	484
5. Ergebnis.....	485
II. Aus § 823 Abs. 1 BGB	485
1. Ablehnung der Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht	485
2. Grundsätzliche Anwendbarkeit auch im Deliktsrecht.....	485
3. Ergebnis.....	485
III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB	485
IV. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB	486
B. Ansprüche der T gegen G.....	486
I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB	486
1. Aufsichtsbedürftige Person.....	486
2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S	486
a) Rechtsgutsverletzung der T	486
b) Verletzungshandlung des S	487

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

c) Haftungsausfüllende Kausalität.....	487
aa) Äquivalenztheorie.....	487
bb) Adäquanztheorie.....	487
cc) Schutzzweck der Norm	487
d) Rechtswidrigkeit	488
3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners	488
4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB.....	488
a) Kein Ausschluss der Pflichtverletzung der G wegen Verletzung der Aufsichts-	
pflicht durch V	488
b) Einzelfallabwägung anhand konkreter Umstände	489
5. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB	489
a) Art der Ersatzleistung, §§ 249 ff. BGB	489
b) Zurechenbarkeit des Schadens.....	489
c) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschulden, § 254 Abs. 1 BGB	489
aa) Eigene Obliegenheitsverletzung der T.....	490
bb) Zurechnung der Obliegenheitsverletzung des V	490
(1) Spiegelbildgedanke auch hier anwendbar (Rspr.)	490
(2) Differenzierung zwischen gesetzlichen Vertreter und Erfüllungs-	
gehilfe (Teile der Lit.)	491
d) Kürzung des Anspruchs nach den Regeln über die gestörte Gesamtschuld	491
aa) Vorliegen einer gestörten Gesamtschuld	491
bb) Auswirkungen auf den Anspruch der T gegen G.....	491
(1) Lösung zulasten G.....	491
(2) Lösung zulasten V	492
(3) Lösung zu Lasten T	492
(4) Streitentscheid	492
6. Ergebnis.....	493
II. Aus § 823 Abs. 1 BGB	493
III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB	493
Frage 2: Ansprüche der M gegen G auf Ersatz der 100 €.....	493
I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB	493
1. Aufsichtsbedürftige Person.....	494
2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S	494
a) Rechtsgutsverletzung der M	494
b) Verletzungshandlung	494

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

c) Haftungsbegründende Kausalität.....	494
aa) Äquivalenztheorie.....	495
bb) Adäquanztheorie.....	495
cc) Schutzzweck der Norm	495
(1) Pathologisch fassbarer Zustand.....	495
(2) Keine „schlechterdings nicht mehr verständliche“ Reaktion	496
(3) Naher Angehöriger oder enger Lebenspartner.....	496
d) Rechtswidrigkeit	496
3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners	496
4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB.....	496
5. Rechtsfolge, §§ 249 ff. BGB.....	496
a) Art der Ersatzleistung	496
b) Zurechenbarkeit des Schadens.....	497
c) Keine Kürzung des Anspruchs nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld ...	497
6. Ergebnis.....	497
II. Aus § 823 Abs. 1 BGB	497
III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB	497
Frage 3: Klageantrag.....	497
I. Klageantrag auf Leistung	497
1. Leistungsklage.....	497
2. Klage auf zukünftige Leistung, §§ 257-259 ZPO.....	498
II. Klageantrag auf Feststellung.....	498
1. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 BGB	498
2. Feststellungsinteresse.....	499
a) Feststellungsinteresse im Hinblick auf die Verjährungsgefahr	499
b) Keine Subsidiarität der Feststellungsklage	499
III. Ergebnis.....	500

Frage 1: Ansprüche der T gegen V und G auf Ersatz der Behandlungskosten

A. Ansprüche der T gegen V

I. Aus § 1664 Abs. 1 BGB

T könnte gegen V einen Anspruch aus § 1664 Abs. 1 BGB haben.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

1. § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage?

Zwar betrifft § 1664 Abs. 1 BGB dem Wortlaut nach nur einen Haftungsmaßstab. Mit der ganz h.M. ist die Vorschrift jedoch eigenständige Anspruchsgrundlage,¹ da die Eltern-Kind-Beziehung mit den allgemeinen Regeln des Schuldrechts nicht adäquat erfasst werden kann (a.A. vertretbar, siehe Ergänzende Anmerkung).

Ergänzende Anmerkung: Teilweise wird erwogen, in der elterlichen Sorge ein schuldrechtsähnliches Pflichtverhältnis der Rücksichtnahme zu sehen,² auf deren Grundlage Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 241 Abs. 2 BGB entstehen können. Wird § 1664 Abs. 1 BGB als eigenständige Anspruchsgrundlage begriffen, dürften Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufgrund Spezialität nicht bestehen („Konkurrenzlösung“).³

2. Sorgerechtigter Elternteil

§ 1664 Abs. 1 BGB begründet eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche des Kindes gegen seine Eltern, die das Sorgerecht innehaben. V ist als sorgerechtigter Vater (§ 1592 BGB i.V.m. § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB) ein Elternteil der T und damit passivlegitimiert.

3. Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge

Ferner müsste V in Ausübung der Personen- bzw. Vermögenssorge eine Pflicht verletzt haben (vgl. § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB), wobei hier allenfalls eine Pflichtverletzung in Ausübung der Personensorge (§ 1626 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) in Betracht kommt, indem V die T fünf Minuten während des Telefonats mit einem Geschäftspartner nicht beobachtete. V konnte in der Folge nicht mehr verhindern, dass sich T aus dem Buggy befreite und eine im Sandkasten befindliche Murmel verschluckte.

Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht (§ 1631 Abs. 1 BGB) beurteilen sich danach, was verständige Eltern in der konkreten Situation unter Berücksichtigung des Alters, der Eigenart und dem Charakter des Kindes, nach den vernünftigerweise an sie zu stellenden Anforderungen getan hätten.⁴ Zwar hat V, nachdem er T blau angelaufen und bewusstlos auffand, sofort reagiert. Ein vernünftiger Vater hätte sein dreijähriges Kind jedoch während eines Telefonats nicht unbeobachtet gelassen bzw. ein geschäftliches Telefonat schlicht unterlassen. Vor dem Hintergrund, dass die elterliche Sorge nicht nur dem Schutz des Kindes vor Gefährdung durch Dritte, sondern insbesondere auch vor Selbstgefährdungen dient, liegt in dem Telefonieren des V ohne Beobachtung der T eine Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge.

¹ Ganz h.M. und st.Rspr, vgl. nur BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 210/18 = FamRZ 2021, 518 (519); BGH, Beschl. v. 17.7.2019 – XII ZB 425/18 = NJW 2019, 3075 (3075); statt vieler Stimmen aus der Lit. und hinweisend auf die Doppelfunktion des § 1664 BGB *Huber*, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1664 Rn. 1 m.w.N. in Fn. 1.

² § 1664 Abs. 1 BGB ist dann nur Verschuldensmaßstab, in diese Richtung etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 58 Rn. 65; *Dethloff*, Familienrecht, 33. Aufl. 2022, § 13 Rn. 7.

³ Statt vieler auch mit alternativer Begründung *Eitzinger*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 1664 Rn. 4.

⁴ Dies ist die gängige Formulierung, vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 210/18 = FamRZ 2021, 518 (519); *Heilmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 1664 Rn. 16.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

4. Verschulden

Fraglich ist aber, ob V ein Verschulden trifft, schließlich telefoniert er üblicherweise auf Spielplatzbesuchen mit seinen Geschäftspartnern. Grundsätzlich wird im deutschen Deliktsrecht umfassend für Vorsatz und einfache Fahrlässigkeit gehaftet, vgl. § 823 Abs. 1 BGB. Die zu prüfende Anspruchsgrundlage des § 1664 Abs. 1 BGB sieht als Verschuldensmaßstab jedoch ein Haftungsprivileg und damit eine Begrenzung der Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt (sog. *diligentia quam in suis*, § 277 BGB) vor. V handelte daher nicht schuldhaft, wenn er dasjenige Sorgfaltsmaß waltete, welches er auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt und sofern ihm keine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

a) Einhaltung der eigenüblichen Sorgfalt

Anders als bei § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB wird i.R.d. § 277 BGB der objektive Verschuldensmaßstab dahingehend versubjektiviert, dass erst ein Verstoß gegen den eigenüblichen Standard schuld-begründend wirkt.⁵ Es ist mithin nicht auf das objektiv verkehrsgerechte Verhalten, sondern auf die Veranlagung und das übliche Verhalten des V abzustellen. Da V üblicherweise auf Spielplatzbesuchen seiner Töchter mit Geschäftspartnern telefoniert, ließ er die eigenübliche Sorgfalt walten.

b) Lediglich leicht fahrlässiges Verhalten des V

Dass V die T während des Telefonats nicht beobachtete, dürfte weiter nicht grob fahrlässig, also allenfalls leicht fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) gewesen sein (§ 277 BGB a.E.). Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr gebotene Sorgfalt in besonderem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was jedem hätte einleuchten müssen.⁶ Bei der Bestimmung des verkehrsgerechten Verhaltens handelt es sich um einen verobjektivierten Sorgfaltsmaßstab, der auf den durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer abstellt.⁷ Wie lange ein Kind auf einem Spielplatz außer Augen gelassen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Hierbei ist zunächst anzumerken, dass es schon rein technisch nicht möglich ist, ein Kind jederzeit im Auge zu behalten und „jeden Schritt“ zu überwachen. Die Anforderungen dürfen nicht überspannt werden.⁸ Zu berücksichtigen ist aber auch das Kindesalter, welches mit drei Jahren noch sehr niedrig ist. Immerhin kann ein dreijähriges Kind schon laufen und eigens entwickelten Instinkten nachgehen. Zwar ist auch in diesem Alter noch nicht davon auszugehen, dass T eine selbstständige Einschätzung von Gefahren vornehmen wird und ihr Verhalten dementsprechend anpasst. Nicht zuletzt aufgrund der auf einem Spielplatz typischerweise lauerten Gefahren ist deswegen weiterhin eine Beaufsichtigung durch die Eltern dringend geboten. Allenfalls ein beiläufiges „Außer-Acht-Lassen“ oder ein unter Beobachtung des Kindes geführtes Gespräch ist verkehrsmäßig. In Anbetracht dessen, dass T im Buggy sitzt, also nicht frei auf dem Spielplatz herumläuft, besteht indes eine gewisse Absicherung vor Gefahren. Überdies spricht hier zusätzlich die kurze Dauer von fünf Minuten gegen

⁵ Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 277 Rn. 3.

⁶ Dies ist zusammengefasst die gängige Definition des BGH, vgl. nur BGH, Urt. v. 8.2.2022 – VI ZR 409/19 = NJW 2022, 1443 (1444) m.w.N.; entscheidend ist ein objektiv schwerer und subjektiv nicht entschuldbarer Verstoß.

⁷ Ganz h.M., vgl. nur BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 188/17 = NJW 2021 1818 (1821) m.w.N. zu seiner Rspr.; *Grune-wald*, JZ 1982, 627 (630).

⁸ So soll dem Kind zu seiner eigenen Entwicklung ab einem gewissen Alter (ca. vier Jahre) auch die Möglichkeit gegeben werden, im Freien zu spielen, ohne auf „Schritt und Tritt“ verfolgt zu werden, vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2009 – VI ZR 51/08 = NJW 2009, 1952 (1953).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

eine grobe Fahrlässigkeit. Da V bei dem Telefonat anwesend ist und nicht den Spielplatz verlässt, kann ihm kein grob fahrlässiger Sorgfaltsverstoß unterstellt werden.

V handelte mithin nur leicht fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB (a.A. schwer vertretbar).

c) Teleologische Reduktion der Vorschrift bei Verletzung der Aufsichtspflicht?

Es bleibt zu erwägen, ob die Haftungsmilderung teleologisch zu reduzieren ist, da eine Verletzung der Aufsichtspflicht durch V in Rede steht.

aa) Kein Raum für individuelle Sorgfalt?

Ausgehend von der Prämisse, dass die Aufsichtspflicht objektive, an die Durchschnitts-Eltern gerichtete Verhaltensanforderungen etabliert, ergeben sich Bedenken, ob bei einer Verletzung derselben überhaupt Raum für die Anwendung des individuellen Sorgfaltsmaßstabes des § 277 BGB ist. Zutreffend ist nämlich, dass eine Relativierung der Sorgfaltsanforderungen droht,⁹ wenn objektive durch subjektive Verhaltensanforderungen überspielt werden.

Anmerkung: Dieser Punkt kann nur von sehr guten Bearbeitenden erwartet werden. Bereits das Erkennen der unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe sollte honoriert werden.

bb) Anwendbarkeit des § 1664 Abs. 1 BGB und vermittelnder Lösungsvorschlag

Im Ergebnis ist dem trotzdem nicht beizupflichten, vielmehr ist § 1664 Abs. 1 BGB auch im Rahmen der Aufsichtspflichtverletzung grundsätzlich anzuwenden.¹⁰ Gegen die Begrenzung spricht bereits die systematische Stellung der Vorschrift im Abschnitt zur elterlichen Sorge allgemein und nicht nur zur Vermögenssorge. Würde die Verletzung der Aufsichtspflicht aus dem Anwendungsbereich des § 1664 Abs. 1 BGB herausgenommen, beschränke sich die Haftungsreduzierung auf Fälle allgemeiner Vermögenssorge für das Kind, was angesichts der zentralen Stellung der Norm eher fernliegt. Die Reichweite wäre ausgehend von der Ratio, den innerfamiliären Frieden zu bewahren und die Familie von Ansprüchen untereinander freizustellen, zu stark eingeschränkt.

Jedenfalls in Fällen wie vorliegendem, in denen sich die in Rede stehenden Handlungspflichten (hier: Beaufsichtigung der T) in der Sorge des Kindes erschöpfen, sollte § 1664 Abs. 1 BGB anwendbar sein.¹¹ Bei einem engen Zusammenhang kommt nämlich die unterschiedliche Behandlung von objektiv und subjektiv zu bestimmenden Pflichten eingehend zur Geltung und der von § 1664 Abs. 1 BGB intendierte Zweck bleibt – passenderweise an der Stelle, an der der allgemeine Verkehr nicht gefährdet ist – weiterhin erhalten.

⁹ Früher, inzwischen aber auch revidiert OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.10.1976 – 16 U 30/76 = OLGZ 1977, 326 (329); OLG Stuttgart, Urt. v. 28.3.1980 – 2 U 178/79 = VersR 1980, 952; damals auch Engler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 1664 Rn. 33, inzwischen anders Heilmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 1664 Rn. 33.

¹⁰ In diese Richtung jedenfalls viele OLG, sowie einige Stimmen in der Lit., diese zusammenfassend Huber, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1664 Rn. 12 m.w.N. in Fn. 32.

¹¹ Der BGH hat die Frage noch nicht abschließend geklärt, nicht entscheidungserheblich wurde jedoch ausgeführt, dass § 1664 Abs. 1 BGB wohl jedenfalls dann nicht mehr anwendbar sein soll, wenn die Schutzpflichten der Eltern gegenüber dem eigenen Kind und dem allgemeinen Verkehr nicht mehr sachgerecht getrennt werden können, BGH, Urt. v. 1.3.1988 – VI ZR 190/87 = NJW 1988, 2667 (2669); ebenso jüngst offengelassen BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 210/18 = FamRZ 2021, 518 (519) m.w.N. zu der einschlägigen Fragestellung.

5. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen V auf Ersatz der Behandlungskosten aus § 1664 Abs. 1 BGB.

II. Aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der T gegen V aus § 823 Abs. 1 BGB liegt an sich tatbestandlich vor. Grundsätzlich ist die Anwendbarkeit des Deliktsrechts neben § 1664 BGB (auch) nicht in Abrede zu stellen. Einem solchen Anspruch stünde jedoch ebenfalls ein fehlendes Verschulden des V entgegen, wenn die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB auf deliktische Ansprüche zu übertragen wäre.

1. Ablehnung der Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht

Teile der Literatur lehnen die Anwendung des § 1664 Abs. 1 BGB im Deliktsrecht ab.¹² Die Vorschrift, die das Kind benachteilige, sei restriktiv anzuwenden und nicht auf konkurrierende deliktische Ansprüche zu erstrecken.

2. Grundsätzliche Anwendbarkeit auch im Deliktsrecht

Dem ist mit der heute h.M. entgegenzutreten.¹³ § 1664 BGB ist als allgemeine Haftungsmilderung ausgestaltet und seinem Wortlaut nach nicht auf die elterliche Sorge begrenzt. Überdies würde die Vorschrift gänzlich leerlaufen, wenn sie nicht auf konkurrierende deliktische Ansprüche Anwendung fände. Denn regelmäßig wird die Verletzung der Aufsichtspflicht mit einem inhaltsgleichen deliktischen Anspruch einhergehen. Die Ratio hinter § 1664 Abs. 1 BGB würde vollends entwertet, wenn in nahezu allen Fällen der Aufsichtspflichtverletzung ein Deliktsanspruch dieselben Rechtsfolgen herbeiführen würde. Damit ist die Haftung gem. § 1664 Abs. 1 BGB (analog) begrenzt, sodass V nicht schuldhaft handelte.

Ergänzende Anmerkung: § 1664 Abs. 1 BGB sollte auch bei § 823 BGB nur zur Anwendung kommen, wenn ein innerer Zusammenhang des deliktischen Verhaltens mit der elterlichen Sorge besteht.¹⁴ Da ein solcher bereits oben bejaht wurde, geht der Lösungsvorschlag bei § 823 BGB nicht weiter darauf ein.

3. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen V aus § 823 Abs. 1 BGB.

III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Ein weiterer Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB besteht nicht. Unabhängig davon, ob § 229 StGB überhaupt tatbestandlich erfüllt ist, ist auf den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB folgerichtig

¹² Diese Auffassung wird heute nahezu nicht mehr vertreten, damals noch RG, Urt. v. 22.12.1910 – VI 610/09 = RGZ 75, 251 (254); Dölle, Familienrecht, Bd. 2, 1965, § 92 I. 5.

¹³ Vgl. Eitzinger, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 1664 Rn. 5 m.w.N. unter anderem auch zur Rspr. des BGH in Fn. 24; Schwab, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 889.

¹⁴ Dieser Ansatz beruht auf den gleichen Erwägungen, wie sie vom BGH in Fn. 11 angedeutet wurden.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

die Haftungsprivilegierung des V aus § 1664 Abs. 1 BGB zu übertragen, womit es jedenfalls am Verschulden fehlt.

IV. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB

T hat gegen V auch keinen Anspruch aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB. § 832 Abs. 1 BGB regelt nur Ansprüche eines geschädigten Dritten gegen Erziehungsberechtigte; hierfür fehlt es bereits an einer unerlaubten Handlung der D. Jedenfalls greift aber auch hier die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB (analog), sodass eine Haftung nach § 832 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet.

B. Ansprüche der T gegen G

Zwischen T und G besteht keine schuldrechtliche Sonderverbindung, sodass allenfalls deliktische Ansprüche in Betracht kommen.

I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch könnte sich zunächst aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Neben Ansprüchen gegen ein nicht verschuldensfähiges Kind, besteht zudem die Möglichkeit einer Haftung der aufsichtspflichtigen Eltern über § 832 Abs. 1 S. 1 BGB.

1. Aufsichtsbedürftige Person

S ist mit sechs Jahren unabhängig vom geistigen und körperlichen Zustand schon aufgrund seiner Minderjährigkeit¹⁵ (arg. e § 2 BGB) aufsichtsbedürftig i.S.d. § 832 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S

S müsste weiter eine rechtswidrige unerlaubte Handlung begangen haben. Anknüpfungspunkt einer Haftung nach § 832 Abs. 1 S. 1 BGB ist – wie bei § 831 BGB – nicht eine Zurechnung fremden, sondern die Haftung wegen (vermuteten) eigenen Verschuldens, sodass es auf ein etwaiges technisches Verschulden des S von vornherein nicht ankommt.

a) Rechtsgutsverletzung der T

Zunächst bedarf es einer Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB enumerativ aufgezählten Rechtsgüter.

Indem T blau anlief und bewusstlos wurde, liegt bereits eine von der Einwilligung der T nicht gedeckte Beeinträchtigung der äußerlichen körperlichen Befindlichkeit vor.¹⁶ Auf einen Krankheitswert oder Schmerzen kommt es nämlich ebenso wenig an wie auf einen direkten Eingriff in die körperliche Substanz. Überdies stellt der durch den Sauerstoffmangel verursachte hypoxische Hirnschaden eine Verletzung der Gesundheit dar. Ein Hirnschaden ist jedenfalls eine pathologische – d.h.

¹⁵ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 2.12.1975 – VI ZR 79/74 = NJW 1976, 1145 (1146) m.w.N.; lediglich der Inhalt der Aufsichtspflicht und damit der Entlastungsbeweis richten sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 832 Rn. 4, 9.

¹⁶ Dies ist die gängige Formulierung der Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 17.9.2013 – VI ZR 95/13 = NJW 2013, 3634 (3635) m.w.N.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

im medizinischen Sinne behandlungsbedürftige – Störung physiologischer Abläufe¹⁷, welcher hier sogar über Monate lang behandelt wurde und damit nach Art und Umfang über die Grenze bloßer Befindlichkeiten hinausgeht.

b) Verletzungshandlung des S

Die Rechtsgutsverletzung müsste durch eine Handlung des S verursacht worden sein. S spielte auf dem Spielplatz mit Murmeln und warf diese in den Sandkasten. Eine dieser Murmeln verschluckte T und erlitt einen Hirnschaden. Bei dem Spielen mit den Murmeln handelt es sich um eine sog. mittelbare Handlung, da für die Rechtsgutsverletzung erst ein weiterer Ursachenbeitrag hinzukommen muss, der Verletzungserfolg also außerhalb des unmittelbaren Wirkungsfelds der schädigenden Handlung liegt.¹⁸ Mittelbare Handlungen sind zunächst taugliche Verletzungshandlungen i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB; inwiefern sie auch haftungsrelevant sind, sogleich.

c) Haftungsausfüllende¹⁹ Kausalität

Die Handlung des S müsste ferner kausal für den Eintritt des Hirnschadens der T geworden sein.

aa) Äquivalenztheorie

Das Werfen der Murmeln in den Sandkasten durch S ist äquivalent kausal, da dieses nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Hirnschaden der T entfielen. Eine andere Bewertung ergibt sich nicht daraus, dass die Rechtsgutsverletzung auch auf dem Telefonat des V beruht (kumulative Kausalität).²⁰ In solchen Fällen führt die Äquivalenzformel zu gerechten Ergebnissen, da der Umstand, dass für den Erfolg noch eine weitere Handlung erforderlich war, die Zurechnung nicht entfallen lässt (sog. Nebentäterschaft).

bb) Adäquanztheorie

Es liegt auch nicht völlig außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass Kinder im Sandkasten mit dort gefundenen Murmeln spielen und sich daran verschlucken können (Adäquanztheorie).

cc) Schutzzweck der Norm

Fraglich ist nun aber, ob der durch T erlittene Hirnschaden noch vom Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm umfasst ist. S schafft mit seiner Handlung nämlich nur eine Gefahr des Verschluckens, die erst im Zusammenspiel mit weiteren Ursachenbeiträgen (hier eben dem Telefonieren des V) zur Rechtsgutsverletzung der T geführt hat (sog. „Kettenreaktion“).²¹ Bei solchen mittelbaren Verletzungen besteht stets die Gefahr einer Ausuferung der Haftung, obwohl manche Handlungsbeiträge eher dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen sind. Um sinnvoll zwischen unerlaubten und

¹⁷ Siehe BGH, Urt. v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04 = NJW 2005, 2614 (2615); ob eine gewisse Intensität erforderlich ist, ist umstritten, zutreffend verneinend *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 38; a.A. *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 231.

¹⁸ Im Einzelnen *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 99; *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 823 Rn. 2.

¹⁹ Je nach Ansatz auch Prüfung im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität vertretbar.

²⁰ Allgemein zum Kausalzusammenhang i.R.d. § 823 BGB *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 82; zur kumulativen Kausalität *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung, 1964, S. 67 f.

²¹ Eingehend BGH, Urt. v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63 = NJW 1964, 720 (722); *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 642 f.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

allgemeinen (Lebens-)Risiko abzugrenzen, sind nur solche Handlungen vom Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm erfasst, durch welche die Gefahr im Widerspruch zu einer Verkehrspflicht geschaffen wurde und diese Verkehrspflicht gerade den Schutz derartiger Rechtsverletzungen zu verhindern bezweckt.²²

Nach dem Grundgedanken einer generalklauselartigen Verkehrspflicht muss derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, unterhält oder durch Übernahme einer gefahrenbezogenen Aufgabe steuert, alle zumutbaren und erforderlichen Maßnahmen vornehmen, damit Dritte keinen Schaden nehmen.²³ Da in einem Sandkasten regelmäßig Kleinkinder spielen, wäre für eine Schadensregulierung erforderlich gewesen, auf das Spielen mit den Murmeln im Sandkasten zu verzichten oder notfalls den Sandkasten im Nachhinein auf sämtliche Murmeln abzusuchen. S hat dies jedoch nicht getan, vielmehr warf er die Murmeln unkontrolliert in den Sandkasten und begründete damit die Gefahr eines Verschluckens. Diese Pflicht umfasst auch gerade das Risiko, dass später im Sandkasten spielende Kinder die Murmeln finden und dann verschlucken werden, sodass der Schutzzweck der Norm erfüllt ist.

Anmerkung: Der vorliegende Lösungsvorschlag basiert auf der Lehre vom Handlungsunrecht und diskutiert die Haftungsrelevanz mittelbarer Handlungen im Rahmen des Schutzzwecks der Norm. Ebenso gut vertretbar ist es, mit der Rspr. (Lehre vom Erfolgsunrecht) im Rahmen der Rechtswidrigkeit abzugrenzen. Beide Wege sind gleich zu bewerten; wichtig ist nur, dass Bearbeitende die Gefahr einer uferlosen Haftung für mittelbare Handlungen erkennen und zum allgemeinen Lebensrisiko abgrenzen.

d) Rechtswidrigkeit

S handelte mangels anderweitiger Angaben auch rechtswidrig.

3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners

G ist als Mutter gesetzlich gem. §§ 1591, 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB zur Aufsicht über S verpflichtet.

4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB

Gem. § 832 Abs. 1 S. 2 BGB besteht eine (widerlegbare) Vermutung der Verletzung der Aufsichtspflicht. Diese Vermutung kann durch die insofern beweispflichtige G als Verschuldens- bzw. Pflichtverletzungsvermutung oder als Kausalitätsvermutung widerlegt werden. In Betracht kommt allenfalls ein Entlastungsbeweis in Bezug auf die fehlende Pflichtverletzung bzw. das Verschulden.

a) Kein Ausschluss der Pflichtverletzung der G wegen Verletzung der Aufsichtspflicht durch V

Einem Entlastungsbeweis steht es jedenfalls nicht entgegen, dass G darauf vertraut, V komme seiner Aufsichtspflicht nach. Zwar richten sich Art und Umfang der Handlungspflichten auch nach den berechtigten Sicherheitserwartungen, also insbesondere auch darauf, dass sich Gefahren „neutrali-

²² Ganz h.M., dies gilt unabhängig davon, ob man mit dem BGH der Lehre vom Erfolgsunrecht oder der Lit. (Lehre vom Verhaltensunrecht) folgt, lediglich der Prüfungsstandort ist dadurch ein anderer, BGH, Urt. v. 7.7.2020 – VI ZR 308/19 = NJW-RR 2020, 1099 (1100) m.w.N. zur einschlägigen Lit.

²³ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 31.10.2006 – VI ZR 223/05 = NJW 2007, 762 (763); nicht identisch, aber im Ergebnis gleichlaufend *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 72 Rn. 9 ff.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

sieren“.²⁴ G darf jedoch nur auf das sorgfaltsgemäße Verhalten des V vertrauen, wenn sie sich selbst sorgfaltsgemäß verhält; eine „Neutralisierung“ eigener Pflichtverletzung kann nicht erwartet werden.

b) Einzelfallabwägung anhand konkreter Umstände

Fraglich ist daher, ob ein Entlastungsbeweis anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gelingt. Diesbezüglich ist auf das von einem sorgfältigen Aufsichtspflichtigen unter Berücksichtigung aller Umstände vernünftiger- und billigerswerterweise erwartbare Verhalten abzustellen.²⁵

Zwar ist zunächst daran zu erinnern, dass eine lückenlose Beaufsichtigung eines Kindes nicht möglich ist und an die Entlastungsbeweise i.R.d. § 1626 Abs. 1 BGB keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass G es bewusst mitbekommen hat, dass ihr Sohn Murmeln in den Sandkasten wirft und damit die Gefahr eines Verschluckens hervorruft. Vor dem Hintergrund, dass insbesondere Schädigungen Dritter durch das eigene Kind verhindert werden sollen, hätte eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Aufsichtspflicht hier beinhaltet, S darauf hinzuweisen, dies zu unterlassen und ggf. notwendigerweise den Sandkasten danach selbst auf Murmeln abzusuchen. Dies ist hier nicht erfolgt, sodass die Vermutung sogar positiv feststeht.

5. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB

Haftungsausfüllend hat G daher nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB sämtliche Schäden zu ersetzen, die T durch das Verschlucken der Murmel entstanden sind.

a) Art der Ersatzleistung, §§ 249 ff. BGB

Zunächst müsste ein Schaden eingetreten sein. Schaden ist jede nachteilige Beeinflussung eines rechtlich geschützten Interesses.²⁶ T erlitt durch das Verschlucken der Murmel einen leichten hypoxischen Hirnschaden und wurde daraufhin medizinisch behandelt. Die Behandlungskosten einer geschädigten Person sind gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig. Eine Herstellung in natura nach § 249 Abs. 1 BGB scheidet regelmäßig (so auch hier) aus, da der Geschädigte sich nicht erneut dem Schädiger anvertrauen muss.²⁷

b) Zurechenbarkeit des Schadens

Gegen die Zurechnung der Behandlungskosten bestehen keine Bedenken.

c) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschulden, § 254 Abs. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch gem. § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen ist. Demnach hat der Schädiger nur seinem Verantwortungsteil entsprechend zu haften. Voraussetzung hierfür ist, dass bei der

²⁴ Siehe hierzu ausführlich BGH, Urt. v. 23.5.1995 – VI ZR 384/94 = DtZ 1995, 439 (441) m.w.N.; allgemein zur Auswirkung Aufsichtspflichten auf die Handlungspflichten Dritter BGH, Urt. v. 20.9.1994 – VI ZR 162/93 = NJW 1994, 3348 (3348 f.); die Rspr. diesbezüglich ist unübersichtlich, eine gute Übersicht über die Kasuistik und den reduzierten Anforderungen an Dritte, Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 823 Rn. 343 m.w.N.

²⁵ So auch BGH, Urt. v. 24.3.2009 – VI ZR 51/08 = NJW 2009, 1952 (1953) m.w.N.; Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 219.

²⁶ Vgl. statt vieler Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 24 Rn. 4.

²⁷ Statt vieler Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 249 Rn. 5.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Anspruchsentstehung (ansonsten § 254 Abs. 2 BGB) eine Obliegenheitsverletzung der Geschädigten oder einer Person, deren Verhalten sich die Geschädigte zurechnen lassen muss, vorliegt, die kausal für den Schadenseintritt geworden ist.

aa) Eigene Obliegenheitsverletzung der T

Einer Berücksichtigung etwaiger Obliegenheitsverletzungen der T selbst, steht der Einwand des § 828 Abs. 1 BGB analog entgegen. Da T mit drei Jahren verschuldensunfähig ist, liegen die Voraussetzungen des § 828 Abs. 1 BGB vor. Zwar regelt § 254 Abs. 1 BGB lediglich Obliegenheitsverletzungen und betrifft damit nicht ein Verschulden im technischen Sinne. Da das Kriterium der Obliegenheitsverletzung jedoch auch eine Art „Verschulden“ beinhaltet und im Übrigen ein anerkannter Gleichlauf zwischen Haftungs begründung und -begrenzung besteht,²⁸ ist § 828 Abs. 1 BGB analog anzuwenden (Spiegelbildlichkeitsgedanke).

bb) Zurechnung der Obliegenheitsverletzung des V

Davon unberührt bleibt jedoch eine Zurechnung fremder Obliegenheitsverletzungen über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 278 S. 1 BGB. T könnte sich mithin eine Obliegenheitsverletzung des V als ihr gesetzlicher Vertreter (§ 1629 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB) zurechnen lassen müssen.

§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB regelt ausgehend seiner systematischen Stellung nur die Zurechnung fremden Verschuldens bei der Begrenzung des Schadens. Jedoch ist allgemein anerkannt, dass es sich bei § 254 Abs. 2 S. 2 BGB um ein Redaktionsversehen handelt und S. 2 als eigenständiger dritter Absatz zu lesen ist.²⁹ Dies folgt schon aus dem oben erwähnten Gleichlauf der Haftungs begründung und -begrenzung. Umstritten und entscheidungserheblich ist lediglich, ob in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung zu sehen ist. Nur im Falle einer Rechtsfolgenverweisung könnte ein fahrlässiges Verhalten des V zulasten T überhaupt berücksichtigt werden, da zwischen G und T im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses – die von § 278 S. 1 BGB vorausgesetzte – Sonderverbindung nicht bestand.

(1) Spiegelbildgedanke auch hier anwendbar (Rspr.)

Folgt man der Rspr.³⁰, muss schon aufgrund des Spiegelbildlichkeitsprinzips eine Rechtsgrundverweisung vorliegen. Möchte man die Begrenzung der Haftung nicht anders behandeln als die Begründung, so bedarf es in konsequenter Anwendung des § 278 S. 1 BGB auch für § 254 Abs. 2 S. 2 BGB das Vorliegen einer Sonderverbindung im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses. Eine Zurechnung nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 278 S. 1 BGB scheidet demnach aus, da zwischen T und G (noch) kein Schuldverhältnis bestand. Nachdem V kein Erfüllungsgehilfe, sondern gesetzlicher Vertreter der T ist (§ 1629 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB), muss sich T das Verhalten des V auch nicht aus sonstigen Gründen (d.h. insbesondere nicht in entsprechender Anwendung des § 831 BGB)³¹ zurechnen lassen.

²⁸ Heute ganz h.M., statt vieler *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 254 Rn. 102 m.w.N. zur Rspr. und Lit und auch Nachweisen zur veralteten Gegenansicht in Fn. 311.

²⁹ Ganz h.M. und st.Rspr, vgl. BGH, Urt. v. 8.3.1951 – III ZR 65/50 = NJW 1951, 477 (477); *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 127 m.w.N. in Fn. 658.

³⁰ BGH, Urt. v. 16.1.1979 – VI ZR 243/76 = NJW 1979, 973 (973) m.w.N. auf seine „st.Rspr.“; breite Unterstützung hierfür auch in der Lit., statt vieler *Höpfner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 254 Rn. 95–98.

³¹ Im Einzelnen *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 534 f.; BGH, Urt. v. 8.3.1951 – III ZR 65/50 = NJW 1951, 477 (477 f.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

(2) Differenzierung zwischen gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfe (Teile der Lit.)

An manchen Stellen der Literatur wird zwischen einem Erfüllungsgehilfen einerseits und gesetzlichen Vertretern andererseits unterschieden,³² wobei § 254 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich in Bezug auf Letztere als Rechtsgrundverweis, im Übrigen als Rechtsfolgenverweis eingestuft wird. Maßgeblicher Unterschied sei, dass der gesetzliche Vertreter – anders als der Erfüllungsgehilfe – deliktsrechtlich überhaupt nicht für fremdes Verschulden einzustehen habe (arg. e §§ 831, 832 BGB).

Selbst nach dieser im Ergebnis abzulehnenden Differenzierung kommt die Literatur also in vorliegendem Fall zu der Annahme einer Rechtsgrundverweisung, sodass jedenfalls eine Sonderverbindung zwischen T und G erforderlich ist. Diese bestand zum relevanten Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nicht, weshalb sich T das Verschulden des V nicht zurechnen lassen muss.

Anmerkung: Eine Kenntnis der Differenzierungsversuche in der Literatur kann keinesfalls erwartet werden. Die Frage, ob § 254 Abs. 2 S. 2 BGB eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung darstellt, sollte jedoch bekannt sein und wenigstens kurz diskutiert werden.

d) Kürzung des Anspruchs nach den Regeln über die gestörte Gesamtschuld

G haftet T aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB. Darüber hinaus besteht auch eine grundsätzliche Haftung des V aus §§ 1664 Abs. 1 und 823 Abs. 1 BGB (siehe oben), sodass G und V an sich nach § 840 Abs. 1 BGB Gesamtschuldner sind. Die Haftung des V ist jedoch ausgeschlossen, weil dieser gem. § 1664 Abs. 1 BGB von der Haftung freigestellt ist mit der Folge, dass G möglicherweise – anders als sonst bei mehreren Schädigern – keinen Regress nehmen kann (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies wird teilweise als unbillig empfunden, weshalb bei einer solchen „gestörten Gesamtschuld“ erwogen wird, den Anspruch der geschädigten T gegen die nicht-privilegierte G zu kürzen.³³

aa) Vorliegen einer gestörten Gesamtschuld

G und V sind jeweils der T zum Ersatz der durch sie verursachten Behandlungskosten als Gesamtschuldner i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB verantwortlich. Dabei scheidet eine Haftung des V gerade aufgrund des Haftungsprivilegs des § 1664 Abs. 1 BGB (und nicht aus anderen Gründen) aus, weshalb das Gesamtschuldverhältnis auch „gestört“ ist und sich das Problem der gestörten Gesamtschuld stellt.

bb) Auswirkungen auf den Anspruch der T gegen G

Fraglich ist, wie sich die gestörte Gesamtschuld auf den Anspruch der T gegen G auswirkt. Für den Ausgleich im gestörten Gesamtschuldverhältnis werden im Wesentlichen drei Herangehensweisen diskutiert.

(1) Lösung zulasten G

Denkbar wäre zunächst, dass T ihren Anspruch gegen G in voller Höhe durchsetzen kann, ohne dass G in der Folge einen Rückgriffsanspruch gegen V hat; G trägt bei dieser Lösung die ganze Last. Dieser Ansatz wurde vom BGH insbesondere für das Vorliegen einer gesetzlichen Haftungsprivilegierung

³² Etwa *Finger*, JR 1972, 406 (409 ff.); kritisch, aber im Ergebnis ablehnend *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 135.

³³ Ausführlich zu verschiedenen Fallgestaltungen und der Bearbeitung in einer Klausur *Jurgovsky*, ZJS 2024, 52 (52 ff.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

priorisiert.³⁴ Insofern ist dem BGH beizupflichten, als die Lösung tatsächlich eine hohe Gesetzesnähe aufweist. Denn, wenn V gesetzlich gem. § 1664 Abs. 1 BGB von der Haftung ausgeschlossen ist, so entsteht zu keinem Zeitpunkt eine Gesamtschuld i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB und damit auch schon keine Haftung des V.

Nicht erklären kann die Lösung jedoch die Versagung des Regresses und die damit einhergehende Belastung der G. Für die nicht-privilegierte G stellt sich die Haftungsfreistellung des V als „unfairer“ Zufall dar. Sie selbst kann keinen Einfluss auf die Haftung nehmen und wird damit einseitig voll ersatzfähig, obwohl sie bei (Mit-)Verursachung durch einen nicht-privilegierten Schädiger, einen Regressanspruch hätte.

(2) Lösung zulasten V

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Lösung zulasten des Haftungsprivilegierten V diskutieren. Im Prinzip hat die gestörte Gesamtschuld auch hier keine Auswirkungen auf den Anspruch der T gegen G (soweit auch die Lösung zulasten der G). Allerdings gewährt diese Ansicht G sodann einen Regressanspruch gegen V. Um einen solchen zu begründen, bedarf es einer fiktiven Gesamtschuld bzw. einer analogen Anwendung des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁵

Vorteil dieser Lösung ist, dass sich im Ergebnis die Haftungsprivilegierung nicht auf G auswirkt. Allerdings liegt auf der Hand, dass durch diese Ansicht die Ratio der Haftungsprivilegien vollends entwertet werden. Der hier durch § 1664 Abs. 1 BGB bezweckte familiäre Frieden würde im Ergebnis doch belastet, wenn G ihren Regressanspruch gegen V durchsetzt.

(3) Lösung zu Lasten T

Letztere denkbare Lösung gewährt T keinen vollen Ausgleich, sondern kürzt deren Anspruch von vornherein um den Mitverursachungsbeitrag des V, dessen Berücksichtigung das Haftungsprivileg des § 1664 Abs. 1 BGB verhindert hat.³⁶ Gerechtfertigt wird dies damit, dass so jedenfalls die Haftungsprivilegierung ihre Wirkung entfalten kann und gleichzeitig die nicht haftungsprivilegierte G nicht zu einem größeren Anteil haftet, als sie bei nicht bestehenden Haftungsprivileg müsste.

(4) Streitentscheid

Die Herangehensweisen kommen in Bezug auf die Anspruchshöhe zu unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb ein Streitentscheid zwischen den Ansichten (1) und (2) einerseits und (3) andererseits erforderlich wird. Ganz generell verbietet sich im Rahmen der gestörten Gesamtschuld eine schematische Lösung. Vielmehr ist anhand von Sinn und Zweck der jeweiligen Haftungsprivilegierung eine einzelfallgerechte und dogmatisch stimmige Lösung zu entwickeln.

Vor diesem Hintergrund ist ausgehend von der § 1664 BGB zugrundeliegenden Ratio, die Familie und den innerfamiliären Frieden zu schützen und die familiäre Gemeinschaft von Ansprüchen untereinander freizustellen, eine Lösung zulasten G zu wählen.³⁷ Zwar haben sich im Falle des § 1664 Abs. 1 BGB viele Stimmen in der Lit. dafür ausgesprochen, eine Lösung zulasten des Geschädigten zu

³⁴ Im Einzelnen BGH, Urt. v. 1.3.1988 – VI ZR 190/87 = NJW 1988, 2667 (2669); in ausdrücklicher Abkehr seines Urteils zu § 1359 BGB, BGH, Urt. v. 27.6.1961 – VI ZR 205/60 = NJW 1961, 1966 (1967).

³⁵ Kreße, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 426 Rn. 25; Janda, VersR 2012, 1078 (1079); mit anderer Begründung aber im Ergebnis identisch Medicus, JZ 1967, 398 (398).

³⁶ Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 426 Rn. 179 m.w.N.; Christensen, MDR 1989, 948 (949 ff.).

³⁷ So bereits BGH, Urt. v. 1.3.1988 – VI ZR 190/87 = NJW 1988, 2667 (2669); ebenso Muscheler, JR 1994, 441 (443 f.); im Ergebnis auch Hager, NJW 1989, 1640 (1644 f.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

bevorzugen (siehe hierzu [3]),³⁸ da durch das ohnehin bestehende Haftungsprivileg die Haftungserwartung durch T von vornherein gesenkt und somit „abgewertet“ sei. Dies öffnet jedoch die Tür, gesetzliche Haftungsprivilegien leerlaufen zu lassen und damit den in § 1664 Abs. 1 BGB eindeutig zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen, die Familie von der Haftung freizustellen, zu konterkarieren.

Die besseren Argumente sprechen daher gegen eine Lösung zulasten T, sodass der Anspruch in voller Höhe besteht und nicht über die Regeln der gestörten Gesamtschuld zu kürzen ist.

Anmerkung: Das Problem der gestörten Gesamtschuld sollte gesehen werden, es sind allerdings alle Ansichten gut vertretbar. Eine einzelfallbezogene Lösung, die Schutzwürdigkeitsaspekte aller Betroffenen mit aufnimmt, ist zu honorieren.

6. Ergebnis

T hat gegen G einen Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten in voller Höhe aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB.

II. Aus § 823 Abs. 1 BGB

T hat gegen G keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB. Zwar schließt die Anwendbarkeit des § 832 BGB eine etwaige Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB nicht per se aus. Eine Haftung insbesondere für Verletzung der Verkehrssicherungspflichten bleibt grundsätzlich möglich. Sofern sich das schädigende Verhalten jedoch zugleich in der Verletzung der Aufsichtspflicht erschöpft, ist § 832 BGB als *lex specialis* abschließend.³⁹ Anhaltspunkte für ein über die Verletzung der Aufsichtspflicht hinausgehendes verkehrswidriges Verhalten⁴⁰ sind nicht ersichtlich, weshalb der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB abzulehnen ist (a.A. vertretbar).

III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Aufgrund des abschließenden Charakters (siehe oben) des § 832 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet auch der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB (a.A. vertretbar).

Frage 2: Ansprüche der M gegen G auf Ersatz der 100 €

Zwischen M und G besteht keine Sonderverbindung, sodass erneut allenfalls deliktische Ansprüche in Betracht kommen:

I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB

M könnte gegen G einen Anspruch auf Ersatz der 100 € aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

³⁸ Statt vieler *Lange*, JZ 1989, 49; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 932 f.; differenzierend Schwab, JuS 1991, 18 ff.

³⁹ Statt vieler *Wellenhofer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 832 Rn. 10 m.w.N.

⁴⁰ So bestünde z.B. eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB neben § 832 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn G im konkreten Fall die Murmeln selbst ihrem Kind S zum Spielen im Sandkasten übergeben hätte; zu einem solchen Fall, vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 25.3.2013 – 1 U 114/12 = NJW-RR 2013, 1109 (1110).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

1. Aufsichtsbedürftige Person

S ist sechs Jahre alt und damit minderjährig, sodass er in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt, siehe oben.

2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S

Die aufsichtsbedürftige Person (hier: S) müsste eine rechtswidrige unerlaubte Handlung begangen haben.

a) Rechtsgutsverletzung der M

Zunächst bedarf es einer Rechtsgutsverletzung der M. Nicht abgestellt werden kann dabei auf den von T erlittenen Hirnschaden, da der deliktische Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB eine eigene Rechtsgutsverletzung der M als Anspruchstellerin voraussetzt.⁴¹ Stattdessen könnte in dem infolge der Schockreaktion erlittenen Kreislaufkollaps eine Körper- oder Gesundheitsverletzung im Sinne der Vorschrift zu sehen sein.

Wie oben dargelegt, bedarf es für eine Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Dieser liegt in Bezug auf M aber nicht vor, insbesondere hat M nicht selbst die Murmel verschluckt. In der Schockreaktion sind allerdings alle Voraussetzungen der Definition einer Gesundheitsverletzung erfüllt. Ein Kreislaufkollaps ist eine pathologische Störung der physiologischen Abläufe, stellt also eine im medizinischen Sinne behandlungsbedürftige Befindlichkeit dar (siehe zur Definition oben), die über bloßen Schmerz oder Niedergeschlagenheit hinausgeht und damit die Grenze des krankhaften Zustands überschreitet.

Zwar hat die Rspr.⁴² im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit solcher Schockschäden besondere Anforderungen an die Intensität der pathologischen Störung aufgestellt, um eine Ausuferung der Haftung zu vermeiden. Diese Anforderungen sind dogmatisch stimmiger jedoch als Kriterium der Zurechnung zu diskutieren. Die Voraussetzungen, wann eine körperliche Reaktion eine Gesundheitsverletzung darstellt, sollten einheitlich bestimmt und einer möglichst empirischen Lösung zugänglich sein. Im Rahmen der Zurechnung, dort beim Schutzzweck der Norm,⁴³ können solche Wertungen berücksichtigt werden (a.A. vertretbar).

b) Verletzungshandlung

Eine Verletzungshandlung des S liegt vor, da dieser Murmeln in den Sandkasten geworfen hat, siehe oben.

c) Haftungsbegründende Kausalität

Diese Verletzungshandlung müsste für die erlittene Gesundheitsverletzung der M kausal geworden sein.

⁴¹ Siehe *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 58 Rn. 6; dazu auch *Schöpflin*, JA 2003, 536 (536 ff.).

⁴² Der BGH sprach lange davon, dass dem Schädiger die „Gesundheitsverletzung“ nicht zuzurechnen sei und prüfte bereits auf Ebene der Rechtsgutsverletzung, vgl. etwa noch BGH, Urt. 22.5.2007 – VI ZR 17/06 = NJW 2007, 2764 (2765).

⁴³ Inzwischen auch BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21 = NJW 2023, 983 (983 f.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

aa) Äquivalenztheorie

Ohne das Werfen der Murmeln in den Sandkasten, hätte T diese nicht verschluckt und M infolge des schockierenden Anblicks ihres Kindes keinen Kreislaufkollaps erlitten. Die Handlung des S ist daher äquivalent kausal.

bb) Adäquanztheorie

Überdies liegt es nicht völlig außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass bei einem Hirnschaden des eigenen Kindes eine Schockreaktion entsteht.

cc) Schutzzweck der Norm

Die Zurechnung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung nicht demjenigen Risiko entspricht, von dem die betroffene Verhaltensnorm schützen möchte. Der infolge der Schockreaktion hervorgerufene Kreislaufkollaps wurde nicht direkt durch den Schädiger verursacht, sondern im weiteren Sinne psychisch vermittelt. Wie auch sonst bei besonderen Schadensanlagen⁴⁴ ist daher zu prüfen, ob sich nicht vielmehr das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat.

Für die Zurechnung von Schockschäden haben sich in Anlehnung an die neuere Rspr. des BGH⁴⁵ allgemeine Kriterien herausgebildet, die einerseits dem Haftungsbedürfnis und andererseits der Vermeidung einer uferlosen Haftung Rechnung tragen. Erforderlich ist eine pathologisch fassbare Beeinträchtigung, die im Hinblick auf den Anlass nicht schlechterdings nicht mehr verständlich ist und das auslösende Ereignis einen nahen Angehörigen oder engen Lebenspartner des Geschädigten getroffen hat (arg. e §§ 844, 845 BGB).

(1) Pathologisch fassbarer Zustand

Eine pathologische Fassbarkeit liegt bereits dann vor, wenn die Gesundheitsverletzung einen Krankheitswert hat. Darüber hinausgehende Anforderungen sind nicht zu stellen, da insoweit kein legitimer Grund für eine Abweichung im Vergleich zu unmittelbar verursachten Gesundheitsverletzungen besteht.

Ein infolge der Schockreaktion erlittener Kreislaufkollaps erfüllt diese Voraussetzungen; dass die Gesundheitsverletzung auch einen Krankheitswert hat, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass M am nächsten Tag Ihren Einsatz als Clown nicht ausführen konnte. Insbesondere handelt es sich auch nicht um ein neurotisches Streben oder eine Bagatelle,⁴⁶ welche eher dem allgemeinen Lebensrisiko unterfallen würden.

Exkurs: Der BGH fordert nunmehr keine besondere Beeinträchtigung, die das normale Maß einer in einer vergleichbaren Situation tief empfundener Trauer oder seelischen Schmerzes überschreitet.⁴⁷

⁴⁴ Gemeint sind Fälle besonderer Veranlagung, wie etwa eine Bluterkrankheit oder Labilität, siehe zur Behandlung solcher Fälle *Grüneberg*, in: *Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 84. Aufl. 2025, Vorb. v. § 249 Rn. 35.

⁴⁵ Das Thema ist höchst aktuell, der BGH hat mit seiner Schockschadensrechtsprechung (siehe Fn. 51) einmal aufgeräumt und gut handhabbare Kriterien entwickelt, denen inhaltlich schwerlich zu widersprechen ist.

⁴⁶ Diese Eingrenzung bestand bereits vor der Rechtsprechungsänderung, zuletzt nochmal unter Bezugnahme auf vorherige Entscheidungen, BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21 = NJW 2023, 983 (985).

⁴⁷ Damals noch unter dem Stichwort „traumatische Störung“ diskutiert, vgl. BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 299/17 = NJW 2019, 2387 (2388) m.w.N. zur alten Rspr.; mit diesem Kriterium wurden untragbare Ergebnisse erzielt,

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

(2) Keine „schlechterdings nicht mehr verständliche“ Reaktion

Die Reaktion der M darf sich ferner nicht als schlechterdings nicht mehr verständlich im Hinblick auf Art und Umfang qualifizieren lassen. Eine Überempfindlichkeit soll nicht zulasten V gehen, weil sich dann (erneut) nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklichen würde. Hierbei soll zu berücksichtigen sein, wie nahe die geschädigte Person der Anspruchstellerin stand, und ob letztere den Unfall selbst miterlebt hat.⁴⁸

Zwar hat M das Verschlucken der Murmel nicht selbst miterlebt, sie traf jedoch am Spielplatz ein und wurde damit den besonderen Gegebenheiten und der Hektik der dort vorherrschenden Situation ausgesetzt. In Anbetracht dessen, dass es sich bei T um ihre eigene Tochter handelt, muss der Schock allgemein als übliche Reaktion und damit verständlich eingestuft werden.

(3) Naher Angehöriger oder enger Lebenspartner

Unabhängig davon, dass dieses Kriterium seit jeher diskutiert wird und einige versuchen, dieses aufzuweichen,⁴⁹ ist M jedenfalls nahe Angehörige und damit im Kreis der anspruchsberechtigten Personen.

d) Rechtswidrigkeit

S handelte auch rechtswidrig, siehe oben.

3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners

G ist als Mutter des S gesetzlich gem. §§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB zur Aufsicht über S verpflichtet, siehe oben.

4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB

G kann die Vermutung des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB nicht widerlegen; vielmehr stehen Pflichtverletzung und Verschulden sogar positiv fest (siehe bereits oben).

5. Rechtsfolge, §§ 249 ff. BGB

Fraglich ist, ob das Honorar (100 €), das M als Clown erwirtschaftet hätte, ersatzfähig ist.

a) Art der Ersatzleistung

Die Ersatzfähigkeit der 100 € folgt bereits allein unter strikter Anwendung der Differenzhypothese. Maßgeblich ist ein Wertvergleich, wozu es einer Gegenüberstellung der hypothetischen Lage ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses mit der realen Lage bei Eintritt des schädigenden Ereignisses bedarf.⁵⁰ Hätte M infolge der Schockreaktion keinen Kreislaufkollaps erlitten, wäre sie am nächsten

da zum einen ein nicht erklärbarer Unterschied zu unmittelbar entstandenen Gesundheitsverletzungen bestand und zum anderen heftige Ereignisse regelmäßig zu berechenbaren Reaktionen führen.

⁴⁸ Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 101.

⁴⁹ Allgemein zu diesem Kriterium, siehe BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 8/14 = NJW 2015, 2246 (2247); Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 44; kritisch zu dieser Beschränkung des Schockschadenersatzes auf nahe Angehörige Luckey, SVR 2012, 1 (4); Bischoff, MDR 2004, 557 (558).

⁵⁰ Allgemein zur Differenzhypothese Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 530; auch heute überzeugt

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Tag als Clown aufgetreten und hätte 100 € erhalten. Folglich ist der Schadensposten bereits gem. § 249 Abs. 1 BGB als entgangener Gewinn ersatzfähig. Eines Rückgriffs auf die deklaratorische Vorschrift des § 252 S. 1 BGB bedarf es bei genauer Betrachtung nicht.

b) Zurechenbarkeit des Schadens

Der Schaden ist G mangels anderweitiger Anhaltspunkte auch zurechenbar.

c) Keine Kürzung des Anspruchs nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld

Eine Kürzung des Anspruchs nach § 254 Abs. 1 BGB liegt ebenso fern (V ist als Vater der T insbesondere auch nicht gesetzlicher Vertreter der M), wie eine Anspruchskürzung nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld:

Zwischen V und G besteht in Bezug auf die Ersatzfähigkeit der 100 € eine „normale“ Gesamtschuld. Sowohl V als auch G haften der M deliktisch und sind daher gem. § 840 Abs. 1 BGB Gesamtschuldner. Die Haftung des V scheidet auch nicht an einer Haftungsprivilegierung, da § 1359 BGB nur auf Ehegatten anwendbar ist, V und M jedoch getrennt sind. Der Gläubiger von zwei Schuldnern, die diesem als Gesamtschuldner haften, können einzeln in voller Höhe in Anspruch genommen werden – das Innenverhältnis bestimmt sich nach § 426 BGB, wonach G bei V Regress nehmen kann. Ein etwaiger Regress ist bei dem Anspruch des Gläubigers jedoch nicht zu berücksichtigen.

6. Ergebnis

T hat gegen G einen Anspruch aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB auf Ersatz der 100 € in voller Höhe.

II. Aus § 823 Abs. 1 BGB

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB tritt als *lex generalis* hinter § 832 Abs. 1 S. 1 BGB zurück (siehe oben).

III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB ist aufgrund des abschließenden Charakters des § 832 Abs. 1 S. 1 BGB abzulehnen (siehe oben).

Frage 3: Klageantrag

Zu prüfen ist, wie T prozessual vorgehen soll, wenn sich – vielleicht erst nach Jahren – zuverlässig feststellen lässt, ob sie bleibende kognitive Schäden zurückbehalten hat.

I. Klageantrag auf Leistung

1. Leistungsklage

Einer derzeitigen Leistungsklage steht jedenfalls das Problem fehlender Bezifferbarkeit (§ 253 Abs. 2

sie noch im Ausgangspunkt *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 18 f.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Nr. 2 ZPO) entgegen. Es ist noch nicht absehbar, in welcher Höhe, und ob überhaupt weitere kognitive Schäden jemals entstehen werden, die einen dann erst in der Höhe bezifferbaren Schadensersatz bedingen würden.

2. Klage auf zukünftige Leistung, §§ 257-259 ZPO

Eine Leistungsklage, deren „Leistung“ im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht vorliegt, kann unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 257–259 ZPO erhoben werden. Es ist jedoch keiner der Tatbestände einschlägig: Es handelt sich nicht um eine Leistung, die an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist (§ 257 ZPO), weiter auch nicht um eine wiederkehrende Leistung (§ 258 ZPO) und schließlich besteht mangels anderweitiger Anhaltspunkte auch keine Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung (§ 259 ZPO).

Anmerkung: Es handelt sich eher um zivilprozessuale Spezialkenntnisse, die nicht erwartbar sind.

II. Klageantrag auf Feststellung

Denkbar wäre daher nur eine Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen künftigen kognitiven Schäden zu ersetzen, die aus dem Verschlucken der im Sandkasten von T aufgefundenen Murmeln am Spielplatz vom [Datum] resultieren.

1. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 BGB

Voraussetzung ist zunächst, dass ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Rechtsverhältnis meint die aus einem konkreten Lebenssachverhalt resultierende Rechtsbeziehung einer Person zu einer anderen oder zu einem Gegenstand.⁵¹ Ein hier behaupteter Schadensersatzanspruch ist wie jeder Anspruch eine Rechtsbeziehung zwischen Personen und daher ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 BGB. In Anlehnung an §§ 257–259 ZPO erfasst ein Feststellungsantrag jedoch keine künftigen Rechtsverhältnisse,⁵² weshalb ein künftiger Anspruch auch nicht Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 BGB sein kann.

Der hier in Frage stehende Schadensersatzanspruch entsteht nach dem Grundsatz der Schadenseinheit indes bereits mit Eintritt des ersten Schaden als Ganzes.⁵³ Diesbezüglich liegt die Annahme eines nur künftigen Anspruchs fern, da für die Entstehung irrelevant ist, dass einzelne kognitive Auswirkungen derzeit noch nicht bestehen, denn der Hirnschaden ist bereits eingetreten.⁵⁴ Dieser Grundsatz der Schadenseinheit ist zwingend auf die prozessrechtliche Auslegung des § 256 ZPO zu übertragen, andernfalls wäre es dem Geschädigten regelmäßig verwehrt, künftige Schäden überhaupt noch einzuklagen, da Verjährung einträte (siehe sogleich ausführlich). Damit liegt ein (gegenwärtiges) feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor.

⁵¹ Dies ist die gängige Definition, vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1956 – III ZR 226/55 = NJW 1957, 21 (22); Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 35. Aufl. 2024, § 256 Rn. 4.

⁵² Unter Bezugnahme auf zahlreiche Rspr. und Lit. Becker-Eberhard, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, § 256 Rn. 31 m.w.N.

⁵³ Grundlegend bereits RG, Urt. v. 11.12.1913 – II 505/13 = RGZ 83, 354 (360); inzwischen st.Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. 7.3.2019 – III ZR 117/18 = NJW 2019, 1953 (1956); gleichwohl war der Grundsatz nie unumstritten, siehe Gill, Der besondere Verjährungsbeginn für Schadensersatzansprüche in § 852 Abs. 1 BGB, 1983, S. 136 ff.

⁵⁴ Vgl. hierzu Gerdemann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 199 Rn. 36 m.w.N.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

2. Feststellungsinteresse

Gem. § 256 Abs. 1 ZPO müsste ein berechtigtes (nicht rein wirtschaftliches) Interesse an der Feststellung bestehen. Das allgemeine Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das begehrte Feststellungsurteil dieselbe beseitigen kann.⁵⁵

a) Feststellungsinteresse im Hinblick auf die Verjährungsgefahr

Ein Feststellungsinteresse begründet sich jedenfalls in der dem Anspruch drohenden Verjährung (§§ 194 ff. BGB).⁵⁶ Um die Verjährung eines Anspruchs zu hemmen, ist Klageerhebung erforderlich. Gewinnt der Kläger seine Feststellungsklage, wird gem. § 197 Abs. 1 Nr. 3 ZPO eine 30-jährige Verjährungsfrist in Gang gesetzt. Sollten die von T befürchteten kognitiven Spätfolgen noch eintreten, unterliegen diese dann keiner eigenständigen Verjährungsfrist mehr. Maßgeblich ist dann vielmehr die 30-jährige Titelverjährung.

Für die Verjährung des streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch ist unter anderem die Entstehung des Anspruchs (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entscheidend, da dieser der regelmäßigen Verjährung des § 195 BGB unterliegt. Ein Schadensersatzanspruch entsteht bereits, wenn eine nachteilige Folge eingetreten ist (siehe oben, Grundsatz der Schadenseinheit). Voraussetzung ist lediglich, dass der gesamte Schaden auf einem einheitlichen Verhalten des Schädigers beruht und beim Auftreten des ersten Schadens mit weiteren, dann jetzt streitgegenständlichen Einbußen zu rechnen war, bzw. diese als möglich voraussehbar erschienen.⁵⁷ Diese Voraussetzungen sind bei T erfüllt, der Schaden beruht auf dem Vorfall am Spielplatz und mögliche Auswirkungen des Hirnschadens auf die schulische bzw. berufliche Zukunft sind als möglich voraussehbar.

Der Grundsatz der Schadenseinheit hat auch prozessual seine Berechtigung. Insoweit trägt er der Prozessökonomie und den beiderseitigen Interessen der Parteien Rechnung: Zum einen ergibt es Sinn, das erkennende Gericht mit dem Anspruch auf künftige Schäden zu befassen, da die Haftungsbegründung im Wesentlichen identisch ist. Zudem wird im Sinne des Schädigers erreicht, dass der Kläger gleich alles in die Waagschale wirft und der Beklagte somit nicht später mit Forderungen aus längst abgeschlossenen Sachverhalten konfrontiert wird.⁵⁸ Zugunsten des Klägers ist der Feststellungsantrag günstig, zumal sich ein weiterer Prozess im (unglücklichen) Falle der Realisierung des Schadens oftmals erübrigen wird.

b) Keine Subsidiarität der Feststellungsklage

Ein grundsätzlich bestehendes Feststellungsinteresse ist jedoch dann abzulehnen, wenn bereits im Zeitpunkt des Feststellungsantrages auf Leistung geklagt werden könnte (sog. Subsidiarität der

⁵⁵ Statt vieler *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 45. Aufl. 2024, § 256 Rn. 13. m.w.N. zur st.Rspr. des BGH.

⁵⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.2010 – VII ZR 187/08 = NJW-RR 2010, 750 (750 f.); insofern genügt sogar die auch nur entfernte Möglichkeit künftiger weiterer Folgeschäden, siehe BGH, Beschl. v. 9.1.2007 – VI ZR 133/06 = NJW-RR 2007, 601 (1. Leitsatz); v. *Gerlach*, VersR 2000, 525 (531).

⁵⁷ Zur Einheitlichkeit des Verhaltens, vgl. die gute Zusammenfassung der Anforderungen von *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 199 Rn. 10; im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit ist die Rspr. großzügig, siehe etwa BGH, Urt. v. 27.11.1990 – VI ZR 2/90 = NJW 1991, 973 (974); BGH, Urt. v. 11.7.1967 – VI ZR 115/66 = VersR 1967, 1092 (1094).

⁵⁸ BGH, Urt. v. 8.11.2016 – VI ZR 200/15 = NZG 2017, 753 (755); kritisch dazu *Zimmermann/Kleinschmidt*, in: FS Buchner, 2009, S. 861 (877 ff.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Feststellungsklage).⁵⁹ Dem Kläger ist die Feststellung dann regelmäßig versagt, da er auf leichterem und schnellerem Wege einen Vollstreckungstitel schaffen kann.

Eine Leistungsklage ist T mangels Bezifferbarkeit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) nicht zuzumuten (siehe oben). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften zur Verurteilung zur zukünftigen Leistung (§§ 257–259 ZPO). Abgesehen davon, dass kein Fall der §§ 257–259 ZPO vorliegt, wird dem Kläger ein Wahlrecht im Hinblick auf die Stellung eines Feststellungsantrages oder einer Klage nach §§ 257–259 ZPO zugebilligt.⁶⁰ Die Feststellungsklage ist daher in jedem Fall nicht subsidiär gegenüber einer Leistungsklage.

III. Ergebnis

T sollte eine Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 BGB erheben.

Ergänzende Anmerkung: Einer Feststellungsklage aus § 256 Abs. 1 ZPO steht dann auch nicht die Rechtshängigkeit bzw. -kraft einer bereits erhobenen Leistungsklage bzw. ergangenen Urteils entgegen.⁶¹

⁵⁹ Im Einzelnen Seiler, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 45. Aufl. 2024, § 256 Rn. 18.

⁶⁰ Seiler, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 45. Aufl. 2024, § 259 Rn. 6; Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 35. Aufl. 2024, § 259 Rn. 4.

⁶¹ Den jeweiligen Verfahren liegen unterschiedliche Anträge und damit andere Streitgegenstände zugrunde, allgemein zum prozessualen Streitgegenstandsbegriff, vgl. BGH, Urt. v. 3.3.2016 – IX ZB 33/14 = NJW 2016, 1818 (1821).

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Unruhe im Altmühltal“*

Wiss. Mitarbeiter Max Stadter, Wiss. Mitarbeiterin Milena Wilkens, Erlangen**

Wie auch in öffentlich-rechtlichen Klausuren im Examen nicht unüblich, beschäftigt sich die Hausarbeit überwiegend mit klassischen Problemen des Kernprüfungsstoffs, die in bislang unbekannte Normen des besonderen Verwaltungsrechts eingekleidet wurden. Die Arbeit ist anspruchsvoll. Im Wesentlichen ist aber ein sauberes methodisches Vorgehen der Bearbeiterinnen und Bearbeiter gefragt, wobei sich insofern gerade ein sauberer Aufbau sehr bezahlt macht. Konkret geht es im Sachverhalt um zwei naturschutzrechtliche Ausnahmegenehmigungen zum Wolfsabschuss, die im einstweiligen Rechtsschutz durch eine Umweltschutzvereinigung angegriffen werden. Relevant werden dabei in der Zulässigkeit u.a. Fragen der Statthaftigkeit des § 80a Abs. 3 VwGO sowie des Modells der Verletztenklage und in der Begründetheit Fragen der inzidenten Prüfung einer Rechtsverordnung, der europarechtskonformen Auslegung sowie des Austauschs von Rechtsgrundlagen.

Sachverhalt

Anfang Juni 2024 stellt der hauptberufliche Landwirt Ludwig (L) fest, dass auf seiner Weide im Landkreis Eichstätt (E) im Regierungsbezirk Oberbayern zwei seiner als Nutztiere gehaltenen Schafe gerissen worden sind. Nach einer Genanalyse stellt sich heraus, dass ein Wolfsrüde (genetischer Code: „GW2377m“) verantwortlich ist, der sich nachweislich seit Oktober 2023 auf dem Gebiet des Landkreises aufhält. In den vergangenen Monaten war es bereits zu mehreren Riss- und Verletzungsereignissen von Wild- und Nutztieren gekommen, die allesamt dem besagten Wolf zugeordnet werden konnten. Im Einzelnen waren im Winter 2023 ein Rothirsch und zwei Rehkitze gerissen worden sowie Mitte April 2024 zwei Lämmer. Mitte Mai 2024 wurde zudem eine Ziege verletzt, der Wolf flüchtete jedoch, nachdem er aus ca. 30 m Entfernung mit einer Taschenlampe angeleuchtet worden war (Abstand zum nächsten Haus, das Teil eines Siedlungsgebietes ist, 40 m). Die Gehege der Nutztiere waren jeweils mit einem – den amtlichen Empfehlungen entsprechenden – elektrischen Herdenschutzzaun umgeben.

Seit Ende 2023 befindet sich zudem auch eine Wolfsfähe (genetischer Code: „GW1612f“) auf dem Gebiet des Landkreises. Dieser konnte bisher nur ein Rissereignis im Frühjahr 2024 an einem zwei Wochen alten Fohlen zugeordnet werden.

Im März 2024 war zudem einmal ein Wolf im Ortszentrum der Gemeinde Walting (Landkreis Eichstätt, ca. 2.300 Einwohner) gesichtet worden. Die Identität des Wolfes ließ sich allerdings im Nachhinein nicht feststellen.

L ist – wie auch einige andere Landwirte in E – entsetzt. Es könne nicht sein, dass man „diese Raubtiere“ einfach gewähren lasse. Gegen den Wolf hätten seine Weidetiere keine Chance. Auch in Zukunft seien massive Schäden zu befürchten. Zudem sei es angesichts der Sichtungen in Siedlungs-

* Die vorliegende Hausarbeit wurde im Wintersemester 2024/25 in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg gestellt. Die maximale Zeichenzahl für das Gutachten betrug 53.000 Zeichen (inkl. Leerzeichen, aber ohne Fußnoten). Die 155 Bearbeiterinnen und Bearbeiter erzielten im Schnitt 6,39 Punkte bei einer Durchfallquote von 20,0 % und einer Prädikatsquote von 20,6 %.

** Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Prof. Dr. Bernhard W. Wegener an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

nähe nur eine Frage der Zeit, bevor auch Menschen verletzt würden. Hier müsse man schnellstens tätig werden – der Wolf habe in Bayern nichts verloren. Auf Antrag des L, der auch Inhaber eines Jagdscheins ist, erlässt die Regierung von Oberbayern (O) daher folgenden Bescheid:

- „1. L wird die artenschutzrechtliche Ausnahme erteilt,
- a) den schadenstiftenden Wolfsrüden (genetischer Code: „GW2377m“) zielgerichtet letal zu entnehmen,
 - b) die schadenstiftende Wolfsfähe (genetischer Code: „GW1612f“) zielgerichtet letal zu entnehmen.
2. Die sofortige Vollziehung dieses Bescheids wird angeordnet.“

Zur Begründung der – auf § 2 Abs. 1 und 2 Wolfsverordnung (WolfV) gestützten – Ausnahme-genehmigungen wird angeführt, dass beide Wölfe in der Vergangenheit in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang Wild- und Nutztiere gerissen hätten. Zur Annahme eines ernststen landwirtschaftlichen Schadens genüge dabei gem. § 2 Abs. 2 WolfV bereits der Riss eines einzigen Nutztiers oder Equiden. Ohnehin zeichne sich bzgl. des Wolfsrüden jedoch eine gefestigte Jagdstrategie ab. Das Überwinden eines elektrischen Herdenschutzzauns sei – was zutrifft – ein gesicherter Hinweis darauf, dass der Wolf gelernt habe, dass es sich bei Weidetieren um leicht erreichbare Beute handele, auf die er aufgrund der zahlreichen Rissereignisse nun konditioniert sei. Weitere Rissereignisse an landwirtschaftlichen Nutztieren seien daher zu erwarten. Zumutbare Alternativen zu einer Entnahme der beiden Wölfe seien nicht ersichtlich. So seien – was zutrifft – insbesondere Vergrämungsmaßnahmen bei Übergriffen auf Nutztiere nicht sinnvoll möglich und auch ein Fang und die Unterbringung in Gehegen nicht umsetzbar, da sich erwachsene, freilebende Wölfe nicht mehr an ein Leben in Gefangenschaft anpassen könnten. Die hier einzig möglichen Herdenschutzmaßnahmen hätten gerade keinen Erfolg gezeitigt. Schließlich sei – was ebenfalls zutrifft – nicht zu befürchten, dass sich der Erhaltungszustand der Population verschlechtere und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindert werde. Die angeordnete sofortige Vollziehung liege im öffentlichen Interesse.

Der Bescheid wird am 1.1.2024 in zwei Ausführungen zur Post gegeben und sowohl an L als auch an den U e.V. – eine örtlich aktive, nach § 3 UmwRG für Bayern anerkannte Naturschutzvereinigung, die sich in ihrer Satzung u.a. dem Artenschutz verschrieben hat – adressiert. Eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung ist beigefügt.

Der U möchte das nicht hinnehmen. Der Wolf (*canis lupus*) erfülle im Ökosystem eine wichtige Funktion. Nicht zu Unrecht werde er als „Gesundheitspolizei“ des Waldes bezeichnet, da er häufig auch kranke und schwache Tiere fresse und somit den Bestand seiner Beutetiere „gesund“ halte. Daher stehe er in Deutschland gem. § 7 Abs. 2 Nr. 13 lit. a, Nr. 14 lit. a, b BNatSchG und in Europa gem. Anhang A der Verordnung (EG) Nr. 338/97 sowie Art. 2 Abs. 1 Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie) i.V.m. Anhang IV lit. a FFH-Richtlinie auch unter besonders strengem Schutz und dürfe nach Art. 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG und Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie grundsätzlich nicht getötet werden. Der dementsprechend restriktiv auszulegende Art. 16 FFH-Richtlinie sehe vor, dass Ausnahmen vom Tötungsverbot nur als ultima ratio nach der Prüfung von Alternativen erteilt werden dürften. Auch § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG stelle hierfür hohe Anforderungen auf. Insbesondere könne ein einzelnes Rissereignis noch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit zukünftiger ernster Schäden begründen. Das sähe auch der Leitfaden des Landesamts für Umwelt so. Es könne doch nicht sein, dass in Bayern andere Rechtsnormen gölten und die beiden Wölfe dadurch von der Behörde einfach direkt zum Abschuss freigegeben würden. Die Verordnung sei daher rechtswidrig. Auch eine andere Rechts-

grundlage für die Ausnahmen sei nicht ersichtlich. Das Reißen ungeschützter Tiere stelle nur normales Beutefangverhalten dar. Die Sichtung im Ort sei schon wegen der mangelnden Zuordnung zu einem der beiden Wölfe belanglos und zudem nur ein einziges Mal vorgekommen. Im Übrigen sei ein Nicht-Vermeiden menschlicher Strukturen kein Hinweis darauf, dass der Wolf auch Menschen selbst nicht meiden würde. Schließlich sei die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht nachvollziehbar.

Der Vorstand (V) des U geht daher am 15.7.2024 in seiner Mittagspause zum Amtsgericht München, das praktischerweise ganz in der Nähe der Zentrale des U liegt. Dort beantragt er im Namen des U zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle „einstweiligen Rechtsschutz“ durch das Verwaltungsgericht München gegen die artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigungen der O vom 1.7.2024. Eine artenschutzrechtliche Ausnahme sei – jedenfalls bei völkerrechtskonformer Auslegung – ein „Vorhaben“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG, sodass der U in der Sache auch antragsbefugt sei. Das Protokoll geht am 16.7.2024 beim Verwaltungsgericht München ein. Eine Woche später, am 24.7.2024, erreicht auch die postalisch versandte Klageschrift des U für die Hauptsache das Verwaltungsgericht.

Fallfrage

Hat ein Antrag des U auf einstweiligen Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

In einem Gutachten, ist – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

Auf den nachfolgend abgedruckten Auszug der (fiktiven) WolfV sowie die §§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und Abs. 4, 2, 3 UmwRG, § 2 Abs. 4 UVPg, § 2 Abs. 3 Nr. 1, 2 UIG, §§ 1 Abs. 1, 7, 44 Abs. 1, 45 Abs. 7, 69 Abs. 2 Nr. 1 lit. b, 71 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG, Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention, Art. 12 Abs. 1, 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie wie auch den Anhang IV zur FFH-Richtlinie und den Anhang A der Verordnung (EG) Nr. 338/97 wird hingewiesen. Zudem wird auf § 3 Abs. 1 BNatSchG sowie alle zur Ausfüllung dieser Norm erlassenen Vorschriften hingewiesen. Andere Normen dieser Gesetze sowie sonstige umweltschutzrechtliche Regelungen sind nicht zu prüfen.

Die formelle Rechtmäßigkeit der auf Grundlage des § 45 Abs. 7 S. 4 und 5 BNatSchG erlassenen WolfV ist bei der Bearbeitung zu unterstellen und nicht zu prüfen. Ferner ist davon auszugehen, dass sich Wolfsrude und -fähe optisch hinreichend unterscheiden, sodass keine Verwechslungsgefahr besteht.

„§ 2 WolfV (Abwendung ernster wirtschaftlicher Schäden)

(1) ¹Die höhere Naturschutzbehörde kann zur Abwendung ernster landwirtschaftlicher oder sonstiger ernster wirtschaftlicher Schäden nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze gestatten, Wölfen nachzustellen, sie zu fangen, zu vergrämen oder mit einer geeigneten Schusswaffe zu töten, soweit es keine zumutbare Alternative gibt. ²Voraussetzung ist ferner, dass sich der Erhaltungszustand der Population nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert wird.

(2) Die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 sind insbesondere gegeben, wenn ein Wolf ein Nutztier oder einen Equiden verletzt oder tötet.“

Lösungsvorschlag

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen	506
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	506
II. Statthafte Antragsart	507
III. Zuständigkeit	509
IV. Antragsbefugnis	509
1. Verletzung in eigenen Rechten.....	509
2. Umweltrechtliche Verbandsklage.....	510
a) Tauglicher Streitgegenstand.....	510
b) Übrige Voraussetzungen.....	512
c) Zwischenergebnis.....	512
3. § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK.....	512
V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit	513
VI. Rechtsschutzbedürfnis	513
VII. Ordnungsgemäße Antragstellung	515
VIII. Zwischenergebnis	515
B. Antragshäufung, §§ 44 VwGO	515
C. Beiladung, § 65 Abs. 2 VwGO	516
D. Begründetheit bzgl. Wolfsrüde (Ziff. 1 lit. a)	516
I. Richtiger Antragsgegner	516
II. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung	516
1. Zuständigkeit.....	517
2. Verfahren.....	517
3. Form.....	517
4. Rechtsfolge.....	518
III. Interessenabwägung (Vollziehungs- vs. Aussetzungsinteresse)	518
1. Zulässigkeit der Hauptsacheklage.....	519
2. Begründetheit in der Hauptsache.....	519
a) Passivlegitimation.....	519
b) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes.....	519
aa) § 2 Abs. 1 und 2 WolfV als Rechtsgrundlage.....	520
(1) Rechtsgrundlage der WolfV.....	520
(2) Formelle Rechtmäßigkeit der WolfV.....	520
(3) Materielle Rechtmäßigkeit der WolfV.....	520

(a)	Vereinbarkeit mit § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG	520
(b)	Vereinbarkeit mit § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG.....	522
(c)	Vereinbarkeit mit Art. 16 Abs. 1 FFH-RL	523
(4)	Austausch der Rechtsgrundlage.....	524
(5)	Zwischenergebnis	526
bb)	§ 2 Abs. 1 WolfV als Rechtsgrundlage.....	526
(1)	Rechtsgrundlage	526
(2)	Formelle Rechtmäßigkeit.....	526
(a)	Zuständigkeit.....	526
(b)	Verfahren.....	526
(c)	Form	527
(3)	Materielle Rechtmäßigkeit.....	527
(a)	Ausnahmegrund („zur Abwendung ernster landwirtschaftlicher Schäden“), § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV.....	527
(b)	Alternativenprüfung, § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV a.E.....	529
(c)	Sicherung des Erhaltungszustands, § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV	529
(d)	Keine Ermessensfehler	529
(4)	Zwischenergebnis	530
cc)	§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4, S. 2 BNatSchG als Rechtsgrundlage	530
(1)	Rechtsgrundlage	530
(2)	Formelle Rechtmäßigkeit.....	530
(3)	Materielle Rechtmäßigkeit.....	530
(4)	Zwischenergebnis	531
c)	Zwischenergebnis.....	531
3.	Weitere Gesichtspunkte für Interessenabwägung	531
IV.	Zwischenergebnis	531
E.	Begründetheit bzgl. Wolfsfähe (Ziff. 1 lit. b)	531
I.	Passivlegitimation	532
II.	Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung.....	532
III.	Interessenabwägung (Vollziehungs- vs. Aussetzungsinteresse)	532
1.	Zulässigkeit der Hauptsacheklage	532
2.	Begründetheit in der Hauptsache	532
a)	Passivlegitimation	532
b)	Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes	532
c)	Subjektive Rechtsverletzung	533

d) Zwischenergebnis.....	533
3. Weitere Gesichtspunkte für Interessenabwägung	533
IV. Zwischenergebnis	533
F. Ergebnis	533

Die Anträge des U gegen die Ausnahmegenehmigungen haben Aussicht auf Erfolg, wenn ihre Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen und soweit sie begründet sind.

Hinweis: Die beiden Ausnahmegenehmigungen stellen als separate Verwaltungsakte auch zwei separate Streitgegenstände dar. Daher ist es auch möglich, die entsprechenden Sachentscheidungs Voraussetzungen – anders als hier – getrennt voneinander zu prüfen.

Abweichend vom hiesigen Vorgehen kann natürlich auch ein sog. dreistufiger Aufbau gewählt, also zwischen Entscheidungskompetenz (bestehend aus Rechtswegeröffnung und Zuständigkeit) und Zulässigkeitsvoraussetzungen unterschieden werden.¹ Anders als bei Hauptsacheverfahren ist im einstweiligen Rechtsschutz allerdings umstritten, ob §§ 17 ff. GVG – die der Grund für den dreistufigen Aufbau sind – überhaupt anwendbar sind.²

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zunächst müssten die Voraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Rechtsweg im Eilverfahren richtet sich nach dem Rechtsweg für die Hauptsache, § 123 Abs. 2 S. 1 VwGO bzw. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO.

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist insofern § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO maßgeblich. Es müsste demnach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen, die streitentscheidenden Normen müssten mithin solche des öffentlichen Rechts sein. Das ist nach der modifizierten Subjekttheorie dann der Fall, wenn die Normen einen Träger der öffentlichen Gewalt *als solchen* berechtigen oder verpflichten.³ Das ist bei den hier relevanten Vorschriften aus dem BNatSchG ohne Weiteres anzunehmen. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit und abdrängender Sonderzuweisung ist mithin der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Hinweis: Auf § 173 S. 1 VwGO, § 17a Abs. 2 S. 3 GVG – sofern im einstweiligen Rechtsschutz überhaupt anwendbar – kommt es hier nicht an, da schon keine Verweisung i.S.d. § 17a Abs. 2 S. 1 GVG vorliegt. Der Antrag des U wird zwar zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des AG München aufgegeben, ist aber an die Verwaltungsgerichtsbarkeit gerichtet. Es handelt es sich also um eine Frage der ordnungsgemäßen Antragshebung.

¹ Ausf. zu den Aufbaumöglichkeiten Heidebach, Jura 2009, 172.

² Vgl. dazu Ruthig, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, Anh § 41 Rn. 2a m.w.N.

³ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 226 ff. m.w.N.

II. Statthafte Antragsart

1. Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Antragsbegehren, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. In Betracht kommen im von dem U verfolgten Eilrechtsschutz grds. Anträge nach §§ 80 Abs. 5, 80a Abs. 1 und 3 VwGO sowie § 123 Abs. 1 S. 1, S. 2 VwGO, wobei erstere gem. § 123 Abs. 5 VwGO vorrangig sind. Fraglich ist also, ob ein Antrag nach §§ 80 Abs. 5, 80a Abs. 1 und 3 VwGO statthaft ist, mithin ob in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist, deren aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 2 VwGO entfielen.

Vorliegend begehrt der U die Aufhebung der zwei naturschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigungen. Bei diesen handelt es sich jeweils um behördliche Einzelfallregelungen mit Außenwirkung, also Verwaltungsakte i.S.d. Art. 35 S. 1 BayVwVfG, gegen die die Anfechtungsklage statthaft ist, § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO. Deren aufschiebende Wirkung würde hier wegen Anordnung der sofortigen Vollziehung entfallen, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO.

Hinweis: Statt auf Art. 35 S. 1 BayVwVfG könnte hier auch auf § 35 S. 1 VwVfG⁴ oder einen eigenständigen verwaltungsprozessualen Verwaltungsaktbegriff abgestellt werden.

Zudem ist es vertretbar, bereits hier die Frage der Bestandskraft der Ausnahmegenehmigungen anzusprechen.⁵

2. Fraglich ist darüber hinaus, ob es sich auch um einen Verwaltungsakt mit „Doppelwirkung“, § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO, – besser: Verwaltungsakt mit Drittwirkung⁶ – handelt. Dann wäre § 80 Abs. 5 VwGO nur nach Maßgabe des § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO anwendbar. Erforderlich für einen drittwirkenden Verwaltungsakt ist dabei grds., dass der Adressat der Maßnahme begünstigt wird, während gleichzeitig ein Dritter belastet wird.

a) Eine begünstigende Regelung ist hier in der Erlaubnis der Entnahme zugunsten des L zu erblicken, die schon angesichts der Strafvorschriften in §§ 69 Abs. 2 Nr. 1 lit. b, 71 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG auch rechtserheblich ist.⁷

b) Fraglich ist jedoch, wie es mit einer Drittbetroffenheit des U aussieht. Insofern ist umstritten, welche Qualität die Drittbetroffenheit haben muss.

Nach überwiegender Ansicht muss der Dritte in rechtlich geschützten Interessen betroffen sein.⁸ Es sei zweckmäßig, den Begriff der Belastung mit dem der Anfechtbarkeit in § 42 Abs. 2 VwGO gleichzusetzen.⁹ Erforderlich sei daher die (positive) Verletzung eines subjektiven Rechts i.w.S., d.h. von

⁴ Vgl. ausf. hierzu *Jakel*, JuS 2016, 410.

⁵ So etwa *W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 130.

⁶ Dazu *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 12.

⁷ Ausführlich zu den Anforderungen an die begünstigende Wirkung *Laubinger*, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 5 ff.

⁸ So ohne nähere Begründung *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 80a Rn. 2; *Buchheister*, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 80a Rn. 1; *Hoppe*, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80a Rn. 4; *Windthorst*, in: Gärditz, VwGO, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 80a Rn. 9; sowie *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 12a, der allerdings meint, dass sich die Belastung nicht zu einer Betroffenheit im Sinne einer Antrags- oder Klagebefugnis verdichten müsse.

⁹ *Laubinger*, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 14.

rechtlich anerkannten und geschützten Interessen¹⁰, wobei maßgeblich auf die durch das einfache Recht verfolgte Interessenrichtung abzustellen sei.¹¹

Die Vorschriften des Artenschutzrechts selbst vermitteln dem U kein subjektives Recht (siehe unten) – andernfalls bedürfte es nicht des Instruments der Verbandsklage in § 2 UmwRG. Ein rechtlich geschütztes Interesse des U könnte allerdings im satzungsmäßigen Aufgabenbereich des Verbands zu erblicken sein. Ist die Umweltschutzvereinigung in diesem betroffen, so kann sie über das Verbandsklagerecht den Staat nämlich zur Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben anhalten. Als anderer Ansatzpunkt käme in Betracht, den Begriff des subjektiven Rechts so aufzuweiten, dass von vornherein schon Fälle der funktionalen Subjektivierung – wie besonders Verbandsklagerechte – mit umfasst sind.¹² Gestützt wird das durch die Erwägung, dass einer (hier wegen § 2 UmwRG) möglichen Klage grds. ein korrespondierendes Recht als „Prius“ vorauszugehen hat.¹³ Schließlich sind im Kontext des § 65 Abs. 2 VwGO auch die qualifizierten Beteiligungsrechte der Umweltverbände im Verwaltungsverfahren bereits als „rechtliche Interessen“ angesehen worden.¹⁴

Andererseits deutet der Name der „altruistischen“ Verbandsklage darauf hin, dass das Instrument nur im Allgemeinwohl besteht, den Umweltverbänden als „Anwälten des Umweltrechts“ bzw. als bloßen Sachwaltern mithin gerade kein eigenes, rechtlich geschütztes Interesse zukommt.¹⁵ Die Umweltverbände machen nur überindividuelle Interessen geltend; es fehlt ihnen an einer zur Disposition stehenden materiellen „Stammposition“.¹⁶

Auf diese Erwägungen kommt es im Ergebnis allerdings gar nicht an, da richtigerweise bereits jede faktische Belastung eines Dritten genügt. Dafür spricht schon der Regelungszweck des § 80a VwGO, der es gebietet, den einstweiligen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte in tripolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen umfassend und abschließend zu regeln.¹⁷ Zudem bliebe nur bei weiter Auslegung der Drittwirkung ein eigener Raum für den (engeren) Filter der Antragsbefugnis.¹⁸ Dementsprechend ist letztlich jeder gerichtliche Antrag eines Dritten gegen artenschutzrechtliche Ausnahmen als ein solcher nach § 80a Abs. 3 VwGO zu behandeln. Das entspricht schließlich auch dem Wortlaut des § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO, der – anders als § 80a Abs. 2 VwGO – selbst gar nicht verlangt, dass tatsächlich ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung vorliegt.¹⁹

c) Die Begünstigung des Adressaten (L) und die Belastung des Dritten (U) sind auch wechselseitig verknüpft.

Hinweis: Bei dieser Frage handelt es sich um ein schwieriges Problem, von dem wohl zu erwarten ist, dass es nur von herausragenden Bearbeiterinnen und Bearbeitern überhaupt gesehen wird. Das liegt auch daran, dass es weder im Sachverhalt noch in der einschlägigen Rechtsprechung näher thema-

¹⁰ Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 15.

¹¹ Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 143 ff.

¹² Hierfür Hong, JZ 2012, 380 (384) m.w.N.

¹³ Ähnl. Hong, JZ 2012, 380 (384), der für einen korrespondierenden materiellen Anspruch auf Normwahrung plädiert.

¹⁴ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 65 Rn. 9 m.w.N.

¹⁵ So im Ergebnis auch Sennekamp, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2024, § 13 Rn. 44.

¹⁶ Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, S. 488.

¹⁷ So Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80a Rn. 9.

¹⁸ Gersdorf, Jura 2019, 1149 (1150); ders., in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80a Rn. 9.

¹⁹ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80a Rn. 4; ähnl. auch Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80a Rn. 9, nach dem der Wortlaut nur auf eine faktische Belastung abstellt.

tisiert wird.²⁰ Entsprechende Ausführungen sind daher besonders zu honorieren. Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Ohnehin hat die Entscheidung für oder gegen § 80a VwGO keine weiteren Auswirkungen.²¹

3. Es liegt daher ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung vor, der § 80a VwGO unterfällt. Nachdem hier der U als belasteter Dritter gerichtlichen Rechtsschutz gegen einen den Adressaten begünstigenden Verwaltungsakt ersucht, handelt es sich um einen Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. §§ 80a Abs. 3 und 1 Nr. 2 Alt. 1, 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO.

Hinweis: Mit Blick auf § 80a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 und Abs. 3 S. 1 VwGO wird v.a. in der Rspr. verbreitet ein „Antrag auf Aussetzung der Vollziehung“ für statthaft gehalten (und auch dementsprechend tenoriert). Nach a.A. ist – ebenso wie bei § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO – ein Antrag auf „Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung“ zu stellen. Dafür spricht neben dem Interesse an einer einheitlichen Terminologie vor allem der Wortlaut des § 80b Abs. 1 S. 2 VwGO. Ein sachlicher Unterschied ergibt sich insofern allerdings nicht.

III. Zuständigkeit

Zuständig ist gem. §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das „Gericht der Hauptsache“. Das ist hier das VG München, das gem. §§ 45, 52 Nr. 1 bzw. 3 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayAGVwGO sachlich und örtlich zur Entscheidung in der Hauptsache berufen ist.

IV. Antragsbefugnis

1. Verletzung in eigenen Rechten

Nachdem der einstweilige Rechtsschutz nicht weitergehen soll als der Rechtsschutz in der Hauptsache, müsste der U zudem antragsbefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog.²² Dazu müsste er geltend machen, durch die Ausnahmegenehmigungen in seinen Rechten verletzt zu sein. Dabei genügt es, wenn eine solche Verletzung zumindest möglich erscheint (sog. Möglichkeitstheorie).²³

Der U ist nicht Adressat einer belastenden Verfügung, sodass sich die Antragsbefugnis nicht schon aus einer möglichen Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ergibt (sog. Adressatentheorie).²⁴ Möglich bleibt allein die Verletzung drittschützender Normen, also solcher Rechtsvorschriften, die zumindest auch den Schutz von Individualinteressen bezwecken (sog. Schutznormtheorie).²⁵ Das ist bei den Regelungen des Artenschutzrechts allerdings nicht der Fall.²⁶ Diese

²⁰ Einzig OVG Lüneburg BeckRS 2020, 15015 Rn. 17 ist wohl so zu verstehen, dass in Fällen wie dem vorliegenden ein Antrag nach § 80a Abs. 3 VwGO zu erwägen ist.

²¹ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80a Rn. 3.

²² Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: Grundwerk 1996, § 42 Abs. 2 Rn. 35.

²³ Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, Stand: Grundwerk 1996, § 42 Abs. 2 Rn. 67.

²⁴ R.-P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 42 Rn. 69.

²⁵ R.-P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 42 Rn. 83.

²⁶ Mascher, VR 2016, 369 (372).

dienen allein objektiven Belangen, insbesondere dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen, vgl. § 1 Abs. 1 BNatSchG. Damit kann der U hier keine mögliche Verletzung in eigenen Rechten geltend machen.

Hinweis: Der U beruft sich hier auch nicht auf eine unterlassene Mitwirkung. Dann läge eine Verletzung in eigenen Rechten vor, die im Wege der Leistungsklage (sog. Partizipationserzwingungsklage) bzw. eines Antrags nach § 123 VwGO verfolgt werden könnte.

2. Umweltrechtliche Verbandsklage

Auf eine Verletzung in eigenen Rechten kann jedoch gem. § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO verzichtet werden, wenn das Gesetz „anderes“ vorsieht. Das ist insbesondere bei der sog. altruistischen Verbandsklage nach § 2 UmwRG der Fall. Diese erlaubt es gem. Abs. 1 anerkannten Vereinigungen i.S.d. § 3 UmwRG – wie vorliegend dem U –, Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG einzulegen, ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen. Das gilt nicht nur für Klagen, sondern auch für Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz.²⁷

a) Tauglicher Streitgegenstand

Zunächst müsste daher eine Entscheidung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG vorliegen. In Betracht kommt insbesondere Nr. 5, der „Verwaltungsakte [...], durch die andere als in den Nummern 1 bis 2b genannte Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften [...] zugelassen werden“, erfasst.

aa) Ein Verwaltungsakt ist hier gegeben (siehe oben). Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme auch um ein umweltbezogenes „Vorhaben“ handelt. Ausweislich der Gesetzesunterlagen soll sich der Begriff des Vorhabens an § 2 Abs. 4 UVPG orientieren – allerdings ohne Bezugnahme auf Anlage 1.²⁸ Erfasst sein kann daher neben der Errichtung und dem Betrieb einer technischen Anlage sowie dem Bau einer anderen Anlage auch – hier relevant – die Durchführung einer sonstigen in Natur und Landschaft eingreifenden Maßnahme sowie jeweils deren Änderung bzw. Erweiterung.

In der Literatur wird das zum Teil jedoch einschränkend ausgelegt. Aus dem Halbsatz „andere als in den Nrn. 1 bis 2b genannte Vorhaben“ sei zu folgern, dass der Vorhabensbegriff allein anlagenbezogen zu verstehen sei.²⁹ Artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigungen wären dann – jedenfalls sofern nicht mit einer Anlage verknüpft – nicht umfasst.

Nach anderer Ansicht sei zur Konkretisierung der sonstigen Eingriffe auf § 14 Abs. 1 BNatSchG zurückzugreifen, wonach lediglich „Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels“ erfasst seien.³⁰ Auch dann würden die vorliegenden Ausnahmegenehmigungen § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG nicht unterfallen.

²⁷ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 86. Lfg., Stand: April 2018, UmwRG § 2 Rn. 6.

²⁸ BT-Drs. 18/9526, S. 36, damals noch § 2 Abs. 2 UVPG.

²⁹ So insb. Schlacke, NVwZ 2019, 1392 (1399); dies., in: Gärditz, VwGO, Kommentar, 3. Aufl. 2025, UmwRG § 1 Rn. 50.

³⁰ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 86. Lfg., Stand: April 2018, UmwRG § 1 Rn. 108.

Das kann im Ergebnis jedoch nicht überzeugen. In den Gesetzesunterlagen finden sich keinerlei Anhaltspunkte für ein einschränkendes Begriffsverständnis.³¹ Maßgeblich soll vielmehr alleine sein, „ob für die Zulassungsentscheidung umweltbezogene Vorschriften des Bundes- oder Landesrechts anzuwenden sind“³², was hier mit § 44 BNatSchG der Fall wäre.

bb) Gestützt wird das durch eine unionsrechtskonforme Auslegung der Vorschrift. Nach Ansicht des EuGH in der Rechtssache Slowakischer Braunbär sind Vorschriften des nationalen Prozessrechts gerade im Bereich des europarechtlich determinierten Artenschutzes – im konkreten Verfahren ging es um einen Braunbären (*ursus arctos*), der ebenfalls wie der Wolf eine streng zu schützende Art i.S.d. Anhang IV der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) darstellt – so auszulegen, dass sie zur Gewährung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes so weit wie möglich im Einklang mit den Zielen des Art. 9 Abs. 3 AK stehen.³³ Umweltverbänden sei es zu ermöglichen, abschließende Verwaltungsentscheidungen, die möglicherweise im Widerspruch zu Umweltunionsrecht stehen, vor einem Gericht anzufechten.

Diesem Erfordernis wird vorliegend dadurch Rechnung getragen, dass auch die Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, der u.a. Art. 16 FFH-RL in deutsches Recht umsetzt, als „Vorhaben“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG anzusehen ist.³⁴ Das wird dem Umstand gerecht, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorhaben vom 29.5.2017 gerade bezweckt hat, Art. 9 Abs. 3 AK vollständig im deutschen Recht umzusetzen.³⁵

Hinweis: Bei der Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG handelt es sich um ein schwieriges Problem, das (für „Neulinge“ im UmwRG) in all seinen Einzelheiten wohl nur schwer zu durchblicken ist. Treffende Ausführungen der Bearbeiterinnen und Bearbeiter sind daher entsprechend zu honorieren. Ebenso ist es vertretbar, hier zu einem anderen Ergebnis zu kommen. Mögliche Ansatzpunkte ergeben sich insbesondere daraus, dass mangels unionsrechtlicher Umsetzung des Art. 9 Abs. 3 AK zweifelhaft ist, ob der EuGH eine entsprechende Auslegung überhaupt hätte vornehmen dürfen.³⁶ Eine dann noch mögliche völkerrechtskonforme Auslegung scheitert daran, dass Art. 9 Abs. 3 AK es den Vertragsstaaten freistelle, wie und mit welcher Reichweite sie ihre Verpflichtungen umsetzten.³⁷

Mithin liegt ein „Vorhaben“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG vor. Dieses wird auch unter Anwendung umweltbezogener Vorschriften, nämlich insbesondere des § 45 BNatSchG, zugelassen, vgl. § 1 Abs. 4 UmwRG, § 2 Abs. 3 Nr. 1 UIG.

Hinweis: Eine Abgrenzung zu § 1 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1–2b UmwRG ist hier nicht notwendig, da jener ausweislich des Bearbeitungsvermerks nicht zu prüfen ist.

³¹ A.A. *Schlacke*, in: Gärditz, VwGO, Kommentar, 3. Aufl. 2025, UmwRG § 1 Rn. 50.

³² BT-Drs. 18/9526, S. 36 dritter Absatz; so BayVGh, Urt. v. 1.10.2019 – 14 BV 17.1278, Rn. 28.

³³ EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-240/09 (Slowakischer Braunbär), Rn. 50.

³⁴ BayVGh, Urt. v. 1.10.2019 – 14 BV 17.1278, Rn. 29.

³⁵ BVerwG ZUR 2020, 296 (298 Rn. 25); vgl. BT-Drs. 18/9526, S. 32.

³⁶ Ablehnend *Schink*, DÖV 2012, 622 (625); *Ruffert*, DVBl 2019, 1033 (1035 f.); zw. auch *Wegener*, ZUR 2011, 363 (366); a.A. EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-240/09 (Slowakischer Braunbär), Rn. 36 ff., der darauf abstellt, dass der betroffene materiell-rechtliche Bereich unional determiniert sei; unkrit. auch *Schlacke*, NVwZ 2014, 11 (12).

³⁷ So *Schink*, DÖV 2012, 622 (626).

b) Übrige Voraussetzungen

Darüber hinaus müssten die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1–3 und S. 2 UmwRG gewahrt sein. Insofern hier von „Geltendmachen“ gesprochen wird, gelten die gleichen Voraussetzungen wie in § 42 Abs. 2 VwGO, d.h. die sog. Möglichkeitstheorie.³⁸

aa) Erforderlich ist zunächst eine mögliche Verletzung von entscheidungsrelevanten Vorschriften, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG. Gemeint sind damit alle materiellen Rechtssätze, also insb. Gesetze, Verordnungen und Satzungen.³⁹ Dabei muss es sich gem. S. 2 um eine Verletzung umweltbezogener Rechtsvorschriften handeln. Für die Entscheidungserheblichkeit genügt ein Kausalzusammenhang, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Verletzung auch zur Aufhebung der Entscheidung führt.⁴⁰ Eine Verletzung entscheidungserheblicher, umweltbezogener Rechtsvorschriften (vgl. § 1 Abs. 4 UmwRG, § 2 Abs. 3 Nr. 1 UIG) erscheint hier jedenfalls mit Blick auf § 45 BNatSchG sowie Art. 16 FFH-RL möglich.

bb) Der U kann auch geltend machen, in seinem satzungsmäßigen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes berührt zu sein, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwRG. Die Entnahme von Wölfen läuft dem Artenschutz, der Teil des sachlichen, in der Satzung festgelegten Aufgabenbereichs des U ist (vgl. § 57 Abs. 1 BGB), unmittelbar zuwider. In räumlicher Hinsicht sind keine – hier entgegenstehenden – Einschränkungen des in der Satzung festgelegten Aufgabenbereichs ersichtlich.

cc) § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UmwRG ist nicht einschlägig.

c) Zwischenergebnis

Der U ist damit antragsbefugt gem. § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO, § 2 Abs. 1 UmwRG.

Hinweis: Neben dem Rechtsbehelf aus § 2 UmwRG wäre – im Umkehrschluss zu § 1 Abs. 3 UmwRG – grds. auch die besondere naturschutzrechtliche Verbandsklage aus § 64 BNatSchG anwendbar.⁴¹ Diese scheidet hier allerdings schon am fehlenden tauglichen Rechtsbehelfsgegenstand i.S.d. § 63 Abs. 1 Nrn. 2–4 und Abs. 2 Nrn. 4a–7 BNatSchG (vgl. insb. Abs. 2 Nr. 4a, für den allerdings eine Allgemeinverfügung erforderlich wäre) und ist laut Bearbeitungsvermerk daher auch nicht zu prüfen.

3. § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK

a) Mangels unmittelbarer Wirkung des Art. 9 Abs. 3 AK⁴² stellt dieser selbst keine „anderweitige gesetzliche Bestimmung“ i.S.d. § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO dar.⁴³

b) Wegen der bereits bejahten Antragsbefugnis aus § 2 Abs. 1 UmwRG kommt es auch auf eine mögliche unionsrechtskonforme Auslegung des § 42 Abs. 2 VwGO selbst im Lichte des Art. 9 Abs. 3 AK nicht mehr an.⁴⁴

³⁸ Eine – hier nicht relevante – Ausnahme macht das BVerwG allerdings bzgl. der erforderlichen UVP-Pflicht in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG, vgl. BVerwG NVwZ 2018, 986 (986 Rn. 18).

³⁹ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 86. Lfg., Stand: April 2018, UmwRG § 2 Rn. 12.

⁴⁰ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 86. Lfg., Stand: April 2018, UmwRG § 2 Rn. 15.

⁴¹ Kahl/Gärditz, Umweltrecht, 13. Aufl. 2023, § 5 Rn. 53; Bunge, JuS 2020, 740 (744).

⁴² EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-240/09 (Slowakischer Braunbär), Rn. 45, 52.

⁴³ BVerwG LKV 2015, 220 (222 Rn. 21); OVG Koblenz NVwZ 2013, 881(882); Seibert, NVwZ 2013, 1040 (1043) m.w.N.

⁴⁴ Eine solche findet sich vereinzelt in der Rspr., vgl. etwa VG Augsburg BeckRS 2013, 47972 Rn. 20 ff. Der Sache nach überzeugt das allerdings nicht. § 42 Abs. 2 VwGO ist nur eine „Vorbehalts- bzw. Öffnungsklausel“, die

c) Ebenfalls dahinstehen kann die Frage, ob § 42 Abs. 2 VwGO vorliegend wegen Art. 47 GRCh und Art. 9 Abs. 3 AK unangewendet gelassen werden muss.⁴⁵

Hinweis: Ausführungen der Bearbeiterinnen und Bearbeiter zu diesen Ansätzen sind nicht zwingend zu erwarten und sollten – sofern vorhanden – besonders honoriert werden.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der U ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO, § 26 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB vor Gericht von seinem Vorstand vertreten.

Der Freistaat Bayern als Rechtsträger der O ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, Art. 1 Abs. 1 BV beteiligtenfähig und wird vor Gericht von der Ausgangsbehörde vertreten, § 62 Abs. 3 VwGO, Art. 13 S. 1, S. 2 BayAGVwGO, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 S. 1 LABV.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Ein grds. anzunehmendes Rechtsschutzbedürfnis des U könnte hier entfallen, wenn es ein einfacheres Mittel zur Erreichung des Rechtsschutzziels gäbe.

1. In Betracht kommt zunächst ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bei der Behörde, §§ 80a Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 4 VwGO. Ob ein solcher zwingend vorher zu erheben ist, hängt im Wesentlichen vom Charakter der Verweisung in § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO auf § 80 Abs. 6 VwGO ab.

Zum Teil wird hierin eine Rechtsfolgenverweisung gesehen, da es nahezu keine Dreipersonenkonstellationen mit Bezug zu Abgaben und Kosten gäbe und die Verweisung damit praktisch leerliefe.⁴⁶ Überzeugender ist es allerdings, eine Rechtsgrundverweisung anzunehmen.⁴⁷ Das legt schon die Systematik nahe. Die „in einem Atemzug“ genannten Abs. 5, 7, 8 sind unstrittig Rechtsgrundverweisungen. Auch ist kein Grund ersichtlich, Dreipersonenkonstellationen anders zu behandeln als Zweipersonenverhältnisse. Der schmale praktische Anwendungsbereich der Verweisung mag rechtspolitisch bedauert werden, darf aber nicht dazu verleiten, „eigene Wunschvorstellungen als gesetzlichen Sinn zu entdecken“.⁴⁸ Insoweit handelt es sich ausweislich der Entstehungsgeschichte um ein Redaktionsversehen. Die Annahme einer Rechtsfolgenverweisung würde im Übrigen zu einer starken Rechtsschutzverkürzung führen.

Letztlich kommt es auf den Streit hier aber nicht an, da sich dasselbe Ergebnis auch durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 VwGO erreichen lässt.⁴⁹ Ein unmittelbar bevorstehendes Gebrauchmachen von der Begünstigung, hier also die irreversible Entnahme der Wölfe, ist als drohende Vollstreckung anzusehen.

der Umsetzung durch den Gesetzgeber bedarf, vgl. BVerwG NVwZ 2014, 64 (65 Rn. 26). Eine Auslegung in dem Wege, dass keine subjektive Rechtsverletzung erforderlich wäre, würde sich über den Wortlaut der Norm und den erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen, vgl. OVG Koblenz NVwZ 2013, 881 (883).

⁴⁵ Eine solche Möglichkeit erörtert der EuGH in der Protect-Entscheidung, vgl. EuGH NVwZ 2018, 225 (228 Rn. 55), m.Anm. Klinger; krit. dazu Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 86. Lfg., Stand: April 2018, UmwRG Vorb. Rn. 44.

⁴⁶ So etwa OVG Koblenz NVwZ 1994, 1015 (1015).

⁴⁷ Zum Folgenden statt vieler Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 73 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

⁴⁸ So Heydemann, NVwZ 1993, 419 (423).

⁴⁹ Vgl. zu dieser Möglichkeit im Kontext einer Baugenehmigung OVG Lüneburg NVwZ 1993, 592; OVG Koblenz NVwZ 1994, 1015.

Ein vorheriger Antrag auf Aussetzung der Vollziehung bei der Behörde ist daher nicht notwendig.

Hinweis: Dieses Problem stellt sich natürlich nicht, wenn – vertretbarerweise – kein Antrag nach §§ 80a Abs. 3 und 1 Nr. 2 Alt. 1, 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO, sondern ein solcher unmittelbar nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO als statthaft angesehen worden ist. Dann kann sich mit dem Hinweis begnügt werden, dass die Regelung des § 80 Abs. 6 VwGO zum Ausdruck bringt, dass es sich hier um zwei unabhängig nebeneinanderstehende Verfahren handelt.

2. Auch ein vorheriger Widerspruch nach § 68 VwGO ist mangels Statthaftigkeit, Art. 12 Abs. 2 BayAGVwGO, nicht erforderlich.⁵⁰

3. Fraglich ist allerdings, ob zuvor Anfechtungsklage durch den U hätte erhoben werden müssen. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO. Auch würde ein solches Erfordernis – entgegen Art. 19 Abs. 4 GG – zu einer faktischen Verkürzung der Rechtsbehelfsfristen führen.⁵¹ Andererseits besteht ohne Klage und Widerspruch gar keine aufschiebende Wirkung, die angeordnet oder wiederhergestellt werden könnte.⁵² § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ist auf den Fall ausgelegt, dass – wie vor dem weitgehenden Entfall des Vorverfahrens typisch – zuvor Widerspruch eingelegt worden ist.⁵³ I.R.d. § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO kann schließlich der Wortlaut angeführt werden, der gerade verlangt, dass ein Dritter bereits einen Rechtsbehelf eingelegt hat.

Dieser Streit kann letztlich aber dahinstehen, da im Zeitpunkt der Entscheidung ein entsprechender Hauptsacherechtsbehelf vorlag.

4. Darüber hinaus würde das Rechtsschutzbedürfnis entfallen, wenn die Anfechtungsklage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig wäre. Insofern ist fraglich, ob die Klage fristgemäß erhoben worden ist.

a) Wegen Entfall des Widerspruchsverfahrens gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO, Art. 12 Abs. 2 BayAGVwGO ist insofern die Monatsfrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO maßgeblich.

Fristauslösendes Ereignis ist die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes an den Kläger, hier also den U, §§ 58 Abs. 1, 74 Abs. 1 S. 2 VwGO. Die Ausnahmegenehmigungen sind am 1.7.2024 in zwei Ausführungen zur Post gegeben worden. Gem. Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG⁵⁴ (in der damaligen Fassung) gelten sie am dritten Tag nach der Aufgabe als bekannt gegeben, mithin am 4.7.2024. Die Klagefrist begann daher am 5.7.2024 um 0 Uhr, § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB. Die Frist endete am 4.8.2024 um 24 Uhr, § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB.

Hinweis: Zum 1.1.2025 wurde die Bekanntgabefiktion in Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG – wie auch in § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG – von drei auf vier Tagen verlängert. Hintergrund sind die verlängerten Zustellzeiten im Postrechtsmodernisierungsgesetz.

⁵⁰ Auch i.Ü. gegen das Erfordernis eines vorigen Widerspruchs *W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 139 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

⁵¹ *Gersdorf*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80 Rn. 164.

⁵² *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 461.

⁵³ *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 461.

⁵⁴ Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG gilt seinem Wortlaut nach unabhängig davon, ob eine Bekanntgabe an einen Beteiligten i.S.d. Art. 13 Abs. 1 BayVwVfG oder – wie hier – an einen sonstigen Dritten erfolgt. Zwar regelt Art. 41 Abs. 1 BayVwVfG eine Bekanntgabepflicht nur für Beteiligte. Das schließt allerdings nicht aus, dass der Verwaltungsakt auch an andere Personen bekanntgegeben wird, vgl. *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2024, § 41 Rn. 21.

Mit Klageerhebung am 24.7.2024 war diese Frist gewahrt.

b) Die Jahresfrist des § 2 Abs. 3 S. 1 UmwRG ist wegen der individuellen Bekanntgabe an den U nicht anwendbar. Der Zweijahresfrist des § 2 Abs. 3 S. 2 UmwRG kommt wegen der deutlich engeren Frist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO keine eigene Bedeutung zu.

VII. Ordnungsgemäße Antragstellung

Schließlich müsste der Antrag auch ordnungsgemäß gestellt worden sein, §§ 81, 82 VwGO analog.⁵⁵ Nach § 81 Abs. 1 S. 1 VwGO ist ein Antrag dabei grds. schriftlich zu erheben.⁵⁶ Dieses Erfordernis dient der Klarheit und Sicherheit im Prozess; es garantiert vor allem, dass Authentizität und Übermittlungswille des Antragstellers vorliegen.⁵⁷ Nach S. 2 kann ein Antrag zudem zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle „bei dem Verwaltungsgericht“ erhoben werden.

Fraglich ist, wie damit umzugehen ist, dass V den Antrag hier stattdessen zu Protokoll der Geschäftsstelle des AG München, also eines Gerichts der ordentlichen Gerichtsbarkeit, erhoben hat. Über § 173 S. 1 VwGO gelten ergänzend zu den Vorschriften der VwGO die entsprechenden Verfahrensbestimmungen der ZPO. Hier ist das § 129a Abs. 1 S. 1 ZPO, der bestimmt, dass Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle „eines jeden Amtsgerichts“ zu Protokoll abgegeben werden können. Im Verwaltungsstreitverfahren heißt dies konkret, dass ein Antragsteller auch die Geschäftsstelle eines örtlich unzuständigen Verwaltungsgerichts wie auch die eines Amtsgerichts in Anspruch nehmen kann.⁵⁸ Die Antragstellung vor dem Urkundsbeamten des AG München wahrt also die Anforderungen des § 81 Abs. 1 VwGO analog.

Der Antrag ist damit ordnungsgemäß gestellt worden.

VIII. Zwischenergebnis

Die relevanten Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

B. Antragshäufung, §§ 44 VwGO

Es ist ein Fall der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO gegeben.

Hinweis: Der notwendige „Zusammenhang“ der Klagebegehren ergibt sich hier jedenfalls aus der Vollziehungsanordnung, die für beide Verwaltungsakte gilt. Im Sinne der Prozessökonomie ist das Merkmal ohnehin weit auszulegen.⁵⁹

Ausführungen zu § 44 VwGO sind i.Ü. nicht zwingend erforderlich, da eine unzulässige Klagehäufung lediglich zur Trennung der Verfahren nach § 93 VwGO führt.

⁵⁵ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 128.

⁵⁶ Bei Fällen besonderer Eilbedürftigkeit kann jedoch auch eine telefonische Erhebung zulässig sein, vgl. VG Wiesbaden NVwZ 1988, 90 (90).

⁵⁷ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 81 Rn. 5.

⁵⁸ Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 38. Lfg., Stand: Januar 2020, § 81 Rn. 11.

⁵⁹ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 44 Rn. 5.

C. Beiladung, § 65 Abs. 2 VwGO

Der gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, §§ 2, 104 ff. BGB prozessfähige L ist hier notwendigerweise beizuladen, § 65 Abs. 2 VwGO.

Hinweis: Entsprechende Ausführungen sind nicht zwingend zu erwarten, da die Beiladung jedenfalls keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs hat.

D. Begründetheit bzgl. Wolfsrüde (Ziff. 1 lit. a)

Der Antrag ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist und die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig ist und/oder eine summarische Prüfung des Gerichts ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse der Behörde und des Dritten überwiegt.

I. Richtiger Antragsgegner

Passivlegitimiert ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Freistaat Bayern als Rechtsträger der O.

Hinweis: Entgegen der h.M. könnte § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO auch als Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis verstanden und schon im Rahmen der Zulässigkeit geprüft werden.⁶⁰

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Fraglich ist, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Ziff. 2 des Bescheids formell rechtmäßig ist.

Hinweis: Die materielle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung ist demgegenüber nach h.M. nicht zu prüfen.⁶¹ Das folgt daraus, dass das Gericht insofern eine eigene Abwägungsentscheidung trifft und zudem § 80 Abs. 7 VwGO zum Ausdruck bringt, dass es für die Abwägung allein auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt.⁶² Unterschiede zwischen diesen beiden Vorgehensweisen ergäben sich in erster Linie in Bezug auf etwaige Ermessensfehler der Behörde.

⁶⁰ Vgl. dazu Rozek, JuS 2007, 601.

⁶¹ Schübel-Pfister, JuS 2009, 517 (518); Schoch, Jura 2002, 37 (44); a.A. W.-R. Schenke, JZ 1996, 1155 (1163), ders., Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 1078; ders., in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 146, 149a, der im Wesentlichen darauf abstellt, dass nur so dem verfassungsrechtlich garantierten Beseitigungsanspruch Rechnung getragen werden könne; Gersdorf, BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80 Rn. 172 ff., 184; ders., Jura 2019, 1149 (1157).

⁶² Das gilt nur für die Beurteilung des Dringlichkeitsinteresses. Bzgl. der Erfolgsaussichten der Hauptsache, also der summarischen Prüfung der materiellen Rechtslage, bleibt es demgegenüber bei dem Maßstab, der auch für die Hauptsache selbst gilt, vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 162; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 418 f.

1. Zuständigkeit

Zuständig ist die O als Behörde, die auch den ursprünglichen Verwaltungsakt (Ziff. 1 lit. a) erlassen hat, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

2. Verfahren

Fraglich ist, ob es einer Anhörung des U zur geplanten Anordnung der sofortigen Vollziehung bedurft hätte. Mangels Regelung handelt es sich bei der Sofortvollzugsanordnung nicht um einen Verwaltungsakt, sondern einen bloßen Annex, sodass Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG nicht direkt anwendbar ist.⁶³

Möglicherweise ist wegen der ähnlich belastenden Wirkung jedoch eine Anhörung analog Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG notwendig. Es fehlt angesichts der umfassenden Regelung in § 80 Abs. 3 VwGO insofern allerdings bereits an einer Regelungslücke.⁶⁴ Zudem besteht auch keine vergleichbare Interessenlage, da die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht in Bestandskraft erwachsen kann und der Betroffene etwaige Einwände damit auch später noch vortragen kann.⁶⁵ Schließlich wäre eine Anhörung ohnehin regelmäßig nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG entbehrlich.

Folglich ist es unschädlich, dass der U nicht gesondert zur Anordnung der sofortigen Vollziehung angehört worden ist.

Hinweis: Auf die Darstellung dieses Streitstands kann auch mit dem Hinweis verzichtet werden, dass mangels Beteiligtenstellung des U i.S.d. Art. 13 Abs. 1 BayVwVfG ohnehin keine Anhörungspflicht nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG (analog) bestünde.

Darüber hinaus wird vereinzelt vertreten, dass wegen § 80a Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Behörde die sofortige Vollziehung nur auf Antrag des Begünstigten anordnen dürfe. Das verkennt jedoch den Zweck der Norm sowie dessen Verhältnis zu § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO;⁶⁶ schließlich zeigen Konstellationen wie die vorliegende – in denen gerade auch ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht – dass ein Antragsersfordernis nicht zu überzeugen vermag. Entsprechende Ausführungen der Bearbeiterinnen und Bearbeiter sind nicht zu erwarten.

3. Form

Fraglich ist, ob die Vollziehungsanordnung den formellen Voraussetzungen aus § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO gerecht wird. Erforderlich ist demnach eine Begründung des „besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung“. Angesichts der Warn- bzw. Besinnungsfunktion der Begründung – der Behörde soll der wegen Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Ausnahmecharakter der sofortigen Vollziehung vor Augen geführt werden – genügt gerade keine bloß formelhafte Begründung.⁶⁷ Dennoch dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Gerade im Gefahrenabwehrrecht ist das Erlassinteresse häufig identisch mit dem Vollzugsinteresse,⁶⁸ sodass insofern ausnahmsweise auf die Begründung

⁶³ Gersdorf, in: BeckOK-VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80 Rn. 80.

⁶⁴ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 258.

⁶⁵ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 82.

⁶⁶ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80a Rn. 7.

⁶⁷ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 84 f.

⁶⁸ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 210.

des Verwaltungsakts selbst Bezug genommen werden kann.⁶⁹ Nichtsdestotrotz genügt der bloße Verweis darauf, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt, nicht.⁷⁰ Die Begründung muss erkennbar eine eigenständige Rolle neben der des Verwaltungsakts selbst einnehmen.⁷¹

Daher fehlt es hier an einer ordnungsgemäßen Begründung i.S.d. § 80 Abs. 3 S. 1 VwVfG. Auf eine solche kann auch nicht etwa nach S. 2 verzichtet werden, da es insofern schon an der Bezeichnung als Notstandsmaßnahme fehlt. Auch eine Heilung analog Art. 45 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG ist angesichts der verfolgten Warnfunktion nicht möglich.⁷²

Hinweis: Eine andere Ansicht bzgl. der Heilung ist mit Verweis auf Erwägungen der Prozessökonomie vertretbar.

4. Rechtsfolge

Fraglich ist, welche Rechtsfolge sich aus der formellen Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung ergibt. Überwiegend wird vertreten, dass lediglich die Vollziehungsanordnung aufgehoben wird, sodass die Behörde nicht gehindert ist, eine erneute Anordnung mit berechtigter Begründung zu erlassen.⁷³ Überzeugender erscheint es indes im Einklang mit dem Wortlaut anzunehmen, dass das Gericht die aufschiebende Wirkung wiederherstellt.⁷⁴ Ein Neuerlass der Vollziehungsanordnung ist dennoch möglich, da die Bindungswirkung der Entscheidung nur so weit reicht, wie das Gericht auch entschieden hat.⁷⁵

Hinweis: Vereinzelt wird vertreten, dass es über die formelle Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung hinaus noch einer subjektiven Rechtsverletzung des Antragstellers bedarf.⁷⁶ Das erscheint mit Blick auf die im einstweiligen Rechtsschutz gebotene zügige Sachentscheidung jedoch problematisch.

Darüber hinaus wäre es mit entsprechender Begründung auch vertretbar anzunehmen, dass im Kontext des § 80a Abs. 3 VwGO die (formelle) Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung alleine nicht genügt.⁷⁷

III. Interessenabwägung (Vollziehungs- vs. Aussetzungsinteresse)

Im Übrigen ist der Eilantrag begründet, wenn das Aussetzungsinteresse des Antragstellers (hier: U) das Vollziehungsinteresse der Behörde und des Dritten (hier: L) überwiegt. Dies ist anhand einer ori-

⁶⁹ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 86.

⁷⁰ VGH Mannheim NJW 1977, 165.

⁷¹ So Külpmann, in: Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 8. Aufl. 2025, § 36 Rn. 19; Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2024, § 80 Rn. 88.

⁷² W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 87 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

⁷³ Hoppe, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 98.

⁷⁴ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 148.

⁷⁵ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 442a.

⁷⁶ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1509.

⁷⁷ Vgl. etwa OVG SH BeckRS 1994, 14317 Rn. 17 ff.; a.A. W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 149.

ginären Interessenabwägung des Gerichts zu ermitteln, wobei die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ein Indiz für ein Überwiegen des Aussetzungsinteresses darstellen (§ 80 Abs. 4 S. 3 VwGO analog). Denn wenn die Maßnahme rechtswidrig ist, kann an ihr kein öffentliches Vollzugsinteresse bestehen.⁷⁸

1. Zulässigkeit der Hauptsacheklage

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage gegen die Anordnung bestehen keine Bedenken, da die Voraussetzungen im Wesentlichen mit denen des einstweiligen Rechtsschutzes übereinstimmen. Insbesondere könnte die Klage auch fristgemäß erhoben werden (siehe Rechtsschutzbedürfnis).

2. Begründetheit in der Hauptsache

Bei einer umweltrechtlichen Verbandsklage richtet sich die Begründetheit nicht nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, sondern nach § 2 Abs. 4 UmwRG. Erforderlich ist demnach neben der Passivlegitimation des Beklagten, dass ein Verstoß gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften vorliegt, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, und der Verstoß Belange berührt, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert, § 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 UmwRG.

a) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Freistaat Bayern (siehe oben).

b) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

Die angegriffene naturschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung ist rechtmäßig, wenn sie sich auf eine wirksame Rechtsgrundlage stützen kann (= Vorbehalt des Gesetzes⁷⁹) und die Behörde die formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage im Einzelfall eingehalten hat (= Vorrang des Gesetzes).

Hinweis: Statt wie hier die Rechtmäßigkeit der Ausnahmegenehmigung zu prüfen, können sich die Bearbeiterinnen und Bearbeiter ebenso am Wortlaut des § 2 Abs. 4 Nr. 2 UmwRG orientieren und direkt den Verstoß gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften prüfen. Der vorliegende Aufbau hat allerdings den Vorteil, dass er die Prüfung (in vertrauter Weise) strukturiert und den Erfordernissen einer umfassenden, gutachterlichen Prüfung besser Rechnung trägt. Ohnehin ist der Begriff der

⁷⁸ In der Literatur werden verschiedene Prüfschemata für die Begründetheit der Anträge nach § 80 Abs. 5 VwGO und § 80a Abs. 3 VwGO vorgeschlagen. Ausf. hierzu *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 372 ff. und 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 60 ff. Strittig ist besonders, in welchem Verhältnis die materiell-akessorische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache zur (übrigen) Interessenabwägung steht. Vertretbar wäre es hier grds. auch, direkt auf den Maßstab des § 2 Abs. 4 UmwRG abzustellen, da § 80 Abs. 3 VwGO als Rechtsbehelf der VwGO unmittelbar dem § 2 Abs. 1 und 4 UmwRG unterfällt (so wohl *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 59a; a.A. BVerwG NVwZ 2021, 723 [723 Rn. 12]). Der besondere Entscheidungsmaßstab in § 4a Abs. 3 UmwRG ist zum 2.6.2017 aufgehoben worden.

⁷⁹ Der Vorbehalt des Gesetzes gilt nicht nur für den Bürger belastende Akte der Verwaltung, sondern auch in Bezug auf Staatszielbestimmungen, hier also Art. 20a GG, vgl. *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 280.

umweltbezogenen Rechtsvorschriften weit zu verstehen⁸⁰ und umfasst nicht nur Vorschriften des materiellen Umweltrechts, sondern auch solche des umweltbezogenen Verfahrensrechts.⁸¹

aa) § 2 Abs. 1 und 2 WolfV als Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die Abschussverfügung könnte zunächst § 2 Abs. 1 und 2 WolfV in Betracht kommen. Es bestehen allerdings Zweifel daran, ob diese Bestimmungen überhaupt rechtmäßig und damit wirksam sind.

Hinweis: Nachdem hier ein Rechtsgutachten zu fertigen ist, das auf alle aufgeworfenen Fragen einzugehen hat, kann auf die inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verordnung nicht verzichtet werden.⁸² In einer „echten“ summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache wäre das anders.⁸³

(1) Rechtsgrundlage der WolfV

Die nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG für die WolfV erforderliche Ermächtigungsgrundlage ergibt sich hier aus § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG.

Hinweis: Auch wenn § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG bestimmt, dass durch Rechtsverordnung „allgemein“ Ausnahmen zugelassen werden können, heißt das nicht, dass in der Verordnung nicht seinerseits unter bestimmten allgemeinen Kriterien eine behördliche Einzelfallentscheidung erforderlich sein kann.⁸⁴

(2) Formelle Rechtmäßigkeit der WolfV

Von der formellen Rechtmäßigkeit der WolfV ist laut Bearbeitungsvermerk auszugehen.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit der WolfV

Die WolfV müsste zudem materiell rechtmäßig sein, was voraussetzt, dass sie nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.

(a) Vereinbarkeit mit § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG

(aa) Die maßgeblichen Bestimmungen der WolfV könnten zunächst gegen § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG verstoßen. Jener sieht einen (abschließenden) Katalog von Fällen vor, in denen eine Ausnahme erteilt werden kann. Zwar gilt § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG unmittelbar nur für Einzelfallausnahmen und auch aus dem Wortlaut des S. 4 ist nicht ersichtlich, dass die Norm auch auf allgemeine Ausnahmen

⁸⁰ BayVGH NVwZ-RR 2020, 1009 (1011 Rn. 40).

⁸¹ Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 86. Lfg., Stand: April 2018, UmwRG § 1 Rn. 162; Beispiele bei Happ, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, UmwRG § 1 Rn. 32.

⁸² Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1504 zur „summarischen“ Prüfung in Klausuren.

⁸³ Vgl. Redeker/Kothe/v. Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 80 Rn. 49 m.w.N.

⁸⁴ So i.Erg. auch BayVGH, Urt. v. 18.7.2024 – 14 N 23.1190, Rn. 46.

im Ordnungswege Anwendung findet.⁸⁵ Anderes folgt jedoch aus dem systematischen Zusammenhang.⁸⁶ § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sieht als – unionsrechtlich vorgegebene, vgl. Art. 12 Abs. 1 FFH-LR – gesetzliche Grundregel vor, dass wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten nicht getötet werden dürfen. Ausnahmen stehen daher nicht im allgemeinen Ermessen der Landesregierungen. Im Gegenteil: Art. 16 FFH-RL sieht Ausnahmen nur unter engen Voraussetzungen vor – es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diese konsequenterweise auch bei Ausnahmen im Wege von Rechtsverordnungen gewahrt wissen wollte. Erforderlich ist daher, dass der in § 2 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 WolfV bestimmte Ausnahmetatbestand auch den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG gerecht wird.

Hinweis: Dass Rechtsverordnungen nach § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG an den Voraussetzungen des S. 1 zu messen sind, entspricht – soweit ersichtlich – allgemeiner Meinung. Nichtsdestotrotz wird das nicht immer klar ausgesprochen und ist auch aus dem Wortlaut der Regelung nicht ersichtlich. Ein Fehlen von entsprechenden Ausführungen sollte daher nicht allzu negativ bewertet werden, sofern die Bearbeiterinnen und Bearbeiter dennoch die materielle Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung problematisieren und die Erwägungen zu § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG bei der Subsumtion in der materiellen Rechtmäßigkeit der Ausnahmegenehmigung unterbringen.

(bb) Bzgl. § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV ergeben sich insofern keine Schwierigkeiten. Dieser enthält einen Unterfall des Ausnahmegrundes in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG.

(cc) Fraglich ist jedoch, ob auch die Konkretisierung in § 2 Abs. 2 WolfV, nach der die Abwendung eines ernststen landwirtschaftlichen oder sonstigen ernststen wirtschaftlichen Schadens insbesondere dann gegeben ist, wenn ein Nutztier oder ein Equide durch Wölfe verletzt worden ist, den Anforderungen des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG gerecht wird.

Aus dessen Wortlaut „zur Abwendung“ wird deutlich, dass es für den Ausnahmetatbestand auf zu erwartende Schäden in der Zukunft, also eine Gefahrenprognose ankommt.⁸⁷ Es ist danach zu fragen, ob der Wolf bei ungehindertem Geschehensfortgang in naher Zukunft eine größere Zahl von Nutztieren aus den Herden des betroffenen Landwirtes reißen und ihm somit einen ernststen Eigentumschaden zufügen wird. Ausschlaggebend ist, ob der Wolf ein erlerntes und gefestigtes Jagdverhalten zeigt. Denn nur bei einem solchen besteht eine Wiederholungsgefahr sowie die Gefahr, dass der Wolf dieses Beuteverhalten an jüngere Tiere im Rudel weitergeben wird. Indizien dafür sind wiederholte Nutztierrisse, die Häufigkeit des Überwindens von Herdenzäunen, ein enger zeitlicher Zusammenhang der Rissereignisse (max. 4 Wochen), ein enger räumlicher Zusammenhang (max. Größe eines Territoriums) sowie das Lernverhalten des Wolfes.⁸⁸ Unerheblich ist – für sich alleine – hingegen das Ausmaß eines bereits eingetretenen Schadens. Insbesondere geht es nicht um die Sanktionierung eines „Fehlverhaltens“ des Wolfes.⁸⁹ I.R.d. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG kommt es dabei auf eine

⁸⁵ A.A. BayVGH, Urt. v. 18.7.2024 – 14 N 23.1190, Rn. 46, nach dem sich aus dem Wortlaut ergebe, dass auch Rechtsverordnungen auf Grundlage von § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG ihrerseits Ausnahmen nach S. 1 sind.

⁸⁶ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 93. Lfg., Stand: August 2020, BNatSchG § 45 Rn. 38; zust. auch Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, Kommentar, 4. Aufl. 2024, § 45 Rn. 42.

⁸⁷ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.6.2020 – 4 ME 116/20, Rn. 24 ff. auch zu den nachfolgenden Ausführungen; VG Düsseldorf BeckRS 2021, 11626 Rn. 45.

⁸⁸ VG Düsseldorf BeckRS 2021, 11626 Rn. 52.

⁸⁹ VG Düsseldorf BeckRS 2021, 11626 Rn. 49 f.

einzelfallbezogene Würdigung der konkreten Umstände an; eine schematische Prüfung, insbesondere durch eine pauschale Mindestrissanzahl, verbietet sich.⁹⁰

Mit diesem Prognosemaßstab ist § 2 Abs. 2 WolfV nicht zu vereinen. Ein einziger Riss erlaubt keine hinreichenden Rückschlüsse auf eine gefestigte Jagdstrategie, die auch künftige Riss- und Verletzungsereignisse befürchten lässt, die zudem ein ernstes Gewicht erreichen müssten. Ohne weitere Ereignisse lässt sich kein enger zeitlicher oder räumlicher Zusammenhang herleiten. Auch fehlt es in § 2 Abs. 2 WolfV an Einschränkungen, die „normales“ Beutefangverhalten, insb. gegenüber nicht durch Herdenschutzmaßnahmen geschützten Tieren, ausnehmen.

§ 2 Abs. 2 WolfV verstößt mithin gegen § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG und ist daher nichtig (sog. Nichtigkeitsdogma).

(b) Vereinbarkeit mit § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG

(aa) § 2 Abs. 2 WolfV könnte überdies gegen § 45 Abs. 7 S. 2 Alt. 1 BNatSchG verstoßen. Demnach darf eine Ausnahme nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind. Zwar findet sich diese Voraussetzung auch in § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV. § 2 Abs. 2 WolfV bestimmt allerdings, dass „die Voraussetzungen des Abs. 1 S. 1“ insbesondere gegeben sind, wenn ein Wolf ein Nutztier oder einen Equiden verletzt oder tötet. Damit fingiert die Norm, dass keine zumutbaren Alternativen zur Verfügung stehen.⁹¹ Mithin ist § 2 Abs. 2 WolfV auch mit § 45 Abs. 7 S. 2 Alt. 1 BNatSchG nicht vereinbar.

Hinweis: Insofern unterscheidet sich die fiktive WolfV aus dem Sachverhalt von der „echten“ Bay-WolfV. Letztere stellt auf Riss- und Verletzungsereignisse in nicht schützbaeren Weidegebieten ab, in denen gerade keine zumutbaren Alternativen gegeben sind.

(bb) Fraglich ist zudem, ob § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV den Voraussetzungen von § 45 Abs. 7 S. 2 Alt. 2 BNatSchG entspricht, der bestimmt, dass sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtern dürfe, soweit nicht Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG weitergehende Anforderungen enthalte.

Die erste Variante (Nicht-Verschlechtern des Erhaltungszustands) findet sich so auch in § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV.

Aber auch die zweite Variante (weitergehende Anforderungen des § 16 Abs. 1 FFH-RL) ist hier gewahrt. Mit diesem Passus sollte Bezug genommen werden auf die Rechtsprechung des EuGH,⁹² der aus der Phrase „in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt“ in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL zwei kumulative Voraussetzungen herleitet: Es dürfe durch die Ausnahme weder der Erhaltungszustand der Population weiter verschlechtert noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Art behindert werden.⁹³ Diese beiden Voraussetzungen sind vorliegend in § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV zum Ausdruck gekommen.

Damit ist kein Verstoß gegen § 45 Abs. 7 S. 2 Alt. 2 BNatSchG gegeben.

⁹⁰ OVG Lüneburg ZUR 2021, 306 (306); vgl. zu Mindestrisszahlen auch *Wüstenberg*, NordÖR 2021, 549 (551), der für mindestens drei Rissereignisse plädiert.

⁹¹ So auch *Mittag/Gerhold*, ZUR 2023, 536 (540) zur echten BayWolfV.

⁹² BT-Drs. 16/6780, S. 12.

⁹³ EuGH, Urt. v. 14.6.2007 – C-342/05, Rn. 29; BVerwG NVwZ 2010, 1221 (1222 Rn. 7 ff.).

(c) Vereinbarkeit mit Art. 16 Abs. 1 FFH-RL

§ 2 Abs. 2 WolfV könnte ferner mit Art. 16 Abs. 1 FFH-RL unvereinbar sein. Dieser bestimmt, dass Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Tötungsverbot des Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL u.a. „zur Verhütung ernster Schäden [...] in der Tierhaltung“ (S. 1 lit. b) und „im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit“ (S. 1 lit. c) vorsehen können, sofern es „keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt“ und „die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen“.

Hinweis: Möglich wäre es natürlich auch, diese Frage vor der Vereinbarkeit mit dem BNatSchG zu prüfen. Nachdem es allerdings deutlich weniger EuGH-Rspr. zu Art. 16 Abs. 1 FFH-RL gibt als nationale Rechtsprechung zu § 45 Abs. 7 BNatSchG und letztere zwangsläufig auch die Wertungen der FFH-RL mitberücksichtigt, ist vorliegend eine andere Reihenfolge gewählt worden.

(aa) Die entsprechenden Normen der WolfV müssten daher zunächst sicherstellen, dass die Population der betroffenen Art trotz der Ausnahmeregelung „in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt“. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, dass das zwei kumulative Voraussetzungen umfasst: Es dürfe durch die Ausnahme weder der Erhaltungszustand der Population weiter verschlechtert, noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Art behindert werden (siehe oben). Diese beiden Voraussetzungen sind vorliegend in § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV zum Ausdruck gekommen.

(bb) Ein Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 FFH-RL könnte sich allerdings daraus ergeben, dass § 2 Abs. 2 WolfV über die dort eröffneten Ausnahmetatbestände hinausgeht. Fraglich ist insbesondere, ob er den Anforderungen des lit. b entspricht.

Die Argumentation hier folgt im Wesentlichen den Ausführungen zu § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG. Das ist angesichts des Umstands, dass jener den Art. 16 Abs. 1 FFH-RL umsetzt, wenig verwunderlich. I.R.v. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL ergibt sich die Notwendigkeit einer Gefahrenprognose aus dem Wortlaut „zur Verhütung“. Dabei genügt nicht schon die bloße Möglichkeit von ernsten Schäden, sondern es bedarf einer hohen Wahrscheinlichkeit, die sich aus greifbaren Anhaltspunkten ergeben muss.⁹⁴

Ein einzelner Riss erfüllt diese strengen Anforderungen nicht.⁹⁵ Aus einem solchen kann ohne Berücksichtigung sonstiger Umstände, wie des Überwindens von Herdenschutzmaßnahmen oder eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs, nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf künftige Schäden von ausreichendem Gewicht geschlossen werden (siehe oben).

(cc) Ein Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie ergibt sich zudem daraus, dass § 2 Abs. 2 WolfV – ohne hinreichende tatsächliche Grundlage – das Fehlen von zumutbaren Alternativen fingiert.

(dd) Fraglich ist allerdings, welche Folgen diesen Verstößen gegen Art. 16 Abs. 1 FFH-RL zukommt. Nach Art. 288 UAbs. 3 AEUV bedarf eine Richtlinie nämlich grds. einer mitgliedstaatlichen Umsetzung in nationales Recht. Die Richtlinie könnte hier aber ausnahmsweise unmittelbare Wirkung entfalten. Diese Möglichkeit ist aus Gründen des *effet utile* sowie von Treu und Glauben unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt.⁹⁶ Vorrangig zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit ist jedoch zu prüfen,

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 11.7.2024 – C-601/22, Rn. 70 f.; KOM (2021), Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-RL, S. 61.

⁹⁵ So zur BayWolfV WD 8 – 3000 – 027/23, S. 9; zust. Mittag/Gerhold, ZUR 2023, 536 (543).

⁹⁶ Ausführlich zur unmittelbaren Wirkung Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 48 ff.

ob nicht Vorschriften des nationalen Rechts richtlinienkonform ausgelegt werden können.⁹⁷

Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 2 WolfV ist angesichts von dessen klarem Wortlaut hier nicht möglich. Eine solche Auslegung hat sich nämlich im Rahmen der nationalen Auslegungsmethoden zu bewegen und darf insbesondere nicht zu einer Auslegung *contra legem* führen.⁹⁸

Allerdings kann § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG entsprechend ausgelegt werden. Wie bereits ausgeführt, stellt dieser Anforderungen nicht nur an den Erlass von Einzelfallausnahmen, sondern auch an Ausnahmen im Verordnungswege. Über diesen Mechanismus, der sich durch nationale Auslegungsmethoden ermitteln lässt (siehe oben) und sich nunmehr auch durch Art. 16 Abs. 1 FFH-RL gestützt sieht, können die Vorgaben der Richtlinie Einfluss ins nationale Recht finden und so zum Maßstab für § 2 Abs. 2 WolfV werden (siehe oben).

Auf eine unmittelbare Wirkung des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL kommt es hier damit nicht an.⁹⁹

Hinweis: Auf dieses Problem kann nicht schon mit einem Hinweis auf § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG verzichtet werden. Ausweislich des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte soll sich der Halbsatz „soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält“ nur auf die Voraussetzungen zum Erhaltungszustand der Population beziehen.¹⁰⁰

(4) Austausch der Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage, auf die die Behörde hier ausdrücklich ihren Bescheid stützt, – § 2 Abs. 2 WolfV – ist somit nichtig. Fraglich ist, inwiefern das Gericht zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit auf eine andere Rechtsgrundlage – etwa § 2 Abs. 1 WolfV oder § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4, S. 2 BNatSchG – abstellen kann.

Grds. hat ein Gericht von Amts wegen zu prüfen, ob das materielle Recht die durch einen Verwaltungsakt getroffene Regelung trägt oder nicht.¹⁰¹ Das wird meist mit dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO („rechtswidrig ist“) begründet und findet sich in ähnlicher Weise auch i.R.v. § 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 UmwRG („gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften verstößt“). Gestützt wird dies zudem durch den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) sowie Erwägungen der Prozessökonomie.¹⁰² Für Ermessensentscheidungen stellt § 114 S. 2 VwGO zudem klar, dass ein Ergänzen von Ermessenserwägungen in prozessualer Hinsicht keinen Bedenken begegnet.¹⁰³ Es sind jedoch die materiellrechtlichen Grundsätze zu berücksichtigen, die für das Nachschieben von Gründen entwickelt worden sind.¹⁰⁴

In erster Linie verlangt das, dass der Bescheid durch das Stützen auf die andere Rechtsgrundlage nicht in seinem Wesen geändert wird.¹⁰⁵ Während das gerade bei gebundenen Entscheidungen mit

⁹⁷ EuGH NZA 2012, 139 (141 Rn. 23 ff.).

⁹⁸ EuGH NZA 2008, 581 (586 Rn. 100 f.).

⁹⁹ Für eine solche in Bezug auf § 45 a Abs. 2 S. 1 und S. 3 BNatSchG *Mittag/Gerhold*, ZUR 2023, 536 (543).

¹⁰⁰ BT-Drs. 16/6780, S. 12.

¹⁰¹ BVerwG NVwZ 1991, 999 (999); BVerwG NVwZ-RR 2020, 113 (115 Rn. 24); OVG Schleswig NordÖR 2009, 468 (468); VGH München ZUR 2021, 48 (50 Rn. 31).

¹⁰² *Axmann*, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit, 2001, S. 112 ff.

¹⁰³ Ausf. zu den verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten von § 114 S. 2 VwGO *Axmann*, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit, 2001, S. 143 ff.

¹⁰⁴ BVerwG NVwZ 2014, 151 (153 Rn. 31 f.); OVG Münster BeckRS 2023, 37100 Rn. 38; OVG Münster BeckRS 2016, 40860 Rn. 8; OVG Saarlouis BeckRS 2013, 54186; VGH Mannheim BeckRS 2016, 115299 Rn. 25.

¹⁰⁵ Vgl. ausf. zu den verschiedenen Konstellationen *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 84 ff.

gleichbleibendem Tenor regelmäßig keine Probleme bereitet, liegt bei Ermessensentscheidungen mit Blick auf die unterschiedlichen zu berücksichtigenden Ermessensgesichtspunkte regelmäßig eine Wesensänderung vor.¹⁰⁶ Das ist nur dann nicht der Fall, wenn sich der Ermessensrahmen der beiden Normen so sehr gleicht, dass der Austausch der Rechtsgrundlage letztlich nur als Korrektur einer „falschen Hausnummer“ zu verstehen ist.¹⁰⁷

Das ist hier der Fall. Nachdem § 2 Abs. 2 WolfV die Regelung in § 2 Abs. 1 WolfV (und mit dieser die des § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG) konkretisieren möchte, liegt es nahe, dass der Gesetzgeber insofern auch dieselben Ermessensmaßstäbe angewendet wissen wollte. Zudem gibt für alle drei Normen letztlich Art. 16 Abs. 1 FFH-RL den wesentlichen Rahmen vor. Sie verfolgen demnach denselben Zweck, in engem Umfang Ausnahmen vom strengen Regime des Artenschutzes zuzulassen. Die insofern anzustellenden Ermessenserwägungen gleichen sich.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Insbesondere könnte darauf abgestellt werden, dass die Tatbestände der § 2 Abs. 1 WolfV und § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG – anders als der des § 2 Abs. 2 WolfV – eine umfassende Interessenabwägung erfordern, die ein intendiertes Ermessen nahelegt.¹⁰⁸ Ebenso könnte ein Austausch der Rechtsgrundlage mit dem Argument abgelehnt werden, dass es an einer entsprechenden Erklärung der Behörde im Prozess fehlt.¹⁰⁹ Ob dieses Erfordernis auch beim bloßen Austausch der (ermessensgebundenen) Rechtsgrundlage Anwendung findet oder nur beim Nachschieben von Ermessenserwägungen, ist allerdings fraglich.¹¹⁰ Die Situation ist eher der bei einer gebundenen Entscheidung vergleichbar; das Gericht nimmt hier gerade keine „Änderungen in der Motivation der Auswahlentscheidung“ vor.¹¹¹ Das trägt zudem auch der materiell-akzessorischen Prüfung i.R.d. §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO Rechnung. Es geht insoweit ja gerade um die Erfolgsaussichten der Hauptsache, in welcher die Behörde eine entsprechende Erklärung noch abgeben könnte.

Die „nachgeschobenen“ Gründe lagen auch schon bei Erlass des Verwaltungsakts vor. Schließlich ist auch eine unzumutbare Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung des Betroffenen nicht anzunehmen. Es ist nicht ersichtlich, dass das Austauschen der Rechtsgrundlage zu einer „Überraschungsentscheidung“ führt, bei der wesentliche Verfahrensrechte des L und des U nicht gewahrt würden.

Hinweis: Diese übrigen Voraussetzungen sind nicht zwingend zu prüfen. Die Rspr. beschränkt sich beim Austausch der Rechtsgrundlage i.a.R. auf Erwägungen zur Wesensänderung.¹¹²

¹⁰⁶ OVG Lüneburg ZUR 2008, 489 (491); VGH München ZUR 2021, 48 (50 Rn. 31); *W.-R. Schenke/R. P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 30. Aufl. 2024, § 113 Rn. 69.

¹⁰⁷ So *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 86.

¹⁰⁸ Näheres dazu unten bei den Ausführungen zum Ermessen.

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Decker*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.7.2024, § 114 Rn. 43a m.w.N.; *Axmann*, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit, 2001, S. 57 ff.

¹¹⁰ Im letzteren Sinne zu verstehen wohl OVG Schleswig NordÖR 2009, 468 (468).

¹¹¹ So die Formulierung bei *Decker*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.7.2024, § 113 Rn. 25; eine ähnl. Erwägung findet sich auch bei OVG Münster BeckRS 2023, 37100 Rn. 40.

¹¹² Vgl. etwa BVerwG NVwZ 1991, 999 (999); BVerwG NVwZ-RR 2020, 113 (115 Rn. 24).

(5) Zwischenergebnis

Zwar ist § 2 Abs. 2 WolfV, auf den die Behörde die Ausnahmegenehmigung gestützt hat, nichtig. Als alternative Rechtsgrundlage kommen allerdings § 2 Abs. 1 WolfV und § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4, S. 2 BNatSchG selbst in Betracht.

bb) § 2 Abs. 1 WolfV als Rechtsgrundlage

(1) Rechtsgrundlage

Die Ausnahmegenehmigung könnte möglicherweise auf § 2 Abs. 1 WolfV als Rechtsgrundlage gestützt werden.

Hinweis: Möglich wäre es auch, anzunehmen, dass die Nichtigkeit des Abs. 2 auf Abs. 1 durchschlägt. Wesentliche Argumente für einen entsprechenden Willen des Normgebers¹¹³ könnten sein, dass Abs. 1 ohne die „Erleichterung“ in Abs. 2 keinen eigenen Zweck mehr erfüllt, da er letztlich nur den Tatbestand des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1, S. 2 BNatSchG wiederholt. Die Abhängigkeit des Abs. 1 von Abs. 2 fände auch einen Anhaltspunkt im Wortlaut der Norm: „nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze“.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

Formell rechtmäßig ist die Ausnahmegenehmigung, wenn sie von der zuständigen Behörde erlassen und Verfahrens- und Formvorschriften gewahrt worden sind.

(a) Zuständigkeit

Die O ist als höhere Naturschutzbehörde, Art. 43 Abs. 2 Nr. 2 BayNatSchG, für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 2 Abs. 1 WolfV sachlich zuständig. Ihre örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4 BayVwVfG.

(b) Verfahren

(aa) Eine Anhörung des Antragstellers L gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG war nicht erforderlich, da die Ausnahmegenehmigung diesen nicht belastet.

(bb) Da es sich bei dem U hier nicht um einen Beteiligten i.S.d. Art. 13 Abs. 1 BayVwVfG handelt, war er ebenfalls nicht nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG anzuhören.

Hinweis: Ausführungen zu einer Anhörung von L und U sind nicht zwingend erforderlich. Es muss auch nicht darauf eingegangen werden, dass – im Gleichlauf zu den Ausführungen oben zu § 80a Abs. 3 VwVfG – ein „rechtliches Interesse“ des U i.S.d. Art. 13 Abs. 2 S. 1 VwVfG angenommen werden könnte, sodass diese einfach hinzugezogen werden könnte. Eine unterlassene einfache Hinzuziehung hat nach h.M. keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes.¹¹⁴

¹¹³ Vgl. zu dessen alleiniger Maßgeblichkeit BVerwG VerwRspr 1979, 70 (70 f.).

¹¹⁴ Ramsauer/Schlatmann, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 25. Aufl. 2024, § 13 Rn. 48 f.

(cc) Ob eine Ausnahmegenehmigung nur auf Antrag erteilt wird,¹¹⁵ kann hier dahinstehen, da ein solcher jedenfalls vorliegt.

(c) Form

Die für die Ausnahmegenehmigung als schriftlichen Verwaltungsakt erforderliche Begründung, Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG, ist gegeben. Unschädlich ist, dass die Behörde ihren Bescheid auf die objektiv falsche Rechtsgrundlage gestützt hat. Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG verlangt lediglich die Angabe der tatsächlich maßgeblichen Gründe.¹¹⁶ Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist zudem davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 3 S. 1 BayVwVfG gewahrt sind.

Hinweis: Eine Begründungspflicht leitet der EuGH im Übrigen unmittelbar aus Art. 16 Abs. 1 FFH-RL ab.¹¹⁷ Inhaltlich entspricht diese i.W. derjenigen des Art. 9 Abs. 2 Vogelschutz-Richtlinie.¹¹⁸ Ausführungen hierzu können nicht erwartet werden und sind bei Vorliegen besonders zu honorieren.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ausnahmegenehmigung müsste auch materiell rechtmäßig sein.

(a) Ausnahmegrund („zur Abwendung ernster landwirtschaftlicher Schäden“), § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV

Dazu müsste zunächst ein Ausnahmegrund vorliegen, die Ausnahmegenehmigung also zur „Abwendung ernster landwirtschaftlicher Schäden“ erlassen worden sein.

Insofern kommt es nicht darauf an, ob bereits ein ernster Schaden eingetreten ist, sondern es ist – ebenso wie bei § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG – eine zukunftsbezogene Schadensprognose anzustellen (siehe oben). Hierzu sind die in der Vergangenheit aufgetretenen Übergriffe in ihrer Gesamtheit – und nicht nur die auf Nutztiere des L¹¹⁹ – einzelfallbezogen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu würdigen.¹²⁰ Nicht ausreichend ist eine abstrakte Gefährdung, vielmehr bedarf es deutlicher Anhaltspunkte für konkrete Gefährdungen.¹²¹ Je ernster der Schaden ist, den es abzuwenden gilt, desto geringere Anforderungen sind an den Grad der Wahrscheinlichkeit zu stellen.¹²² Indizien für eine hohe Wahrscheinlichkeit zukünftiger Schäden sind im Allgemeinen die Häufigkeit des Überwindens von ordnungsgemäß errichteten und funktionstüchtig betriebenen Herdenschutzmaßnahmen, der enge zeitliche und räumliche Zusammenhang der Rissereignisse, das Lernverhalten des Wolfes sowie fehlende Anzeichen einer Verhaltensänderung des betreffenden Wolfs.¹²³ Überwindet ein Wolf mehrfach, mindestens zweimal, in einem engen zeitlichen Zusammenhang ordnungsgemäße Schutzmaßnahmen wie Herdenschutzzäune, so kann grds. davon ausgegangen

¹¹⁵ So zu § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 93. Lfg., Stand: August 2020, BNatSchG § 45 Rn. 21 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

¹¹⁶ Ramsauer/Schlatmann, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 25. Aufl. 2024, § 39 Rn. 18.

¹¹⁷ EuGH BeckRS 2007, 70400 Rn. 25.

¹¹⁸ Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, Kommentar, 4. Aufl. 2024, § 45 Rn. 41.

¹¹⁹ Diese und die nachfolgenden Quellen beziehen sich alle auf den – insofern inhaltsgleichen – § 45 Abs. 7 BNatSchG: VG Düsseldorf BeckRS 2021, 11626 Rn. 52.

¹²⁰ OVG Lüneburg BeckRS 2024, 9199 Rn. 38.

¹²¹ EuGH, Urt. v. 11.7.2024 – C-601/22, Rn. 70 f.

¹²² VG Düsseldorf BeckRS 2021, 11626; Gläß, in: BeckOK UmweltR, Stand: 1.7.2024, BNatSchG § 45 Rn. 40.

¹²³ UMK (2021), Praxisleitfaden zur Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen nach §§ 45 und 45a BNatSchG beim Wolf, insbesondere bei Nutztierrissen, S. 17; OVG Lüneburg BeckRS 2024, 9199 Rn. 38.

werden, dass er gelernt hat, diese gezielt zu überwinden, um Weidetiere als leichte Beute zu fangen und auch künftig darauf zurückgreifen wird.¹²⁴ Ein enger zeitlicher Zusammenhang liegt nach dem VG Düsseldorf bei im Regelfall maximal vier Wochen vor.¹²⁵

Bzgl. des gegenständlichen Wolfsrüden ist zunächst festzuhalten, dass der Riss des Rothirsches sowie der zwei Rehkitze im Winter 2023 nicht weiter beachtlich sind. Das Reißen von Wildtieren stellt normales Beutefangverhalten des Wolfes dar.¹²⁶ Auch waren diese Tiere nicht durch einen Zaun geschützt, sodass sich auch keine Schlüsse für entsprechende Nutztierrisse ziehen lassen.

Anders verhält es sich bzgl. der drei Nutztierereignisse, bei denen der Wolfsrüde jedes Mal – und damit mehr als die geforderten zwei Male – den amtlichen Empfehlungen entsprechende Herdenschutzzäune überwunden hat. Sämtliche Rissereignisse fanden im räumlichen Zusammenhang auf dem Gebiet des Landkreises E statt. Der zeitliche Abstand zwischen den Riss- und Verletzungsereignissen hat sich überdies tendenziell verringert und jeweils ca. vier Wochen betragen (Mitte April 2024 – Mitte Mai 2024 – Anfang Juni 2024). Das wiederholte Überwinden der Herdenschutzzäune zur Beutegewinnung deutet auf ein Lernverhalten des Wolfes hin; die Beutefangmethode scheint sich verfestigt zu haben, sodass der Wolf auf den Riss von Nutztieren verstärkt konditioniert ist.

Es stehen also auch in Zukunft Schäden an Nutztierbeständen wie denen des L zu erwarten. Da L hauptberuflich Tierhaltung betreibt, wäre der in Rede stehende Schaden auch ohne Weiteres als landwirtschaftlich zu qualifizieren. Darüber hinaus müsste er jedoch auch „ernst“ sein. Insofern kann auf die Diskussion zu § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG Bezug genommen werden. Bis 13.3.2020 sprach das Gesetz dort von „erheblichen“ Schäden, was von der Rspr. z.T. sehr restriktiv ausgelegt worden war.¹²⁷ Nach der Änderung zu „ernst“ kann hieran nicht mehr festgehalten werden.¹²⁸ Ausweislich der Gesetzesbegründung genügt jeder Schaden, der „mehr als nur geringfügig und damit von einigem Gewicht“¹²⁹ ist. Des Vorliegens einer unzumutbaren Belastung, wie beispielsweise einer Existenzgefährdung, bedürfe es gerade nicht mehr.¹³⁰ Die Rechtsprechung bejaht nunmehr einen ernststen Schaden, wenn er die Höhe „eines gewissen Umfangs“ erreicht hat, es sich also nicht um bloße Bagatellen handelt.¹³¹ Zur Konkretisierung dieses Maßstabs wird die Anzahl der gerissenen Tiere, die Art der gerissenen Tiere (Pferde und Rinder als sog. Großtiere) und/oder der Wert der gerissenen Tiere betrachtet.¹³² Dabei handelt es sich jedoch nicht (nur) um eine rein wirtschaftlich-monetäre Betrachtung. Art. 16 Abs. 1 lit. b FFH-Richtlinie, der in § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG und § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV

¹²⁴ OVG Lüneburg ZUR 2019, 303 (307); UMK (2021), Praxisleitfaden zur Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen nach §§ 45 und 45a BNatSchG beim Wolf, insbesondere bei Nutztierrißen, S. 16.

¹²⁵ VG Düsseldorf BeckRS 2021, 11626 Rn. 52.

¹²⁶ *Wüstenberg*, LKV 2018, 106 (108).

¹²⁷ VG Sigmaringen, Urt. v. 2.4.2019 – 3 K 74/17; VG Oldenburg, Urt. v. 25.4.2012 – 5 A 1428/11; a.A.: OVG Lüneburg BeckRS 2020, 32199 Rn. 25.

¹²⁸ UMK (2021), Praxisleitfaden zur Erteilung artenschutzrechtlicher Ausnahmen nach §§ 45 und 45a BNatSchG beim Wolf, insbesondere bei Nutztierrißen, S. 19.

¹²⁹ BR-Drs. 243/10, S. 6 und BT-Drs. 19/10899, S. 9.

¹³⁰ BT-Drs. 19/10899, S. 9; so auch OVG Lüneburg BeckRS 2024, 9199 Rn. 37; *Gläß*, in: BeckOK UmweltR, Stand: 1.7.2024, BNatSchG § 45 Rn. 40.

¹³¹ OVG Lüneburg ZUR 2021, 306 (307); OVG Lüneburg BeckRS 2024, 9199 Rn. 37; so auch die Legaldefinition in § 5 Abs. 1 WolfsVO NRW.

¹³² Vgl. etwa OVG Lüneburg BeckRS 2024, 9199 Rn. 41 (bejahend bei Tötung von einem Rind, drei Kälbern, vier Schafen und Verletzung von sieben Schafen); VG Hannover BeckRS 2023, 946 Rn. 22 (sieben Rissereignisse mit einem bis elf getöteten Schafen sowie einem getöteten Rind); VG Oldenburg BeckRS 2022, 7051 Rn. 46 (drei Rissereignisse, die jeweils Rinder betrafen); OVG Lüneburg BeckRS 2020, 32199 Rn. 15, 26 (zehn Rissereignisse, von denen fünf Pferde oder Rinder betrafen; Werteinbuße hinsichtlich der betroffenen Pferde von 17.200 €) und OVG Lüneburg BeckRS 2020, 15015 Rn. 26 (vier Rissereignisse, davon eines mit 32 getöteten Schafen).

umgesetzt wird, trägt dem grundrechtlichen Schutz des Privateigentums, nicht seinem monetären Wert Rechnung.¹³³

Bzgl. des Wolfsruden spricht vorliegend gegen einen zukünftigen ernsten Schaden, dass der Wolfsrude bisher keine Großtiere gerissen hat, sondern mit den Lämmern nur zwei Jungtiere sowie mit der Ziege und den zwei Schafen drei ausgewachsene kleinere Weidetiere. Für einen künftigen ernsten Schaden spricht hingegen, dass der Wolf sich bzgl. der Art der Tiere bereits von Jungtieren zu ausgewachsenen Tieren gesteigert hat. Schäden auch an Großtieren können bei weiterer Steigerung daher erwartet werden.

Im Ergebnis ist ein Ausnahmegrund i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV somit anzunehmen.

Hinweis: Eine a.A. ist sehr gut vertretbar.

(b) Alternativenprüfung, § 2 Abs. 1 S. 1 WolfV a.E.

Laut Sachverhalt sind keine zumutbaren Alternativen zu einer letalen Entnahme ersichtlich.

(c) Sicherung des Erhaltungszustands, § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV

Ausweislich des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass durch die Ausnahmeerteilung, wie in § 2 Abs. 1 S. 2 WolfV verlangt, der Erhaltungszustand der Population nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert wird.

(d) Keine Ermessensfehler

Fraglich ist schließlich, ob die O hier ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat, wobei das Verwaltungsgericht nach § 114 S. 1 VwGO die Entscheidung nur auf das Vorliegen von Ermessensfehlern überprüft. Solche könnten sich hier insbesondere daraus ergeben, dass die ursprünglichen Erwägungen der Behörde zu § 2 Abs. 1 und 2 WolfV und nicht nur zu § 2 Abs. 1 WolfV angestellt worden sind. Diese Bedenken greifen jedoch nicht durch, wenn für beide Ermächtigungsgrundlagen die gleichen ermessensleitenden Gesichtspunkte entscheidend sind.

Wie bereits oben ausgeführt, soll § 2 Abs. 2 WolfV die Regelung des § 2 Abs. 1 WolfV ausgestalten. Darüber hinaus sollen beide Normen letztlich den Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG konkretisieren. Es liegt daher nahe, den entsprechenden Ermessensmaßstab zu übernehmen. Auch verfolgen beide Normen denselben, durch Art. 16 Abs. 1 FFH-RL vorgeprägten Zweck. Ein Ermessensfehler liegt durch den Austausch der Rechtsgrundlage daher nicht vor.

Hinweis: Wären hier im Prozess noch andere Erwägungen nachgeschoben worden, so wäre auch das an den Maßstäben des Nachschiebens von Gründen zu messen.¹³⁴

Auch im Übrigen sind Ermessensfehler nicht ersichtlich, zumal die Erteilung einer Ausnahme ohnehin das intendierte Ermessensergebnis zu sein scheint.¹³⁵

¹³³ OVG Lüneburg BeckRS 2024, 9199 Rn. 36.

¹³⁴ Vgl. VGH München ZUR 2021, 48 (50 Rn. 32).

¹³⁵ So wegen der erforderlichen umfassenden Interessenabwägung *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, Kommentar, 4. Aufl. 2024, § 45 Rn. 16; *Czudaj*, VR 2021, 367 (374); VG Freiburg BeckRS 2009, 32150; a.A. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Bd. 1, 93. Lfg., Stand: August 2020, BNatSchG § 45 Rn. 33.

Hinweis: Anders als in verwaltungsrechtlichen Klausurgestaltungen typisch ist hier wohl keine Verhältnismäßigkeitsprüfung (i.S.e. Prüfung der Verletzung des Übermaßverbotes) durchzuführen¹³⁶. Entsprechende Erwägungen wären – sofern überhaupt ersichtlich – vielmehr im Rahmen der „zumutbaren Alternativen“ unterzubringen.¹³⁷

(4) Zwischenergebnis

Die Ausnahmegenehmigung bzgl. des Wolfsrüden (Ziff. 1 lit. a) kann rechtmäßigerweise auf § 2 Abs. 1 WolfV gestützt werden.

cc) § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4, S. 2 BNatSchG als Rechtsgrundlage

(1) Rechtsgrundlage

Als weitere Rechtsgrundlage käme § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4, S. 2 BNatSchG in Betracht.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

(aa) Die O ist als höhere Naturschutzbehörde für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG sachlich zuständig gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, Art. 43 Abs. 2 Nr. 2, 44 Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 BayNatSchG i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung zur Ausführung des Bayerischen Naturschutzgesetzes (AVBayNatSchG).

Hinweis: Die vorige Normenkette ist aufgrund der fehlenden Hinweise im Bearbeitungsvermerk sowie der komplizierten Verweisungstechnik nicht ganz einfach aufzufinden. Eine unvollständige Angabe sollte daher nicht negativ gewertet werden. Eine korrekte Angabe ist zu honorieren.

Die O ist auch örtlich zuständig, Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4 BayVwVfG.

(bb) Bzgl. Verfahren und Form ergeben sich keine Unterschiede zu § 2 Abs. 1 WolfV.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ausnahmegenehmigung müsste auch materiell rechtmäßig sein.

Dazu müsste ein entsprechender Ausnahmegrund vorliegen, die Genehmigung also im „Interesse der Gesundheit des Menschen“ erlassen worden sein, § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG. Anhaltspunkte für eine Gefährdung von Menschen bestehen allerdings nicht. Der Wolfsrüde wurde gesichert bisher nur einmal in Siedlungsnähe angetroffen, und zwar im Mai 2024. Das geschah jedoch im Zusammenhang mit der Verletzung eines Nutztieres – es ist also nicht ersichtlich, dass der Wolf die Nähe von Menschen suchte. Zudem ergriff der Wolf nach Anleuchten mit einer Taschenlampe die Flucht, zeigte also normales Meidungsverhalten. Auch bzgl. der Sichtung im Ort ergibt sich nichts anderes. Insofern

¹³⁶ A.A. OVG Lüneburg, NordOer 2020, 477 (481), zum Fall, dass durch die Entnahme eines Tieres auch dessen noch nicht überlebendefähige Welpen gefährdet werden. Dasselbe Ergebnis ließe sich allerdings auch dadurch erreichen, dass man die vorläufige Beschränkung der Ausnahmegenehmigung als „zumutbare Alternative“ i.S.d. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ansieht.

¹³⁷ So EuGH EuZW 2024, 923 (929 Rn. 80 ff.). zum Merkmal der „anderweitige[n] zufriedenstellende[n] Lösung“ in Art. 16 Abs. 1 FFH-RL. Damit wird auch deutlich, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht nur bei Eingriffen in menschliche Freiheitsräume Anwendung findet. Vgl. insofern anders zum deutschen Verfassungsrecht etwa Sachs, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 146; Rux, in: BeckOK GG, Stand: 15.6.2024, Art. 20 Rn. 191 f.; zum Konzept einer „ökologischen Verhältnismäßigkeit“ Winter, ZUR 2013, 387.

ist schon fraglich, welche Bedeutung diesem mangels Zuordnung zum Wolfsrüden zukommen kann. Unabhängig davon ist das Nicht-Vermeiden menschlicher Strukturen kein Hinweis darauf, dass der Wolf auch Menschen selbst nicht meiden würde. Im Übrigen beschränkte sich die Sichtung auf ein einziges Mal. Damit liegt kein Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG vor.

(4) Zwischenergebnis

§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4, S. 2 BNatSchG kann als alternative Rechtsgrundlage nicht herangezogen werden.

c) Zwischenergebnis

Die Ausnahmegenehmigung bzgl. des Wolfsrüden (Ziff. 1 lit. a) kann rechtmäßigerweise auf § 2 Abs. 1 WolfV gestützt werden. Ein Verstoß gegen entscheidungserhebliche, umweltbezogene Rechtsvorschriften liegt demnach nicht vor. In der Hauptsache ist daher von keinem Erfolg einer Klage des U auszugehen. Dementsprechend überwiegt das an der Ausnahmegenehmigung bestehende Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse des U.

3. Weitere Gesichtspunkte für Interessenabwägung

Für die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte ist neben (eindeutiger) materiell-akzessorischer Prüfung nach überzeugender Ansicht grds. kein Raum.¹³⁸ Auch der positiven Feststellung eines besonderen Dringlichkeitsinteresses bedarf es i.R.v. §§ 80a Abs. 3 und 1 Nr. 2 Alt. 1, 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO nicht.¹³⁹ Ohnehin wäre ein solches angesichts der drohenden Gefährdung weiterer Nutztiere gegeben.

Hinweis: Insofern ergibt sich ein Unterschied zu § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO. Dort müsste zusätzlich zur Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts ein Dringlichkeitsinteresse gegeben sein, das bei § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO mangels gesetzlicher Vorentscheidung positiv festzustellen ist.¹⁴⁰

IV. Zwischenergebnis

Der einstweilige Antrag des U bzgl. Ziff. 1 lit. a ist begründet, da die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist.

E. Begründetheit bzgl. Wolfsfähe (Ziff. 1 lit. b)

Der Antrag des U bzgl. der Ziff. 1 lit. b ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist und die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig ist und/oder eine summarische Prüfung des Gerichts ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse der Behörde und des Dritten überwiegt.

¹³⁸ Str.; so etwa *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 60 ff. m.w.N. auch zu anderen Ansichten.

¹³⁹ *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 42. Lfg., Stand: Februar 2022, § 80a Rn. 66 m.w.N.; *Külpmann*, in: Dombert/Külpman, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 8. Aufl. 2025, § 47 Rn. 17.

¹⁴⁰ Ausf. hierzu *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 41. Lfg., Stand: Juli 2021, § 80 Rn. 368 f. m.w.N.

I. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Freistaat Bayern als Rechtsträger der O.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Ziff. 2 des Bescheids ist formell rechtswidrig (siehe oben).

III. Interessenabwägung (Vollziehungs- vs. Aussetzungsinteresse)

Im Übrigen ist der Eilantrag begründet, wenn das Aussetzungsinteresse des Antragstellers (hier: U) das Vollziehungsinteresse der Behörde und des Dritten (hier: L) überwiegt. Dies ist anhand einer originären Interessenabwägung des Gerichts zu ermitteln, wobei die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ein Indiz für ein Überwiegen des Aussetzungsinteresses darstellen (§ 80 Abs. 4 S. 3 VwGO analog).

1. Zulässigkeit der Hauptsacheklage

Die entsprechende Hauptsacheklage wäre zulässig (siehe oben).

2. Begründetheit in der Hauptsache

Begründet wäre sie, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet und ein Verstoß gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, vorläge sowie der Verstoß Belange berührt, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert, § 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 UmwRG.

a) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO der Freistaat Bayern (siehe oben).

b) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

Die angegriffene naturschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung ist rechtmäßig, wenn sie sich auf eine wirksame Rechtsgrundlage stützen kann (= Vorbehalt des Gesetzes) und die Behörde die formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage im Einzelfall eingehalten hat (= Vorrang des Gesetzes).

aa) Zwar ist § 2 Abs. 2 WolfV, auf den die Behörde die Ausnahmegenehmigung gestützt hat, nichtig. Als entsprechende Rechtsgrundlage kommt allerdings § 2 Abs. 1 WolfV in Betracht (siehe oben).

bb) Von der formellen Rechtmäßigkeit der Ausnahmegenehmigung ist auszugehen.

cc) Fraglich ist, ob sie auch materiell rechtmäßig ist.

Bzgl. der des Ausnahmegrundes, also der „Abwendung ernster landwirtschaftlicher Schäden“, ist eine Gefahrenprognose anzustellen. Nach den oben erläuterten Grundsätzen kann ein einzelnes Rissereignis allerdings nicht genügen (siehe oben). Das gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – das gerissene Tier nicht durch Herdenschutzmaßnahmen gesichert war.

Damit ist die Ausnahmegenehmigung bzgl. der Wolfsfähe materiell rechtswidrig.

dd) Auch auf § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG („Interesse der Gesundheit des Menschen“) kann die Ausnahmegenehmigung nicht gestützt werden, da keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung von Menschen vorliegen (siehe oben).

c) Subjektive Rechtsverletzung

Zwar bedarf es hier keiner subjektiven Rechtsverletzung des U. § 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 UmwRG verlangt allerdings über die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Entscheidung hinaus, dass sich diese aus umweltbezogenen Rechtsvorschriften ergibt und der Rechtsverstoß Belange berührt, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert (siehe oben). Diese Voraussetzungen sind hier gewahrt. Die verletzte, entscheidungserhebliche umweltbezogene (vgl. § 1 Abs. 4 UmwRG, § 2 Abs. 3 Nr. 1 UIG) Rechtsvorschrift ist § 2 Abs. 1 WolfV. Die berührten Belange sind solche des Artenschutzes, welcher den U nach seiner Satzung auch fördert.

Hinweis: Die – hier ohnehin nicht zu prüfende – Missbrauchsregelung des § 5 UmwRG greift nicht, da der U gerade nicht am Verfahren beteiligt worden ist und somit auch keine Möglichkeit hatte, den Verstoß früher als im Rechtsbehelfsverfahren geltend zu machen.

d) Zwischenergebnis

In der Hauptsache ist mithin von einem Erfolg einer Klage des U auszugehen. Dementsprechend überwiegt das Aussetzungsinteresse des U hier das an der Ausnahmegenehmigung bestehende Vollziehungsinteresse.

3. Weitere Gesichtspunkte für Interessenabwägung

Weitere Gesichtspunkte für die Interessenabwägung sind – jedenfalls zuungunsten einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung – schon nicht ersichtlich. Die mögliche Gefährdung oder gar Tötung von weiteren Nutztieren ist schon gar nicht hinreichend sicher zu prognostizieren (siehe oben), zumal ihr eine genauso irreversible Entnahme der Wolfsfähe gegenübersteht. Die gesetzliche, unions- und völkerrechtlich vorgeprägte Entscheidung geht insofern klar zugunsten der geschützten Tierarten aus. Im Übrigen werden Nutztierrisse durch Entschädigungszahlungen kompensiert.¹⁴¹

IV. Zwischenergebnis

Der einstweilige Antrag des U bzgl. Ziff. 1 lit. b ist daher begründet.

F. Ergebnis

Der Antrag des U bzgl. des Wolfsrüden (Ziff. 1 lit. a) wie auch der Antrag des U bzgl. der Wolfsfähe (Ziff. 1 lit. b) sind zulässig sowie begründet und haben damit Erfolg.

¹⁴¹ Vgl. etwa die „Ausgleichsregelung Große Beutegreifer“.

Anfängerklausur: Das falsche Holster

Dr. Martin Heuser, Regensburg/Konstanz*

Die auf zwei Zeitstunden ausgelegte Klausur wurde im Sommersemester 2024 an der Universität Konstanz als Zwischenprüfungsklausur zum Abschluss der fünfstündigen Vorlesung „Strafrecht Allgemeiner Teil“ gestellt. Im Schnitt wurden 5,46 Punkte erreicht; 38 % der Bearbeitungen lagen leider unterhalb der Bestehensgrenze. Die Anfängerklausur mittleren Schwierigkeitsgrades behandelt schwerpunktmäßig Fragen der Notwehr (Scheinangriff), des Erlaubnistatbestandsirrtums (Putativnotwehr) sowie der Teilnahme (psychische Beihilfe). Der Lösungsvorschlag spiegelt in seiner Ausführlichkeit und Begründungstiefe nicht den Erwartungshorizont an die studentische Klausurbearbeitung. Er verfolgt insofern vielmehr zusätzliche didaktische Zwecke und reflektiert insbesondere das Sachproblem des Erlaubnistatbestandsirrtums nochmals neu.

Sachverhalt

Per Funk erhielt der Security-Mitarbeiter T, der für die Sicherheit eines Freizeitgeländes zuständig war, einen Einsatz zugeteilt. Am Ort des Geschehens angekommen, rief ihm der Zeuge Z, der mit der Hand auf eine sich entfernende Person O deutete, zu: „Vorsicht, der hat eine Waffe!“ Vorausgegangen war eine Auseinandersetzung zwischen O und Z, in deren Verlauf O sich mit seiner rechten Hand auf Höhe des Hosengürtels hinter seinen Rücken an ein Holster gefasst und drohend gesagt hatte: „Ich knall Dich ab!“

Als sich T nach kurzer Verfolgung der sich entfernenden Person annäherte, erkannte er bei einem ersten Blick auf den vor ihm gehenden O ein schwarzes Holster, das O im Bereich der rechten Hüfte unter seinem darüber fallenden Hemd an seinem braunen Hosengürtel trug. Hieraus schlussfolgerte T, dass es sich bei O um die mit einer Schusswaffe bewaffnete Person handeln müsse, vor der er soeben gewarnt worden war. Infolgedessen zog T seine von ihm selbst mitgeführte Pistole und sprach den O mit sehr ernstem und eindringlichem Ton mehrfach an: „Halt, keine Bewegung!“ Dabei forderte er ihn auf, beide Hände hochzunehmen und sich langsam umzudrehen. Daraufhin blieb O in einer Entfernung von ca. sechs Metern vor T stehen, hob jedoch lediglich seinen linken Arm, drehte sich langsam um, und fasste sich mit dem rechten Arm, etwa im hinteren Bereich der rechten Hüfte, hinter seinen Rücken. Da es sich hierbei um die Körperregion handelte, an der T zuvor das Holster entdeckt hatte, ging er davon aus, O wolle die Schusswaffe ziehen, vor der er zuvor gewarnt worden war. Weil T befürchtete, O würde die Schusswaffe im nächsten Augenblick gegen ihn richten und zum Einsatz bringen, hob er seinerseits seine Waffe, deutete mit ihr in Richtung des O und gab auf diesen einen Schuss ab, der ihn in den Bauch traf. Dabei wollte T einen sog. Wirkungstreffer erzielen, um die Kampfunfähigkeit des O zu bewirken. Ihm war bewusst, dass O infolge des Schusses zu Tode kommen könnte. Dies nahm er zu seinem Zweck jedoch in Kauf, da er sich selbst in Lebensgefahr wähnte. Eine andere Möglichkeit sah er angesichts dessen nicht mehr. Infolge einer Notoperation konnte das Leben des O gerettet werden.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie. Im Sommersemester 2024 war er Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz.

Das an seinem Gürtel befestigte Holster enthielt allerdings keine Schusswaffe. Tatsächlich handelte es sich um ein Holster zum Transport einer Kellnergeldbörse. Dies hätte T bei einem nochmaligen Blick vor Ansprache des O auch erkennen können. In der rechten hinteren Hosentasche des O wurde zudem eine Ecstasy-Pille gefunden. Dieser Pille wollte sich O – der irrtümlich die Polizei hinter sich wähnte – mit dem Griff seines rechten Armes hinter seinen Rücken auf Hüfthöhe vor befürchteter Festnahme unauffällig noch schnellstmöglich entledigen.

Die ganze Szenerie hatte der aufmerksame G beobachtet, der auf O aufmerksam geworden war, weil dieser ihn in einem Strafprozess einmal wahrheitsgemäß wegen einer Drogenstraftat belastet hatte. G hatte sowohl erkannt, dass O kein Waffenholster trug, als auch, dass T offenbar von der Existenz einer Waffe ausging. Aus Rache für den zurückliegenden Verrat, und um T in seinem Tun aus diesem Grund zu bestärken, hatte G dem T noch kurz vor Schussabgabe zugerufen: „Ja! Knall ihn ab!“

Aufgabe

Prüfen Sie die etwaige Strafbarkeit von T und G. Zu prüfen sind nur vorsätzliche Delikte aus dem 16. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des T	536
I. § 212 Abs. 1 StGB.....	536
II. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB	536
1. Subjektiver Versuchstatbestand (Tatentschluss).....	537
2. Objektiver Versuchstatbestand (unmittelbares Ansetzen)	537
3. Rechtswidrigkeit	537
a) Objektiver Erlaubnistatbestand.....	538
b) Zwischenergebnis.....	539
4. Schuld.....	539
a) Irrtumstatbestand	539
aa) Notwehrlage	539
bb) Notwehrhandlung.....	539
cc) Gebotenheit der erforderlichen Notwehr	540
dd) Verteidigungswille	540
ee) Zwischenergebnis.....	540
b) Irrtumsrechtsfolge.....	541
aa) Strenge Schuldtheorie, § 17 S. 2 StGB.....	541
bb) Eingeschränkte Schuldtheorien, § 16 Abs. 1 StGB	541
(1) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in direkter Anwendung	542
(2) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in analoger Anwendung.....	543

(3) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in eingeschränkt analoger und rechtsfolgenverweisender Anwendung.....	544
cc) Uneingeschränkte Schuldtheorie, § 17 S. 1 StGB.....	545
dd) Zwischenergebnis und Streitentscheid.....	546
5. Ergebnis.....	546
III. Zwischenergebnis	546
B. Strafbarkeit des G	547
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB.....	547
1. Objektiver Tatbestand.....	547
a) Beteiligungsfähige Haupttat	547
b) Beihilfehandlung.....	548
aa) Kausalität.....	548
bb) Bloße Förderung und psychische Beihilfe	548
cc) Zwischenergebnis.....	549
2. Ergebnis.....	549
II. Zwischenergebnis	549
C. Gesamtergebnis.....	549

A. Strafbarkeit des T

I. § 212 Abs. 1 StGB

Indem T mit seiner Pistole auf O schoss und diesen in den Bauch traf, könnte er sich gem. § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlages strafbar gemacht haben. Da das Leben des O jedoch durch eine Notoperation gerettet werden konnte, fehlt es bereits an dem tatbestandlich erforderlichen Totschlagserfolg. T hat sich nicht wegen vollendeten Totschlages gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Es ist auch möglich, sogleich mit einer Prüfung des versuchten Totschlages zu beginnen. Mordmerkmale sind für T und dessen Handlung im Übrigen nicht ersichtlich. § 211 StGB muss deshalb auch beim Versuch nicht thematisiert werden.

II. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich T jedoch gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlages strafbar gemacht haben. Eine zurechenbare Vollendung des Totschlages liegt nicht vor. Die Versuchsstrafbarkeit (§ 23 Abs. 1 StGB) ergibt sich aus der Verbrechensqualität (§ 12 Abs. 1 StGB) des Totschlages (§ 212 Abs. 1 StGB).

1. Subjektiver Versuchstatbestand (Tatentschluss)

T müsste bei Abgabe des Schusses auf O gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 15 StGB in subjektiver Hinsicht mit dem Vorsatz gehandelt haben, einen anderen Menschen zu töten. Bedingter Vorsatz ist nach den strengen Anforderungen der von der Rechtsprechung vertretenen sog. Billigungstheorie gegeben, „wenn der Täter den Erfolg als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (*Wissenselement*) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Erfolges abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (*Willenselement*; [...]).“¹ T war bei Schussabgabe bewusst, dass O infolge des Schusses zu Tode kommen könnte, nahm dies jedoch zum Zwecke seiner Handlung in Kauf, womit er sich um des erstrebten Zieles willen mit den Eintritt des Erfolges abfand, wenngleich ihm der Erfolg auch unerwünscht gewesen sein mag. T handelte hiernach mit dem erforderlichen Eventualvorsatz. Ein Tatentschluss lag vor.

Anmerkung: Auf eine Auseinandersetzung des Streits um die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit, namentlich auf die Frage, ob Vorsatz auch ohne das vorgenannte Willenselement denkbar ist, kommt es nicht an.²

2. Objektiver Versuchstatbestand (unmittelbares Ansetzen)

T müsste ferner in objektiver Hinsicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben. Dies ist stets gegeben, wenn der Versuchstäter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat.³ T hatte den Schuss auf O mit Tötungsvorsatz schon abgegeben und damit eine tatbestandliche Handlung vorgenommen, die nach seiner Vorstellung ohne weitere Zwischenschritte unmittelbar in den tatbestandlichen Erfolg einmünden sollte.⁴ T hatte folglich unmittelbar zur Tötung des O angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich ist aus der Verbotstatbestandswidrigkeit der Handlung auch auf ihre Rechtswidrigkeit zu schließen. Demnach hätte T rechtswidrig gehandelt. Allerdings könnte sich aus der Verwirklichung eines gegenläufigen Erlaubnistatbestandes ergeben, dass die verbotene Handlung ausnahmsweise erlaubt war. T hätte sodann nicht rechtswidrig im Sinne des Verbotstatbestandes gehandelt. In Betracht kommt namentlich der Erlaubnistatbestand der Notwehr, § 32 Abs. 1 StGB.

Anmerkung: Nach Ansicht einiger Autoren⁵ soll die Rechtfertigungsprüfung beim Versuch nicht nach der objektiven Lage der Dinge, sondern rein subjektiv nach der Vorstellung des Akteurs beurteilt werden. Im Hintergrund steht hier die vermeintlich rein subjektive Unrechtsbestimmung des Versuchs, die auch schon für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs verantwortlich zeichnet.⁶ So wie sich

¹ BGH NStZ-RR 2023, 310 (312) m.w.N. – *Hervorhebungen* nur hier.

² Zu diesem Problem *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 1 ff.

³ *Fischer*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 9.

⁴ Vgl. *Fischer*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 10.

⁵ Z.B. *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 147 ff., insbes. 151 ff.

⁶ Zur Verabschiedung dieser subjektivistischen Versuchsbestimmung und der mit ihr vorgeblich verbundenen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs *Heuser*, *ZfIStw* 3/2025, i.E.

der Akteur also bei einem untauglichen Versuch (rechtswidrig zu handeln) durch seinen sog. umgekehrten Tatbestandsirrtum in die (bei Abwesenheit seines Irrtums nicht gegebene) Rechtswidrigkeit hineinirren können soll, so soll er sich insbesondere auch durch seinen Erlaubnistatbestandsirrtum (d.h. seinen untauglichen Versuch, rechtmäßig zu handeln) wieder aus der (bei Abwesenheit seines Irrtums weiterhin gegebenen) Rechtswidrigkeit herausirren können.⁷ Der Prototyp strafrechtlichen Handelns ist hiernach der untaugliche Versuch; der Prototyp strafrechtlicher Rechtfertigung wäre hiernach der Erlaubnistatbestandsirrtum. Rechtfertigend wirkt danach also nicht erst das Vorliegen des objektiven *und* subjektiven Erlaubnistatbestandes, sondern schon die irrige Einbildung eines objektiven Erlaubnistatbestandes, die sodann ggf. mit der vorgeblichen Existenz eines vermeintlich allein schon ausreichenden subjektiven Erlaubnistatbestandes identifiziert wird.⁸ Von dieser „einbildungsbasierten“ Strafrechtsdogmatik, deren Beherrschung in einer Anfängerklausur nicht verlangt werden kann, wird im Folgenden allerdings abgesehen, soweit sie nicht beim Rechtsfolgenstreit zur Problematik des Erlaubnistatbestandsirrtums mittelbar wiederkehrt.

a) Objektiver Erlaubnistatbestand

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste in objektiver Hinsicht zunächst eine Notwehrlage bestanden haben. Hierunter ist ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff zu verstehen. Ein Angriff ist im weitesten Sinne in jedem menschlichen Handeln zu erkennen, das eine noch nicht endgültig abgeschlossene Rechtsgutsverletzung oder einen Zustand verursacht, der die unmittelbare Gefahr einer Rechtsgutsverletzung begründet.⁹ Von dem tatsächlich unbewaffneten O, der mit dem Griff seines rechten Armes hinter seinen Rücken auf Hüfthöhe nicht etwa nach einer vermeintlichen Schusswaffe greifen, sondern sich lediglich einer Ecstasy-Pille entledigen wollte, ging gegenüber T oder Dritten in objektiver Hinsicht weder eine nicht endgültig abgeschlossene Rechtsgutsverletzung noch die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung aus. Folglich lag *ex post* betrachtet objektiv schon kein Angriff, mithin auch keine Notwehrlage vor.

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass sich die Lage aus rein subjektiver Sicht des T scheinbar als Angriff durch O auf ihn darstellte. Ein *ex ante* lediglich bedrohlich erscheinendes Verhalten, das tatsächlich nicht bedrohlich ist (Scheinangriff), ist objektiv kein Angriff.¹⁰ Selbst wenn man nicht auf eine objektive *Ex-post*-Betrachtung, sondern – was umstritten ist – auf eine objektive *Ex-ante*-Betrachtung abstellen wollte,¹¹ hätte sich das Geschehen nicht als Angriff dargestellt.¹² Schließlich hatte auch der zunächst unbeteiligte G erkannt, dass O kein Waffenholster trug. Außerdem hätte T dies bei einem weiteren Blick selbst erkennen können. Demnach ist anzunehmen, dass nicht nur jeder unbeteiligte Dritte, sondern auch T selbst bei objektiver *Ex-ante*-Betrachtung nicht von einem wirklichen Angriff des O ausgegangen wäre.

⁷ Pointiert z.B. *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Strafrecht AT, 2016, Rn. 1198: „Die böse Vorstellung, Tatbestandsvoraussetzungen zu erfüllen, wird bereits ausgeglichen durch die gute Vorstellung, rechtfertigende Voraussetzungen zu erfüllen.“ – Kritisch dazu bereits *Heuser*, ZStW 132 (2020), 330 (354 f. Fn. 54).

⁸ Siehe etwa *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 47 ff., insbes. 48/59 f.

⁹ *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 5.

¹⁰ BGH NStZ-RR 2002, 403 (404); *Perron/Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 32 Rn. 3/27; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 12; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 16 f.

¹¹ Z.B. *Armin Kaufmann*, in: FS Welzel, 1974, S. 391 (401); *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 424 ff.; *Freund*, GA 1991, 387 (406 ff.).

¹² Weiterführend zum Ganzen *Schröder*, JuS 2000, 235 ff.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Erlaubnistatbestand der Notwehr war nicht erfüllt. Weitere Rechtfertigungsgründe sind ebenfalls nicht ersichtlich. T handelte also rechtswidrig.

4. Schuld

Grundsätzlich ist aus der Rechtswidrigkeit der Handlung auch auf das Verschulden zu schließen. Demnach hätte T schuldhaft gehandelt. Allerdings könnte sich aus einem Schuldausschlussgrund ausnahmsweise Gegenteiliges ergeben. T hätte sodann nicht schuldhaft gehandelt. In Betracht kommt hier namentlich der Schuldausschlussgrund eines unvermeidlichen Erlaubnisirrtums, § 17 S. 1 StGB, und zwar vermittelt durch einen Tatbestandsirrtum im Hinblick auf die Voraussetzungen des Erlaubnistatbestandes von § 32 StGB, d.h. in Form eines Erlaubnistatbestandsirrtums.¹³ Denn wenn sich T nach seiner subjektiven – indes objektiv unzutreffenden – Vorstellung durch O angegriffen wähnte, und er sich daher subjektiv zur Verteidigung gegenüber dem vermeintlichen Angreifer berechtigt glaubte, fehlte ihm bei der Tat möglicherweise die Einsicht, Unrecht zu tun.

Anmerkung: Die hier durchzuführende Prüfung des Erlaubnistatbestandsirrtums nach der Rechtswidrigkeit unter dem Merkmal der Schuld ergibt sich relativ zwanglos aus dem Gesetz und ist deshalb als vorzugswürdig zu betrachten, sofern durch den Erlaubnistatbestandsirrtum das Unrechtsbewusstsein tangiert ist. Allerdings setzt dieser Aufbau eine Lösung des Problems in der Schuld voraus, sodass mit einer Auflösung des Problems auf anderer Deliktsebene auch ein anderer Aufbau gewählt werden kann bzw. muss. Vertretbar ist es ebenso, die Prüfung indifferent in einem zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld schwebenden Prüfungspunkt zu verorten.

a) Irrtumstatbestand

Das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums setzt voraus, dass sich T subjektiv tatsächliche Umstände vorstellte, nach denen er gem. § 32 StGB gerechtfertigt gewesen wäre, wenn seine subjektiven Vorstellungen hiervon objektiv zutreffend gewesen wären (Putativnotwehr). Demnach sind die Voraussetzungen der Notwehr anhand der subjektiven Vorstellungen des T zu prüfen:

aa) Notwehrlage

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste T von einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgegangen sein. T ging im Zeitpunkt seiner Handlung davon aus, O wolle eine Schusswaffe gegen ihn richten und unmittelbar gegen ihn zum Einsatz bringen. Nach seiner subjektiven Vorstellung wähnte sich T demnach in der Situation eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs durch O, d.h. in einer Notwehrlage.

bb) Notwehrhandlung

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste T ferner nach seiner subjektiven Vorstellung eine Verteidigungshandlung vorgenommen haben, die erforderlich war, den vorgestellten Angriff des O abzuwenden. Neben ihrer gegebenen Geeignetheit zur Abwendung des Angriffs müsste die Handlung in Form des Pistolenschusses nach Vorstellung des T in der konkreten Kampflege auch das relativ mildeste Mittel gewe-

¹³ Zu diesem Problem *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 86 ff.

sen sein. Dies gilt besonders beim Einsatz lebensgefährlicher Tatmittel wie bei Schüssen aus einer Pistole. Der lebensgefährliche Einsatz einer Schusswaffe darf nur das letzte Mittel der Verteidigung sein, sodass er in der Regel zuvor anzudrohen und ein weniger gefährlicher Waffeneinsatz vorzuziehen ist.¹⁴ Allerdings muss der Angegriffene auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel lediglich dann zurückgreifen, wenn ihre Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage besteht.¹⁵ Die weniger gefährliche Einsatzform muss im konkreten Fall also eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Verteidiger das Fehlschlagrisiko sowie eine Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden können, wobei an die in zugespitzter Situation zu treffende Entscheidung keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind.¹⁶ T wähnte in der konkreten Situation, dass O bereits im nächsten Augenblick die Schusswaffe gegen ihn richten und zum Einsatz bringen würde, sodass er sich in akuter Lebensgefahr glaubte. Demnach war ihm eine vorherige Androhung des Schusswaffeneinsatzes gegenüber O nach seiner Vorstellung wegen der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten nicht zumutbar, ebenso wie ein weniger gefährlicher Einsatz der Schusswaffe. Eine andere Verteidigungsmöglichkeit sah T selbst nicht mehr. Mithin griff T nach seiner subjektiven Vorstellung zum relativ mildesten Verteidigungsmittel. T hat folglich nach seiner subjektiven Vorstellung eine Verteidigungshandlung vorgenommen, die erforderlich war, den vorgestellten Angriff des O abzuwenden

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist, da es auf die subjektive Vorstellung des T ankommt, nur schwer vertretbar, wenngleich nicht völlig ausgeschlossen.¹⁷ In diesem Fall wäre ein Putativnotwehrexzess¹⁸ zu thematisieren.

cc) Gebotenheit der erforderlichen Notwehr

Die erforderliche Verteidigungshandlung ist in der Regel auch geboten i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB. Umstände in den subjektiven Vorstellungen des T, welche Zweifel an der Gebotenheit seiner Verteidigungshandlung zu begründen geeignet wären, sind nicht ersichtlich.

dd) Verteidigungswille

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste T außerdem mit Verteidigungswillen gehandelt haben, d.h. zu dem Zweck, den vorgestellten Angriff durch O abzuwehren.¹⁹ T wähnte sich in Lebensgefahr und wollte O mit einem Wirkungstreffer kampfunfähig machen, damit dieser die von T befürchtete Waffe nicht gegen ihn zum Einsatz würde bringen können. Er handelte folglich, um den vorgestellten Angriff abzuwenden. Ein Verteidigungswille lag vor.

ee) Zwischenergebnis

Subjektiv stellte sich T tatsächliche Umstände vor, nach denen er gem. § 32 StGB gerechtfertigt gewesen wäre, wenn seine subjektiven Vorstellungen hiervon objektiv zutreffend gewesen wären (Putativnotwehr). Er handelte folglich unter Einfluss eines Erlaubnistatbestandsirrtums.

¹⁴ BGH NJW 2023, 166 (167).

¹⁵ BGH NStZ 2018, 84 f.

¹⁶ BGH NStZ 2018, 84 (85).

¹⁷ Vgl. BGH NStZ 1997, 402 (403).

¹⁸ Siehe dazu etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 707 f.

¹⁹ Zu diesem Erfordernis m.w.N. BGH StV 2022, 153 (154).

b) Irrtumsrechtsfolge

Fraglich ist allerdings, welche Rechtsfolge mit einem solchen Erlaubnistatbestandsirrtum zu verknüpfen ist. Da sich T subjektiv Umstände vorstellte, nach denen er gerechtfertigt gewesen wäre, wenn diese objektiv zutreffend gewesen wären, fehlte ihm das Bewusstsein, Unrecht zu tun, weil er sein Handeln von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt glauben musste. Die Rechtsfolge wäre daher grundsätzlich der Norm des § 17 StGB zu entnehmen, die an das fehlende Unrechtsbewusstsein anknüpft.

aa) Strenge Schuldtheorie, § 17 S. 2 StGB

Entscheidend ist demnach, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht. Denn nur an den unvermeidbaren Irrtum knüpft sich gem. § 17 S. 1 StGB ein Schuldausschluss an, während sich an den vermeidbaren Irrtum gem. § 17 S. 2 StGB eine fakultative Strafmilderung anschließt. Daher fragt die sog. *strenge Schuldtheorie*²⁰ nach der Vermeidbarkeit des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestandes. Konkret ist demnach zu fragen, ob T hätte erkennen können, dass von O objektiv kein Angriff mit einer Schusswaffe ausging. Dies ist aber der Fall. Bei einem nochmaligen Blick vor Ansprache des O hätte T erkennen können, dass O in seinem Holster keine Schusswaffe, sondern eine Kellnergeldbörse transportierte. Der Irrtum war für T demnach vermeidbar, sodass er mit diesem potentiellen Unrechtsbewusstsein nicht ohne Schuld handelte und seine Strafe für die schuldhaft Verwirklichung des Delikts des vorsätzlich versuchten Totschlages lediglich fakultativ zu mildern ist.

bb) Eingeschränkte Schuldtheorien, § 16 Abs. 1 StGB

Dieses Ergebnis der strengen Schuldtheorie wird jedoch weithin für unbillig erachtet, weil die verwirklichte Schuld nicht dem eines schuldhaft verwirklichten Vorsatzdeliktes, sondern allenfalls der eines schuldhaft verwirklichten Fahrlässigkeitsdelikts entspreche.²¹ Zwar handele der Täter auch unter Einfluss eines Erlaubnistatbestandsirrtums objektiv rechtswidrig, allerdings nehme er dies subjektiv nicht auch in seinen Willen auf. Er halte sein Handeln vielmehr für erlaubt und wolle sich nicht willentlich über das Recht hinwegsetzen, wie es für den Täter eines schuldhaft verwirklichten Vorsatzdeliktes typisch sei. Der Täter handele „an sich rechtstreu“²², er sei „Schussel“, nicht „Schurke“.²³ Wolle man ihn daher aus der Strafbarkeit wegen schuldhafter Verwirklichung eines

²⁰ Vertreten schon vor Kodifikation des § 17 StGB z.B. von *Bockelmann*, NJW 1950, 830 (831); *Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 44; *Fukuda*, JZ 1958, 143; *Hartung*, NJW 1951, 209; *Heitzer*, NJW 1953, 210 f.; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 319 ff., 331; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954, S. 410 ff.; *Niese*, DRiZ 1953, 20; *Eb. Schmidt*, SJZ 1950, 834 (837 f.); *Warda*, JR 1950, 546 (549); *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 168 ff.; nach Kodifikation des § 17 StGB z.B. von *Bockelmann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1979, S. 129; *Dornseifer*, JuS 1982, 761 (765); *Erb*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 205; *Gössel*, JR 1978, 292 (293); *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 201 ff., 222 ff., 292 ff., 345 ff.; *ders.*, JuS 2012, 795; *ders.*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 17 Rn. 34; *Hirsch*, ZStW 94 (1982), 239 (263 ff.); *Armin Kaufmann*, in: FS Welzel, 1974, S. 393 (398 ff.); *Kleszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, Rn. 362 ff., 397 ff., 420 ff.; *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 93 ff.; *ders.*, in: GS Armin Kaufmann, 1989, S. 399; *ders.*, in: FS Frisch, 2013, S. 403; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32 Rn. 108 ff.; *Sax*, JZ 1976, 430 (430 Fn. 5); *Schroeder*, in: LK-StGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 47 ff. (Stand: 1.4.1994); *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 359.

²¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 754.

²² BGHSt 3, 105 (107).

²³ So z.B. u.a. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 754.

Vorsatzdelikt ausnehmen, so müsse der Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums mithilfe von § 16 Abs. 1 StGB gelöst und einer etwaigen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit anheimgestellt werden.²⁴

(1) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in direkter Anwendung

Wollte man § 16 Abs. 1 S. 1 StGB direkt anwenden, so entfielen der den Verbotstatbestand betreffende Tatbestandsvorsatz, wie er im subjektiven Tatbestand geprüft wird, sodass der Weg zum Fahrlässigkeitsdelikt gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB frei würde. Dieser Vorsatz wurde aber mit dem dreistufigen Straftatsystem (Tatbestand/Rechtswidrigkeit/Schuld) zuvor bereits geprüft und bejaht. Das erst auf Rechtswidrigkeits- bzw. Schuldenebene sich ergebende Problem des Erlaubnistatbestandsirrtums hätte andernfalls nicht entwickelt werden können. Eine direkte Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB scheidet daher mit einem dreistufigen Straftatsystem richtigerweise aus.

Zur direkten Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB will jedoch die sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen²⁵ mit einem zweistufigen Straftatsystem (Gesamtunrechtstatbestand/Schuld) gelangen. Rechtfertigungsgründe bildeten innerhalb ihres Gesamtunrechtstatbestandes nämlich sog. negative Tatbestandsmerkmale, auf deren Abwesenheit der Tatbestandsvorsatz des Täters positiv gerichtet sein müsse. Im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums erstreckte sich die Vorstellung des Täters aber gerade umgekehrt auf die Anwesenheit der tatsächlichen Umstände eines Erlaubnistatbestandes, sodass der Gesamtunrechtstatbestand nicht gegeben sei. Mangels der erforderlichen positiven Vorstellung der Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen fehle es gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB am Vorsatz. Nach dieser Ansicht wäre hier bereits der Tatbestandsvorsatz ausgeschlossen gewesen, sodass es auch keine rechtswidrige Tat geben könnte, die Strafbarkeit wegen vorsätzlich versuchten Totschlages also in Wegfall geraten müsste.

Anmerkung: Infolge des Wegfalls des tatbestandlichen Vorsatzes wäre auch eine etwaige Teilnahme an der Handlung des T durch G nicht möglich. Gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB bliebe im Übrigen für T ein Fahrlässigkeitsdelikt zu prüfen (von der Aufgabenstellung hier allerdings ausgeschlossen). Da O jedoch nicht verstorben ist, fehlte es bereits an dem für § 222 StGB erforderlichen Erfolg. T ginge hiernach wegen des etwaigen Tötungsunrechts straflos aus. Wer sich dieser Ansicht anschließt, müsste konsequent auch einen zweistufigen Straftataufbau zugrunde legen.

²⁴ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 754 f.

²⁵ Vertreten ursprünglich von Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, S. 82 f.; im Übrigen etwa zunächst von Engisch, *ZStW* 66 (1954), 339 (380); ders., *ZStW* 70 (1958), 566 (587, 589 ff., 598 f.); Arthur Kaufmann, *JZ* 1954, 653; ders., *JZ* 1956, 353 (393); ders., in: FS Lackner, 1987, S. 185 (187); Lampe, *GA* 1959, 367; Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Aufl. 1970, S. 173 ff.; Samson, *Strafrecht I*, 7. Aufl. 1988, S. 118 ff., 127; v. Savigny, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, S. 75 ff., 92 ff.; Schaffstein, *MDR* 1951, 196; ders., in: *Göttinger FS OLG Celle*, 1961, S. 175 (182 ff.); Horst Schröder, *MDR* 1951, 387; ders., *MDR* 1953, 70 f.; v. Weber, *JZ* 1951, 260; ders., in: FS Mezger, 1954, S. 183; Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenaufbau*, 1969, S. 85 ff., 105 ff., 122 ff.; in neuerer Zeit z.B. Hoyer, in: *SK-StGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 47 ff.; Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl. 1988, S. 197; Kindhäuser/Hilgenhof, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 9. Aufl. 2022, Vor §§ 32–35 Rn. 27 ff. (39 ff.); Rinck, *Der zweistufige Verbrechenbau*, 2000, S. 309 ff.; Schlehofer, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor §§ 32 Rn. 110 ff. (nur für den vermeidbaren Irrtum); Schmid, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002, S. 99 ff.; Schroth, in: FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 595 (598 ff.); ders., *Vorsatz und Irrtum*, 1998, S. 116 ff.; Schünemann, *GA* 1985, 341 (347 ff.); Schünemann/Greco, *GA* 2006, 777 (786 ff.). – Eine umfassende Kritik der Lehre findet sich bei Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, S. 220 ff., insbes. S. 267 ff. zum Vorsatzproblem.

Allerdings hält die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen weniger als sie verspricht, sofern nach ihr die Nichtexistenz von Erlaubnistatbeständen zum Tatbestand gehört und daher umgekehrt die Existenz eines Erlaubnistatbestandes zum Tatbestandsausschluss führen soll. Denn tatbestandsausschließend wirkte nach ihr tatsächlich nicht erst die objektiv-subjektive Existenz eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, sondern bereits die bloße subjektive Einbildung der Existenz eines solchen. Objektive Erlaubnistatbestandsmerkmale wären demnach nicht etwa negative, sondern tatsächlich gar keine Tatbestandsmerkmale. Im Übrigen ist das hier problematische Merkmal des Unrechtsbewusstseins gesetzlich nicht dem Tatbestandsvorsatz,²⁶ sondern mit § 17 StGB der Schuld zugeordnet.

(2) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in analoger Anwendung

Ist zumindest dem dreistufigen Straftatsystem eine direkte Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verwehrt, bleibt mit der *rechtsgrundverweisenden eingeschränkten* Schuldtheorie insofern allenfalls eine analoge Anwendung. Nach Ansicht sowohl großer Teile der Literatur²⁷ als auch der Rechtsprechung²⁸ fehle es im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums am Vorsatz bzw. Vorsatzunrecht bzw. Handlungsunwert. Dies rechtfertige eine analoge Anwendung der Norm, nachdem zwischen Tatbestandsmerkmalen auf Verbots- und Erlaubnisebene kein qualitativer Unterschied bestehe. Nach dieser Ansicht würde eine Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages in Wegfall geraten.

Anmerkung: Auch nach dieser Ansicht wäre eine etwaige Teilnahme an der Handlung des T durch G richtigerweise nicht möglich, da sie den Tatbestandsvorsatz bzw. die Rechtswidrigkeit aufhebt. Im Übrigen bliebe T mangels Verwirklichung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB (von der Aufga-

²⁶ So aber bekanntlich die *strenge Vorsatztheorie*, die deshalb im Falle eines Erlaubnistatbestandsirrtums zum Vorsatzausschluss gelangen möchte. Hierfür zuletzt etwa noch *Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1968, § 20 III 2; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, Kap. 10 Rn. 28 f., 56 ff.; *Langer*, GA 1976, 193; *H.W. Schönemann*, NJW 1980, 735 (738); *Spendel*, in: FS Tröndle, 1989, S. 89; *Geerds*, Jura 1990, 421 (429 f.); *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 7 Rn. 46 ff., 61 ff. sowie § 15 Rn. 5 ff.

²⁷ Vertreten z.B. von *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 128; *Dieckmann*, Jura 1994, 178; *Duttge*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 16 Rn. 14 f.; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 110 ff., insbes. 114 f.; *Frisch*, in: Arnold u.a., Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, S. 217 (268 ff.); *ders.*, Strafrecht, 2022, § 5 Rn. 123; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, Kap. 14 Rn. 30; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 34 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 17 Rn. 14; *Herzberg*, JA 1989, 243 (Teil 1), 294 (Teil 2); *Hruschka*, in: FS Roxin, 2001, S. 441 (451 ff.); *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 139 ff., insbes. 155; *Kelker*, Jura 2008, 591 (595 f.); *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 24 ff.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 324 ff.; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 16 Rn. 24; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 300 ff., 323 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 73; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 28; *Mommsen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 16 Rn. 22; *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (656 ff.); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 25 Rn. 11 ff., 19; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 138; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 64 ff.; *Rönnau*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 Rn. 95 f.; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, Vor §§ 32 ff. Rn. 19; *Rudolphi*, in: SK-StGB, 37. Lfg., Stand: 2002, § 16 Rn. 10 ff.; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 205 ff.; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983, S. 171 ff.; *Stein/Schneider*, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 16 Rn. 13; *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 16 Rn. 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 165 ff.; *Streng*, in: FS Otto, 2007, S. 469 (479 f.); *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 116, 125 f.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 337; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 169 ff.

²⁸ Vertreten z.B. von BGHSt 3, 105 (106 f.); 3, 194 (196); 3, 357 (359); 31, 264 (286); 32, 243 (247 f.); 45, 378 (384); 49, 34 (44); BGH NStZ 2014, 30 f.; BGH NStZ 2016, 333 (334), BGH NStZ 2023, 407.

benstellung hier allerdings ausgeschlossen) wegen des etwaigen Tötungsunrechts straflos. Wer sich dieser Ansicht anschließt, müsste den Erlaubnistatbestandsirrtum konsequent bereits beim Vorsatz oder bei der Rechtswidrigkeit prüfen.

Allerdings hält auch diese Lehre weniger als sie verspricht, sofern nach ihr die Existenz eines Erlaubnistatbestandes zum Tatbestandsausschluss führen soll. Insbesondere wirkte nach ihr nämlich nicht erst die objektiv-subjektive Existenz eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, sondern bereits die bloße subjektive Einbildung der Existenz eines solchen rechtfertigend. Objektive Erlaubnistatbestandsmerkmale wären demnach objektiv gar keine Tatbestandsmerkmale eines Rechtfertigungsgrundes. Im Übrigen gilt auch hier, dass das problematische Merkmal des Unrechtsbewusstseins gesetzlich nicht dem Tatbestandsvorsatz, sondern mit § 17 StGB der Schuld zugeordnet ist.

(3) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in eingeschränkt analoger und rechtsfolgenverweisender Anwendung

Ist dem dreistufigen Straftatsystem auch eine einfache analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verwehrt, bleibt allenfalls noch eine Modifikation der anvisierten Analogie. Nach Ansicht der *rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie*²⁹ – die teils auch von der Rechtsprechung³⁰ vertreten wird – dürften hiernach weder der Tatbestand noch die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden, vielmehr sei lediglich die Schuld zu verneinen. Insofern müsse also die Rechtsfolge von § 17 S. 1 StGB im Rahmen einer rechtsfolgenverweisenden Analogie von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB modifizierend in diese analog anzuwendende Norm hineingelesen werden. Der Mangel der Vorsatzschuld im Falle eines Erlaubnistatbestandsirrtums rechtfertigte diese Vorgehensweise mitsamt ihrer Abstraktion vom Un-/Vermeidbarkeitsmerkmal in § 17 StGB. Nach dieser Ansicht würde eine Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages in Wegfall geraten.

Anmerkung: Diese Ansicht hindert nicht die Bestrafung einer etwaigen Teilnahme an der Handlung des T durch G, da sie weder den Vorsatz noch die Rechtswidrigkeit aufhebt, sodass das Teilnahmeerfordernis einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat (§§ 26, 27 Abs. 1 StGB) erfüllt bleibt. Im Übrigen bliebe T mangels Verwirklichung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB (von der Aufgabenstellung hier indes ausgeschlossen) wegen des etwaigen Tötungsunrechts straflos.

Allerdings bleibt nach dieser Lehre unklar, worin sich der Erlaubnistatbestandsirrtum von Fällen des Fehlens aktuellen Unrechtsbewusstseins und des Vorhandenseins bloß potentiellen Unrechtsbewusstseins (§ 17 S. 2 StGB) derart unterscheiden sollte, dass vorgeblich eine *Ausnahme* von dem gesetzlichen Merkmal der Un-/Vermeidbarkeit gerechtfertigt sein könnte. Irrt jemand in rechtlicher Hinsicht nämlich vermeidbar nicht infolge eines Tatbestandsirrtums etwa *mittelbar* über die Erlaubt-

²⁹ Vertreten z.B. von *Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, § 59; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 126; *Dreher*, in: FS Heinitz, 1972, S. 207 (224 ff.); *Gallas*, in: FS Bockelmann, 1979, S. 155 (169 ff.); *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 206 ff.; *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 258 f.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1132 ff.; *Hilgen-dorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 48 f.; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 449; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 464 f.; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 743 ff.; *Krümpelmann*, GA 1968, 129; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 37 Rn. 43; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 79 („fragwürdig“, aber „akzeptabel“); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 30 Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 759 f.

³⁰ Z.B. BGH NJW 1997, 2460 (2461); BGH NSTZ 2012, 272 (273 f.).

heit seines Handelns, sondern infolge eines Erlaubnisirrtums *unmittelbar*, so hat ein solcher Täter nur potentiell und nicht aktuelles Unrechtsbewusstsein. Er handelt also zumindest nach seiner aktuellen Rechtsvorstellung gleichfalls „an sich rechtstreu“, ist insofern vielleicht ein „Schussel“, aber nicht notwendig auch ein „Schurke“. Eine Differenz zum Erlaubnistatbestandsirrtum scheint insoweit nicht zu bestehen. Im Unterschied zum Erlaubnistatbestandsirrtum kommt jedoch niemand auf die Idee, das Gesetz (§ 17 StGB) dahingehend einschränkend auszulegen, dass es auf das Merkmal der Unvermeidbarkeit des Irrtums für die Rechtsfolge des § 17 S. 1 StGB beim Erlaubnisirrtum nicht länger ankommt. Irgendeine maßgebliche Differenz zwischen einem bloßen Erlaubnisirrtum und einem Erlaubnistatbestandsirrtum muss daher gleichwohl bestehen.

cc) Uneingeschränkte Schuldtheorie, § 17 S. 1 StGB

Ist dem dreistufigen Straftatsystem schließlich auch eine modifizierte analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB im Sinne einer Ausnahme des Erlaubnistatbestandsirrtums vom gesetzlichen Erfordernis der Unvermeidbarkeit des Irrtums (§ 17 S. 1 StGB) richtigerweise verwehrt, bleibt nur die Verabschiedung der Analogie insgesamt.

Anmerkung: Die Lösungsskizze geht an dieser Stelle über das bislang in der Ausbildungsliteratur typischerweise angebotene Spektrum von Lösungsmöglichkeiten im Interesse eines vertieften Problemverständnisses noch hinaus.

Die Lösung ist dann mit der *uneingeschränkten* Schuldtheorie³¹ auf Ebene der die Schuld betreffenden Norm selbst zu suchen, d.h. in § 17 StGB. Sie ist namentlich in der maßgeblichen Differenz von bloßem Erlaubnisirrtum und Erlaubnistatbestandsirrtum zu finden:

Irrt der Täter *unmittelbar* in rechtlicher Hinsicht sowie vermeidbar über eine Erlaubnisnorm (*bloßer Erlaubnisirrtum*), so hat er aufgrund seiner zutreffenden Vorstellung von den tatsächlichen Umständen seiner Tat potentiell die Möglichkeit, sich der Un-/Erlaubtheit seiner Handlung in rechtlicher Hinsicht nochmals mit zutreffendem Ergebnis zu vergewissern. Unterlässt er dies, so handelt er vorsätzlich zwar ohne aktuelles Unrechtsbewusstsein, jedoch mit potentiell Unrechtsbewusstsein. An diese Differenz knüpft § 17 StGB an. Trotz des Mangels aktuellen Unrechtsbewusstseins kommt es im Falle bloß potentiellen Unrechtsbewusstseins nicht zum Schuldausschluss (S. 1), sondern lediglich zu einer Strafmilderung (S. 2).

Irrt der Täter infolge eines Tatbestandsirrtums auf Erlaubnisnormebene hingegen nur *mittelbar* in rechtlicher Hinsicht über eine Erlaubnisnorm (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), so hat er aufgrund seiner unzutreffenden Vorstellung von den tatsächlichen Umständen seiner Tat potentiell nicht die Möglichkeit, sich der Un-/Erlaubtheit seiner Handlung in rechtlicher Hinsicht nochmals mit zutreffendem Ergebnis zu vergewissern.³² Denn die rechtliche Beurteilung anhand der Erlaubnisnorm wäre zutreffend, wenn die in ihrer Hinsicht angenommenen Umstände tatsächlich zutreffend wären. Selbst ein bloß potentiell Unrechtsbewusstsein i.S.v. § 17 S. 2 StGB kann ihm damit – anders als im Falle eines unmittelbaren Erlaubnisirrtums – nicht unterstellt werden, sodass der Schuldausschluss gem. § 17 S. 1 StGB gerechtfertigt ist. Mit dem Tatbestandsirrtum auf Ebene der Erlaubnisnorm ist nämlich notwendig und *unvermeidlich* zugleich der Erlaubnisirrtum gesetzt. Eben dies bringt der

³¹ Vertreten bisher von Heuser, ZStW 132 (2020), 330 (361 ff.), einen Hinweis Börkers, JR 1960, 168 (169) aufnehmend.

³² In dieser Richtung schon BGHSt 3, 105 (107): „Dieser Irrtum hindert ihn in der Regel, die Gefahr eines Rechtsverstoßes überhaupt zu erkennen.“

Begriff des Erlaubnistatbestandsirrtum zum Ausdruck. Vermeidbar ist der mittelbare Erlaubnisirrtum demnach allenfalls, sofern bereits der unmittelbar vorausliegende Tatbestandsirrtum vermieden wird. Wird der unmittelbar vorausliegende Tatbestandsirrtum indes tatsächlich vermieden, liegt allerdings schon gar kein Erlaubnistatbestandsirrtum vor. Liegt der für sich möglicherweise vermeidbare Tatbestandsirrtum auf Erlaubnisnormebene hingegen tatsächlich einmal vor, ist der mittelbare Erlaubnisirrtum also begriffsnotwendig *unvermeidbar*. Es ist demnach begriffs- und gesetzeswidrig, das Merkmal der Un-/Vermeidbarkeit des Irrtums im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums mit der strengen Schuldtheorie auf den Tatbestandsirrtum auf Ebene der Erlaubnisnorm zu beziehen, nicht aber auf den Erlaubnisirrtum selbst. Schließlich reguliert § 17 StGB als Irrtumsregelung nicht den Tatbestandsirrtum, sondern den Normirrtum, sodass dessen Regulierungserfordernisse auch nur auf diesen (isoliert), nicht (auch) auf jenen angewendet werden dürfen. Diese Unterscheidung ist folglich mit der uneingeschränkten Schuldtheorie insbesondere gegen die strenge Schuldtheorie in Ansatz zu bringen, womit indessen das Bedürfnis nach einer Einschränkung der Letzteren zugleich hinfällig wird.

Nach dieser Ansicht würde eine Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages infolge der grundsätzlichen Unvermeidbarkeit des maßgeblichen Erlaubnisirrtums in Wegfall geraten.

Anmerkung: Diese Ansicht hindert ebenfalls nicht die Bestrafung einer etwaigen Teilnahme an der Handlung des T durch G, da sie weder den Vorsatz noch die Rechtswidrigkeit aufhebt, sodass das Teilnahmeerfordernis einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat erfüllt bleibt. Im Übrigen bliebe T mangels Verwirklichung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB (von der Aufgabenstellung hier allerdings ausgeschlossen) wegen des etwaigen Tötungsunrechts gleichfalls straflos.

dd) Zwischenergebnis und Streitentscheid

Nach alledem gelangt allein die strenge Schuldtheorie zur Strafbarkeit des T aus dem Delikt eines vorsätzlich versuchten Totschlages. Da T infolge des Erlaubnistatbestandsirrtums allerdings nicht einmal mit potentiell Unrechtsbewusstsein i.S.v. § 17 S. 2 StGB handelte, wäre es gesetzeswidrig, ihn wegen der schuldhaften Verwirklichung des entsprechenden Vorsatzdeliktes zu bestrafen. Aus diesem Grund ist jedenfalls die strenge Schuldtheorie an dieser Stelle zurückzuweisen und mit den übrigen Theorien jedenfalls im Ergebnis von einer Straflosigkeit des T auszugehen.

Anmerkung: An dieser Stelle reicht eine Stellungnahme zugunsten oder zuungunsten der strengen Schuldtheorie aus, da sie allein zur Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages führt. Im Übrigen ist eine Festlegung auf eine der anderen Theorieansätze (noch) nicht erforderlich, wengleich mit Blick auf die Teilnahmeproblematik (in Person des G) schon hier möglich. § 222 StGB würde jedenfalls stets mangels des erforderlichen Tötungserfolges ausscheiden.

5. Ergebnis

T hat sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlages strafbar gemacht.

III. Zwischenergebnis

T hat sich nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des G

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB

Indem G den T zur Bestärkung in seinem Tun kurz vor Schussabgabe verbal anfeuerte („Ja! Knall ihn ab!“), könnte er sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zum versuchten Mord strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Beteiligungsfähige Haupttat

Als beteiligungsfähige Haupttat müsste gem. § 27 Abs. 1 StGB eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat einer anderen Person vorliegen, die dementsprechend zumindest versucht, jedoch nicht notwendig auch schuldhaft verwirklicht worden sein muss. Als solche kommt hier allenfalls der versuchte Totschlag des T gegenüber O gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB in Betracht (siehe oben A. II.). Ob i.R.v. § 27 Abs. 1 StGB für G insoweit eine beteiligungsfähige Haupttat des T gegeben ist, hängt jedoch davon ab, wie sich der Erlaubnistatbestandsirrtum des T auf seine Haupttat auswirkt.³³ Soweit nicht der effektive Ausschluss der Vorsatzstrafe überhaupt bzw. unterscheidungslos zum Mangel einer beteiligungsfähigen Haupttat führen soll,³⁴ und soweit die Frage der beteiligungsfähigen Haupttat nicht für unabhängig von der Frage einer Einschränkung der Schuldtheorie erachtet werden soll,³⁵ dürfte richtigerweise das Folgende gelten:

- Nach der *strengen Schuldtheorie* wäre T wegen schuldhafter Verwirklichung eines vorsätzlich und rechtswidrig versuchten Totschlages für strafbar zu befinden, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G gegeben wäre.
- Nach der *eingeschränkten Schuldtheorie* in Form der *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* ließ die Tat des T bereits den erforderlichen Tatbestandsvorsatz vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G nicht gegeben wäre.
- Nach der *rechtsgrundverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie* ließ die Tat des T ebenfalls den erforderlichen Tatbestandsvorsatz, jedenfalls aber die erforderliche Rechtswidrigkeit vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G gleichfalls nicht gegeben wäre.
- Nach der *rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie* ließ die Tat des T hingegen lediglich die Schuld vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G gegeben wäre.
- Nach der *uneingeschränkten Schuldtheorie* ließ die Tat des T ebenfalls lediglich die Schuld vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G auch hiernach gegeben wäre.

Nachdem die strenge Schuldtheorie bereits zuvor wegen ihrer ungesetzlichen Ergebnisse zurückzuweisen war, beschränkt sich die Streitfrage hier lediglich noch darauf, ob die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen bzw. die rechtsgrundverweisende eingeschränkte Schuldtheorie einer-

³³ Zu diesem Folgeproblem *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 196 ff.

³⁴ Nachweise zu dieser Ansicht („Gleichbehandlungstheorie“) aber bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 196 ff.

³⁵ Nachweise zu dieser Ansicht („Differenzierungstheorie“) aber bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 198 ff.

seits oder die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie bzw. die uneingeschränkte Schuldtheorie andererseits strafrechtsdogmatisch vorzugswürdig sind. Unter anderem, weil die beiden zuerst genannten Theorien die Rechtfertigung nach objektiv-subjektiv verfassten Erlaubnistatbeständen unausgesprochen nicht länger auch von der tatsächlichen Existenz des objektiven Erlaubnistatbestandes abhängig machen, sondern rein von der subjektiven (irrigen) Einbildung derselben, kann ihnen nicht gefolgt werden. Demnach verdient entweder die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte oder die uneingeschränkte Schuldtheorie den Vorzug, was hier jedoch nicht weiter entschieden werden muss. Jedenfalls liegt nach diesen beiden zuletzt genannten – vorzugswürdigen – Theorien eine beteiligungsfähige Haupttat für G vor.

Anmerkung: Wer – vertretbar – einer der Theorien den Vorzug einräumt, nach denen keine beteiligungsfähige Haupttat existent ist, muss die Prüfung an dieser Stelle mit negativem Ergebnis beenden. Entscheidend für die Bewertung der Prüfungsleistung ist nicht das für richtig gehaltene Ergebnis, sondern die Güte und Stringenz der Argumentation. Insbesondere sollten die Ausführungen zu diesem Folgeproblem nicht in Widerspruch zum obigen Ausgangsproblem stehen.

b) Beihilfehandlung

G müsste dem T gem. § 27 Abs. 1 StGB in objektiver Hinsicht Hilfe zu dessen Tötungsversuch gegenüber O geleistet haben. Fraglich ist allerdings, was hierunter zu verstehen ist.

aa) Kausalität

Da es bei der Hilfeleistung objektiv um eine (wenngleich auch der Haupttat untergeordnete) Handlung des Gehilfen zu tun ist, müsste diese zumindest kausal für die Verwirklichung der Haupttat geworden sein.³⁶ Andernfalls wäre die Abgrenzung zur (e contrario § 30 Abs. 1 S. 1 StGB) straflos versuchten Beihilfe unmöglich. Im Sinne der Äquivalenzformel³⁷ wäre die verbale Anfeuerung des T durch G als Hilfeleistung kurz vor Schussabgabe nachweislich kausal für die Verwirklichung derselben, wenn diese verbale Anfeuerung nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch die Schussabgabe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel. Denkt man sich die verbale Anfeuerung allerdings gedanklich hinweg, so ist unklar, ob auch die Schussabgabe entfällt. Wahrscheinlich dürfte sogar das Gegenteil sein. Denn T schoss aus Angst um sein Leben auf O, nicht hingegen, weil G ihn dazu anfeuerte. Demnach fehlte es an der Kausalität einer möglichen Hilfeleistung. Eine Beihilfehandlung war somit objektiv nicht gegeben.

bb) Bloße Förderung und psychische Beihilfe

Allerdings soll es insbesondere nach Ansicht der Rechtsprechung nicht maßgeblich auf das Merkmal der Kausalität im Sinne der Äquivalenzformel ankommen, sodass es bereits ausreichend sein könne, wenn eine bloße Hilfeleistungstätigkeit die Haupttat irgendwie (sonst) gefördert hat.³⁸ Jedoch genüge weder eine bloße Kenntnisnahme oder innere Billigung der Haupttat durch den Gehilfen³⁹ noch die bloße Anwesenheit am Tatort.⁴⁰ In Betracht kommt demnach, dass G durch sein verbales

³⁶ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1326.

³⁷ St.Rspr. seit RGSt 1, 373 (374); BGHSt 1, 332 ff.

³⁸ BGHSt 61, 252 (257); BGH NStZ 2020, 730 (731).

³⁹ BGH StV 2012, 287; BGH NStZ-RR 2016, 136 (137).

⁴⁰ BGH NStZ 2019, 461.

Anfeuern den T in seinem bereits gefassten Tatentschluss bestärkt und dessen Tat auf diese Weise irgendwie gefördert haben könnte. Umstritten ist sodann aber insbesondere, ob eine solche Form der lediglich psychischen Beihilfe, namentlich in Abgrenzung zur straflosen versuchten Beihilfe (und gelegentlich auch in Abgrenzung zur Anstiftung), den Tatbestand der (vollendeten) Beihilfe erfüllt.⁴¹ Nimmt man an, dass auch diese Form der psychischen Beihilfe eine mögliche Gehilfenhandlung sein kann, so bedarf es allerdings einer restriktiven Handhabung. Erforderlich ist zu einer Bestärkung des Haupttäters durch den Gehilfen demnach, dass der Haupttäter die Hilfeleistung wahrgenommen⁴² und nachweislich ein „erhöhtes Sicherheitsgefühl“ erlangt hat.⁴³ Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist hierzu indessen nichts bekannt. Demnach ist im Zweifel nicht davon auszugehen, dass T die verbale Anfeuerung durch G überhaupt wahrgenommen, geschweige denn durch dasselbe ein erhöhtes Sicherheitsgefühl erlangt hat. Eine Förderung der Tat des T durch G lag demnach nicht vor. Eine Beihilfenhandlung war somit objektiv auch nach dieser Ansicht nicht gegeben.

cc) Zwischenergebnis

G hat T in objektiver Hinsicht nicht Hilfe zu dessen Tötungsversuch gegenüber O geleistet.

2. Ergebnis

G hat sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zum versuchten Mord (versuchten Totschlag) strafbar gemacht.

Anmerkung: Soweit eine Beihilfenhandlung bejaht werden sollte, müsste im Folgenden insbesondere der erforderliche Gehilfenvorsatz thematisiert werden. Schließlich wäre noch an eine Tatbestandsverschiebung gem. § 28 Abs. 2 StGB zu denken. Denn G suchte T in seinem Tun gegenüber O aus Rache zu bestärken, weil O ihn in einem Strafprozess einmal wahrheitsgemäß wegen einer Drogenstraftat belastet hatte. Möglicherweise weist G damit das besondere persönliche (d.h. täterbezogene Mord-)Merkmal eines sonst niedrigen Beweggrundes (§ 211 Abs. 2 StGB) auf, sodass es für ihn zu einer Tatbestandsverschiebung von Beihilfe zum versuchten Totschlag zur Beihilfe zum versuchten Mord kommen würde, wenn es sich bei diesem Mordmerkmal nicht um ein strafbegründendes (§ 28 Abs. 1 StGB), sondern strafscharfendes (§ 28 Abs. 2 StGB) handeln würde. Es wäre insofern der hinlänglich bekannte Streit über das rechtsdogmatische Verhältnis von Mord und Totschlag zu entscheiden.⁴⁴

II. Zwischenergebnis

G hat sich nicht strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

Weder T noch G haben sich strafbar gemacht (a.A. möglich).

⁴¹ Dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 906.

⁴² BGH NStZ 2012, 347 (348); BGH NStZ-RR 2016, 136 (137).

⁴³ BGH NStZ-RR 2019, 74.

⁴⁴ Zu diesem Problem *Hillenkamp/Cornelius*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. 2020, S. 1 ff.

Schwerpunktbereichsklausur Kriminologie: Jugendkriminalität in Parks*

Wiss. Mitarbeiterin Marlen Luu Graf, Berlin**

Sachverhalt

D lebt mit seiner Familie im Bezirk N in Berlin. An seiner weiterführenden Schule im gleichen Stadtteil wird er häufig Zeuge von Schulhofkriminalität. Schon früh nahmen ihm ältere Mitschüler_innen sein Pausenbrot weg oder brachten ihn unter Androhung von Gewalt dazu, ihnen sein Taschengeld „für den guten Zweck“ abzutreten. Obgleich die Ereignisse der Schulleitung wie auch der Elternschaft bekannt sind, bleiben sie seit Jahren untätig. Mit 17 Jahren will D den Schikanen in der Schule nicht mehr standhalten und wendet sich zunehmend von dieser ab. Stattdessen schließt er sich einer Gruppe gleichaltriger Jungen im nahegelegenen Park an, die D schon öfter beobachtet hat. Sie verlangen von D, kleinere Taschendiebstähle aus unbeaufsichtigten Rucksäcken und Sporttaschen im Park zu begehen, damit er sich in der Gruppe etablieren kann. Den Erfolg belohnen sie schließlich mit der Aufnahme in die Gruppe. Zuvor war D noch nicht straffällig geworden. Auch in der Folgezeit schwänzt D mehrfach die Schule und begeht im Sinne der Gruppe weitere Diebstähle. Abends kehrt D immer zu seiner Familie zurück, mit der er sich weiterhin gut versteht. Neben den Diebstählen nutzt die Gruppe die Dunkelheit in der Parkanlage, um Passant_innen unter Androhung von Gewalt Wertgegenstände abzunehmen. Dabei gehen sie – darunter auch D – in Überzahl auf ein willkürlich ausgewähltes Opfer zu und erbeuten so regelmäßig einige Wertgegenstände. Eine vorherige Planung des Vorgehens bleibt aus. Gelegentlich kommt es dabei zu Handgreiflichkeiten mit Opfern, die sich zur Wehr setzen. Hatte D zuvor noch einige Schwierigkeiten mit der Gewaltanwendung, lässt das routinierte Vorgehen der Gruppe nach und nach seine Hemmungen verschwinden.

Nach einiger Zeit wird auch die Polizei auf den Anstieg der Kriminalität im Park aufmerksam. Schon bald darauf wird die gesamte Gruppe festgenommen. In einem Interview mit der Lokalzeitung äußert Beamtin B auf die Frage, wie sie die auffällige Gewaltbereitschaft der Gruppe einordne, dass Jugendliche mittlerweile so häufig Gewaltdarstellungen ausgesetzt seien, dass selbst D, der seinerseits Opfererfahrungen gemacht hat, nicht davor zurückschrecken würde, Täter zu werden.

Aufgabe

1. Erstellen Sie eine kriminologische Analyse zu Tat und Täter (bzgl. D). Gehen Sie dabei insbesondere auf die kriminologische Einordnung der Tat sowie die Wirkung der Gruppendynamik auf D und seine Entwicklung vom Opfer zum Täter ein.

* Die mittelschwere Klausur ist auf fünf Zeitstunden ausgelegt und wurde im SoSe 2024 an der Freien Universität Berlin im Rahmen der Studienabschlussprüfung im Schwerpunktbereich 5 – Kriminologie gestellt. Die Bearbeitungsreihenfolge kann von dieser Lösung abweichen. Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) lag bei der Bearbeitung nicht vor. Detaillierte Kenntnisse wurden nicht erwartet. Wurden dennoch Bezüge zur registrierten Jugenddelinquenz hergestellt, sind diese besonders positiv zu bewerten. Der Vollständigkeit halber wird hier auf die PKS verwiesen.

** Die Autorin Graf ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin am Arbeitsbereich für Kriminologie und Strafrecht von Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland an der Freien Universität Berlin. Besonderer Dank gilt Stud. iur. Till Bohlmann für seine Unterstützung bei der kritischen Durchsicht des Manuskripts.

2. Stellen Sie kritisch drei Erklärungsansätze zur Entstehung der Straffälligkeit des D dar.
3. Erörtern Sie kurz kritisch den Einfluss von Gewaltdarstellungen in Massenmedien und sozialen Medien auf das Verhalten von Jugendlichen.
4. Entwerfen und erläutern Sie Grundzüge eines Konzeptes zur Prävention von Straftaten von Jugendlichen in öffentlichen Parks in deutschen Großstädten.
5. Stellen Sie die Probleme kriminologischer Forschung zur Erfassung von Jugendkriminalität unter Mitschüler_innen dar.

Bearbeitungshinweis

Auf den gesellschaftlichen Einfluss der COVID-19-Pandemie ist nicht einzugehen.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: Analyse von Tat und Täter	552
I. Kriminologische Analyse der Tat.....	552
1. Parkkriminalität	552
a) Eigentumsbezogene Kriminalität	552
b) Gewaltkriminalität.....	553
2. Delikte im sozialen Fernraum	554
3. Jugendkriminalität bei eigentumsbezogenen und Gewaltdelikten.....	554
4. Tatort.....	555
II. Täteranalyse	556
1. Alter, Jugendkriminalität	556
2. Geschlecht	556
3. Soziales Umfeld.....	557
a) Faktoren individueller Kriminalitätsentwicklung	557
b) Opfer-Täter Transition	557
4. Tätergemeinschaft.....	559
Aufgabe 2: Erklärungsansätze	559
I. Sozialstrukturelle Anomietheorie (Merton).....	560
II. Differentielle Assoziation (Sutherland).....	561
III. Modell der situativen Handlungswahl	562
Aufgabe 3: Gewaltdarstellungen in Massen- und sozialen Medien	563
Aufgabe 4: Präventionskonzept.....	564
I. Täter_innenorientierte Prävention	564
1. Primäre Prävention.....	565
2. Sekundäre Prävention	565

3. Tertiäre Prävention.....	565
II. Situationsbezogene Prävention.....	566
Aufgabe 5: Probleme kriminologischer Forschung zur Erfassung von Jugendkriminalität unter Mitschüler_innen.....	566

Aufgabe 1: Analyse von Tat und Täter

I. Kriminologische Analyse der Tat

Die Analyse der Tat richtet sich nach einer kriminologischen Einordnung und insbesondere nach dem Ort der Tat. Die Tat weist Aspekte der Kriminalität im öffentlichen Raum sowie des sozialen Fernraums auf und stellt sich speziell als eigentumsbezogene und Gewaltkriminalität¹ dar.

1. Parkkriminalität

Das Phänomen der Parkkriminalität ist keine genuine Klassifizierung einer einzigen Kriminalitätsform. Sie setzt sich aus einer Vielzahl verschiedener Delikte wie den eigentumsbezogenen, den Gewalt-, Drogen- und Sexualdelikten zusammen. Dabei vereint sie die Örtlichkeit ihrer Begehung, auf die im Rahmen des Tatortes näher einzugehen ist. Parks könnten dabei als Kriminalitäts-„hotspots“ eingestuft werden.²

a) Eigentumsbezogene Kriminalität

Das Tatgeschehen ist der sogenannten eigentumsbezogenen Kriminalität zuzuordnen. Sie umfasst Eigentums- und Vermögensdelinquenz, die beide mit einer Entziehung fremder Sachwerte einhergehen, sich in ihrer Vorgehensweise jedoch unterscheiden.³ In ihren Tatmodalitäten kann es zu Konfrontationen mit Opfern kommen, muss es aber nicht notwendigerweise. Insgesamt waren 48 % aller im Jahr 2023 registrierten Straftaten solche gegen fremdes Eigentum. Dies übersteigt das Vorjahr um 14 %.⁴ Die Häufigkeit solcher Taten lässt sich mit der Redewendung „Gelegenheit macht Diebe“

¹ Die Terminologie geht auf die Formulierung in der Literatur zurück und umfasst eine Vielzahl von Straftaten. Eine genaue strafrechtliche Einordnung ist nicht erforderlich.

² Zu „hotspots“ siehe Weisburd/Groff/Yang, *Prevention Science* 15 (2014), 31 (31 ff.).

³ Eisenberg/Kölbl, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 70. Der Vollständigkeit halber ist auf die strafrechtliche Einordnung der Taten des D hier kurz einzugehen: Erfüllt werden mehrere in Tatmehrheit stehende Diebstähle gem. § 242 Abs. 1 StGB, die mit rechtswidriger Zueignungsabsicht erfolgen und bezwecken (Quasivorsatz), sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB). Erforderlich ist, dass die Einzeltaten oder die Wegnahme mehrerer Sachen innerhalb einer Handlungseinheit den Grenzwert des § 243 Abs. 2 StGB (nach h.M. wohl 50 €) überschreiten. Ist dies der Fall, kommt eine Qualifikation nach § 244a Abs. 1 StGB in Betracht; anderenfalls ist bei Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds eine Qualifikation nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB möglich. Begeht D Diebstähle an geringwertigen Sachen, werden diese nur auf Antrag oder bei Bestehen eines öffentlichen Interesses verfolgt (§ 248a StGB). Kommt es durch die Gruppe zudem zu Nötigungshandlungen durch die Androhung einer Gefahr für Leib oder Leben oder durch den Einsatz von Gewalt, können, je nach Vorgehensweise, ebenfalls der Tatbestand des schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder der qualifizierten räuberischen Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt sein. Eine Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, b StGB ist nach den Angaben im Sachverhalt nicht ersichtlich. Nach st.Rspr. tritt eine in Handlungseinheit begangene räuberische Erpressung auf Konkurrenzebene hinter dem Raub zurück, nach herrschender Lehre stehen Raub und Erpressung in einem Exklusivitätsverhältnis.

⁴ Polizei NRW, *Kriminalstatistik 2023 in Münster*, S. 4.

erklären. Abgeleitet aus dem Rational-choice-Ansatz⁵ treffen Täter_innen Entscheidungen auf der Grundlage einer Abwägung, bei der der persönliche Nutzen der Tat den möglichen Risiken gegenübergestellt wird. Eine sich günstig darbietende Gelegenheit erhöht dabei die Wahrscheinlichkeit, dass Täter_innen zugunsten des eigenen Vorteils handeln.

D ergriff die sich im Park günstig darbietenden Gelegenheiten, als er Diebstähle an verlassenen Taschen beging. Hierbei ging er einem momentanen Verlangen nach, das durch die Fluktuation der Besucher_innen in Parks geradezu gesteigert wurde.

b) Gewaltkriminalität

Droht D vorbeikommenden Passant_innen mit dem Einsatz von Gewalt, wenn diese ihm nicht ihre Wertsachen aushändigen, oder übt die Gewalt sogar aus, können zudem Gewaltdelikte begangen worden sein. Der Gewaltbegriff wird in der Kriminologie unterschiedlich verstanden⁶ und erfordert eine gesellschaftliche Deutung.⁷ Nach einem engen Gewaltbegriff ist Gewalt die physische Einwirkung auf eine andere Person.⁸ Hier drohte D nicht nur mit der Einwirkung auf die Unversehrtheit der Opfer, sondern behauptete sich auch in Handgreiflichkeiten. Dass dies auch zu Zwecken der Erpressung oder Wegnahme als Gewalt zu verstehen ist, zeigt die polizeiliche Kriminalstatistik.⁹ Diese zeigt zudem, dass die Gewaltdelikte mit einem Eigentumsbezug im Hellfeld erheblich angestiegen sind. In einem weiteren Sinne erweist sich der Gewaltbegriff als dehnbar. Im Strafrecht definiert die Rechtsprechung den unbestimmten Rechtsbegriff als physisch oder psychisch wirkender Zwang,¹⁰ was die Unterscheidung zwischen Gewaltdelikten und anderen Delikten, denen ein Zwangscharakter zukommt, erschwert. Die Kriminologie fokussiert sich indessen überwiegend auf die Einordnung der Gewalt als physische Zwangswirkung gegen Personen, um eine klarere Differenzierung zuzulassen. So kommt es nach Bock zu einer „pragmatischen Beschränkung“ auf Tötungs- und Körperverletzungsdelikte, Raub- und Erpressungsdelikte, Delikte gegen die persönliche Freiheit und Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung.¹¹ Die Auswertung der Kriminalstatistiken erfordert indessen, auf die strafrechtliche Einordnung von Gewalt zurückzugreifen, um die Datensätze richtig einordnen zu können. Im vorliegenden Fall lässt sich zudem eine psychische Zwangswirkung¹² erkennen. Neben der physischen Einwirkung durch Handgreiflichkeiten gegenüber Passant_innen erzeugte die Gruppe

⁵ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 220; Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 9 Rn. 5; Helbig, Der Opportunist, 2015, S. 40 ff.

⁶ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 999.

⁷ Böttger, Kriminalität, Prävention und Kontrolle, 1999, S. 327 (329, 334 f.); Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 2.

⁸ Schneider, Kriminologie für das 21. Jahrhundert, 2001, S. 205.

⁹ PKS 2023, Ausgewählte Zahlen im Überblick, S. 14, 210.000; siehe auch Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 999, 1000; Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 11. Der Vollständigkeit halber sind auch die Gewalttaten strafrechtlich einzuordnen: Maßgeblich kommen in Tatmehrheit stehende einfache Körperverletzungen gem. § 223 StGB in Betracht. Diese können insbesondere durch das Gruppenvorgehen durch eine gemeinschaftliche Begehung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB qualifiziert sein. Darüberhinausgehende Kenntnisse zum Ausmaß der „Handgreiflichkeiten“ mit Blick auf §§ 303, 231, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bestehen nicht. Hinzutretende Nötigungen und Bedrohungen gem. §§ 241, 240 StGB zu Zwecken der Zueignung oder Bereicherung gehen im Raub und der (räuberischen) Erpressung auf und treten hinter diesen auf Konkurrenzenebene zurück.

¹⁰ Insbesondere BGHSt 23, 46 (54 f.); OLG Stuttgart, Ur. v. 27.3.1995 – 3 Ss 76/95 = NJW 1995, 2647 (2648).

¹¹ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 1000.

¹² Vgl. hierzu indessen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 104, 92, in der eine „Vergeistigung“ des Gewaltbegriffs zurückgenommen wurde.

anhand ihrer Größe und vermittelten Überlegenheit eine Einschüchterungswirkung, die einem psychischen Zwang gleichkommen kann.

2. Delikte im sozialen Fernraum

Im Rahmen der eigentumsbezogenen Taten und der Gewaltdelikte kann zwischen Taten im sozialen Nah- und Fernraum unterschieden werden.¹³ Taten im sozialen Nahraum sind solche, bei denen Täter_innen und Opfer in einer persönlichen Beziehung zueinanderstehen. Gewaltdelikte können sowohl im sozialen Nahraum als auch im sozialen Fernraum auftreten; eigentumsbezogene Delikte sind vornehmlich dem Fernraum zuzuordnen. Abgeleitet aus dem Rational-choice-Ansatz ist die eigene Besserstellung zumeist nicht zu Lasten enger Bekannter und Verwandter zu erreichen.¹⁴ Das Erfordernis eines Strafantrags nach § 247 StGB lässt aber auf ein nicht nur unbeachtliches Dunkelfeld schließen. Auch Delikte, die Gewalt- und eigentumsbezogene Handlungen verbinden, weisen nur selten eine Beziehung zwischen Opfer und Täter_innen auf.¹⁵ Eine soziale Nähebeziehung ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Der Kontakt zu den Opfern wird durch die Gruppenmitglieder willkürlich hergestellt. Folglich handelt es sich um eine Tat im sozialen Fernraum.

3. Jugendkriminalität bei eigentumsbezogenen und Gewaltdelikten

Insgesamt hat Jugendkriminalität im Jahr 2023 im Vergleich zu den Jahren 2017–2022 zugenommen.¹⁶ Eigentumsbezogene Delikte treten besonders häufig auf. Dabei sind diese als Alltagsdelikte einzuordnen, deren Vorkommen ubiquitär, das heißt nahezu in allen Bevölkerungsgruppen, verbreitet ist.¹⁷ Insbesondere bei jugendlichen Täter_innen wird eigentumsbezogene Delinquenz von geringer bis mittlerer Schwere als normal und als ein notwendiges Durchgangsstadium bezeichnet.¹⁸ Eigentumsbezogene Jugenddelinquenz gehörte im Jahr 2023 zur meistbegangenen Deliktsgruppe.¹⁹

Auch die Diebstähle an alleingelassenen Taschen im Park können der „Jedermannsdelinquenz“ im leichteren Deliktsstadium zugeordnet werden. Durch die Gewaltbereitschaft könnten die Taten indessen oberhalb der mittelschweren Delikte eingeordnet werden. Die jungen Altersgruppen sind bei Tötungs- sowie Körperverletzungsdelikten unterrepräsentiert. Dies kann darauf beruhen, dass leichte körperliche Einwirkungen unter Gleichaltrigen, wie Raufereien, als sozialadäquat verstanden werden.²⁰ Hinsichtlich der Kombinationsdelikte zwischen Gewalt- und eigentumsbezogenen Delikten ist der Anteil jugendlicher Täter_innen indessen erwähnenswert.²¹ Insbesondere bei Straßenraub ist der Anteil der Jugendlichen nicht zu unterschätzen.²² Folglich kann auch die Gewalttendenz, die sich zumeist in Raub- und Erpressungstaten äußert, als alterstypische Tatbegehungsform betrachtet werden. Diese erfährt durch verschiedene Faktoren eine besondere Attraktivität, darunter Anonymität, Fluchtmöglichkeiten, willkürliche Opferwahl und Spontanität, da es nicht notwen-

¹³ Vgl. zur Gewaltkriminalität, *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 58 Rn. 15.

¹⁴ PKS 2023 Bund – T92.

¹⁵ PKS 2023 Bund – T92.

¹⁶ PKS 2023 Bund – T20.

¹⁷ *Boers*, MschrKrim 102 (2019), 3 (7); *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 71.

¹⁸ *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 48 Rn. 22; *Wittenberg/Wallner*, *Devianz und Delinquenz im Kindes- und Jugendalter*, 2016, S. 32, 36.

¹⁹ PKS 2023 Bund – T20.

²⁰ *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 23, 31.

²¹ PKS 2023 Bund: Gesamtkriminalität steigt weiter an (4.1.2025).

²² PKS 2023 Bund – T20.

digerweise einer Planung bedarf.²³ Dennoch ist in der Regel von einer weniger intensiven gesundheitlichen Schädigung und einer niedrigeren Vermögensbeeinträchtigung als bei Erwachsenen auszugehen.²⁴ Auch im Vorliegenden handelt es sich um Straßendelinquenz, bei der zumindest der finanzielle Schaden überschaubar ist. Die Attraktivitätsfaktoren der Tatbegehung sind folglich auf die Taten des D übertragbar. So bleiben D und die Gruppe anonym und die Opfer werden willkürlich und spontan ausgewählt, ohne dass es einer vorherigen Planung bedarf. Selbst wenn dies als alters-typische Begehungsform verstanden werden kann, ist aufgrund der Häufigkeit und der erkennbaren Gewaltbereitschaft eine Einordnung als notwendiges delinquentes Durchgangsstadium – wie bei eigentumsbezogenen, gewaltfreien Delikten – fraglich.

4. Tatort

Die Betrachtung des Tatorts ist Teil der kriminalgeographischen Analyse. Sie beschäftigt sich, vornehmlich geprägt durch die Chicago-Schule, mit Faktoren, die mit der Örtlichkeit der Tatbegehung in Verbindung stehen und deren gegenseitige Wechselwirkung.²⁵ So lassen sich räumliche Gegebenheiten zumindest als kriminalitätserklärender Faktor begreifen, insbesondere dann, wenn situative Bedingungen als Gelegenheitsstruktur eingestuft werden.²⁶ In die Analyse einzubeziehen sind dabei die Gegebenheiten im Park sowie der Begehungsort der Großstadt.

Typischerweise werden Raubdelikte an öffentlichen Orten begangen.²⁷ Dabei können bei einer Parkanlage besondere Aspekte hervorgehoben werden. Diese eröffnen einen unbeschränkten Personenverkehr sowie eine breite Repräsentation der Gesellschaftsschichten, bei denen sich vermehrt Gelegenheiten, insbesondere zur Begehung von Diebstahlsdelikten, ergeben. Zudem handelt es sich um Orte, an denen zwar eine soziale Kontrolle möglich ist, sie sich meist jedoch der institutionellen Kontrolle entziehen. Insbesondere bei konkreten Konfrontationen mit ausgewählten Opfern, können die fehlende Kontrolle, die Dunkelheit und Abgeschiedenheit genutzt werden, die den Täter_innen eine Anonymität verschaffen. Parks könnten sich, neben Bahnhofsvierteln, in die Kategorie der Kriminalitäts-„hotspots“ einreihen, die sich durch ein besonders hohes Kriminalitätsaufkommen auszeichnen und folglich besondere repressive wie präventive Polizeimaßnahmen erfordern. In jüngster Zeit nehmen Diskussionen über Formen der Regulierung von Kriminalität in und um öffentliche Parks zu. Nachweislich ist das Kriminalitätsaufkommen in (Groß-)Städten größer als im ländlichen Bereich.²⁸ Durch die erhöhte Fluktuation der Einwohner in Städten ist nicht nur die Möglichkeit informeller Konfliktlösung begrenzt, es ergeben sich auch vermehrt Gelegenheiten für strafbares Verhalten. Insbesondere die Anonymität der Einwohner steigt mit wachsender Einwohnerzahl. Zudem ist anzumerken, dass die Tatbegehung überwiegend an täterbekannten Orten erfolgt.²⁹ Hier beobachtete D bereits mehrfach die Jugendgruppe im nahegelegenen Park, sodass auch diese Örtlichkeit als täterbekannt eingestuft werden kann. Gleichwohl ist das Kriminalitätsaufkommen in einer Stadt nicht einheitlich. Tritt in manchen Gegenden kaum Kriminalität auf, häuft sie sich in anderen. Hier handelt es sich um einen kriminalitätsbelasteten Stadtteil, in dem auch kriminelles Verhalten an der Schule des D beobachtet werden kann.

²³ Eisenberg/Kölbl, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 48.

²⁴ Eisenberg/Kölbl, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 48.

²⁵ Albrecht, *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl. 1993, S. 226.

²⁶ Eisenberg/Kölbl, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 53 Rn. 1.

²⁷ PKS 2022 Berlin, S. 33, Rn. 216.000.

²⁸ Eisenberg/Kölbl, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 53 Rn. 9.

²⁹ Eisenberg/Kölbl, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 53 Rn. 15.

II. Täteranalyse

Bei der Analyse des Täters D sind sein Alter und Geschlecht, sein soziales Umfeld und seine längerfristigen Einflüsse sowie die Bedeutung der Tätergemeinschaft auf seine Delinquenz zu erörtern.

1. Alter, Jugendkriminalität

Der 17-jährige D lässt sich dem Täterkreis jugendlicher Straftäter einordnen. Dieser umfasst entsprechend § 1 Abs. 2 JGG die 14–21-Jährigen. Das „peak age“ der Kriminalität kann je nach zugrunde gelegten Kriterien unterschiedlich bestimmt werden. Überzeugend erscheint es, den Reifungsprozess der Täter_innen in die Bewertung mit einzubeziehen.³⁰ Typische Taten im Reifungsprozess sind Diebstähle und spontane Raubdelikte, die nicht nur als normal, sondern auch als ubiquitär bezeichnet werden können, solange sie ohne besondere Zielstrebigkeit ausgeübt und keiner auf Dauer angelegten, gefestigten Delinquenz zuzuordnen sind.³¹

Vor diesem Hintergrund könnte die Straffälligkeit des D seinem Persönlichkeitsreifungsprozess angehören, sofern die Bedingungen, die zu seiner Straffälligkeit führen, nur vorübergehender Natur sind und damit einen Lebenslängsschnitt darstellen.³² Dabei findet Kriminalität nur partiell und hauptsächlich in der Freizeit mit selbstgewählten Kontakten statt.³³ Gleichwohl werden soziale Kontakte zur Familie aufrechterhalten und individuelle Pflichten oft weiterhin erfüllt. D zeigt Anzeichen, dass er die Taten im Rahmen seiner Persönlichkeitsreife beging. Er schloss sich der Jugendgruppe im Park an, die fortan seine Freizeitgestaltung prägte. Hielt er zwar weiterhin den Kontakt zu seiner Familie aufrecht, schwänzte er vermehrt die Schule und durchbrach damit bestehende Regeln und Obliegenheiten. Dies jedoch nicht, um sich dem kriminellen Milieu vollends hinzugeben, sondern um sich weitere Freiräume zu schaffen. Dafür spricht, dass D seinen Taten keine besondere Zielstrebigkeit verlieh, sondern mit ihnen vielmehr günstige Gelegenheiten nutzte, um sich das Ansehen der Gruppe zu verschaffen.³⁴ Zwar könnte die Schwere der Delikte Gegenteiliges begründen, kam es zu Androhungen von Gewalt oder zu Handgreiflichkeiten. Diese allein lassen jedoch nicht darauf schließen, dass die Kriminalität über einen Lebenslängsschnitt hinausgehen sollte.

2. Geschlecht

Insgesamt werden die in Frage stehenden Delikte vornehmlich von Männern begangen.³⁵ Das Delinquenzverhältnis von Männern und Frauen im Jugendalter liegt bei 2:1, bei Heranwachsenden liegt es bei 3:1. Mit zunehmendem Alter nähern sich die Werte einander an. Auch die Tendenz zur Gruppenbildung sowie die Gewaltkriminalität sind vorrangig männlichen Tätern zuzuordnen; einfache Diebstähle, insbesondere in Form von Ladendiebstählen, kommen indessen auch vermehrt bei Frauen vor.³⁶ Diese „gender gap“ wird durch biologische, psychologische und rollenspezifische Erklärungsansätze begründet.³⁷ Vereinzelt wird argumentiert, gegen Frauen bestünde eine defizitäre

³⁰ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 928 f., 936 ff.

³¹ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 938; Boers, MschrKrim 102 (2019), 3 (8); Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 44 Rn. 74; § 48, 18.

³² Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 578 ff.; Vollbach, MschrKrim 90 (2007), 520 (520 f.).

³³ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 578.

³⁴ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 578.

³⁵ Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 48 Rn. 44.

³⁶ Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 48 Rn. 44, 47.

³⁷ Campaniello, IZA World of Labor, 2014; Karstedt, Gender und Crime, 2022, S. 78.

Verfolgungsintensität, sodass der geschlechterspezifische Kriminalitätsunterschied möglicherweise verzerrt ist.³⁸ Gleichzeitig wird männlichen Jugendlichen eine erhöhte Risikobereitschaft zugeschrieben, die sie dazu verleitet, sich in Gruppen zusammenzuschließen, Delikte zu begehen und daraus ihre Anerkennung zu ziehen.³⁹

3. Soziales Umfeld

Als wesentlicher Faktor der Täteranalyse sind die sozialen Umfeldstrukturen des D zu berücksichtigen. Dazu zählen seine Opferwerdung im Kindesalter sowie die Transition des D vom Opfer zum Täter.

a) Faktoren individueller Kriminalitätsentwicklung

Entscheidend ist festzuhalten, dass es nicht den „verbrecherischen Menschen“ gibt, dessen Straffälligkeit sein gesamtes Leben prägen muss. Vielmehr kann sich Kriminalität als Phase in einem sonst anders verlaufenden Lebenslauf darstellen.⁴⁰ Gleichwohl stellen kriminogene Umstände Risikofaktoren dar, die eine probabilistische Kausalität für die Straffälligkeit des D haben können. Dabei kann zwischen interaktionellen und dispositionellen Kontexten unterschieden werden.⁴¹ Im dispositionellen Kontext kann auf die Risikobereitschaft des D sowie auf eine Habitualisierung abgestellt werden, die sich im Laufe der Gruppenmitgliedschaft bei D einstellte. D machte nicht nur seine ersten Delinquenzerfahrungen in der Gruppe, sondern baute durch deren routiniertes Vorgehen auch seine anfänglichen Hemmungen vor dem Gewalteininsatz gegen seine Opfer ab. In interaktioneller Hinsicht sind individuelle Prägungen des D zu berücksichtigen, die bis in seine Kindheit zurückreichen. Auf Mikro-Ebene sind insbesondere seine eigene Opferwerdung sowie die Einwirkung der neuen Bezugsgruppe im Park hervorzuheben.

Die Schulhofkriminalität, die D persönlich betraf, könnte ihm ein Hierarchieverständnis vermittelt haben, das er seinen späteren Taten, insbesondere Raub- und Erpressung im Park, zu Grunde legte. Dies umso mehr, da die Schule kriminelles Verhalten nicht sanktionierte und nicht zum Schutze ihrer Schüler_innen präventiv zu verhindern versuchte. Verstärkend könnte hierbei die Wertevermittlung der Jugendgruppe im Park hinzutreten, die durch ihr Verhalten die Einstellung des D leitete. Mangels eines ausgleichenden Gegenpols übernahm die Gruppe eine zentrale Rolle in seinem Werteverständnis.

b) Opfer-Täter Transition⁴²

Zudem ist das Phänomen einer Opfer-Täter Transition im Entwicklungsprozess des D zu beurteilen. Der Opferbegriff lässt sich unterschiedlich auslegen. Er kann Personen erfassen, die Katastrophen oder Menschenrechtsverletzungen erleiden, die die Schwelle strafrechtlicher Relevanz nicht überschreiten, aber auch Personen, gegen die eine Straftat verübt wird.⁴³ Diese können unmittelbare

³⁸ Krit. Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 48 Rn. 50; Köhler, Straffällige Frauen, 2012, S. 142; Leder, Frauen und Mädchenkriminalität, 1988, S. 40

³⁹ Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 48 Rn. 55.

⁴⁰ Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 55 Rn. 1.

⁴¹ Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 54 Rn. 3 f.

⁴² Hier sind Kenntnisse zur Viktimologie einzubauen. Dabei sollte darauf eingegangen werden, weshalb gerade das hier geschilderte Umfeld eine Opfer-Täter Transition begünstigen konnte.

⁴³ Schmoll, proJugend 2022, 4 (5).

oder mittelbare, physisch/materiell oder psychisch, bewusste oder unbewusste Schädigungen erleiden.⁴⁴ D litt im Laufe seines Schulalltags unter Gewalteinwirkungen und Erpressungen. Dabei wurde sich D seiner primären Viktimisierung bewusst. D erlitt materielle, wie auch immaterielle Schäden, wobei physische Schäden dem Sachverhalt nicht zu entnehmen sind. Um die Entwicklung des D vom Opfer zum Täter nachzuvollziehen, sind die Grundlagen der Viktimologie kurz darzustellen. Die Viktimologie befasst sich mit den Erscheinungsformen, Folgen und Ursachen der Opferwerdung und des Opferseins.⁴⁵ Es wird zwischen drei Viktimisierungsstufen unterschieden. Die „primäre Viktimisierung“ resultiert aus der Begehung der Straftat selbst. Ihre Folgen, die auch erst nach einiger Zeit erkennbar sein können, gestalten sich für jede betroffene Person individuell. „Sekundäre Viktimisierung“ bezeichnet die Verletzung durch inadäquate Verhaltensweisen aus dem privaten Umfeld oder der zuständigen Institutionen. „Tertiäre Viktimisierung“ bezieht sich auf die Integration der Opferrolle in das persönliche Identitätsverständnis. Akzeptiert ein Opfer die eigene Opferwerdung und empfindet eine Hilflosigkeit gegenüber äußeren, nicht steuerbaren Abläufen, so wird nach Auffassung der Forschung die Gefahr einer erneuten Opferwerdung erhöht.⁴⁶ Viktimisierung kann einerseits zu Traumata, Depressionen oder Suizidalität führen. Andererseits begünstigt sie, nach der general strain theory von Agnew, Stresseemotionen, die die Ärgeranfälligkeit der Betroffenen erhöhen und in Frustration umschlagen können. Diese Frustration kann durch den Einsatz von Gewalt abgebaut werden.⁴⁷ D wehrte sich gegen die Zuschreibung der Opferrolle in sein Persönlichkeitsbild, indem er die Schule schwänzte und sich einer nach außen stark und unantastbar wirkenden Jugendgruppe anschloss. Damit erzeugte er eine räumliche Distanz zum Ort der primären Viktimisierung und entwich der im schulischen Kontext vermittelten Hilflosigkeit. Damit verhinderte er die sekundäre Viktimisierung durch die Schule, die gegen die dort vorkommende Schulhofkriminalität nicht vorgegangen war. Nach einer repräsentativen Studie an deutschen Schulen werden Kinder, die bereits Opfererfahrungen gemacht haben, häufig selbst zu Aggressoren.⁴⁸ Angelehnt an den Folgeeffekt nach Agnew kann die eigene Opfererfahrung folglich Ausgangspunkt der Täterwerdung sein. Das soziale Umfeld, die Situation in der Familie, wie auch die Schule, die den Tagesablauf von Schüler_innen gestalten, haben für die Entwicklung von Jugendlichen einen besonderen Stellenwert. Schwierigkeiten in diesen Zusammenhängen können destabilisieren. So reproduzierten Jugendliche die erfahrenen Verhaltensweisen ihres näheren Umfeldes und zeigten bei 62,9 % der Opfer physischer Angriffe selbst gewalttätiges Verhalten.⁴⁹

Auffällig ist, dass sich D einer Jugendgruppe im Park anschloss, deren Verhalten dem seiner eigenen primären Viktimisierung entsprach. Dabei verursachte er weitere Opfer, motiviert durch das in der Gruppe vermittelte Überlegenheitsgefühl. Unterstützte die Schule durch ihre Untätigkeit eine institutionell vermittelte Hilflosigkeit, stellte sich das in der Gruppe vermittelte Überlegenheitsgefühl einer etwaigen sekundären sowie tertiären Viktimisierung entschieden entgegen. Folglich kann die Einbindung in die Gruppen von Gleichaltrigen, die durch delinquentes Verhalten Über-

⁴⁴ Schwarz, KrimLex (7.1.2025).

⁴⁵ Hochstätter, Die Fragen der Opfer im Strafprozess, 2023, S. 5; Treibel, Kriminalsoziologie, 2. Aufl. 2024, S. 581.

⁴⁶ Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 54 Rn. 15; vgl. zur „erlernten Hilflosigkeit“ Seligman, Erlernte Hilflosigkeit, 2016, S. 36 f.

⁴⁷ Agnew, CRIM 30 (1992), 47 (59); Cierpka, Der Gewaltzirkel – Wie das Opfer zum Täter wird, 1997, S. 4; Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 8 Rn. 16 f.; Hohendorf, Forum Kriminalprävention, Bd. 4, 2020 (8.1.2025); vgl. auch Hochstätter, Die Fragen der Opfer im Strafprozess, 2023, S. 13.

⁴⁸ Cierpka, Der Gewaltzirkel – Wie das Opfer zum Täter wird, 1997, S. 3.

⁴⁹ Vgl. den Beitrag der GESINE Intervention (14.1.2025); Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg (8.1.2025).

legenheit, Kontrolle und Zusammenhalt vermitteln, dazu beitragen, dass auch Personen mit Opfererfahrungen zu Täter_innen werden.⁵⁰

4. Tätergemeinschaft

Abschließend soll genauer auf den Aspekt der Tätergemeinschaften eingegangen werden. Dem Bandenbegriff fehlt es an einer einheitlichen Definition.⁵¹ Eine Jugendbande oder „Streetgang“ ist laut dem Eurogang-Forschungsprogramm eine straßenorientierte Jugendgruppe, deren Identität die Beteiligung an illegalen Aktivitäten einschließt.⁵² Sie sind auf eine gewisse Dauer angelegt und können geplante wie auch Spontantaten verüben.⁵³ Jugendliche organisieren sich zur Tatbegehung häufiger als Erwachsene in Gruppen.⁵⁴ Gruppen bestehen meist aus einem Zusammenschluss von Personen, die örtlich oder sozial miteinander verbunden sind, Affinitäten und Einflussfaktoren teilen und dadurch eine gemeinsame Identität begründen.⁵⁵ Diese einheitliche Identität führt zu einer gemeinschaftlichen Dynamik, die etwaige Hemmschwellen absenkt und damit eine Delinquenz fördern kann.⁵⁶ Die häufigsten Kriminalitätsformen sind solche, die gegen das Eigentum Dritter gerichtet sind.⁵⁷

D schloss sich der Jugendgruppe im Park an und machte dort seine ersten kriminellen Erfahrungen. Die Gruppe forderte von Beginn an, dass zukünftige Mitglieder durch eine „Mutprobe“ ihre Fähigkeiten unter Beweis stellen und ihre Bereitschaft zeigen, sich in die Gruppenstruktur einzugliedern. Im Hinblick auf die fortgesetzte Begehung weiterer Straftaten internalisieren die Mitglieder die in der Gruppe herrschenden Normen. Die Ursachen für einen Zusammenschluss zu einer Gruppe sind vielfältig. Besonders hervorzuheben sind Differenzen im eigenen sozialen Umfeld sowie Ausgrenzungs- und eigene Opfererfahrungen durch Demütigungen oder Gewalterfahrungen.⁵⁸ Dabei kann die Gruppe fehlende Zugehörigkeiten kompensieren und neuen Rückhalt geben. Mit Blick auf die Ursachen der fehlenden Zugehörigkeit von D und seiner Neuorientierung, die der vorherigen Opfererfahrung widersprach, bot die Gruppe klare Strukturen, Anerkennung und eine gemeinschaftliche Dynamik, die die Umsetzung neuer Werte im Kollektiv erleichterte. Dies kann auf eine Subkulturentwicklung hindeuten, die Verhaltensweisen wie Straffälligkeit intern, das heißt außerhalb gesellschaftlich gefestigter Maßstäbe, bewertet.

Aufgabe 2: Erklärungsansätze

Kriminalitätstheorien dienen der Erklärung der Ursachen kriminellen Verhaltens. Aus der Vielzahl der in Betracht kommenden Erklärungsansätze aus Soziologie, Psychologie und Biologie sind drei Erklärungsansätze auszuwählen und kritisch auf das vorliegende Szenario anzuwenden.

⁵⁰ So auch *Schmoll*, *proJugend* 2022, 4 (7).

⁵¹ *Schneider*, *Kriminologie der Gewalt*, 1994, S. 13.

⁵² *Aerts*, *Prävention von Jugendbanden*, 2022, S. 9.

⁵³ *Walter/Neubacher*, *Jugendkriminalität*, 4. Aufl. 2011, S. 98 ff., 148 ff.

⁵⁴ *Matsueda*, *Crime and Delinquency*, Bd. 3, 34. Aufl. 1988, S. 277 (284 ff.); vgl. auch *Keller*, *KSV Polizeipraxis* 2020, (12.1.2025).

⁵⁵ *Eisenberg/Kölbels*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 58 Rn. 22.

⁵⁶ *Weerman/Bernasco/Bruinsma/Pauwels*, *Crime and Delinquency* 61 (2015), 1386 (1405).

⁵⁷ *Eisenberg/Kölbels*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 58 Rn. 17; PKS 2023 Bund – T20.

⁵⁸ *Eisenberg/Kölbels*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 58 Rn. 39.

I. Sozialstrukturelle Anomietheorie (Merton)

Das Verhalten des D könnte mit einem Zustand der Anomie erklärt werden. Während *Durkheim*⁵⁹ darunter noch einen Zustand sozialer Desintegration verstand, der durch einen tiefgreifenden sozialen Wandel – namentlich die Industrialisierung – verursacht wurde, alte Regeln und Strukturen aufhob, geht *Merton*⁶⁰ von einer Diskrepanz zwischen kulturellen und sozialen Strukturen aus. Diese Diskrepanz äußert sich in einem Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftlich für verbindlich gehaltenen Maximen und den legitimen Möglichkeiten, Ziele wie Wohlstand, Aufstieg, Macht⁶¹ oder soziale Anerkennung, durch Leistungsbereitschaft und Intelligenz zu erreichen. Während alle Teile der Gesellschaft die gleichen kulturellen Ziele anstreben, werden die Ressourcen zur legalen Zielerreichung je nach wirtschaftlicher Ausgangslage, sozialem Umfeld und Bildungsstand unterschiedlich verteilt.⁶² Unterbinden diese Faktoren den Zugang zu legitimen Mitteln, entsteht nach *Merton* ein anomischer Druck, auf den durch Konformität, Innovation, Ritualismus, Rückzug und Rebellion reagiert werden kann. Werden kulturelle Ziele teils anerkannt, teils abgelehnt oder durch andere ersetzt und werden zur Zielerreichung mal legitime, mal illegale, mal völlig neue Mittel eingesetzt, liegt es nahe, hier die „Innovation“ zu vertiefen. Dabei werden kulturelle Ziele anerkannt, die nicht zugänglichen legitime Mittel zu dessen Erreichung aber abgelehnt. Der anomische Druck des Einzelnen wird durch den Einsatz illegaler Mittel verringert. Führen diese Mittel zum Erfolg, werden sie wiederholt zur Zielerreichung eingesetzt.

Als Opfer krimineller Übergriffe strebte D nach individueller als auch gesellschaftlicher Anerkennung und Zugehörigkeit. Bereits in seiner Kindheit kristallisierte sich ein hierarchisches Machtgefälle zwischen *stark und schwach* sowie *überlegen und unterlegen* heraus, das durch das soziale Umfeld von D nicht unterbunden wurde. Damit wurden ihm legitime Ressourcen versagt, um die erstrebte Anerkennung zu erlangen. Vielmehr verstärkten die hohe Kriminalitätsrate in N, die Vorkommnisse in der Schule sowie die Untätigkeit der Bezugspersonen das Bedürfnis, die etablierten Hierarchiestrukturen zu überwinden. Der aus den kulturellen Bestrebungen resultierende Druck, sich in der Gesellschaft zu behaupten, stand in einem Spannungsverhältnis zu den ihm (D) zur Verfügung stehenden Mitteln und führte zu einer Orientierungslosigkeit. Sein Verlangen nach Anerkennung und Gruppenzugehörigkeit erforderte die Übernahme delinquenten Verhaltens und reduzierte das gesamtgesellschaftliche kulturelle Ziel auf den für D greifbaren, wenn auch kleinen Rahmen der Jugendgruppe im Park. *Merton* verbindet damit äußerer Einflüsse mit individuellen Bestrebungen und ordnet diese einem utilitaristischen Denkmodell zu: Ein Mensch, dem keine Alternative zur Verfügung stünde, müsse kriminell werden.⁶³

Offen bleibt bei *Merton* indessen, welche Faktoren den Einzelnen dazu veranlassen, die eine oder die andere Form der Bewältigung der Diskrepanz zu wählen. Zudem ist die Übertragbarkeit der Anomietheorie auf die deutsche Gesellschaft zu hinterfragen, da sie den Grundsatz zugrunde legt, eine Gesellschaft strebe auch im Rahmen individueller Lebensgestaltung stets nach sozialem Aufstieg – ein Konzept, das insbesondere dem *american dream* zugeschrieben wird.⁶⁴

⁵⁹ *Durkheim*, *Der Selbstmord*, 1973 [Original 1897].

⁶⁰ *Merton*, *Social Theory and Social Structure*, 3. Aufl. 1968; *ders.*, *Kriminalsoziologie*, 1979, S. 283.

⁶¹ Vgl. *Bock*, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2019, Rn. 192; zur Aufzählung in *Eisenberg/Kölbl*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 8 Rn. 9.

⁶² *Bock*, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2019, Rn. 192.

⁶³ *Wickert*, *SozTheo 2018* (12.1.2025).

⁶⁴ *Wickert*, *SozTheo 2018* (12.1.2025).

II. Differentielle Assoziation (*Sutherland*)⁶⁵

Ein genaues Augenmerk in Bezug auf die Delinquenzentwicklung des D verdient das Konzept der „differentiellen Assoziation“ von *Sutherland*. Die Sozialisierung des Einzelnen erfolgt in einem stetigen, nahezu unaufhörlichen Entwicklungsprozess, in dem durch auferlegte Muster und Rahmenbedingungen sowohl normgerechtes als auch strafrechtlich relevantes Verhalten vermittelt werden kann. Sie wird durch Interaktion, und Kommunikation mit bedeutsamen Bezugsgruppen geprägt, hier insbesondere mit Gleichaltrigen oder Orientierungspersonen.⁶⁶ Äußere Faktoren, die mit wachsender Intensität einen stärkeren Einfluss auf die Entwicklung nehmen, können delinquentes Verhalten begünstigen. Das Erlernte wird schließlich reproduziert. Je länger die Einwirkung anhält und je früher diese beginnt, desto wahrscheinlicher wird die Reproduktion des erlernten Verhaltens.⁶⁷

D zeigte erstmals delinquentes Verhalten, als er mit der Jugendgruppe im Park interagierte. Dabei wirkte die Gruppe nicht nur über einen längeren Zeitraum auf das Verhalten des D ein, sondern festigten ihre Einstellungen und ihr Verhalten sogar durch ein Aufnahme ritual. Hatte D die Gruppe zwar bereits vor seiner Mitgliedschaft des Öfteren beobachtet, reproduziert er das Verhalten der gleichaltrigen Jugendgruppe erst, als er sich dieser anschloss. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass die Jugendgruppe erst durch den Wunsch, ihr beizutreten, eine entscheidende Bezugsgruppe für D wurde. Die Regelmäßigkeit der Kontakte und die Häufigkeit der Interaktionen steigerten die Bedeutung der Gruppe für Ds Entwicklungsprozess und reduzierten seine Hemmungen, Gewalt gegen Dritte anzuwenden. Zuvor definierte Bezugsgruppen wie die Eltern oder auch die Schule, die bereits in jungen Jahren keinen konsistenten Werterahmen vermittelten, wurden durch die nach außen weitgehend stabil erscheinende Jugendgruppe abgelöst. Dies ist auch im Zusammenhang mit *Glaser*s entwickelten „differentiellen Identifikation“ zu erkennen. Danach kann eine Bezugsgruppe nur dann maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung des Einzelnen nehmen, wenn sie eine entscheidende Stellung im Entwicklungsverlauf einnimmt.⁶⁸ Zwar brach D den Kontakt zu seiner Familie nicht vollständig ab, jedoch schwänzte er vermehrt die Schule, um seine Zeit im Park zu verbringen. Damit setzte er sich dem delinquenten Verhalten der Jugendgruppe – verstärkt durch seinen Wunsch, dieser anzugehören – aus. Akzeptiert die Gruppe dissoziales Verhalten oder lebt es gar vor, entwickelt sie sich zu einem bedeutsamen Vorbild.

Gleichwohl lässt sich weder durch *Sutherland* noch durch *Glaser* erklären, weshalb D mit einem devianten sozialen Umfeld konfrontiert wurde und dieses anderen Bezugsgruppen vorzog, während andere Jugendliche diesem Umfeld entgehen können. Entscheidend wäre folglich eine Untersuchung der Faktoren, die D ursprünglich dazu veranlassten, die deviante Jugendgruppe als persönliche Bezugsgruppe zu definieren. Unklar bleibt, ob D gerade den devianten Kontakt suchte oder aber seine Teilnahme an der Gruppe eine für ihn unvermeidbare Konsequenz gescheiterter Wertevermittlungen darstellte.⁶⁹ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Lerneffekte nicht nur individuell variieren, sondern dass die Erklärung devianten Verhaltens stets auch die Wechselwirkung zwischen Sozialisierung und Faktoren der Makro-Ebene berücksichtigen muss.⁷⁰

⁶⁵ Weitergehend kann auf die soziale Lerntheorie von *Akers* Bezug genommen werden, die die differentielle Assoziation insbesondere um die Imitation erweitert.

⁶⁶ *Eisenberg/Kölbl*, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 7 Rn. 14.

⁶⁷ *Bock*, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 166.

⁶⁸ *Glaser*, AJS 1956, 433 (440 ff.).

⁶⁹ *Eisenberg/Kölbl*, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 7 Rn. 15.

⁷⁰ Auch *Sutherland* nahm Bezug auf sozio-ökonomischen Umstände der Begehung devianten Verhaltens.

III. Modell der situativen Handlungswahl

Nach der „situational active theory“ von *Wikström* ist die Begehung einer Straftat das Resultat aus der Interaktion von persönlichen Erkenntnissen und Neigungen der handelnden Person und den Eigenschaften ihres Umfeldes in der jeweiligen Handlungssituation. Danach müssen Handlungen anhand bestehender moralischer Grundsätze innerhalb eines gegebenen Settings analysiert werden.⁷¹ Die Theorie basiert auf vier wesentlichen Annahmen: (1) Einer Handlung geht ein Wahrnehmungs- und Entscheidungsprozess voraus, (2) äußere Umfeldeinwirkungen steuern den Entscheidungsprozess in Interaktion mit dem Charakter der Handelnden, (3) Entscheidungsprozesse bringen bestimmte Personen in bestimmte Situationen und (4) unterschiedliche Personen können mit unterschiedlichen Settings in Interaktion treten. Situationen fordern Handlungen, für die sich das Individuum im Spannungsfeld zwischen der inneren und der Moralvorstellung der Umgebung entscheiden muss. Dabei stehen unterschiedliche Handlungsalternativen zur Verfügung, die sich aus den individuellen Neigungen des Individuums ergeben und durch Moralvorstellungen gefiltert werden. Diese basieren sowohl auf der persönlichen Moral als auch auf der Fähigkeit Einzelner, sich selbst zu kontrollieren oder durch andere kontrolliert zu werden. Neigungen wirken dabei *direkt* auf die Entscheidungsfindung ein, *indirekt* wirken die Ursachen für das Entstehen einer Neigung. Ziel der Theorie ist es, zu erklären, weshalb Menschen bestimmte Handlungsalternativen überhaupt wahrnehmen, nicht jedoch, wie sie sich zwischen diesen entscheiden.⁷² Lässt der moralische Filter – also die persönliche Moral und die Moral des Settings – strafrechtlich relevantes Verhalten gar nicht zu, nimmt sie das Individuum nicht als Handlungsalternative wahr.⁷³ Bestehen hingegen mehrere variierende Handlungsalternativen, trifft das Individuum die Entscheidung entweder überlegt oder aus Gewohnheit. Überlegte Entscheidungen erfolgen durch das Abwägen moralischer Verhaltensregeln in unbekanntem Settings; Gewohnheitsentscheidungen erfolgen in bekannten Settings, ohne dass Handlungsalternativen berücksichtigt werden.⁷⁴ Ist das Individuum Reizen ausgesetzt, die mit der eigenen Moralvorstellung in Konflikt stehen, fehlen ihm aber interne und externe Kontrollmechanismen, kann die Entscheidung für eine kriminelle Handlungsalternative ausfallen. Interne Kontrollmechanismen beschreibt *Wikström* als innere Stärke, sich gegen Verhaltenserwartungen und negative Reize des Settings zu behaupten. Externe Kontrolle umfasst hingegen die Durchsetzung der Normen durch formelle und informelle Stellen, worunter insbesondere auch die Familie und „peers“ zu verstehen sind.⁷⁵

Dies lässt sich auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen. Die von Kriminalität geprägten Umstände, in denen D aufwuchs, vermittelten diesem kriminelle Handlungsalternativen. Wurde er bislang nicht selbst straffällig, definierte er richtiges und falsches Verhalten anhand seiner inneren normgetreuen Moralvorstellung. Indem D mit der Schule brach, vermehrt schwänzte und sich ihm die Mitgliedschaft in der kriminellen Jugendgruppe bot, hielt seine innere Moralvorstellung den äußeren Einflüssen nicht mehr Stand. Die Veränderung des Settings im Park könnte D zu einer rationalen Entscheidung verleitet haben. Jedoch fehlte D die innere Stärke, seine eigene Moral gegen die äußeren Reize zu verteidigen. Dies insbesondere deshalb, da die Schule und seine Familie den moralischen Rahmen nicht steckten. Mit wachsender Vertrautheit zur Jugendgruppe wich die rationale Abwägung der Gewohnheit und festigte das normabweichende Verhalten bei D.

⁷¹ *Wikström*, MschrKrim 98 (2015), 177 (177 f.); *ders./Schepers*, Kriminalsoziologie, 2. Aufl. 2014, S. 81.

⁷² *Vetter/Bachmann/Beubacher*, NK 2013, 79 (81).

⁷³ *Wikström/Oberwittler/Treiber*, Breaking Rules, 2012, S. 12.

⁷⁴ *Vetter/Bachmann/Beubacher*, NK 2013, 79 (81).

⁷⁵ Hierzu und zu Vorstehendem *Wikström*, MschrKrim 98 (2015), 177 (180, 184).

Wikström formulierte damit eine Generaltheorie, die persönlichkeitsbezogene Theorien mit solchen der Bedeutung des sozialen Umfeldes vereinigte und keine Unterscheidung von Deliktstypen erfordert, da allein der Normbruch im Fokus steht. Offen bleibt jedoch, welche Faktoren genau zur Entwicklung bestimmter Neigungen führen und welche Rolle die innere Stärke einnimmt, die nicht nur je nach Persönlichkeit unterschiedlich ausfällt, sondern in ihrer Ausprägung proportional an der Intensität der Reize zu messen sein wird.

Aufgabe 3: Gewaltdarstellungen in Massen- und sozialen Medien⁷⁶

Stimuli für individuelles Verhalten können auch in der Darstellung von Kriminalität in Massenmedien und den sozialen Medien liegen.⁷⁷ Kommt es beim Konsum von Filmen, Fernsehen, Computerspielen und den sozialen Netzwerken zu keiner direkten Interaktion der Inhalte mit ihren Konsument_innen, kann dennoch eine zumindest indirekte Verhaltensbeeinflussung angenommen werden.⁷⁸ Dies nicht zuletzt deshalb, da die Medien einen wachsenden Stellenwert im Alltag einnehmen. Von einer Medienwirkung ist zu sprechen, wenn Medieninhalte das Verhalten, die Kenntnisse und die Einstellungen der Rezipient_innen verändern.⁷⁹ Kriminalität stellt dabei einen zentralen Unterhaltungsgegenstand der Allgemeinheit dar. Eindeutige Wirkungszusammenhänge lassen sich indessen nur schwer begründen, da die Einwirkungen von der Qualität der Darstellung, den Merkmalen der Rezipient_innen und sonstigen sozialen Einflüssen abhängig sind. Neue mediale Informationen können mit bisherigen Einstellungen vereint und aufeinander abgestimmt werden. Gleichzeitig verstehen „digital natives“ die sozialen Medien als Quelle wesentlicher Wissens- und Wertevermittlung, wobei sie selbst entscheiden, welche Werte sie übernehmen und welche nicht.⁸⁰

Die Wirkungen von Gewaltdarstellungen auf das Verhalten werden unterschiedlich bewertet. Im Folgenden werden einige theoretische Ansätze erläutert.⁸¹ Nach der Katharsisthese⁸² kann eine Gewaltdarstellung das Gewaltpotential durch Identifikation mit den Täter_innen verringern. Wirken gewaltdarstellende Medien auf einen stabilen Wertestamm von Jugendlichen ein, kann deren Friedfertigkeit und damit die ablehnende Interpretation der Gewaltdarstellung sogar gesteigert werden.⁸³ Wirken sie aber stimulierend, können sie aggressives Verhalten bei ihren Rezipienten verstärken.⁸⁴ Dies insbesondere dann, wenn die Darstellung – wie bei Jugendlichen häufig – eine bestimmte Autorität genießt. Durch bloße Beobachtung oder eine aktive Teilnahmekomponente kann gelernt werden, dass eine Gewalteinwirkung einen Erfolg bewirkt oder als ein solcher belohnt wird. Dafür müssen die Darstellungen aber nicht nur glaubhaft, sondern auch in der Lage sein, einen gewissen Stellenwert im Leben der Konsumierenden einzunehmen. Nach der Habitualisierungsthese können

⁷⁶ Eine eigene Positionierung muss nicht erfolgen.

⁷⁷ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 167; Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 51 Rn. 31.

⁷⁸ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 167.

⁷⁹ Eisenberg/Kölbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 51 Rn. 32.

⁸⁰ Bieri, Jugend, Medien und Delinquenz, 2020, S. 24, 27.

⁸¹ Es kann auch auf die Suggestionsthese, Kultivierungsthese, Erregungstransferthese, den Priming-Ansatz oder auf die Lerntheorien eingegangen werden.

⁸² Feshbach, *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 63 (1961), 381 (381); Feshbach/Tagney, *Perspectives on Psychological Science* 3 (2008), 387 (387), sehen dabei einen Zusammenhang mit der Darstellung interner Konflikte und Gefühle.

⁸³ Feshbach/Tagney, *Perspectives on Psychological Science* 3 (2008), 387 (387), vermuten eine gewaltsteigernde Wirkung, wenn dramatische Gewaltdarstellungen im Fokus stehen; Petermann, *bpB*, 1997 (14.1.2024).

⁸⁴ Anderson u.a., *Science in the Public Interest* 4 (2003), 81 (94); Berkowitz, *Personality and Social Psychology* 14 (1970), 710; ders./Macaulay, *Sociometry* 34 (1971), 238 (239).

Medien insbesondere für Kinder und Jugendliche bei häufigem Konsum einen Gewohnheitseffekt hervorrufen. Dies kann zur Normalisierung von Gewalteinwirkungen führen und das Empathieverständnis schwächen.⁸⁵ Schließlich besagt die Inhibitionsthese, dass die meist zur Übertreibung neigenden, gewalthaltigen Medieninhalte zwar das Bedürfnis eigener Gewaltausübung befeuern können, die durch Erziehung vermittelten Ängste vor Bestrafung aber die Bereitschaft gewalttätigen Verhaltens hemmen und in einer Aggressionsangst münden können.⁸⁶

Insbesondere die Dauer der Nutzung sozialer Medien wie auch die Anpassung des Algorithmus auf das individuelle Verhalten im Netz können dazu führen, dass die eigene Wahrnehmung mit Gewaltdarstellungen geflutet werden. Besonders auffällig ist, dass eine Auswirkung zumindest überwiegend dann erkennbar wird, wenn sie mit sozialen Defiziten oder anderen Faktoren zusammenfällt.⁸⁷ Gesellschaftlich wenig integrierten oder introvertierten Konsument_innen kann bei der Interpretation der Darstellungen der gesellschaftliche Rekurs fehlen. Obwohl bereits einige empirische Studien zur Wirkung von Gewaltdarstellungen durchgeführt wurden, gibt es bislang keine pauschale Aussage über deren Einfluss auf die Jugenddelinquenz.

Aufgabe 4: Präventionskonzept⁸⁸

Im Rahmen der Prävention ist zwischen erstmaliger und wiederholter Straffälligkeit zu unterscheiden. Die Verurteilung im strafrechtlichen Verfahren dient der General- und Spezialprävention. Gleichwohl gibt es Ansätze, die sowohl die erstmalige als auch die Wiederholungsstraffälligkeit anhand einer Kombination institutioneller und gesellschaftlicher Aspekte definieren und sie als gesamtgesellschaftliche Mission bezeichnen.⁸⁹ Zu unterscheiden ist hier zwischen der täter_innenorientierten und situationsorientierten Prävention, die jeweils auf einer primären, sekundären und tertiären Ebene betrachtet werden können. Primäre Prävention adressiert die Allgemeinheit und soll Kriminalität von Grund auf verhindern. Sekundäre Maßnahmen richten sich an Risikogruppen kriminellen Verhaltens. Tertiäre Prävention schließlich richtet sich an bereits straffällig gewordene Personen, deren Rückfälligkeit vermieden werden soll. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Großstädte eine hohe Kriminalitätsrate an den Orten aufweisen, an denen die soziale Kontrolle beschränkt ist (Chicago-Schule).⁹⁰

I. Täter_innenorientierte Prävention

Die täter_innenorientierte Prävention kann durch eine strafrechtliche Verfolgung und sonstige Maßnahmen geschehen. Die Parkkriminalität lässt sich strafrechtlich durch (versuchte) Körperverletzung, räuberische Erpressung, Diebstähle und Raubdelikte verfolgen. Zudem kann ihre Prävention auch auf andere Weise geschehen.

⁸⁵ Kunczik, Medien und Gewalt, 2017, S. 22; Lukesch/Scheungab, Gruppendynamik 25 (1995), 63 (81).

⁸⁶ Kunczik/Zipfel, BMFSFJ, 2004, S. 13, 72; Selg, Thema Jugend 2012, 16 (18).

⁸⁷ Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 51 Rn. 35.

⁸⁸ Hier besteht ein Ausführungsspielraum. Wichtig ist, dass die Präventionserwägungen strukturiert sind und kritisch begutachtet werden.

⁸⁹ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 882.

⁹⁰ Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 888; vgl. auch PKS 2023 Bund – T01.

1. Primäre Prävention

Die primäre Prävention, die sich an die Allgemeinheit richtet, ist vorrangig den Schulen und dem familiären Umfeld aufzuerlegen. Zeigte sich nach den Lerntheorien, dass ein Verständnis hierarchischer Strukturen zwischen *groß und klein* sowie *schwach und stark* bereits auf dem Schulhof erlernt wird, ist darauf hinzuwirken, schon in der Schule für korrigierte Wertvorstellungen zu sorgen, die im familiären Rahmen zu festigen sind. Dabei kann durch Vertrauenspersonen oder Streitschlichter_innen eine Anlaufstelle geboten werden, Auffälligkeiten zu melden und untereinander zu schlichten. Führen die Vorkommnisse an Schulen selten zu Konsequenzen, trägt sich dies in der Entwicklung weiter fort. Daneben sind organisierte und öffentliche Freizeitangebote zu ermöglichen, die einen gegenseitigen respektvollen Umgang vermitteln sollen, klare Regeln festlegen und ein Miteinander anstreben. Zudem könnten regelmäßige Workshops zur Konfliktbewältigung eine gewaltfreie Streitkultur fördern. Auch besteht eine erzieherische Notwendigkeit, Gewaltdarstellungen in sozialen Medien, Filmen und Fernsehen in einen gesellschaftlichen Kontext zu setzen. Dabei sind Grundwerte, wie Empathie und ein moralisches Grundverständnis im entscheidenden Stadium der Kindheit und des Jugendalters zu vermitteln, sodass die Bewertung dieser Darstellungen nicht allein der individuellen Interpretation überlassen wird. Dafür sind insbesondere auch die Eltern zu sensibilisieren. Die dafür notwendigen Rahmenbedingungen erfordern jedoch nicht nur organisatorische Maßnahmen, sondern auch eine gezielte Ausbildung zuständiger Fachkräfte, die über ein breites Spektrum an Präventionsstrategien verfügen.

2. Sekundäre Prävention

Insbesondere vor dem Hintergrund der Täter-Opfer Transition sollte Personen, die bereits Opfer von Kriminalität geworden sind, besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Bleiben diese Erfahrungen unaufgeklärt, werden sie nicht sanktioniert oder werden Opfer dazu angehalten die Verarbeitung selbst zu bewältigen, können die negativen Einflüsse dazu führen, dass kriminelles Verhalten leichter erlernt und das Verhalten reproduziert wird. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Generalverdacht gegenüber jedem Opfer, diese könnten in Zukunft kriminelles Verhalten aufweisen, im Sinne einer Selffulfilling-Prophecy zur Kriminalitätsentwicklung führen kann.⁹¹ Daher sollte der Fokus darauf liegen, instabilen Wertverständnissen durch eine sichere schulische Umgebung Stabilität zu verleihen. Dafür sollte aus schulischer Initiative regelmäßig auf Schulhofkriminalität aufmerksam gemacht und Möglichkeiten vermittelt werden, mit dieser umzugehen. Auch eine Gruppe, die sich während der Schulzeit regelmäßig in Parks aufhält, kann eine Risikogruppe darstellen. Um Tatgelegenheiten zu minimieren, sollten daher nicht nur alternative Freizeitangebote in Parks geschaffen, sondern auch gesamtgesellschaftliche Interaktionsmöglichkeiten, etwa in Sport- und Aktivitätszentren, gefördert werden. Wie diese für entsprechende Risikopersonen attraktiv zu gestalten sind und damit von diesen angenommen werden, ist durch Erfahrungswerte zu ermitteln.

3. Tertiäre Prävention

Auch bereits straffällig gewordenen Personen ist durch ein vermehrtes Angebot an Aktivitäten eine Perspektive zu verschaffen. Gruppen, die sich tagsüber und nachts in Parks zusammenfinden und Straftaten begehen, sind durch gezielte Interventionen in ihrem Zusammenhalt zu schwächen. Der

⁹¹ [Rauber, KrimLex](#) (15.1.2025).

Einsatz von Streetworkern kann dabei einen tiefen Einblick in die Gruppenstrukturen ermöglichen.⁹² Dabei sollte besonders die Individualität der Gruppen sowie auch der Umstand berücksichtigt werden, dass gewisse Straffälligkeiten im Rahmen der Persönlichkeitsreife von vorübergehender Natur sein können. Zudem könnte ein Täter-Opfer-Ausgleich angestrebt werden, der ein Gespräch auf Augenhöhe ermöglichen kann. Dabei ist das durch die Gruppe vermittelte Verständnis von Überlegenheit aufzuweichen.

II. Situationsbezogene Prävention

Die situationsbezogene Prävention bezieht sich auf die Gegebenheiten in Parks deutscher Großstädte. Dafür können insbesondere primäre und sekundäre Erwägungen gemacht werden. Die Dunkelheit und eine fehlende soziale Kontrolle in Parks macht diese zu besonders kriminalitätsgeeigneten Orten. Diese Geeignetheit könnten durch eine gesteigerte soziale Kontrolle, etwa durch Parkpersonal, eine bessere Beleuchtung oder das nächtliche Verriegeln der Parks verringert werden. In diesem Zusammenhang könnte eine Null-Toleranz-Strategie verfolgt werden, die jegliche Ansammlung von Jugendgruppen in Parks untersagt. Allerdings besteht dabei die Gefahr, dass sich Kriminalität lediglich an andere abgelegene Orte innerhalb der Stadt verlagert und somit nicht nachhaltig bekämpft wird. Zudem wäre eine umfassende Kontrolle von Parkanlagen in Großstädten mit einem erheblichen Kostenaufwand verbunden. Darüber hinaus ist anzuführen, dass Diebstähle gleichwohl bei Tageslicht geschehen. Jedoch kann nach einem Ansatz kollektiver Wachsamkeit eine Bekämpfung von Kriminalität dadurch angestrebt werden, dass eine gesellschaftliche gegenseitige Kontrolle insbesondere dann vorgenommen wird, wenn eine hohe Kriminalitätsbelastung zu verzeichnen ist.⁹³ Zweifel diesbezüglich bestünden lediglich hinsichtlich eines Segregationsprozesses, nach dem sich kriminelles Verhalten an bestimmten Orten sammelt.⁹⁴ Gerade Parks werden indessen durch ein bezirks- und ortsverschiedenes Klientel genutzt.

Aufgabe 5: Probleme kriminologischer Forschung zur Erfassung von Jugendkriminalität unter Mitschüler_innen⁹⁵

Die kriminologische Forschung kann deskriptiv, exploratorisch, explanativ und evaluativ sein.⁹⁶ Dafür sind qualitative und quantitative Forschungsmethoden heranzuziehen. Die Erfassung von Kriminalität an deutschen Schulen verdeutlicht zunehmend, dass Gewalt zwischen Mitschüler_innen steigt.⁹⁷ Die Erhebung und Auswertung von Kriminalitätsdaten unter Mitschüler_innen steht indessen vor einer Vielzahl von Problemen. Für die quantitative Erhebung von Kriminalität zwischen Mitschüler_innen kann nur bedingt auf öffentliche Stellen zurückgegriffen werden. Schulkriminalität beginnt bereits weit vor der Strafmündigkeit mit 14 Jahren. So ist bereits auf dem Grundschulhof mit körperlichen Ausschreitungen und Hänseleien zu rechnen. Diese finden in öffentlichen Statistiken indessen keinerlei Anklang. Damit sind individuelle Forschungsreihen notwendig, um quantitative

⁹² *Zdun, Deutscher Präventionstag*, S. 12 (15.1.2025).

⁹³ *Bock, Kriminologie*, 5. Aufl. 2019, Rn. 889; *Sampson, City and Community*, 2002, S. 45, 47.

⁹⁴ *Bock, Kriminologie*, 5. Aufl. 2019, Rn. 889.

⁹⁵ Die Probleme bei der Erfassung von Kriminalität unter Mitschüler_innen sind vielseitig. Die Geschehnisse an der Schule dienen der Orientierung.

⁹⁶ *Schneider*, in: *Schneider, Internationales Handbuch der Kriminologie*, Bd. 1, 2007, S. 209 (211).

⁹⁷ *Kampe, Erforschung Jugendkriminalität – Ergebnisse des ersten Zwischenberichts der Dunkelfeldstudie „Gewalt und Delinquenz junger Menschen in Bremen 2008 – 2010“*, 2009, S. 5; *Robert Bosch Stiftung* (22.1.2025).

Häufigkeitsaussagen des Vorkommens erfassen zu können. Hierfür muss die elterliche Einwilligung eingeholt werden. Zudem ist die Zurückhaltung der Schüler_innen zu überwinden, die darauf zurückzuführen ist, dass Täter_innen und Opfer auch in Zukunft täglich auf engem Raum zusammenreffen werden. Mit einem zurückhaltenden Antwortverhalten ist auch dann zu rechnen, wenn die Betroffenen die Preisgabe der erlittenen Gefahr für sozial unerwünscht oder für nicht nennenswert erachten. Auch gesellschaftlich kommt es bedingt zu einer Herabstufung von Schulhofstreitigkeiten und körperlichen Übergriffen unter Schüler_innen (Bagatellisierung). Folglich ist es schwierig, eine repräsentative Häufigkeit von Schulkriminalität zu erheben. Die unmittelbare tägliche Nähe führt nicht selten zu einem erheblichen Dunkelfeld, selbst bei strafmündigen Mitschüler_innen, sodass diese nur selten in Hellfeldstatistiken erfasst werden. Das Dunkelfeld bezeichnet die Differenz zwischen den amtlich wahrgenommenen Taten und dem vermuteten Gesamtvolumen.⁹⁸ Dabei vertrauen sich Schüler_innen gerade bewusst keinen Lehrkräften an, um die Angriffe nicht noch weiter anzufachen. Ohne die Unterstützung einer Lehrkraft oder der Eltern wird eine Straftat wohl in den seltensten Fällen tatsächlich zur Anzeige gebracht. Vermehrt sollen die Geschehnisse vor Erwachsenen aus Scham verborgen bleiben. Da Lehrkräfte überwiegend die Verantwortung für zu viele Schüler_innen tragen, wird es für diese erschwert, von den Geschehnissen Kenntnis zu erlangen. Entscheidend ist, dass Schulkriminalität, darunter insbesondere psychische Gewalt, lange nach außen unentdeckt bleiben. Zudem besteht selten eine tatsächliche Möglichkeit, auf eine Vertrauensperson zurückzugreifen. Obgleich indessen ein großes Dunkelfeld ersichtlich ist, kann und muss dieses durch Forschung an Schulen mit Hilfe von Lehrkräften und Schüler_innen aufgehellt werden (relatives Dunkelfeld).

⁹⁸ Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, § 16 Rn. 1; zum umstrittenen Begriff vgl. [Mosmann, KrimLex](#) (22.1.2025).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23¹

Insbesondere zum Verwendungsbegriff, dem Maßstab für die Werterhöhung und dem Verhältnis von Beseitigungs- und Verwendungsersatzanspruch

1. Ein Beschluss, mit dem ein im Zwangsversteigerungsverfahren erteilter Zuschlag aufgehoben wird, ist der materiellen Rechtskraft fähig. Als rechtsgestaltender Hoheitsakt entfaltet der Aufhebungsbeschluss ebenso wie der Zuschlagsbeschluss Wirkung gegenüber jedermann.
2. Verwendungen sind alle Vermögensaufwendungen, die der Sache zugutekommen sollen, auch wenn sie die Sache grundlegend verändern; die Errichtung eines Gebäudes auf einem fremden Grundstück kann deshalb auch dann eine (nützliche) Verwendung im Sinne von § 996 BGB sein, wenn damit eine Änderung der Zweckbestimmung des Grundstücks verbunden ist (teilweise Aufgabe von Senat, Urteil vom 26. Februar 1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157, 160 f.).
3. Für die Nützlichkeit einer Verwendung im Sinne von § 996 BGB ist allein die objektive Verkehrswerterhöhung der Sache maßgeblich, nicht jedoch der subjektive Wert für den Eigentümer. Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers ist allerdings auf die tatsächlich aufgewendeten Kosten begrenzt.
4. Ein Anspruch des Eigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB auf Beseitigung des Resultats der Verwendungen (hier: Wohnhaus) gegen den gutgläubigen und unverklagten Besitzer ist ausgeschlossen.

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 994 ff., 1004

Wiss. Mitarbeiter Lasse Scherer, Ass. iur. Daniel Neubauer, Bayreuth*

I. Einleitung

Der BGH hat in einem kürzlich erlassenen Urteil eine 70 Jahre alte Rechtsprechung² zu einer Rechtsmaterie, „in der fast alles umstritten ist“³, geändert. Die Neuausrichtung der Verwendungsersatzansprüche führt zu Erleichterungen für Studierende und Praktiker. Der Schwerpunkt der Entscheidung betrifft klassisches Sachenrecht. Dabei setzt sich der BGH mit den stark umstrittenen Fragen auseinander, wie der Verwendungsbegriff der §§ 994 ff. BGB zu verstehen ist und ob der Begriff der Nützlichkeit gem. § 996 BGB objektiv oder subjektiv auszulegen ist. Der BGH klärt weiter das Verhält-

* Daniel Neubauer, Diplom-Verwaltungswirt (FH), ist Rechtsassessor und Lasse Scherer ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Robert Magnus (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht) an der Universität Bayreuth.

¹ Die **Entscheidung** ist veröffentlicht unter anderem in BeckRS 2025, 4303.

² Wenn man als Anfangspunkt BGH NJW 1953, 1466 sieht.

³ So die Vorsitzende des V. Zivilsenats des BGH, Dr. Bettina Brückner (*Kolter/Harenberg, LTO v. 17.1.2025* [13.4.2025]) ähnlich *Hähnchen*, JuS 2014, 877.

nis der EBV-Vorschriften zu § 1004 BGB und beschäftigt sich mit der Reichweite der Rechtskraft der Aufhebung von Zuschlagsbeschlüssen gem. § 90 Abs. 1 Hs. 2 ZVG. Alles in allem handelt es sich um eine Entscheidung, die zentrale Vorschriften des BGB neu auslegt und mit ihren Schwerpunkten idealen Prüfungsstoff für Examenskandidaten darstellt.

II. Sachverhalt

Der Kläger war seit 1993 als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Ab dem Jahr 2008 wurde die Zwangsversteigerung in das Grundstück betrieben. Im Jahr 2010 erhielt die Beklagte zu 1 den Zuschlag für das Grundstück und wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Zusammen mit dem Beklagten zu 2, ihrem Ehemann, ließ sie ein auf dem Grundstück befindliches Wochenendhaus abreißen und ein neues Wohnhaus errichten, das die Beklagten seit 2012 bewohnen. Zur Sicherung der für den Hausbau aufgenommenen Kredite wurde das Grundstück mit einer Grundschuld über 280.000 € nebst Zinsen belastet. Der Zuschlagsbeschluss wurde 2014 auf Betreiben des Klägers, der erst nach dem Zuschlag Kenntnis von der Zwangsversteigerung erlangt hatte, rechtskräftig aufgehoben.⁴

III. Entscheidung und Bewertung

Dargestellt werden im Folgenden die wesentlichen Inhalte des Urteils. Dabei wird jeweils die Entscheidung des *Senats* dargestellt und anschließend bewertet.

1. Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses

Zunächst beginnt der *Senat* seine Entscheidung mit Ausführungen hinsichtlich des Grundbuchberichtigungsanspruchs gem. § 894 BGB und bejaht diesen im Ergebnis.⁵ Das Grundbuch sei unrichtig, da es den Beklagten und nicht den Kläger als Eigentümer ausweise. Die Eigentümerstellung des Klägers zum Zeitpunkt des Zuschlagserteilung im Jahr 2010 sei gem. § 891 Abs. 1 BGB zu vermuten. Daher komme es darauf an, ob der Kläger im Zwangsversteigerungsverfahren sein Eigentum verloren habe. Dies sei nicht der Fall gewesen. Zwar führe der Zuschlag gem. § 90 Abs. 1 ZVG zu einem originären Eigentumserwerb des Erstehers, jedoch verliere der Ersteher dieses wieder, sofern der Zuschlagsbeschluss rechtskräftig im Beschwerdeweg aufgehoben werde. Dies sei hier der Fall gewesen.⁶

Befasst hat sich der BGH an dieser Stelle insbesondere mit zwei Aspekten. Erstens, dass der Aufhebungsbeschluss als *actus contrarius* zum Zuschlagsbeschluss ebenso der materiellen Rechtskraft fähig sei.⁷ Und zweitens, dass der Aufhebungsbeschluss als rechtsgestaltender Hoheitsakt ebenso Wirkung gegenüber jedermann entfalte.⁸

Die Beklagten haben versucht, Einwendungen aus dem Beschwerdeverfahren (Verletzung rechtlichen Gehörs) im hier streitgegenständlichen kontradiktorischen Verfahren geltend zu machen.⁹ Dem ist der BGH überzeugend mit dem Rechtsinstitut der materiellen Rechtskraft entgegengetre-

⁴ Wortlaut der Sachverhaltsschilderung nach der [Pressemitteilung BGH Nr. 052/2025](#).

⁵ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 5.

⁶ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 6.

⁷ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 8.

⁸ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 7.

⁹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 7.

ten.¹⁰ Für den Zuschlagsbeschluss entspricht dies bereits ständiger Rechtsprechung.¹¹ Weshalb für den Aufhebungsbeschluss etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. Daher misst der BGH zu Recht dem Aufhebungsbeschluss dieselben Rechtswirkungen (erga omnes Wirkung) wie dem Zuschlagsbeschluss zu.¹² Insbesondere die subjektiven Grenzen der zivilprozessualen Rechtskraft gem. § 325 ZPO lassen sich nicht auf das Verfahren nach ZVG übertragen. Der Grund liegt, wie auch der BGH maßgeblich argumentiert,¹³ in der unterschiedlichen Ausgestaltung und Wirkung der Verfahren.¹⁴ Zwangsversteigerungsverfahren berühren unmittelbar weitere Personen, man denke etwa an Grundpfandgläubiger.¹⁵ In zivilprozessualen Verfahren hingegen gilt das Zwei-Parteien-Prinzip.¹⁶

2. Zweckändernde Verwendungen

Im Rahmen der Frage eines Zurückbehaltungsrechts widmet sich der BGH dem zentralen Problem des Urteils, nämlich der Auslegung des Verwendungsbegriffs gem. §§ 994 ff. BGB.¹⁷

a) Bisherige Rechtsprechung

Verwendungen sind solche freiwilligen Vermögensopfer, die der Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache dienen.¹⁸ Notwendige Verwendungen i.S.d. § 994 BGB sind solche, die zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung erforderlich sind.¹⁹ Nützliche Verwendungen i.S.d. § 996 BGB sind Verwendungen, die nicht notwendig aber wertsteigernd sind.²⁰

Umstritten war aber, ob auch zweckändernde Verwendungen erfasst werden. Das Problem lässt sich, entgegen der bisherigen Rechtsprechung,²¹ ausgehend vom Wortlaut bzw. dem natürlichen Sprachgebrauch nur schwer verstehen.²² Im Kern geht es um Folgendes: Wenn ein Vermögensopfer den Zweck einer Sache ändert, kann es dann noch als Verwendung erfasst werden? Wichtigster Anwendungsfall ist die Bebauung eines unbebauten Grundstücks. Wird auf einem unbebauten Grundstück ein Haus gebaut, so sollte dadurch keine Verbesserung der Sache als solche, sondern eine Veränderung des Zustands der Sache selbst eintreten.²³ Verwendungen waren also nach dem sog. engen Verwendungsbegriff nur solche Vermögensopfer, die der Sache zugutekommen, ohne sie grundlegend zu verändern; die Maßnahmen mussten darauf abzielen, den Bestand der Sache als sol-

¹⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 7.

¹¹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 7; vgl. BGH NJW-RR 2010, 232; BGH NJW-RR 1986, 1115; BGH WM 1960, 25 (26).

¹² BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 7.

¹³ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 8.

¹⁴ Zecca-Jobst, in: BeckOK ZVG, Stand: 1.1.2024, § 1 Rn. 18 ff.

¹⁵ Böttcher, in: Böttcher, ZVG, Kommentar, 7. Aufl. 2022, § 9 Rn. 1.

¹⁶ Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, Kommentar, 21. Aufl. 2024, § 50 Rn. 4.

¹⁷ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 11 ff.

¹⁸ Etwa BGH NJW 1996, 921 (922); BGH NJW 1983, 1479 (1480); BGH NJW 1953, 1466. Eine weitere Definition findet sich bei Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, Vorb. zu §§ 994–1003 Rn. 31.

¹⁹ Etwa BGH NJW 1996, 921 (922); leicht verändert Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 986 Rn. 45.

²⁰ Anschließend an etwa Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11 und Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 996 Rn. 2 wird „wertsteigernd“ nicht bereits als Begriffsmerkmal der Verwendungen im Allgemeinen verstanden, um dem Verhältnis von Überschrift und Normtext des § 996 BGB gerecht zu werden. Anders liest sich Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 996 Rn. 3, 5.

²¹ Etwa BGH NJW 1953, 1466 (1467); BGH NJW 1964, 1125 (1127).

²² Kritisch auch Kindl, JA 1996, 201 (202); leisere Kritik auch bei Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 994 Rn. 16.

²³ BGH NJW 1964, 1125 (1127).

che zu erhalten, wiederherzustellen oder zu verbessern.²⁴ Die Alternative wäre ein Anspruch aus Bereicherungsrecht gem. §§ 951 Abs. 1, 812 ff. BGB gewesen. Doch auch dieser war nach Ansicht des BGH (ab 1964) gesperert, der sagte:

„Die Beziehungen zwischen Eigentümer und nichtberechtigtem Besitzer haben [...] durch die §§ 987 ff. BGB eine erschöpfende Sonderregelung erfahren.“²⁵

Gerade diese Verbindung des engen Verwendungsbegriffs im Sachenrecht mit der Sperrwirkung für das Bereicherungsrecht hat die bisherige Rechtsprechung so problematisch gemacht. Dem Besitzer blieb in diesem Fall nur ein (zumeist wertloses) Wegnahmerecht nach § 997 BGB.²⁶ Der (Dispositions-) Schutz des Eigentümers wurde auf Kosten des Besitzers gewährleistet. Das führte zu einem Interessenungleichgewicht in einer Regelungsmaterie, die den angemessenen Interessenausgleich zwischen Besteller und Eigentümer gewährleisten soll.²⁷

b) Entscheidung

Der V. Senat des BGH hat sich nun von dem engen Verwendungsbegriff abgewandt.²⁸ Dem haben sich die anderen Senate angeschlossen.²⁹ Verwendungen versteht der BGH nun als Vermögensaufwendungen, die der Sache zugutekommen, unabhängig davon, ob sie die Sache grundlegend verändern.³⁰ Diese Entscheidung hat sich bereits abgezeichnet:³¹ Denn der BGH hat bereits in Urteilen aus den Jahren 2013 und 2014 davon abgesehen, sich zum Verwendungsbegriff zu positionieren.³² Trotz der hohen Hürden für die Änderung einer gefestigten Rechtsprechung, den deutlich überwiegenden oder sogar schlechthin zwingenden Gründen, kommt der Senat hier zum Ergebnis, dass eine Änderung des Verwendungsbegriffs notwendig sei.³³ Die Argumentation des Senats kann dabei als methodisch-argumentatives Paradebeispiel gesehen werden: Zu Beginn stellt er fest, dass der Wortlaut keine Einschränkungen enthalte und dass auch eine Beschränkung durch den üblichen Sprachgebrauch nicht bestehe.³⁴ Dann argumentiert er, dass es systematisch keine Anhaltspunkte für oder gegen einen engen Verwendungsbegriff gebe.³⁵ Historisch verwendet der Gesetzgeber allerdings als Beispiele für Verwendungen das Bauen auf fremdem Grund.³⁶ Anschließend widmet sich der Senat

²⁴ Wohl zum letzten Mal BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 16 m.w.N. zu den Details der bisherigen Rspr.

²⁵ BGH NJW 1964, 1125 (1127); zur früheren Rspr. BGH NJW 1953, 1466 (1267).

²⁶ Besonders deutlich wird dies in BGH NJW 1970, 754 (755), wie Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, Vorb. zu §§ 994–1003 Rn. 42, zutreffend bemerkt.

²⁷ So auch das aktuelle BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 28, 31; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 994 Rn. 5; siehe auch Lorenz, JuS 2013, 495.

²⁸ Explizit BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 21.

²⁹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 21.

³⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 21.

³¹ So auch Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, Vorb. zu §§ 994–1003, Rn. 41.

³² BGH NJW-RR 2013, 1318 (1320 Rn. 21) formuliert noch „kann offenbleiben, ob die Kritik [...] an der ständigen Rechtsprechung [...] berechtigt ist“; BGH, NJW 2015, 229 (230 Rn. 16), formuliert schon „kommt es [nicht auf den] bislang vertretenen engen Verwendungsbegriff [an]“.

³³ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 22 f.

³⁴ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 24, mit Verweis auf Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 32 Rn. 4; Kindl, JA 1996, 201 (202).

³⁵ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 25.

³⁶ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 26 mit Verweis auf die gesetzgeberischen Motive, allerdings teilweise zum Verwendungsbegriff im Schuldrecht.

als Kernstück des Urteils der teleologischen Betrachtung der §§ 994 ff. BGB: Dabei arbeitet er zunächst heraus, dass §§ 994 ff. BGB einen gerechten Ausgleich der Interessen zwischen Eigentümer und Besitzer herstellen sollen.³⁷ Danach schlüsselt der BGH die verschiedenen Interessenpositionen im Falle eines engen Verwendungsbegriffes in einer Situation des Hausbaus auf.³⁸ Dabei zeigt er, dass der Eigentümer nicht in seinem Vermögen, sondern nur in seiner Freiheit, über das Grundstück zu disponieren, beeinträchtigt werde. Diese Beeinträchtigung sei aber gesetzlich gewollt (wie ein Gesamtvergleich der §§ 1000, 1001 S. 2 BGB und § 1003 BGB zeige),³⁹ um den Ausgleich zu den Interessen des Besitzers zu ermöglichen. Bei dem engen Verwendungsbegriff hingegen werden die Interessen des Besitzers zu stark beeinträchtigt.⁴⁰ Denn in diesem Fall bleibt dem Besitzer lediglich das (meist wirtschaftlich wertlose) Wegnahmerecht nach § 997 BGB.⁴¹ Der BGH erkennt hier also nun den Problemerkern seiner alten Rechtsprechung an.

c) Bewertung

Die Aufgabe des engen Verwendungsbegriffs ist insbesondere für die Studierenden begrüßenswert. Die Dogmatik hinter den §§ 994 ff. BGB wird näher an den Wortlaut gerückt und eine Fülle an Detailrechtsprechung entfällt.

Erfreulich ist zunächst, dass mit der Abkehr vom engen Verwendungsbegriff des § 996 BGB auch das schwache Argument des natürlichen Sprachgebrauchs aufgegeben wurde. Schon 1953 argumentierte der BGH, dass die Errichtung eines Bauwerkes keine Verwendung auf das Grundstück darstelle, weil auch im natürlichen Sprachgebrauch nicht von einer Verwendung auf ein Grundstück gesprochen werde.⁴² Dies führte seitdem zu Unstimmigkeiten,⁴³ weil auch in den Normalfällen einer nützlichen Verwendung, wie einer Neulackierung, nicht von einer „Verwendungslackierung“ gesprochen wurde. Vielmehr stellt der *Senat* nun in seiner Entscheidung klar, dass schon der Begriff selbst nicht dem natürlichen Sprachgebrauch entstamme und nur in der juristischen Fachsprache verwendet werde.⁴⁴

Auch werden nun zahlreiche Einzelfälle gleichbehandelt, ohne dass Differenzierungen oder gar Fallgruppen notwendig sind, was nicht nur für Lernende, sondern auch für Praktizierende hilfreich sein dürfte, weil jedes zusätzliche Einordnungserfordernis jeweils eigenes Fehlerpotenzial birgt. So entfällt nun etwa die Unterscheidung zwischen Wiederaufbau eines kriegszerstörten Hauses und Ersterrichtung,⁴⁵ die Berücksichtigung der Ausnahme des Deiches, der Stützmauer oder eines Stalles jeweils natürlich abhängig von den Gegebenheiten des Grundstücks⁴⁶ oder die auch im Urteil erwähnte inkonsequente Unterscheidung zwischen Sanierung eines bestehenden Hauses und Neubau⁴⁷ (dazu noch sogleich).

³⁷ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 28, 31.

³⁸ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 29 f.

³⁹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 29.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 30 f.

⁴¹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 30 f.

⁴² BGH NJW 1953, 1466 (1467).

⁴³ Kritisch etwa auch *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 994 Rn. 16; *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, Vorb. zu §§ 994–1003 Rn. 44.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 24.

⁴⁵ BGH WM 1967, 1147 (1148); *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, Vorb. zu §§ 994–1003 Rn. 40.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 16 mit weiteren Beispielen und jeweiligen Nachweisen.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 32.

3. Maßstab der Werterhöhung

Der *Senat* widmet sich sodann der Frage, wie die Nützlichkeit einer Verwendung zu bestimmen ist.⁴⁸ Zunächst wird das Verständnis einer objektiven und anschließend das einer subjektiven Werterhöhung dargestellt. Nach letzterer Betrachtung komme es auf den Wert der Sache für den Eigentümer an.⁴⁹ Die Entscheidung für die objektive Werterhöhung wird wieder entlang der Auslegungsmethoden präsentiert.⁵⁰ Hervorzuheben ist dabei für Studierende insbesondere der mit dem Gesetz herleitbare systematische Umkehrschluss zu § 997 Abs. 2 BGB, weil es im § 996 BGB an einer solchen spezifischen Wertzuschreibung für den Eigentümer fehlt.⁵¹ Im Rahmen der historischen Argumentation positioniert sich der BGH dann gegen eine einheitliche Theorie der aufgedrängten Bereicherung⁵². Indem die Theorie damit auf die geschriebenen Anwendungsfälle wie § 818 Abs. 3 und Abs. 2 BGB⁵³ beschränkt wird und das praktizierte Recht im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis näher an den geschriebenen Wortlaut geführt wird, verringert sich auch der Lernaufwand für die Studierenden. Der bereits beim weiten Verwendungsbegriff herausgearbeitete Zweck der §§ 994 ff. BGB, der gerechte Interessenausgleich zwischen Eigentümer und Besitzer, wird dann erneut für die Frage der Werterhöhung in Stellung gebracht:⁵⁴ Auch bei einer objektiven Wertbestimmung sieht der *Senat* einen ausreichenden Schutz des Eigentümers. Denn dieser werde bereits durch einen doppelten Schutzmechanismus im § 996 BGB geschützt: Zum einen habe er nur den Wert zu ersetzen, den die Sache im Zeitpunkt der Wiedererlangung noch habe, zum anderen brauche er nur maximal die tatsächlichen Aufwendungen des Besitzers ersetzen.⁵⁵ Demgegenüber sieht er erhebliche Interesseneinschränkungen des Besitzers bei einem subjektiven Maßstab. Denn in diesem Fall habe der beweisbelastete Besitzer regelmäßig keine Möglichkeit, den Vortrag des Eigentümers hinsichtlich seiner Nutzungsentscheidungen zu widerlegen.⁵⁶

Auch die Entscheidung hinsichtlich der objektiven Werterhöhung führt zu einer Vereinfachung. Sie bildet eine einheitliche Linie mit § 994 BGB und entspricht, in der systematischen Zusammenschau mit § 997 Abs. 2 BGB, dem Wortlaut des § 996 BGB.⁵⁷

4. Verhältnis von Beseitigungs- und Verwendungsersatzanspruch

a) Entscheidung

Sodann prüft der BGH inzident im Rahmen des Verwendungsersatzanspruchs gem. § 996 BGB, ob dieser durch einen gegenläufigen Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB des Klägers entfällt und

⁴⁸ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 33 ff.

⁴⁹ Zu diesen Maßstäben BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 34 f.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 36 ff.

⁵¹ Dazu BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 37; *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 996 Rn. 11; *Raff*, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten, 2017, S. 59 f.

⁵² BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 38 mit Verweis auf *C. Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 951 Rn. 50 m.w.N. zu den Beschränkungen im Bereicherungsrecht; für eine solche einheitliche Behandlung scheint sich z.B. *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, § 12 Rn. 61, auszusprechen.

⁵³ Zur Positionierung innerhalb des § 818 BGB *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 899; *Füller*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 951 Rn. 35.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 39 mit Verweis auf Rn. 28, siehe auch Rn. 31.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 40; aus der Lit. siehe etwa *Raff*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 996 Rn. 10; *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 996 Rn. 13.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 40 f.

⁵⁷ Zum Urteil bei BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 37.

verneint dies im Ergebnis.⁵⁸ Er führt aus, dass durch das von den Beklagten errichtete Wohnhaus das Eigentum des Klägers an dem Grundstück beeinträchtigt werde. Dabei verweist er auf die ständige Rechtsprechung, dass dies auch gelte, sofern der die Rechte des Eigentümers beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten werde, die Einwirkung an sich aber bereits abgeschlossen sei.⁵⁹ Auch hält der BGH weiter an seiner Rechtsprechung fest, dass eine Beseitigung nicht entfalle, nur weil der Kläger gem. §§ 946, 94 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentümer des Wohnhauses geworden sei.⁶⁰

Im Anschluss problematisiert der BGH, ob neben den Regelungen der §§ 987 ff. BGB ein Anspruch auf Beseitigung des neuen Wohnhauses gem. § 1004 BGB besteht.⁶¹ Das Berufungsgericht ging dabei von einem Vorrang des Beseitigungsanspruchs aus.⁶² Der Eigentümer könne danach einen Verwendungsersatzanspruch gem. §§ 994 ff BGB abwehren, indem er von dem Besitzer die Beseitigung der Verwendungen gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB verlange. Der Eigentümer müsse in diesem Fall in seiner Dispositionsbefugnis geschützt werden.⁶³

Richtigerweise folgte der BGH an dieser vierten und entscheidenden Weichenstellung dem Berufungsgericht nicht und lehnte einen Vorrang des Beseitigungsanspruchs gem. § 1004 BGB vor den Regelungen des §§ 987 ff. BGB ab, sofern der Besitzer redlich und unverklagt war.⁶⁴ Dabei beginnt er mustergültig beim Wortlaut der streitentscheidenden Normen und stellt fest, dass das Verhältnis der Ansprüche nicht ausdrücklich geregelt ist.⁶⁵ Aus dem Zusammenspiel von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB und § 989 BGB entnimmt er, dass der gutgläubige und unverklagte Besitzer als besonders schutzwürdig angesehen werde, da er nicht zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sei.⁶⁶ Bei einer folgenorientierten Betrachtung⁶⁷ stellt der BGH einen Vergleich zwischen dem Beseitigungsanspruch und dem Schadensersatzanspruch an. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass sich die Ansprüche in ökonomischer Hinsicht annähern würden. Beide Ansprüche würden dem Besitzer ein ähnliches Opfer (nämlich die Geldsumme) abverlangen.⁶⁸

b) Bewertung

Die folgenorientierte Auslegung überzeugt. Für den Schuldner spielt es keine Rolle, ob er zum Abbruch aufgrund eines Beseitigungsanspruchs oder aufgrund eines Schadensersatzanspruches (in Form der Naturalrestitution) gezwungen wird.

Im Ergebnis ebenfalls überzeugend, in der Begründung aber etwas an der Oberfläche bleibend ist der systematische Ansatz des BGH. Er lehnt die Anwendung des § 1004 BGB neben § 985 BGB ab.⁶⁹ Dabei stützt er sich maßgeblich darauf, dass die Regelungen in den §§ 987 ff. BGB und § 993 Abs. 1

⁵⁸ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 44.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 45; so bereits BGH NJW 1957, 460 (461) und BGH BeckRS 1954, 31200531.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 45; st. Rspr., etwa BGH NJW 2005, 1366 (1367).

⁶¹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 46 ff.

⁶² OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650).

⁶³ OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2650); dies vertreten auch andere Stimmen in der Literatur, etwa *Herrler*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, Vorb. § 987 Rn. 15; *Hoeren/Hilderink*, JuS 1999, 668 (670).

⁶⁴ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 49.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 50.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 50.

⁶⁷ Allgemein hierzu *Hellgardt*, Privatrecht und Regulierung, 2016, 365 ff.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 50.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 51.

Hs. 2 BGB eigenständige und vorrangige Wertungen enthielten. Diesen sei zugunsten eines gutgläubigen und nicht verklagten Besitzers durch den Ausschluss eines Anspruchs auf Beseitigung des Ergebnisses der Verwendungen aus § 1004 BGB Geltung zu verschaffen.⁷⁰

Dogmatisch geht der BGH damit unausgesprochen von einer *Sperrwirkung* des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB auch gegenüber § 1004 BGB aus.⁷¹ Der Kern des Problems besteht hier darin, dass der Gesetzgeber keine Vorrangregelung für den überlappenden Anwendungsbereich bei Vorliegen einer Vindikationslage geschaffen hat.⁷² Anders formuliert: Der Gesetzgeber hat §§ 987 ff. BGB neben § 985 BGB als (kompliziertes) Ausgleichssystem für die Trennung von Eigentum vom Eigentümer konzipiert (Vindikationslage).⁷³ § 1004 BGB hingegen ist als umfassende Ergänzung zu § 985 BGB, mit einer eigenen Dogmatik, geschaffen worden.⁷⁴ Lässt man nun einen Anspruch gem. § 1004 BGB unbesehen bei Vorliegen einer Vindikationslage zu, ist die Gefahr groß, dass der Beseitigungsanspruch mit seiner Dogmatik die anders liegende Dogmatik des EBV überformt. Dies führt zu dem schwer verständlichen Ergebnis, dass der gutgläubige, unverklagte Besitzer nach den Vorschriften der §§ 987 ff. BGB nicht haften müsste, jedoch über § 1004 BGB einer Quasi-Haftung unterliegt.⁷⁵

5. Löschungsanspruch – Grundschuld

Zum Schluss wendet sich der BGH dem Löschungsanspruch hinsichtlich der Grundschuld zu.⁷⁶ Im Ergebnis bestehen weder aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB noch aus § 989 BGB Löschungsansprüche gegen die Beklagte zu 1. Hinsichtlich § 816 Abs. 1 S. 1 führt der BGH aus, dass die Beklagte zu 1 als Nichtberechtigter wirksam über das Grundstück verfügt habe, da die Bank der Beklagten die Grundschuld wirksam gem. § 892 BGB erworben habe.⁷⁷ Eine Beseitigung der Belastung könne der Kläger jedoch nicht verlangen, da die Beklagte zu 1 *durch die Verfügung* nur die Sicherung ihres Darlehens und nicht die Grundschuld selbst erlangt habe. Inhaberin der Grundschuld sei nämlich die Bank.⁷⁸ Ein Anspruch aus § 989 BGB bestehe nicht, da die Beklagte zu 1 zum Zeitpunkt der Bestellung und Eintragung der Grundschuld im Jahr 2011 gutgläubig und unverklagt gewesen sei. Weitere Ansprüche bestünden nicht. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB werde durch § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verdrängt.⁷⁹ Ein Anspruch aus § 1004 BGB bestehe aufgrund der vorrangigen Wertungen der §§ 987 ff. BGB nicht.⁸⁰

Das ist saubere Subsumtionsarbeit und überzeugt. Anders hingegen hatte noch das OLG entschieden und einen Löschungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zugebilligt.⁸¹ Zu beachten haben wird das OLG nach der Zurückverweisung nun den Hilfsantrag auf Herausgabe des Erlangten,

⁷⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 51.

⁷¹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 49; für den Fall, dass der Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB dem Schadensersatzanspruch entspricht auch *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 993 Rn. 20; *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 996 Rn. 18 f. (Hervorhebung durch *Verf.*).

⁷² Ähnlich *Kümmerle*, JR 2013, 47, die jedoch für eine andere Lösung plädiert.

⁷³ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 452.

⁷⁴ *Raff*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 1 f.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 50; *Haas*, AcP 1976, 1 (22 f.).

⁷⁶ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 55 ff.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 56.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 57 (Hervorhebung durch *Verf.*).

⁷⁹ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 56.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 58.

⁸¹ OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2652).

der auf Wertersatz gerichtet war.⁸² Denkbar erscheint etwa, dass die Beklagten aufgrund der gestellten Grundschuld eine Zinsvergünstigung erlangt haben.⁸³

IV. Fazit

Für Studierende und die Praxis eine erfreuliche Entscheidung.

Das Urteil schafft vor allem für Studierende Vereinfachungen und klare Linien in einer äußerst umstrittenen Materie. Die Argumentation ist überwiegend mit dem Gesetz gut nachvollziehbar und kann einmal verstanden den Lernaufwand reduzieren. So kann etwa der im Urteil herausgearbeitete Zweck der §§ 994 ff. BGB, der Interessenausgleich zwischen Besitzer und Eigentümer, bei einer Vielzahl von anderen Streitständen fruchtbar gemacht werden.

Für die Praxis wurde durch Aufgabe des engen Verwendungsbegriffs eine Differenzierung zwischen einer Vielzahl von Einzelfällen entbehrlich. Dass nun eine höchstrichterliche Entscheidung bei der Maßstabsbildung gem. § 996 BGB vorliegt, erhöht zudem die Rechtssicherheit. Zudem stärkt es die Rechtsposition des gutgläubigen und unverklagten Besitzers, der nun in einem etwaigen Prozess den subjektiven Nutzen des Eigentümers nicht widerlegen muss. Dadurch schwächt der BGH die Rechtsposition des Eigentümers auch nur in begrenztem Umfang ab. Denn er hält die Schutzmechanismen, die die bisherige Rechtsprechung zu § 996 BGB entwickelt hat, weiterhin aufrecht.

Im Ergebnis schafft er so einen gerechten Interessenausgleich zwischen Besitzer und Eigentümer.

⁸² BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, Rn. 2.

⁸³ OLG Brandenburg NJW 2023, 2646 (2653) m.Anm. *Sponheimer*.

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Urt. v. 18.9.2021 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21¹

Wahl und Abwahl von Ausschussvorsitzenden

1. Jenseits der spezifischen Statusrechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG und daraus abgeleitet der Fraktionen gilt der Grundsatz der formalen Gleichheit. Daraus leitet sich ein Recht auf Gleichbehandlung ab.
2. Dieser verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch findet seinen Ausdruck im Recht der Abgeordneten und der Fraktionen auf eine faire und loyale Auslegung und Anwendung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages. Der Gleichbehandlungsanspruch erstreckt sich daher – als Teilhabeanspruch – auch auf Beteiligungsrechte, die in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages eingeräumt werden und über die unmittelbar in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG wurzelnden spezifischen Statusrechte hinausgehen.
3. Einschränkungen der spezifischen Statusrechte der Abgeordneten und der Fraktionen durch die Geschäftsordnung unterliegen besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen. Sie müssen dem Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang dienen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.
4. Geht es demgegenüber allein um den formalen Status der Gleichheit der Abgeordneten in Form der Teilhabe an Rechtspositionen, die erst die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages einräumt, findet eine verfassungsgerichtliche Überprüfung lediglich dahingehend statt, ob die einschlägigen Bestimmungen der Geschäftsordnung oder ihre Auslegung und Anwendung jedenfalls nicht evident sachwidrig und damit willkürlich sind.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 38 Abs. 1 S. 2

GOBT §§ 12, 57, 58

Wiss. Mitarbeiter Tobias S. Stedem, Düsseldorf*

I. Einleitung

Die Entscheidung beschäftigt sich vordergründig mit der Stellung der Ausschussvorsitzenden. Im Kern behandelt sie jedoch das Verhältnis der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages zum Grundgesetz und die Geschäftsordnungsautonomie. Dabei führt sie die bisherigen Linien der Rechtsprechung größtenteils fort. Sie sollte in der juristischen Ausbildung Beachtung finden. Durch die weitere Festigung der Rechtsprechung eignet sie sich auch zur Behandlung in Klausuren oder häus-

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Prof. Dr. Lothar Michael). In diesem Beitrag wird nach Möglichkeit die neutrale Form verwendet. In den anderen Fällen wird der Einfachheit halber das generische Femininum benutzt.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2024, 3355.

lichen Arbeiten. Die Relevanz zeigt sich auch darin, dass bereits mehrere Landesverfassungsgerichte die Entscheidung zitiert haben.²

Der Bundestag ist, wie auch die Landesparlamente, ein Arbeitsparlament.³ Das bedeutet, dass die hauptsächliche Arbeit in Fachausschüssen stattfindet. Alle im Bundestag gefassten Beschlüsse werden in den Ausschüssen beraten und für die finale Abstimmung vorbereitet. Anders als im sogenannten Redeparlament (z.B. im britischen Unterhaus) wird die jeweilige Vorlage also nicht im Plenum ausdiskutiert. Damit hat der jeweilige Fachausschuss eine kaum zu überschätzende Funktion im Gesetzgebungsverfahren. Die Vorsitze der Ausschüsse sind nach § 12 S. 1 GOBT im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen zu besetzen. Die Zuordnung, welche Fraktion welchen Ausschussvorsitz übernehmen darf, erfolgt durch Einigung im Ältestenrat oder, wenn keine Einigung erzielt werden kann, durch das Zugriffsverfahren⁴. Allerdings sieht die Geschäftsordnung kein Besetzungsrecht der Fraktionen vor – jedenfalls nicht ausdrücklich. Stattdessen bestimmen die Ausschüsse nach § 58 GOBT ihre Vorsitzenden nach den Vereinbarungen im Ältestenrat; bis zum 18. Deutschen Bundestag geschah die Bestimmung per Akklamation. Konnte die Kandidatin jedoch nicht einstimmig bestimmt werden, wurde gewählt.⁵

1. Zusammenfassung der Sachverhalte

In der Entscheidung des BVerfG wurden zwei Verfahren zusammengefasst, die sich beide mit Fragen um den Ausschussvorsitz beschäftigen.

a) 2 BvE 10/21 – Anspruch auf Wahl eines bestimmten Ausschussvorsitzes

Der erste Sachverhalt betrifft die Nichtwahl der Kandidatinnen der vorschlagsberechtigten Fraktion: Im 20. Deutschen Bundestag hatte die AfD-Fraktion aufgrund Ihrer Fraktionsstärke drei Ausschussvorsitze erhalten. Durch das Zugriffsverfahren fielen ihr die Vorsitze des Innen-, Gesundheits- und Entwicklungsausschusses zu. In den konstituierenden Sitzungen fast aller Ausschüsse wurden die Vorsitzenden nicht per Akklamation, sondern durch Wahl bestimmt. Das geschah in Abkehr von der bisherigen parlamentarischen Übung. Dadurch sollten die Bestimmungsverfahren angeglichen werden, nachdem das Akklamationsverfahren immer seltener angewendet wurde und dadurch seine Grundlage verloren habe.⁶ Die Kandidaten der AfD-Fraktion, der Antragstellerin in den Verfahren, wurden hierbei nicht gewählt. Diese wandte sich an das BVerfG, um feststellen zu lassen, dass die Durchführung einer ungebundenen Mehrheitswahl gegen ihre Rechte als Fraktion verstößt.

² VerFGH Sachsen, Beschl. v. 19.9.2024 – 132-I-21; VerFGH Thüringen, Beschl. v. 27.9.2024 – VerFGH 36/24; VerFGH Thüringen, Beschl. v. 19.2.2025 – VerFGH 39/24; StGH Bremen, Urt. v. 12.3.2025 – St 7/23.

³ Bpb, Politiklexikon (30.4.2025).

⁴ Das Zugriffsverfahren kommt zur Anwendung, wenn sich die Fraktionen im Ältestenrat nicht einvernehmlich auf eine Verteilung der Ausschussvorsitze einigen können. Dann wird aufgrund des St. Laguë/Schepers-Verfahrens eine sich an den Fraktionsstärken orientierende Reihenfolge errechnet, nach der die Fraktionen den Vorsitz in den (noch verfügbaren) Fachausschüssen beanspruchen können. Dabei kommen die größeren Fraktionen häufiger und teilweise auch direkt aufeinander folgend an die Reihe. Zur Zugriffsreihenfolge im 19. Bundestag siehe die Kurzinformation des Wissenschaftlichen Dienstes WD 3 – 3000 – 158/19.

⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 15.

⁶ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 38.

b) 2 BvE 1/20 – Abwahl eines Ausschussvorsitzenden

In dem zweiten Sachverhalt geht es um die Abwahl eines Ausschussvorsitzes: Durch das Zugriffsverfahren hatte die AfD-Fraktion den Vorsitz des Rechtsausschusses des 19. Deutschen Bundestages erhalten. Auf Vorschlag der AfD-Fraktion wurde daraufhin der Abgeordnete Stephan Brandner zum Vorsitzenden gewählt, da eine Bestimmung per Akklamation nicht zustande kam. Während der Legislaturperiode erweckte der Abgeordnete Brandner durch Reden beim Deutschen Anwaltsverein, zu denen er als Vorsitzender des Rechtsausschusses eingeladen war, und durch zwei Tweets Anstoß bei anderen Ausschussmitgliedern und in Teilen der Bevölkerung.⁷ In der Folge prüfte der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung die Möglichkeit der Abwahl eines Ausschussvorsitzenden und kam zum Ergebnis, dass diese grundsätzlich als *actus contrarius* möglich sei.⁸ Sodann wurde der Abgeordnete Brandner als Vorsitzender, nach Aussprache im Ausschuss, abgewählt. Hiergegen strengte die AfD-Fraktion ein Organstreitverfahren an. Sie wollte feststellen lassen, dass der Deutsche Bundestag durch die Abwahl des Abgeordneten Brandners und dessen Hinderung, die Aufgaben des Ausschussvorsitzes wahrzunehmen, gegen die Rechte ihrer Fraktion verstößt. Die Anträge blieben, wie auch die dazugehörigen Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz, erfolglos.

2. Probleme

Die Probleme der Fälle liegen maßgeblich in dem Verhältnis der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags zum Grundgesetz und in der Reichweite des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Wie im Folgenden dargelegt wird, ergeben sich verschiedene Prüfungsmaßstäbe je nachdem, ob mit einem Verhalten „nur“ die Geschäftsordnung verletzt wird oder ob dieses einen Eingriff in das Abgeordnetengrundrecht darstellt.

In den letzten Jahren hat sich die politische Auseinandersetzung auch in den Parlamenten verschärft. Dabei stand auch häufiger die Geschäftsordnung im Zentrum der Diskussionen, besonders zugespitzt in der konstituierenden Sitzung des 8. Thüringer Landtages.⁹ Aufgrund der Aktualität und praktischen Bedeutung bietet sich diese Problematik besonders für die juristischen Prüfungen an.

II. Verfassungsrechtliche Besonderheiten der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages

Die vorliegende Entscheidung bestätigt im Wesentlichen die Rechtsprechung zur Geschäftsordnung. Dabei wird besonders auf zwei Punkte eingegangen: (I.) Die Geschäftsordnung als Ausprägung der Parlamentsautonomie und daraus resultierend (II.) der Prüfungsmaßstab bei der Überprüfung möglicher Verstöße gegen die Geschäftsordnung.

1. Parlamentsautonomie

Die Geschäftsordnung ist Ausprägung der Autonomie des Parlaments und reines Binnenrecht des Bundestages.

⁷ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 18 ff.

⁸ Auslegungsentscheidung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung v. 13.11.2019, [BT-Drs. 19/15076](#).

⁹ Siehe [Fiedler, tagesschau v. 26.9.2024](#) (30.4.2025); komplett anschaubar bei der [ARD Mediathek](#) (30.4.2025).

„Mit dessen Bedeutung als Volksvertretung und allein unmittelbar demokratisch legitimiertes Verfassungsorgan wäre es nicht vereinbar, wenn andere Organe die innere Organisation des Parlaments bestimmen könnten.“¹⁰

Dadurch soll die Unabhängigkeit des Bundestages gesichert werden. Andere Verfassungsorgane sollen nicht in die innere Organisation und die Arbeitsweise eingreifen können.¹¹ Auch soll die Arbeitsweise möglichst effizient gestaltet werden können, indem die Regeln der Zusammenarbeit gerade von denen, die unmittelbar von ihr betroffen sind, festgelegt und gestaltet werden.

Die Geschäftsordnungsautonomie, und damit auch der Gestaltungsraum des Parlaments, endet aber da, wo die jeweilige Materie bereits durch das Grundgesetz geregelt ist. Daher „darf sich ihr Inhalt weder zu den ausdrücklichen Regelungen des Grundgesetzes noch zu den allgemeinen Verfassungsprinzipien und den der Verfassung immanenten Wertentscheidungen in Widerspruch setzen.“¹²

Doch nicht nur der Erlass der Geschäftsordnung, sondern auch deren Auslegung obliegt dem Bundestag selbst. Dürfte ein anderes Organ die Auslegung der Geschäftsordnung vornehmen, bestünde ebenfalls die Gefahr, dass dem Parlament ein fremder Wille aufgezwungen würde.

„Demgemäß ist nicht nur der Erlass, sondern auch die Auslegung und Anwendung der Geschäftsordnung grundsätzlich Sache des Deutschen Bundestages selbst und der von ihm damit beauftragten Organe.“¹³

Dieses Organ und damit der Herr der Auslegung der Geschäftsordnung ist der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (§ 127 Abs. 1 GOBT, sogenannter Erster Ausschuss). Ausnahmsweise jedoch, wenn während einer Sitzung des Bundestages Zweifel über die Auslegung der Geschäftsordnung auftreten, entscheidet die Bundestagspräsidentin im Einzelfall (Abs. 2 S. 1).

2. Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts

Aus der Geschäftsordnungsautonomie ergibt sich ein begrenzter Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts: Da diese eben vor Übergriffen anderer Verfassungsorgane schützen soll, darf das Bundesverfassungsgericht die Geschäftsordnung nur dahingehend kontrollieren, ob die Geschäftsordnung oder deren Anwendung gegen das Grundgesetz verstößt.¹⁴ Wird die Beeinträchtigung eines Rechts, das unmittelbar der Verfassung entstammt, festgestellt, so ist diese am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen.

Rechte, die nur der Geschäftsordnung entstammen, können nicht direkt im Organstreit geltend gemacht werden.¹⁵ Dennoch besteht ein „Recht der Abgeordneten und ihrer Zusammenschlüsse auf

¹⁰ BVerfGE 160, 368 (389 Rn. 60).

¹¹ Brocker, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 40 Rn. 270; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 40 Rn. 6.

¹² BVerfGE 44, 308 (318).

¹³ BVerfGE 160, 368 (389 Rn. 60).

¹⁴ BVerfGE 142, 25 (53 Rn. 78); 160, 368 (389 f. Rn. 61); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 88; Brocker, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 40 Rn. 271.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 88.

eine faire und loyale Auslegung und Anwendung der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.“¹⁶

Dieses folgt dem Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Obwohl dieses Gleichheitsrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein besonderes Gleichheitsrecht ist, beschränkt sich die Überprüfbarkeit auf das Willkürverbot. Denn aus der Parlamentsautonomie folgt auch, dass der Bundestag grundsätzlich frei in der Anwendung der Geschäftsordnung ist.¹⁷

Somit kann die Verwehrung eines nur geschäftsordnungsrechtlichen Rechts eine willkürliche Auslegung oder Anwendung der Geschäftsordnung darstellen und gegen das verfassungsrechtliche Willkürverbot verstoßen, was wiederum vom Bundesverfassungsgericht beanstandet werden kann.

„Ansonsten bestünde die Möglichkeit der jeweiligen Parlamentsmehrheit [...], die Beteiligungsrechte der jeweiligen Parlamentsminderheit trotz entgegenstehender geschäftsordnungsrechtlicher Vorgaben [...] leerlaufen zu lassen.“¹⁸

Zur Rechtfertigung genügt hier jedoch bereits ein sachlicher Grund.

III. Bedeutung des Ausschussvorsitzes für die Wahrnehmung der Teilhabe und Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung

Neu an dieser Entscheidung ist jedoch, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit der Bedeutung des Ausschussvorsitzes für die Wahrnehmung der Teilhabe und Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung befasst.¹⁹ Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus dem oben gesagten zur Parlamentsautonomie und der daraus resultierenden Prüfungsdichte.

Wenn der Ausschussvorsitz zur gleichberechtigten Teilhabe und Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung erforderlich ist, beeinträchtigt die Verwehrung Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Dieser umfasst nämlich auch das Recht der Fraktionen auf formal gleiche Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung.²⁰ Die formal gleiche Teilhabe meint dabei jedoch keine absolute Gleichheit, sondern eine Gleichbehandlung im Verhältnis der jeweiligen Fraktionsstärke.²¹

1. Bedeutung für die Wahrnehmung der Teilhabe und Mitwirkung an der parlamentarischen Willensbildung aufgrund der besonderen Stellung des Vorsitzenden für die Ausschussarbeit

Wie eingangs erwähnt, kommt den Ausschüssen innerhalb des parlamentarischen Alltages eine besonders hervorgehobene Stellung zu. Aber kann diese Stellung auch auf deren Vorsitz übertragen werden?

Nach der Geschäftsordnung (§§ 59 ff. GOBT) hat der Ausschussvorsitz innerhalb der Ausschüsse verschiedene Aufgaben. Hauptaufgaben sind dabei die Vorbereitung, Einberufung und Leitung der

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 98

¹⁷ BVerfGE 80, 188 (220); *Groh*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 40 Rn. 21. Auf das Rechtsstaatsprinzip stützend *Brocker*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Art. 40 Rn. 272.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 98.

¹⁹ *Sangi*, NJW 2024, 3363.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 95.

²¹ BVerfGE 44, 308 (316); 160, 368 (384 Rn. 48); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 92.

Sitzungen, sowie die Durchführung der Beschlüsse des Ausschusses, § 59 Abs. 1 GOBT. Die Sitzungen werden vom Vorsitz moderiert; die Reihenfolge der Wortmeldungen durch diesen festgelegt, § 59 Abs. 2 GOBT. Gegenüber Teilnehmern, die keine Mitglieder des Bundestages sind, und gegenüber Zuhörern übt der Vorsitz die Ordnungsgewalt aus, § 59 Abs. 3 GOBT. Auch kann die Sitzung durch den Vorsitz unterbrochen werden, § 59 Abs. 4 GOBT. Bei Erfüllung dieser Aufgaben unterstützt ihn ein weisungsgebundenes Ausschussekretariat.²² Der Vorsitz übernimmt also elementare Aufgaben, um die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Ausschusses und damit auch des Bundestages zu gewährleisten. Entsprechend könnte der Ausschussvorsitz maßgeblich auf die parlamentarische Willensbildung einwirken.

Betrachtet man jedoch die Anwendung der Aufgaben in der Praxis fällt auf: Der Vorsitz kann keine wesentliche Entscheidung allein treffen. Bereits der Zeitpunkt der Einberufung der Sitzungen hängt grundsätzlich von den durch den Ältestenrat festgelegten Tagungsmöglichkeiten innerhalb der Sitzungswochen ab;²³ eine Abweichung ist nur durch Beschluss des Ausschusses möglich, § 60 Abs. 1 GOBT. Zwar bestimmt § 61 Abs. 1 S. 1 GOBT, dass der Termin und die Tagesordnung der jeweiligen Ausschusssitzungen vom Vorsitz festgelegt werden, allerdings haben sich in der parlamentarischen Praxis feste Tagungstermine für die jeweiligen Ausschüsse herauskristallisiert, von denen nur in Ausnahmefällen abgewichen wird.²⁴ Auch das Recht der Festlegung der Tagesordnung wird nicht vom Vorsitz allein, sondern in Abstimmung mit den Obleuten der Fraktionen wahrgenommen.²⁵ Schließlich darf auch das dem Vorsitz unterstehende Ausschussekretariat nur für Ausschussangelegenheiten genutzt werden;²⁶ nicht aber für Fraktionszwecke, mandatsbezogene Aufgaben oder Parteiarbeit. Das Gericht formuliert es so:

„Die Vorsitzenden können ihr Amt nicht gegen die Mehrheit oder gegen die Obleute der Fraktionen im Ausschuss führen.“²⁷

Im Ergebnis ist der Einfluss des Vorsitzes auf die organisatorischen Entscheidungen des Ausschusses daher gering.²⁸ Der Ausschussvorsitz übernimmt ein Leitungsamt, das nicht zur gleichberechtigten Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung beiträgt, und auf das somit auch das Spiegelbildlichkeitsprinzip nicht anzuwenden ist; § 12 S. 1 GOBT enthält insofern eine überschießende Normierung des Spiegelbildlichkeitsprinzips.

2. Bedeutung von Ausschussvorsitzenden für die allgemeine oppositionelle Arbeit

Die Antragsstellerin führt jedoch noch an, ein Anspruch auf einen Ausschussvorsitz könnte sich aus der oppositionellen Arbeit ergeben. Dabei stützt sie sich auf zwei Positionen: (1.) ein Recht auf effek-

²² *Austermann/Waldhoff*, Parlamentsrecht, 2020, Rn. 459; *Hölscheidt*, DVBl 2024, 741 (742).

²³ *Austermann*, in BeckOK GG, GOBT § 60 Rn. 4; Ritzel/Bücker/Schreiner, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, GOBT § 60 I. b).

²⁴ *Austermann*, in: BeckOK GG, GOBT § 60 Rn. 4 ff.; Ritzel/Bücker/Schreiner, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, GOBT § 60 I. b).

²⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 8.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 8; *Hölscheidt*, DVBl 2024, 741 (742).

²⁷ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 9.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 106; *Frost*, AöR 95 (1970), 38 (58), bezeichnet den Vorsitz als „Bürochef“.

tive Opposition als solches und (2.) die Profilierung des Ausschussvorsitzes als ministrable Person. Beide Argumente drangen nicht durch.

a) Recht auf effektive Opposition

Die Antragsstellerin machte geltend, ein Anspruch auf einen Ausschussvorsitz folge einem Recht auf effektive Opposition. Das Bundesverfassungsgericht bestätigt jedoch seine Rechtsprechung betreffend den allgemeinen Grundsatz auf effektive Opposition an.²⁹ Dieser erwächst aus dem Grundgesetz, namentlich aus dem Demokratieprinzip sowie der Gewaltenteilung, die ihrerseits dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmen ist.³⁰ Daraus folgt 1. der offene politische Wettbewerb, der wiederum voraussetzt, dass auch die Minderheiten zu Mehrheiten werden können, und 2. die Kontrolle der Regierung.

Letztere wird naturgemäß von der Opposition als Konterpart zu den Regierungsfractionen wahrgenommen. Ausgestaltungen des Grundsatzes des Rechts auf effektive Opposition finden sich an verschiedenen Stellen im Grundgesetz u.a. als Minderheitenrechte, z.B. Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG. Nicht im Grundgesetz findet sich hingegen die Opposition als eigenständige verfassungsrechtliche Institution oder gar als Trägerin besonderer Rechte gegenüber der Regierung. Solche besonderen Rechte können auch mit Blick auf die Gleichheit der Abgeordneten, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, keinen Bestand haben; die oppositionellen Abgeordneten würden dann bevorzugt.³¹

Daher kann aus dem Grundsatz der effektiven Opposition kein subjektives Recht des einzelnen Abgeordneten oder der Fraktion hergeleitet werden. Die Oppositionsarbeit ist vielmehr auf die im Grundgesetz festgelegten Handlungsmöglichkeiten, also die geschriebenen Minderheitsrechte und die ungeschriebenen Mitwirkungs- und Teilhaberechte des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, beschränkt. Auch hier wird die Rechtsprechung fortgeführt.³²

b) Chance zur Profilierung durch den Ausschussvorsitz

Augenscheinlich bisher noch nicht befasst hat sich das Verfassungsgericht mit der Frage, ob die Profilierung einzelner Abgeordneter durch den Ausschussvorsitz für die Fraktionen derart von Bedeutung ist, dass die Verwehrung eines solchen Rechts gegen das Gleichbehandlungsrecht verstoßen kann. Es wird angeführt, dass der Ausschussvorsitz die einzige Möglichkeit für oppositionelle Fraktionen sei, um zu zeigen, dass ministrables Personal in der jeweiligen Fraktion vorhanden sei.³³ Daher sei der Ausschussvorsitz notwendig für die Möglichkeit des Wechsels der Mehrheitsverhältnisse.

Allerdings gilt hier auch das schon zum Recht auf effektive Opposition Gesagte. Darüber hinaus ist nach Ansicht des Gerichts die Möglichkeit einer solchen Profilierung stark von der Person des Ausschussvorsitzes abhängig. Sie ist daher nicht dem Amt des Ausschussvorsitzes immanent, sondern lediglich eine Folge daraus.³⁴ Ergänzend kann noch auf die wahrgenommene Wichtigkeit des Ausschusses in der Bevölkerung abgestellt werden. Zudem hat der Vorsitz das Amt überparteilich und neutral auszuüben,³⁵ sodass dieser ohnehin ungeeignet zum Opponieren ist.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 83.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 83.

³¹ BVerfGE 142, 25 (60 Rn. 95 ff.).

³² BVerfGE 142, 25 (58 f. Rn. 92 f.); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 83.

³³ In diese Richtung auch *Dach*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Handbuch, 1989, § 40 Rn. 12; *Grigoleit/Kersten*, DÖV 2001, 363 (367).

³⁴ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 86.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 103; *Hölscheidt*, DVBl 2024, 741.

Somit kann auch die mögliche Profilierung durch den Ausschussvorsitz keinen Anspruch auf diesen begründen.

IV. Verfahren zur Bestimmung des Ausschussvorsitzes nach § 58 GOBT

Ebenfalls musste sich das Verfassungsgericht mit den zulässigen Bestimmungsmethoden des Ausschussvorsitzes befassen. Dabei wurde zwar die Bestimmung der Ausschussvorsitzenden erstmals behandelt, dennoch wurden die jüngst gesetzten Leitlinien im Rahmen der Bestimmung des Bundestagspräsidiums³⁶ fortgesetzt.

Weiter gefestigt wurde die Rechtsprechung betreffend die Auslegung der Geschäftsordnung des Bundestages. Wie oben bereits ausgeführt, fällt auch die Auslegung der Geschäftsordnung unter die Parlamentsautonomie.³⁷ Daher ist das Verfassungsgericht an die Auslegung des Bundestages gebunden.³⁸ Die Überprüfung der Auslegung beschränkt sich auf das Willkürverbot (siehe oben). In dieser Konsequenz wird also geprüft, ob die erfolgte Auslegung mit der Geschäftsordnung im Einklang steht und nicht evident sachwidrig ist.³⁹ Anders als im Regelfall geht es also nicht um die *richtige* Auslegung, sondern einzig darum, ob die vorgenommene Auslegung eine *mögliche* ist.

Konkret ist also zu untersuchen, ob die Auslegung des Bundestages, dass eine Wahl des Ausschussvorsitzes zulässig ist, von einer möglichen Auslegung des § 58 GOBT gedeckt ist. Das Bundesverfassungsgericht legt Normen in ständiger Rechtsprechung⁴⁰ nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers aus. Danach ist auf den „Wortlaut der Gesetzesbestimmung und [den] Sinnzusammenhang [...], in den diese hineingestellt ist“⁴¹ abzustellen. Der „Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können“⁴².

1. Wortlaut

Das Verfassungsgericht erkennt, dass der Begriff „bestimmen“ weit gefasst ist. Ihm ist kein bestimmtes Verfahren zu entnehmen, sodass sowohl die Wahl als auch die Akklamation vom Begriff „bestimmen“ gedeckt sind.⁴³

Das Verfassungsgericht geht jedoch nicht darauf ein, dass der Begriff dadurch eingeschränkt wird, dass die Ausschüsse *ihren* Vorsitz bestimmen. Daraus ergibt sich, dass dem Ausschuss als gesamten Gremium die Letztentscheidung über den Vorsitz obliegt. Eine Benennung durch Außenstehende, wie es die Antragsstellerin im Kern verlangt, scheidet daher jedenfalls aus.

³⁶ BVerfGE 160, 368 (Vorschlagsrecht); 160, 411 (Wahl).

³⁷ Siehe II. 1.

³⁸ BVerfGE 160, 368 (389 Rn. 60); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 100 f.

³⁹ BVerfGE 160, 368 (385 Rn. 52); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 102.

⁴⁰ St.Rspr. seit BVerfGE 1, 299 (312). Siehe auch BVerfGE 47, 109 (127); 144, 20 (213).

⁴¹ BVerfGE 1, 299 (312).

⁴² BVerfGE 1, 299 (312); vertiefend *Sachs*, DVBl 1984, 73 (75 ff.).

⁴³ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 111.

2. Systematik

In systematischer Hinsicht zieht das Gericht einen Vergleich zu § 57 Abs. 2 S. 1 GOBT. Dort ist geregelt, dass die Fraktionen die Mitglieder der Ausschüsse *benennen*. Daraus folgt: Wo die Geschäftsordnung den Fraktionen ein einseitiges Recht zur Benennung von Personen zugesteht, geschieht das auch ausdrücklich.⁴⁴ Diese Auslegung würde auch keinen Bruch mit der Grundentscheidung des § 12 S. 1 GOBT bedeuten: Zwar regelt dieser, dass die Ausschüsse im Stärkenverhältnis Zugang zu den Ausschussvorsitzen erhalten sollen, allerdings nicht wie das geschehen soll; das ist in § 58 GOBT geregelt. § 12 S. 1 GOBT (i.V.m. der Vereinbarung im Ältestenrat) kann daher nur das Vorschlagsrecht einer Fraktion begründen.⁴⁵

3. Telos

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Bestimmung des Ausschussvorsitzes durch Wahl zudem von dem Sinn und Zweck des § 58 GOBT gedeckt. Dieser soll (i.V.m. §§ 59 ff. GOBT) die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Ausschusses sichern, indem eine Person die Leitung sowie die Vor- und Nachbereitung der Ausschusssitzungen übernimmt.⁴⁶ Die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Ausschusses sollen aber einer hinreichenden Vertrauensbasis bedürfen.⁴⁷ Ohne dieses Vertrauen sei ein Konsens über Verfahrensfragen unsicher, was beispielsweise in langwierigen Diskussionen über die Tagesordnung münden kann. Auch müsse der Ausschuss auf die Umsetzung der Beschlüsse, für die der Vorsitz nach § 59 Abs. 1 GOBT a.E. zuständig ist, und eine adäquate Repräsentation des Ausschusses gegenüber der Fachöffentlichkeit vertrauen können. Dieses nötige Vertrauen wird durch die Wahl ausgesprochen.⁴⁸

Im Ergebnis sieht das Bundesverfassungsgericht daher die Durchführung einer Mehrheitswahl vom § 58 GOBT gedeckt. Die Auslegung des Bundestages ist daher nicht willkürlich und nicht zu beanstanden.

Die vom Verfassungsgericht vorgenommene Auslegung überzeugt überwiegend.

a) Bereits der Wortlaut des § 58 GOBT umfasst eindeutig eine Bestimmung des Vorsitzes durch Wahl. Denn danach bestimmen die Ausschüsse ihre Vorsitzenden selbst. Der Ausschuss als Gremium, das aus mehreren Personen besteht, kann dabei eine Entscheidung typischerweise nur durch eine Mehrheit fassen. Die Mehrheitsentscheidung über eine Person ist dabei eine Wahl⁴⁹, auch wenn diese offen, geheim oder (wenn nur eine Kandidatin in Rede steht) per Akklamation vorgenommen wird. Daher muss die Wahl zur Bestimmung des Vorsitzes zulässig sein.

b) Auch der systematische Vergleich spricht nicht gegen diese Ansicht. Zwar kennt die Geschäftsordnung auch Vorgänge, für welche die Wahl das vorgeschriebene Verfahren ist (z.B. § 2 GOBT – die Wahl des Bundestagspräsidiums). Demgegenüber kennt die Geschäftsordnung aber auch die Möglichkeit, dass Personen zu einem Amt bzw. einer Stellung ernannt werden; hierfür wird der Begriff „Benennung“ verwendet (z.B. § 57 Abs. 2 GOBT – Benennung der Ausschussmitglieder). Beachtet man diese verschiedenen Begriffe, folgt aus der Systematik der Geschäftsordnung, dass § 58 GOBT

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 112.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 112. Im Anschluss an BVerfGE 166, 368; 166, 411.

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 113.

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 113.

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 113.

⁴⁹ Duden (30.4.2025), Definition 2. a).

Wahlen zwar nicht zwingend vorschreibt, allerdings darf gerade keine Benennung entgegen der Mehrheit des Ausschusses vorgenommen werden.

c) Die Ausführungen zur Teleologie sind weder überzeugend noch wären sie notwendig gewesen, um das Ergebnis zu begründen. Denn aufgrund des eindeutigen Wortlauts und der unterstützenden Systematik hat sich bereits gezeigt, dass eine Wahl zulässig sein muss. Die Ausführungen zur Teleologie hätten sich auf die Feststellung begrenzen können (und müssen! dazu sogleich), dass das Telos der Zulässigkeit der Wahl nicht entgegensteht. Die Auslegung des § 58 GOBT soll nämlich nicht die „richtige“ Lesart der Norm zu Tage fördern.⁵⁰ Vielmehr ist Gegenstand der Prüfung, ob die vom Bundestag selbst vorgenommene Auslegung evident sachwidrig ist. Hier müsste also anders als sonst in (rechts)wissenschaftlichen Arbeiten nicht ergebnisoffen gearbeitet werden, sondern vom Ergebnis hergedacht werden. Das Verfassungsgericht hätte also nicht prüfen dürfen, ob das Telos eine Wahl des Ausschussvorsitzes gebietet, sondern umgekehrt, ob es die Wahl verbietet. Indem das Gericht aber feststellt, dass das Telos die Annahme der Zulässigkeit einer Wahl stützt, und gerade nicht, dass durch das Telos die Wahl nicht verboten wird, nimmt es eine Auslegung anstelle des Bundestages vor und kontrolliert nicht dessen Auslegung.

Auch stehen die Ausführungen im Widerspruch zu den allgemeinen Ausführungen zum Ausschussvorsitz. Während dort der Vorsitz als „primus inter pares“⁵¹ bezeichnet wird und das Gericht diesem attestiert, das Amt weder gegen die Mehrheit des Ausschusses noch gegen die Obleute führen zu können,⁵² argumentiert es hier mit der Gefahr, dass der Vorsitz die Ausschusssitzungen sabotieren und mit „langwierigen Geschäftsordnungsdebatten“ die Ausschussarbeit als solche behindern könnte.⁵³ Zwar konnte man in der konstituierenden Sitzung des 8. Thüringer Landtages⁵⁴ sehen, wie eine Sitzung aussehen kann, wenn der Vorsitz (bzw. der Alterspräsident) eine erheblich andere Ansicht zu der Auslegung der Geschäftsordnung hat. Jedoch ist eine Ausschusssitzung vom Ablauf und der Organisation nicht vergleichbar mit der konstituierenden Sitzung des Parlaments. Auch besteht im Bundestag mit dem Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung eine besondere Stelle für die Auslegung der Geschäftsordnung, die angerufen werden kann, wenn Uneinigheiten über die Geschäftsordnung bestehen sollten und keine Auslegungsentscheidungen zu dieser Frage bestehen. Eine mit der konstituierenden Sitzung des 8. Thüringer Landtages vergleichbare Situation dürfte in den Ausschüssen des Bundestages daher nicht entstehen. Zudem hat der jeweilige Ausschuss die Möglichkeit der Abwahl des Vorsitzes (dazu sogleich), sollten wider Erwarten doch solche Situationen entstehen. Weiter wird auf die Außenwahrnehmung des Ausschussvorsitzes als Vertreter des Ausschusses abgestellt. Aus dieser ergebe sich auch die Erforderlichkeit des Vertrauens. Dabei wird nicht zwischen dem konkreten Ausschuss und dessen tatsächlicher Wahrnehmung in der breiten und der Fachöffentlichkeit differenziert.⁵⁵

Die Entscheidung wäre überzeugender ohne die Ausführungen zum Telos.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 103.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 9.

⁵² BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 9.

⁵³ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 113.

⁵⁴ [Fiedler, tagesschau v. 26.9.2024](#) (30.4.2025); komplett anschaubar bei der [ARD Mediathek](#) (30.4.2025).

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 113.

V. Actus contrarius als allgemeiner Rechtsgedanke auch im Staatsorganisationsrecht

1. Zulässigkeit der Abwahl

Im zweiten Teil des Urteils musste sich das Verfassungsgericht mit der Zulässigkeit der Abwahl einer Ausschussvorsitzenden befassen. Mangels ausdrücklicher Ermächtigung hierzu stand die Frage der Anwendbarkeit des Actus-contrarius-Gedanken im Kern der Entscheidung. Trotz der Zentralität dieser Frage, wird sie vom Bundesverfassungsgericht⁵⁶, wie auch von dessen zitierter Literatur⁵⁷, ohne nähere Begründung bejaht. Das folge aus der grundsätzlichen Reversibilität demokratischer Entscheidungen. Wo Entscheidungen nicht durch einen actus contrarius aufgehoben können werden sollen, bedürfe es einer besonderen Vorschrift.⁵⁸ Damit hat das Bundesverfassungsgericht den Actus-contrarius-Gedanken erstmals im Staatsorganisationsrecht als materielle Grundlage angewendet⁵⁹ und ihn direkt zum allgemeinen Grundsatz erhoben.

2. Anforderungen an die Abwahl

Im gleichen Zuge warf das Bundesverfassungsgericht auch die Frage auf, welche formellen und materiellen Anforderungen an die Abwahl zu stellen seien, wick dieser Frage aber letztlich aus, indem es feststellte, dass vorliegend jedenfalls keine Verstöße gegen etwaige Anforderungen ersichtlich seien.

In formeller Hinsicht hält das Gericht fest, der Antragsstellerin sei der Abwahlantrag und Abstimmungstag rechtzeitig bekanntgegeben worden und ihr sei auch Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Schließlich sei das Thema im Ausschuss selbst ausführlich behandelt worden. Daher liege kein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren vor.⁶⁰ Mangels anderer Bestimmungen sei auch die einfache Mehrheit ausreichend.⁶¹

In materieller Hinsicht zieht das Verfassungsgericht nur eine Grenze aus dem Verbot der willkürlichen Anwendung der Geschäftsordnung, sodass jedenfalls ein sachlicher Grund für die Abberufung vorliegen müsse. Einen solchen sieht es darin, dass die Ausschussmehrheit in Folge der öffentlichen Äußerungen des damaligen Vorsitzenden Brandner das Vertrauen in diesen verloren habe.⁶² An dieser Stelle erklärt sich, warum das Gericht Wert daraufgelegt hat, den Ausschussvorsitz vom Vertrauen des Ausschusses abhängig zu machen. Dabei müssen die Umstände, die zum Vertrauensverlust geführt haben, nicht in einem Zusammenhang zu der Ausschussarbeit stehen.⁶³

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 122.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 123; *Glauben*, DVBl 2020, 1174 (1176); *Hölscheidt*, DVBl 2024, 741 (744).

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 123.

⁵⁹ Die Entlassung eines Bundesministers durch den Bundespräsidenten auf Vorschlag des Bundeskanzlers wird materiell nicht auf den Actus-contrarius-Gedanken gestützt, sondern auf das materielle Kabinettsbildungsrecht des Kanzlers, siehe *Schröder*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 64 Rn. 31; *Brinktrine*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 64 Rn. 19. *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 64 Rn. 52, wendet den Actus-contrarius-Gedanken formell zur Begründung der Zuständigkeit des Bundespräsidenten an.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 131.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 132.

⁶² BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 133.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 133.

3. Ausschluss der Abwahl aufgrund widersprüchlichen Verhaltens

Allerdings hat die Antragsstellerin dem Bundestag eine Verletzung des „venire contra factum proprium“-Grundsatzes entgegengehalten. Nach diesem ist widersprüchliches Verhalten treuwidrig und damit auch illoyal, sodass die Abwahl verfassungswidrig wäre.

Ein solcher Widerspruch könnte sich aus der Auslegung des Bundestages zur Nichtabwählbarkeit eines Mitgliedes des Bundestagspräsidiums ergeben.⁶⁴ Das Bundesverfassungsgericht hält dem jedoch entgegen, das Bundestagspräsidium und der Ausschussvorsitz seien bereits von der Ausgestaltung der Ämter verschieden.⁶⁵ Auch werde das Präsidium nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 1 GOBT für die Dauer der Wahlperiode gewählt, was jedenfalls so ausgelegt werden könne, dass eine Abwahl seitens der Geschäftsordnung ausgeschlossen sei.⁶⁶

Darüber hinaus ist aber auch zu beachten, dass die Treuwidrigkeit des widersprüchlichen Verhaltens sich dadurch begründet, dass durch das frühere Verhalten ein gewisser Vertrauenstatbestand geschaffen wurde.⁶⁷ Das setzt zwangsläufig voraus, dass das vermeintlich widersprüchliche Verhalten (hier die Abwahl des Abgeordneten Brandner) zeitlich nach dem vertrauensschaffenden Verhalten (hier die nicht zugelassenen Abwahlanträge gegen die Vizepräsidentin Pau) erfolgte. Das ist im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben, sodass in Bezug auf die Abwahl des Abgeordneten Brandner ein relevantes widersprüchliches Verhalten bereits nicht vorliegen kann.

VI. Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung

Die Entscheidung bestätigt die bereits gezogenen Linien der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung.⁶⁸ Insbesondere die Grundsätze zum Verhältnis der Geschäftsordnung zur Verfassung⁶⁹, dem Prüfungsmaßstab betreffend die Geschäftsordnung,⁷⁰ die Anwendbarkeit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf Fraktionen,⁷¹ der gleichberechtigten Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung⁷² und die Freiheit der Abgeordneten bezüglich der Wahlentscheidung⁷³ werden weitergeführt.

⁶⁴ So die Antragsstellerin, BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 52. Nach Auflösung der Fraktion „Die Linke“ wurde beantragt, die Bundestagsvizepräsidentin der Linken, Petra Pau, abzuwählen. Dies wurde abgelehnt. Siehe dazu [Plenarprotokoll 20/143](#), S. 18177–18191. Zur rechtlichen Einordnung siehe *Amthor*, NVwZ 2024, 125.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 127.

⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 127. Kritisch *Amthor*, NVwZ 2024, 125 (129); *Schönberger/Schönberger*, JZ 2018, 105 (110 Fn. 46).

⁶⁷ OLG Saarbrücken, Urt. v. 28.11.2018 – 2 U 39/17, Rn. 39.

⁶⁸ So auch *Wischmeyer*, JuS 2025, 92 (95).

⁶⁹ BVerfGE 1, 144 (148); 44, 308 (315); 130, 318 (348); 160, 411 (423). In diesem Urteil nicht ausdrücklich, aber angedeutet in BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 88, 101.

⁷⁰ BVerfGE 142, 25 (53 Rn. 79); 160, 368 (380 f. Rn. 40, 389 f. Rn. 61); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 88 ff.

⁷¹ BVerfGE 70, 324 (363); 93, 195 (203 f.); 135, 317 (396 Rn. 153); 160, 411 (420 Rn. 28); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 94.

⁷² BVerfGE 44, 308 (316); 84, 304 (321 f.); 112, 118 (134); 160, 368 (384 Rn. 48); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 92.

⁷³ Konkret zur Wahlentscheidung BVerfGE 160, 368 (384 Rn. 50); 411 (421 Rn. 32); BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 120. Allgemein zur freien Stimmabgabe siehe BVerfGE 10, 4 (12).

VII. Bewertung

Die Entscheidung überzeugt im Wesentlichen. Wegen der praktischen Abhängigkeit des Ausschussvorsitzes von den Obleuten und wegen des Konsenses im Ausschuss selbst, überzeugt es, den Vorsitz nur als Leitungsamt anzusehen und daher den Spiegelbildlichkeitsgrundsatz nicht auf diesen zu erstrecken. Die Überzeugungskraft der Entscheidung wird jedoch durch die ambivalente Beschreibung des Vorsitzes etwas geschwächt: Einerseits wird der Vorsitz als allein nahezu handlungsunfähig dargestellt⁷⁴, andererseits wird die Stellung des Vorsitzes für die Sitzungsleitung und die Repräsentation besonders hervorgehoben.⁷⁵

Das dürfte daran liegen, dass der Vorsitz zwar nicht dem Spiegelbildlichkeitsprinzip unterfallen soll, aber dennoch die Möglichkeit der Abwahl zur Verfügung stehen soll. Wegen des Willkürverbots bedarf die Abwahl wenigstens eines sachlichen Grundes. Indem das Verfassungsgericht den Ausschussvorsitz vom Vertrauen des Ausschusses abhängig macht, kann der Verlust dieses Vertrauens als sachlicher Grund herangezogen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Vorliegen oder der Verlust des Vertrauens ein rein innerlicher Vorgang des Ausschusses bzw. dessen Mitglieder ist, der von außen nahezu nicht überprüft werden kann.⁷⁶ Ob und inwiefern objektiv überprüfbare Gründe vorliegen müssen, lässt die Entscheidung offen, da die öffentlichen Äußerungen des Abgeordneten Brandner jedenfalls ausreichend waren.

Auch dogmatisch ist an dieser Stelle Genauigkeit gefragt. Denn bezüglich der Wahl führt das Verfassungsgericht aus:

„Der Wahlakt unterliegt grundsätzlich keiner über Verfahrensfehler hinausgehenden gerichtlichen Kontrolle, weswegen sein Ergebnis auch keiner Begründung oder Rechtfertigung bedarf.“⁷⁷

Eine Überprüfung, ob die Abwahl auf einem sachlichen Grund basiert, darf also nicht stattfinden. Daher kann nicht die Abwahl selbst, sondern nur die vorhergehende Einbringung des Abwahantrags auf Willkür überprüft werden.

Umso mehr überzeugen die Ausführungen zur ungebundenen Mehrheitswahl als Unterfall der Bestimmung i.S.d. § 58 GOBT. Es verdient Zustimmung, dass eine gebundene Wahl nicht mit dem Demokratieprinzip und der Freiheit der Abgeordneten nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar ist. Kernstück des demokratischen Verständnisses muss es sein, dass Wahlentscheidungen frei von Zwängen und Aufträgen sind.

VIII. Alternatives Szenario

Im vorliegenden Fall geht es um Vorgänge in den Ausschüssen. Man könnte die Fälle aber auch ins Plenum verlagern, beispielsweise wenn das Plenum eine Ausschussvorsitzende anstelle des jeweiligen Ausschusses wählt oder abwählt.

⁷⁴ „Gegen die Mehrheit des Ausschusses und die Obleute können Ausschussvorsitzende das Amt nicht führen“, BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 124.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 11, 113, 124.

⁷⁶ Siehe zur ähnlich gelagerten Problematik im Rahmen der Zulässigkeit der Vertrauensfrage BVerfGE 114, 121 (182) – Sondervotum *Lübbe-Wolf*; *Michael*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, Handbuch, 2016, § 48 Rn. 27 ff.

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 18.9.2024 – 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21, Rn. 116.

Die erste Frage dabei ist, ob das Plenum überhaupt in die Organisation der Ausschüsse durchgreifen kann. Dagegen könnten die Argumente der Parlamentsautonomie entsprechend angeführt werden: Ähnlich wie der Bundestag selbst könnten die Ausschüsse vor Übergriffen zu schützen sein. Jedoch sind die Ausschüsse Untereinheiten des Bundestages, dessen Arbeit sie effektiver gestalten sollen. Zudem besitzen die Ausschüsse keine eigene Geschäftsordnung, sondern nutzen diese des Bundestages. Die Geschäftsordnung und damit auch die Organisation der Ausschüsse kann jederzeit vom Plenum geändert werden. Daher kann nicht angenommen werden, dass die Ausschüsse vor Übergriffen des Plenums geschützt werden.

Möchte das Plenum einen Ausschussvorsitz gegen den Willen des Ausschusses wählen, bräuchte es dafür eine Ermächtigungsgrundlage. Wie oben bereits ausgeführt, kann nach dem eindeutigen Wortlaut des § 58 GOBT nur der Ausschuss selbst den Vorsitz bestimmen. Allerdings steht dem Plenum nach § 126 GOBT die Möglichkeit zu, im Einzelfall mit $\frac{2}{3}$ -Mehrheit von Bestimmungen der Geschäftsordnung abzuweichen, sofern keine Bestimmungen des Grundgesetzes entgegen. Nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in diesem Urteil kann nur das verfassungsimmanente Willkürverbot eine entgegengesetzte Bestimmung des Grundgesetzes darstellen. Sachlicher Grund könnte in diesem Fall die Unfähigkeit einer Fraktion sein, sich auf eine Kandidatin zu einigen. Die Umgehung des Vorschlagsrechts einer Fraktion ist hingegen als unsachlich anzusehen.

Ähnliches gilt für die Abwahl durch das Plenum. Auch hier kann sich das Plenum nicht auf eine Bestimmung der Geschäftsordnung berufen. Auch der Actus-contrarius-Gedanke greift jedenfalls dann nicht, wenn der Vorsitz vom Ausschuss gewählt wurde.⁷⁸ Schwierigkeiten dürften bei der Bestimmung eines sachlichen Grundes der Abwahl auftreten. Denn einen Vertrauensverlust im Ausschuss hat der Ausschuss selbst in Form der Abwahl auszudrücken. Die Abwahl durch das Plenum könnte sich maximal darauf stützen, dass ein Ausschussvorsitz das Ansehen des Bundestages gerade durch die Position als Ausschussvorsitz stark herabsetzt. Die Abwahl durch das Plenum dürfte wegen des Spiegelbildlichkeitsprinzips aber praktisch ausgeschlossen sein. Denn wenn der Ausschuss nach den Stärkenverhältnis der Fraktionen im Plenum besetzt ist, ist kaum ein Fall denkbar, in dem sich nicht im Ausschuss, wohl aber im Plenum, eine Mehrheit für die Abwahl findet.

IX. Tipps und Takeaways

Sollte dieser oder ein anderer Sachverhalt, der die Geschäftsordnung zum Gegenstand hat, in der Fallbearbeitung behandelt werden, sollten sich die Bearbeiterinnen zunächst Gedanken um den Aufbau machen. Wichtig dabei ist, zunächst die aus der Parlamentsautonomie resultierende eingeschränkte Überprüfbarkeit herzuleiten und anhand dessen den richtigen Prüfungsmaßstab herauszuarbeiten. Es sind alle in Betracht kommenden Beeinträchtigungen der Verfassung anzusprechen. Stellt sich dabei heraus, dass die Auslegung oder Ausführung der Geschäftsordnung tatsächlich gegen das Grundgesetz verstößt, ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Andernfalls darf nicht das Willkürverbot vergessen werden.

Weiter ist das Gericht nicht auf die Möglichkeit der Abweichung von der Geschäftsordnung nach § 126 GOBT eingegangen. Denn dieser ist für Ausschüsse wohl nicht anwendbar.⁷⁹ Daher sollte auch

⁷⁸ Auch im Fall, dass der Vorsitz vom Plenum gewählt wurde, dürfte die Abwahl nicht vom Actus-contrarius-Gedanken gedeckt sein. Denn in diesem Fall würde das Plenum eine Aufgabe des Ausschusses an dessen statt wahrnehmen. Die grundlegende Berufungs- und Abberufungskompetenz liegt dennoch beim Ausschuss selbst.

⁷⁹ So wohl *Hense*, in: BeckOK GG, GOBT § 126 Rn. 2; Ritzel/Bücker/Schreiner, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, GOBT § 126, Anm. g.

nicht in der Prüfung auf diese Möglichkeit abgestellt werden. Auch sollte im Rahmen der Abwahl nicht auf die Indemnität (Art. 46 Abs. 1 S. 1 GG) abgestellt werden. Die Abwahl ist insofern keine Sanktion oder ähnliches, sondern eine innerorganisatorische Entscheidung.⁸⁰ Schließlich sollten Parallelen zu herabwürdigenden Äußerungen von Mitgliedern der Regierung oder des Bundespräsidenten, die gegen die Gleichheit der Parteien verstoßen können,⁸¹ vermieden werden. Denn hier werden Äußerungen mit der Autorität des jeweiligen Amtes „von oben herab“ getätigt. Eine solche Autorität haben die Mitglieder des Ausschusses weder im Fall der Nichtwahl noch bei der Abwahl inne. Hier sind ausschließlich gleichberechtigte Akteure beteiligt.

Des Weiteren können aus den Entscheidungen folgende Punkte mitgenommen werden:

1. Verletzungen der Geschäftsordnung können im Wege des Organstreits geltend gemacht werden. Es können jedoch nur Verletzungen des Grundgesetzes überprüft werden.
2. Aus der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages folgt nicht nur das Recht zum autonomen Erlass, sondern auch das Recht zur eigenständigen Auslegung.
 - a) Das Verfassungsgericht hat hier nur einen beschränkten Prüfungsmaßstab.
 - b) Aus diesem folgt, dass nur die Plausibilität der Auslegung der Geschäftsordnung durch den Bundestag geprüft wird.
3. Auch Fraktionen können sich auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG berufen. Sie leiten dieses Recht von ihren Mitgliedern ab.
4. Aus dem Grundsatz der effektiven Opposition können keine ungeschriebenen Rechte hergeleitet werden.
5. Die Fraktionen sind untereinander zur gleichberechtigten Teilhabe berechtigt.
 - a) Hieraus folgt jedoch nur die Gleichbehandlung in Ansehung der Fraktionsstärke (Spiegelbildlichkeitsprinzip).
 - b) Eine absolute Gleichheit wird nicht gefordert.
6. Der Ausschussvorsitz unterfällt nicht dem Spiegelbildlichkeitsprinzip.
7. Der Actus-contrarius-Gedanke gilt als Grundsatz auch im Verfassungsrecht. Eine Ausnahme bedarf der ausdrücklichen Normierung.

⁸⁰ *Glauben*, DVBl 2020, 1174 (1177).

⁸¹ Bspw. BVerfG, Urt. v. 10.6.2014 – 2 BvE 4/13; BVerfG, Urt. v. 15.6.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23¹

Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge bei vorsätzlicher Tötung des Opfers durch den Mittäter

1. Geschütztes Rechtsgut des § 239a StGB ist nicht nur die Willensfreiheit des Genötigten vor einer besonders schwerwiegenden und besonders verwerflichen Nötigung, sondern auch dessen körperliche Integrität.
2. Der für § 239a Abs. 3 StGB erforderliche qualifikationsspezifische und aus der konkreten Schutzrichtung der Norm zu bestimmende Zusammenhang ist deshalb auch dann gegeben, wenn der Tod des Opfers als Folge der dem Opfer während der Bemächtigungslage widerfahrenen Behandlung eintritt, wobei die Eskalationsgefahr mit zunehmender Dauer der Gefangenschaft regelmäßig zunimmt.

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 13, 25, 239a Abs. 1, Abs. 3

Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn*

I. Einführung

Die zu besprechende Entscheidung dürfte von hoher Prüfungsrelevanz sein: Sie behandelt komplexe Fragen des Allgemeinen Teils, allerdings im Rahmen eines in der Ausbildung häufig vergleichsweise weniger beachteten Delikts – nämlich dem erpresserischen Menschenraub gem. § 239a StGB. Diese Vorschrift war ihrerseits in jüngerer Zeit mehrfach Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung, die den Prüfungsämtern bereits als Vorlage für Examensklausuren² gedient hat. Daher bietet die Entscheidung sich mit ihrer Verknüpfung von Problemen aus dem Allgemeinen und dem Besonderen Teil geradezu als Inspiration für Klausuren und Hausarbeiten an. Dies gilt erst recht, weil sie in der Literatur ganz überwiegend³ sehr kritisch rezipiert⁴ wurde.

* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Die **Entscheidung** ist zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen sowie enthalten in NStZ 2024, 485 m.Anm. Valerius; JR 2024, 591 m.Anm. Eisele; NJW 2024, 1357 m.Anm. Mitsch; JZ 2024, 838 m.Anm. Renzikowski; vgl. außerdem Hecker, JuS 2024, 1087.

² Etwa im Mai-Termin 2024 in Nordrhein-Westfalen.

³ Zustimmend offenbar nur Hecker, JuS 2024, 1087 (1088: „überzeugende[] Begründung“); mit gemischter Einschätzung Eisele, JR 2024, 595.

⁴ Mitsch, NJW 2024, 1360; Renzikowski, JZ 2024, 838; Valerius, NStZ 2024, 487.

II. Entscheidungserheblicher Sachverhalt

Der Senat teilt folgende Feststellungen der Schwurgerichtskammer mit:⁵ Dem Angeklagten A war das spätere Opfer O persönlich bekannt. Er ging daher davon aus, dass O größere Mengen Bargeld und Gold in seinem Anwesen hatte. Zudem wusste er, dass O an einer schweren Lungenerkrankung litt. Gemeinsam mit dem Angeklagten B (um dessen Strafbarkeit es in der Entscheidung geht) vereinbarte er, dass B den O in dessen Haus überfallen und die Wertgegenstände – notfalls unter Anwendung von körperlicher Gewalt – an sich bringen sollte. Dabei zogen beide in Betracht, dass O aufgrund seines angegriffenen Gesundheitszustandes infolge eines durch den Überfall verursachten Schreckens oder Schocks versterben könnte. Sie hofften aber und vertrauten ernsthaft darauf, dass es dazu nicht kommen würde, weil O ihnen dann nicht mehr die Verstecke der Wertsachen mitteilen könnte. A sollte nicht vor Ort sein, weil O ihn erkennen könnte; sein Beitrag sollte darin bestehen, dass er sein Wissen über O und die Örtlichkeiten an B weitergab und als Fahrer fungiert.

So begab sich B in das Haus des O, wo es zu einem Kampf mit diesem kam. B überwältigte ihn, worauf O seinen Widerstand aufgab und sich bereit erklärte, sein Geld an B herauszugeben.

Kurze Zeit später rief B den A aus ungeklärten Gründen an, woraufhin dieser zum Tatort kam, sich zunächst aber in einem anderen Zimmer aufhielt, um nicht von O erkannt zu werden. Währenddessen handigte O dem B 3.000,- € in bar aus. A kam infolge eines Gesprächs zwischen B und O, das er hören konnte, zum Schluss, dass O ihn bereits gesehen und identifiziert hatte. Daraufhin beschloss er, O zu töten, um der Strafverfolgung zu entgehen.

Als B mit O durch den Flur ging, damit dieser aus einem anderen Zimmer weiteres Geld hole, trat A an O heran, rang diesen zu Boden und begann ihn zu würgen. B hatte damit nicht gerechnet. Als A nicht von O abließ, wurde B klar, dass A den O töten würde. Da A unbewaffnet und B gegenüber auch nicht körperlich überlegen war, hätte B die Tötung des O unterbinden können, blieb aber untätig stehen. A würgte O für insgesamt mindestens zwei Minuten, wobei er ihm beide Kehlkopfhörner brach, bis O infolge des Sauerstoffmangels verstarb.

III. Entscheidungen

Die erste mit dem Fall befasste Schwurgerichtskammer (§ 74 Abs. 2 S. 1 GVG) des LG Rottweil⁶ vermochte sich nicht davon zu überzeugen, welcher der beiden Angeklagten den Geschädigten getötet hat, und unterstellte daher in Bezug auf beide in dubio pro reo, dass der jeweils andere für den Tod des O verantwortlich war. Sie verurteilte, jeweils wegen räuberischer Erpressung, A zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und B zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten. Auf die dagegen gerichteten Revisionen (§ 333 StPO) der Staatsanwaltschaft (§ 296 StPO) und der Nebenklägerin (§§ 395 Abs. 2 Nr. 1, 400 f. StPO) hin hob der BGH das Urteil mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Schwurgerichtskammer des LG Rottweil zurück (§ 354 Abs. 2 S. 1 StPO).⁷ Diese traf die obigen Feststellungen und verurteilte A wegen Mordes in Tateinheit mit räuberischer Erpressung mit Todesfolge zu lebenslanger Freiheitsstrafe,⁸ B hingegen wegen erpresserischen Menschenraubs in Tateinheit mit räuberi-

⁵ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 3 ff.; detailliert zum Tathergang LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 47 ff.

⁶ LG Rottweil, Urt. v. 8.1.2020 – 20 Js 14035/18 1 Ks (unveröffentlicht).

⁷ BGH, Urt. v. 20.4.2021 – 1 StR 286/20 = BeckRS 2021, 16038.

⁸ Eine Verurteilung wegen mittäterschaftlichen erpresserischen Menschenraubs lehnte die Kammer dagegen mit der Begründung ab, dass nach dem ursprünglichen Tatplan wohl kein zeitlich gestrecktes Geschehen (in dessen Rahmen B eine stabile Bemächtigungslage herstellt) vorgesehen gewesen sein dürfte, sondern „nur“

scher Erpressung und wegen unterlassener Hilfeleistung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und neun Monaten.⁹ Die Verurteilung des Angeklagten A wurde rechtskräftig. Hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten B hingegen legten dieser selbst (§ 296 Abs. 1 StPO) sowie die Nebenklägerinnen erneut Revision ein, letztere mit dem Ziel einer Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts.

Der 1. Strafsenat des BGH änderte mit der hiesigen Entscheidung den Schuldspruch dahingehend ab, dass B des erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge in Tateinheit mit räuberischer Erpressung schuldig ist; die Revision der Nebenklägerinnen verwarf er hingegen. Zudem hob er den Strafausspruch auf und verwies insoweit die Sache an eine Schwurgerichtskammer des LG Tübingen (§ 354 Abs. 2 S. 1 Var. 2 StPO).

IV. Kritische Würdigung

Die Entscheidung wirft zahlreiche Fragen auf, die der *Senat* nicht überzeugend beantwortet hat:

1. Vorsätzliche (aktive) Tötung in Mittäterschaft

Zunächst stellt sich die Frage, ob B nicht sogar wegen mittäterschaftlichen aktiven Mordes oder Totschlags zu bestrafen war. Da er selbst nach dem Ergebnis der Beweisaufnahmen keinen unmittelbaren aktiven Beitrag zum Tod des O geleistet hat, kommt eine diesbezügliche Strafbarkeit dann in Betracht, wenn ihm die Tötungshandlung des A (das Würgen) gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann, nicht hingegen, wenn es sich dabei um einen sog. Exzess handelt.

Mittäterschaftliche Zurechnung setzt einen gemeinsamen Tatplan sowie eine arbeitsteilige Tatausführung voraus.¹⁰

Zunächst hätte es also eines gemeinsamen Tatplans zur Tötung des O bedurft. Insoweit liegt ein „klassischer“, nicht zurechenbarer Exzess vor, wenn die Mittäter sich beispielsweise „nur“ zu einer gemeinschaftlichen Körperverletzung verabreden, einer der Täter dann aber – für die anderen überraschend – das Opfer vorsätzlich tötet.¹¹ Der hiesige Fall liegt dahingehend anders, als die beiden Angeklagten den Tod des Opfers als Folge des Gesamtgeschehens von Anfang mit in Betracht gezogen haben. Nach der Rechtsprechung des BGH werden „die Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat. Dasselbe gilt, wenn ihm die Handlungsweise des Mittäters gleichgültig ist.“¹² Ein Exzess kann daher nur insoweit vorliegen, als das tatsächliche Tötungsgeschehen so stark vom ursprünglichen Tatplan abweicht, dass es nicht mehr als von diesem erfasst angesehen werden kann.

Hier spricht freilich vieles für die Annahme einer Exzesshandlung: Im ursprünglichen Tatplan war gerade noch nicht einmal die Anwesenheit des A am Tatort vorgesehen.¹³ Zudem macht es einen erheblichen wertungsmäßigen Unterschied, ob das Opfer unerwünscht als Nebenfolge eines Kamp-

die unmittelbare (räuberische) Erpressung durch B. Daher könne der erpresserische Menschenraub seitens B dem A nicht gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden; vgl. LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 128.

⁹ LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573.

¹⁰ Zu den Voraussetzungen der Mittäterschaft und ihrer Umsetzung im Gutachten vgl. bspw. die Vorschläge von [Bock, ZJS 2020, 427](#) einerseits und [Rotsch, ZJS 2012, 680](#) (682 ff.) andererseits.

¹¹ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 13.3.2013 – 2 StR 440/12 = NStZ 2013, 462.

¹² Exemplarisch BGH, Urt. v. 26.4.2012 – 4 StR 51/12 = NStZ 2012, 563.

¹³ Zutreffend [Valerius](#), NStZ 2024, 487 (488).

fes oder infolge Schreckens im Kontext der Tat verstirbt oder ob einer der Täter es aktiv in Verdeckungsabsicht tötet.¹⁴

Zu überlegen wäre allerdings, ob die beiden Angeklagten den ursprünglichen Tatplan zwischenzeitlich erweitert haben, sodass er nun auch die absichtliche Tötung des O durch A umfasste. Dafür, dass es zu einer entsprechenden expliziten oder auch nur konkludenten Übereinkunft kam, fehlen nach den Feststellungen die Anhaltspunkte; insbesondere ist der Inhalt des Telefonats zwischen den beiden Angeklagten unbekannt. In Betracht kommt daher allenfalls, dass B sich durch seine Untätigkeit in Bezug auf das Würgen des O durch A dessen Tatplanänderung zu eigen gemacht hat. Die soll nach der Rechtsprechung etwa dann der Fall sein, wenn der Mittäter mit der weiteren Ausführung des ursprünglichen Tatplans aktiv fortfährt.¹⁵ Insoweit teilt die Entscheidung keine Feststellungen mit.¹⁶ In bedenklich¹⁷ weiter Art und Weise lässt es die Rechtsprechung vereinzelt sogar als eine Tatplan erweiternde Billigung ausreichen, wenn der eine Mittäter sich nicht umgehend von den Handlungen des Mittäters distanziert,¹⁸ was hier in der Untätigkeit gesehen werden könnte.

Allerdings reicht es für einen gemeinsamen mittäterschaftlichen Tatplan jedenfalls nicht aus, dass irgendeiner der Beteiligten einen Erfolg herbeiführen soll und die anderen damit einverstanden sind. Um Mittäterschaft handelt es sich nur dann, wenn der Plan gerade auf ein arbeitsteiliges Verhalten der Personen gerichtet ist. Die Frage, ob eine funktionale Arbeitsteilung vorliegt, ist dabei nicht allgemein bezogen auf den gesamten (faktischen) Lebenssachverhalt zu beantworten, sondern jeweils spezifisch in Bezug auf das in Rede stehende Delikt. (Allerspätestens) Daran fehlt es hier: Selbst wenn man davon ausginge, dass A und B den Tatplan im Laufe des Geschehens dahingehend angepasst haben, dass A den O vorsätzlich tötet, so beinhaltet dieser Plan keinen – (nur) in Bezug auf die Tötung – nennenswerten Beitrag des B. Eine Zurechnung des Würgens gem. § 25 Abs. 2 StGB scheidet daher richtigerweise aus.

Exkurs: Ist in einem Fall der Sachverhalt insoweit anders gelagert (z.B.: B hält O fest, während A diesen würgt), kann sich das Problem der Beteiligung bei Mord stellen. Dann ist für die weitere Prüfung entscheidend, welche Mordmerkmale A verwirklicht hat.

Die Schwurgerichtskammer des LG Rottweil hat Heimtücke mit der Begründung abgelehnt, dass O im Zeitpunkt des Angriffs durch A nicht (mehr) arglos gewesen sei, weil er ja bereits durch B angegriffen wurde und A dies zuzurechnen sei.¹⁹ Das ist freilich nicht unproblematisch: Der maßgebliche Zeitpunkt, in dem das Opfer arglos sein muss, ist der erste mit Tötungsvorsatz geführte Angriff.²⁰ Allerdings war bereits der Angriff seitens des B, den A sich zurechnen lassen muss, von einem bedingten Tötungsvorsatz getragen; zu diesem Zeitpunkt rechnete O jedenfalls nicht damit, dass jemand in sein Haus eindringen und ihn überfallen würde. Daher greift auch die hilfsweise Argumentation der Kammer nicht durch, A habe jedenfalls keinen Vorsatz dahingehend gehabt, dass O im Zeitpunkt des

¹⁴ So auch *Valerius*, NStZ 2024, 487 (488).

¹⁵ BGH, Urt. v. 19.9.2001 – 2 StR 224/01 = NStZ-RR 2002, 9.

¹⁶ Nach den ursprünglichen Feststellungen hatten die Angeklagten gemeinsam das Haus verlassen und die Beute hälftig geteilt (BGH, Urt. v. 20.4.2021 – 1 StR 286/20, Rn. 11 = BeckRS 2021, 16038). Ob das zweite Tatgericht diese aufgehobenen Feststellungen erneut getroffen hat, ist offen.

¹⁷ Richtigerweise wird man fordern müssen, dass der gemeinsame Tatentschluss auch eine objektive Komponente hat (*Rotsch*, ZJS 2012, 680 [685]), an der es fehlt, wenn sich das „Zu-eigen-Machen“ in einer bloßen passiven Duldung erschöpft.

¹⁸ BGH, Urt. v. 19.3.2013 – 5 StR 575/12 = NStZ 2013, 400 (401).

¹⁹ LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 125.

²⁰ St.Rspr.; vgl. exemplarisch jüngst BGH, Beschl. v. 26.7.2023 – 6 StR 132/23 = NStZ 2024, 736.

tödlichen Angriffs arglos war,²¹ weil es hierauf nicht ankommt. Die Rechtsprechung lässt es vielfach ausreichen, dass eine durch frühere Arglosigkeit geschaffene wehrlose Situation auf den Zeitpunkt des tödlichen Angriffs fortwirkt.²² Diese Ausdehnung der Heimtücke ist – gerade angesichts des Bedürfnisses nach restriktiver Auslegung²³ – zwar grundsätzlich nicht unproblematisch.²⁴ Aber insbesondere, wenn es sich um ein zeitlich stark gestrecktes Geschehen handelt,²⁵ ist es nicht mehr selbstverständlich, dass der Überraschungseffekt auf das Opfer nachwirkt. Um einen solchen Fall handelt es sich hier aber nicht: Zwischen dem ersten Angriff auf O durch B und dessen Tötung durch A lagen weniger als 40 Minuten.

Das Erwürgen kann – je nach den Umständen des Einzelfalles – eine grausame Tötung darstellen.²⁶ Die Kammer setzt sich damit nicht auseinander. Hätten die Voraussetzungen in concreto vorgelegen, so hätte B die maßgeblichen Umstände auch erkannt, sodass eine Beteiligung am Mord insoweit unproblematisch vorläge.

Die Schwurgerichtskammer hat indes allein Verdeckungsabsicht angenommen.²⁷ Ein solches subjektives Merkmal kann *nicht* im Wege der Mittäterschaft zugerechnet werden. Ein Mord des B in Mittäterschaft kommt in dieser Konstellation daher nur in Betracht, soweit man annimmt, dass B selbst ein (subjektives) Mordmerkmal verwirklicht. Für Verdeckungsabsicht bestehen insoweit keine Anhaltspunkte. Auch Habgier dürfte nicht vorliegen, weil der Tod des O ja gerade verhindert, dass A und B noch weiteres Geld oder Wertgegenstände erbeuten können.

2. Vorsätzliche Tötung durch Unterlassen

Näher lag daher die Frage, ob B sich einer Tötung durch Unterlassen schuldig gemacht hat. Dies setzt gem. § 13 StGB eine sog. Garantenpflicht voraus. Da zwischen B und O kein persönliches Verhältnis bestand, aus dem sich irgendwelche Schutzpflichten ergeben könnten, kommt hier nur die sog. Ingerenz in Betracht. Dabei handelt es sich um eine Handlungspflicht, die sich aus eigenem pflichtwidrigen Vorverhalten ergibt – wer rechtswidrig eine Gefahr schafft, ist dazu verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, damit sie sich nicht realisiert.²⁸

Eine solche pflichtwidrige Handlung läge beispielsweise in dem körperlichen Angriff des B auf O vor dem Eintreffen des A. Allerdings ist O nach den Feststellungen nicht an den dabei erlittenen Verletzungen gestorben. Auch dürfte das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht dahingehend zu verstehen sein, dass erst die körperliche Erschöpfung des O infolge des Angriffs durch B es ermöglicht hat, dass A den O niederringen und erwürgen konnte.²⁹ Vielmehr wäre A aufgrund des krankheitsbedingt geschwächten Zustands des O wohl ohnehin möglich gewesen, weshalb sich jedenfalls insoweit nicht das von B geschaffene Risiko realisiert.

²¹ LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 126.

²² Exemplarisch BGH, Beschl. v. 26.3.2020 – 4 StR 134/19, Rn. 18 = NSTZ 2020, 609 (611).

²³ BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187.

²⁴ Krit. bspw. *Schauf*, NSTZ 2019, 585; *Schiemann*, NSTZ 2018, 654 (655) – jeweils anlässlich BGH, Beschl. v. 31.7.2018 – 5 StR 296/18 = NSTZ 2018, 654; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 170 ff. m.w.N.

²⁵ BGH, Beschl. v. 7.4.1989 – 3 StR 83/89 = NSTZ 1989, 364 (365), spricht von „geraume[r] Zeit“.

²⁶ OGHBrZ Köln, Urt. v. 26.6.1950 – 2. StS 25/50 = NJW 1950, 710 (711).

²⁷ LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 123 ff.

²⁸ Exemplarisch *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 42 ff. m.w.N.

²⁹ *Otto*, in: FS Geppert, 2011, S. 441 (455 ff.).

Eine Ingerenzgarantenpflicht soll sich nach der – problematisch weiten³⁰ – Rechtsprechung darüber hinaus daraus ergeben können, dass der Unterlassende den anderen zuvor in irgendeiner Art und Weise zu dessen aktiver Tat gereizt oder in dessen bereits gefasstem Tatentschluss bestärkt hat.³¹ Der *Senat* lehnt dies lapidar mit der Begründung ab, dass B den A nicht in dessen Mordentschluss bestärkt hat.³² Bei einer engen Lesart ist das zwar zutreffend; gleichwohl stellt sich der Fall nicht so unproblematisch dar, wie es der *Senat* erscheinen lässt.³³ Denn schließlich war zunächst gar nicht geplant gewesen, dass A sich überhaupt im Haus aufhalten sollte. Das Risiko, dass A sich – ob zutreffend oder unzutreffend – durch O erkannt wähnte, ergab sich erst daraus, dass B den A anrief, woraufhin dieser zum Tatort kam. Ungeachtet des unbekanntem Inhalts des Gesprächs war der Anruf jedenfalls der Anlass dafür, dass A sich zum Tatort begeben hat. B hat also durchaus zumindest eine (Mit-)Ursache dafür gesetzt, dass die Situation überhaupt erst eskalieren konnte, wie der *Senat* selbst erkennt.³⁴³⁵ Eine solche Gefahrschaffung lässt der BGH ebenfalls für eine Ingerenz ausreichen,³⁶ weshalb eine Strafbarkeit wegen Totschlags oder Mordes durch Unterlassen – wie von der Nebenklage angestrebt – jedenfalls nicht gänzlich fernliegt.

Berechtigterweise zweifeln lässt sich hingegen am Vorsatz des B hinsichtlich seiner eventuellen Ingerenz. Da der Inhalt des Gesprächs nicht bekannt ist und sich sicherlich auch nicht mehr aufklären lassen wird, ist nicht auszuschließen, dass B zum Beispiel nicht damit gerechnet hatte, dass A zum Tatort kommen und dieses betreten würde.

Hinweis: Sieht man dies anders bzw. ist der Sachverhalt entsprechend gelagert, stellt sich die Folgefrage, ob es sich um ein täterschaftliches Unterlassen oder um eine Beihilfe durch Unterlassen zum vorsätzlichen aktiven Tötungsdelikt handelt. Geht man davon aus, dass B selbst nicht in Verdeckungsabsicht unterlässt, ist im Falle der Annahme von Beihilfe durch Unterlassen zudem der Streit über die Anwendung des § 28 StGB bei Teilnahme am Mord³⁷ zu führen.

3. Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge

Kern der Entscheidung ist die Frage, ob ein Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge (§ 239a Abs. 1, Abs. 3 StGB) vorliegt, wie es das Landgericht und der BGH angenommen haben.

a) Grunddelikt: Erpresserischer Menschenraub

Zunächst müsste also der Grunddeliktstatbestand erfüllt sein. Strenggenommen gibt es zwei grunddeliktstatbestände des Erpresserischen Menschenraubs: den Entführungs-/Bemächtigungstatbestand und den Ausnutzungstatbestand.

³⁰ Zutreffend kritisch *Neumann*, JR 1993, 161 (161 f.); *Paradissis*, Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen, 2015, insb. S. 183 ff.

³¹ Bspw. BGH, Urt. v. 26.2.2009 – 5 StR 572/08 = NStZ 2009, 381 (382); BGH, Urt. v. 2.8.2023 – 5 StR 80/23, Rn. 21 = NStZ 2024, 222 (223) m.w.N.

³² BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 26.

³³ *Renzikowski*, JZ 2024, 838 (839).

³⁴ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 20.

³⁵ *Renzikowski*, JZ 2024, 838 (839).

³⁶ Bspw. BGH, Beschl. v. 22.12.1981 – 1 StR 729/81 = StV 1982, 218.

³⁷ Dazu etwa *Beer*, ZJS 2017, 536.

aa) Allgemein: Tatbestandsstruktur

§ 239a Abs. 1 Var. 1 StGB lautet:

„Wer einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt, um die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung (§ 253) auszunutzen [...].“

Tatbestandsmäßiges Verhalten ist also ausschließlich die Entführung bzw. Bemächtigung, die von der überschießenden Innentendenz getragen sein muss, eine Erpressung begehen zu wollen. Daraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

Prüfungsschema § 239a Abs. 1 Var. 1 StGB:

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Tatobjekt: anderer Mensch
 - bb) Tathandlung
 - Entführen
 - oder
 - Sich-Bemächtigen
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - aa) Vorsatz, § 15 StGB
 - bb) Erpressungsabsicht
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Tätige Reue, Abs. 4

Der Ausnutzungstatbestand gem. § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB lautet dagegen wie folgt: „[W]er die von ihm durch eine solche Handlung geschaffene Lage eines Menschen zu einer solchen Erpressung ausnutzt [...]“. Ausreichend ist hier also nicht mehr, dass die Begehung einer Erpressung nur beabsichtigt wird, sondern sie muss unter Ausnutzung der geschaffenen Bemächtigungslage begangen werden.

Prüfungsschema § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB:

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Tatobjekt: anderer Mensch
 - bb) Tathandlung
 - Entführen
 - oder
 - Sich-Bemächtigen
 - cc) Begehung der Erpressung unter Ausnutzung der Bemächtigungslage
 - b) Subjektiver Tatbestand: Vorsatz, § 15 StGB
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Tätige Reue, Abs. 4

Weder die Schwurgerichtskammer noch der *Senat* konkretisieren, auf welchen der beiden Tatbestände sie abstellen, sondern stellen verallgemeinernd auf „Abs. 1“ ab (vgl. noch cc)).

bb) Tatbestandsmäßigkeit im entscheidungserheblichen Sachverhalt

Da das „Entführen“ eine nennenswerte Ortsveränderung des Opfers voraussetzt,³⁸ kommt hier nur das „Sich-Bemächtigen“ in Betracht. Das setzt voraus, dass der Täter die Herrschaft über das Opfer erlangt.³⁹ Dies geschah hier, indem B den O überwältigte und ihn zum einen körperlich schwächte, zum anderen deutlich machte, dass er jederzeit wieder gewalttätig werden könnte, ohne dass O dem etwas entgegensetzen könnte. Insoweit handelte er auch vorsätzlich (§ 15 StGB) und bereits mit Erpressungsabsicht.

Die entscheidende Verbindung zwischen der Bemächtigung und der (beabsichtigten) Erpressung ist „die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers“. Daraus wird deutlich, dass der Tatbestand nicht (mehr⁴⁰) zwingend ein Drei-Personen-Verhältnis voraussetzt, sondern auch ein Zwei-Personen-Verhältnis ausreicht, wenn nämlich das Opfer der Bemächtigung um sein eigenes Wohl besorgt ist. Zu beachten ist allerdings, dass § 239a Abs. 1 StGB eine Mindeststrafe von fünf Jahren vorsieht. Dieser Strafraum liegt daher deutlich über demjenigen der Erpressung gem. § 253 Abs. 1 StGB (und selbst der räuberischen Erpressung gem. § 255 StGB). Dieser Sprung des Strafraums muss begründet werden; man darf § 239a Abs. 1 StGB nicht dahingehend auslegen, dass letztlich jede Gewaltanwendung oder Drohung gegenüber dem Opfer dazu führt, dass der Täter sich dessen bemächtigt und somit aus jeder Erpressung im Ergebnis ein Erpresserischer Menschenraub wird. Als Abgrenzungskriterium verlangt die Rechtsprechung eine „stabile Bemächtigungslage“; die Bemächtigung des Opfers und der Einsatz des Erpressungsmittels dürfen nicht zusammenfallen.⁴¹ Nach dieser Maßgabe ist den Gerichten zuzustimmen, dass B einen Erpresserischen Menschenraub und nicht lediglich eine (räuberische) Erpressung verübt hat: Durch den körperlichen Angriff hat er zunächst den Widerstand des O gebrochen und diesen in seine Gewalt gebracht. Dass O im nachfolgenden Geld herausgab bzw. sich dazu anschickte, war dagegen die Folge der (expliziten oder konkludenten) Drohung, B werde weitere Gewalt ausüben, wenn O sich nicht wie gewünscht verhalte. In Betracht kommen im hiesigen Sachverhalt daher beide Varianten des Tatbestands.

cc) Rechtliche Einordnung

Nicht ohne weiteres zu beantworten ist die – später noch relevante (b) bb)) – Frage, welche Tatbestandsvariante nun einschlägig ist und ob die Tat vollendet ist:

(1) Zunächst stellt sich die Frage, wie sich die beiden Tatbestandsvarianten zueinander verhalten. Viele Literaturstimmen scheinen von einem impliziten Exklusivitätsverhältnis dahingehend auszugehen, dass die Ausnutzungsvariante nur für solche Fälle einschlägig ist, in denen im Zeitpunkt der Bemächtigung noch gerade keine Erpressungsabsicht bestand, sondern der Täter diesen Entschluss

³⁸ Dazu näher jüngst BGH, Urt. v. 7.8.2024 – 6 StR 552/23 = NStZ-RR 2024, 310.

³⁹ Bspw. BGH, Beschl. v. 28.11.1995 – 4 StR 641/95 = NStZ 1996, 277.

⁴⁰ Allgemein zur Historie des Tatbestands vgl. ausführlich *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 10 ff. Die Ausdehnung auf Zwei-Personen-Verhältnisse erfolgte durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten v. 9.6.1989 = BGBl. I 1989, S. 1059; vgl. dazu [BT-Drs. 11/2834](#), S. 9 f. und [BT-Drs. 11/4359](#), S. 5, 13.

⁴¹ Vgl. jüngst etwa BGH, Beschl. v. 29.6.2022 – 3 StR 501/21 = NStZ 2023, 34 m.Anm. *Valerius*; BGH, Beschl. v. 10.5.2023 – 4 StR 515/22 = NStZ 2023, 677 m.Anm. *Kudlich/Schütz*.

erst später fasst.⁴² Richtig ist, dass § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB so konzipiert ist, dass er jedenfalls *auch* diese Fälle erfassen soll. Das bedeutet aber nicht, dass die Ausnutzungsvariante nicht verwirklicht werden kann, wenn die Erpressungsabsicht bereits von Anfang an bestanden hat. Der Wortlaut der Vorschrift bietet dafür jedenfalls keinen Anhaltspunkt. Zudem kennt das Gesetz vergleichbare Fälle, in denen es explizit differenziert (ähnlich etwa § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB einerseits und § 147 StGB andererseits). Schließlich ist gegenüber dem Exklusivitätsdenken generelle Skepsis angezeigt.⁴³ Daher schließt der Umstand, dass B von Anfang an mit Erpressungsabsicht handelte, die Anwendung des Ausnutzungstatbestands nicht aus.

(2) Fraglich ist ferner, wann der Ausnutzungstatbestand vollendet wird. Insoweit ist umstritten, ob es ausreicht, dass die Erpressung ins Versuchsstadium gelangt ist⁴⁴ oder ob sie vollendet, also ein Vermögensnachteil eingetreten⁴⁵ sein muss. Die besseren Gründe streiten für die letztgenannte Auffassung: Soweit das Gesetz nicht deutlich macht, dass es auch den Versuch der Tat meint (so z.B. in §§ 11 Abs. 1 Nr. 6, 140 Nr. 1 StGB, § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO), ist davon auszugehen, dass „nur“ die vollendete Tat gemeint ist.⁴⁶ Der Begriff „Erpressung“ meint daher eine vollendete Erpressung.

(3) Entscheidend ist daher, ob ein Vermögensnachteil eingetreten ist. Insoweit stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass O einerseits bereits Geld an B übergeben hatte, B sich andererseits noch weiteres Geld von ihm aushändigen lassen wollte. Ginge es etwa um Diebstahlstaten, so könnte hinsichtlich jedes einzelnen Gegenstands danach differenziert werden, ob die Tat versucht oder vollendet war. Bei der Erpressung geht es aber um das Vermögen des Opfers als Ganzes. Wird dieses ohne Kompensation verringert, liegt grundsätzlich ein Vermögensnachteil vor und die Tat ist damit vollendet. Dies soll auch dann gelten, wenn die Beute geringer ausfällt als vom Täter erhofft.⁴⁷ Eine Ausnahme wird nur für solche Fälle in Betracht gezogen, in denen der Täter keine andere als die erstrebte Beute akzeptiert und alles andere zurückweist, weil es sich dann nicht um ein Minus, sondern um ein Aliud handeln soll.⁴⁸

Auf die hiesige Fallkonstellation dürfte diese Überlegung hingegen nicht zu übertragen sein: A und B wollten schlichtweg so viel Geld und Wertsachen wie möglich erbeuten. Durch die Übergabe der 3.000,- € trat daher ein Vermögensnachteil bei O ein, der auf die Drohung des B mit weiteren Gewalttätigkeiten zurückzuführen ist. Somit liegt eine vollendete Erpressung vor, die durch die stabile Bemächtigungslage ermöglicht wurde, weshalb auch der Ausnutzungstatbestand gem. § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB erfüllt ist.⁴⁹

(4) Im Ergebnis liegen also mehrere sukzessive Tatbestandsverwirklichungen vor: Zunächst bemächtigt B sich des O (Var. 1), nutzt dies zu einer Erpressung aus (Var. 2) und versucht anschließend, eine weitere Erpressung unter Ausnutzung der Bemächtigungslage zu begehen (versuchte Var. 2). Dabei handelt es sich nicht um eine einheitliche Tatbestandsverwirklichung. Erst auf Konkur-

⁴² Bspw. *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 239a Rn. 17; *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239a Rn. 34; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 239a Rn. 15.

⁴³ Dazu näher *M. Wagner, ZIS 2019, 12*.

⁴⁴ So v.a. BGH, Urt. v. 16.3.1976 – 5 StR 72/76 = BGHSt 26, 309 (310); BGH, Urt. v. 31.8.2006 – 3 StR 246/06 = NStZ 2007, 32 (33); BGH, Urt. v. 2.2.2012 – 3 StR 385/11 = NStZ-RR 2012, 173 (174); *Eisele*, in: TK-StGB, 31. Aufl. 2025, § 239a Rn. 24; *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239a Rn. 35.

⁴⁵ Insb. *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 239a Rn. 19; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 63; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 239a Rn. 15.

⁴⁶ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 63.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 30.11.1995 – 5 StR 465/95 = BGHSt 41, 368 (371) = NJW 1996, 936 (937); vgl. jüngst BGH, Beschl. v. 25.3.2025 – 5 StR 626/24, Rn. 5 f.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 29.11.2007 – 4 StR 549/07 = NStZ 2008, 215.

⁴⁹ A.A. offenbar *Mitsch*, NJW 2024, 1360 (1360).

renzebene werden die verschiedenen Tatbestandsverwirklichungen normativ zu einer Handlungseinheit zusammengefasst.⁵⁰

b) Erfolgsqualifikation

Problematisch ist dagegen, ob die Todeserfolgsqualifikation gem. § 239a Abs. 3 StGB einschlägig ist. Sie ist – anders als der *Senat* dies tut⁵¹ – folgendermaßen zu prüfen:⁵²

Prüfungsschema § 239a Abs. 1, Abs. 3 StGB:

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts
 - b) Subjektiver Tatbestand des Grunddelikts
 - c) Erfolgsqualifikation
 - aa) Tod des Opfers
 - bb) Durch die Tat
 - (1) Kausalität
 - (2) Spezifischer Gefahrezusammenhang
 - cc) (Wenigstens) Leichtfertigkeit
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Tätige Reue, Abs. 4

aa) Tod des Opfers

Anders als etwa bei § 251 StGB reicht es für die Erfolgsqualifikation nicht aus, dass irgendeine Person infolge des Grunddelikts zu Tode kommt, sondern § 239a Abs. 3 StGB verlangt gerade den Tod des Opfers der Entführung bzw. Bemächtigung.⁵³ Dies trifft auf den verstorbenen O zu.

bb) Durch die Tat

Zwischen dem Grunddelikt und dem Tod muss weiterhin ein innerer Zusammenhang bestehen („durch die Tat“). Der bloße Erfolgseintritt als solcher reicht nicht aus, um die Verschärfung des (bereits hohen) Strafrahmens auf Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslange Freiheits-

⁵⁰ Insoweit drängt sich der Vergleich zur Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) auf: Wer zunächst eine unechte Urkunde in der Absicht herstellt, diese zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen, und gebraucht diese, verwirklicht zwar sowohl den Tatbestand des Herstellens und des Gebrauchs. Im Ergebnis erfolgt aber nur eine Verurteilung wegen Urkundenfälschung im Wege der tatbestandlichen Handlungseinheit (dazu bspw. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 217 m.w.N.).

⁵¹ *Mitsch* (NJW 2024, 1360 [1360]) weist zutreffend darauf hin, dass der *Senat* die Leichtfertigkeit vor den objektiven Voraussetzungen darstellt. Zwar hatte dieser kein Gutachten, sondern ein Revisionsurteil zu verfassen, weshalb es nicht auf eine systematische Prüfung, sondern auf eine zweckmäßige Darstellung ankommt, weshalb insoweit ein gewisser Spielraum besteht. Gleichwohl ist *Mitsch* zuzustimmen, dass es auch im Urteil befremdet, zunächst subjektive Anforderungen darzustellen, bevor die objektiven Voraussetzungen benannt werden, auf die sie sich beziehen.

⁵² Allgemein zur Prüfung erfolgsqualifizierter Delikte *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 49 f. m.w.N.

⁵³ Dies zutreffend klarstellend *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 65 m.w.N.

strafe zu begründen.⁵⁴ Vielmehr ist erforderlich, dass der Todeserfolg sich gerade als die Realisierung spezifisch derjenigen Gefahr darstellt, die der Täter durch das Grunddelikt gesetzt hat. Insoweit stellen sich verschiedene Vorfragen, die – auch wenn man mit § 239a StGB nicht vertraut ist – in der Sache von anderen erfolgsqualifizierten Delikten wie etwa der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) und dem Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) bekannt sind:

So ist zunächst zu klären, was unter der „Tat“ zu verstehen ist, ob also der Bezugspunkt für die Zurechnung der schweren Folge die Tathandlung und/oder der Taterfolg ist. Insoweit ergibt sich folgendes:⁵⁵ Beim Entführungs-/Bemächtigungstatbestand kommen alle auf die Bemächtigung abzielenden Tathandlungen sowie alle die Bemächtigungslage aufrechterhaltenden Verhaltensweisen in Betracht. Dasselbe gilt grundsätzlich (beachte aber zum maßgeblichen Zeitpunkt sogleich) für die Ausnutzungsvariante. Wie beim Raub mit Todesfolge⁵⁶ (str.) kann die Todesfolge nicht an den Erpressungserfolg geknüpft werden (etwa, weil das Erpressungsoffer lebensnotwendige Medikamente herausgibt und daher stirbt), sondern (nur) an den Einsatz des Raubmittels.⁵⁷

Davon zu trennen ist die Frage, zu welchem *Zeitpunkt* eine Erfolgsqualifikation schon bzw. noch möglich ist:

Damit eine „Tat“ vorliegt, muss diese zumindest ins Versuchsstadium gelangt sein. Für die Ausnutzungsvariante bedeutet das, dass die Erpressung versucht worden sein muss; stirbt das Opfer bereits im Rahmen der Bemächtigung, bevor der Täter zur Drohung ansetzen kann, ist § 239a Abs. 3 StGB jedenfalls nicht in Bezug auf Abs. 1 Var. 2 einschlägig (sehr wohl aber in Bezug Abs. 1 Var. 1, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits die Erpressungsabsicht bestanden hat).⁵⁸

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob noch eine „Tat“ vorliegt, wenn das Grunddelikt bereits vollendet ist, oder ob eine Erfolgsqualifikation auch noch im sog. Beendigungsstadium der Tat (soweit man ein solches überhaupt anerkennen möchte⁵⁹) möglich ist.⁶⁰ Hierauf kommt es aber nicht an, weil das Delikt teilweise nur versucht ist (siehe oben).

Relevant wäre diese Frage dann, wenn B vor der Tötungshandlung des A die Absicht, weitere Wertsachen von O zu erlangen, aufgegeben hätte. Denn dann hätte gerade kein Versuch der Ausnutzungsvariante mehr vorgelegen. Wie insbesondere *Mitsch* anmerkt, könnte ein solches Abstandnehmen gerade in der Untätigkeit des B zu sehen sein, da diesem klar sein musste, dass O nach seinem Tod nicht mehr in der Lage sein würde, Auskunft darüber zu geben, wo er seine Wertsachen aufbewahrt.⁶¹ Zu beachten ist allerdings, dass nach den Feststellungen der Kammer B nicht sofort erkannte, dass A den O zu Verdeckungszwecken töten wollte, sondern dies erst realisierte, als A auch

⁵⁴ BGH, Urt. v. 18.9.1985 – 2 StR 378/85 = BGHSt 33, 322 (322 f.) = NJW 1986, 438 (438 f.); *Brambach*, Probleme der Tatbestände des erpresserischen Menschenraubs und der Geiselnahme, 2000, S. 137 m.w.N.

⁵⁵ *Brambach*, Probleme der Tatbestände des erpresserischen Menschenraubs und der Geiselnahme, 2000, S. 136 ff.; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 66.

⁵⁶ Dazu *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 262 f. m.w.N. (auch zur Gegenauffassung).

⁵⁷ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 66 m.w.N.

⁵⁸ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 66.

⁵⁹ Zutreffend dagegen bspw. *Bitzilekis*, ZStW 99 (1987), 713; *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 8; *Murmann*, ZJS 2008, 456 (458); *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 50.

⁶⁰ So bspw. zu § 251 StGB BGH, Urt. v. 15.5.1992 – 3 StR 535/91 = BGHSt 38, 295 = NJW 1992, 2103; BGH, Urt. v. 27.5.1998 – 3 StR 66/98 = NStZ 1998, 511 (512); BGH, Beschl. v. 29.3.2001 – 3 StR 46/01 = NStZ 2001, 371; BGH, Beschl. v. 20.6.2017 – 2 StR 130/17 = NStZ 2017, 638 (639); BGH, Beschl. v. 24.4.2019 – 2 StR 469/18 = NStZ 2019, 730 (731); *Bosch*, in: TK-StGB, 31. Aufl. 2025, § 251 Rn. 4; *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 251 Rn. 11.

⁶¹ *Mitsch*, NJW 2024, 1360 (1361); vgl. auch *Eisele*, JR 2024, 595 (596).

nach längerem Würgen nicht von O abließ.⁶² Jedenfalls *zu Beginn* der Tötungshandlung durch A als maßgeblichem Zeitpunkt⁶³ war der Erpresserische Menschenraub durch B noch nicht (gänzlich) vollendet, sodass die Frage offenbleiben kann, ob eine Erfolgsqualifikation zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich gewesen wäre.

(1) Kausalität

Der Zurechnungszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge setzt zunächst Kausalität voraus. Sie ist fraglos gegeben: Hätte B sich nicht des O bemächtigt, hätte er nicht vom Haus des O aus A angerufen, dieser sich nicht dort hingeben und den O erwürgt.

(2) Spezifischer Gefahrezusammenhang

Kausalität allein ist aber nicht ausreichend; es bedarf des spezifischen Gefahrezusammenhangs. Zu bestimmen ist daher, welches gerade die typischen Risiken sind, die mit den grundtatbestandsmäßigen Handlungen einhergehen und vor denen der Tatbestand schützen will.

Im Einzelnen sind die Schutzgüter des Tatbestands umstritten.⁶⁴ Richtigerweise ist Hauptschutzzweck des § 239a Abs. 1 StGB die körperliche Integrität⁶⁵ der entführten/bemächtigten Person.⁶⁶ Nach teilweise vertretener Auffassung soll (nur oder auch) ihre (Willens-)Freiheit geschützt werden,⁶⁷ was aber im Widerspruch dazu steht, dass auch bspw. Schlafende und Kleinstkinder erfasst werden sollen, die gerade keinen Willen bilden können.^{68, 69} Zumindest im Rahmen der zweiten Variante⁷⁰ werden außerdem die Willensbetätigungsfreiheit sowie das Vermögen desjenigen geschützt, dessen Sorge ausgenutzt werden soll.⁷¹ Weitestgehend in diesem Sinne, wenn auch verkürzt und unpräzise,⁷² positioniert sich auch der *Senat* im hiesigen Urteil.⁷³

Ein Risiko für die körperliche Integrität des (Bemächtigungs-)Opfers kann sich insbesondere aus den Bedingungen ergeben, unter denen es der Herrschaft des Täters ausgeliefert ist (es also bspw. verhungert oder erfriert).⁷⁴ Ausreichend ist auch der Tod des Opfers infolge eines gefährlichen (und

⁶² LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 73.

⁶³ Darauf, wann der Tod als solcher eintritt, kommt es nicht an; vgl. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 69; *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239a Rn. 39; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 239a Rn. 29.

⁶⁴ Dazu eingehend *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 1 ff. m.w.N.

⁶⁵ Enger *Bohlinger*, JZ 1972, 230 (231 f.); *Brambach*, Probleme der Tatbestände des erpresserischen Menschenraubs und der Geiselnahme, 2000, S. 62 ff.: Nur das Leben der Geisel.

⁶⁶ *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 239a Rn. 2; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 3.

⁶⁷ Bspw. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239a Rn. 1; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl. 2025, § 239a Rn. 1; *Sonnen*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 239 Rn. 11.

⁶⁸ *BT-Drs. VI/2722*, S. 2; BGH, Urt. v. 12.3.1974 – 1 StR 580/73 = BeckRS 1974, 108; *Brambach*, Probleme der Tatbestände des erpresserischen Menschenraubs und der Geiselnahme, 2000, S. 54, 57; *Eisele*, in: TK-StGB, 31. Aufl. 2025, § 239a Rn. 7; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 2 m.w.N.

⁶⁹ Zutr. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 2.

⁷⁰ Zu dieser Einschränkung *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 1.

⁷¹ Bspw. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239a Rn. 1; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl. 2025, § 239a Rn. 1.

⁷² Zutreffende Kritik der Formulierung des Leitsatzes bei *Valerius*, NStZ 2024, 487 (488).

⁷³ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 19.

⁷⁴ Klarstellend etwa BGH, Urt. v. 18.9.1985 – 2 StR 378/85 = BGHSt 33, 322 (324) = NJW 1986, 438 (439).

aufgrund der Zwangslage nicht-freiverantwortlichen) Fluchtversuchs.⁷⁵ Dagegen besteht ein innerer Zusammenhang zum Grunddelikt nicht bereits dann, wenn der Täter die bloße Gelegenheit der Bemächtigungssituation zu Gewalthandlungen nutzt, die letztlich zum Tode führen. Dies ergibt sich aus dem systematischen Unterschied zur Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 StGB), wo es gerade nicht erforderlich ist, dass die Todesfolge „durch die Tat“ herbeigeführt wird, sondern ausreichend, dass das Opfer durch eine „während der Tat begangene Handlung“ getötet wird.⁷⁶

Sind daher noch nicht einmal (alle) Gewalthandlungen durch den Täter selbst typische Risiken des Erpresserischen Menschenraubs, ist dies erst recht in Bezug auf Tötungshandlungen, die durch Dritte vorgenommen werden, zumindest nicht selbstverständlich. Generell unterbricht eigenverantwortliches Drittverhalten grundsätzlich den Zurechnungszusammenhang, es sei denn, gerade solches soll durch den Tatbestand verhindert werden.⁷⁷

Hierin liegt der neuralgische Punkt des Falles. Der *Senat* führt insoweit aus: „Mit der Entführung und Bemächtigung schafft der Täter eine für die Integrität des Opfers besonders verwerfliche Gefahrenlage. Die Verletzung oder sogar Tötung der Geisel stellt sich als ‚ständig gegenwärtige, sofort vollziehbare Aktualität‘ dar, wobei die Eskalationsgefahr mit zunehmender Dauer der Gefangenschaft regelmäßig zunimmt [...]. Gerade diese tatbestandsspezifische erhebliche Gefährdung der höchstpersönlichen Rechtsgüter der Geisel sind dem Gesetzgeber Anlass für die hohe Strafdrohung in § 239a Abs. 3 StGB gewesen [...].⁷⁸ Dieses tatbestandstypische Risiko hat sich vorliegend im Tod des O verwirklicht und in der durch [B] geschaffenen Bemächtigung seinen Ausgang genommen. Mit zunehmender Dauer der Bemächtigung stieg nicht nur die Gefahr, O könne infolge seines schlechten Gesundheitszustandes zu körperlichem Schaden kommen. Die Eskalationsgefahr erhöhte sich vor allem durch das Eintreffen des A im Haus des O in ganz erheblicher Weise. Seine Präsenz am Tatort begründete für den Angekl. Ba erkennbar die Gefahr, A könne entweder in Raubabsicht oder um unerkannt zu bleiben – körperverletzende – Gewalt gegen O ausüben. Die allein bei A vorliegende Motivation der Tatverdeckung steht der Annahme des qualifikationsspezifischen Zusammenhangs nicht entgegen. Sein Exzess lässt den Zurechnungszusammenhang für [B], dessen erpresserischer Menschenraub noch nicht beendet war, nicht entfallen. Insbesondere liegt auch nicht die Konstellation der Todesverursachung durch das Eingreifen Dritter, die unter Umständen der Erfolgshaftung entgegenstehen kann [...] vor; denn A ist Täter, nicht Dritter. Mithin hat [B] den Tatbestand des erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge erfüllt.“⁷⁹

Diese knappe Begründung ist in ihrer Pauschalität nicht überzeugend:

Zutreffend ist zunächst, dass Gefahren für die körperliche Integrität des Opfers gerade daraus erwachsen können, dass die existenzielle Situation der Bemächtigungslage eskaliert (bspw. das Opfer versucht, sich gegen den Entführer zur Wehr zu setzen, und im Rahmen des Kampfes von diesem getötet wird). Dafür, dass auch Dritte zu diesem Eskalationspotenzial gehören können, bleibt der *Senat* eine Begründung schuldig. Vielmehr behauptet er – ebenfalls ohne Begründung – dass A erst gar nicht als Dritter zu klassifizieren sei, weil er (ebenfalls) Täter sei. Diese Aussage ergäbe freilich – wenn überhaupt, da A und B in jedem Falle von einander zu unterscheidende Personen bleiben – allenfalls dann Sinn, wenn A und B als „Einheit“ handelten, ihnen also ihre Handlungen wechselseitig

⁷⁵ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 71 m.w.N.

⁷⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 70; ders., JZ 2024, 838 (839); jeweils m.w.N.

⁷⁷ So zielen etwa die waffenrechtlichen Aufbewahrungspflichten gerade darauf ab, den unberechtigten Zugriff durch eigenverantwortlich handelnde Dritte zu unterbinden; vgl. dazu etwa *M. Wagner, ZJS 2019, 436* (438 ff.); *ders., Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024*, S. 238; jeweils m.w.N.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 19.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 20.

im Wege der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) zugerechnet werden könnten. Das ist aber gerade nicht der Fall: Die Schwurgerichtskammer hat noch nicht einmal dem A die Bemächtigungshandlungen des B zugerechnet.⁸⁰ Umgekehrt rechnet selbst der *Senat* dem B nicht die Tötungshandlung des A mittäterschaftlich zu, sondern betrachtet diese als Exzess. Warum dies ausgerechnet im Rahmen des § 239a Abs. 3 StGB, der extrem eng ausgelegt werden muss, um die enorme Strafdrohung rechtfertigen zu können, irrelevant sein soll, erschließt sich nicht.

Von dieser Sondersituation abgesehen bestehen aber bereits grundlegende Bedenken dagegen, Drittverhalten – auch seitens Mittäter – in den Kreis der spezifischen Risiken des Erpresserischen Menschenraubs einzubeziehen. Denn die Gefahr, dass andere Tatbeteiligte in einer angespannten Situation die Nerven verlieren und gegenüber dem Opfer in lebensgefährlicher Art und Weise gewalttätig werden, besteht gerade nicht nur in Entführungs- bzw. Bemächtigungsfällen, sondern selbstverständlich auch beispielsweise bei Körperverletzungs- und Sexualdelikten oder Diebstahlstaten.⁸¹ Insoweit von einem tatbestandsspezifischen Risiko zu sprechen, das sich im konkreten Erfolgseintritt – hier: dem Tod des O – realisiert hat, liegt daher fern, solange kein konkreter Bezug zur Bemächtigungslage besteht, der über die bloße Tatgelegenheit hinausgeht.

cc) (Zumindest) Leichtfertigkeit

Selbst wenn man von der Realisierung der spezifischen Tatbestandsgefahr ausginge, vermögen auch die Ausführungen des *Senats* zur Leichtfertigkeit nicht zu überzeugen. Wie er selbst klarstellt, ist darunter „ein Verhalten [zu verstehen], das bezogen auf den Todeseintritt einen erhöhten Grad von Fahrlässigkeit aufweist; leichtfertig handelt hiernach, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinn oder besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt. Das Gewicht der Fahrlässigkeit hängt dabei nicht nur vom Umfang der Tatsachenkenntnis, sondern auch vom Grad der Vermeidbarkeit ab, also inwieweit sich die Gefahr des Erfolgseintritts namentlich wegen der besonderen Gegebenheiten der Opfersituation aufdrängen musste [...]“⁸²

Als „Subsumtion“ begnügt der *Senat* sich abschließend mit der knappen Bemerkung:⁸³ „Die Möglichkeit eines eskalierenden und tödlichen Verlaufs lag von Beginn an auf der Hand.“⁸⁴ Allerdings kann es freilich nicht um die Vorhersehbarkeit *irgendeines abstrakten* Eskalationspotenzials gehen, sondern gerade um dasjenige, das sich objektiv verwirklicht hat. Wenn der *Senat* aber die *konkrete* Verdeckungstötung des O durch A als Exzess betrachtet, die noch nicht einmal hinreichend vorhersehbar gewesen sein soll, um eine Ingerenzgarantenstellung begründen zu können (siehe oben), so muss dies erst recht im Rahmen der Leichtfertigkeit gelten, an die deutlich strengere Maßstäbe hinsichtlich der Prognostizierbarkeit des Erfolgseintritts zu stellen sind.^{85, 86} Zudem stellt das Gericht nicht in Rechnung, dass die Angeklagten – gerade, um das Risiko des Wiedererkennens des A durch O und dadurch eine Eskalation zu verhindern – ursprünglich die Anwesenheit des A am Tatort hatten verhindern wollen und selbst nach dessen Eintreffen noch zunächst sichergestellt hatten, dass A und

⁸⁰ Dazu LG Rottweil, Urt. v. 11.10.2022 – 2 Ks 20 Js 14035/18 (2) = BeckRS 2022, 55573 Rn. 127 f.

⁸¹ Eisele, JR 2024, 595 (596); Mitsch, NJW 2024, 1360 (1361); Renzikowski, JZ 2024, 838 (838 f.) m.w.N.; a.A. offenbar Hecker, JuS 2024, 1087 (1089).

⁸² BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 18 m.w.N.

⁸³ Zu Recht krit. auch Renzikowski, JZ 2024, 838 (839 f.).

⁸⁴ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 18.

⁸⁵ BGH, Urt. v. 3.6.2015 – 5 StR 628/14 = NStZ 2015, 696 (697).

⁸⁶ Deutlich Renzikowski, JZ 2024, 838 (839): „Widerspruch“.

O sich innerhalb des Hauses nicht begegnen.⁸⁷ Auch die Annahme der Leichtfertigkeit ist daher erheblichen Zweifeln ausgesetzt.

Hinweis: Zur Klarstellung: Die vorstehenden Ausführungen gelten nicht nur für eine Erfolgsqualifikation des (vollendeten) Bemächtigungstatbestands gem. § 239a Abs. 1 Var. 1 StGB. Dieselben Probleme stellen sich auch, wenn man im Rahmen eines erfolgsqualifizierten Versuchs daran anknüpft, dass B den O gerade durch Drohung dazu veranlasst hatte, aus einem anderen Zimmer weiteres Geld zu holen, also (zum zweiten Mal) unmittelbar zur Verwirklichung des Ausnutzungstatbestands gem. § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB angesetzt hat, was aber aufgrund der Tötung des O durch A nicht mehr zum Erfolg einer (weiteren) Vermögensschädigung führte.

c) Zwischenergebnis

Die genannten Gründe sprechen daher gegen die Annahme eines (vollendeten) Erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge gem. § 239a Abs. 1, Abs. 3 StGB.

4. Versuchter Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge

Auch wenn man diese rechtlichen Bedenken teilt, wäre B im Ergebnis zu einer vergleichbar oder identisch hohen Strafe zu verurteilen gewesen: Da er von Anfang mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte, liegt jedenfalls ein Fall des versuchten Erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge gem. §§ 239a Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB vor.⁸⁸

Hinweis: Dies ist deshalb möglich, weil § 239a Abs. 3 StGB „wenigstens“ Leichtfertigkeit voraussetzt, was erst recht den Tötungsvorsatz einschließt.⁸⁹ Eine Erfolgsqualifikation ist ein eigenständiger Tatbestand, der selbstständig versucht werden kann. Aufgrund der Strafdrohung handelt es sich um ein Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB, dessen Versuch gem. § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB grundsätzlich unter Strafe steht. Es handelt sich folglich um die Fallkonstellation des „Versuchs der Erfolgsqualifikation“ (im Unterschied zum erfolgsqualifizierten Versuch, bei dem das Grunddelikt im Versuchsstadium steckenbleibt, aber gleichwohl eine schwere Folge eintritt).⁹⁰

5. Räuberische Erpressung

Nach dem *Senat* liegt ferner („nur“) eine räuberische Erpressung gem. §§ 253, 255 StGB vor, nicht aber eine solche mit Todesfolge (§ 251 StGB).⁹¹ Dieses Teilergebnis ist letztlich zu begrüßen.⁹² Da der *Senat* es aber offenbar implizit darauf stützt, dass es an der Vorhersehbarkeit der Tötung des O durch A seitens des B fehlt, setzt er sich damit wiederum dem Vorwurf einer inkonsistenten Begründung aus,⁹³ die obigen Ausführungen zu § 239a Abs. 3 StGB gelten entsprechend.

⁸⁷ Renzikowski, JZ 2024, 838 (840).

⁸⁸ Zutreffend Renzikowski, JZ 2024, 838 (840).

⁸⁹ BT-Drs. 13/8587, S. 79; BT-Drs. 13/9064, S. 11 f.

⁹⁰ Dazu Kuhli, JuS 2020, 289.

⁹¹ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 14, 26.

⁹² Explizit Mitsch, NJW 2024, 1360 (1361).

⁹³ Eisele, JR 2024, 595 (597); Mitsch, NJW 2024, 1360 (1361); Renzikowski, JZ 2024, 838 (839)

Damit ist freilich noch nichts über die Konkurrenzen ausgesagt. Verlangt man – wie hier (siehe oben IV. 3. a) cc) (2) – für die Vollendung des Ausnutzungstatbestands gem. § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB die Vollendung der Erpressung, so besteht kein Bedürfnis für eine klarstellende Annahme von Tateinheit, sondern die räuberische Erpressung wird im Wege der Konsumtion verdrängt.⁹⁴

6. Körperverletzung mit Todesfolge

Ebenfalls beiläufig äußert der *Senat*, dass neben der Verurteilung wegen erpresserischen Menschenraubs mit Todesfolge eine solche wegen Körperverletzung mit Todesfolge ausscheidet und verweist dabei auf Entscheidungen⁹⁵ betreffend den Raub mit Todesfolge.⁹⁶ Offenbar geht er also davon aus, dass der Tatbestand erfüllt ist, aber auf Konkurrenzebene zurücktritt.⁹⁷

Unklar bleibt zunächst, auf welches Verhalten der *Senat* sich hierbei bezieht. Denkbar ist zum einen, dass er darauf abstellt, dass B selbst O angegriffen und verletzt hat. Insoweit fehlt es aber am Zurechnungszusammenhang zwischen Körperverletzung und Todesfolge – und zwar gleichgültig, ob man an die Handlung oder an den Erfolg anknüpft –, da das spätere Hinzutreten des A (der zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor Ort war) jedenfalls kein spezifisches Risiko der Körperverletzung ist.

In Betracht zu ziehen wäre aber auch die Zurechnung des Würgens des O durch A als Körperverletzungshandlung. Insoweit liegt eine Mittäterschaft des B deutlich näher als hinsichtlich der vorsätzlichen Tötung. Denn indem B den A angerufen hat, könnte eine Anpassung des Plans dahingehend gelegen haben, dass beide abwechselnd gewalttätig auf O einwirken, um diesen zur Herausgabe von Geld und Wertsachen zu veranlassen. Dann läge aber wohl nicht nur eine einfache, sondern eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 4 und 5, 25 Abs. 2 StGB vor. Dagegen spricht freilich, dass A sich zunächst in einem anderen Raum aufgehalten hat, um eine direkte Konfrontation mit O gerade zu vermeiden. Zudem ist der Inhalt des Telefongesprächs unbekannt. Gegen die Annahme einer (gefährlichen) Körperverletzung mit Todesfolge sind wiederum die obigen Bedenken hinsichtlich des Zurechnungszusammenhangs und der Vorhersehbarkeit zu erheben.

Näherliegend dürfte sein, dass der *Senat* die Gewalthandlungen des B selbst vor Augen hatte. Insoweit überzeugt es aber nicht, Gesetzeskonkurrenz anzunehmen. Die Rechtsprechung, auf die der *Senat* sich stützt, geht davon aus, dass die bei einem Raub (mit Todesfolge) eingesetzte Gewalt sich „[r]egelmäßig“ als vorsätzliche Körperverletzung darstellen wird.⁹⁸ Diese Argumentation überzeugt bereits freilich schon in Bezug auf § 251 StGB nicht, weil es für Gesetzeskonkurrenz nur auf die normative Fassung des Tatbestands und nicht auf empirische Häufigkeiten ankommen kann.⁹⁹ Dessen ungeachtet lässt sie sich aber jedenfalls nicht auf den hiesigen Fall übertragen. Denn die Verletzung des O durch B ist nicht die Gewaltausübung i.R.d. § 253 StGB, sondern die Bemächtigung i.R.d. § 239a Abs. 1 Var. 1 StGB. Vielmehr wäre Tateinheit anzunehmen, um das verwirklichte Unrecht vollständig abzubilden.¹⁰⁰

⁹⁴ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 86.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 23.8.2017 – 2 StR 150/16, Rn. 18; BGH, Urt. v. 23.3.2000 – 4 StR 650/99 = BGHSt 46, 24 (25 ff.).

⁹⁶ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 26.

⁹⁷ *Eisele*, JR 2024, 595 (597).

⁹⁸ BGH, Urt. v. 23.3.2000 – 4 StR 650/99 = BGHSt 46, 24 (26) = NJW 2000, 1878 (1879).

⁹⁹ *Kindhäuser*, NStZ 2001, 31 (32).

¹⁰⁰ *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 239a Rn. 25; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 88; *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239a Rn. 62.

7. Unterlassene Hilfeleistung

Schließlich geht der *Senat* ferner davon aus, dass B, indem er gegen das Würgen des O durch A nicht eingeschritten ist, den Tatbestand der Unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB verwirklicht hat, dieser aber als subsidiär hinter dem erpresserischen Menschenraub mit Todesfolge zurücktritt.¹⁰¹ Auch diese Annahme überzeugt nicht: Richtig ist zwar, dass § 323c Abs. 1 StGB grundsätzlich subsidiär gegenüber Delikten ist, durch die der Täter den Unglücksfall aktiv herbeigeführt hat.¹⁰² Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Bezugsgefahr sich verändert: Auch nach einer vorsätzlichen Körperverletzung kommt eine Strafbarkeit wegen Unterlassener Hilfeleistung in Betracht, wenn nun Lebensgefahr droht.¹⁰³ So liegt der Fall hier: Wenn man mit dem *Senat* davon ausgeht, dass das Würgen des O durch A ein nicht zurechenbarer Exzess ist, der nicht vom ursprünglichen Vorsatz des B gedeckt war, liegt hierin ein neuer Unglücksfall, der separat zu bewerten ist. Selbst wenn man mit dem *Senat* davon ausginge, dass das Würgen B als leichtfertige Todesverursachung zurechenbar ist, so käme in der Verurteilung wegen § 239a Abs. 1, Abs. 3 StGB nur zum Ausdruck, dass B durch den Anruf die sich aufdrängende Gefahr geschaffen hat, dass A den O tötet, nicht aber, dass B diese Tötungshandlung mitbekommt und tatenlos geschehen lässt. Insoweit wäre demnach Tatmehrheit (§ 53 StGB) anzunehmen gewesen. Dasselbe gilt auch und erst recht, wenn man – wie hier – den Tod als dem B nicht zurechenbar erachtet, sondern stattdessen auf einen Versuch der Erfolgsqualifikation abstellt.

V. Zusammenfassung

Die Entscheidung vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen; sie leidet an inneren Widersprüchen und nicht tragfähiger Argumentation. Gleichwohl eignet der Sachverhalt sich als Prüfungsaufgabe, da er bekannte Probleme in einen weniger vertrauten Rahmen kleidet.

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 23.1.2024 – 1 StR 189/23, Rn. 21.

¹⁰² Bspw. BGH, Urt. v. 8.10.1996 – 5 StR 458/96 = NSTZ 1997, 127; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 323c Rn. 16 m.w.N.

¹⁰³ So etwa BGH, Urt. v. 28.6.1961 – 2 StR 83/61 = BGHSt 16, 200 = NJW 1961, 1981 (1982).

Buchrezension

Gornig, Gilbert: Völkerrecht, C.H. Beck, München 2023, 1936 S., 159,00 €.

*Dr. André Lepej, Heidelberg/Mannheim**

I. Allgemeines zum Werk

Das vorliegend zu besprechende Werk ist Teil der Reihe „Großes Lehrbuch“ und erschien 2023 in erster Auflage im Verlag C.H. Beck (München).¹ Das Lehrbuch selbst hat sich zum Ziel gesetzt, „das gesamte Völkerrecht für die deutschsprachigen Länder umfassend, aber verständlich darzustellen, wobei auch politische Hintergründe sowie geschichtliche und zeitgeschichtliche Ereignisse einbezogen und verwertet werden“ (Vorwort, S. VII). Damit adressiert das Werk zugleich einen über den juristischen Fachbereich hinausgehenden Leserkreis (Vorwort, S. VII). Geplant war das Lehrbuch ursprünglich als Neuauflage der letztmals 1969–1977 neu aufgelegten Völkerrechtsdarstellung von *Friedrich Berber* (Vorwort, Seite VII).²

Der Autor, Professor *Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert H. Gornig*, lehrte zuletzt seit 1995 bis zu seiner Emeritierung 2016 an der Philipps-Universität Marburg und war bis Juni 2004 zudem als Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof in Kassel tätig.³

Entsprechend der vereinheitlichten neuen Ausstattung der Reihe „Großes Lehrbuch“ ist das Werk nicht – wie vormals üblich – in Leinen gebunden (mit Schutzumschlag), sondern verfügt über einen bedruckten Hardcovereinband, welcher optisch dem Erscheinungsbild des bisherigen Schutzumschlages entspricht. Mit 159,00 € ist das Werk indes – zumal für studentische Zwecke – verhältnismäßig teuer. Dieser Eindruck relativiert sich zwar etwas, wenn man in Rechnung stellt, dass die daneben auf dem Buchmarkt erhältlichen aktuellen Lehrbücher zum Völkerrecht regelmäßig erheblich preiswerter sind, dafür jedoch fast ausschließlich über einen Softcover-Einband verfügen und nicht annähernd den Umfang des hier zu besprechenden Werkes aufweisen; zu konstatieren bleibt dennoch der für studentische Zwecke relativ hohe Preis des vorliegenden Lehrbuchs.

II. Inhaltliche Besprechung

Die Gliederung des Werkes orientiert sich – der Dogmatik des Rechtsgebiets folgend – an der Einteilung in einen Allgemeinen Teil sowie einen Besonderen Teil des Völkerrechts. Bedingt durch den Umfang des Buches muss sich die inhaltliche Besprechung naturgemäß auf einige ausgewählte Gesichtspunkte konzentrieren.

Das vorangestellte erste Kapitel verschafft dem Leser einen Überblick über die begrifflichen Grundlagen sowie die Eigenheiten des Völkerrechts (§§ 1–3, S. 1–22). Die Betrachtungen zum fehlenden Zwangscharakter des Völkerrechts schließen mit einer rechtsphilosophischen Feststellung:

* Der Verf. ist Rechtsanwalt in einer Sozietät in Mannheim.

¹ Die in Klammern gesetzten Paragraphen- bzw. Seitenangaben im Text beziehen sich im Folgenden auf das zu besprechende Werk.

² Vgl. *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1975; Bd. 2, 2. Aufl. 1969; Bd. 3, 2. Aufl. 1977.

³ Siehe den [Internetauftritt des rechtswissenschaftlichen Fachbereichs der Universität Marburg](#) sowie den privaten [Internetauftritt des Verf.](#) (Hyperlinks jeweils zuletzt abgerufen am 13.4.2025).

„Die einzige mit abendländisch-christlicher Tradition vereinbare rechtsphilosophische These lautet aber, dass eine Rechtsordnung umso williger und zahlenmäßig von mehr Rechtsgenossen befolgt wird, je stärker und gerechter sie ist.“ (§ 2 Rn. 9, S. 12)

Den an das Völkerrecht gelegentlich adressierten Vorwurf der unzureichenden Akzeptanz weist der *Verf.* zurück, indem er konstatiert:

„In Wirklichkeit wird daher wohl keine Rechtsordnung weltweit mehr respektiert als das Völkerrecht, und das, obwohl es an einem Vollstrecker fehlt.“ (§ 3 Rn. 20, S. 16)

Auch in diesem einleitenden Kapitel finden sich hochaktuelle Stellungnahmen zu politischen Hintergründen, so beispielsweise zur russischen Annexion der Krim 2014 sowie zum Krieg in der Ukraine seit 2022 (§ 2 Rn. 14, S. 13 Fn. 48; § 2 Rn. 14, S. 14 Fn. 52). Als inhaltlich unbestimmt und sachlich überflüssig kritisiert wird auch der Begriff der „feministischen Außenpolitik“, welcher insbesondere durch die ehemalige Bundesministerin des Auswärtigen *Annalena Baerbock* (Bündnis 90/Die Grünen) vertreten wird (§ 3 Rn. 11 Fn. 13, S. 19).⁴

Äußerst begrüßenswert und für ein Verständnis der Materie unerlässlich ist die vertiefte Behandlung der Völkerrechtsgeschichte im zweiten Kapitel (§§ 4–12, S. 23–86). An dieser Stelle wird bereits dem im Vorwort niedergelegten Anliegen Rechnung getragen, auch die geschichtlichen und politischen Hintergründe zu berücksichtigen (vgl. Vorwort, S. VII), was angesichts des bedauernswerten Bedeutungsverlusts der Grundlagenfächer im Juristischen Studium⁵ positiv hervorgehoben zu werden verdient.

Historische Hintergründe werden auch zu Beginn der jeweils folgenden Kapitel regelmäßig erläutert, um dem Leser ein tieferes Verständnis der gegenwärtigen Zustände und Institutionen zu eröffnen; im dritten Kapitel (Subjekte des Völkerrechts, §§ 13 ff., S. 87 ff.) sind unter diesem Aspekt besonders gelungen die Abschnitte zur Völkerrechtssubjektivität (§ 13 Rn. 2 ff., S. 87 ff.) sowie zum Staatsbegriff (§ 14 Rn. 1 ff., S. 95 f.). Der Anspruch, aktuelle politische Debatten in die systematische Darstellung einzubringen, wird auch in diesem Kapitel eingelöst; so finden sich etwa Bemerkungen zur Diskussion um die Neutralität der Schweiz im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Munition für deutsche Waffenlieferungen an die Ukraine (§ 14 Rn. 50, S. 108 f.). Die Darstellungen zum Staat (§ 14) sowie zu den Internationalen Organisationen (§ 15) sind zudem von grundlegender Bedeutung auch für die Vorlesungen zum Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht). Der ganzheitliche Anspruch des Werkes kommt wiederum in den §§ 17, 18 (Malteser Ritterorden und Internationales Komitee vom Roten Kreuz) zum Ausdruck; auch diese in einigen Lehrbüchern sehr knapp abgehandelten Materien werden im vorliegenden Werk in ihrer historischen und politischen Dimension umfassend gewürdigt. In den §§ 17, 18 nimmt die Darstellung teilweise handbuchartigen Charakter an. Eine auch in politischer Hinsicht aktuelle Problematik ist im Zusammenhang mit den sogenannten stabilisierten De-facto-Herrschaften angesprochen, wenn der völkerrechtliche Status der sogenannten „Volksrepubliken“ Donezk und Luhansk behandelt wird; für diese verneint der *Verf.* den

⁴ Der Begriff der *Feminist Foreign Policy* hat zudem auf S. 144 Eingang gefunden in den Koalitionsvertrag 2021 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (zuletzt abgerufen am 13.4.2025).

⁵ Zu den Entwicklungen siehe die Darstellung von *Sörgel*, Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung nach 1945, 2014; für ein Plädoyer zugunsten der Grundlagenfächer siehe den Band von *Lobinger*, Warum Grundlagenfächer? Ansprachen an die Absolventen der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg 2016–2018, 2020.

Status als stabilisierte De-facto-Herrschaft, da die Staatsgewalt der Ukraine in diesen Gebieten auch infolge des Krieges seit 2022 nicht beseitigt worden sei (§ 20 Rn. 9, S. 153 f.).

Im fünften Kapitel (Recht der völkerrechtlichen Verträge, §§ 31 ff.) methodisch besonders gelungen ist die übersichtliche und darum hilfreiche Typologie der völkerrechtlichen Verträge. Inhaltlich grundlegende Bedeutung kommt in diesem Kapitel der Darstellung der Auslegung völkerrechtlicher Verträge (§ 36) zu. Im Rahmen der Erläuterung der verschiedenen Auslegungsmethoden (§ 36 Rn. 3–29, S. 250 ff.) wäre allerdings die Einfügung mehrerer konkreter Beispiele aus der Vertragspraxis wünschenswert gewesen.

Das siebente Kapitel (Völkerrecht und Landesrecht, §§ 40 f.) enthält einen äußerst lesenswerten und ausführlichen rechtsvergleichenden Teil über den innerstaatlichen Vollzug des Völkerrechts (§ 41 Rn. 29 ff., S. 291 ff.).

Im achten Kapitel (Völkerrechtsprinzipien, §§ 42–48) finden sich insbesondere in dem das Interventionsverbot behandelnden § 46 zahlreiche aktuelle politische Hintergrundinformationen.

Besonders anschaulich geschrieben ist im neunten Kapitel der durch vielfache geschichtliche sowie politische Hintergrundinformationen bereicherte Abschnitt über die Sonderfälle des Untergangs von Staaten; hierbei werden Deutschland, die Deutsche Demokratische Republik, Österreich-Ungarn, die Sowjetunion, Jugoslawien sowie die Tschechoslowakei behandelt (§ 53 Rn. 42 ff., S. 475 ff.). Ein tieferes Verständnis der Materie schafft auch im zwölften Kapitel die Darstellung zu den Grenzen sowie dem Umfang des Staatsgebiets durch anschauliche Beispiele aus der Staatenpraxis (§ 68 Rn. 10 ff., S. 638 ff.).

Im Besonderen Teil des Völkerrechts (ab Kap. 13, §§ 71 ff.) sind Abschnitte wie etwa das Internationale Seerecht (Kap. 14) für den studentischen Gebrauch regelmäßig weniger relevant; im Hinblick auf diese Materien kann das vorliegende Lehrbuch als Nachschlagewerk herangezogen werden, da es auch diese Inhalte mit Anspruch auf Vollständigkeit behandelt. Das 14. Kapitel fällt indes nach Meinung des *Rezensenten* auch unter Berücksichtigung des vorbenannten Anspruchs auf Vollständigkeit in der Darstellung etwas zu ausführlich aus.

Angesichts der zu erwartenden zukünftigen Bedeutung sehr lesenswert sind wiederum die Stellungnahmen zum Weltraumrecht (insbesondere § 97 Rn. 31, S. 914 f.). Begrüßenswert erscheint hierbei das Plädoyer des *Verf.* für eine frühzeitige hinreichende rechtliche Durchdringung dieses Gebiets:

„Da immer mehr Staaten auf dem Mond oder dem Mars und anderen Himmelskörpern Stationen errichten wollen, wäre es an der Zeit, Regelungen zu treffen, welche bestehen, bevor es zu Konflikten kommt.“ (§ 97 Rn. 31, S. 914; Zitat im Original teilweise hervorgehoben)

Grundlegend bedeutsame, auch für die Vorlesung Staatsrecht II (Grundrechte) lesenswerte Ausführungen beinhalten die §§ 106 ff. des 19. Kapitels zu den Menschenrechten. Zur Einführung sei hierbei insbesondere die Darstellung zur Entwicklung des Menschenrechtsschutzes (§ 106 Rn. 1 ff., S. 1049 ff.) empfohlen, welche sich erneut durch eine das Verständnis fördernde geschichtliche wie auch politische Herleitung der zu beschreibenden Entwicklungen und Einrichtungen auszeichnet.

Die aktuelle politische Situation ist im Rahmen der Debatten um die (internationale) Asylpolitik maßgeblich geprägt auch durch das im 20. Kapitel des zu besprechenden Werkes dargestellte völkerrechtliche Fremdenrecht. Lesenswert zur internationalen Dimension der auf diesen Feldern zumeist auf nationaler Ebene geführten politischen Diskussionen erscheinen hier die Darstellungen in § 112 (völkerrechtliche Stellung der Flüchtlinge) sowie § 114 (Asylrecht).

Politische Brisanz weist auch das 21. Kapitel (Recht der internationalen Organisationen) auf; im Rahmen der Darstellung der North Atlantic Treaty Organization (NATO) sind wiederum an verschie-

denen Stellen aktuelle Ausführungen zum Krieg in der Ukraine eingearbeitet. Auch enthält das Kapitel politische Einschätzungen des *Verf.*, wie beispielsweise jene, dass die Verteidigungsfähigkeit „insbesondere unter der Regierung von Angela Merkel in Deutschland arg vernachlässigt“ worden sei (§ 121 Rn. 26, S. 1229). Gelegentliche politische Stellungnahmen sind im Allgemeinen bereits schon deshalb begrüßenswert, weil sie beim Leser ein Verständnis für die auch tagespolitisch noch diskutierten Zusammenhänge schärfen und zudem die eigene politische Meinungsbildung fördern. Das in § 122 lesenswert dargestellte Recht der Europäischen Union kann mit großem Gewinn auch für die Vorlesung Staatsrecht III/Europarecht sowie beispielsweise auch für die Wiederholung dieses Rechtsgebiets im Rahmen der Examensvorbereitung herangezogen werden.

Wie stark das Völkerrecht in die politischen Herausforderungen unserer Zeit verflochten ist, zeigt auch das 23. Kapitel des vorliegenden Lehrbuchs, welches das Umwelt- und Klimarecht behandelt (§§ 131 ff.). Unter den völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen begegnet in diesem Zusammenhang das Verantwortungsprinzip zwischen den Generationen (sog. intergenerational equity, § 133 Rn. 22, S. 1505). Die dahinterstehende generationenübergreifende Treuhandidee weist eine erkennbare Parallele zu der vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen seines vielbeachteten „Klimaschutzbeschlusses“⁶ 2021 fruchtbar gemachten Idee der intertemporalen Freiheitsicherung auf.⁷

Aktualität kommt auch dem im 25. Kapitel des vorliegenden Werkes behandelten bewaffneten Konflikt zu; eine anschauliche begriffliche Einführung bietet die Darstellung zur Terminologie, den Subjekten und Arten des Krieges in § 139, wo auch der völkerrechtliche Wandel vom Kriegsrecht zum Recht des bewaffneten Konflikts nachvollzogen wird. Zukünftige Bedeutung wird absehbar den Abschnitten zum Cyberkrieg (§ 139 Rn. 41, S. 1570), zum asymmetrischen Krieg (§ 139 Rn. 48 ff., S. 1572 f.) sowie zur hybriden Kriegsführung (§ 139 Rn. 51, S. 1573 f.) zukommen. Nachdenklich stimmt auch die – inhaltlich wohl nicht unberechtigte – Prognose:

„In der Zukunft wird es keine Kriege von Personen gegen Personen geben, die im Auftrag des Staates sich mit Waffen gegenseitig zu zerstören suchen. Ein gezielter Cyberangriff oder eine Bombe, die über dem Land explodiert ohne Menschen zu töten, wird ausreichen, einem Land seine digitalen Fähigkeiten zu nehmen. Das Ergebnis wird der Zusammenbruch des gesellschaftlichen Lebens sein. Medien, Fahrzeuge, militärische Geräte, Krankenhäuser, Unternehmen sind damit außer Gefecht gesetzt.“ (§ 139 Rn. 69, Zitat im Original teilweise hervorgehoben)

Umso dringlicher erscheint daher die in § 143 des vorliegenden Lehrbuchs angesprochene rechtliche Beschränkung der militärischen Kriegsführung, verbunden mit wirksamen diplomatischen Mechanismen.

Ein umfangreiches Personen- und Sachregister (ab S. 1851 ff.) rundet das Werk ab und erleichtert den schnellen Zugriff innerhalb des Buches.

III. Fazit

Das vorliegende Lehrbuch zum Völkerrecht bietet eine ganzheitliche, geschichtliche sowie politische Hintergründe mit einbeziehende Darstellung dieses Rechtsgebiets. Für den studentischen Gebrauch

⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

⁷ Zur intertemporalen Freiheitssicherung siehe *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung, 2022.

lassen sich durch Heranziehung des Lehrbuchs zahlreiche Synergieeffekte bei der vorlesungsübergreifenden Vor- und Nachbereitung fruchtbar machen, doch behandelt das Werk andererseits auch weniger vorlesungs- und klausurrelevante Inhalte mit gleichem Anspruch auf Vollständigkeit. Aufgrund des ansprechenden ganzheitlichen Konzepts kann das Werk insbesondere zur vorlesungsbegleitenden Vertiefung grundlegender völkerrechtlicher Fragestellungen sowie auch im Rahmen von Prüfungsleistungen im Schwerpunktbereich uneingeschränkt empfohlen werden.

Buchrezension

Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes: Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2024, 690 S., 34,90 €.

Dietlein, Johannes/Hellermann, Johannes: Klausurenbuch Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2023, 416 S., 35,90 €.

*Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund**

Ein inzwischen absolutes Standardwerk im Bereich der Ausbildungsliteratur im öffentlichen Recht des Landes NRW liegt nun in der 10. Auflage vor.

§ 1 des Werkes beschäftigt sich mit dem Verfassungsrecht des Landes NRW. Diese Materie spielt in der universitären Ausbildung und im juristischen Vorbereitungsdienst eine eher untergeordnete Rolle, trotzdem sollte sie spätestens bei der Examensvorbereitung Beachtung finden: Kenntnisse der fundamentalen Strukturprinzipien der nordrhein-westfälischen Landesverfassung, der Verfassungsorgane des Landes sowie der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung können in Klausuren jederzeit als Zusatzproblem bzw. als Zusatzfrage auftauchen und auch in der mündlichen Prüfung den entscheidenden Ausschlag hin zu einem Notensprung geben. Das Themenfeld der direktdemokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten von Bürgerinnen und Bürgern (wie im Werk auf den S. 82 ff. veranschaulicht) war jüngst sogar Gegenstand einer Klausur in der Ersten Juristischen Staatsprüfung. Es lohnt sich daher, sich auch in diesem eher „vernachlässigten“ Rechtsgebiet zumindest solide Grundkenntnisse anzueignen. Zudem bietet sich die noch relativ „junge“ Individualverfassungsbeschwerde auf Landesebene (S. 125 ff.) als Prüfungsgegenstand geradezu an.

Die in § 2 enthaltene Darstellung des nordrhein-westfälischen Kommunalrechts kann als vollständig bezeichnet werden. Den Leserinnen und Lesern werden hier insbesondere die gängigen Prüfungsprobleme in Form des Kommunalverfassungstreits (S. 215 ff.), der gemeindlichen Satzungen (S. 221 ff.), der öffentlichen Einrichtungen (S. 230 ff.) und der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde (S. 246 ff.) präsentiert. Das von Studierenden und Referendarinnen und Referendaren oft als „sperrig“ empfundene Kommunalrecht wird hier sehr ausbildungsorientiert dargestellt, verliert dabei aber nie den notwendigen Bezug zur kommunalen Praxis.

In § 3 wird umfassend das Polizei- und Ordnungsrecht behandelt: Äußerst gelungen und instruktiv wird die Abgrenzung zwischen dem Polizeigesetz NRW und dem Ordnungsbehördengesetz dargestellt, wobei aber auch das Zusammenspiel in Form von § 24 OBG verdeutlicht wird. Ein besonderes Augenmerk (S. 369 ff.) wird den polizeilichen Standardmaßnahmen gewidmet, die für die Klausur und die mündliche Prüfung als absolutes „Basiswissen“ bekannt sein sollten. Auch das Kapitel zum Versammlungsrecht (S. 485) ist äußerst lesenswert, da das Versammlungsgesetz des Landes NRW erst seit dem 7.1.2022 in Kraft ist und somit ggf. in der eigenen Ausbildung bislang noch keinen großen Raum eingenommen hat.

Der sich anschließende § 4 behandelt das öffentliche Baurecht. Der *Rezensent* kann aus eigener Prüfertätigkeit davon berichten, dass baurechtliche Klausuren in der ersten Staatsprüfung regelmäßig äußerst „dankbare“ Klausuren sind, welche vielen Prüflingen aber leider aufgrund mangelnden Systemverständnisses und fehlender Normenkenntnis große Probleme bereiten. Im öffentlichen

* Der *Rezensent* ist städtischer Verwaltungsdirektor im Rechtsamt der Stadt Dortmund.

Baurecht kommt es gerade auf eine saubere Struktur und die Kenntnis wiederkehrender Probleme an. Beides vermittelt *Dietlein/Hellermann* sowohl in der notwendigen Breite als auch in der erforderlichen Tiefe. Insbesondere dem Abschnitt über den verwaltungsgerichtlichen Nachbarschutz (S. 635 ff.) sollten Examenskandidatinnen und -kandidaten Beachtung schenken, da hier die Problemfelder dieser regelmäßig abgeprüften Fallkonstellation umfassend dargestellt werden.

Abschließend widmet sich § 5 des Werkes den verwaltungsprozessualen Problemen in der Fallbearbeitung. Hier verlässt die Bearbeitung die ausschließliche Sphäre des Landes NRW, sondern stellt (geordnet nach Klagearten) zunächst den Aufbau der Zulässigkeitsprüfung einer Klage vor den Verwaltungsgerichten dar. Hinsichtlich der Begründetheitsprüfung werden für die einzelnen Klagearten dann (nur) noch die entsprechenden Obersätze und für die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage ein Prüfschema dargestellt; alles weitere hätte den Umfang dieses Kapitels wohl auch überstiegen. Sodann werden auch der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO, der Antrag nach § 123 VwGO sowie das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO kurz vorgestellt.

Die Darstellungen werden jeweils mit umfangreichen und übersichtlichen Schemata zum Prüfungsaufbau ergänzt. Jedes Kapitel bietet zudem Kontrollfragen und am Ende des jeweiligen Kapitels die entsprechenden Antworten, mit denen der eigene Lernfortschritt überprüft werden kann.

Das Werk kann angehenden Juristinnen und Juristen in jedem Abschnitt ihrer Ausbildung uneingeschränkt empfohlen werden. Die umfassende Darstellung des landesrechtlichen Prüfungsstoffes und der Exkurs in § 5 zu allgemeinen Aufbaufragen dürften für diesen Preis „unschlagbar“ sein. Auch nach den juristischen Staatsprüfungen stellt das Werk ein empfehlenswertes Nachschlagewerk für den ersten Zugriff in ein Rechtsgebiet dar.

Das Klausurenbuch stellt eine Ergänzung zu dem vorbesprochenen Werk „Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen“ dar. In insgesamt 26 Fällen wird der im Grundwerk vermittelte Stoff am praktischen Fall verdeutlicht und eingeübt. Die Fälle sind dabei in der Form der Ersten Juristischen Staatsprüfung dargestellt (sprich: Es wird ein feststehender Sachverhalt und kein Aktenauszug präsentiert). Vom Umfang und Anspruch her bewegen sich die Fälle zwischen den Anforderungen eines „großen Scheins“ in der universitären Ausbildung und Aufgabenstellungen, wie sie auch in der mündlichen Prüfung der Ersten Staatsprüfung auftauchen könnten.

Nach dem Sachverhalt findet sich jeweils eine Gliederung, aus der der Gang der folgenden Prüfung systematisch erkennbar wird. Sodann wird ein ausformulierter Lösungsvorschlag präsentiert, der sich an den Anforderungen eines sauber strukturierten juristischen Gutachtens orientiert. Innerhalb der Gutachten finden sich (farblich abgesetzt) Klausurtipps und (Vertiefungs-)Hinweise. Die Fälle decken ein breites Spektrum möglicher Prüfungsgegenstände ab: Landesverfassungsrecht (fünf Fälle), Kommunalrecht (sieben Fälle), Polizei- und Ordnungsrecht (acht Fälle) sowie öffentliches Baurecht (sechs Fälle). Innerhalb dieser einzelnen Bereiche werden verschiedenste Fallkonstellationen abgebildet, sodass sich in der Gesamtschau eine hervorragende Übersicht über die Themen bietet, die in der Ersten Staatsprüfung auf die Prüflinge zukommen können. Freilich kann die Auswahl von 26 Fällen nicht jede mögliche Konstellation und nicht jedes Spezialproblem umfassen, die getroffene Auswahl ist jedoch äußerst repräsentativ. Sehr positiv ist hervorzuheben, dass auch speziellere Themen wie das Bürgerbegehren (Fall 11) und das Straßen- und Wegerecht (Fall 16) angesprochen werden, um ein Verständnis für diese Materien zu schaffen. Wenn man einen Wunsch an künftige Auflagen formulieren darf, so wäre dies, dass noch ein weiterer Fall zum baurechtlichen Nachbarrechtsschutz aufgenommen wird: Dieser ist bislang nur in Fall 23 vertreten, spielt aber in der Staatsprüfung regelmäßig eine wichtige Rolle, sodass eine vertiefte Befassung mit diesem Thema lohnenswert erscheint.

Dietlein/Hellermann: (Klausurenbuch) Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen (*Schlingloff*)

Insgesamt kann das Klausurenbuch als Ergänzung zu dem Grundwerk uneingeschränkt empfohlen werden. Neben Studierenden bietet es sich auch für Referendarinnen und Referendare an, um materiell-rechtliche Fragen und Aufbaufragen komprimiert zu wiederholen.