ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

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

Geschäftsführende Herausgeber: PD Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Johanna Wolff

3/2026 S. 497–713
19. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Energetische Modernisierung ohne Nachhaltigkeit (?)

Stud. iur. Philipp Wulf, Kiel 497

Öffentliches Recht

Der kommunale Hauptverwaltungsbeamte

Dr. Konstantin Setzer, Hagen 508

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Aktuelle examensrelevante Rechtsprechung im Zivilrecht

Wiss. Mitarbeiter Max Friedrich, Wiss. Mitarbeiter Jeffrey Buerke, Oestrich-Winkel 529

Öffentliches Recht

Die Rechtsverordnung
Eine Einführung in eine untergesetzliche Rechtsquelle

Dr. Celine Hofer-Dinc, LL.M., Köln 542

Strafrecht

Die Beleidigung gemäß § 185 StGB
Grundlagen, Tatbestandsmerkmale und Prüfungssystematik (Teil 1)

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Gabriele Stark-Lütke Schwienhorst, Kiel 555

© 2008–2026 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Allgemeines

Die Mechanik des Vergessens juristischen Wissens:
Wiederholungsalgorithmen verstehen und exponentiell Zeit sparen

Ass. iur. Alexander Kratz, Saarbrücken/Paris 565

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur Mobiliarsachenrecht: Wer sitzt hier am längeren Hebel?

PD Dr. David Paulus, München 578

Öffentliches Recht

Examensübungsklausur: Glücksspiel mit Grundrechten

Wiss. Mitarbeiter Alexander Khorenko, Mannheim 593

Schwerpunktbereichsklausur Nationales Medienrecht:
Rundfunkbeitragsbescheid – Nein Danke!

Wiss. Mitarbeiter Yannick Schumacher, LL.M. (Köln), Wiss. Mitarbeiter Michael Buttler, Köln 611

Strafrecht

Anfängerübungsklausur: Das Gesetz der Ehre

Rechtsanwalt Damien Nippen, Wiss. Mitarbeiterin Anna Misera, Köln 621

Fortgeschrittenenklausur: Briefe, Brüder & Beweise

Rechtsreferendar Dr. Maximilian Schach, München 632

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24
(Vereinsverbot, wehrhafte Demokratie, Presseunternehmen)

(Wiss. Mitarbeiter Ole Becker, Osnabrück) 644

OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25
(Kein bloßer Realakt; Form der Entscheidung über landespresserechtlichen Auskunftsanspruch: Verwaltungsakt)

(Wiss. Hilfskraft Ute Mersmann, Osnabrück) 661

© 2008–2026 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Strafrecht

BGH, Urt. v. 7.10.2025 – 3 StR 11/25
(Zur Garantenstellung von Eltern für das Verhalten ihrer strafmündigen Kinder)

(RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiterin Anna Osbahr, Kiel) 672

BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25
(Tötungsvorsatz bei Kraftfahrzeugrennen)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 688

BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24
(Körperverletzung mit Todesfolge, Mord, gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, Kausalität, objektive Zurechnung, Revision)

(Hao-Hao Wu, München) 694

Schriftleitung
Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster
Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt
René Grellert

ISSN
1865-6331

Redaktion Zivilrecht
PD Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Matthias Fervers, Akad. Rätin a.Z. Dr. Ann-Kristin Mayrhofer

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

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

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Irina Isabel Pommerenke

© 2008–2026 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Energetische Modernisierung ohne Nachhaltigkeit (?)

*Stud. iur. Philipp Wulf, Kiel**

I. Einleitung 497
1. Begriff der energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB 498
2. Mietrechtliches Regelungssystem in Bezug auf die energetische Modernisierung im Überblick 498
3. Nachhaltigkeit und derzeitiger Stand im Hinblick auf die energetische Modernisierung 499
a) Energetische Modernisierung im Gewerberaummietrecht 499
b) Fehlende Anforderungen an die Einsparung von energetischen Modernisierungsmaßnahmen 500
c) Problem der zu erwartenden Energieeinsparung 501
d) Keine Beachtung grauer Energie 502
e) Schutz durch § 559a BGB 503
f) „Energetische Gentrifizierung“ 504
II. Verbesserungsvorschläge 505
1. Energetische Modernisierung im Gewerberaummietrecht 505
2. Anforderungen an die nachhaltige Einsparung von Endenergie 505
3. Lösungsvorschläge zur Optimierung von § 559a BGB 506
4. Einführung eines Ex-post-Korrektivs zur Modernisierungsumlage 506
5. Fazit zu den Verbesserungsvorschlägen 506
III. Zusammenfassung 507

I. Einleitung

Ein erheblicher Teil des deutschen Wohngebäudebestands weist weiterhin eine schlechte Energiebilanz auf. Nach einer Studie des Pestel-Instituts müssten allein in Kiel mehr als 100.000 Wohnungen energetisch saniert werden. Die hierfür erforderlichen Investitionen werden auf rund 400 Mio. € jährlich geschätzt.[1]

Der Gesetzgeber versucht daher, energetische Modernisierungen im Wohnraummietrecht durch verschiedene Anreize zu fördern. Insbesondere kann der Vermieter nach Durchführung einer energetischen Modernisierungsmaßnahme grundsätzlich eine Mieterhöhung verlangen, §§ 559 Abs. 1 S. 1,

* Der *Autor* ist Student der Rechtswissenschaft im 5. Fachsemester an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

[1] Landesregierung Schleswig-Holstein v. 15.1.2026 (16.5.2026).

555b Nr. 1 BGB. Ziel ist es, Investitionen in die energetische Modernisierung wirtschaftlich attraktiver zu machen.[2]

Gleichzeitig erweist sich das derzeitige gesetzliche System im Hinblick auf ein angemessenes Gleichgewicht zwischen ökologischen Zielen und sozialen Nachhaltigkeitsaspekten als fragwürdig.

1. Begriff der energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB

Der Begriff der energetischen Modernisierung ist in § 555b Nr. 1 BGB legaldefiniert. Danach handelt es sich um bauliche Veränderungen, durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart wird. Diese Vorschrift enthält mehrere erläuterungsbedürftige Tatbestandsmerkmale.

Endenergie bezeichnet die Energiemenge, die der Technik der Gebäudeanlage zur Verfügung stehen muss, um sowohl die für den Mieter erforderliche Nutzenergie als auch dessen Energieverluste zu decken.[3] Nutzenergie ist dabei die Energiemenge, die am Ort des Verbrauchs für eine bestimmte Energiedienstleistung benötigt wird.[4]

Weiterhin muss die Maßnahme zu einer Einsparung von Endenergie führen. Dies kann entweder durch eine Verringerung des Energiebedarfs selbst oder durch eine effiziente Nutzung der eingesetzten Energie erfolgen.[5]

Die Energieeinsparung muss zudem nachhaltig sein, also messbar und dauerhaft sein.[6] Der Nachhaltigkeitsbegriff beschreibt somit lediglich eine zeitliche Komponente.[7]

Schließlich verlangt § 555b Nr. 1 BGB, dass die Einsparung in Bezug auf die Mietsache erfolgt. Dieses Merkmal grenzt damit energetische von Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 2 BGB ab, die lediglich allgemein energieeinsparende Wirkung entfalten.

2. Mietrechtliches Regelungssystem in Bezug auf die energetische Modernisierung im Überblick

Über den bloßen Begriff der energetischen Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB hinaus entstehen zahlreiche Folgeregelungen, die sowohl Vermieter als auch Mieter betreffen.

Zunächst ist der Vermieter verpflichtet, die Modernisierungsmaßnahme spätestens drei Monate vor ihrem Beginn in Textform anzukündigen, § 555c Abs. 1 S. 1 BGB. Die Ankündigung muss Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen, den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme und den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten enthalten, § 555c Abs. 1 S. 2 Nr. 1–3 BGB. Die ordnungsgemäß angekündigte Modernisierungsmaßnahme hat der Mieter grundsätzlich zu dulden, § 555d Abs. 1 BGB.

Nach dem Abschluss der Durchführung der Maßnahme zur energetischen Modernisierung kann der Vermieter durch eine Mieterhöhung i.S.d. § 559 Abs. 1 S. 1 BGB die jährliche Miete um 8 % der für die Miete aufgewendeten Kosten erhöhen. Bei der Mieterhöhung ist allerdings zu beachten, dass sich die monatliche Miete innerhalb von sechs Jahren, nicht um mehr als 3 € pro Quadratmeter erhöhen darf, § 559 Abs. 3a S. 1 BGB.

---

[2] Vgl. *Rennig*, in: Klever u.a., Nachhaltigkeit im Privatrecht, 2023, S. 62.
[3] *Börstinghaus*, in: Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 8. Aufl. 2025, BGB § 555b Rn. 4.
[4] *Schlosser*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 555b Rn. 9.
[5] *Teichmann*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 555b Rn. 4.
[6] BGH, Urt. v. 26.3.2025 – VIII ZR 283/23 = NJW 2025, 2023 (2023).
[7] LG Berlin, Urt. v. 2.3.2021 – 67 S 108/19, Rn. 7.

Dem Mieter stehen ebenfalls verschiedene Schutzinstrumente zur Verfügung. Nach § 555d Abs. 2 BGB besteht die Duldungspflicht nach § 555d Abs. 1 BGB nicht, wenn diese für den Mieter, seine Familie oder Angehörige seines Haushalts eine besondere Härte bedeuten würde. Diese Vorschrift beschränkt sich allerdings nur auf persönliche Härteeinwände.[8] Dies wird insbesondere in § 555d Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB dadurch zum Ausdruck gebracht, dass wirtschaftliche Aspekte der zu erwartenden Mieterhöhung die Duldungspflicht nicht beeinflussen. Die wirtschaftlichen Härtegründe stellen sich dann im Hinblick auf die Mieterhöhung in Folge der Modernisierung nach § 559 Abs. 4 BGB. Nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB ist die Mieterhöhung ausgeschlossen, soweit sie auch unter Berücksichtigung der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten für den Mieter eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen nicht zu rechtfertigen ist. Die Beurteilung, ob die Erhöhung der Miete eine unzumutbare Härte ist, wird durch die individuelle Belastbarkeit des Mieters bestimmt.[9] Eine Abwägung ist nach § 559 Abs. 4 S. 2 Nrn. 1, 2 BGB ausgeschlossen, wenn die Modernisierungsmaßnahme die Mietsache in einen Zustand versetzt, der allgemein üblich ist oder die Modernisierungsmaßnahme auf Grund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hatte.

Des Weiteren steht dem Mieter nach dem Zugang der Modernisierungsankündigung ein außerordentliches Kündigungsrecht bis zum Ablauf des übernächsten Monats zu, § 555e Abs. 1 S. 1 BGB.

3. Nachhaltigkeit und derzeitiger Stand im Hinblick auf die energetische Modernisierung

Die energetische Modernisierung von Wohngebäuden trägt sowohl zur ökologischen als auch zur sozialen Nachhaltigkeit bei. Ökologisch bedeutet dies, dass durch bauliche Maßnahmen der Energieverbrauch dauerhaft gesenkt wird und die Nutzung von Heizanlagen effizienter gestaltet wird. Dadurch werden nicht nur Umwelt und Klima geschützt, sondern Haushalte auch langfristig weniger abhängig von steigenden Energiepreisen.

Sozial betrachtet können Modernisierungsmaßnahmen die Wohnkosten für Mieter langfristig senken, da der Energieverbrauch für Heizung, Kühlung und Beleuchtung reduziert wird. Staatliche Fördermittel, etwa über die KfW oder BAFA, erleichtern Vermietern die Finanzierung energetischer Maßnahmen, machen diese wirtschaftlich attraktiver und sozial verträglicher und erhöhen so die Bereitschaft, Gebäude energieeffizient zu modernisieren.

In Kombination sollte das bestehende Regelungssystem dafür sorgen, dass energetische Modernisierungen ökologisch sinnvoll und sozial gerecht umgesetzt werden können. Dieser gesetzgeberische Ansatz im Bereich der energetischen Modernisierung ist allerdings nicht vollkommen ideal.

a) Energetische Modernisierung im Gewerberaummietrecht

Dies sieht man vor allem mit einem Blick auf das Gewerberaummietrecht.

Eine Einschränkung der energetischen Modernisierung besteht zunächst darin, dass dem Mieter nach §§ 578 Abs. 2, 555e Abs. 1 und Abs. 2 BGB nach dem Zugang der Modernisierungsankündigung ein Sonderkündigungsrecht bis zum Ablauf des übernächsten Monats zusteht.[10]

Die Hürde für die Ausübung der Kündigung ist dabei niedrig. Nur wenn die Maßnahme mit einer unerheblichen Einwirkung auf die Mietsache verbunden ist, scheidet eine Kündigung aus.[11] Bei der

[8] *Börstinghaus*, in: Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 8. Aufl. 2025, BGB § 555d Rn. 15.
[9] *Lutz*, in: Münchener Anwaltshandbuch, Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 212.
[10] CMS v. 30.10.2019 (26.12.2025).
[11] *Artz*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 555e Rn. 4.

Kündigung handelt es sich um eine außerordentliche Kündigung, die nicht begründet werden muss.[12] Daher wird der Vermieter von vornherein in eine problematische Situation gebracht. Entscheidet sich der Vermieter für die energetische Modernisierung seines Gewerbeobjekts, geht er das Risiko ein, dass sein Gewerbemieter dies zum Anlass nimmt, sich entgegen der vertraglich vereinbarten Mietzeit vorzeitig vom Mietvertrag zu lösen.[13]

Ferner muss der Vermieter nach § 578 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 555d Abs. 6, 555a Abs. 3 BGB dem Mieter diejenigen Verwendungen ersetzen, die dieser im Vorfeld der Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters tätigen musste. Hierunter fallen sowohl Kosten, die im Vorfeld einer Modernisierung entstehen als auch im Anschluss an eine solche Maßnahme.[14] Für den Vermieter ist hierbei insbesondere von Bedeutung, dass der Mieter nach § 555a Abs. 3 S. 2 BGB einen Vorschuss auf seine Verwendung verlangen kann. Kommt der Vermieter dem Verlangen des Mieters auf Vorschuss nicht nach, braucht der Mieter die Verbesserungsmaßnahme nicht zu dulden.[15]

Eine weitere Benachteiligung des Gewerberaumvermieters liegt darin, dass keine Mieterhöhung im Gewerberaummietrecht nach einer energetischen Modernisierungsmaßnahme zulässig ist. Klar ist, dass energetische Modernisierungsmaßnahmen nicht allein aus altruistischen Gründen vorgenommen werden, sondern ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Vermieters, namentlich das Refinanzierungsinteresse, die bei der Modernisierung entstandenen Kosten teilweise auf den Mieter umzulegen, ebenso eine Rolle spielt.

Gerade aber diesen zentralen Ansatz hat der Gesetzgeber dem Vermieter im Gewerberaummietrecht jedoch verwehrt. Dies folgt daraus, dass es sich bei den Vorschriften zur energetischen Modernisierung um Spezialvorschriften aus dem Wohnraummietrecht handelt. Auf das Gewerberaummietrecht finden diese Vorschriften nur insoweit Anwendung, als § 578 Abs. 2 BGB auf diese verweist. Einen Verweis auf § 559 BGB sucht man in § 578 Abs. 2 BGB jedoch vergeblich. Dies gilt auch für § 558 BGB, der eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete ermöglicht.

Man muss allerdings auch erwähnen, dass der Vermieter den Regelungen des Gesetzgebers nicht schutzlos ausgeliefert ist. Ihm steht weiterhin die Möglichkeit offen, die aufgezeigten nachteiligen Regelungen durch individualvertragliche Vereinbarungen oder durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu seinen Gunsten abzuändern.[16] Hierin kann allerdings auch nur eine Abhilfe gesehen werden, wenn es dem Vermieter gelingt, solche Regelungen im Rahmen der Mietvertragsverhandlungen gegenüber dem Mieter durchzusetzen.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die Regelungen der §§ 578, 555a f. BGB für das Gewerberaummietrecht keine Anreize für die Durchführung energetischer Modernisierungsmaßnahmen im Gewerberaummietrecht schaffen. Viel eher schaffen sie ein Risiko für den Vermieter, wenn er energetische Modernisierungsmaßnahmen durchführen möchte.

b) Fehlende Anforderungen an die Einsparung von energetischen Modernisierungsmaßnahmen

Auch außerhalb des Gewerberaummietrechts finden sich erhebliche Schwächen der gesetzlichen Regelung. Zum einen fehlt die Verknüpfung der konkreten energetischen Modernisierungsmaßnahme und der realen Reduktion des Energieverbrauchs. Konkret besteht keine nachvollziehbare

[12] *Eisenschmied*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, Aufl. 2024, BGB § 555e Rn. 2.
[13] CMS v. 30.10.2019 (26.12.2025).
[14] *Dickersbach/Lützenkirchen/Selk*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 555e Rn. 2.
[15] *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, BGB § 555a Rn. 59.
[16] Vgl. *Artz*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 555e Rn. 6.

Mindestgröße für die nachhaltige Einsparung des Energieverbrauchs. Entscheidend ist bislang nur, dass überhaupt eine messbare Einsparung erzielt wird und diese dauerhaft ist.[17]

Ein derart niedrigschwelliger Maßstab verfehlt jedoch die notwendige Funktion als adäquater Anreiz für die Durchführung energetischer Modernisierungsmaßnahmen. Man könnte so weit gehen, dass die aktuelle Rechtsordnung einen „unredlichen" Vermieter faktisch belohnt, wenn es ihm gelingt, eine energetische Modernisierungsmaßnahme zu wählen, die mit möglichst hohen Kosten verbunden ist, aber keine Luxusmodernisierung darstellt, zugleich jedoch einen minimalen Beitrag zur energetischen Verbesserung des Wohnobjekts leistet und sich trotzdem innerhalb des rechtlichen Rahmens bewegt.[18]

Das Gesetz stellt somit auf das formale Vorliegen von energetischen Modernisierungsmaßnahmen ab und bewertet diese nicht substanziell. Dies hat zur Folge, dass eine ökologisch ineffiziente Maßnahme trotzdem durch den bestehenden Regelungskomplex gefördert wird.

c) Problem der zu erwartenden Energieeinsparung

Ein Problem, welches jüngst der BGH zu entscheiden hatte, ist, nach welchem Zeitpunkt sich die nachhaltige Einsparung von Endenergie richtet. Hierfür könnte man zwei Perspektiven einnehmen. Entweder misst man im Realbetrieb, ob die Maßnahme tatsächlich eine Energieersparnis bewirkt hat, oder man begnügt sich mit einer Prognose, ob ein Energieeinsparungserfolg eintreten wird. Der BGH entschied sich für letzteres.[19]

Als Begründung seiner Entscheidung führt der BGH an, dass die Modernisierungsqualität bereits vor Beginn der geplanten Maßnahme feststellbar sein muss.[20] Ansonsten wären alle Beteiligten gezwungen, jahrelang auf rechtlich unsicherem Boden zu agieren.[21] Der Vermieter hätte keine Gewissheit, ob er die Maßnahme nach deren planmäßiger Umsetzung refinanzieren kann.[22] Der Mieter wüsste nicht, ob er eine angekündigte Maßnahme als Modernisierung im Rechtssinne zu dulden hat.[23] Die Folge einer obligatorisch nachzuweisenden Realeinsparung wäre mithin, dass die Modernisierungsqualität während des Bewährungszeitraums zunächst schwebend offenbliebe und erst Jahre später rückwirkend feststünde.[24]

Dies verbirgt weitreichende Folgen im Hinblick auf die ökologische Nachhaltigkeit. Ökologische Nachhaltigkeit bemisst sich nicht an der technischen Plausibilität einer Maßnahme, sondern an ihrer tatsächlichen Wirkung, also beispielsweise Endenergieeinsparungen. Durch die Anknüpfung an eine Ex-ante-Prognose besteht die Gefahr, dass Maßnahmen rechtlich privilegiert werden, die zwar technisch als effizient gelten, aber im konkreten Einzelfall nicht effizient sind. Die Entscheidung setzt somit Anreize für eine formale Erfüllung energetischer Modernisierung, ohne eine effektive Steuerung hin zu tatsächlich wirksamen Klimaschutzmaßnahmen sicherzustellen.

Dieses Problem ist allerdings systemimmanent, da es dem Vermieter in § 555c Abs. 3 BGB und in § 559b Abs. 1 S. 3 BGB gestattet ist, auf anerkannte Pauschalwerte Bezug zu nehmen.[25] Dennoch liegt

[17] *Lutz*, in: Münchener Anwaltshandbuch, Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 223.
[18] Vgl. BGH NZM 2005, 697.
[19] BGH, Urt. v. 26.3.2025 – VIII ZR 283/23.
[20] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[21] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[22] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[23] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[24] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[25] *Börstinghaus*, NZM 2025, 833 (841).

es in der Natur jeder Prognose, dass sie sich im Rückblick womöglich als unzutreffend herausstellt. Eine Erhöhungserklärung bleibt bei einer unzutreffenden Prognose dennoch gültig. Dadurch schützt das Gesetz das Refinanzierungsinteresse des Vermieters, aber das Risiko einer falschen Prognose trägt der Mieter.[26]

Bleibt die erwartete Einsparung aus, sind die Handlungsoptionen des Mieters limitiert. Nur wenn der Vermieter naheliegende Nachbesserungen unterlässt, obwohl sie deutliche Einsparungen verhießen, könnte ein Bewirtschaftungsfehler vorliegen, der eine Schadensersatzhaftung nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB auslösen könnte.[27] Diese prallen jedoch am Vermieter ab, solange er die gesetzlichen Vorgaben einhält.[28]

d) Keine Beachtung grauer Energie

Darüber hinaus umfasst der Begriff der ökologischen Nachhaltigkeit insbesondere den verantwortungsvollen Umgang mit Ressourcen.[29] Ein solcher verantwortlicher Ressourceneinsatz ist nicht in den gesetzlichen Vorschriften vorhanden, sodass es keinen gesetzlichen Schutz in diesem Hinblick gibt. Dies führt zu dem Problem, dass ein Vermieter zwar energetische Modernisierungsmaßnahmen vornimmt, welche sich grundsätzlich positiv auswirken, andererseits aber den unverantwortlichen Ressourceneinsatz billigend in Kauf nimmt.

In diesem Kontext ist kritisch anzumerken, dass die Vorschriften über die energetische Modernisierung die sog. graue Energie außer Betracht lassen. Unter grauer Energie versteht man die Energie, die für die Herstellung, Transport, Verarbeitung, Lagerung sowie spätere Entsorgung der bei einer Baumaßnahme eingesetzten Produkte oder Dienstleistungen aufgewendet wird.

Die Maßnahmen zur energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB knüpfen allein an eine Senkung des Endenergiebedarfs an. Der erhebliche Energieeinsatz, der bereits im Vorfeld durch die Produktion und Installation technischer Anlagen, wie beispielsweise einer Photovoltaikanlage, entsteht, bleibt unberücksichtigt. Dies führt dazu, dass Maßnahmen rechtlich als energetische Modernisierungsmaßnahmen zu qualifizieren sind, obwohl sie unter Berücksichtigung der grauen Energie gesamtenergetisch zumindest kurzfristig keine Verbesserung bewirken oder diese erst nach vielen Jahren kompensiert wird.

Diese normative Verkürzung ist jedoch systemimmanent. Der Gesetzgeber verfolgt mit §§ 555 f. BGB kein umfassendes lebenszyklusbezogenes Energieeffizienzkonzept, sondern stellt auf Kriterien ab, die eine Senkung des Energieaufwands für das Mietobjekt bewirken.

Dies ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass man versuchen muss, ein ganzheitliches ökologisches Nachhaltigkeitskonzept im Mietrecht zu etablieren. Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Bundesverfassungsgericht i.R.v. Art. 20a GG fordert, dass man sich um Nachhaltigkeit bemühen soll, also natürliche Ressourcen nach Möglichkeit nur in einem Umfang zu verwenden, der ihre Nutzung auch in Zukunft zulässt.[30] Dieser verfassungsrechtliche Gedanke muss im Kontext der ökologischen Nachhaltigkeit beachtet werden.

[26] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[27] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[28] *Lee*, NZM 2025, 583 (585).
[29] Vgl. *Podszun/Rohner*, NJW 2024, 3017 (3019 Rn. 16).
[30] *v. Coelln*, in: Studienkommentar GG, 6. Aufl. 2025, Art. 20a Rn. 14.

e) Schutz durch § 559a BGB

Eine besonders herauszuhebende und problematische Vorschrift in Bezug auf den Schutz des Mieters stellt nach zahlreichen Auffassungen § 559a BGB dar.[31] Diese Vorschrift regelt die Anrechnung von Drittmitteln im Falle einer Mieterhöhung nach § 559 BGB. Genauer gesagt bestimmt § 559a BGB, dass die Kosten, die vom Mieter oder für diesen von einem Dritten oder die mit Zuschüssen aus öffentlichen Haushalten nicht gedeckt werden, nicht zu den Kosten i.S.d. § 559 Abs. 1 S. 1 BGB gehören und deshalb keine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 S. 1 BGB für Modernisierungsmaßnahmen rechtfertigen können. Der Zweck der Regelung ist es sicherzustellen, dass eine Verringerung der Kosten des Vermieters durch öffentliche oder private Zuschüsse auch dem Mieter zugutekommt.[32] Der Vermieter, der für die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme öffentliche Mittel in Anspruch nimmt, soll nicht gegenüber einem Vermieter ungerechtfertigt bessergestellt werden, der eine solche Maßnahme aus dem eigenen Vermögen finanziert.[33]

Die Schutzwirkung des § 559a BGB ist allerdings strukturell begrenzt, da sie ausschließlich an die Finanzierungsquelle der Modernisierungsmaßnahme anknüpft. Sie greift nur dann ein, wenn tatsächlich ein Drittmittel oder öffentliche Zuschüsse eingesetzt wurden. Modernisierungen, die vollständig aus Eigenmitteln des Vermieters finanziert werden, unterliegen weiterhin der vollen Umlagefähigkeit nach § 559 Abs. 1 BGB.

Daraus ergibt sich ein zentrales Schutzdefizit. Selbst wirtschaftlich geringfügige Modernisierungsmaßnahmen können zu erheblichen und dauerhaften Mieterhöhungen führen, solange sie formell die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen und nicht gefördert wurden. Diese Vorschrift verhindert somit lediglich eine Überkompensation, nicht aber eine sozial unangemessene Behandlung des Mieters.

Zudem erfasst § 559a Abs. 1 BGB ausschließlich solche Fälle, in denen der Vermieter tatsächlich öffentliche Fördermittel oder sonstige Drittmittel in Anspruch nimmt. Nicht geregelt sind hingegen Konstellationen, in denen dem Vermieter ein Anspruch auf staatliche Förderungsmittel zusteht, er diese jedoch nicht beantragt oder bewusst auf diese verzichtet. In solchen Fällen bleibt es bei der vollen Umlagefähigkeit der Modernisierungskosten nach § 559 Abs. 1 S. 1 BGB, obwohl die finanzielle Belastung des Mieters, durch die Inanspruchnahme staatlicher Fördermittel des Vermieters, reduziert werden könnte.

Dies eröffnet dem Vermieter die Möglichkeit, durch den bewussten Verzicht auf Förderungen die Kostenlast einseitig auf den Mieter zu verlagern. Der Schutzzweck des § 559a BGB, eine Überkompensation des Vermieters zu verhindern und die Vorteile öffentlicher Förderung an den Mieter weiterzugeben, wird dadurch unterlaufen. Denn wirtschaftlich betrachtet wird der Mieter so behandelt, als hätte es keine Fördermöglichkeit gegeben, obwohl staatliche Mittel bereitgestellt werden.

Für den Vermieter kann es mithin rational sein, auf eine Förderung zu verzichten, um die vollen Kosten auf den Mieter umzulegen und zugleich den administrativen Aufwand eines Förderverfahrens zu vermeiden. Aus Sicht der sozialen Nachhaltigkeit ist dies problematisch, da der Mieter durch eine Modernisierungsmieterhöhung belastet wird, ohne dass mögliche Entlastungen aus öffentlichen Mitteln berücksichtigt werden.

Des Weiteren berücksichtigt § 559a BGB nicht die individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Mieters. Die Anrechnung von Drittmitteln führt zwar zu einer rechnerischen Reduktion der umlagefähigen Kosten, setzt jedoch keinen materiellen Maßstab für die Zumutbarkeit der Mieterhöhung.

[31] *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 559a Rn. 1.
[32] *Scheuch*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 559a Rn. 1.
[33] BGH, Urt. v. 19.7.2023 – VIII ZR 416/21, Rn. 21.

Gerade bei einkommensschwachen Mietern kann selbst eine reduzierte Umlage existenzielle Auswirkungen haben. Das führt insbesondere zum nachfolgenden erheblichen Folgeproblem.

f) „Energetische Gentrifizierung“

Versteht man soziale Gerechtigkeit im Mietrecht als das Streben danach, für alle Bevölkerungsgruppen zugänglichen und bezahlbaren Wohnraum bereitzustellen, der die Bedürfnisse der gegenwärtigen Generation erfüllt, ohne die Möglichkeiten zukünftiger Generationen zu gefährden, treten im Zusammenhang mit der energetischen Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB erhebliche Probleme auf.

Eine zentrale Problematik liegt dabei in dem maßgeblichen finanziellen Anreiz für den Vermieter, um energetische Modernisierungsmaßnahmen durchzuführen. Für die Mieter ist insbesondere problematisch, dass die Vermieter nach § 555b Nr. 1 BGB i.V.m. § 559 Abs. 1 BGB ihnen bis zu 8 % der Sanierungskosten (max. 3 € pro Quadratmeter über sechs Jahre) auf die Jahresmiete umlegen können, sodass Mieter nach einer Sanierung trotz niedrigerer Energiekosten oft mit insgesamt höheren Wohnkosten konfrontiert sind.

Diese Entwicklung birgt die Gefahr sozialer Verdrängungseffekte und kann im schlimmsten Fall zu einer Gentrifizierung führen.

Unter dem Begriff der Gentrifizierung versteht man, grob gesagt, die immobilienwirtschaftliche und soziale Aufwertung von Stadtquartieren, was den Wechsel der Bewohnerschaft zur Folge hat, indem einkommensschwächere Haushalte durch einkommensstärkere Haushalte ersetzt werden.[34]

Auch die Schutzmechanismen vom Gesetzgeber erscheinen nicht als die Lösung für das Problem. Die Kappungsgrenze nach § 559 Abs. 3a S. 1 BGB dient zwar dem Schutz vor übermäßigen Mietsteigerungen, dennoch fördert sie die soziale Nachhaltigkeit im Mietrecht nur begrenzt. Zum einen kann bereits eine Erhöhung um 3 € pro Quadratmeter eine erhebliche finanzielle Belastung darstellen. Zum anderen besteht weiterhin die Möglichkeit des Vermieters, die Miete nach dem Ablauf der in § 559 Abs. 3a S. 1 BGB genannten sechs Jahre stetig zu erhöhen. Die Kappungsgrenze schützt die Miete somit vor punktuell starken Mieterhöhungen, federt aber auf lange Sicht keine sozialen Verdrängungseffekte ab. Auch der Ausschluss der Mieterhöhung nach § 559 Abs. 4 S. 1 BGB wirkt diesem Problem nicht entgegen, denn selbst wenn die Abwägung zugunsten des Mieters ausfällt, ist die Mieterhöhung nicht ausgeschlossen, sondern wird auf das zumutbare Maß herabgesetzt.[35] Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 559 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach eine Mieterhöhung ausgeschlossen ist, soweit sie eine Härte für den Mieter bedeutet.[36]

Somit werden im Sinne der Definition der sozialen Nachhaltigkeit nicht die Bedürfnisse der gegenwärtigen Generation geschützt. Zwar dienen energetische Modernisierungsmaßnahmen langfristig dem Schutz des Klimas, zugleich werden jedoch die Wohnbedürfnisse der gegenwärtigen Generation nicht hinreichend abgesichert. Die gesetzliche Konzeption energetischer Modernisierungsmaßnahmen privilegiert ökologische Zielsetzungen zulasten sozialer Ausgewogenheit und offenbart einen Zielkonflikt zwischen ökologischer und sozialer Nachhaltigkeit.

[34] *Kühling*, NZM 2020, 521 (522).
[35] *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 111.
[36] *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 111.

II. Verbesserungsvorschläge

Somit lässt sich festhalten, dass derzeit zahlreiche strukturelle Schwächen des geltenden Regelungssystems zur energetischen Modernisierung im Hinblick auf die soziale und ökologische Nachhaltigkeit vorliegen.

Diese Schwächen erweisen sich jedoch nicht zwingend als systemimmanent. Vielmehr lassen sie sich durch gezielte gesetzgeberische Anpassungen zumindest teilweise beheben. Auf Grundlage der zuvor herausgearbeiteten Problemlagen lassen sich verschiedene Ansatzpunkte identifizieren, mit denen das Mietrecht weiterentwickelt werden könnte, um ein ausgewogeneres Verhältnis zwischen ökologischer und sozialer Nachhaltigkeit herzustellen. Im Folgenden sollen daher Optimierungsvorschläge dargestellt werden, die geeignet erscheinen, bereits aufgezeigte Regelungslücken zu beheben und zu optimieren.

1. Energetische Modernisierung im Gewerberaummietrecht

Die erste Möglichkeit, die energetische Modernisierung im Mietrecht zu optimieren, bestünde darin, § 559 BGB in § 578 Abs. 2 BGB aufzunehmen. Dadurch würde das Gewerberaummietrecht an die für Wohnraumverhältnisse geltenden Vorschriften angepasst werden. Dies hätte vor allem zur Folge, dass die Vermieter von Gewerberaum die Kosten energetischer Modernisierungsmaßnahmen über die Mieterhöhung refinanzieren können.

Dies würde den vom Gesetzgeber vorgesehenen wirtschaftlichen Anreiz für Vermieter schaffen, energetische Modernisierungsmaßnahmen vorzunehmen. Dies erscheint allein dadurch besonders wichtig zu sein, dass eine Regelungslücke in dieser Hinsicht besteht und man dem Vermieter die Refinanzierung der energetischen Modernisierungsmaßnahme ermöglichen soll.

Zugleich würde die Regelung dem gesamtgesellschaftlichen Interesse an Energieeinsparung und Klimaschutz entsprechen. Allein deshalb, weil es keine gegenwärtige Regelung gibt, weist das Gewerberaummietrecht ein besonders hohes energieeinsparungspotential auf. Die Einbeziehung des § 559 BGB in § 578 Abs. 2 BGB würde somit nicht nur die Investitionsbereitschaft der Vermieter fördern, sondern auch maßgeblich reale Energieeinsparungen bei der Durchführung von energetischen Modernisierungsmaßnahmen im Gewerberaumsektor zur Folge haben.

2. Anforderungen an die nachhaltige Einsparung von Endenergie

Ein weiteres Instrument zur Optimierung der energetischen Modernisierung im Mietrecht bestünde in der Einführung konkreter Anforderungen an die Qualität der Energieeinsparung. Nach geltender Rechtslage kommt es nicht auf den Umfang der Energieeinsparung an, sondern lediglich darauf, dass durch die Maßnahme eine dauerhafte Einsparung von Endenergie erzielt wird. Dies ermöglicht, wie bereits dargestellt, dass auch geringfügige energetische Verbesserungen mit einer 8 % Mieterhöhung verknüpft werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es daher sachgerecht, qualitative Mindeststandards einzuführen. Insbesondere bietet es sich an, diese Standards an die in § 559 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehene 8 % Mieterhöhung anzuknüpfen. Demnach sollte eine Umlage nur dann zulässig sein, wenn durch die energetische Modernisierungsmaßnahme mindestens 8 % der Endenergie eingespart werden. Auf diese Weise würde ein angemessenes Verhältnis zwischen der wirtschaftlichen Belastung des Mieters und dem tatsächlichen energetischen Nutzen der Maßnahme hergestellt.

Eine solche Regelung würde Fehlanreize für ineffiziente oder lediglich symbolische Modernisierungen vermeiden und zugleich gezielt diejenigen Maßnahmen fördern, die einen wirklichen Beitrag zur Energieeinsparung und zum Klimaschutz leisten.

3. Lösungsvorschläge zur Optimierung von § 559a BGB

Des Weiteren ist als mögliches Instrument denkbar, dass die Vermieter die Obliegenheit zur Inanspruchnahme staatlicher Fördermittel bei der Durchführung energetischer Modernisierungsmaßnahmen haben. Eine solche Obliegenheit würde sicherstellen, dass die Finanzierung der Maßnahmen weitgehend durch öffentliche Förderinstrumente abgesichert ist. Zusätzlich werden durch die Nutzung von staatlichen Fördermitteln die auf den Mieter umlegbaren Kosten deutlich reduziert. Eine solche Obliegenheit zur Inanspruchnahme staatlicher Fördermittel lässt sich systematisch mit der mietrechtlichen Duldungspflicht des Mieters nach § 555d BGB vergleichen.

Während der Mieter energetische Modernisierungsmaßnahmen grundsätzlich zu dulden hat, selbst wenn diese mit Beeinträchtigungen verbunden ist, dient diese Einschränkung dem übergeordneten Interesse an Energieeinsparung und Klimaschutz.

Entsprechend erscheint es konsequent, auch den Vermieter in die Pflicht zu nehmen, seine Rechtsposition im Interesse sozialer Nachhaltigkeit zu begrenzen. So wie dem Mieter zugemutet wird, Eingriffe in seine Wohnnutzung hinzunehmen, könnte dem Vermieter zugemutet werden, staatliche Fördermittel in Anspruch zu nehmen, bevor die Kosten der energetischen Modernisierung auf die Mieter umgelegt werden. Auf diese Weise würde der Gesetzgeber eine symmetrische Verantwortungsverteilung zwischen den Parteien herstellen und dem Zielkonflikt der „energetischen" Gentrifizierung entgegenwirken sowie zentrale Schwachpunkte des § 559a BGB beheben.

4. Einführung eines Ex-post-Korrektivs zur Modernisierungsumlage

Ein weiterer Schwachpunkt des geltenden Regelungssystems liegt darin, dass die Umlagefähigkeit energetischer Modernisierungsmaßnahmen ausschließlich an eine Ex-ante-Prognose der zu erwartenden Energieeinsparung anknüpft. Dies erlaubt die Umlage von Modernisierungskosten auch dann, wenn die prognostizierten Einsparungen nicht eintreten.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Einführung eines ex-post-Korrektivs sachgerecht. Denkbar wäre es, die Zulässigkeit der Modernisierungsumlage zunächst weiterhin an eine Prognose zu knüpfen, diese jedoch jährlich einer Überprüfung zu unterziehen. Ergibt sich hierbei, dass die tatsächlich eingetretene Energieeinsparung hinter dem prognostizierten zurückbleibt, könnte dies zu einer Rückabwicklung der Modernisierungsumlage führen.

Dieses Korrektiv würde das bestehende „Prognoseprinzip" nicht aufheben, dennoch würde das Risiko fehlerhafter Prognosen nicht einseitig dem Mieter auferlegt. Rechtlich ließe sich ein derartiges Korrektiv aus § 313 BGB herleiten, ohne die Planungssicherheit des Vermieters zu gefährden. Zugleich würde ein solcher Mechanismus sicherstellen, dass nur die Maßnahmen durch eine Mieterhöhung zugunsten des Vermieters belohnt werden, die tatsächlich einen messbaren Beitrag zur Energieeinsparung leisten.

5. Fazit zu den Verbesserungsvorschlägen

Die zuvor dargestellten Vorschläge würden bereits einen erheblichen Beitrag zur Verbesserung der sozialen Nachhaltigkeit im Rahmen der energetischen Modernisierung leisten. Interessant erscheint, inwiefern der Gesetzgeber in jüngster Zukunft das Regelungssystem der energetischen Modernisierung gestaltet.

III. Zusammenfassung

Das geltende Regelungssystem im Mietrecht stellt kein ausgewogenes Verhältnis zwischen sozialer und ökologischer Nachhaltigkeit her. Zwar lässt sich festhalten, dass das aktuelle System ökologische Nachhaltigkeit im Mietrecht zwar fördert, dies jedoch lückenhaft und auf Kosten der sozialen Nachhaltigkeit geschieht.

Die dargestellten „Verbesserungsvorschläge“ bieten dem Gesetzgeber und der Rechtspraxis Lösungsansätze, um den aufgezeigten Problemen entgegenzuwirken. Es bleibt somit nur zu hoffen, dass der Gesetzgeber die aufgeworfenen Probleme erkennt und schnellstmöglich behebt, um eine Energiewende im gesamten Gebäudesektor einzuleiten, die sowohl sozial als auch ökologisch nachhaltig ist.

Der kommunale Hauptverwaltungsbeamte

*Dr. Konstantin Setzer, Hagen**

I. Einführung 509

II. Funktionen und Kompetenzen im kommunalen Organisationsgefüge 509

1. Leitung der Verwaltung 510
   a) Geschäft der laufenden Verwaltung 510
   b) Rückholrecht und ausschließliche Zuständigkeit 511
   c) Dringlichkeitsentscheidung 512
   d) Besonderheiten auf Kreisebene 513
2. Vorsitz in der Vertretungskörperschaft 514
   a) Aufnahme von Tagesordnungspunkten 514
   b) Sitzungsleitung 515
3. Weitere Funktionen und Kompetenzen 516
   a) Kontrollfunktion 516
   b) Repräsentationsfunktion 517
   c) Vertretungsfunktion 518

III. Einsetzung und Abberufung 519

1. Derzeitige Ausgestaltung der Direktwahl 520
   a) Stimmengleichheit als besondere Konstellation 520
   b) Fehlende Mehrheit bei einzigem Kandidaten als prekäre Konstellation 520
2. Verfassungsrechtliche Grenzen für eine Reform der Direktwahl 521
   a) Abschaffung der Direktwahl 521
   b) Zustimmungsquorum als Brandenburger Besonderheit 522
   c) Mehrheitswahl mit einem einzigen Wahlgang 522
   d) Verfassungsrechtliche Grundsätze für Prüfung und Praxis 523
3. Rahmenbedingungen des Abwahlverfahrens 524
   a) Derzeitige Regelungen in Nordrhein-Westfalen 524
   b) Äußerungsbefugnisse im Rahmen des Abwahlverfahrens 525

* Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, und Rechtsdidaktik von Prof. *Dr. Arne Pilniok* an der FernUniversität in Hagen. Zuvor hat er an der Universität Münster bei Herrn Prof. *Dr. Fabian Wittreck* zur Direktwahl der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten promoviert. Im Februar 2025 erschien seine Dissertation bei Mohr Siebeck unter dem Titel „Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht".

c) Quoren aus verfassungsrechtlicher Perspektive 525

IV. Stellvertretung 526

a) Ehrenamtliche Stellvertreter für die Vorsitzendenfunktion 526

b) Allgemeiner Vertreter für die Verwaltungsleitungsfunktion 527

c) Widerspruchs- und Beanstandungsrecht als Grenzfall 527

V. Fazit 527

I. Einführung

Die (Ober-)Bürgermeister und Landräte werden gemeinhin als maßgebliche politische Akteure auf der kommunalen Ebene angesehen und stehen daher regelmäßig im öffentlichen Rampenlicht. In der juristischen (Ausbildungs-)Literatur fristen die kommunalen Hauptverwaltungsbeamten jedoch eher ein Schattendasein. In den entsprechenden Beiträgen zum Kommunalrecht werden sie allenfalls am Rande und hinsichtlich spezifischer Fragestellungen wie etwa dem Hausrecht oder dem Äußerungsrecht der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten thematisiert.[1] Dabei stellen sich interessante Rechtsfragen zu den Kompetenzen des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten, die diesem in der kommunalen Praxis eine hohe politische Bedeutung verleihen. Dies betrifft etwa ihre prinzipielle Zuständigkeit für die Geschäfte der laufenden Verwaltung oder für die Dringlichkeitsentscheidungen, aber auch für die Vorbereitung der Sitzungen sowie die Kontrolle und Umsetzung der getroffenen Beschlüsse der kommunalen Vertretung. Durch die zwei Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen zur ersatzlosen Abschaffung der Stichwahl sind ferner die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für etwaige Reformen des Bürgermeister- und Landratswahlsystems in den Fokus gerückt, die generelle Fragen zur Auslegung des Demokratieprinzips aufwerfen.[2] Schließlich lassen sich auch Vergleiche zu den monokratischen Ämtern auf staatlicher Ebene wie dem Bundeskanzler oder Bundespräsidenten ziehen.

Aus diesen Gründen sind vielfältige Fragestellungen denkbar, in denen der kommunale Hauptverwaltungsbeamte in einer Prüfungssituation thematisiert werden kann. Der vorliegende Beitrag zielt daher darauf ab, ein grundlegendes Verständnis für das Amt des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten, seine Einbindung in das kommunale Organisationsgefüge und seine verfassungsrechtlichen Bezugspunkte zu vermitteln. Dabei wird die geltende Rechtslage in Nordrhein-Westfalen unter Berücksichtigung der jüngsten Reform des Kommunalrechts[3] zugrunde gelegt. Auf beachtliche Unterschiede zu anderen Bundesländern wird an gegebener Stelle hingewiesen.

II. Funktionen und Kompetenzen im kommunalen Organisationsgefüge

Der kommunale Hauptverwaltungsbeamte der Gemeinde ist mit Ausnahme von Hessen[4] in allen Bundesländern das zweite Organ neben der kommunalen Vertretung (§ 40 Abs. 2 S. 1 GO NRW).[5]

---

[1] Vgl. etwa *Schlingloff*, ZJS 2022, 483.

[2] Siehe die Entscheidungen VerfGH NRW NVwZ 2009, 1096 und VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097.

[3] Siehe Gesetz zur Änderung kommunalrechtlicher und weiterer Vorschriften im Land Nordrhein-Westfalen vom 10. Juli 2025, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen vom 16.7.2025, Nr. 32, S. 617 f.

[4] In Hessen ist nach der klassischen Magistratsverfassung anstelle dieses monokratischen Amtes der Gemeindevorstand gem. §§ 65 ff. HGO als Kollegialorgan zweites Organ der Gemeinde.

[5] Siehe für Baden-Württemberg § 23 BWGemO, für Bayern Art. 34 ff. BayGO, für Brandeburg §§ 51 ff. BbgKVerf, für Mecklenburg-Vorpommern § 21 KV MV, für Niedersachen § 7 Abs. 1 NKomVG, für Rheinland-Pfalz § 28

In Nordrhein-Westfalen fungiert der Bürgermeister in einer Doppelfunktion sowohl als Repräsentant und Vorsitzender des Rates (§ 40 Abs. 2 S. 3 und 4 GO NRW) als auch als Leiter der Gemeindeverwaltung (§ 62 Abs. 1 S. 2 und 3 GO NRW). Entsprechendes gilt für den Landrat, wie sich aus der Vorschrift des § 25 KrO NRW ableiten lässt. In kreisfreien Städten trägt der kommunale Hauptverwaltungsbeamte zur Abgrenzung gegenüber den „Bezirksbürgermeistern" die Bezeichnung „Oberbürgermeister" (§ 40 Abs. 2 S. 3 GO NRW), die entsprechend in Klausuren bestenfalls mit Normverweis zu verwenden ist. Etwaige Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Organen werden in prozessualer Hinsicht als Kommunalverfassungsstreit ausgetragen, der bereits Gegenstand anderer Beiträge dieser Zeitschrift war und daher hier nicht vertieft wird.[6]

1. Leitung der Verwaltung

In Nordrhein-Westfalen besteht für den Rat eine grundsätzliche Allzuständigkeit, die sich aus der Generalklausel des § 41 Abs. 1 S. 1 GO NRW ergibt.[7] Diese Norm begründet die Kompetenz des Rates, während der Katalog des § 41 Abs. 1 S. 2 GO NRW für gewisse Angelegenheiten die Unübertragbarkeit anordnet und insoweit die ausschließliche Zuständigkeit des Rates statuiert. Für die übrigen Angelegenheiten kann der Rat die Zuständigkeit auf den Bürgermeister ausdrücklich durch Beschluss übertragen (§ 41 Abs. 2 S. 1 GO NRW) oder sie gelten als Geschäfte der laufenden Verwaltung auf den Bürgermeister übertragen, soweit sich der Rat nicht eine eigene Entscheidung vorbehält (§ 41 Abs. 3 GO NRW). In den meisten anderen Bundesländern ist hingegen der Bürgermeister generell für Geschäfte der laufenden Verwaltung zuständig.[8]

a) Geschäft der laufenden Verwaltung

Die Figur des Geschäfts der laufenden Verwaltung kann prinzipiell in zwei Fallgestaltungen auftreten. Einerseits kann diese im Innenverhältnis relevant werden, wenn ein Teil des Rates die Kompetenz des Bürgermeisters für eine Maßnahme anzweifelt und einen Kommunalverfassungsstreit anstrengt.[9] Andererseits kann diese aber auch im Außenverhältnis bedeutsam werden, etwa wenn die Rechtmäßigkeit einer Versagung einer Sondernutzungserlaubnis aufgrund einer Ermessensrichtlinie zu prüfen ist, die ohne Ratsbeschluss durch den Bürgermeister aufgestellt worden ist.[10] Beim Geschäft der laufenden Verwaltung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt.[11] Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen „fallen die nach Regelmäßigkeit und Häufigkeit üblichen Geschäfte darunter, deren Erledigung nach feststehenden Grundsätzen ‚auf eingefahrenen Gleisen' erfolgt und die für die Gemeinde unter Berücksichtigung ihrer Größe und Finanzkraft weder wirtschaftlich noch grundsätzlich von wesentlicher Bedeutung sind."[12] Auf dieser Grundlage entschied das Oberverwal-

Abs. 1 S. 1 GemO RhPfl, für Saarland § 29 Abs. 1 SaarlKSVG, für Sachsen § 1 Abs. 4 SächsGO, für Sachsen-Anhalt § 7 Abs. 1 KVG LSA, für Schleswig-Holstein § 7 GO SH und für Thüringen § 22 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

[6] Siehe dazu *Otto*, ZJS 2015, 381; *Schlingloff*, ZJS 2022, 483 (483 f.).

[7] *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 155; *Frenzen/Kolbes*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 41 Rn. 6 ff.

[8] Vgl. etwa Art. 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO oder § 44 Abs. 2 S. 1 BWGemO; im Überblick *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 98.

[9] Dazu *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 101.

[10] Siehe OVG NRW DVBl 2019, 1217 (1218).

[11] OVG NRW DVBl 2019, 1217 (1218); *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 101.

[12] OVG NRW DVBl 2019, 1217 (1218).

tungsgericht, dass die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellt, während der Erlass allgemeiner Ermessensrichtlinien, die für alle künftigen Entscheidungen gelten und damit einen allgemeinverbindlichen Charakter aufweisen, in die Zuständigkeit des Gemeinderates fällt.[13]

Ebenso dürfte die im Rahmen des sog. Bauturbos eingeführte Zustimmungserteilung gem. § 36a BauGB dem Gemeinderat obliegen. Zwar fällt diese nicht unter die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderats gem. § 41 Abs. 1 lit. g GO NRW, da es sich nicht um einen Satzungsbeschluss handelt, der allgemeinverbindliche Wirkung entfaltet, sondern lediglich die andernfalls erforderliche Bauleitplanung im Hinblick auf ein einzelnes Vorhaben ersetzt.[14] Aufgrund dieser Ersetzungsfunktion der Zustimmung gem. § 36a BauGB, die der Sicherung der Planungshoheit der Kommune im Rahmen des Bauturbos dient, ist sie aber auch nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung anzusehen.[15] Aufgrund der eintretenden Zustimmungsfiktion nach Ablauf der Dreimonatsfrist gem. § 36a Abs. 1 S. 4 BauGB könnte in der Praxis allerdings häufig die Übertragung dieser Angelegenheit auf einen Ausschuss oder den Bürgermeister gem. § 41 Abs. 2 GO NRW erfolgen.

In der Prüfungssituation genügt die Kenntnis des Grundsatzes, dass es sich um regelmäßige und häufig typisiert zu erledigende Geschäfte handelt, die keine generelle Wirkung oder hohe Bedeutung wirtschaftlicher oder politischer Art aufweisen. Dies ist stets im Hinblick auf die konkrete Gemeinde anhand ihrer Größe, Struktur und Finanzkraft zu beurteilen.[16] Daher kann dieselbe Angelegenheit in einer Großstadt eine finanziell unbedeutende, täglich auftretende Angelegenheit darstellen und als Geschäft der laufenden Verwaltung einzuordnen sein, während dies in einer kleinen Gemeinde nicht der Fall ist. Maßgeblich ist daher für die Annahme eines Geschäfts der laufenden Verwaltung, dass es sich für die betreffende Gemeinde um ein übliches, routinemäßig zu erledigendes Geschäft handelt, das keine grundsätzliche Relevanz über den Einzelfall hinaus entfaltet.[17]

b) Rückholrecht und ausschließliche Zuständigkeit

Infolge des Grundsatzes der Allzuständigkeit des Rates verfügt dieser entsprechend des § 41 Abs. 3 GO NRW über ein Rückholrecht, sodass er die Entscheidung über Geschäfte der laufenden Verwaltung an sich ziehen und selbst treffen kann.[18] In dieser Hinsicht sind die Ausnahmen von der Allzuständigkeit zu beachten, soweit Angelegenheiten ausdrücklich dem Bürgermeister durch Gesetz zugewiesen werden (§ 62 Abs. 3 GO NRW). Dem kommunalen Hauptverwaltungsbeamten obliegt in dieser Hinsicht gem. § 62 Abs. 1 S. 2 GO NRW die Leitung, Beaufsichtigung und Organisation der Verwaltung. Hieraus folgt sein Entscheidungsrecht über die innere Verwaltungsgliederung als auch der Verteilung der Dienstgeschäfte im Einzelnen.[19] Zugleich ist er der Dienstvorgesetzte der Verwaltungsmitarbeiter (§ 73 Abs. 2 GO NRW) und trifft grundsätzlich die dienst- und arbeitsrechtlichen Entscheidungen (§ 73 Abs. 3 S. 1 GO NRW). Diese Organisations- und Personalhoheit des Bürgermeisters wird allerdings insbesondere durch das Recht des Rates zur Wahl der Beigeordneten (§ 71 Abs. 1 S. 3 GO NRW), zur Bestellung des allgemeinen Vertreters des Bürgermeisters (§ 68 Abs. 1 S. 1 GO NRW)

[13] Siehe OVG NRW DVBl 2019, 1217 (1218 f.); *Hebeler*, JA 2020, 159 (160).
[14] *Schröer/Sunnus*, NVwZ 2025, 1973 (1975).
[15] So auch *Schröer/Sunnus*, NVwZ 2025, 1973 (1975).
[16] *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 23; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 99.
[17] *Hebeler*, JA 2020, 159 (160); *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (364).
[18] *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 191; *Frenzen/Kolbes*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 41 Rn. 36 f.
[19] Vgl. *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 187.

sowie zur Festlegung der Geschäftskreise der Beigeordneten, die zumindest grundsätzlich dem Einvernehmen des Bürgermeisters bedarf (§ 73 Abs. 1 S. 1 GO NRW), eingeschränkt. Die Beigeordneten verfügen über eigenständige Führungsverantwortung in ihrem Geschäftsbereich und sind berechtigt abweichende Meinungen vorzubringen (§ 70 Abs. 4 S. 2 GO NRW). Allerdings entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten der Bürgermeister (§ 70 Abs. 4 S. 1 GO NRW).

An dieser Stelle könnte sich in einer mündlichen Prüfung eine vergleichende Betrachtung mit der Organisation der Bundesregierung anschließen. Insoweit besteht eine Ähnlichkeit zum Verhältnis von Beigeordneten und Bürgermeister dahingehend, dass den Bundesministern in ihren Geschäftsbereichen gem. Art. 65 S. 2 GG die Ressortkompetenz zukommt, wobei der Kanzler gem. Art. 65 S. 1 GG über die grundlegende Richtlinienkompetenz verfügt. Hinsichtlich der Personalkompetenz ist der Bürgermeister hingegen aufgrund der Wahl der Beigeordneten durch den Rat deutlich stärker beschränkt, weil die Minister gem. Art. 64 Abs. 1 GG auf Vorschlag des Bundeskanzlers vom Bundespräsidenten ernannt und entlassen werden müssen.[20]

Der Bürgermeister ist zur Stellungnahme in den Sitzungen des Rates und der Ausschüsse berechtigt und auf Verlangen verpflichtet (§ 69 GO NRW). Ferner obliegt ihm die Vorbereitung der Beschlüsse des Rates, der Bezirksvertretung und der Ausschüsse (§ 62 Abs. 2 S. 1 GO NRW) sowie deren Durchführung (§ 62 Abs. 2 S. 2 GO NRW).[21] Damit ist er in der politischen Realität nicht bloß ein ausführendes Organ, sondern kann faktisch erheblichen Einfluss auf die Entscheidung und dessen Umsetzung nehmen.[22] Eine Besonderheit stellt die Durchführung von Weisungen (§ 62 Abs. 2 S. 2 GO NRW) im Rahmen von Auftragsangelegenheiten (§ 132 GO NRW) und Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung (§ 3 Abs. 2 GO NRW) dar, die allein dem kommunalen Hauptverwaltungsbeamten obliegen.[23] Ein prüfungsrelevantes Beispiel für solche Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung sind die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden gem. § 3 Abs. 1 OBG NRW. Schließlich obliegt dem kommunalen Hauptverwaltungsbeamten auch die Ausübung des allgemeinen Hausrechts in den Dienstgebäuden. Dies lässt sich entweder auf die Annexkompetenz zur ordnungsgemäßen Erfüllung der ihm obliegenden Verwaltungsaufgaben oder auf ein verwaltungsprivatrechtliches Hausrecht an öffentlichen Sachen analog §§ 903, 1004 BGB stützen.[24]

c) Dringlichkeitsentscheidung

Eine besondere Kompetenz steht dem Bürgermeister in Gestalt der sog. Dringlichkeitsentscheidungen zu, die er in Nordrhein-Westfalen gem. § 60 Abs. 1 S. 2 GO NRW gemeinsam mit einem Ratsmitglied treffen kann.[25] Dies setzt voraus, dass bei einer Angelegenheit, die in die Zuständigkeit des Rates fällt, sowohl die Einberufung des Rates als auch des Hauptausschusses nicht rechtzeitig möglich ist und die Entscheidung nicht aufgeschoben werden kann, weil sonst erhebliche Nachteile oder Gefahren entstehen können (§ 60 Abs. 1 S. 2 GO NRW). Eine entsprechende Regelung findet sich in § 60 Abs. 2 GO NRW für die Angelegenheiten, die einem Ausschuss zur Entscheidung übertragen sind. Es handelt

[20] In diesem Sinne auch *Schmitz*, JuS 2020, 1027 (1031).

[21] Entsprechendes gilt auch in den anderen Bundesländern, vgl. *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 107.

[22] Speziell zum Entscheidungsspielraum bei der Beschlussvorbereitung *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (368 f.); *Heinisch*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.10.2025, GO NRW § 62 Rn. 43 ff.

[23] In diesem Sinne *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (368).

[24] Dazu näher *Schlingloff*, ZJS 2022, 483 (489); *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 50.

[25] In einigen Bundesländern wie in Bayern (Art. 37 Abs. 3 BayGO) und Baden-Württemberg (§ 43 Abs. 4 BWGemO) kann der Bürgermeister Dringlichkeitsentscheidungen sogar allein treffen.

sich bei den Voraussetzungen „erheblichen Nachteile oder Gefahren“ um unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum[26], zu denen keine näheren Kenntnisse erforderlich sind. Als Transferleistung sollten die aus dem Gefahrenabwehrrecht oder dem einstweiligen Rechtsschutz bekannten Grundsätze herangezogen und auf die Situation der kommunalen Selbstverwaltung übertragen werden. Danach darf eine Dringlichkeitsentscheidung nach Inhalt, Umfang und Dauer nur soweit reichen, wie diese für die Funktionsfähigkeit der kommunalen Selbstverwaltung zwingend erforderlich ist.[27] Eine Dringlichkeitsentscheidung ist gem. § 60 Abs. 1 S. 3 GO NRW anschließend dem Rat zur Entscheidung über die Genehmigung vorzulegen. Bei der Verweigerung kommt prinzipiell eine Haftung des Bürgermeisters und des Ratsmitgliedes unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 4 GO NRW in Betracht.[28] Der Rat kann sie auch noch aufheben, solange keine außenwirksamen Folgen durch die Begründung von Rechten Dritter eingetreten sind (§ 60 Abs. 1 S. 4 GO NRW).

d) Besonderheiten auf Kreisebene

Die nordrhein-westfälische Kreisordnung sieht kein Prinzip der Allzuständigkeit des Kreistages vor, sondern weist ihm die Zuständigkeit in § 26 Abs. 1 KrO NRW lediglich für bestimmte Angelegenheiten zu. Neben den ausschließlich zugewiesenen Kompetenzen nach § 26 Abs. 1 S. 2 KrO NRW fallen darunter Angelegenheiten des Kreises, die ihrer Bedeutung nach einer Entscheidung des Kreistages bedürfen oder die er sich vorbehält, soweit das Gesetz keine ausschließliche Zuständigkeitsregelung zugunsten eines anderen Organs trifft (§ 26 Abs. 1 S. 1 KrO NRW). Der insoweit maßgebliche Unterschied zur Gemeindeebene besteht demnach darin, dass kein Rückholrecht des Kreistages besteht, sondern die Geschäfte der laufenden Verwaltung dem Landrat als originäre Zuständigkeit gem. § 42 lit. a KrO NRW obliegen.[29] Für die Kompetenz zu Dringlichkeitsentscheidungen des Landrats mit einem Kreistagsmitglied trifft § 50 Abs. 3 KrO NRW eine mit § 60 Abs. 1 GO NRW inhaltsgleiche Regelung. Auch im Übrigen gelten ähnliche Regelungen für die Kompetenzen und Aufgaben des Landrats.

Eine Besonderheit stellt der Kreisausschuss als weiteres Organ des Kreises dar.[30] Diesem steht nicht nur wie dem Hauptausschuss auf Gemeindeebene eine Eilkompetenz zu (§ 50 Abs. 3 S. 1 KrO NRW), sondern er beschließt auch über alle Angelegenheiten, die weder dem Kreistag noch dem Landrat vorbehalten bzw. übertragen sind (§ 50 Abs. 1 S. 1 KrO NRW) und übt auch weitere ausdrücklich gesetzlich zugewiesene Kompetenzen in Gestalt von Vorbereitungs- und Überwachungsaufgaben (§ 50 Abs. 1 S. 2 KrO NRW), Entscheidungen über die Planung des Landrats von besonders bedeutsamen Verwaltungsaufgaben (§ 50 Abs. 2 S. 1 KrO NRW) sowie Zustimmungsvorbehalte bei der Tätigkeit des Landrats als untere staatliche Verwaltungsbehörde (§§ 59 Abs. 1 S. 2 und 61 Abs. 1 S. 3 KrO NRW) aus.

In dieser Hinsicht ist besonders zu beachten, dass der Landrat eine Doppelfunktion aufweist und neben seiner Rolle als kommunaler Hauptverwaltungsbeamter zugleich im Wege der Organleihe als untere staatliche Verwaltungsbehörde gem. §§ 58 ff. KrO NRW tätig sein kann.[31] Entsprechende Regelungen existieren auch in den anderen Bundesländern.[32] Diese Differenzierung ist etwa für den richtigen Klagegegner gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO oder den richtigen Anspruchsgegner beim Amts-

[26] *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 96.
[27] In diesem Sinne *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 96.
[28] Siehe dazu *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (382).
[29] *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 351.
[30] *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 352.
[31] Siehe dazu *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 351.
[32] Im Überblick *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 19 Rn. 48 ff.

haftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG relevant, da bei der Aufgabenwahrnehmung durch den Landrat als untere staatliche Verwaltungsbehörde der Rechtsträger nicht der Kreis, sondern das Land ist.[33] Prüfungsrelevantes Beispiel ist insoweit die Zuständigkeit des Landrats als Kreispolizeibehörde gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW.

2. Vorsitz in der Vertretungskörperschaft

Neben seiner Stellung als eigenständiges Organ ist der (Ober-)Bürgermeister bzw. Landrat in Nordrhein-Westfalen zugleich kraft Gesetzes Mitglied und Vorsitzender der Vertretung (§ 40 Abs. 2 S. 2 und 4 GO NRW/§ 25 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 KrO NRW), in der ihm auch grundsätzlich ein Stimmrecht zusteht (§ 40 Abs. 2 S. 5 GO NRW/§ 25 Abs. 2 S. 3 KrO NRW), soweit dies nicht in den aufgezählten Fällen ausgeschlossen ist (§ 40 Abs. 2 S. 6 GO NRW/§ 25 Abs. 2 S. 4 KrO NRW). In einigen Bundesländern ist hingegen nicht zwingend der kommunale Hauptverwaltungsbeamte zugleich der Vorsitzende, sondern dieser wird stattdessen von der Vertretung aus ihrer Mitte heraus gewählt.[34] In Nordrhein-Westfalen führt der Bürgermeister hingegen kraft Gesetzes auch den Vorsitz im Hauptausschuss (§ 57 Abs. 3 S. 1 GO NRW) und der Landrat den Vorsitz im Kreisausschuss (§ 51 Abs. 3 S. 1 KrO NRW).

a) Aufnahme von Tagesordnungspunkten

Als Vorsitzender beruft er die Vertretung ein (§ 47 Abs. 1 S. 1 GO NRW/§ 32 Abs. 1 S. 1 KrO NRW) und setzt die Tagesordnung fest (§ 48 Abs. 1 S. 1 GO NRW/§ 33 Abs. 1 S. 1 KrO NRW). Unter der Voraussetzung des § 47 Abs. 1 S. 3 GO NRW bzw. § 32 Abs. 1 S. 3 KrO NRW ist er zur Einberufung und im Fall des § 48 Abs. 1 S. 2 GO NRW bzw. § 33 Abs. 1 S. 2 KrO NRW zur Aufnahme von Vorschlägen auf die Tagesordnung verpflichtet. Hinsichtlich eines formell ordnungsgemäß beantragten Tagesordnungspunktes steht ihm nach herrschender Auffassung in allen Bundesländern allenfalls ein äußerst eingeschränktes materielles Prüfungsrecht zu, das lediglich Extremfälle in Gestalt offensichtlich unsinniger, rechtsmissbräuchlicher oder strafbarer Inhalte erfasst.[35] Daher kann er die Aufnahme eines Tagesordnungspunktes nicht verweigern, wenngleich dessen Gegenstand nicht in die Verbandskompetenz der Gemeinde bzw. des Kreises gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG fällt.[36] Denn sowohl der Wortlaut der Regelung „hat aufzunehmen“ als auch die Systematik der ausdrücklich geregelten Kontrollbefugnisse, die auf eine nachträgliche Überprüfung gerichtet sind (§ 54 Abs. 2 und §§ 119 ff. GO NRW bzw. § 39 Abs. 2 KrO NRW und § 57 Abs. 3 KrO NRW i.V.m. §§ 119 ff. GO NRW), sprechen gegen eine präventive Kontrollbefugnis.[37] Es wäre zudem auch mit dem Zweck der Vorschrift unvereinbar, weil der darin verankerte Minderheitenschutz nicht durch den kommunalen Hauptverwaltungsbeamten ausgehebelt werden darf und es in erster Linie dem Willensbildungsorgan in der Beratung obliegen soll, die materielle Rechtmäßigkeit zu erörtern und zu prüfen.[38] Der Bürgermeister kann daher lediglich bei Beratung des Tagesordnungspunktes im Rahmen seiner Verhandlungsleitung auf die seiner Auffas-

[33] Speziell für die Haftung des Landes gem. § 839 BGB in diesem Fall *Papier/Shirvani*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 839 Rn. 440.

[34] Siehe etwa für Hessen § 57 HGO und § 31 HKO sowie für Niedersachen § 61 NKomVG. Zum weiteren Überblick *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 62 und § 19 Rn. 17.

[35] OVG NRW NVwZ 1984, 325 (326); SächsOVG NVwZ-RR 2023, 731 (731 f.); *Heusch/Kolbe*, NVwZ 2023, 1628 (1628).

[36] OVG NRW NVwZ 1984, 325 (326 f.); *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 20.

[37] Siehe dazu *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 20. In diesem Sinne auch explizit zur inhaltsgleichen Regelung OVG NRW NVwZ 1984, 325 (326); SächsOVG NVwZ-RR 2023, 731 (731 f.).

[38] In diesem Sinne OVG NRW NVwZ 1984, 325 (326); *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 20.

sung nach bestehende Rechtswidrigkeit – etwa wegen Überschreitung der Verbandskompetenz – hinweisen. Sofern der Rat dennoch einen Beschluss fasst, hat er diesen zu beanstanden.

b) Sitzungsleitung

Ferner leiten der (Ober-)Bürgermeister und der Landrat als Vorsitzender der Vertretung die Sitzung und üben die Ordnung sowie das Hausrecht in der Sitzung aus (§ 51 Abs. 1 GO NRW/§ 36 Abs. 1 KrO NRW). Letzteres ist gegenüber dem bereits erörterten allgemeinen Hausrecht außerhalb der Sitzung abzugrenzen. Ferner ist eine Differenzierung zwischen der Ausübung der Ordnungsgewalt und des Hausrechts in den Sitzungen geboten. Die Ordnungsgewalt übt der kommunale Hauptverwaltungsbeamte gegenüber Mitgliedern der Vertretung aus und es handelt sich insoweit mangels Außenwirkung nicht um einen Verwaltungsakt, sodass hiergegen die Feststellungsklage als kommunaler Verfassungsstreit die statthafte Klageart wäre.[39] Deren Zulässigkeit setzt die Einlegung und Entscheidung über den Einspruch des Mitglieds gem. § 51 Abs. 5 GO NRW bzw. § 36 Abs. 5 KrO NRW voraus.[40] Hingegen wird das Hausrecht in der Sitzung gegenüber Zuhörern als Dritten ausgeübt, sodass eine Außenwirkung und mithin ein Verwaltungsakt vorläge, weshalb nach regelmäßig eingetretener Erledigung eine Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft wäre.[41]

Die Tatbestandsvoraussetzung für ein Einschreiten ist die Störung der Ordnung. Diese ist entsprechend des Normzwecks auszulegen, die Funktionsfähigkeit und Effektivität der kommunalen Vertretung sowie die Rechte der übrigen Mandatsträger sicherzustellen.[42] Beim Einschreiten gegen Äußerungen von Mitgliedern der kommunalen Vertretung besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Sitzungsgewalt des Vorsitzenden und dem statusrechtlich durch § 43 Abs. 1 GO NRW bzw. § 28 Abs. 1 KrO NRW geschützten Recht des Ratsmitglieds zur freien Rede, die im Rahmen der politischen Auseinandersetzung typischerweise auch von Übertreibungen, Zuspitzungen und Polemik lebt.[43] Die Grenze zur Verletzung der Ordnung in der Vertretung ist demnach erst „dort erreicht, wo es sich nicht mehr um eine inhaltliche Auseinandersetzung handelt, sondern eine bloße Provokation im Vordergrund steht oder wo es um die schiere Herabwürdigung anderer oder die Verletzung von Rechtsgütern Dritter geht“[44].

Für die Durchsetzung der Ordnung stehen dem Vorsitzenden abgestufte Maßnahmen zur Verfügung, die in den neu geregelten § 51 Abs. 2–4 GO NRW und § 36 Abs. 2–4 KrO NRW nunmehr unmittelbar gesetzlich ausgestaltet werden. Die mildeste Maßnahme stellt danach der Ordnungsruf dar (Abs. 2 S. 2). Nach dem dritten Ruf zur Ordnung oder zur Sache erfolgt die Maßnahme der Wortentziehung (Abs. 2 S. 5). Unabhängig vom Ordnungsruf kann bei nicht nur geringfügiger Verletzung der Ordnung oder Würde ein Ordnungsgeld verhängt werden (Abs. 3). Wegen gröblicher Verletzung der Ordnung kann sogar ein Sitzungsausschluss verfügt werden (Abs. 4). Diese einschneidende Ordnungsmaßnahme des Ausschlusses setzt eine Störung der Sitzung voraus, die in ihrer Quantität

[39] OVG NRW NVwZ-RR 2018, 318 (318 Rn. 25); *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 168.

[40] *Rohde*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 51 Rn. 25.

[41] *Schlingloff*, ZJS 2022, 483 (489); *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 169.

[42] OVG NRW NVwZ-RR 2018, 318 (319 f. Rn. 41); *Rohde*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 51 Rn. 11.

[43] OVG NRW NVwZ-RR 2018, 318 (320 Rn. 42); *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (406).

[44] Prägnant OVG NRW NVwZ-RR 2018, 318 (320 Rn. 43).

oder Qualität die Grenzen der Zumutbarkeit in erheblichem Maße überschreitet.[45] Weitere konkretisierende Regelungen zur Ausübung der Ordnungsgewalt können gem. § 51 Abs. 6 GO NRW bzw. § 36 Abs. 6 KrO NRW in der Geschäftsordnung getroffen werden.

3. Weitere Funktionen und Kompetenzen

Schließlich übt der kommunale Hauptverwaltungsbeamte auch eine Kontroll-, Repräsentations- und Vertretungsfunktion aus. Da diese Funktionen auf den ersten Blick nicht eindeutig der Rolle als Leiter der Verwaltung oder als Vorsitzender der kommunalen Vertretung zugeordnet werden können, werden sie im Folgenden separat betrachtet.

a) Kontrollfunktion

Zunächst steht dem kommunalen Hauptverwaltungsbeamten in Nordrhein-Westfalen ein politisches Kontrollrecht in Gestalt des Widerspruchsrechts gem. § 54 Abs. 1 GO NRW bzw. § 39 Abs. 1 KrO NRW zu, das im Falle der Ausübung aufschiebende Wirkung entfaltet und zur erneuten Behandlung durch den Rat oder Kreistag führt.[46] Im Hinblick auf Ausbildung und Praxis relevanter ist die Pflicht zur Beanstandung von rechtswidrigen Beschlüssen gem. § 54 Abs. 2 GO NRW bzw. § 39 Abs. 2 KrO NRW, die auch in allen anderen Bundesländern vorgesehen ist.[47] Die Beanstandung hat aufschiebende Wirkung und führt – soweit der Rat bzw. der Ausschuss nach erneuter Behandlung an seinem Beschluss festhält – zur Einholung der Entscheidung der Aufsichtsbehörde (§ 54 Abs. 2 S. 4 GO NRW/§ 39 Abs. 2 S. 4 KrO NRW). Dies eignet sich als Klausuraufhänger, weil im materiellen Schwerpunkt die Rechtmäßigkeit eines Ratsbeschlusses, prozessual aber eine Anfechtungsklage gegen die als Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde oder dem Kreis ergehende Aufhebungsentscheidung zu prüfen ist.[48] Auch in diesem Prozess fungiert der kommunale Hauptverwaltungsbeamte gem. § 62 Abs. 3 VwGO als Vertreter der Gemeinde bzw. des Kreises und muss sich dabei nach dem Willen der Vertretung richten, wenngleich er selbst durch die Beanstandung des Beschlusses seine gegenteilige Auffassung zum Ausdruck gebracht hat.[49] Wenn hingegen die Aufsichtsbehörde die Beanstandung zurückweist und keine Aufhebung vornimmt, hat der kommunale Hauptverwaltungsbeamte den getroffenen Beschluss auszuführen, ohne die Möglichkeit zu haben, Rechtsmittel zu ergreifen.[50]

In einer Prüfung könnte auch die Frage auftauchen, wie der kommunale Hauptverwaltungsbeamte einen aus seiner Sicht rechtswidrigen Bürgerentscheid verhindern könnte. Wenngleich der Bürgerentscheid einen Beschluss der kommunalen Vertretung ersetzt (§ 26 Abs. 8 S. 1 GO NRW/§ 23 Abs. 8 S. 1 KrO NRW), kann er diesen selbst nicht mehr beanstanden. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des Beanstandungsrechts, das einen Beschluss der Vertretung verlangt. Vor allem ergibt sich dies auch aus der Systematik und dem Zweck der Vorschriften. Zunächst ist eine erneute Bestätigung i.S.v. § 54 Abs. 2 S. 4 GO NRW/§ 23 Abs. 2 S. 4 KrO NRW bei einem Bürgerentscheid nicht statthaft.[51] Überdies wäre die möglicherweise erfolgreiche Beanstandung nach der vollständigen und aufwän-

[45] In diesem Sinne *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 48.
[46] Dieses Widerspruchsrecht existiert nicht in allen Bundesländern, siehe dazu *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 84.
[47] Vgl. *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 82 f.; *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 18.
[48] *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 87.
[49] Dazu *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 19.
[50] *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (387).
[51] *Peters*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 26 Rn. 100.1.

digen Durchführung des gestuften Verfahrens des Bürgerentscheids zweckwidrig. Das Gesetz sieht vielmehr eine vorgelagerte, umfassende Rechtsprüfung im Rahmen der Entscheidung der kommunalen Vertretung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens vor.[52] Der kommunale Hauptverwaltungsbeamte muss daher bereits den Beschluss über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens (§ 26 Abs. 6 S. 1 GO NRW/§ 23 Abs. 6 S. 1 KrO NRW) bzw. den Beschluss über die Durchführung eines Bürgerentscheides (§ 26 Abs. 1 S. 2 GO NRW/§ 23 Abs. 1 S. 2 KrO NRW) beanstanden.[53]

Hinsichtlich der Kontrollfunktion lässt sich auch ein Vergleich mit dem Staatsrecht anstellen. Während das politische Widerspruchsrecht keine Entsprechung im Grundgesetz findet, lässt sich eine Gemeinsamkeit zwischen dem Beanstandungsrecht und dem nach herrschender Auffassung bestehenden formellen und materiellen Prüfungsrecht des Bundespräsidenten hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG[54] feststellen. Im Detail bestehen allerdings Unterschiede. Denn der kommunale Hauptverwaltungsbeamte ist nicht nur berechtigt, sondern sogar zur Beanstandung rechtswidriger Beschlüsse verpflichtet. Hält die kommunale Vertretung an dem Beschluss fest, ist zwingend die Entscheidung der Kommunalaufsicht einzuholen. Hingegen muss gegen die Nichtausfertigung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten im Wege des Organstreitverfahrens nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG vorgegangen werden.[55]

b) Repräsentationsfunktion

Der kommunale Hauptverwaltungsbeamte ist gem. § 40 Abs. 2 S. 3 GO NRW bzw. § 25 Abs. 1 S. 2 KrO NRW Repräsentant der Vertretung und fungiert daher als maßgebliche Repräsentationsfigur der Gemeinde bzw. des Kreises.[56] Während diese Repräsentationsfunktion als solche keine unmittelbare rechtliche Bedeutung entfaltet, ist die damit im Zusammenhang stehende Äußerungsbefugnis des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten praxis- und prüfungsrelevant.[57] Diese lässt sich darauf stützen, dass ihm durch seine Funktion als Repräsentant der Gemeinde bzw. des Kreises und damit als „Kommunaloberhaupt“[58] eine mit Regierungsmitgliedern vergleichbare Äußerungsbefugnis zugewiesen ist, wonach er zu den der Verbandskompetenz unterfallenden Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG Stellung nehmen darf.[59] Der kommunale Hauptverwaltungsbeamte unterliegt dabei ebenso wie Regierungsmitglieder dem parteipolitischen Neutralitätsgebot aus Art. 21 GG sowie dem aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG abzuleitenden Sachlichkeitsgebot, wonach ihm „eine lenkende oder steuernde Einflussnahme auf den politischen Meinungsbildungsprozess der Bevölkerung verwehrt“[60] ist. Bevor man sich in der Fallbearbeitung der Frage der Grundlagen und Grenzen der Äußerungsbefugnis zuwendet, bedarf es freilich erst der Feststellung, dass eine Äußerung in amtlicher Funktion und nicht als Privatperson erfolgt, wozu der Sachverhalt entsprechende Angaben enthalten wird.[61]

---

[52] In diesem Sinne auch *Peters*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 26 Rn. 100.1.
[53] Ebenso *Peters*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 26 Rn. 100.1.
[54] BVerfGE 1, 396 (413); 131, 47 (53).
[55] *Schmitz*, Jus 2020, 1027 (1027 f.).
[56] In diesem Sinne VerfGH NRW NVwZ 2009, 1096 (1098); VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097 (1100 f. Rn. 98).
[57] Näher zu diesem Thema *Schlingloff*, ZJS 2022, 483 (491 ff.).
[58] Prägnant *Ramin/Röttger*, DVP 2012, 17 (21).
[59] BVerwG NVwZ 2018, 433 (434 Rn. 17 ff.); *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 40.
[60] BVerwG NVwZ 2018, 433 (435 Rn. 23 ff.); siehe auch *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 41.
[61] Siehe dazu *Schlingloff*, ZJS 2022, 483 (492).

c) Vertretungsfunktion

Gem. § 63 Abs. 1 GO NRW bzw. § 42 lit. e KrO NRW ist der kommunale Hauptverwaltungsbeamte – wie in beinahe allen anderen Bundesländern[62] – der gesetzliche Vertreter der Gemeinde bzw. des Kreises. Daher ist im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung einer Klage gegen eine Gemeinde oder einen Kreis darauf hinzuweisen, dass diese vertreten durch ihren (Ober-)Bürgermeister oder den Landrat gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 63 Abs. 1 GO NRW bzw. § 42 lit. e KrO NRW prozessfähig ist. Der Bürgermeister bzw. Landrat stellt zudem öffentlich-rechtlich eine Behörde i.S.d. § 1 Abs. 2 VwVfG NRW dar, die Verwaltungsakte erlässt.[63] Die Erlassbehörde ist daher stets der Bürgermeister oder Landrat etwa als örtliche Ordnungsbehörde oder als untere Bauaufsicht.

In dieser Hinsicht stellt sich die praxis- und prüfungsrelevante Frage, welche Konsequenz im Außenverhältnis eintritt, wenn der kommunale Hauptverwaltungsbeamte ohne den nach der internen Organzuständigkeit erforderlichen Beschluss der Vertretung handelt. Soweit der Hauptverwaltungsbeamte einen Verwaltungsakt erlässt, obwohl es an einem dafür erforderlichen Beschluss der Vertretung fehlt, führt dieser Verstoß gegen die interne Entscheidungszuständigkeit nach überwiegender Auffassung zu einem Verfahrensverstoß in Gestalt einer fehlenden erforderlichen Mitwirkungshandlung.[64] Dieser macht den Verwaltungsakt rechtswidrig und damit nach § 48 VwVfG NRW aufhebbar bzw. gem. § 42 Abs. 1 VwGO anfechtbar, führt aber in entsprechender Anwendung des § 44 Abs. 3 Nr. 3 VwVfG NRW nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, sodass dieser wirksam bleibt und der Verfahrensfehler in entsprechender Anwendung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG NRW geheilt werden kann.[65] Bei privatrechtlichem Handeln ist hingegen ein fehlender Beschluss der Vertretung unbeachtlich, weil die Zuständigkeitsverteilung nach der Gemeindeordnung und Kreisordnung nur das Innenverhältnis betrifft und der kommunale Hauptverwaltungsbeamte über eine organschaftliche Vertretungsmacht verfügt, die im Außenverhältnis prinzipiell unbeschränkt ist.[66] Dies kommt sogar unmittelbar im Wortlaut des § 63 GO NRW „unbeschadet der dem Rat und seinen Ausschüssen zustehenden Entscheidungsbefugnisse“ zum Ausdruck.

Eine Besonderheit gilt im Hinblick auf die sog. Verpflichtungserklärungen, die in Nordrhein-Westfalen wie in den meisten anderen Bundesländern[67] der Schriftform in Gestalt der handschriftlichen Unterzeichnung durch den Hauptverwaltungsbeamten oder seinen allgemeinen Vertreter bedürfen (§ 64 Abs. 1 GO NRW/§ 43 Abs. 1 KrO NRW), soweit sie nicht dem Geschäft der laufenden Verwaltung unterfallen (§ 64 Abs. 2 GO NRW/§ 43 Abs. 2 KrO NRW). Auch an dieser Stelle kann daher die Auslegung des Begriffs des Geschäfts der laufenden Verwaltung Relevanz entfalten. Soweit ein solches Geschäft nicht gegeben ist und es an der vorgeschriebenen Form mangelt, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge. Bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungserklärungen im Rahmen einer Zusicherung gem. § 38 VwVfG NRW oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gem. §§ 54 ff. VwVfG NRW hat ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 64 Abs. 1 GO NRW die Nichtigkeit dieser Erklärung

[62] Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 24; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 82.

[63] *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 27; *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 192.

[64] *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 29; *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 197; a.A. *Warg*, NWVBl. 2011, 214 (215).

[65] So *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 29; *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 197; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 178.

[66] Vgl. *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 82.

[67] Dabei ist zum Teil auch die Unterzeichnung durch weitere Personen vorgesehen, vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 33; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 83.

zur Folge.[68] Ohne entsprechende eigenhändige Unterschrift des Hauptverwaltungsbeamten oder seines allgemeinen Vertreters sind diese also unwirksam.

Bei privatrechtlichen Verpflichtungserklärungen ist die Rechtsfolge hingegen umstritten. Die Rechtsfolge der Formnichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB aufgrund landesrechtlicher Formvorschriften steht entgegen, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. Nr. 1 GG für das Bürgerliche Recht und damit für privatrechtliche Formvorschriften mit Art. 55 EGBGB abschließend Gebrauch gemacht hat.[69] Die herrschende Auffassung legt daher diese Regelung nicht als Formvorschrift, sondern als konkretisierende Beschränkung der eigentlich unbeschränkten Vertretungsmacht aus, sodass die Erklärung mangels hinreichender Vertretungsmacht unwirksam ist.[70] Dies lässt sich speziell in Nordrhein-Westfalen mit dem systematischen Zusammenhang begründen, wonach die Vertretungsregelung des § 63 Abs. 1 S. 2 GO NRW bzw. § 42 lit. e KrO NRW explizit formuliert, dass die beschränkende Regelung des § 64 GO NRW bzw. § 43 KrO NRW unberührt bleibt. Die nach diesem Verständnis konsequente Anwendung der Regelungen zum Handeln ohne Vertretungsmacht gem. §§ 177 ff. BGB und insbesondere der Vertreterhaftung des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten gem. § 179 BGB wird jedoch von der Rechtsprechung abgelehnt.[71] Allerdings ist die Berufung auf den Formmangel nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Verpflichtungserklärung durch einen Beschluss der Vertretung bereits gebilligt wurde.[72] Dies lässt sich damit begründen, dass die Formvorschrift dem Schutz vor übereilten Erklärungen sowie der Beweissicherung dienen.[73] Im Falle eines vorangehenden Beschlusses sind diese Zwecke bereits erfüllt, sodass die Berufung auf den Formmangel ein widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten darstellt.

III. Einsetzung und Abberufung

Die Bürgermeister und Landräte sind in Nordrhein-Westfalen kommunale Wahlbeamte auf Zeit (§ 62 Abs. 1 S. 1 GO NRW/§ 44 Abs. 3 und 4 KrO NRW i.V.m. § 118 Abs. 2 S. 1 und Abs. 10 LBG NRW). Sie werden gem. § 65 Abs. 1 GO NRW bzw. § 44 Abs. 1 KrO NRW i.V.m. §§ 46b ff. KWahlG NRW in einer Direktwahl in Form einer Mehrheitswahl mit Stichwahlsystem gewählt. Damit wurde das frühere System der sog. Norddeutschen Ratsverfassung abgeschafft, das die indirekte Wahl durch die kommunale Vertretung und eine Doppelspitze aus hauptamtlichem Stadtdirektor und ehrenamtlichem Bürgermeister bzw. Kreisdirektor und ehrenamtlichem Landrat vorsah.[74] Auch die meisten anderen Bundesländer sind mittlerweile zur Direktwahl der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten übergegangen.[75]

---

[68] *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 35; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 84.

[69] BGH NJW 2001, 2626 (2626); *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 37; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 84.

[70] BGH NJW 2001, 2626 (2626); *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 84.

[71] So BGH NJW 2001, 2626 (2627 ff.); kritisch dazu *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 13 Rn. 36 ff.

[72] BGH NJW 2001, 2626 (2628); *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 85.

[73] Siehe zu diesem Zweck BGH NJW 2001, 2626 (2628); *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 2024, Rn. 202.

[74] Dazu *Burgi*, Kommunalrecht, 7. Aufl. 2024, § 10 Rn. 4.

[75] Eine Ausnahme bilden die Landratswahlen in Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein, die gem. § 39 Abs. 5 BWLKrO bzw. § 43 Abs. 1 SHKrO durch den Kreistag erfolgen.

1. Derzeitige Ausgestaltung der Direktwahl

Im Rahmen der Direktwahlen der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten hat sich in beinahe allen Bundesländern – zuletzt auch in Baden-Württemberg für die Bürgermeister[76] – das Mehrheitswahlsystem mit Stichwahlgang durchgesetzt.[77] In diesem Wahlsystem findet, soweit ein Bewerber im ersten Wahlgang nicht mehr als die Hälfte der gültigen Stimmen auf sich vereinigt (§ 46c Abs. 1 S. 2 KWahlG NRW), zwischen den beiden Kandidaten mit den meisten Stimmen ein weiterer Wahlgang statt, in dem derjenige mit den meisten Stimmen gewählt ist (§ 46c Abs. 2 S. 5 KWahlG NRW). Nur noch in Sachsen erfolgt bei Nichterreichen der absoluten Mehrheit im ersten Wahlgang ein weiterer Wahlgang, in welchem der Kandidat gewählt ist, der die meisten Stimmen, also die relative Mehrheit, erreicht.[78]

a) Stimmengleichheit als besondere Konstellation

Eine besondere Regelung ist in dem unwahrscheinlichen, aber durchaus praktisch auftretenden[79] Fall der Stimmengleichheit erforderlich. Nach dem nordrhein-westfälischen Kommunalwahlgesetz entscheidet in diesem Fall das vom Wahlleiter zu ziehende Los darüber, wer an der Stichwahl teilnimmt (§ 46c Abs. 2 S. 4 KWahlG NRW) bzw. wer in der Stichwahl obsiegt (§ 46c Abs. 2 S. 6 KWahlG NRW). Auf den ersten Blick erscheint ein solches Zufallsergebnis prekär. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass bei einer alternativ denkbaren erneuten Durchführung eines Stichentscheides bei gebotener wirklichkeitsnaher Betrachtung regelmäßig nicht die bewusste Meinungsänderung der Wähler zugunsten eines Kandidaten, sondern schlicht die Nichtteilnahme einiger Wähler über den Wahlausgang entscheiden wird. Insofern wird daher auch in diesem Fall ein Zufallsergebnis eintreten, weshalb der Losentscheid eine ebenso verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltungsvariante darstellt.[80]

b) Fehlende Mehrheit bei einzigem Kandidaten als prekäre Konstellation

Eine prekäre Situation ergibt sich jedoch, wenn nur ein einziger zugelassener Wahlvorschlag vorliegt. Grundsätzlich ist für eine demokratische Wahl eine freie Auswahlmöglichkeit konstitutiv.[81] In zunächst plausibler Konsequenz sieht § 75c S. 2 KWahlO NRW für diesen Fall daher vor, dass mit „ja“ oder „nein“ zu stimmen ist. Gem. § 46c Abs. 1 S. 3 KWahlG NRW bedarf es für eine erfolgreiche Wahl einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen, also einer Mehrheit an Ja-Stimmen. Es existieren jedoch in Nordrhein-Westfalen – ebenso wie in anderen Bundesländern – keine Regelungen für den Fall, dass

---

[76] Vgl. Gesetz zur Änderung kommunalwahlrechtlicher und anderer Vorschriften vom 4. April 2023, Gesetzblatt für Baden-Württemberg vom 14.4.2023, Nr. 8, S. 137 f.

[77] Siehe für Baden-Württemberg § 45 Abs. 2 S. 1 BWGemO, für Bayern Art. 46 Abs. 1 S. 2 BayGLKrWG, für Brandenburg § 72 Abs. 2 S. 2 BbgKWahlG; für Hessen § 39 Abs. 1b S. 1 HGO; für Mecklenburg-Vorpommern § 67 Abs. 2 S. 2 LKWG MV; für Niedersachsen § 45g Abs. 2 S. 3 NKWG; für Nordrhein-Westfalen § 46c Abs. 2 S. 1 KWahlG NRW; für Rheinland-Pfalz § 53 Abs. 1 S. 4 GemO RhPfl; für das Saarland § 72 Abs. 2 S. 3 SaarlKWG; für Sachsen-Anhalt § 30a Abs. 1 S. 1 KWG LSA, für Schleswig-Holstein § 47 Abs. 1 S. 3 GKWG SH und für Thüringen § 24 Abs. 8 S. 2 ThürKWG.

[78] Siehe § 44a Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Nr. 4 SächsKomWG. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung dieses Wahlsystems *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 402 ff.

[79] Siehe das Ergebnis der Bürgermeisterstichwahl im nordhessischen Ahnatal (6.5.2026).

[80] Dazu näher *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 390.

[81] In diesem Sinne *Gusy*, AöR 106 (1981), 329 (345); *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 86. Einschränkend *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 73, 113.

diese Mehrheit nicht erreicht wird, da die folgenden Absätze des § 46c KWahlG NRW nach Wortlaut und Zweck nur auf mehrere Bewerber anwendbar sind.[82] Nach dem demokratischen Prinzip der „Herrschaft auf Zeit“[83] bedarf es jedoch einer Neubesetzung des Amtes. Da auch eine in späteren Wahlgängen erzielte relative Mehrheit in Gestalt der meisten Stimmen für einen Kandidaten eine hinreichende demokratische Legitimation bewirken kann, wäre es in der Konstellation eines einzigen Kandidaten verfassungsrechtlich zulässig, in einem weiteren Wahlgang bereits eine einzige Ja-Stimme zur erfolgreichen Wahl genügen zu lassen.[84] Ein eleganterer Ausweg bestünde in der in einigen Bundesländern existierenden Möglichkeit sog. „Write-in-Candidates“, wonach die Wähler durch Schreiben des Namens auf den Stimmzettel einen Wahlvorschlag unterbreiten und zugleich für diesen eine Stimme abgeben können.[85] Auf diese Weise wird den Wählern eine echte Auswahlfreiheit ermöglicht. Allerdings tritt zugleich eine Unberechenbarkeit ein, weil eine nicht unerhebliche Anzahl an Wahlberechtigten dem Wahlakt unter der Prämisse fernbleiben könnten, dass sie die Wahl des einzigen offiziellen Wahlvorschlages als gesichert ansehen. Auf diese Weise könnte ein „Write-in-Candidat“ gewählt werden, der als offizieller Wahlvorschlag mit einem vorausgehenden Wahlkampf keinesfalls die entsprechende Mehrheit erhalten hätte.[86] Ferner birgt die Wahl eines nicht zuvor vorgeschlagenen Kandidaten die erhöhte Gefahr, dass dieser die Wahl nicht annimmt und es somit einer erneuten Durchführung des gesamten Wahlverfahrens bedarf. Ein verfassungsrechtlicher Vorzug dieses Modells besteht daher nicht, sondern ist der freien Entscheidung des Wahlgesetzgebers überlassen.[87]

2. Verfassungsrechtliche Grenzen für eine Reform der Direktwahl

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive stellt sich zudem die allgemeine Frage nach zulässigen Reformen des derzeit in Nordrhein-Westfalen praktizierten Systems der Direktwahl von Bürgermeistern und Landräten. Dabei können sowohl die verfassungsrechtlichen Grenzen für mögliche Modifikationen der Direktwahl als auch für deren Ersetzung durch andere Verfahren der Amtseinsetzung diskutiert werden.

a) Abschaffung der Direktwahl

Eine unstreitig verfassungsrechtlich zulässige Reformoption stellt die Rückkehr zum früheren System der indirekten Wahl durch die kommunale Vertretung dar[88], wie sie etwa derzeit in Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein für den Landrat vorgesehen ist.[89] Denn die in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG genannten Wahlrechtsgrundsätze und damit das Gebot der Unmittelbarkeit der Wahl gelten lediglich für die Wahl der kommunalen Vertretungen und nicht für die Wahl der kommunalen Hauptver-

[82] *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 390 f.

[83] Siehe *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 II Rn. 52.

[84] Dazu *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 392.

[85] Siehe zu dieser Möglichkeit im ersten Wahlgang bei Zulassung nur eines oder keines Wahlvorschlages die Regelungen in Art. 40 Abs. 2 BayGLKrWG, § 43 Abs. 3 SächsKomWG und § 24 Abs. 7 ThürKWG. In Baden-Württemberg besteht diese Möglichkeit im ersten Wahlgang sogar bei mehreren zugelassenen Wahlvorschlägen gem. § 19 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 BWKomWG.

[86] *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 393.

[87] Dazu ausführlich *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 392 f.

[88] So VerfGH NRW NVwZ 2009, 1096 (1097); VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097 (1099 Rn. 90).

[89] Siehe für Baden-Württemberg § 39 Abs. 5 BWLkrO und für Schleswig-Holstein § 43 Abs. 1 SHKrO.

waltungsbeamten.[90] Für die Einsetzung kommunaler Hauptverwaltungsbeamter sind lediglich die allgemeinen Anforderungen des Demokratieprinzips aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zu beachten, wonach diese über eine hinreichende persönliche Legitimation verfügen müssen, die auch durch die direkt gewählte Vertretung vermittelt werden kann.[91] Nach dem Homogenitätsgebot aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG wäre daher sogar eine vollkommene Abschaffung der Wahl und die Einsetzung des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten etwa durch die selbst wiederum hinreichend demokratisch legitimierte Landesregierung zulässig, wie sie etwa für den Landrat im Saarland und Rheinland-Pfalz noch in den 1980er Jahren vorgesehen war.[92] Allerdings greift eine solche Einsetzung in die vom kommunalen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Personalhoheit ein, wonach grundsätzlich der Gemeinde beziehungsweise dem Kreis das Recht zur Auswahl ihrer Bediensteten obliegt.[93] Trotz des in dieser Hinsicht bestehenden weiten gesetzgeberischen Spielraums dürfte für eine verfassungskonforme Ausgestaltung daher wenigstens ein Zustimmungsvorbehalt der kommunalen Vertretung erforderlich sein, wie er auch in den damaligen Regelungen im Saarland und Rheinland-Pfalz vorgesehen war.[94]

b) Zustimmungsquorum als Brandenburger Besonderheit

Soweit allerdings eine Direktwahl kommunaler Hauptverwaltungsbeamter erfolgt, muss deren Ausgestaltung folgerichtig auch den Anforderungen des Demokratieprinzips gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG entsprechen.[95] In dieser Hinsicht ist das Wahlsystem in Brandenburg prekär, wonach gem. § 72 Abs. 2 BbgKWahlG neben der erforderlichen Mehrheit auch ein Zustimmungsquorum von 15 % der Wahlberechtigten erreicht werden muss und bei dessen Verfehlung die Wahl durch die kommunale Vertretung erfolgt. Da die Wahlbeteiligung für die demokratische Legitimation grundsätzlich unbeachtlich ist[96], darf sie richtigerweise auch nicht zum Kriterium für eine gültige Direktwahl gemacht werden. Soweit sich der Gesetzgeber für eine Direktwahl entscheidet, muss er dem darin zum Ausdruck kommenden Willen der Wähler unabhängig von der Wahlbeteiligung Geltung verschaffen und kann diesen nicht durch die – überdies womöglich ebenfalls nur unter geringer Wahlbeteiligung gewählte – kommunale Vertretung außer Kraft setzen.[97]

c) Mehrheitswahl mit einem einzigen Wahlgang

Ebenso wenig dürfte mit dem Demokratieprinzip gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die ersatzlose Abschaffung der Stichwahl und eine bloß einstufige, relative Mehrheitswahl vereinbar sein, bei der ein Bürgermeister oder Landrat bereits im ersten Wahlgang mit einer auch deutlich unter 50 % liegenden

[90] *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 65; *Schwarz*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 28 Rn. 108 ff.

[91] In diesem Sinne *Schwarz*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 28 Rn. 110.

[92] Siehe dazu *Henneke/Ritgen*, DÖV 2010, 665 (666).

[93] Zur Personalhoheit BVerfGE 155, 310 (334 f. Rn. 57); *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 129; *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 3 Rn. 51.

[94] Siehe dazu *Henneke/Ritgen*, DÖV 2010, 665 (666). In Baden-Württemberg hat das Innenministerium aktuell ein Mitwirkungsrecht bei der Vorauswahl der Kandidaten für den Landrat gem. § 39 Abs. 3 BWLKrO.

[95] VerfGH NRW NVwZ 2009, 1096 (1097); VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097 (1099 Rn. 90).

[96] Ebenso *Krüper*, DÖV 2009, 758 (762); *Mehde*, KommJur 2013, 446 (448).

[97] Ausführlich zur nach Auffassung des *Verf.* bestehenden Verfassungswidrigkeit dieses Wahlmodells *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 357 ff.; kritisch jedenfalls auch *Röttger/Ramin*, DVP 2013, 506 (509 f.).

Zustimmungsquote ins Amt gelangen könnte.[98] Denn das aus dem Demokratieprinzip folgende Mehrheitsprinzip verlangt für eine Entscheidung grundsätzlich eine absolute Mehrheit im Sinne von mehr als 50 % der Abstimmenden, da „es sich nur in diesem Fall tatsächlich um eine Minderheit handelt, die sich dem Mehrheitswillen unterwerfen muss“[99]. Infolge der Notwendigkeit der Ämterbesetzung nach dem demokratischen Prinzip der „Herrschaft auf Zeit“[100] kann hieran jedoch nicht absolut festgehalten werden, weil das Zustandekommen einer absoluten Mehrheit bei mehr als zwei Kandidaten nicht garantiert ist. Im Sinne einer subsidiären Notlösung darf daher beim Scheitern der Bildung einer absoluten Mehrheit in einem weiteren Wahlgang auf eine relative Mehrheit ausgewichen werden bzw. eine Beschränkung auf die zwei stärksten Kandidaten im Wege der Stichwahl vorgenommen werden.[101] Dies entspricht dem Prinzip der im Grundgesetz geregelten, gestuften Verfahren der Bundeskanzlerwahl gem. Art. 63 GG und der Bundespräsidentenwahl gem. Art. 54 GG, bei denen „eine relative Mehrheit erst dann hinreichend sein soll, wenn eine absolute Mehrheit nicht erreichbar ist“[102].

Eine verfassungsrechtlich zulässige Modifikation wäre hingegen die Einführung einer sog. integrierten Stichwahl, die auf weitere physische Wahlgänge verzichtet und dennoch das Erreichen einer absoluten Mehrheit ermöglicht.[103] Hierbei nummerieren die Wähler die Kandidaten auf dem Wahlzettel entsprechend ihrer Präferenzreihenfolge. Beim Auszählungsverfahren werden in einem ersten Schritt ausschließlich die Erstpräferenzen berücksichtigt. Wird zunächst keine absolute Mehrheit erreicht, scheidet der Kandidat mit der geringsten Stimmenzahl aus. Dessen Wählerstimmen werden entsprechend der jeweils nächsthöheren Präferenz auf die verbleibenden Kandidaten übertragen. Dieser Prozess wird so lange wiederholt, bis ein Kandidat die absolute Mehrheit erzielt.

d) Verfassungsrechtliche Grundsätze für Prüfung und Praxis

Bei diesen sehr umstrittenen Fragen zur Auslegung des Demokratieprinzips sind selbstverständlich auch gegenteilige Auffassungen sehr gut vertretbar.[104] Zudem sind Vorkenntnisse zur Wahl der Bürgermeister und Landräte als solche nicht erforderlich, da das Kommunalwahlrecht regelmäßig nicht dem Pflichtfachstoff unterfällt.[105] Allerdings ist es denkbar, die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze in einer Prüfung beispielhaft anhand der Wahl der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten zu erörtern. Entscheidend ist dabei insbesondere die Erkenntnis, dass die Wahl bzw. Einsetzung des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten nicht der Regelung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG unterfällt und die klassischen Wahlrechtsgrundsätze daher jedenfalls keine unmittelbare Anwen-

[98] Siehe dazu die Entscheidung des VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097, die allerdings im Kern die gesetzgeberische Prognose beanstandet und daher keine generelle Aussage zur Zulässigkeit der einstufigen, relativen Mehrheitswahl getroffen hat.

[99] Prägnant VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097 (1100 Rn. 93). Ausführlich zur Herleitung des Prinzips der absoluten Mehrheit aus den demokratischen Prinzipien der Freiheit und Gleichheit aller Staatsbürger *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 27 ff.

[100] *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 II Rn. 52.

[101] Siehe *Natus*, Verfassungsmissbrauch durch Zweidrittelmehrheit?, 2017, S. 187 ff.; *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 87 f.

[102] VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097 (1100 Rn. 95).

[103] Zur Zulässigkeit und Funktionsweise *Setzer*, Das Mehrheitsprinzip als Optimierungsgebot für das Wahlrecht, 2025, S. 414 ff.; *Lenz*, Integrierte Stichwahl von Bürgermeistern und Landräten in Brandenburg, 2025, S. 22 ff.

[104] So sah der VerfGH NRW NVwZ 2009, 1096 die ersatzlose Abschaffung der Stichwahl im Jahr 2009 unter den damaligen tatsächlichen Verhältnissen noch als verfassungsrechtlich zulässig an.

[105] Vgl. etwa § 11 Abs. 2 Nr. 13 lit. b JAG NRW.

dung finden. Aus diesem Grund ist weder die Direktwahl des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten vorgeschrieben noch deren Ausgestaltung im Detail vorgezeichnet. Es bedarf aber jedenfalls einer hinreichenden demokratischen Legitimation, die prinzipiell eine Rückführbarkeit auf den Mehrheitswillen des Wahlvolkes ermöglichen muss.

3. Rahmenbedingungen des Abwahlverfahrens

Ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Amt kommt zunächst in Fällen des Todes, der Dienstunfähigkeit, des Verlustes der Beamtenrechte, der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach dem Landesdisziplinargesetz und der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf eigenes Verlangen in Betracht.[106] Darüber hinaus sehen die meisten Bundesländer mit Ausnahme von Bayern und Baden-Württemberg auch die Möglichkeit eines Abwahlverfahrens der direkt gewählten kommunalen Hauptverwaltungsbeamten in der laufenden Wahlperiode vor.[107]

a) Derzeitige Regelungen in Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen wird dies in § 66 GO NRW bzw. § 45 KrO NRW geregelt. Zur Einleitung des Verfahrens bedarf es entweder eines von mindestens der Hälfte der gesetzlichen Zahl der Mitglieder der Vertretung gestellten Antrags und eines mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der gesetzlichen Zahl zu fassenden Beschlusses (§ 66 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GO NRW/§ 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KrO NRW) oder aber eines von einem bestimmten Prozentsatz der wahlberechtigten Bürger gestellten Antrags (§ 66 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GO NRW/§ 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KrO NRW), wobei das erforderliche Quorum bei den Gemeinden in Nordrhein-Westfalen von deren Größe abhängig ist. Das Verfahren der Abwahl ist in Nordrhein-Westfalen somit strukturell vergleichbar mit den Bürgerentscheiden, die ebenfalls sowohl initial durch ein Bürgerbegehren (§ 26 Abs. 1 S. 1 GO NRW/§ 23 Abs. 1 S. 1 KrO NRW) als auch durch einen Beschluss des Rates oder des Kreistages mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit (§ 26 Abs. 1 S. 2 GO NRW/§ 23 Abs. 1 S. 2 KrO NRW) herbeigeführt werden können.

Nach einem gültigen Beschluss bzw. der Feststellung der Zulässigkeit des Bürgerantrags kann der Bürgermeister oder Landrat auf eine Entscheidung über die Abwahl verzichten (§ 66 Abs. 2 S. 1 GO NRW/§ 45 Abs. 2 S. 1 KrO NRW). Mit Zugang der Erklärung gegenüber dem ehrenamtlichen Stellvertreter gilt die Abwahl als erfolgt. Dies entspricht dem Fall beim Bürgerbegehren, in dem der Rat diesem entspricht und die Durchführung des Bürgerentscheides daher unterbleibt (§ 26 Abs. 6 S. 5 GO NRW/§ 23 Abs. 6 S. 5 KrO NRW). Sofern ein solcher Verzicht nicht erfolgt, ist das Abwahlverfahren durchzuführen. Für die Abwahl muss sich eine Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen ergeben, die zugleich 25 % der Wahlberechtigten betragen muss (§ 66 Abs. 1 S. 3 GO NRW/§ 45 Abs. 1 S. 3 KrO NRW). Auch diese Regelung ist mit einem Bürgerentscheid vergleichbar, der nur erfolgreich ist, wenn eine Mehrheit erreicht wird, die zugleich mindestens einer bestimmten Anzahl an Wahlberechtigten entspricht (§ 26 Abs. 7 GO NRW/§ 23 Abs. 7 KrO NRW). Das Erfordernis eines Bürgerentscheides dürfte im derzeitigen Direktwahlsystem verfassungsrechtlich zwingend sein, weil die erfolgte Einsetzung für eine bestimmte Amtszeit nur durch denselben Wahlkörper widerrufen werden kann. Diese Spiegelbildlichkeit ist Ausprägung des Gebotes einer folgerichtigen Ausgestaltung der Direktwahl.[108]

---

[106] Vgl. *Gilbert*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 485 (487).
[107] Siehe dazu *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 114.
[108] Zu diesem Prinzip der Folgerichtigkeit allgemein VerfGH NRW NVwZ-RR 2020, 1097 (1101 Rn. 101).

b) Äußerungsbefugnisse im Rahmen des Abwahlverfahrens

Aufgrund der Gemeinsamkeiten des Abwahlverfahrens mit dem Verfahren des Bürgerentscheides wird konsequenterweise in der nordrhein-westfälischen Regelung jedenfalls hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens ergänzend auf einzelne Regelungen zum Bürgerentscheid verwiesen (§ 66 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GO NRW/§ 45 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 KrO NRW). Auch in anderen Bundesländern wie etwa Hessen findet sich ein ergänzender Verweis auf die Regelungen zum Bürgerentscheid (§ 76 Abs. 4 S. 4 HGO). Dies hat nach der Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs unmittelbare Konsequenzen für die Äußerungsbefugnisse der Amtsträger im Rahmen des Abwahlverfahrens, die nicht wie bei einer Wahl zur strikten Neutralität, sondern lediglich wie bei anderen Abstimmungen zur Sachlichkeit verpflichtet sind.[109] Dies folgt in teleologischer Hinsicht auch aus dem Umstand, dass das strikte Neutralitätsgebot bei Wahlen als Wettbewerbssituation zwischen mehreren zur Auswahl stehenden Kandidaten in erster Linie aus der Chancengleichheit der Wahlbewerber und der Entscheidungsfreiheit der Wähler folgt.[110] Bei der Abwahl geht es hingegen nicht um eine solche personelle Auswahlentscheidung, sondern um eine sachliche Entscheidung über die Beendigung und damit die Amtsdauer des bereits Gewählten im Rahmen einer Auseinandersetzung der politischen Akteure.[111] Nach der Konzeption des Gesetzes, wonach das Abwahlverfahren auch durch die kommunale Vertretung eingeleitet werden kann, kann sie sich jedenfalls in diesem Fall schon von vorneherein nicht strikt neutral verhalten, sondern muss diese Entscheidung inhaltlich und politisch nach außen vertreten dürfen.[112] Dies ist vergleichbar mit einem kassatorischen Bürgerbegehren, mit dem die Entscheidung der Vertretung unmittelbar angegriffen wird und sie daher zugleich das Recht zur sachlichen Darstellung ihrer Position haben muss. Da es nicht sachgerecht ist, die Anforderungen an die Äußerungsbefugnisse von dem Zufall abhängig zu machen, wer das Abwahlverfahren eingeleitet hat, kann daher generell wie bei Bürgerentscheiden keine strikte Neutralität gefordert werden. Sowohl der dem Abwahlverfahren ausgesetzte kommunale Hauptverwaltungsbeamte als auch die dies regelmäßig befürwortende Kommunalvertretung muss sich daher nicht jeder Einschätzung zum Abwahlverfahren enthalten, sondern darf vielmehr im Rahmen des generell geltenden Sachlichkeitsgebots ihren Standpunkt deutlich machen und damit auf die öffentliche Meinungsbildung einwirken.[113] Eine Überschreitung dieses Sachlichkeitsgebots wurde etwa wegen der Zuschreibung der Charaktereigenschaft des abzuwählenden Bürgermeisters als „streitsüchtig“[114] angenommen.

c) Quoren aus verfassungsrechtlicher Perspektive

Aufgrund der aufgezeigten Gemeinsamkeiten mit den Verfahrensregelungen zum Bürgerbegehren und Bürgerentscheid eignet sich auch das Abwahlverfahren als Prüfungsstoff. Dies gilt ebenso für klassische Streitfragen wie die Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit von Quoren bei direktdemokratischen Elementen.[115] Im Unterschied zu Quoren bei sonstigen Bürgerbeteiligungsverfahren erfüllen diese hier eine spezifische demokratische Funktion, indem sie eine besondere Hürde für die Abwahl des direkt gewählten Amtsinhabers errichten. Zwar sollte die Besetzung eines monokratischen Amtes möglichst auf die Mehrheit des Wahlvolkes zurückzuführen sein. Im Sinne der Funktionsfähigkeit des

[109] HessVGH DVBl 2024, 127 (130); *Schmehl*, KommJur 2006, 321 (322).
[110] *Schmehl*, KommJur 2006, 321 (322).
[111] So explizit *Schmehl*, KommJur 2006, 321 (322); in diese Richtung auch HessVGH DVBl 2024, 127 (130).
[112] HessVGH DVBl 2024, 127 (130); *Schmehl*, KommJur 2006, 321 (322).
[113] *Waldhoff*, JuS 2024, 479 (480); *Schmehl*, KommJur 2006, 321 (323).
[114] Dazu *Waldhoff*, JuS 2024, 479 (480).
[115] Siehe etwa *Schwerdtfeger*, Legitimation von Quoren in der direkten Demokratie, 2018.

demokratischen Staatsgefüges ist jedoch keine ständige Aktualisierung dieses Mehrheitswillens geboten, wonach ein gewählter Amtsträger zu jeder Zeit ohne weitere Voraussetzung durch einfache Mehrheit wieder aus dem Amt entfernt werden könnte. Vielmehr ist die Demokratie als Herrschaft auf Zeit unter dem Grundgesetz grundsätzlich derart konzipiert, dass die staatlichen Organe auf eine bestimmte, vorab festgelegte Wahlperiode gewählt werden.[116] Speziell für den Fall des Bundeskanzlers sieht Art. 67 GG konsequenterweise ein konstruktives Misstrauensvotum vor, wonach für die Abwahl des Kanzlers zugleich die Wahl eines neuen Kanzlers mit absoluter Mitgliedermehrheit erforderlich ist und damit eine entsprechende Hürde besteht. Daher können Einleitungs- und Zustimmungsquoren – mag man sie in anderen Bereichen mit Recht für verfassungsrechtlich prekär halten[117] – im Rahmen des Abwahlverfahrens der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten sogar als geboten erachtet werden.

IV. Stellvertretung

Schließlich käme als prüfungsrelevanter Aspekt insbesondere in Nordrhein-Westfalen die Frage nach der Stellvertretung des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten in Betracht, da diese nicht einheitlich geregelt, sondern noch auf der Grundlage der früheren Doppelspitze zwischen der Funktion als Rats- bzw. Kreistagsvorsitzender einerseits und als Hauptverwaltungsbeamter andererseits aufgeteilt ist.[118]

a) Ehrenamtliche Stellvertreter für die Vorsitzendenfunktion

Gem. § 67 Abs. 1 S. 2 GO NRW bzw. § 46 Abs. 1 S. 2 KrO NRW vertreten die ehrenamtlichen Stellvertreter den kommunalen Hauptverwaltungsbeamten als Leiter der Rats- bzw. Kreistagssitzungen und bei der Repräsentation. Sie nehmen also die Funktion der Sitzungsleitung und das damit verbundene Ordnungs- und Hausrecht während der Sitzung gem. § 51 GO NRW bzw. § 36 KrO NRW wahr. Dabei ist zu beachten, dass die Übernahme der Sitzungsleitung auch nur für einzelne Tagesordnungspunkte erfolgen kann, bei denen sich der Hauptverwaltungsbeamte wegen Befangenheit für ausgeschlossen erklärt, sodass er die Sitzung zu diesen Tagesordnungspunkten nicht leiten darf (§ 50 Abs. 6 GO NRW i.V.m. § 31 GO NRW/§ 35 Abs. 6 KrO NRW i.V.m. § 31 GO NRW). Insoweit ist also besondere Aufmerksamkeit geboten, weil es auch zu einem (mehrfachen) Wechsel in der Sitzungsleitung kommen kann. Wenngleich der Wortlaut eine Beschränkung auf den Zeitraum der Sitzung selbst nahelegt, lässt sich aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit der Funktion der Sitzungsleitung überzeugend begründen, dass im Vertretungsfall die Einberufung der Sitzung und Festsetzung der Tagesordnung durch die ehrenamtlichen Stellvertreter erfolgt.[119] Für die Gemeindeebene ist die Einberufung durch die ehrenamtliche Stellvertretung nunmehr ausdrücklich in § 47 Abs. 1 S .1 Hs. 2 GO NRW geregelt.

---

[116] *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 73; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97 Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 II Rn. 52.

[117] Siehe etwa *Dreier/Wittreck*, in: Feld u.a., Jahrbuch für direkte Demokratie 2009, 2010, S. 11 (29 f.); *Magsaam*, Mehrheit entscheidet, 2014, S. 501 f.

[118] *Schmitz*, JuS 2020, 1027 (1028).

[119] So auch *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 339 (394); a.A. noch zur früheren Rechtslage auf Gemeindeebene *Heinisch*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.10.2025, GO NRW § 67 Rn. 6.

b) Allgemeiner Vertreter für die Verwaltungsleitungsfunktion

Die Vertretung in der Funktion als Hauptverwaltungsbeamter und Leiter der Verwaltung übernimmt hingegen der gem. § 68 Abs. 1 S. 1 GO NRW vom Rat bzw. gem. § 48 Abs. 1 KrO NRW vom Kreistag – mit Bestätigung durch die Bezirksregierung – bestellte allgemeine Vertreter. Dieser vertritt also den Hauptverwaltungsbeamten in den Fällen, in denen dieser in seiner Funktion als Verwaltungsleiter tätig werden würde, also etwa bei der Vorbereitung und Durchführung der Beschlüsse der Vertretung, aber etwa auch in der Ausübung des allgemeinen Hausrechts außerhalb der Sitzungen. Obwohl die Kompetenz zur Dringlichkeitsentscheidung gem. § 60 Abs. 1 S. 2 GO NRW und § 50 Abs. 3 S. 2 KrO NRW an die Stelle der Kompetenz der Vertretung tritt, fällt sie nicht in seine Vorsitzendenfunktion. Vielmehr greift das Gesetz auf das zweite Organ der kommunalen Selbstverwaltung in Gestalt des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten als Reservefunktion zurück. Daher ordnen § 60 Abs. 1 S. 2 GO NRW und § 50 Abs. 3 S. 2 KrO NRW konsequenterweise ausdrücklich die Vertretung bei Dringlichkeitsentscheidungen durch den allgemeinen Vertreter an.

c) Widerspruchs- und Beanstandungsrecht als Grenzfall

Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt hingegen hinsichtlich des Widerspruchsrechts und der Beanstandungspflicht gem. § 54 GO NRW bzw. § 39 KrO NRW. Teilweise wird diese Kompetenz seiner Funktion als Vorsitzender der Vertretung zugeordnet[120], sodass hierfür die stellvertretenden Bürgermeister zuständig sein könnten. Speziell für das Widerspruchsrecht wird insoweit die historisch vor der Abschaffung der Doppelspitze geltende Zuordnung an den Vorsitzenden angeführt.[121] In der Systematik der nunmehr geltenden Regelungen sind jedoch sowohl der Widerspruch als auch die Beanstandung als außerhalb der Ratssitzung zu erfolgende Maßnahmen ausgestaltet, wie sich aus den Formulierungen „spätestens am dritten Tag“ (§ 54 Abs. 1 S. 1 GO NRW/§ 39 Abs. 1 S. 1 KrO NRW) bzw. „schriftlich“ (§ 54 Abs. 2 S. 3 GO NRW/§ 39 Abs. 2 S. 2 KrO NRW) ergibt. Zugleich spricht der Zweck dieser Kontrollfunktion, die dem kommunalen Hauptverwaltungsbeamten als eigenständiges Organ gegenüber der kommunalen Vertretung zugewiesen ist, gegen eine Zuordnung zur Vorsitzendenfunktion. Daher ist das Widerspruchs- und Beanstandungsrecht nach überzeugender Auffassung seiner Rolle als Verwaltungsleiter zuzuordnen und daher im Vertretungsfall durch den allgemeinen Vertreter gem. § 68 Abs. 1 S. 1 GO NRW bzw. § 48 Abs. 1 KrO NRW auszuüben.[122]

V. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass vielschichtige Fragestellungen zum kommunalen Hauptverwaltungsbeamten existieren, die sowohl praxis- als auch prüfungsrelevant sind. Letzteres gilt insbesondere aus dem Grund, dass in diesem Bereich regelmäßig kein Spezialwissen, sondern lediglich der sichere Umgang mit unbekannten Normen und ein Systemverständnis für die kommunale Selbstverwaltung erforderlich sind. Dabei können – wie an verschiedenen Stellen dieses Beitrags etwa hinsichtlich des Beanstandungsrechts oder der Wahl- und Abwahl der kommunalen Hauptverwaltungsbeamten aufgezeigt wurde – auch etwaige Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem Kommunalrecht

[120] Siehe etwa *Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 5. Aufl. 2025, § 9 Rn. 63.

[121] *Wagner/Bartels*, in: Kleerbaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Aufl. 2023, S. 907 (910), die das Beanstandungsrecht hingegen dem allgemeinen Vertreter zuweisen. Ebenso im Ergebnis *Becker*, in: Smith/Bender, Recht der kommunalen Wahlbeamten, 2016, S. 386, 419.

[122] Ebenso *Heinisch*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 15.1.2026, GO NRW § 67 Rn. 6b.

und dem Staatsrecht näher zu untersuchen sein, um ein entsprechendes System- und Transferverständnis abzuprüfen.[123] Sogar in zivilrechtlichen Prüfungen kann der kommunale Hauptverwaltungsbeamte etwa hinsichtlich seiner Vertretungsmacht oder Amtshaftung vorkommen. Wenngleich diese Fragen selten den Schwerpunkt einer Prüfung bilden werden, kann man durch sichere Normkenntnis und Systemverständnis positiv auffallen und speziell in Klausuren zugleich Zeit einsparen, die für die Bearbeitung anderer zentraler Fragestellungen benötigt wird. Es ist daher geboten, sich mit den Kompetenzen des kommunalen Hauptverwaltungsbeamten und den zugrundeliegenden Normen näher zu befassen. Darüber hinaus ist es zu empfehlen, sich mit den unterschiedlichen Systemen der Wahl- und Abwahl im Hinblick auf die grundlegenden Anforderungen des Demokratieprinzips sowie mit den Regelungen zur Stellvertretung in Nordrhein-Westfalen näher auseinanderzusetzen.

[123] *Schmitz*, Jus 2020, 1027 (1027).

Aktuelle examensrelevante Rechtsprechung im Zivilrecht

*Wiss. Mitarbeiter Max Friedrich, Wiss. Mitarbeiter Jeffrey Buerke, Oestrich-Winkel**

I. Einleitung 529
II. Note 2 – und trotzdem mangelhaft? Zur rechtlichen Bedeutung von Zustandsnoten 530
1. Sachverhalt 530
2. Lösung 530
III. Wer zu spät kommt, mahlt nicht immer zuerst – Abzug „neu für alt“ bei Verzögerung 532
1. Sachverhalt 532
2. Lösung 533
IV. Kilometer begrenzt – Widerruf unbegrenzt? Widerrufsrecht beim Kilometerleasing 535
1. Sachverhalt 535
2. Lösung 535
V. Aktuelles im Straßenverkehrsrecht 537
1. Zur Reichweite der Betriebsgefahr auf einem Transportzug 537
2. Aktuelles zu Fahrzeugen in Waschanlagen 537
3. Haftung auf der Straße trotz Gefahr aus der Luft 538
VI. Die ewigen Probleme in Examensklausuren 539
1. Das letzte Wort hat immer das Tier 539
2. Kleiner Einwurf mit großer Wirkung 540
3. Eigentumserwerb in jungen Händen 540
VII. Zur vertiefenden Auseinandersetzung 541

I. Einleitung

Diese Urteilsaufarbeitungen sollen Studierenden eine examensnahe und zugleich verständliche Orientierung zu wichtigen aktuellen Entscheidungen im Zivilrecht bieten. Im Mittelpunkt stehen deren examensrelevante (Kern-)Probleme, ihre systematische Einordnung sowie praktische Hinweise für die Fallbearbeitung. Die dargestellten Schwerpunkte sind dabei regelmäßig an die Originalentscheidungen angelehnt, aus didaktischen Gründen indes teilweise um gesonderte Problemstellungen ergänzt. Ziel ist es, die zentralen dogmatischen Fragen klar herauszuarbeiten und für die Examensvorbereitung möglichst lernfreundlich aufzubereiten. Eingangs werden drei ausgewählte Fälle unter

* Die *Autoren* sind Doktoranden und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Kapitalmarktrecht (Prof. *Dr. Michael Nietsch*), EBS Universität für Wirtschaft und Recht. Für die wertvollen Hinweise bei der Erstellung dieses Beitrags gebührt der Dank Herrn Prof. *Dr. Felix M. Wilke*.

summarischer Darstellung des jeweiligen Sachverhalts besprochen. Daran schließt sich ein Überblick über aktuelle Entwicklungen in der straßenverkehrsrechtlichen Rechtsprechung sowie über weitere Judikatur zu seit Jahren examensrelevanten Themen an. Abschließend werden Hinweise auf zu vertiefende Fallkonstellationen gegeben.

II. Note 2 – und trotzdem mangelhaft? Zur rechtlichen Bedeutung von Zustandsnoten

1. Sachverhalt[1]

V hat Lust auf Erneuerung. Deswegen will er 2026 seinen geliebten Ferrari aus 1988 auf der Online-Plattform E verkaufen. In der Kategorie „Zustandsnote" war „2–3" angegeben. Weiterhin wies V darauf hin, dass der Ferrari bereits einen Austauschmotor erhalten habe und der neue Motor sowie das Getriebe gut laufen. Das Auto sei „technisch einwandfrei".

Für das Fahrzeug interessierte sich sodann der K. Beide schlossen einen schriftlichen Kaufvertrag über 100.000 € und vereinbarten einen Ausschluss der Sachmängelhaftung. Ausgenommen wurden dabei nur die Haftung bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Pflichtverletzung, bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit sowie bei Arglist. Zudem heißt es im Vertrag:

> „Der Verkäufer erklärt Folgendes verbindlich zum Zustand des Fahrzeugs: siehe Gutachten – Note 2 bis 3".

V legte K bei Vertragsschluss zwei externe Gutachten unter anderem zur Konstitution der Karosserie vor. Eines aus dem Jahr 2011 vergab die Zustandsnote „2,0", das andere aus dem Jahr 2015 bescheinigte die Zustandsnote „3-". Als K das Fahrzeug späterhin zulassen wollte, verweigerte der TÜV die Prüfplakette, da das Fahrzeug zahlreiche Mängel an der Karosserie habe. Daraufhin forderte K den V unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf. Nachdem V eine solche abgelehnt hatte, erklärte K den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte von V Rückzahlung des Kaufpreises. V hält dem entgegen, dass er damit nur den Inhalt der durch Dritte erstellten Gutachten wiedergegeben hat. Ferner sei ausdrücklich ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden. Steht K ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu?

2. Lösung

Es könnte sich ein Anspruch aus §§ 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 348[2] BGB ergeben. Problematisch war hier nach wirksamem Vertragsschluss auf der Online-Plattform E[3] die Frage, ob die in einem Inserat genannte Zustandsnote des Fahrzeugs als Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB gewertet werden kann. Der BGH setzt in ständiger Rechtsprechung für eine Beschaffenheitsvereinbarung voraus, dass „[…] der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und

[1] Der Sachverhalt ist angelehnt an BGH, Urt. v. 23.7.2025 – VIII ZR 240/24 = NJW-RR 2025, 1456.

[2] § 348 BGB ist in der Normenkette des Anspruchs bei Rückabwicklung in der Klausur immer zu zitieren. Er macht bereits zu Anfang der Prüfung den korrekten Umgang mit Zug-um-Zug Verurteilungen deutlich.

[3] Die tatsächliche Wirksamkeit des Vertragsschlusses stand hier nicht in Frage. Bearbeiter sollten beim Vertragsschluss im Internet aber auf die dabei bestehenden Besonderheiten (und Schlagwörter) vorbereitet sein. Mit schöner Aufarbeitung dazu *Föhlisch/Stariradeff*, NJW 2016, 353; *Muchowski*, JA 2015, 928.

damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen."[4]

Hier hatte der BGH erstmals über die rechtliche Relevanz von Zustandsnoten im Bereich der Beschaffenheitsvereinbarung beim Oldtimerkauf zu entscheiden und konnte klarstellen, dass selbige branchenüblich seien.[5] Insoweit sei bei der Angabe von Zustandsnoten in diesem Zusammenhang regelmäßig von einer Beschaffenheitsvereinbarung auszugehen.[6] Maßgeblich für diese Einschätzung ist dabei die Vertragsauslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB, da Zustandsnoten den Wert des Fahrzeugs erheblich beeinflussen und damit regelmäßig kaufpreisbestimmend sind. Zudem kann die Formulierung des V „Der Verkäufer erklärt Folgendes verbindlich […]" dafür angeführt werden, dass dieser für das Vorliegen der angegebenen Eigenschaften *einstehen* wollte. Im Rahmen dieser bindenden Gewähr kommt es entscheidend darauf an, das Einstehen bei der Beschaffenheitsvereinbarung von der bloßen Mitteilung fremden Wissens abzugrenzen.[7] Von Letzterer ist etwa dann auszugehen, wenn der Verkäufer lediglich Informationen weitergibt, ohne hierfür eine eigene Gewähr zu übernehmen oder eine eigene Wertung zum Ausdruck zu bringen.[8]

Vorliegend spricht gegen eine bloße Wissenserklärung, dass V die Benotung aus den vorhandenen Gutachten nicht unverändert übernommen, sondern lediglich sinngemäß wiedergegeben hat. Während die Gutachten die Zustandsnoten „2" und „3-" ausweisen, wurde im Kaufvertrag die Note „2 bis 3" angegeben, die so in keinem der Gutachten enthalten war.[9] Zudem sind die Gutachten bereits älteren Datums. Aus objektiver Empfängersicht kommt es K jedoch maßgeblich auf den gegenwärtigen Zustand des Fahrzeugs an. Folglich ist vom gesonderten Einstehen des V für die Beschaffenheit und damit von einer Beschaffenheitsvereinbarung auszugehen.[10] Da der Ferrari dem versprochenen Zustand nicht entspricht, liegt ein Mangel vor.[11]

---

[4] BGH, Urt. v. 20.3.2019 – VIII ZR 213/18 = NJW 2019, 1937 (1938) mit Verweis auf BGH, Urt. v. 12.3.2008 – VIII ZR 253/05 = NJW 2008, 1517 (1517); a. A. *Wilke*, NJW 2023, 633 (634).

[5] BGH, Urt. v. 23.7.2025 – VIII ZR 240/24 = NJW-RR 2025, 1456 (1458); mit ausführlicher Entscheidungsbesprechung dazu *Omlor*, JuS 2025, 1070; die Relevanz des Urteils für die Prüfungsämter ergibt sich aus den gern und oft in Examensklausuren verwendeten Problemen rund um Kraftfahrzeuge und Tiere.

[6] In klassischer Manier des BGH verweist dieser auf eine Betrachtung im Einzelfall, denn es können besondere Umstände gegen die Relevanz der Zustandsnote im Bereich der Beschaffenheitsvereinbarung sprechen. Die Klausurbearbeitung verlangt mithin die vollständige und präzise Auswertung der im Sachverhalt gegebenen Informationen. Der Klausurersteller wird insoweit mittels konkreter Angaben, regelmäßig durch Vortrag der Beteiligten, auf das Problem hinweisen.

[7] Im Originalfall war diese Abgrenzung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend. Da in der Klausurbewertung für den Korrektor regelmäßig bestimmte Schlagwörter maßgeblich sind, die im vorliegenden Abgrenzungsproblem in der Ausbildungsliteratur bislang nicht derart eingehend behandelt werden, kommt deren Kenntnis in der Fallbearbeitung hier eine besondere Bedeutung zu.

[8] Zum Abgrenzungsproblem näher *Wertenbruch*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 6/1, 13. Aufl. 2024, § 444 Rn. 18; ferner zu den grundsätzlich hohen Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung *Maultzsch*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2024, § 434 Rn. 30 ff. sowie zu Besonderheiten im Kaufrecht *Wilke*, NJW 2023, 633.

[9] In dieser Hinsicht ist der BGH sehr spitzfindig. Das soll allerdings nahelegen, wie wichtig das genaue Verwerten des Sachverhalts in einer Klausurlösung ist. Oft kommt es auf derartige Kleinigkeiten an. Nehmen Bearbeiter den Sachverhalt beim Wort(-laut), sind sie oft auf der „sicheren" Seite.

[10] Ein Beispiel für eine bloß fremde Wissenserklärung, die nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung führen würde, wäre regelmäßig die Angabe „laut Vorbesitzer". Exkurs: Könnte der V auch für solche Angaben haftbar gemacht werden? Antwort: Ja! Nach den Grundsätzen der c.i.c. (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) könnte der V dafür einstehen müssen, wenn er Angaben aus den Gutachten oder Angaben des Vorbesitzers nicht richtig oder jedenfalls unvollständig wiedergibt, dazu BGH, Urt. v. 12.3.2008 – VIII ZR 253/05 = NJW 2008, 1517 (1517).

[11] Besonders gute Prüflinge könnten hier noch darauf hinweisen, dass die Nennung aller Angaben auf der Online-Plattform späterhin zur konkludenten Einbeziehung der Beschaffenheitsvereinbarung führt. Die Angaben wurden zunächst nur auf der Online-Plattform eingestellt, späterhin dann aber in den schriftlichen Kaufvertrag

Aufgrund der Übergabe des Fahrzeugs (§ 446 S. 1 BGB) ist im Gutachten noch über den Gewährleistungsausschluss zu befinden. Da im Sachverhalt keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von AGB[12] sowie für Arglist (§ 444 BGB) des V gegeben waren, kommt hier noch ein klassisches Klausurproblem zum Vorschein. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist in Fällen einer vereinbarten Beschaffenheit eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen.[13] Danach kann sich der Verkäufer hinsichtlich der Beschaffenheitsvereinbarung nicht auf einen Gewährleistungsausschluss berufen. Ein solcher ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass er lediglich sonstige, nicht von der vereinbarten Beschaffenheit erfasste Mängel betrifft. Andernfalls würde die Beschaffenheitsvereinbarung ihrer Zweckbestimmung beraubt, da der Verkäufer mit ihr gerade für das Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft einstehen will.[14]

Da K auch die nach § 323 Abs. 1 BGB erforderliche Frist gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen war, stand ihm im Ergebnis ein Anspruch aus §§ 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB zu.

III. Wer zu spät kommt, mahlt nicht immer zuerst – Abzug „neu für alt“ bei Verzögerung

1. Sachverhalt[15]

B beauftragte im Februar 2009 den Werkunternehmer U mit der Herstellung eines Silos zur Lagerung von Futtermitteln. Bereits im Januar 2010 schloss U die Arbeiten ab. B billigte das Werk und entrichtete die Vergütung an U. Späterhin bemängelte B Unebenheiten in der Betonoberfläche, deren (ebene) Beschaffenheit zuvor ausdrücklich vereinbart wurde. Jenes Silo hat grundsätzlich eine Nutzungsdauer von 15 Jahren. Auf etwaige Beschwerden des B zur Mangelbeseitigung reagierte U zunächst nicht.

Deswegen leitete B im Mai 2013 ordnungsgemäß ein selbständiges Beweisverfahren[16] ein, welches erst im März 2015 beendet wurde und die Mängel tatsächlich identifizierte. B erhob deswegen am 2.4.2015 Klage gegen U auf Zahlung eines Kostenvorschusses i.H.v. 120.000 € und setze dabei eine Frist zur Mangelbeseitigung bis zum 30.4.2015. Bei Fristablauf werde er ansonsten selbst Hand anlegen, dafür aber einen gewissen Geldbetrag benötigen. U entgegnet, dass selbst bei Bestehen des Anspruchs dieser nicht vollumfänglich zugesprochen werden könne, da B das Silo 5 Jahre ohne konkrete Beeinträchtigungen habe nutzen können. Zudem würde durch Nacherfüllung eine längere Nutzungsdauer zu erwarten sein. Jedenfalls sei B nach so langer Zeit nicht mehr zur Geltendmachung berechtigt. Die von B gesetzte Frist verstrich ergebnislos. Muss das Gericht dem B den Vorschussanspruch in voller Höhe zusprechen?

---

vor Ort inkludiert. Die st.Rspr. des BGH lässt das eindeutig zu, siehe näher dazu BGH, Urt. v. 10.4.2024 – VIII ZR 161/23 = NJW 2024, 2246.

[12] Der Sachverhalt weist ausdrücklich auf dennoch zur Haftung führenden Gesichtspunkte hin. Im vorliegenden Fall dürfte eine hypothetisch herangezogene AGB an § 309 Nr. 7 lit. a BGB zu messen sein.

[13] BGH, Urt. v. 10.4.2024 – VIII ZR 161/ 23 = NJW 2024, 2246; BGH, Urt. v. 27.9.2017 – VIII ZR 271/16 = NJW 2018, 146; ergänzende Vertragsauslegung im Fall *Göldner*, ZJS 2021, 485.

[14] Im Originalfall war eine Ausnahme des Gewährleistungsausschlusses auch für Beschaffenheitsvereinbarungen vereinbart worden, weshalb der BGH über das vorstehende Problem nicht entscheiden musste.

[15] Der Sachverhalt ist angelehnt an BGH, Urt. v. 27.11.2025 – VII ZR 112/24 = NJW 2026, 393.

[16] Detailkenntnisse zum selbständigen Beweisverfahren gem. §§ 485 ff. ZPO werden in der Ersten Juristischen Prüfung nicht erwartet. Im hier dargestellten Sachverhalt sind die prozessualen Probleme überdies auch nicht eigens relevant. Zudem wird der Klausurersteller hinreichend deutlich machen, dass verfahrensrechtliche Fragen nicht zu erörtern sind, indem er exemplarisch auf die ordnungsgemäße Antragstellung sowie den Verfahrensabschluss verweist. Kernbestand der Entscheidung sind vielmehr materielle Fragen des Verjährungsrechts, die mit dem BGB zu beantworten sind.

2. Lösung

Hinweis: Problematisch im Fall sind Anspruchsumfang sowie Verjährungsfragen. Hinsichtlich des ersten Problems müssen Studierende mit bekannten Rechtsproblemen im neuen Gewand umgehen können. Im Rahmen der Verjährungsproblematik kommt es auf das genaue Lesen des Gesetzes an.

Der Anspruch des B auf Vorschuss könnte sich aus §§ 633 Abs. 2 S. 1, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB (Selbstvornahmerecht[17]) ergeben.

Zwischen den Parteien bestand ein wirksamer Werkvertrag. Das Werk ist jedoch mangelhaft i.S.d. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB, da die vereinbarte Beschaffenheit nicht eingehalten wurde. Die Abnahme erfolgte im Januar 2010 (Gefahrübergang gem. § 640 BGB i.V.m. § 644 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein Ausschluss der Mängelrechte ist nicht ersichtlich. Die zur Nacherfüllung grundsätzlich notwendige Frist gem. § 637 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB wurde gesetzt, wobei diese auch in der Klageerhebung liegen kann.[18] Schließlich hat B ausdrücklich einen Vorschuss gem. § 637 Abs. 3 BGB verlangt, ohne bereits einen anderen Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragt zu haben.

Examensrelevant ist hier die Problematik, ob der Anspruch auch in voller Höhe besteht. Es handelt sich dabei um das klassische Klausurproblem des Abzugs „neu für alt“.[19] Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass sich B die unbeeinträchtigte Nutzung über weitere fünf Jahre nicht anrechnen lassen muss. Zunächst ist zu konstatieren, dass der BGH die im Schadensersatzrecht entwickelten Grundsätze zur Vorteilsausgleichung auch entsprechend auf das Gewährleistungsrecht überträgt.[20] Wegen des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots darf der Anspruchsinhaber (B) nicht besser stehen, als er ohne das schädigende Ereignis stünde.[21] Eine Vorteilsausgleichung wegen des Abzugs „neu für alt“ unterbleibt daher, wenn sich die Auswirkungen des Mangels erst spät zeigen

[17] Exkurs: Ein typisches Examensproblem der Selbstvornahme nach § 637 Abs. 1 BGB ist die Konstellation, dass der Werkunternehmer nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist dem Besteller nun doch die Nacherfüllung anbietet. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Besteller diese Nacherfüllung zurückweisen kann. Ausgangspunkt dieses Problems ist die Tatsache, dass auch im Werkvertragsrecht das „Recht zur zweiten Andienung“ gilt. Die Rspr. geht in einem solchen Fall davon aus, dass der Besteller das Nacherfüllungsangebot zurückweisen darf (beispielhaft BGH, Urt. v. 11.9.2012 – XI ZR 56/11 = NJW 2013, 1228 [1230]). Hierfür kann man den Wortlaut des § 637 Abs. 1 BGB vorbringen, der nach Fristablauf unmittelbar zur Selbstvornahme berechtigt. Nicht zurückweisen kann der Besteller jedoch, wenn er sich gem. § 242 BGB widersprüchlich verhält (venire contra factum proprium), siehe BGH, Urt. v. 20.1.2006 – V ZR 124/05 = NJW 2006, 1198 (1199). Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn B nach Fristablauf gem. § 637 Abs. 1 BGB den U nochmals zur Mängelbeseitigung auffordert, eine dann angebotene Nacherfüllung aber unter Verweis auf den Fristablauf nicht akzeptiert. Ungeachtet dessen könnte B aber insgesamt eine nach Fristablauf angebotene Nacherfüllung des U gestatten. Er verliert dann das Selbstvornahmerecht.

[18] Beachte zur Wiederholung: Für eine Fristsetzung, auch und insbesondere bei § 323 Abs. 1 BGB sowie § 281 Abs. 1 BGB, genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (und bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Der Angabe eines konkreten Zeitraums oder (End-)Termins bedarf es nicht BGH, Urt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08 = NJW 2009, 3153 (3154). Eine unangemessen kurze Frist setzt jedenfalls eine angemessene Frist in Lauf.

[19] Dieses Problem findet man oft als Teilbestand unter dem Oberbegriff der „Vorteilsausgleichung“; zu den einzelnen Fallgruppen *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 249 Rn. 245 ff.; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, Vor. § 249 Rn. 77 ff.; mit Fallbezug in anderem Gewand *Wende*, JuS 2025, 865 sowie *Kerwer/Fischer*, JuS 2022, 866.

[20] BGH, Urt. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82 = NJW 1984, 2457 (2458): Grund dieser Wertung ist der der Vorteilsausgleichung zugrundeliegende Rechtsgedanke des § 242 BGB, der nicht allein im Schadensersatzrecht Niederschlag findet. Das in ihm verkörperte Gerechtigkeitsgebot kommt auch bei Nachbesserungs- und Kostenerstattungsansprüchen zur Anwendung.

[21] Zum schadensrechtlichen Bereicherungsverbot BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19 = NJW 2020, 1962 (1970); ferner *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, § 249 Rn. 24 f. und zum Abzug „neu für alt“ Rn. 352 ff.

und der Besteller das Werk bis dahin ohne Gebrauchsnachteil nutzen konnte. Nimmt der Unternehmer also die Nacherfüllung erst zu einem späten Zeitpunkt vor, sodass dem Besteller eine längere Nutzung des Werkes möglich war, darf dies mithin nicht zu einer Begünstigung des Unternehmers führen. Denn der BGH hat hier nochmals klargestellt, dass ein Gewährleistungsanspruch lediglich die Fortsetzung des eigentlichen Erfüllungsanspruchs ist.[22] Mit anderen Worten wird dem Werkunternehmer damit lediglich das sich aus dem Nacherfüllungsanspruch gem. § 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB ergebene Recht zur zweiten Andienung zugebilligt. Dieses Recht darf den Werkunternehmer nicht bevorzugen, sofern er lediglich seiner originären Leistungspflicht nachkommt. Grundsätzlich hat der Besteller gem. § 635 Abs. 4 BGB i.V.m. §§ 346 Abs. 1, 347 BGB die aus dem mangelhaften (alten) Werk gezogenen Nutzungen herauszugeben. Erhält er im Rahmen der Nacherfüllung ein neues, langlebigeres Werk, muss er sich eine dadurch verlängerte Nutzungsdauer jedoch nicht anrechnen lassen. Zwar betrifft § 635 Abs. 4 BGB seinem Wortlaut nach nur die Neuherstellung des Werks. Der BGH folgert jedoch im Wege eines Erst-recht-Schlusses, dass für die bloße Mangelbeseitigung als weniger weitreichende Form der Nacherfüllung nichts anderes gelten kann.[23]

Da U darüber hinaus vorgetragen hat, dass B den Anspruch jedenfalls nicht mehr geltend machen könne, ist hier zwangsläufig auf die Verjährung des Anspruchs einzugehen. Die Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB greift aber nicht durch. Die Verjährung des Vorschussanspruchs aus § 637 Abs. 3 BGB richtet sich nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Damit besteht eine fünfjährige Frist ab Abnahme des Werkes (§ 634a Abs. 2 BGB). Bei einer Abnahme im Januar 2010 würde die Verjährung grundsätzlich im Januar 2015 enden. Die Klageerhebung im August 2015 läge damit scheinbar nach Fristablauf.

Die Verjährung wurde jedoch gem. § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB durch die Zustellung (nach §§ 166 ff. ZPO[24]) eines Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gem. §§ 485 ff. ZPO im Mai 2013 *gehemmt*. Die Hemmung endete erst sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung (§ 204 Abs. 2 S. 1 BGB[25]), sodass jedenfalls im Zeitpunkt der Klageerhebung noch keine Verjährung eingetreten war.

Im Ergebnis bestand somit ein Vorschussanspruch gem. §§ 633 Abs. 2 S. 1, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB in voller Höhe.[26]

---

[22] So bereits BGH, Beschl. v. 8.10.2020 – VII ARZ 1/20 = NJW 2021, 53 (56).

[23] BGH, Urt. v. 27.11.2025 – VII ZR 112/24 = NJW 2026, 393 (395).

[24] In einem ausführlichen Sachverhalt im Examen wäre dazu eine Information zu finden. Der Klausurersteller würde beispielsweise darauf hinweisen, dass ein „ordnungsgemäßer Antrag beim dafür zuständigen Gericht" eingegangen ist. Die Kandidaten müssen dies aber dennoch in der Klausurlösung verwerten.

[25] Die Wirkung der Hemmung bestimmt sich nach § 209 BGB und bedeutet, dass der Hemmungszeitraum nicht in die Verjährungsfrist einberechnet wird. Achtung: Durch Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens beginnt die Verjährung nicht neu, da es sich dabei nicht um eine Vollstreckungshandlung i.S.d. § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB handelt.

[26] Beachte: Ein typischer Fall des Abzugs „neu für alt" ist der Ersatz von Bauteilen bei einem Kraftfahrzeug. Muss infolge eines Unfalls ein Reifen erneuert werden, der bereits zuvor schon erheblich abgefahren war, muss sich der Geschädigte den Mehrwert des neuen Reifens anrechnen lassen, dazu OLG Schleswig, Beschl. v. 30.1.2020 – 7 U 210/19 = NJW-RR 2020, 800 (801).

IV. Kilometer begrenzt – Widerruf unbegrenzt? Widerrufsrecht beim Kilometerleasing

1. Sachverhalt[27]

Der Kunde K schloss mit der Leasinggesellschaft L im Jahre 2020 einen Leasingvertrag[28] über eine Dauer von 36 Monaten für ein Privatfahrzeug, wobei eine Pauschale für Mehr- oder Minderkilometer festgelegt wurde (sog. Kilometerleasingvertrag). Der Vertrag sieht eine Kilometerlaufleistung von 10.000 km pro Jahr und eine monatliche Rate von 300 € vor. K wurde im Vertrag *kein* Erwerbsrecht eingeräumt respektive eine Erwerbspflicht auferlegt. Den Antrag auf Abschluss des Leasingvertrags wurde von einem Mitarbeiter des Autohändlers H per Computeranfrage im System der L gestellt, als beide gemeinsam im Autohaus saßen und H dem K eine Leasingrate ausgerechnet und am Bildschirm illustriert hat. H hat dafür den Ausweis des K und dessen letzten Gehaltsnachweis geprüft, was für die Einreichung der Leasinganfrage bei L verpflichtend ist.

Im Jahr 2021, also noch vor Ende der Vertragslaufzeit, widerrief K den Leasingvertrag und fordert bereits bezahlte Leasingraten zurück, weil ihm aufgefallen ist, dass er deutlich mehr Kilometer fährt als gedacht. Er hatte zuvor in den Vertragsunterlagen eine Widerrufsbelehrung gefunden und meinte sich zudem zu erinnern, dass der Widerruf von Leasingverträgen gerade in aller Munde ist. Der Widerruf müsse bereits deswegen greifen, da H die Anfrage per Computer gestellt habe. Ebenfalls saß K bei Vertragsschluss nicht bei L, sondern im Autohaus des H. Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung der Raten?

2. Lösung

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung der Leasingraten gem. §§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB haben.[29] Der hiesige Leasingvertrag ist als atypischer Mietvertrag entsprechend der §§ 535 ff. BGB einzuordnen.[30] Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Verbrauchervertrag

[27] Der Sachverhalt ist angelehnt an BGH, Urt. v. 25.9.2024 – VIII ZR 58/23 = WM 2025, 410.

[28] Die typische Vertragskonstellation des Finanzierungsleasings liegt wie folgt: Der Leasinggeber (LgG) kauft das Fahrzeug vom Händler/Lieferanten ab. Deswegen bestehen seitens des LgG gegen den Händler/Lieferanten kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche. Der Leasingvertrag selbst wird jedoch zwischen Leasingnehmer (LgN) und LgG geschlossen und ist nach ganz h.M. ein atypischer Mietvertrag. Deswegen stehen dem LgN grundsätzlich mietrechtliche Gewährleistungsansprüche gegen den LgG zu. Die praktische (und juristisch übliche) Handhabung ist nun so, dass der LgG dem LgN seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Händler abtritt (§ 398 BGB) und den LgN dafür ermächtigt, sie gegen den Händler geltend machen zu können. Dafür verzichtet der LgN allerdings auf die mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den LgG. Typischerweise erfolgt daher auch in einer Examensklausur die Prüfung klassischen Kaufrechts (insbesondere inzident bei der Frage eines möglichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage = Kaufvertrags); Examensfall zum Leasingvertrag bei *Mohr/Meier*, JuS 2023, 341.

[29] Im Originalfall hatte der BGH zunächst einen Anspruch aus § 506 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB i.V.m. § 495 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 355, 357b BGB geprüft. Problematisch war die Frage, ob es sich bei dem Kilometerleasingvertrag um eine entgeltliche Finanzierungshilfe i.S.d. § 506 Abs. 2 S. 1 BGB handelt. Die Verbraucherkreditrichtlinie (RL 2008/48/EG) schließt allerdings in Art. 2 Abs. 2 lit. d Kilometerleasingverträge vom Anwendungsbereich der entgeltlichen Finanzierungshilfe ausdrücklich aus. Dabei ist zwingend zu differenzieren, ob im Leasingvertrag eine Erwerbspflicht vereinbart wurde. Sofern diese geregelt wurde, handelt es sich um eine entgeltliche Finanzierungshilfe, siehe insofern schon BGH, Beschl. v. 10.5.2022 – VIII ZR 149/21 = BeckRS 2022, 12432 Rn. 33; dazu bereits zu einer vorherigen Entscheidung des BGH *Brinkmann*, ZJS 2021, 663.

[30] Die Bearbeiter können bei typengemischten Verträgen vor allem mit der Rechtsprechung argumentieren (BGH, Urt. v. 7.10.1975 – VII ZR 821/74 = NJW 1977, 195 [196]), die den Schwerpunkt des Vertrags als für die Bestimmung der anzuwendenden Normen maßgeblich ansieht. Der Streit wird oft unter der Differenzierung zwischen Absorptions- und Kombinationstheorie geführt. Der BGH folgt der Absorptionstheorie. Zur Einordnung *Ziemßen*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2026, § 535 Rn. 790 ff.

i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB i.V.m. § 312 Abs. 1 BGB, weshalb ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB grundsätzlich in Betracht kommt.[31]

Problematisch erscheint zunächst, ob sich das Widerrufsrecht aus einem Fernabsatzvertrag i.S.v. § 312c BGB ergibt.[32]

> „Derartige Fernabsatzverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass Anbieter und Verbraucher sich nicht physisch begegnen und der Verbraucher die vom Unternehmer angebotene Ware in der Regel nicht vor Vertragsschluss in Augenschein nehmen oder sich Kenntnis von den Eigenschaften der Dienstleistung verschaffen kann. […] Demzufolge besteht nur in den Fällen das Bedürfnis für ein Widerrufsrecht, in denen der Verbraucher keine Möglichkeit hat, […] im persönlichen Gespräch mit dem Unternehmer oder mit einer in dessen Namen oder Auftrag handelnden Person Fragen zu stellen und Unklarheiten auszuräumen.“[33]

Dabei ist insbesondere problematisch, ob H als „im Namen oder Auftrag handelnde Person“ i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB einzuordnen ist. Aus diesen Gründen nimmt der BGH bei dieser Frage folgende Differenzierung vor: Tritt die eingeschaltete Person als bloßer Bote auf, handelt es sich um einen Fernabsatzvertrag. Ist sie jedoch in der Lage und damit beauftragt, dem Verbraucher in einem persönlichen Gespräch nähere Auskünfte über die angebotene Ware oder Dienstleistung zu geben, wird ein Fernabsatzvertrag abgelehnt.[34] H hat vorliegend den Vertrag bis zum Absenden der Anfrage über das System der L vorbereitet. Durch die Kostenkalkulation am Computer konnte K mittels Befragung des H gerade Unklarheiten ausräumen und genauere Informationen über das Finanzprodukt erhalten. H ist damit eine im Namen des Unternehmers handelnde Person (sog. Vermittler). Aufgrund gerade dieser Sachverhaltskonstellation haben die Parteien keinen Fernabsatzvertrag geschlossen.

Ein Widerrufsrecht könnte sich indes auch aus dem Vorliegen eines Außergeschäftsraumvertrags gem. § 312g Abs. 1 BGB i.V.m. § 312b BGB ergeben. Der Gesetzgeber gibt mit § 312b Abs. 1 S. 1 BGB dem Rechtsanwender vor, was unter einem Außergeschäftsraumvertrag zu verstehen ist. Was Geschäftsräume sind, konkretisiert Abs. 2. Vorliegend ist § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB zu diskutieren, nach dem erforderlich ist, dass der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen wurde, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist. Durch S. 2 werden allerdings dem Unternehmer die in seinem Namen oder Auftrag handelnden Personen gleichgestellt. Hier kann man die obige Argumentation aus dem Fernabsatzvertrag

[31] Der Hinweis auf den Computer im Rahmen der Prüfung eines Widerrufsrechts stößt die Bearbeiter geradezu offensichtlich auf das Thema eines Fernabsatzvertrags hin.

[32] Der BGH hat erst kürzlich dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die 14-tägige Widerrufsfrist nicht beginne, wenn dem Verbraucher das Musterwiderrufsformular nicht übermittelt wurde, BGH, Beschl. v. 22.10.2025 – I ZR 192/24 m.Anm. *Pottgiesser*, ZIP 2026, 111. Grundsätzlich würde in so einem Fall gem. § 356 Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB die Frist nicht beginnen. Der BGH stellt nun die Frage, ob aus Wertungsgesichtspunkten die Widerrufsfrist doch anlaufen soll, wenn der Verbraucher weiß, dass er auch durch einfache E-Mail den Vertrag widerrufen kann. Diese Frage könnte bis zur Entscheidung des EuGH daher für Prüfungsämter noch besonders interessant sein, ehe der EuGH die dahingehend bestehende Unsicherheit ausräumt. Der Klausursteller könnte den dem nationalen Widerrufsrecht zugrundeliegenden Art. 9 Abs 1 RL 2011/83/EU im Sachverhalt abdrucken. Dann müssen Kandidaten in der Klausur das Gesetz zur Rate ziehen und klassische Auslegungsmethoden anwenden. Der Gedanke zu Wertungsgesichtspunkten dürfte zu hohen Punkterängen führen.

[33] BGH, Urt. v. 25.9.2024 – VIII ZR 58/23 = WM 2025, 410 (412) mit Verweis auf BGH, Urt. v. 27.2.2018 = XI ZR 160/17 = NJW 2018, 1387 (1389); vertiefend *Omlor*, JuS 2025, 268.

[34] Grund für diese Differenzierung ist das Informationsdefizit des Boten als Dritte Person im typischen Fernabsatzgeschäft. Wichtig: Nach dem BGH kommt es dafür nicht darauf an, ob die Person rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht hat. Maßgeblich sind allein die faktischen Gegebenheiten.

fruchtbar machen. Denn H wurde als eine im Auftrag von L handelnde Person identifiziert, weshalb ein Vertrag nach der gesetzgeberischen Definition gerade *in* den Geschäftsräumen geschlossen wurde. Damit ist auch ein Widerrufsrecht gem. § 312b BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB zu verneinen.

Wer dennoch ein Widerrufsrecht annimmt, muss noch auf den möglichen Ausschlussgrund nach § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB eingehen. Nach Ansicht des BGH erfasst die Norm nicht nur kurzfristige Kraftfahrzeugmietverträge, sondern auch längerfristige Kilometerleasingverträge.[35] Daher wäre das Widerrufsrecht ohnehin ausgeschlossen.

V. Aktuelles im Straßenverkehrsrecht

Wie stets beschäftigt auch das Straßenverkehrsrecht regelmäßig die Gerichte und damit auch die Justizprüfungsämter. Insbesondere der *Betriebsbegriff* steht im Vordergrund.

1. Zur Reichweite der Betriebsgefahr auf einem Transportzug

Auch im Falle einer Kollision von (jedenfalls halbwegs) befestigten Fahrzeugen auf einem Güterzug ist an § 7 Abs. 1 StVG zu denken.[36] Im konkreten Fall löste sich die Befestigung eines Transporters auf einem Güterzug durch starke Böen, dessen Handbremse zudem nicht angezogen war. Deshalb kollidierte der Transporter beim Anfahren des Zuges mit dem dahinter befindlichen Pkw. Fraglich war, ob sich der Schaden *bei dem Betrieb* eines Kraftfahrzeugs ereignet hat.[37] Dies ist nach Ansicht des OLG Schleswig zu bejahen, da sich die Betriebsgefahr auch dann verwirklicht, wenn eine von außen wirkende Kraft wie der Wind auf ein Fahrzeug einwirkt, sofern ein naher örtlicher und zeitlicher Zusammenhang mit einem Betriebsvorgang eines Kraftfahrzeugs besteht.[38] Die Beeinflussung von Fahrzeugen, insbesondere solcher mit hohem Aufbau, durch Wind stellt eine typische Gefahrenquelle des Straßenverkehrs dar und fällt daher in den Schutzzweck der Gefährdungshaftung.

2. Aktuelles zu Fahrzeugen in Waschanlagen

Schäden in Waschanlagen sind vermehrt Gegenstand (obergerichtlicher) Rechtsprechung gewesen.[39] Befindet sich das Fahrzeug auf dem Transportband, ist es grundsätzlich nicht *in Betrieb* i.S.v. § 7 Abs. 1 StVG, da in diesem Stadium weder die Fortbewegungs- noch die Transportfunktion des Fahrzeugs in Anspruch genommen wird.[40] Mit einem vergleichbaren Sachverhalt hatte sich bereits vor Jahren das

---

[35] BGH, Urt. v. 25.9.2024 – VIII ZR 58/23 = WM 2025, 410 (414).

[36] Vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 31.7.2024 – 7 U 48/24 = VuR 2024, 478; mit didaktischen Hinweisen *Schrader*, JA 2024, 1040.

[37] Zum Betriebsbegriff BGH, Urt. v. 26.3.2019 – VI ZR 236/18 = NJW 2019, 2227 (2227); *Burmann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 29. Aufl. 2026, § 7 Rn. 5 ff.; *Ziegenhardt*, NJW-Spezial 2024, 265; zur Halterhaftung für Sharing-Anbieter von E-Scootern *Fischer*, r+s 2026, 149 sowie *Wern/Lenzen*, NJW-Spezial 2026, 73.

[38] Zu denken ist hierbei an die aus der *maschinentechnischen* Auffassung entwickelte *verkehrstechnische* Auffassung. Letztere wird weiter ausgelegt und spricht beispielsweise auch einem geparkten Kfz eine Betriebsgefahr i.S.d. § 7 StVG zu. Siehe dazu *Heß*, NJW-Spezial 2025, 329; ferner *Walter*, in: BeckOGK StVG, Stand: 1.1.2022, § 7 Rn. 89.

[39] In anderem Zusammenhang hatte der BGH (Urt. v. 21.11.2024 – VII ZR 39/24 = NJW 2025, 435) über die Haftung des Waschanlagenbetreibers gem. §§ 631 Abs. 1, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aus Nebenpflichtverletzung für Schäden am Fahrzeug bei serienmäßigen angebautem Heckspoiler zu entscheiden; ähnlich, aber mit anderem Ergebnis BGH, Urt. v. 22.5.2025 – VII ZR 157/24 = NJW 2025, 2027 (Tankdeckel-Fall); zur generellen Kasuistik *König*, in: Hentschel/König, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 48. Aufl. 2025, StVG § 7 Rn. 6 ff.

[40] OLG Koblenz, Beschl. v. 5.8.2019 – 12 U 57/19 = NJW-RR 2019, 1363.

OLG Zweibrücken auseinanderzusetzen.[41] Nach Entscheidung des Gerichts scheidet eine Betriebsgefahr beim Ziehen auf dem Transportband auch dann aus, wenn der Fahrer panisch bremst, weil er irrtümlich annimmt, auf ein vor ihm befindliches Fahrzeug gezogen zu werden. Rutscht das Fahrzeug aufgrund des Bremsvorgangs aus der Transportfuge und verursacht Schäden an der Anlage, sind diese nicht mehr der Betriebsgefahr des Fahrzeugs zuzurechnen.

Differenziert zu beurteilen ist hingegen die Haftung des Fahrers des vorausfahrenden Fahrzeugs. War dessen Waschvorgang bereits abgeschlossen, sodass er den Motor wieder startete, gingen ab diesem Zeitpunkt die Gefahren nicht mehr von der Waschanlage, sondern von dem Fahrzeug und seinem Fahrer aus. Ein etwaiges zu spätes Anfahren ist daher dem Betrieb des Fahrzeugs zuzurechnen, sodass eine Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG gegenüber dem dahinter befindlichen Kfz in Betracht kommt. Anders ausgedrückt: Die bloß verzögerte Fortbewegung des vorausfahrenden Fahrzeugs ist bereits dessen *Betrieb* zuzurechnen.

Eine Betriebsgefahr[42] kann ferner gegeben sein, wenn der Kunde in die Waschanlage einfährt und eine lange Dachantenne (sog. Betriebseinrichtung) trotz erkennbarer Warnhinweise nicht einklappt, diese sich in der Waschanlage verfängt und damit andere Kfz beschädigt werden.[43]

3. Haftung auf der Straße trotz Gefahr aus der Luft

Auch Kuriositäten machen vor den Gerichten keinen Halt. So flog ein durch das auf der Landstraße fahrende Motorrad des Halters M aufgeschreckter Fasan in einer Kurve gegen den Kopf des im Beiwagen sitzenden B. Aufgrund des Aufpralls stürzte dieser auf die Straße und zog sich dabei erhebliche Verletzungen zu. Bis auf einen Helm trug er keine Schutzkleidung. Das Gericht hatte darüber zu befinden, ob B Ansprüche gegen M geltend machen könne.[44] In Betracht kommt auch hier ein Anspruch aus § 115 VVG[45] i.V.m. §§ 7 Abs. 1, 11 S. 2 StVG.

Der Unfall ereignete sich *bei dem Betrieb* des Motorrads i.S.d. § 7 Abs. 1 StVG, da sich das Fahrzeug in Fahrt befand und dessen Bewegung den Geschehensablauf bei *wertender Betrachtung* maßgeblich mitprägte. Das Gericht entschied, dass insbesondere die Intensität des Aufpralls des Fasans auf die Geschwindigkeit des Motorrads zurückzuführen sei, sodass sich die typische Betriebsgefahr verwirklichte. Ein Aufprall im Stand hätte derartige Kräfte nicht wirken lassen können, weshalb jedenfalls die Vorwärtsbewegung für den Schaden ursächlich war. Ein Haftungsausschluss nach § 7 Abs. 2 StVG wegen höherer Gewalt scheidet aus, da die Kollision mit einem Wildtier kein unvorhersehbares Ereignis infolge elementarer Naturkräfte darstellt, sondern nach allgemeiner Lebenserfahrung erwartbar und grundsätzlich durch äußerste Sorgfalt vermeidbar ist. Auch eine Anspruchskürzung

[41] OLG Zweibrücken, Urt. v. 27.1.2021 – 1 U 63/19 = NJW-RR 2021, 336.

[42] Examensrelevant sind ferner auch Entscheidungen zur Reichweite der Haftung des Halters eines Traubenvollernters in Arbeitsfunktion (BGH, Urt. v. 18.7.2023 – VI ZR 16/23 = NZV 2024, 76 m.Anm. *Biller-Bomhardt*) sowie beim Ausbringen von Gülle eines Traktors, die durch Windstöße im Pool eines Dritten landet (LG Kempten, Urt. v. 23.12.2024 – 12 O 1063/24 = NJW-RR 2025, 795).

[43] OLG Brandenburg, Urt. v. 12.12.2023 – 3 U 211/22 = NJW-RR 2024, 364; eine Übersicht zur vergangenen Rechtsprechung über Kfz-Schäden in Waschanlagen gibt *Lehre*, DAR 2020, 531.

[44] OLG Oldenburg, Urt. v. 24.9.2025 – 5 U 30/25 = NJW 2025, 3798.

[45] § 115 VVG ist in dieser Allgemeinheit auch im ersten Examen erwartbar. Das jeweilige JPA würde auf die Norm mit einiger Wahrscheinlichkeit jedenfalls mittelbar hinweisen. Nach der Konzeption des § 115 VVG ist für einen Anspruch des B gegen den Haftpflichtversicherer inzident ein Anspruch gegen M zu prüfen.

wegen Mitverschuldens nach § 254 BGB kommt nicht in Betracht, da kein allgemeines Erfordernis dafür besteht, dass Beifahrer nur mit spezieller Schutzkleidung die Fahrt antreten.[46]

VI. Die ewigen Probleme in Examensklausuren

1. Das letzte Wort hat immer das Tier

Neben Fahrzeugen finden in geübter Praxis der Prüfungsämter immer wieder Problemschwerpunkte rund um Tiere ihren Weg in die Klausursachverhalte. So hatte der BGH im Rahmen des Gefährdungshaftungstatbestandes aus § 833 S. 1 BGB[47] erneut über die Reichweite der *tierspezifischen Gefahr*[48] zu befinden.[49] Ausgangspunkt der Entscheidung war folgendes Geschehen: Während der Hund des Halters H bei einem Spaziergang mit dessen Tochter T[50] ein Mäuseloch entdeckte, rannte er plötzlich los und zog dabei seine Leine hinter sich her. Obwohl er auf den Rückruf der T unverzüglich reagierte, verhedderte sich die mitgeführte Leine beim Zurücklaufen um den Passanten P, wodurch dieser zu Fall kam und nunmehr Ansprüche gegen H geltend macht.[51] Entscheidendes Zurechnungskriterium bei § 833 S. 1 BGB ist die *Unberechenbarkeit tierischen Verhaltens*.[52] Im hiesigen Fall wies der BGH darauf hin, dass selbst ein Pfiff, der mittelbar die Bewegung des Tieres steuert, dessen eigene Unberechenbarkeit nicht ausschließe.[53] Denn es ist im Rahmen der Tierhalterhaftung oft unmöglich, auftretende Gefahrenquellen vollständig durch Befehle an das Tier im Zaum zu halten.[54] Die menschli-

[46] Ergänzend zur Haftung eines Fahrzeughalters, wenn ein vom Kfz überrollter, aber dennoch überlebender Hund danach seinen Halter beißt OLG Celle, Urt. v. 5.10.2022 – 14 U 19/22 = NJW 2023, 1298; zur Haftung des Tierhalters als Beteiligter bei Schädigung durch mehrere Tiere BGH, Urt. v. 24.4.2018 = NJW 2018, 3439.

[47] Zur Übersicht der Gefährdungshaftungstatbestände *Kern*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 823 Rn. 11; für eine Klausurbearbeitung zu § 833 BGB siehe *Wilke/Straub*, ZJS 2023, 238.

[48] Zum Begriff *Förster*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 833 Rn. 6 ff.; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 833 Rn. 17 ff.; instruktiv zur Hundehalterhaftung *Schmidt*, VersR 2024, 271; anschaulich zur Tierhalterhaftung insgesamt *Christokat*, JA 2024, 358.

[49] BGH, Urt. v. 11.6.2024 – VI ZR 381/23 = NJW 2024, 3293 mit ausführlicher Entscheidungsbesprechung bei *Eberl-Borges*, LMK 2024, 826444.

[50] Zum Verhältnis des § 833 S. 1 BGB zu § 1664 Abs. 1 BGB bei der Verletzung des Kindes durch den Hund eines Elternteils bei einem Spaziergang BGH, Urt. v. 15.12.2020 – VI ZR 224/20 = NJW 2021, 778.

[51] Kurios, aber erheblich examensrelevant ist die Frage der Tierhalterhaftung aus § 833 BGB, wenn ein Pony beim Einschläfern auf das Bein der Tierärztin fällt, siehe OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 29.1.2026 – 3 U 127/25. Dieser Ausfluss der Schwerkraft sei kein Fall einer tierspezifischen Gefahr.

[52] So bereits BGH, Urt. v. 6.7.1976 – VI ZR 177/75 = NJW 1976, 2139 (2131); BGH, Urt. v. 19.11.1991 – VI ZR 69/91 = NJW 1992, 907.

[53] Im Originalfall (vgl. BGH, Urt. v. 11.6.2024 – VI ZR 381/23 = NJW 2024, 3293 [3294]) war auch der Passant P mit dessen Hund vor Ort. Beide Tiere sind gemeinsam zunächst zum Mäuseloch gerannt. In einem solchen Fall muss stets hinterfragt werden, ob die spezifische Tiergefahr des eigenen Tieres (hier des P) schadensmindernd entsprechend § 254 Abs. 1 BGB i.V.m. § 833 S. 1 BGB anzurechnen ist, siehe BGH, Urt. v. 31.5.2016 – VI ZR 465/15 = NJW 2016, 2737 (2738). Insoweit gilt aber zu beachten, dass die bloße Anwesenheit des Tieres am Ort des Geschehens für eine Mithaftung nicht ausreichend ist, so explizit OLG Dresden, Beschl. v. 12.9.2024 – 5 U 633/24 = NJ 2024, 544 (547).

[54] Kandidaten müssen im Rahmen der Gefährdungshaftung des § 833 S. 1 BGB zudem immer – zumindest gedanklich – prüfen, ob die Sonderkonstellation des „Handelns auf eigene Gefahr" gegeben ist. Setzt sich der Geschädigte nämlich bewusst und freiwillig der Tiergefahr aus, kann dies zu einem vollständigen Haftungsausschluss des Tierhalters führen. Dies dürfte nach der Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 20.12.2005 – VI ZR 225/04 = NJW-RR 2006, 813 [814]) aber nur bei derart ungewöhnlichen Risiken möglich sein, die über die normale bzw. gewöhnliche Tiergefahr hinausgehen, siehe zum Ganzen mit Beispielen *Förster*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 833 Rn. 23.

che Leitung hat hier lediglich den Anstoß für das tierische Verhalten gegeben.[55] Von einem Ausschluss der Tiergefahr ist nur dann auszugehen, wenn keine Energie des Tieres am Geschehen beteiligt ist.[56]

2. Kleiner Einwurf mit großer Wirkung

Auch im Mietrecht stehen die Uhren nie still. Immer wieder zur Verwirrung führt die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 S. 1 BGB. In einer aktuellen Entscheidung hat sich der BGH zum Verjährungsbeginn nach § 548 Abs. 1 S. 2 BGB geäußert, als zuvor der Mieter den Wohnungsschlüssel in den privaten Hausbriefkasten des Vermieters warf.[57] Für den Rückerhalt der Mietsache im Sinne der Norm ist demzufolge eine Änderung der Besitzverhältnisse zugunsten des Vermieters erforderlich. Diese Besitzübergabe ist dann vollzogen, wenn der Mieter den Besitz an der Mietsache ohne den Willen des Vermieters nicht mehr erlangen kann, was bei einem Einwurf des Schlüssels in den Briefkasten des Vermieters der Fall sei und somit bereits in diesem Moment die Verjährungsfrist auslöst. Spannend an dieser Entscheidung ist zudem der Hinweis des BGH, dass der Zeitpunkt des Rückerhalts für den Verjährungsbeginn auch dann maßgeblich sei, wenn der Mietvertrag noch nicht beendet ist. Das kann zu dem auf den ersten Blick komisch anmutenden Ergebnis führen, dass Ansprüche des Vermieters, beispielsweise wegen Beschädigung der Mietsache, bereits verjährt sind, obwohl das Mietverhältnis noch läuft.[58]

3. Eigentumserwerb in jungen Händen

Die bei Examenskandidaten allseits bekannten Fallgruppen bei der Übertragung von Grundstückseigentum an Minderjährige[59] sind zudem kürzlich um eine weitere angereichert worden, die ihrerseits das Potenzial zur Aufnahme in eine Vielzahl von Lehrbüchern genießen dürfte. Der BGH hat entschieden, dass die Übertragung eines Miteigentumsanteils an einer weder vermieteten noch verpachteten Immobilie für einen Minderjährigen grundsätzlich ein lediglich rechtlich vorteilhaftes

[55] Das Problem ist ähnlich geartet auch im Strafrecht relevant: Hier diskutiert man, ob ein Befehl, den man einem Hund ausspricht, als strafrechtliche „Handlung" des Menschen selbst zu sehen ist. Der Fall kann so lauten, dass der Hundehalter H dem Hund befiehlt, den O zu beißen. Bei der nunmehrigen Frage nach Straftatbeständen aus §§ 223 ff. StGB ist die Handlungsqualität zu problematisieren, da die tatsächliche Verletzung durch den Hund vorgenommen wurde. In einer Examensklausur würde das JPA wohl einen ausgebildeten Polizeihund einbauen, der ohnehin jeden Befehl wahrnimmt. Auch im Strafrecht darf der Begriff der „tierspezifischen Gefahr" aus dem Zivilrecht fallen; näher zur Handlung im strafrechtlichen Sinne *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, Vor. § 13 Rn. 7 ff.

[56] BGH, Urt. v. 25.3.2014 – VI ZR 372/13 = NJW 2014, 2434; zu denken ist hier an das oft in Lehrbüchern genannte Beispiel des Hundes als Wurfgeschoss, wobei offensichtlich kein selbsttätiges Verhalten des Tieres vorliegt, siehe dazu *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 833 Rn. 22.

[57] BGH, Urt. v. 29.1.2025 – XII ZR 96/23 = NJW-RR 2025, 524; vertiefende Problembesprechung bei *Emmerich*, JuS 2025, 693.

[58] Praktisch sähe das so aus, dass der Mieter beispielsweise aufgrund eines Zerwürfnisses mit dem Vermieter bereits acht Monate vor Vertragsende aus der Wohnung auszieht. Macht der Vermieter dann zum tatsächlichen Beendigungszeitpunkt Ansprüche wegen Beschädigung der Mietsache geltend, wäre das zu spät.

[59] Zur Aufarbeitung der Fallgruppen siehe *Krafka*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2026, § 181 Rn. 271 ff.; das Problem tritt regelmäßig im Zusammenhang mit der Vertretungsmacht der Eltern bei der Eigentumsübertragung und der Thematik des Selbstkontrahierens beim Insichgeschäft auf. Fraglich ist insoweit, ob ein Vertretungsausschluss der Eltern aus § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. §§ 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 181 BGB anzunehmen ist. § 181 BGB ist insoweit teleologisch zu reduzieren. Bei einem lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäft besteht kein Bedürfnis für einen Vertretungsausschluss nach § 1824 BGB, dazu BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10 = NJW 2010, 3643 (3644) noch zur Vorgängervorschrift des § 1795 BGB a.F.; generell zur gesetzlichen Vertretung des Kindes durch die Eltern *Herberger*, JA 2023, 447.

Rechtsgeschäft i.S.d. § 107 BGB darstellt.[60] Zwar führt der Erwerb eines solchen Anteils zur Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB), die grundsätzlich persönliche Pflichten des Teilhabers (beispielsweise zur Kostentragung nach § 748 BGB) mit sich bringt. Anders als bei einem Eintritt in eine Wohnungseigentümergemeinschaft[61] entsteht eine unmittelbare Verpflichtung des Minderjährigen aber nicht bereits mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils, da Ansprüche nach § 748 BGB einen vorherigen Beschluss der Miteigentümer (§ 745 BGB) voraussetzen. Insofern bedarf es eines weiteren, zwischenzeitlichen Rechtsaktes, bevor eine konkrete Erhaltungspflicht begründet wird.

VII. Zur vertiefenden Auseinandersetzung

Weitere examensrelevante Entscheidungen, zu deren Analyse oder Besprechung in Lerngruppen wir ausdrücklich anregen, sind die unzulässige Gewinnerzielung durch Untervermietung (BGH, Urt. v. 28.1.2026 – VIII ZR 228/23 = NJW 2026, 664), die Rechtmäßigkeit des sofortigen Abschleppens nach Ablauf der Parkuhr auf einem Supermarkt (BGH, Urt. v. 19.12.2025 – V ZR 44/25 = NZM 2026, 192) sowie die Möglichkeit einer außerordentlichen vermieterseitigen Kündigung bei einer Bankbürgschaft als Mietsicherheit (BGH, Urt. v. 14.5.2025 – VIII ZR 256/23 = NJW 2025, 2147).

[60] BGH, Beschl. v. 18.4.2024 – V ZB 51/23 = NJW 2024, 1957; mit wertender Betrachtung *Herberger*, JA 2024, 947.

[61] Die aus dem Wirtschaftsplan der WEG verbundene Zahlungspflicht trifft den Erwerber bereits unmittelbar im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, vgl. § 16 Abs. 2 S. 1 WEG. Damit ist die Übertragung der Eigentumswohnung anlässlich der WEG-Verpflichtungen lediglich rechtlich nachteilig.

Die Rechtsverordnung
Eine Einführung in eine untergesetzliche Rechtsquelle

Dr. Celine Hofer-Dinc, LL.M., Köln[*]

Der Rechtsverordnung wird in der juristischen Ausbildung häufig nur geringe Aufmerksamkeit zuteil. In der staatsorganisationsrechtlichen Lehre beschränkt sich ihre Behandlung nicht selten auf eine kurze Erwähnung verbunden mit dem Verweis auf eine spätere Vertiefung im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Dort wiederum wird vielfach vorausgesetzt, dass die Strukturen und staatsstrukturrechtlichen Bezüge bereits bekannt sind. Diese wechselseitige Verlagerung kann dazu führen, dass eine systematische Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Rechtsverordnung für Studierende im Grundstudium ausbleibt und in die Examensvorbereitung verlagert wird. Vor diesem Hintergrund verfolgt der Beitrag das Ziel, die Grundlagen der Rechtsverordnung aufzubereiten und einen Überblick über examensrelevante Problemfelder zu geben. Zugleich soll ein Prüfungsrahmen aufgezeigt werden, der es ermöglicht, Rechtsverordnungen sowohl materiell- als auch prozessrechtlich einzuordnen. Die Darstellung orientiert sich weitgehend an den Anforderungen für Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG. Die Landesverfassungen enthalten regelmäßig dem Grundgesetz entsprechende Regelungen.[1] *Soweit sich prüfungsrelevante Besonderheiten für Rechtsverordnungen auf Landesebene ergeben, wird an entsprechender Stelle darauf hingewiesen.*

I. Praktische Bedeutung und Funktionen von Rechtsverordnungen 543

II. Historische und rechtsstaatlich-demokratische Grundlagen 544

III. Wesensmerkmale der Rechtsverordnung 545

IV. Abgrenzung zu anderen untergesetzlichen Rechtsquellen 545

V. Spezielle Anforderungen an die Verordnungsermächtigung 547

1. Wer kann ermächtigt werden? (Art. 80 Abs. 1 S. 1, S. 4 GG) 547
2. Bestimmtheitstrias (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) 547

VI. Anforderungen an die Rechtsverordnung 548

1. Formelle Anforderungen 549
   a) Zuständigkeit (ermächtigte Stelle) 549
   b) Verfahren 549

[*] Die *Autorin* ist Postdoktorandin am Institut für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln (Professor *Dr. Markus Ogorek*, LL.M. [Berkeley]) und derzeit Rechtsreferendarin am Landgericht Köln. Ihre Dissertation mit dem Titel „Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG“ ist im Jahr 2025 bei Duncker & Humblot erschienen.

[1] Diese Vorschriften ermöglichen dem jeweiligen Landesgesetzgeber, in Bereichen, in denen er gesetzgebungskompetent ist, bestimmte Exekutivstellen zu ermächtigen: Art. 61 LV BW; Art. 55 Nr. 2 BV; Art. 64 VvB; Art. 80 LV BB; Art. 53 Verf Hmb; Art. 118 HV; Art. 57 LV M-V; Art. 43 NV; Art. 70 LV NRW; Art. 110 Verf RP; Art. 104 SVerf; Art. 79 Verf LSA; Art. 75 SächsVerf; Art. 79 LV SH; Art. 84 ThürVerf. Soweit wesentliche Abweichungen zu Art. 80 GG existieren, sind diese darauf zurückzuführen, dass die entsprechenden Landesverfassungen älter sind als das Grundgesetz. Dies gilt namentlich für die Hessische Verfassung und für die Bayerische Verfassung.

c) Form ... 549
2. Materielle Rechtmäßigkeit ... 550
VII. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtsverordnungen ... 550
1. Verfassungsgerichtliche Verfahren ... 550
a) Abstrakte Normenkontrolle ... 550
b) Verfassungsbeschwerdeverfahren ... 551
2. Verwaltungsgerichtliche Verfahren ... 551
3. Besonderheit: Rechtsschutz gegen verordnungsändernde Gesetze ... 552
VIII. Die Rechtsverordnung in der öffentlich-rechtlichen Examensklausur ... 552
IX. Mündliche Prüfung ... 554
X. Fazit ... 554

I. Praktische Bedeutung und Funktionen von Rechtsverordnungen

Die Handlungsform der Rechtsverordnung ermöglicht es der Exekutive, Normen mit Außenwirkung zu erlassen, ohne den Weg des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens zu durchlaufen. Die zentrale verfassungsrechtliche Grundlage für Rechtsverordnungen des Bundes ist in Art. 80 GG niedergelegt, wodurch der Gesetzgeber befugt ist, durch Gesetz die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen zu ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen.

Rechtsverordnungen kommt in der Verwaltungspraxis eine zentrale Rolle zu. Dies zeigt sich bereits an ihrem zahlenmäßigen Übergewicht gegenüber formellen Gesetzen; auf Bundesebene liegt das Verhältnis seit Jahren etwa bei 3:1.[2] Die Rechtsverordnung ist ein Standardinstrument des Verwaltungsalltags. Zahlreiche Rechtsverordnungen leisten einen wesentlichen Beitrag zur Ausgestaltung und Anwendung des geltenden Rechts.[3]

Rechtsverordnungen konkretisieren und setzen Parlamentsgesetze um. Während der Gesetzgeber den Rahmen vorgibt, übernimmt die Exekutive die detaillierte Ausgestaltung.[4] Insgesamt dienen Rechtsverordnungen somit der Arbeitsteilung zwischen Legislative und Exekutive:[5] Sie werden von der fachnäheren Exekutive erlassen, die aufgrund ihres besonderen Sachverstands bestimmte Fragen zielgerichtet regeln kann.[6] Hierdurch findet eine erhebliche Entlastung des parlamentarischen Gesetzgebers statt.[7] Sie ermöglichen eine flexible Reaktionsmöglichkeit auf sich ändernde Umstände.[8]

---

[2] *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 15; konkrete Zahlen nennt *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 5, Stand: August 2025, Art. 80 Rn. 1.

[3] Vgl. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 5, Stand: August 2025, Art. 80 Rn. 2 f.; *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 15.

[4] Vgl. *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 12.

[5] *v. Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 49; *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 67; *Schmidt-Aßmann*, in: FS Vogel, 2000, S. 477 (488); *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 70; *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, 2025, S. 36 ff.

[6] *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 12.

[7] *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Vor Rn. 1; *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 12.

[8] BVerfGE 153, 310 (347 Rn. 89); *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Vor Rn. 1; *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (311); *Hollo*, Jura 2022, 42 (43).

Vor dem Hintergrund, dass der parlamentarische Gesetzgeber den bestehenden Normierungsbedarf gar nicht allein decken kann,[9] sichert das Instrument der Rechtsverordnung eine effiziente Normsetzung insgesamt, wodurch letztlich auch die Arbeitsfähigkeit des Parlaments gesichert wird.[10]

II. Historische und rechtsstaatlich-demokratische Grundlagen

Damit die mit dem Verordnungsrecht bezweckten Vorteile nicht zulasten der Demokratie und des Rechtsstaats gehen, unterliegt die Verordnungsgebung engen verfassungsrechtlichen Schranken.[11] Diese sollen sicherstellen, dass die demokratische Legitimation und die Gewaltenteilung gewahrt bleiben.

Art. 80 GG konkretisiert mehrere Verfassungsprinzipien: das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip (insbesondere den Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt) und dabei auch insbesondere die Gewaltenteilung.[12] Das Erfordernis der parlamentsgesetzlichen Verordnungsermächtigung aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist als Gesetzesvorbehalt zu qualifizieren.[13] Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden muss, konkretisiert das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip[14] und soll eine Selbstentmachtung des Gesetzgebers verhindern.[15] Die Gewaltenteilung des Grundgesetzes wird durch Art. 80 GG maßgeblich ausgestaltet.[16] Art. 80 GG zeigt auf, dass die Exekutive nur im vom Gesetzgeber gezogenen Rahmen rechtsetzen darf. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits früh betont, dass sich das Parlament „seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entschlagen können [soll], dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Regierung überträgt, ohne genau die Grenzen dieser übertragenen Kompetenzen bedacht und bestimmt zu haben“[17]. Es solle der Regierung nicht möglich sein, „gestützt auf unbestimmte Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen, an die Stelle des Parlaments [zu] treten“.[18]

Die Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Schranken ist maßgeblich durch historische Erfahrungen geprägt. Der Grund, dass Rechtsverordnungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, gilt bereits seit dem Kaiserreich.[19] Sowohl die Reichsverfassung von 1871 als auch die folgende Weimarer Reichsverfassung enthielten keine Regelungen zur Begrenzung des Gesetzgebers, was die Reichweite der Delegationsmöglichkeiten angeht. Entwicklungen in der Weimarer Republik und während der nationalsozialistischen Herrschaft haben sodann gezeigt, welche Gefahren in einer uferlosen Delegation von Rechtsetzung an die Exekutive liegen. Die Möglichkeit des Reichspräsidenten, auf Grundlage von Art. 48 WRV Notverordnungen zu erlassen, wurde in den frühen 1930er Jahren in erheblichem Umfang genutzt, um parlamentarische Entscheidungsprozesse zu umgehen. Das Grund-

[9] *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Vor Rn. 1; *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 12; *Hollo*, Jura 2022, 42 (43).

[10] *Hollo*, Jura 2022, 42 (43).

[11] Vgl. *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Vor Rn. 1; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 1.

[12] *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 1.

[13] *Hollo*, Jura 2022, 42 (45).

[14] *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 32.

[15] BVerfGE 78, 249 (272); 150, 1 (99 Rn. 199); 157, 30 (172 Rn. 260).

[16] *Maurer/Schwarz*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2023, § 10 Rn. 20; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: August 2025, Art. 80 Rn. 6.

[17] BVerfGE 1, 14 (59 f.).

[18] BVerfGE 1, 14 (59 f.).

[19] Vgl. *Hasskarl*, Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis, 1969, S. 8 ff.

gesetz hat als Lehre aus diesen Erfahrungen bewusst strenge Grenzen für die Verordnungsermächtigung gezogen.[20]

III. Wesensmerkmale der Rechtsverordnung

Eine Legaldefinition der Rechtsverordnung existiert im Grundgesetz nicht.[21] Zur Begriffsbestimmung der Rechtsverordnung wurden verschiedene Ansätze entwickelt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird traditionell zwischen einem materiellen[22] und einem formellen[23] Rechtsverordnungsbegriff unterschieden, wobei die gemeinsame Ausgangsannahme ist, dass es sich bei Rechtsverordnungen um abstrakt-generelle Rechtsetzungsakte handelt.[24] Die aktuelle Literatur greift zur Qualifikation oftmals auf eine Kombination formeller und materieller Kriterien zurück.[25] Materielles Kriterium ist das Bestehen eines von der Exekutive erlassenen untergesetzlichen und allgemeinverbindlichen Rechtssatzes, formelle Kriterien sind etwa (1) die Bezeichnung als Rechtsverordnung, (2) das Zitat einer Verordnungsermächtigung und (3) die Verkündung nach Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG als Rechtsverordnung.[26] Überzeugend ist es, eine Rechtsverordnung bei einem allgemeinverbindlichen exekutivischen Rechtssatz anzunehmen, bei dem der Verordnungsgeber von einer ihm übertragene Rechtsetzungsmacht Gebrauch machen will.[27] Als Indizien für die Wahrung delegierter Rechtsetzungskompetenz sind wiederum formelle Kriterien heranzuziehen.[28]

IV. Abgrenzung zu anderen untergesetzlichen Rechtsquellen

Die Einordnung unter den Begriff der Rechtsverordnung im Wege der Kombination formeller sowie materieller Gesichtspunkte erlaubt eine Abgrenzung der Handlungsform von anderen Handlungsformen der Verwaltung, namentlich von der Satzung, der Verwaltungsvorschrift und der Allgemeinverfügung.

---

[20] *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (312); zu einer auf die Landesebene bezogenen Definition im Allgemeinen Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein siehe § 53 LVwG.

[21] *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 1.

[22] *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 3; *Stern*, Staatsrecht II, 1980, S. 653; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 12 Rn. 824; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 1; *Trips*, Das Verfahren der exekutiven Rechtsetzung, 2006, S. 70 f.

[23] Abstellend auf das rechtsetzende Organ *Maurer*, in: FS Leisner, 1999, S. 583 (584); abstellend auf Form und Verfahren *Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S. 111; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 2; *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 19; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Art. 80 Rn. 35.

[24] Vgl. *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 2; *Sannwald*, in: Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2026, Art. 80 Rn. 20; *Stern*, Staatsrecht II, 1980, S. 653; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 1; *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 3; beachte aber auch den Hinweis von *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 3 Rn. 91 zu Rechtsverordnungen im nur formellen Sinn.

[25] *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 1; *Sannwald*, in: Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2026, Art. 80 Rn. 20; *Uhle*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 2; *Wilke*, AöR 98 (1973), 196 (201); *Antoni*, AöR 114 (1989), 220 (225); in diese Richtung auch *Nierhaus*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 16, 234. Lfg., Stand: Februar 2026, Art. 80 Rn. 142 ff.

[26] Siehe auch *Hollo*, Jura 2022, 42 (42) m.w.N.

[27] *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 2.

[28] *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 2.

Satzungen werden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zur Regelung ihrer Selbstverwaltungsangelegenheiten erlassen.[29] Sie entfalten Außenwirkung und können Bürgerinnen und Bürger berechtigen und verpflichten, etwa durch Gebote und Verbote.[30] Der entscheidende Unterschied zwischen der Rechtsverordnung und der Satzung liegt darin, dass die Satzungsautonomie von vornherein durch das Wesen und die Aufgabenstellung der Körperschaft begrenzt ist,[31] also nur innerhalb der Grenzen des jeweiligen Selbstverwaltungsbereichs besteht.[32] Demgegenüber geht es bei der Verordnungsermächtigung um die teilweise Übertragung der prinzipiell unbeschränkten parlamentarischen Normsetzungsbefugnis an eine Stelle der staatlichen Exekutive.[33] Träger der Selbstverwaltung (z.B. Gemeinden, Kammern oder Universitäten) verfügen innerhalb ihres gesetzlich oder verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs vielmehr über sog. Satzungsautonomie.[34] Sie dürfen damit ihre eigenen Angelegenheiten eigenständig durch Satzung ordnen.[35] Diese Autonomie ist verfassungsrechtlich nicht schrankenlos, wird aber nicht speziell durch Art. 80 GG (oder landesverfassungsrechtliche Pendants), sondern durch das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip begrenzt.[36]

Verwaltungsvorschriften fallen nicht unter Art. 80 GG.[37] Es handelt sich um abstrakt-generelle Regelungen einer Behörde gegenüber nachgeordneten Behörden oder eines Vorgesetzten gegenüber ihm unterstellten Bediensteten, also um verwaltungsinterne Regelungen.[38] Soweit Verwaltungsvorschriften im Einzelfall doch eine Außenwirkung zugesprochen wird (sog. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften) könnte eine entsprechende Anwendung einzelner für Verordnungen geltenden Regelungen erwogen werden – letztlich erscheint aber eine dogmatische Anknüpfung an allgemeinen Verfassungsprinzipien (Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzip) überzeugender[39] als eine entsprechende Anwendung des Art. 80 GG.

Zudem ist die Rechtsverordnung von der als Verwaltungsakt einzustufenden Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG abzugrenzen. Allgemeinverfügungen sind konkret-generelle Regelungen[40] und unterscheiden sich insofern von der abstrakt-generellen Rechtsverordnung.

Verordnungen der Europäischen Union (Art. 288 Abs. 2 AEUV) sind keine Rechtsverordnungen im Sinne des deutschen (Verfassungs-)Rechts, da sie kraft EU-Recht wirken und keiner nationalen Ermächtigung bedürfen. Es kann sich bei diesen Verordnungen um Gesetzgebungsakte, um delegierte Rechtsakte oder um Durchführungsakte handeln.[41] Verordnungen der Europäischen Union werden hauptsächlich vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union im Rahmen des

[29] Ausführlich zur Satzung *Ellerbrok*, ZJS 2022, 319 ff.

[30] Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 13 Rn. 847.

[31] BVerfGE 33, 125 (157); *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3, 2025, S. 145.

[32] BVerfGE 12, 139 (325); 33, 125 (157); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 105 Rn. 39; *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3, 2025, S. 145.

[33] *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3, 2025, S. 145.

[34] Vgl. BVerfGE 12, 139 (325); 33, 125 (157).

[35] BVerfGE 33, 125 (156); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 13 Rn. 844.

[36] *Hollo*, Jura 2022, 42 (43).

[37] *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 3.

[38] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 14 Rn. 852 f.

[39] Für ein aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen hergeleitetes verfassungsrechtliches Zitiergebot für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, S. 143, 158; zur aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleiteten Veröffentlichungspflicht für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften siehe BVerwGE 122, 264 (270); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 14 Rn. 866.

[40] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 10 Rn. 464; *Klafki*, JuS 2020, 511 (512).

[41] Siehe Art. 289, 290, 291 AEUV.

ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassen, sodass sie vom Charakter formellen Gesetzen gleichstehen.[42]

V. Spezielle Anforderungen an die Verordnungsermächtigung

Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG bildet nicht unmittelbar die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Rechtsverordnungen, sondern enthält die Ermächtigung des parlamentarischen Gesetzgebers, verordnungsermächtigende Gesetze zu erlassen.[43] Hieraus folgt das Erfordernis der parlamentsgesetzlichen Verordnungsermächtigung. Erst die auf der Grundlage des Art. 80 GG erlassene einfachgesetzliche Verordnungsermächtigung ist die Ermächtigungsgrundlage für die konkrete Rechtsverordnung.[44]

Dieses einfache Bundesgesetz muss allen formellen und materiellen Anforderungen entsprechen, die das Grundgesetz an Bundesgesetze stellt. Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit gelten in der Prüfung keinerlei Besonderheiten.[45] In materieller Hinsicht muss die Verordnungsermächtigung besonderen Anforderungen genügen, welche sich Art. 80 Abs. 1 GG entnehmen lassen und im Folgenden skizziert werden.

Die Landesverfassungen enthalten zumeist ausdrücklich entsprechende Vorgaben.[46] Ist dies nicht der Fall, ergeben sich der Rechtsprechung des BVerfG zufolge identische Maßstäbe aufgrund des rechtsstaatlichen und demokratischen Gehalts des Art. 80 Abs. 1 GG über Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG,[47] sodass für bundes- und landesrechtliche Verordnungsermächtigungen weitgehend konvergente Rechtmäßigkeitsmaßstäbe bestehen.[48]

1. Wer kann ermächtigt werden? (Art. 80 Abs. 1 S. 1, S. 4 GG)

Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG zählt abschließend[49] auf, wer Empfänger einer Verordnungsermächtigung sein darf. Genannt werden die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen.[50] Eine Verordnungsbefugnis weiterer Stellen kommt (nur) im Wege der sog. Subdelegation in Betracht: Nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG kann eine Ermächtigung weiter übertragen werden, wenn sie im Gesetz vorgesehen ist; die Weiterübertragung erfolgt ihrerseits durch Rechtsverordnung.

2. Bestimmtheitstrias (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG)

Nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Zur Prüfung der Einhaltung dieser Anforderungen werden verschiedene Formeln heran-

[42] So auch die Einordnung bei *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (312); ebenso *Hollo*, Jura 2022, 42 (43).

[43] *Hollo*, Jura 2022, 42 (45).

[44] *Hollo*, Jura 2022, 42 (45).

[45] *Hollo*, Jura 2022, 42 (45).

[46] Siehe z.B. Art. 61 Abs. 1 LV BW; Art. 64 VvB; Art. 80 LV BB; Art 53 Abs. 1 Verf Hmb; Art. 118 HV; Art. 57 Abs. 1 LV M-V; Art. 43 Abs. 1 NV; Art. 70 LV NRW; Art. 110 Abs. 1 Verf RP; Art. 104 SVerf; Art. 75 Abs. 1 SächsVerf; Art. 79 Abs. 1 Verf LSA; Art. 79 LV SH; Art. 84 ThürVerf.

[47] BVerfGE 41, 251 (266); BVerfGE 55, 207 (226).

[48] *Sannwald*, in: Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2026, Art. 80 Rn. 20; *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Art. 80 Rn. 5. Der StGH Hessen hob hervor, dass sich die Anforderungen nicht aus Art. 80 GG ergäben, siehe StGH Hessen, Urt. v. 4.12.1968 – P.St. 514, Rn. 41 ff. (juris), diese Auslegung des StGH Hessens hat das BVerfG für mit Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar erklärt, BVerfGE 34, 52 ff.

[49] BVerfGE 8, 155 (163).

[50] Bei einer Ermächtigung der Landesregierungen sind die Länder nach Art. 80 Abs. 4 GG auch zu einer Regelung durch Landesgesetz befugt.

gezogen: Die Vorhersehbarkeitsformel, Die Selbstentscheidungsformel und die Programmformel.[51] Die Ermächtigung muss so bestimmt sein, dass aus ihr *vorhersehbar* ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden kann und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können,[52] sodass aus der Ermächtigung vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.[53] Der Gesetzgeber muss *selbst entscheiden*, was geregelt werden soll und dabei die Grenzen der Regelung festsetzen sowie angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll.[54] Zudem muss die Verordnungsermächtigung ein *Programm* vorgeben, welches durch die Verordnung verwirklicht werden soll.[55] Diese Anforderungen zugrunde gelegt, steht Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG der Verwendung von Generalklauseln nicht grundsätzlich entgegen.[56] Die Erteilung von Blankoermächtigungen ist hingegen ausgeschlossen.[57]

Die Bestimmtheit ist unter Heranziehung der allgemeinen juristischen Auslegungsmethoden zu beurteilen.[58] Die Ermächtigung muss nicht so bestimmt wie möglich sein, erforderlich ist vielmehr „hinreichende Bestimmtheit".[59] Die Anforderungen an den Grad der Bestimmtheit steigen, je höher die Grundrechtsbetroffenheit der zu erlassenden Verordnungen wäre (sog. Modell abgestufter Bestimmtheitsanforderungen)[60].[61]

VI. Anforderungen an die Rechtsverordnung

Nicht nur das verordnungsermächtigende Parlamentsgesetz, sondern auch die Rechtsverordnung selbst muss bestimmten formellen und materiellen Anforderungen genügen. Rechtsverordnungen sind nicht nur am Grundgesetz, sondern auch am einfachen (Bundes-)Recht zu messen.[62] Einige Anforderungen gelten für alle Rechtsverordnungen, andere sind speziell der jeweiligen Verordnungsermächtigung zu entnehmen.

---

[51] Überblickartig siehe *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, S. 56 ff.

[52] BVerfGE 150, 1 (101); 143, 38 (60); 55, 207 (226); 42, 191 (200); 29, 198 (210); 23, 62 (72); ablehnend dem Vorhersehbarkeitskriterium gegenüber *Hansen*, Fachliche Weisung und materielles Gesetz, 1971, S. 91 ff.

[53] BVerfGE 150, 1 (101); 143, 38 (60); 78, 249 (272); 58, 257 (277); 55, 207 (226); 23, 62 (72). Kritisch hierzu *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 179 f.; *Busch*, Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S. 135 f.; *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, 2025, S. 68; *Eberle*, DÖV 1984, 485 (488).

[54] BVerfGE 150, 1 (101); 80, 1 (20); 23, 62 (72); 20, 283 (291); 19, 354 (361 f.); 5, 71 (76 f.); 2, 307 (334 f.) unter Rückgriff auf *H. J. Wolff*, AöR 78 (1952/1953), 194.

[55] BVerfGE 150, 1 (101); 85, 97 (105); 78, 249 (272); 58, 257 (277); 41, 251 (266); 19, 354 (362); 5, 71 (76 f.).

[56] BVerfGE 48, 210 (222 f.); 101, 1 (31 f.); 106, 1 (19); 150, 1 (102); *Uhle*, in: Beck-OK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 21.

[57] *Hollo*, Jura 2022, 42 (48); *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (312).

[58] Allgemein anerkannt und st.Rspr., siehe nur BVerfGE 150, 1 (101); 143, 38 (60); 106, 1 (19); *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 24; *Schnelle*, Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen, 2007, S. 24.

[59] St.Rspr., siehe nur BVerfGE 150, 1 (101); 143, 38 (60); 123, 39 (78).

[60] *Ramsauer*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 80 Rn. 58b.

[61] BVerfGE 150, 1 (102); 143, 38 (61); 123, 39 (78); 113, 167 (269); 76, 130 (143); 62, 203 (210); 58, 257 (277 f.); *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 29; *Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 41; *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 35; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 15; *Uhle*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 80 Rn. 21.

[62] *Hollo*, Jura 2022, 42 (49).

1. Formelle Anforderungen

a) Zuständigkeit (ermächtigte Stelle)

Die Zuständigkeit des Verordnungsgebers ergibt sich aus der gesetzlichen Verordnungsermächtigung oder aus einer subdelegierenden Rechtsverordnung.[63]

b) Verfahren

Zunächst können im Verfahren Zustimmungserfordernisse des Bundesrates (Art. 80 Abs. 2 GG) zu beachten sein. Im Fall eines solchen Zustimmungserfordernisses kann der Bundesrat der Bundesregierung Vorlagen für den Erlass von Rechtsverordnungen zuleiten (Art. 80 Abs. 3 GG).

Die weitere Verfahrensausgestaltung richtet sich danach, welche Stelle die Rechtsverordnung erlässt. So ist bei Rechtsverordnungen des Bundes etwa die GOBReg zu beachten. Freilich handelt es sich bei der Geschäftsordnung lediglich um Innenrecht.

Darüber hinaus können besondere Verfahrensanforderungen der gesetzlichen Verordnungsermächtigungen zu beachten sein. So kann eine Verordnungsermächtigung etwa Anhörungsrechte Dritter statuieren.[64] Eine Besonderheit gilt bei gemeindlichen Rechtsverordnungen: Diesen liegt ein Ratsbeschluss zugrunde, sodass auch die Regelungen zur Willensbildung der Gemeindeorgane in den Gemeindeordnungen eine Rolle spielen.[65]

Bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Fehler zur Nichtigkeit der Verordnung führt. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Gesetzgeber die Regel gerade zur Sicherung eines funktionsgerechten Verordnungserlasses geschaffen hat oder die Norm zugleich einem Verfassungswert dient.[66]

c) Form

Teilweise enthalten die Verordnungsermächtigungen bzw. das einfache Recht besondere Formanforderungen.[67] Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG normiert ein verordnungsrechtliches Zitiergebot, wonach die Rechtsgrundlage in der Verordnung anzugeben ist.[68] Entsprechende Zitiergebote finden sich regelmäßig auch in den Landesverfassungen.[69] Für Rechtsverordnungen gibt es – anders als für Verwal-

[63] In diesem Zusammenhang sei nochmals auf Art. 80 Abs. 4 GG hingewiesen. Das Landesparlament erlässt jedoch keine Rechtsverordnung, sondern ein Landesparlamentsgesetz. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes für das besagte Landesgesetz folgt aus dem die Landesregierung ermächtigenden Parlamentsgesetz i.V.m. Art. 80 Abs. 4 GG.

[64] *Hollo*, Jura 2022, 42 (50) mit Hinweis auf § 16b Abs. 1 S. 1 TierSchG (Anhörungserfordernis der Tierschutzkommission).

[65] Fallbeispiel bei *Ogorek/Hofer-Dinc*, JA 2023, 927 (933 f.).

[66] *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (313); *Hollo*, Jura 2022, 42 (50).

[67] So etwa § 30 OBG NRW.

[68] Ausführlich zu den Anforderungen des Zitiergebots *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, 2025, S. 167 ff.; *Schwarz*, Die Zitiergebote im Grundgesetz, 2002, S. 153 ff.

[69] Ob ein verordnungsrechtliches Zitiergebot auch dann gilt, wenn es in der Landesverfassung nicht ausdrücklich geregelt ist, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Relevanz entfaltet die Frage für die Länder Bayern, Bremen und Hessen. Dagegen BVerwGE 157, 54 (66 Rn. 28); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 4; *Sannwald*, in: Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2026, Art. 80 Rn. 99. Dafür *Bartlsperger*, VerwArch 58 (1967), 249 (270); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, § 12 Rn. 834; *Schnelle*, Fehlerfolgenlehre, 2007, S. 79.

tungsakte (§ 39 VwVfG) – keine allgemeine Begründungspflicht.[70] Teilweise enthalten Verordnungsermächtigungen aber spezielle Begründungsanforderungen, sodass in dieser Hinsicht besondere Vorsicht geboten ist. Schließlich muss die Verordnung ausgefertigt und verkündet werden (Art. 82 Abs. 1 S. 3 und 4 GG).

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung muss den Rahmen der gesetzlichen Verordnungsermächtigung einhalten. Darüber hinaus darf die Rechtsverordnung nicht gegen sonstiges höherrangiges Recht verstoßen.

VII. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtsverordnungen

Die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtsverordnungen sind vielfältig und richten sich insbesondere danach, von welcher Stelle die Rechtsverordnung erlassen wurde. Sowohl der verfassungsgerichtliche als auch der verwaltungsgerichtliche Weg bieten Möglichkeiten.

1. Verfassungsgerichtliche Verfahren

Als verfassungsgerichtliche Verfahren stehen die abstrakte Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerdeverfahren zur Verfügung.

a) Abstrakte Normenkontrolle

Die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG bietet die Möglichkeit, feststellen zu lassen, ob eine angegriffene Norm mit dem Grundgesetz oder – im Fall von Landesrecht – auch mit sonstigem Bundesrecht vereinbar ist. Prüfungsgegenstand kann Bundes- oder Landesrecht beliebiger Rangstufe sein,[71] mithin können auch Rechtsverordnungen Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle sein.[72] Antragsberechtigt sind nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG sowie §§ 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 BVerfGG die Bundesregierung, jede Landesregierung und ein Viertel der Mitglieder des Deutschen Bundestages.

Rechtsverordnungen des Bundes werden als Bundesrecht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle grundsätzlich ausschließlich auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz hin kontrolliert. Das Bundesverfassungsgericht bleibt aber nicht dabei stehen: Es prüft darüber hinaus auch, ob die Verordnung auf einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigung beruht und deren formelle sowie materielle Grenzen einhält. Diese Kontrolle ordnet das Gericht als „Vorfrage“ ein. Diese müsse beantwortet werden, weil eine nichtige Rechtsverordnung schon kein gültiger Prüfungsgegenstand für ein Normkontrollverfahren sei.[73] In der Literatur stößt diese Konstruktion auf Kritik.[74] Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass sich die Argumentation auch auf den Verstoß gegen sonstiges einfaches Bundesrecht übertragen ließe, sodass das Gericht aus rechtsstaatlichen Gründen insoweit zu einer umfassenden Prüfung verpflichtet sei.[75]

---

[70] BVerfG (K) NVwZ 2020, 876 (876 Ls. 2); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 29a.

[71] *Morgenthaler/Münkler*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 94 Rn. 21.

[72] *Morgenthaler/Münkler*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 94 Rn. 21.

[73] BVerfGE 101, 1 (30 f.)

[74] *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (313).

[75] *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 311 (313).

Ausgehend von der aktuellen Rechtsprechung lässt sich zusammenfassen:

(1) Prüfungsmaßstab bei Bundesrechtsverordnungen ist grundsätzlich allein das Grundgesetz. Die Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Ermächtigung ist jedoch vorab als „Vorfrage" zu prüfen.

(2) Prüfungsmaßstab bei Landesrechtsverordnungen ist neben dem Grundgesetz auch sonstiges Bundesrecht. Dazu gehört auch die Verordnungsermächtigung – eine gesonderte „Vorfragenkonstruktion" ist daher entbehrlich.

b) Verfassungsbeschwerdeverfahren

Rechtsverordnungen können Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Hierbei ist jedoch stets das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung zu beachten.

2. Verwaltungsgerichtliche Verfahren

Nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO entscheidet das Oberverwaltungsgericht im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Zu diesen untergesetzlichen Normen zählen Rechtsverordnungen der Länder.[76] Die Vorschrift eröffnet damit die Möglichkeit eines abstrakten Normenkontrollverfahrens vor den Oberverwaltungsgerichten, sofern das jeweilige Landesrecht eine entsprechende Zuständigkeit vorsieht. Von dieser Ermächtigung haben nahezu alle Länder Gebrauch gemacht.[77] Stellt das Oberverwaltungsgericht die Nichtigkeit der Landesverordnung fest, erklärt es die Verordnung erga omnes für nichtig.[78] In der gerichtlichen Praxis kommt diesen Verfahren erhebliche Bedeutung zu. So haben die Oberverwaltungsgerichte etwa im Zuge der COVID-19-Pandemie vielfach über die Rechtmäßigkeit landesrechtlicher Corona-Schutzverordnungen entschieden.[79] Auch ordnungsbehördliche Verordnungen[80] oder Verordnungen zur Einrichtung von sog. Waffenverbotszonen[81] sind regelmäßig Gegenstand entsprechender Verfahren vor den Oberverwaltungsgerichten.[82]

Für Bundesrechtsverordnungen existiert kein entsprechendes verwaltungsgerichtliches Normkontrollverfahren. Das Bundesverwaltungsgericht geht jedoch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass insoweit eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage in Betracht kommt.[83]

---

[76] *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 47 Rn. 120.

[77] So etwa Baden-Württemberg (§ 4 AGVwGO BW), Bayern (§ 5 S. 1 AGVwGO Bay), Berlin (§ 62a JustG Bln), Brandenburg (§ 4 Abs. 1 BBgVwGO), Bremen (Art. 7 Abs. 1 AGVwGO), Hessen (§ 15 Abs. 1 HessAGVwGO), Mecklenburg-Vorpommern (§ 13 AGGerStrG M-V), Niedersachsen (§ 7 NdsVwGO), Nordrhein-Westfalen (§ 109a JustG NRW), Rheinland-Pfalz (§ 4 Abs. 1 S. 2 AGVwGO RP), Saarland (§ 18 SaarlAGVwGO), Sachsen (§ 24 Abs. 1 SächsJG), Sachsen-Anhalt (§ 10 AGVwGO LSA), Schleswig-Holstein (§ 5 AGVwGO SH) und Thüringen (§ 4 ThürAGVwGO). Lediglich Hamburg sieht bisher keine Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO vor.

[78] *Giesberts*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2026, § 47 Rn. 83.

[79] Bei den Verfahren handelte es sich regelmäßig zunächst um Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO; siehe beispielhaft für eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz HessVGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 8 B 520/21.N = BeckRS 2021, 6217; für eine Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren siehe OVG Münster, Urt. v. 05.3.2025 – 13 D 91/21.NE = BeckRS 2025, 4604.

[80] Siehe ein Klausurbeispiel zur einer Original-Examensklausur bei *Ogorek/Hofer-Dinc*, JA 2023, 927 ff.

[81] Entsprechende Verordnungsermächtigungen hat der Bundesgesetzgeber in § 42 Abs. 5 WaffG geschaffen, dabei wurde auch die Möglichkeit zur Subdelegation in § 42 Abs. 5 S. 4 WaffG geregelt.

[82] Siehe etwa OVG Magdeburg NVwZ 2023, 1922 ff.; OVG Bautzen LKV 2021 465 ff.

[83] BVerfGE 115, 81 (95 f.); vgl. BVerwGE 111, 276 (278 f.); siehe auch *Happ/Käs*, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2026, § 43 Rn. 9.

Unabhängig davon kann die Rechtmäßigkeit einer Verordnung auch inzident relevant werden, wenn im Rechtsschutz gegen einen Verwaltungsakt (Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO) oder eine sonstige hoheitliche Maßnahme (Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO) die zugrunde liegende Verordnungsregelung mitgeprüft werden muss oder wenn der Erlass eines Verwaltungsaktes auf der Grundlage einer Rechtsverordnung begehrt wird (§ 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO). In den vorgenannten Fällen erklärt das Verwaltungsgericht die Rechtsverordnung bei festgestellter Rechtswidrigkeit nicht für nichtig, sondern wendet sie inter partes im konkreten Verfahren nicht an.[84] Gleiches gilt für sog. selbstvollziehende Rechtsverordnungen, welche mangels Vollzugsakt im Wege der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO angegriffen werden können.[85]

3. Besonderheit: Rechtsschutz gegen verordnungsändernde Gesetze

Lange umstritten[86] war die Frage der Qualifikation von durch Parlamentsgesetz geänderten Rechtsverordnungen.[87] Die Qualifikation als förmliches Gesetz oder als Rechtsverordnung ist nicht bloß terminologischer Natur, sondern hat unmittelbare Konsequenzen für den statthaften Rechtsschutz. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass durch Parlamentsgesetz geänderte Rechtsverordnungen einheitlich als Rechtsverordnung zu qualifizieren sind.[88] Demzufolge richtet sich der Rechtsschutz gegen parlamentsgesetzlich geänderte Regelungen nach den für Rechtsverordnungen vorgesehenen Rechtsschutzinstrumenten.

VIII. Die Rechtsverordnung in der öffentlich-rechtlichen Examensklausur

Eine Klausur, die ausschließlich die Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung zum Gegenstand hat, ist zwar denkbar, dürfte aber in der Praxis selten den Zeitrahmen einer fünfstündigen Examensklausur füllen. Daher wird die Prüfung der Rechtsverordnung regelmäßig in einen (verfassungs- oder verwaltungs-)prozessualen Rahmen eingebettet sein.

Den Ausgangspunkt und gleichzeitig die Begrenzung der Prüfung gibt der Bearbeitungsvermerk vor. Oftmals darf die (formelle) Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung unterstellt werden, sodass diese nicht geprüft werden muss.[89] Ist bereits die Verordnungsermächtigung verfassungswidrig, teilt die Rechtsverordnung dieses Schicksal.[90] Während sich in der gerichtlichen Praxis damit eine weitere Prüfung der Verordnung erübrigt,[91] wird in der Klausur in aller Regel eine gutachtliche Prüfung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten erwartet, sodass ein Hilfsgutachten anzufertigen wäre.

Ein klausurrelevantes prozessuales Problem kann die vorgelagerte Prüfung der Verordnungsermächtigung im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle sein. Hierbei gilt es zu beachten, dass

[84] *Hollo*, Jura 2022, 42 (52).
[85] *Hollo*, Jura 2022, 42 (52); nach BVerfGE 115, 81 (95 f.); BVerwGE 136, 54 (57 Rn. 25); 166, 265 (270 Rn. 21) entfaltet § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO insoweit keine Sperrwirkung.
[86] Darstellung des bundesverfassungsgerichtlichen Standpunkts sowie der Gegenstimmen in der Literatur bei *Hofer-Dinc*, Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG, 2025, S. 78 ff.
[87] Zu den durch das BVerfG entwickelten verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verordnungsänderung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren siehe BVerfGE 114, 196 (238).
[88] BVerfGE 114, 196 (238).
[89] *Hollo*, Jura 2022, 42 (46).
[90] *Hollo*, Jura 2022, 42 (46).
[91] So die Feststellung bei *Hollo*, Jura 2022, 42 (46).

Aufbaufragen in Klausuren zwar grundsätzlich nicht zu erörtern sind, an dieser Stelle die „Vorfragenkonstruktion" jedoch zu begründen sein dürfte.

Klausurtypisch ist die Prüfung des Rechtsschutzes gegen ordnungsbehördliche Verordnungen[92]/Polizeiverordnungen[93] bzw. gegen Verfügungen, die eine Behörde auf eine solche Verordnung stützt. Es lassen sich vielfältige Fallkonstellationen aus dem Besonderen Verwaltungsrecht konstruieren (etwa die Einrichtung einer Verbotszone für bestimmte gefährliche Gegenstände).[94]

Die Prüfung eines auf eine Verordnung gestützten Einzelakts führt zu einem gestuften Prüfungsaufbau: Die Rechtmäßigkeit der Verordnung ist inzident im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung des Verwaltungsakts zu behandeln, regelmäßig unter dem Prüfungspunkt „Ermächtigungsgrundlage".[95] Nur wenn die Verordnung als tragfähige Grundlage Bestand hat, kann der Einzelakt rechtmäßig darauf beruhen.

Inhaltlich liegt ein Schwerpunkt der Klausur häufig auf der materiellen Rechtmäßigkeit der Verordnung, insbesondere auf ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, vor allem mit Verfassungsrecht. Greift die Verordnung in Grundrechte ein, schließt sich die klassische Grundrechtsprüfung einschließlich Verhältnismäßigkeitsprüfung an.[96]

Folgendes Prüfungsschema kann zur Orientierung als „Checkliste" dienen:

Prüfungsschema: Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung

A. Wirksame Verordnungsermächtigung
   I. Verordnungsermächtigung benennen
   II. Formelle Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung
      1. Gesetzgebungskompetenz
      2. Verfahren
      3. Form
   III. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung
      1. Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Art. 80 GG (bzw. des landesverfassungsrechtlichen Pendants)
      2. Vereinbarkeit mit sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben

B. Formelle Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung
   I. Zuständigkeit (insb. tauglicher Ermächtigungsadressat; ggf. Subdelegationsvoraussetzungen)
   II. Verfahren (insb. Art. 80 Abs. 2 GG, ggf. besondere Verfahrensvoraussetzungen der Verordnungsermächtigung)
   III. Form (insb. Verkündung, Zitiergebot)

[92] Bayern: Art. 42 ff. LStVG; Berlin: §§ 55 ASOG Bln; Brandenburg: §§ 24 ff. OBG Bbg; Hamburg: §§ 1f. SOG Hbg; Hessen: §§ 71 ff. HSOG; Mecklenburg-Vorpommern: §§ 17 ff. SOG M-V; Niedersachsen: §§ 54 ff. NPOG; Nordrhein-Westfalen: §§ 25 ff. OBG NRW; Rheinland-Pfalz: §§ 43 ff. POG RhPf; Sachsen-Anhalt: §§ 93 ff. SOG LSA; Schleswig-Holstein: § 175 LVwG; Thüringen: §§ 27 ff. OBG Thür.

[93] Baden-Württemberg: §§ 10 ff. BWPolG; Bremen: §§ 48 ff. BremPolG; Saarland: §§ 59 ff. SPolG; Sachsen: §§ 32 ff. SächsPBG.

[94] *Ogorek/Hofer-Dinc*, JA 2023, 927 ff.

[95] *Hollo*, Jura 2022, 42 (46).

[96] *Hollo*, Jura 2022, 42 (51).

C. Materielle Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung
   I. Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Verordnungsermächtigung
   II. Einhaltung sonstiger verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Vorgaben (insb. Grundrechte, Verhältnismäßigkeit)
   [III. Ggf. Rechtsfehlerfreie Ausübung des Verordnungsgeberermessens]

IX. Mündliche Prüfung

Grundsätzlich können alle Klausursachverhalte auch für eine mündliche Prüfung fruchtbar gemacht werden. Dies gilt insbesondere für den fallbezogenen „Klassiker" des Rechtsschutzes gegen Gefahrenabwehrverordnungen. Eine systematische Prüfung aller Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen dürfte jedoch schon aus Zeitgründen die Ausnahme sein. Es bietet sich an, einige Prüfungspunkte „herauszupicken". In diesem Zusammenhang wird häufig die Kenntnis der Standarddefinitionen zur abstrakten Gefahr in Abgrenzung zur konkreten Gefahr geprüft. Aber auch weniger fallnahe Fragen sind denkbar, etwa nach der Abgrenzung von Rechtsverordnungen zu anderen Formen der untergesetzlichen Rechtsetzung (Satzungen, Verwaltungsvorschriften) sowie zum Verwaltungsakt. Für gute Kandidatinnen und Kandidaten kommt auch ein vertiefter Einstieg in die rechtsstaatlich-demokratischen Zusammenhänge der Verordnungsgebung in Betracht.

X. Fazit

Der Beitrag hat die grundlegenden Strukturen der Rechtsverordnung dargelegt, um einen Beitrag zum Verständnis exekutiver Rechtsetzung zu leisten. Deutlich wurde, dass die Rechtsverordnung als verfassungsrechtlich eng begrenztes, aber zugleich anpassungsfähiges Instrument eine zentrale Rolle in der Gesetzgebung spielt. Die dargestellten Strukturen ermöglichen es, typische Prüfungsschwerpunkte – von der Verordnungsermächtigung über die formellen und materiellen Anforderungen an die Rechtsverordnung bis hin zur prozessualen Einbettung in den verfassungs- oder verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz – verlässlich zu erkennen und in der Fallbearbeitung methodisch überzeugend aufzubauen und zu lösen.

Die Beleidigung gemäß § 185 StGB* – Grundlagen, Tatbestandsmerkmale und Prüfungssystematik (Teil 1) –

*Wiss. Mitarbeiterin Dr. Gabriele Stark-Lütke Schwienhorst, Kiel***

I. Einführung 555

II. Allgemeines zum Tatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB) 556

1. Norm, Strafrahmen, geschütztes Rechtsgut 556
2. Abgrenzung zu § 186 StGB (Üble Nachrede) und § 187 StGB (Verleumdung) 557
   a) Abgrenzung zu § 186 StGB (Üble Nachrede) 557
   b) Abgrenzung zu § 187 StGB (Verleumdung) 558
3. Anwendungsbereich von § 185 StGB 558
4. Prüfungsschema 560
5. Tatobjekt: Ehrträger 560
   a) Sonderfall: Beleidigungsfähigkeit von Personengemeinschaften 561
   b) Sonderfall: Beleidigung unter einer sog. Kollektivbezeichnung 562

I. Einführung

Die im 14. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB geregelten Straftaten zum Schutz der Ehre haben in den vergangenen Jahren vor allem im Zusammenhang mit der rechtspolitischen Diskussion um den Kampf gegen „Hasskriminalität“[1] im Allgemeinen und „hate speech“ im Internet im Besonderen[2] erheblich an Bedeutung gewonnen.[3] Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert und mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 30. März 2021[4] unter anderem in § 185 Hs. 2 StGB drei neue Qualifikationstatbestände eingefügt, die am 1. Juli 2021[5] in Kraft getreten sind. Darüber hinaus hat er mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 14. September

* Teil 2 folgt in Ausgabe 4/2026, Teil 3 in Ausgabe 5/2026.

** Die *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiterin und Habilitandin am Institut für Kriminalwissenschaften der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und als Rechtsanwältin in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Hamburg tätig.

[1] Hierzu *Ceffinato*, ZStW 132 (2020), 544 (544 ff.).

[2] Das Phänomen der Hassrede im Internet, im Englischen als „hate speech“ bezeichnet, hat neben strafrechtlichen auch zivilrechtliche Implikationen, siehe hierzu etwa *Ceffinato*, JuS 2020, 495 (495 ff.) und *Hilgendorf*, ZIS 2010, 208 (208 ff.) sowie aus zivilrechtlicher Sicht etwa *Kühling*, ZUM 2021, 461 (461 ff.) und *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283 (283 ff.).

[3] Hierzu etwa *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2397 ff.); *Valerius*, ZStW 132 (2020), 666 (678 ff.); *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1 (1 ff.); zur Grundrechtsabwägung bei Hassrede *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 (864 ff.).

[4] BGBl. I 2021, S. 441; kritisch zu den Gesetzesänderungen *Simon*, JR 2020, 599 (599 ff.).

[5] Art. 10 Abs. 1 Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität v. 30.3.2021, BGBl. I 2021, S. 441.

2021[6] mit § 192a StGB ein neues Ehrdelikt, die verhetzende Beleidigung, geschaffen. Die Auseinandersetzung mit den Beleidigungsdelikten ist für Studierende nicht zuletzt deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil die einschlägigen Tatbestände zahlreiche dogmatische Grundfragen des Strafrechts, namentlich die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil, die Bestimmung des objektiven Sinngehalts einer Äußerung sowie das Verhältnis von Ehrschutz und Meinungsfreiheit, in konzentrierter Form aufwerfen und damit einen exemplarischen Einblick in die Methodik der strafrechtlichen Auslegung bieten. Hinzu kommt, dass die praktische Relevanz der Ehrdelikte angesichts der zunehmenden Verbreitung ehrverletzender Äußerungen in sozialen Medien stetig zunimmt, sodass deren Kenntnis unverzichtbar ist.

Der nachfolgende Beitrag dient als Einführung in den Straftatbestand der Beleidigung gem. § 185 StGB und verdeutlicht zugleich dessen systematische Stellung im Gefüge des 14. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB. Eine abschließende Darstellung des Beleidigungsstrafrechts wird dabei nicht angestrebt. Weiterführende und vertiefende Nachweise finden sich in den Fußnoten.

II. Allgemeines zum Tatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB)

1. Norm, Strafrahmen, geschütztes Rechtsgut

Gem. § 185 StGB wird die Beleidigung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) oder mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht.

Einziges Tatbestandsmerkmal des Grunddelikts der Beleidigung gem. § 185 Hs. 1 StGB ist die „Beleidigung“ selbst:

> „Die Beleidigung wird […] bestraft.“[7]

Von Teilen der Literatur wird deshalb bezweifelt, dass § 185 StGB dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt.[8] Das Bundesverfassungsgericht sowie die wohl überwiegende Literatur und Rechtsprechung lehnen einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot indes ab: Der Begriff der Beleidigung habe durch eine über hundertjährige und im Wesentlichen einhellige Rechtsprechung einen hinreichend klaren Inhalt erlangt, der den Gerichten ausreichende Vorgaben für die Anwendung mache und den Normadressaten verdeutliche, wann sie mit einer Bestrafung zu rechnen haben.[9]

Der Kritik ist insoweit zuzustimmen, als eine richterrechtliche Konkretisierung des Beleidigungsbegriffs den Mangel an gesetzlicher Bestimmtheit im Wortlaut des § 185 StGB nicht zu beheben vermag. Gleichwohl ist die Rechtsprechung derart gefestigt, dass dem Rechtsanwender über die tat-

[6] BGBl. I 2021, S. 4250.

[7] Vgl. die berechtigte Kritik bei *Hoven/Witting* (NJW 2021, 2397 [2397]), die zutreffend darauf hinweisen, dass sich der Tatbestand der Norm in der Festlegung der Sanktion beschränkt.

[8] *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2397); ebenso *Kubiciel/Winter* (ZStW 113 [2001], 305 [306]), die in diesem Zusammenhang insbesondere die (wissenschaftliche) Unschärfe des Ehrbegriffs kritisieren; kritisch auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 466 ff.; a.A. etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 185 Rn. 1.

[9] BVerfGE 93, 266 (292); vgl. hierzu die Kritik etwa bei *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397 (2397); kritisch auch *Kubiciel/Winter*, denen zufolge sich der Verweis auf eine über 100-jährige Rechtsprechung der Strafgerichte als wenig stichhaltig erweise und allein die Tradition keine Bestimmtheit verbürge *Kubiciel/Winter*, ZStW 113 (2001), 305 (306).

bestandlichen Voraussetzungen einer Beleidigung i.S.d. § 185 StGB keine ernsthaften Zweifel verbleiben dürften.[10] Für die Zwecke der Fallbearbeitung, sei es in der Klausur oder in der Hausarbeit, ist die Frage einer möglichen Verfassungswidrigkeit des § 185 StGB daher allenfalls am Rande zu erörtern. Sie gibt keinen Anlass, die Anwendung der Norm in Frage zu stellen.

§ 185 StGB dient nach allgemeiner Ansicht dem Schutz der Ehre vor der Kundgabe von Nicht- oder Missachtung gegenüber dem Betroffenen, sei es durch unwahre Tatsachenbehauptungen oder durch Werturteile, die die geringe Wertschätzung des Täters gegenüber dem Opfer unmittelbar zum Ausdruck bringen.[11]

Was unter dem von § 185 StGB geschützten Begriff der Ehre zu verstehen ist, ist umstritten.[12] Die frühere h.M. vertrat einen sog. dualistischen Ehrbegriff.[13] Danach umfasst die Ehre als Rechtsgut zwei voneinander zu unterscheidende Komponenten: den aus der Personenwürde abgeleiteten personalen Geltungswert des Menschen, die sog. „innere Ehre", sowie dessen sozialen Geltungswert in Gestalt des guten Rufs, die sog. „äußere Ehre".[14]

Heute wird ganz überwiegend ein normativer Ehrbegriff vertreten, wobei die Einzelheiten dessen, was die Ehre genau ausmacht, umstritten sind.[15] Einigkeit besteht jedenfalls dahingehend, dass die Ehre sich aus dem aus der Personenwürde abgeleiteten Geltungswert ergibt.[16] Einer verbreiteten Ansicht zufolge ist der Geltungswert einer Person zudem auf Grundlage seines sittlich-sozialen Verhaltens zu bestimmen.[17] Nach dem normativen Ehrbegriff liegt ein Angriff auf die Ehre vor, wenn der Täter einer anderen Person zu Unrecht Mängel nachsagt, die, lägen sie tatsächlich vor, den Geltungswert des Betroffenen mindern würden.[18] Eine Konsequenz dieser Konzeption besteht darin, dass nur der verdiente Achtungsanspruch des Betroffenen strafrechtlichen Schutz genießt.[19]

2. Abgrenzung zu § 186 StGB (Üble Nachrede) und § 187 StGB (Verleumdung)

a) Abgrenzung zu § 186 StGB (Üble Nachrede)

Gem. § 186 Hs. 1 StGB ist strafbar, wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wenn diese Tatsache nicht erweislich wahr ist. Die (einfache) üble Nachrede gem. § 186 Hs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht. Der Tatbe-

[10] Wie hier *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 185 Rn. 1.1.

[11] *Eisele/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 1; *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 185 Rn. 1; *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (787).

[12] Vgl. die Auflistung einer Vielzahl von Ehrbegriffen bei *Tenckhoff*, JuS 1988, 199 (201 ff.); zur rechtlichen Einordnung des Begriffs der Ehre vgl. die Darstellung bei *Rüthers*, NJW 2016, 3337 (3339 ff.).

[13] BGHSt 11, 67 (67); *Küpper*, JA 1985, 453 (454); *Geppert*, Jura 2005, 244 (244); *Brugger*, JA 2006, 687 (688).

[14] BGHSt 11, 67 (67).

[15] Vgl. hierzu etwa die Darstellung bei *Eisele/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 1.

[16] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 2 m.w.N.; vgl. hierzu auch *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 261; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 26 Rn. 558; hierzu *Geppert*, NStZ 2013, 553 (557).

[17] *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 261; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 26 Rn. 558; *Satzger*, Jura 2016, 1340 (1340).

[18] *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 26 Rn. 558.

[19] *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 26 Rn. 558.

stand erfasst ehrverletzende Tatsachenbehauptungen, die gegenüber Dritten geäußert werden und nicht erweislich wahr sind.[20]

Fall 1: T erklärt gegenüber D, seine Arbeitskollegin A unterhalte ein außereheliches Verhältnis mit ihrem Vorgesetzten C. Ob A tatsächlich ein Verhältnis mit C unterhält, kann nicht geklärt werden.

Tatsachenbehauptungen sind Aussagen über einen real bestehenden oder geschehenen Sachverhalt, die dem Beweis zugänglich[21] und damit entweder wahr oder unwahr sind.

§ 186 Hs. 2 StGB enthält den Tatbestand der qualifizierten üblen Nachrede. Diese setzt voraus, dass die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) begangen wird. Die qualifizierte üble Nachrede wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht.

b) Abgrenzung zu § 187 StGB (Verleumdung)

Gem. § 187 Hs. 1 StGB ist wegen Verleumdung strafbar, wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist. Die (einfache) Verleumdung gem. § 187 Hs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht.

§ 187 Hs. 2 StGB enthält einen erhöhten Strafrahmen für den Fall der qualifizierten Verleumdung, d.h. für die Fälle, dass die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) begangen wird (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe).

Ebenso wie § 186 StGB erfasst auch der Tatbestand der Verleumdung gem. § 187 StGB ehrverletzende Tatsachenbehauptungen. Anders als bei § 186 StGB unterfallen der Verleumdung indes nur erwiesenermaßen unwahre Tatsachen. Zudem ist auf Ebene des subjektiven Tatbestands erforderlich, dass bezüglich der Unwahrheit Wissentlichkeit gegeben ist.[22]

Fall 2: T erklärt gegenüber D, seine Arbeitskollegin A unterhalte ein außereheliches Verhältnis mit ihrem Vorgesetzten C, obwohl T positiv weiß, dass dies der Wahrheit nicht entspricht.

3. Anwendungsbereich von § 185 StGB

In Abgrenzung zu den vorstehend genannten Tatbeständen gem. §§ 186, 187 StGB, erfasst § 185 StGB solche ehrverletzenden Tatsachenbehauptungen, die gegenüber dem Betroffenen geäußert wurden sowie ehrverletzende Werturteile, die gegenüber dem Betroffenen oder Dritten geäußert werden.[23]

Fall 3: Mutter M sagt zu ihrem Sohn S: „Du Nichtsnutz“.

---

[20] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 4; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 26 Rn. 559.

[21] *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 258; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 29 Rn. 3; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 568.

[22] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 4.

[23] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 185 Rn. 5; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 185 Rn. 2; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 29 Rn. 28; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 567.

Fall 4: Richter R ist genervt. Strafverteidiger S stellt einen Antrag nach dem anderen und zieht das Verfahren – aus Sicht des R unnötigerweise – in die Länge. Als S wieder einen Beweisantrag stellt, platzt R der Kragen und er erklärt gegenüber S, dieser sei doch selbst ein „Schurke".[24]

Tatsachenbehauptungen sind nach herrschender Meinung nur dann tatbestandsmäßig i.S.d. § 185 StGB, wenn sie unwahr sind.[25] Bei wahren Tatsachenbehauptungen kommt eine Strafbarkeit demgegenüber allein unter den Voraussetzungen des § 185 StGB i.V.m. § 192 StGB in Betracht.[26]

Von Tatsachenbehauptungen abzugrenzen sind Werturteile, also Äußerungen, die durch Elemente subjektiver Stellungnahme geprägt sind[27] und bei denen die Richtigkeit der getroffenen Aussage nicht objektiv nachprüfbar, sondern eine Frage persönlicher Überzeugung bleibt.[28]

Bei der Äußerung aus *Fall 3* handelt es sich um ein (negatives) Werturteil der M über ihren Sohn S, mit der diese ihre Miss- und Nichtachtung gegenüber S kundgetan hat.

Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ist nicht stets trennscharf zu ziehen. Maßgeblich ist, ob der betreffenden Äußerung bei sachgerechter Auslegung ein Tatsachenkern zu entnehmen ist. Ist dies der Fall, liegt eine Tatsachenbehauptung vor, andernfalls ein Werturteil.[29] Besteht eine Äußerung sowohl aus Tatsachenbehauptungen als auch aus Werturteilen, muss auf den Schwerpunkt der Äußerung abgestellt werden.[30] Die Auslegung einer Äußerung und die dabei gegebenenfalls vorzunehmende Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil kann einen eigenständigen Schwerpunkt der strafrechtlichen Prüfung bilden und ist daher nicht zu vernachlässigen.

Eine Äußerung, die sich in einer subjektiven Stellungnahme erschöpft und keinen Tatsachenkern enthält, der dem Adressaten eine eigenständige Überprüfung und damit die Bildung einer eigenen Meinung ermöglichte, ist als Werturteil zu qualifizieren.[31]

Die Äußerung des R aus *Fall 4* ist dahingehend auszulegen, ob sie ein Werturteil oder eine Tatsachenbehauptung enthält. Sie erschöpft sich in einer subjektiven (negativen) Äußerung über S und enthält keine Tatsachen, die dem Adressaten eine eigene Wertung über S erlauben. Auch aus dem Kontext, in dem die Äußerung gefallen ist, ergibt sich, dass R das Verhalten des S vor Gericht werten wollte und nicht etwa feststellen wollte, dass S tatsächlich aufgrund seines Verhaltens ein „Schurke", d.h. ein Straftäter, sei.

[24] Beispiel gebildet in Anlehnung an Fall 3 von *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 7.

[25] *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 569; *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 41.

[26] *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 258; *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (764).

[27] OLG Köln NJW 1993, 1486 (1487); *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 259; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 572.

[28] *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 572.

[29] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 29 Rn. 4; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 578.

[30] *Küpper*, JA 1985, 453 (457); *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1 (24); *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 578; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 492.

[31] *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 24 Rn. 7.

Die Anwendungsbereiche von § 185 StGB einerseits und von §§ 186, 187 StGB andererseits können sich immer dann überschneiden, wenn es sich bei den betreffenden Äußerungen um ehrverletzende Tatsachenbehauptungen handelt. Im Gutachten sollten §§ 186, 187 StGB neben § 185 StGB daher immer (wenigstens an-)geprüft werden, wenn es um den Ausspruch von ehrverletzenden Tatsachenbehauptungen geht. Da für die Anwendbarkeit von § 185 StGB bzw. §§ 186, 187 StGB maßgeblich ist, wem gegenüber eine unrichtige Tatsachenbehauptung geäußert wird, sollte zudem im Gutachten zwischen den unterschiedlichen Adressaten der Äußerung unterschieden werden. Dies kann dazu führen, dass im Gutachten dieselbe Äußerung mehrmals (an- und ggf. durch-)geprüft werden muss.

4. Prüfungsschema

In der Klausur oder Hausarbeit empfiehlt sich für die Prüfung einer Beleidigung die Orientierung an folgendem Prüfungsschema:

1. Tatbestand
   a) Objektiver Tatbestand
      aa) Taugliches Tatobjekt: Ehrträger
      bb) Tathandlung: Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung durch eine unwahre ehrverletzende Tatsachenbehauptung dem Betroffenen gegenüber oder durch ein ehrverletzendes Werturteil dem Betroffenen oder einem Dritten gegenüber
      cc) Ggf. Qualifikation gem. § 185 Hs. 2 StGB (Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung öffentlich, in einer Versammlung durch Verbreiten eines Inhalts oder mittels einer Tätlichkeit)
      dd) Taterfolg: Kenntnisnahme von der Äußerung durch den Betroffenen oder einen Dritten
   b) Subjektiver Tatbestand
      Zumindest dolus eventualis hinsichtlich a) aa)–dd)
2. Rechtswidrigkeit, insbesondere § 193 StGB
3. Schuld
4. Strafantrag (§§ 194, 77 ff. StGB)
5. Kompensation bei wechselseitig begangenen Beleidigungen (§ 199 StGB)

5. Tatobjekt: Ehrträger

Beleidigungsfähig (und mithin taugliches Tatobjekt einer Beleidigung gem. § 185 StGB) ist der sog. Ehrträger, d.h. nach h.M.[32] zunächst einmal grundsätzlich jede lebende natürliche Person.[33]

[32] A.A. *Kett-Straub* (ZStW 120 [2008], 759 [784]), die die Auffassung vertritt, dass nur Menschen über eine Ehre verfügen.

[33] *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 580; *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 185 Rn. 5; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 424; *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (770); *Eppner/Hahn*, JA 2006, 702 (703); *Küpper*, JA 1985, 453 (454); *Tenckhoff*, JuS 1988, 457 (457); vgl. hierzu aber auch die Einschränkungen bei *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 33.

Nicht beleidigungsfähig sind nach h.M. Verstorbene[34], allerdings kann je nach Fallkonstellation eine Strafbarkeit wegen der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189 StGB) in Betracht kommen.[35]

a) Sonderfall: Beleidigungsfähigkeit von Personengemeinschaften

Weitestgehend Einigkeit besteht dahingehend, dass nicht nur lebende Menschen, sondern auch Personengemeinschaften Ehrträger und damit passiv beleidigungsfähig sein können.[36] Umstritten ist allerdings, in welchem Umfang Personengemeinschaften passiv beleidigungsfähig sind.

So wird teilweise vertreten, dass lediglich die in § 194 Abs. 3 S. 2 und 3 StGB genannten Einrichtungen passiv beleidigungsfähig sind.[37] Nach der h.M. hingegen sind grundsätzlich alle Personengemeinschaften passiv beleidigungsfähig, vorausgesetzt, sie können einen einheitlichen Willen bilden und erfüllen in der Gesellschaft eine rechtlich anerkannte Funktion.[38] Auch juristische Personen sind nach h.M. passiv beleidigungsfähig.[39]

Beispiele für passiv beleidigungsfähige Personengemeinschaften: die Bundeswehr als Institution[40], das „Rote Kreuz“[41], einzelne Parteien[42], einzelne Fernsehsender[43], der DFB[44], die Caritas[45] oder Non-Profit-Organisationen[46].

Ob reine Wirtschaftsunternehmen passiv beleidigungsfähig sind, ist umstritten[47], aber richtigerweise zu bejahen, da auch solche eine rechtlich anerkannte Funktion, nämlich die Teilnahme am Wirtschaftsleben, erfüllen.

Ist der Betroffene einer ehrverletzenden Äußerung eine Personenmehrheit, bildet die passive Beleidigungsfähigkeit in der Regel einen eigenständigen Prüfungsschwerpunkt, dem im Gutachten hinreichend Raum zu geben ist.

---

[34] Wie hier *Küpper*, JA 1985, 453 (454); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 6; *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 37.

[35] *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 269; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 8.

[36] RGSt 70, 140 (141); *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (770); *Geppert*, Jura 2005, 244 (245).

[37] *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 269 ff. m.w.N.; a.A. *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 38 f.

[38] *Küpper*, JA 1985, 453 (455); *Geppert*, NStZ 2013, 553 (557); *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 9; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 10; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 530; hierzu *Tenckhoff* (JuS 1988, 457 [459]), der ergänzend verlangt, dass die Personengemeinschaft vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig sein muss.

[39] Hierzu *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (759 ff.).

[40] *Geppert*, Jura 2005, 244 (245).

[41] *Geppert*, Jura 2005, 244 (245).

[42] *Geppert*, Jura 2005, 244 (245).

[43] *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 531.

[44] *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 531.

[45] *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 531.

[46] *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (773).

[47] Hierzu m.w.N. *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (773 ff.).

Da der Familie als solcher die Fähigkeit zur Bildung eines einheitlichen Willens fehlt, ist sie nicht beleidigungsfähig.[48] Eine eigenständige „Familienehre" wird von § 185 StGB nicht geschützt.[49]

Auch „die Polizei" als Institution, „die deutschen Richter" oder „die deutschen Anwälte" sind mangels Fähigkeit zur Bildung eines einheitlichen Willens nicht passiv beleidigungsfähig.[50] Ebenfalls nicht passiv beleidigungsfähig sind Stammtischgruppen oder Freundeskreise.[51]

Fall 5: T trägt auf einem Volksfest ein T-Shirt mit dem deutlich sichtbaren Schriftzug „A.C.A.B." („All Cops Are Bastards"). Die Polizeibeamten vor Ort fühlen sich hiervon beleidigt.

Das mit dem dem *Fall 5* zugrunde liegenden Sachverhalt befasste OLG Nürnberg ist mangels ausreichender Individualisierung von einer straflosen Kollektivbeleidigung ausgegangen und hat T von dem Vorwurf der Beleidigung freigesprochen.[52]

b) Sonderfall: Beleidigung unter einer sog. Kollektivbezeichnung

Eine gem. § 185 StGB strafbare Beleidigung setzt keine persönliche Ansprache oder Bezugnahme auf bestimmte Personen voraus. Sie kann vielmehr auch unter einer Kollektivbezeichnung erfolgen.[53]

Dieser Sonderfall tritt im Wesentlichen in zwei Konstellationen auf. In der ersten nennt der Täter lediglich den Personenkreis, auf den sich seine ehrverletzende Äußerung bezieht. Eine Ehrverletzung jedes diesem Kreis zugehörigen Individuums kommt in Betracht, wenn der Täter die Ehre aller in diesem Kreis versammelten Personen herabwürdigt.[54] Strafrechtliche Relevanz i.S.d. § 185 StGB erlangt eine solche Herabwürdigung indes nur dann, wenn sie sich auf einen aus der Allgemeinheit erkennbar hervortretenden Personenkreis bezieht, der klar abgrenzbar und überschaubar ist und dessen Mitglieder sich zweifelsfrei bestimmen lassen.[55]

Beispiele: Nicht ausreichend abgrenzbar sind daher etwa „die Frauen"[56], „die Katholiken", „die Protestanten", „die Akademiker"[57] oder „alle aktiv an der Entnazifizierung beteiligten Personen"[58].

[48] *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 585; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 427; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 533.

[49] *Tenckhoff*, JuS 1988, 457 (459); *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 40; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 427; BayObLGSt 1986, 91 (92); BGH NJW 1951, 531 (531); LG Heilbronn BeckRS 1975, 647; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 585.

[50] *Geppert*, Jura 2005, 244 (245).

[51] *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. 2025, § 5 Rn. 15.

[52] OLG Nürnberg NStZ 2013, 593 (593); hierzu *Geppert*, NStZ 2013, 553 (553 ff.); *Klas/Blatt*, HRRS 2012, 388 (388 ff.).

[53] Hierzu *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 256 ff.

[54] *Tenckhoff*, JuS 1988, 457 (457); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 185 Rn. 8.

[55] *Geppert*, Jura 2005, 244 (246); *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (779); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 185 Rn. 9 m.w.N.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 14.

[56] *Küpper*, JA 1985, 453 (455); *Geppert*, Jura 2005, 244 (246); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 499.

[57] BGHSt 11, 207 (207); *Küpper*, JA 1985, 453 (455); *Geppert*, Jura 2005, 244 (246); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 499.

[58] BGHSt 2, 38 (39).

Fall 6 (Schmähplastik): J ist Jude und Mitglied einer jüdischen Gemeinde. An der Außenfassade der Stadtkirche zu Wittenberg befindet sich ein Sandsteinrelief aus dem 13. Jahrhundert, das eine Sau darstellt (in der Literatur teilweise als „Judensau", teilweise als „Wittenberger Sau" bezeichnet[59]), an deren Zitzen zwei durch Spitzhüte als Juden gekennzeichnete Menschenkinder saugen, während ein ebenfalls durch einen Hut als Rabbiner identifizierter Mann den Schwanz des Tieres anhebt und in dessen Hinterteil blickt. Im 16. Jahrhundert wurde das Relief mit einer antisemitischen Inschrift versehen. Seit 1988 befindet sich unterhalb des Reliefs ein Mahnmal mit einer Informationstafel, die an die jahrhundertelange Diskriminierung und Verfolgung von Juden sowie an die Shoah erinnert. J sieht sich durch das Relief persönlich in seiner Ehre verletzt.

Die in Deutschland lebenden Juden sind, der ganz h.M. entsprechend, ungeachtet ihrer Anzahl beleidigungsfähig[60]: Das unter der nationalsozialistischen Herrschaft erlittene kollektive Schicksal der jüdischen Bevölkerung begründet ihre Zusammenfassung zu einem aus der Allgemeinheit klar hervortretenden, hinreichend überschaubaren und zweifelsfrei bestimmbaren Personenkreis, dem der strafrechtliche Ehrenschutz des § 185 StGB zukommt.[61]

Eine ausdrückliche Begrenzung der durch das Relief vermittelten Aussage auf die in Deutschland lebenden Juden ist dem Sandsteinrelief zwar nicht zu entnehmen. Aus dem Kontext der Kirche und ihrem Standort in Wittenberg ergibt sich jedoch ein hinreichender territorialer Bezug, der es rechtfertigt, jedenfalls auch die in Deutschland lebenden Juden als Adressaten der Äußerung anzusehen. Dass das Relief seinem Inhalt nach Juden weltweit betreffen könnte, schließt die Beleidigung der in Deutschland lebenden Juden nicht aus. Das Gegenteil ist der Fall: Wer alle Juden beleidigt, beleidigt damit notwendig auch die in Deutschland lebenden Juden als Teil dieser Gruppe. Sowohl die in Deutschland lebenden Juden insgesamt als auch J als Angehöriger dieser Gruppe sind in *Fall 6* mithin passiv beleidigungsfähig.[62]

Die zweite Konstellation liegt vor, wenn der Täter mit seiner ehrverletzenden Äußerung ein einzelnes Mitglied einer durch Kollektivbezeichnung beschriebenen Personengruppe treffen will, dabei aber offenlässt, wen er im Einzelnen meint.[63]

[59] *Kharraz*, Redaktion Beck-aktuell v. 31.5.2022 (becklink 2023391).

[60] BVerfGE 90, 241 (251); BGH NJW 1952, 1183 (1184); BGHSt 11, 207 (208); BGH NJW 1980, 45 (46); *Ludyga*, ZUM 2020, 440 (445); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 498.

[61] BVerfGE 90, 241 (251); BGHSt 11, 207 (208); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 28 Rn. 18.

[62] BGH NJW 1952, 1183 (1184); BGHSt 11, 207 (208); so hat der *VI. Zivilsenat* 1979 in BGH NJW 1980, 45 (46) die damalige Rechtsprechung der *Strafsenate* ausgewertet, wonach das Recht zur Verfolgung solcher Kollektivbeleidigungen den jüdischen Staatsbürgern der Bundesrepublik unterschiedslos zu stehe, auch wenn sie erst nach 1945 geboren wurden; ähnlich der BGH auch in einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung um aus dem im Fall 5 beschriebenen Schmähreliefresultierende zivilrechtliche Ansprüche, insbesondere auf Unterlassung BGH GRUR 2022, 1170 (1172); hierzu *Ludyga*, ZUM 2020, 440 (445); *ders.*, GRUR 2022, 1285 ff.; vgl. hierzu *Jayme* (KuR 2023, 22 [23]), der sich in zivilrechtlich gelagerten Fällen für eine „narrative Wiedergutmachung" ausspricht.

[63] BGHSt 19, 235 (236); *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, Vor § 185 Rn. 57; *Eppner/Hahn*, JA 2006, 702 (704); *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 591; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 432; *Küpper*, JA 1985, 453 (455).

Fall 7: H äußerte in einem Artikel: „Ein bayerischer Minister ist Kunde eines Call-Girl-Ringes.“[64]

Nach der Rechtsprechung setzt die Annahme einer strafbaren Kollektivbeleidigung voraus, dass die vom Täter bezeichnete Personengruppe hinsichtlich der Individualität ihrer Mitglieder verhältnismäßig klein und überschaubar ist.[65]

In dem *Fall 7* zugrunde liegenden Sachverhalt war diese Voraussetzung erfüllt, da die bayerische Staatsregierung zum Zeitpunkt der Äußerung aus lediglich sieben Ministern bestand.[66]

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

[64] So der Sachverhalt, wie er dem BGH in BGHSt 19, 235 zur Entscheidung vorlag.
[65] BGHSt 19, 235 (236, 238).
[66] BGHSt 19, 235 (236).

Die Mechanik des Vergessens juristischen Wissens: Wiederholungsalgorithmen verstehen und exponentiell Zeit sparen*

*Ass. iur. Alexander Kratz, Saarbrücken/Paris***

Im Jurastudium nutzen wohl tausende Studierende Wiederholungssoftware. Diese ermöglicht, viel Wissen effektiv zu konsolidieren, indem sie ausdifferenzierte Abfrageintervalle berechnet. Der vorliegende Beitrag bietet einen juraspezifischen Überblick über die verbreiteten Algorithmustypen und deckt erhebliche Defizite auf. Vor allem aber arbeitet er erstmals heraus, dass das standardmäßig eingestellte Erinnerungsziel für das juristische Lernen gefährlich hoch angesetzt ist. Vorausschauende Studierende können sich die Exponentialität des Vergessens zunutze machen und unzählige Wiederholungsstunden sparen. Hierzu gibt der Beitrag eine Reihe praktischer Tipps.

I. Einleitung 566
II. Inzidentelles und intentionales Wiederholen im Jurastudium 566
III. Typisierung und Funktionsweise der Wiederholungsalgorithmen 567
1. Algorithmusarten und historische Entwicklungsschritte 567
a) Wiederholungsalgorithmen der 1. Generation (1885, 1972, 1985) 567
b) Wiederholungsalgorithmus der 2. Generation (1987, 2006) 568
c) Wiederholungsalgorithmus der 3. Generation (2022) 569
2. Funktionsweise der Intervallberechnung mit maschinellem Lernen (FSRS) 570
a) Mathematische Modellierung des Vergessens 570
b) Optimierung durch maschinelles Lernen 570
c) Annähernde Berechnung des Optimalintervalls 571
3. Entschärfung des Staudamm-Effekts 571
IV. Anpassung der Erinnerungsquote an das juristische Lernen 572
1. Rahmen: Notwendige Austarierung von Wissen und Verständnis 572
2. Umrechnungsbedürftigkeit der sog. gewünschten Erinnerungsquote 573
3. Allgemeine Kriterien für die Quotenfestlegung 574
4. Spezifische Kriterien für die Examensvorbereitung 575

* Letzter Abruf der Links in den Fußnoten: 26.5.2026.

** Der *Autor* ist Doktorand bei Prof. *Dr. Nikolaus Marsch*, D.I.A.P. (ENA), Saarbrücken, und Prof. *Dr. Dr. h.c. David Capitant*, Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Gemeinsam mit ersterem und *David Gölz* wurde er 2023 mit dem Landespreis Hochschullehre des Saarlandes (1. Platz) ausgezeichnet. Er ist Gründungsmitglied der Gesellschaft für Didaktik der Rechtswissenschaft (GfDR).

5. Weitergedacht: Übertragbarkeit auf Anfangssemesterklausuren, Schwerpunktbereich und Referendariat? 576
V. Zusammenfassung 577

I. Einleitung

Die Nutzung von Wiederholungssoftwares[1] bestimmt für immer mehr Studierende den Lernalltag. Sie sind mehr als nur ein digitalisierter Karteikartenkasten: Ihr Clou liegt in den ihnen zugrundeliegenden Wiederholungsalgorithmen. Diese berechnen, wann welches Wissen zu wiederholen ist. Sie steuern die langfristige Konsolidierung umfangreichen Wissens dabei mit einer Effizienz, die sich Nicht-Nutzende schwer vorstellen können. Die Folgen für Lehre und Lernen sind immens. Angesichts ihrer stillen Relevanz scheint es überfällig, die verbreiteten Algorithmen aus rechtsdidaktischer Perspektive erstmals genauer zu analysieren und für Juristen verständlich zu beschreiben.[2]

Nun dürften Softwareeinstellungen für Jurastudierende ähnlich interessant wirken wie eine AGB-Lektüre für juristische Laien. Dieses Desinteresse hat Folgen. Es erklärt das Ausmaß des blinden Flecks, der sich im Laufe der Recherche für diesen Beitrag nach und nach offenbarte. Im Ausgangspunkt dieser Untersuchung stand noch die eher leise Vermutung, dass sich die Unterschiede zwischen den verfügbaren Algorithmen in der Lernzeit niederschlagen müssten – bessere Algorithmen sollten, so die These, Studierenden Zeit sparen. Nicht absehbar war dabei, dass sich die Unterschiede als derart eklatant erweisen würden. Mindestens ebenso verblüffend war jedoch die Erkenntnis, dass die Algorithmen ein Erinnerungsziel anstreben, das für den Fremdsprachenerwerb sinnvoll sein mag, für das Jurastudium jedoch stark überschießend erscheint.

Im Ergebnis führt dies zu einem Update für die etwas in die Jahre gekommene Pauschalwarnung vor „dem Auswendiglernen" – nämlich zur Erkenntnis, dass sich die notwendige Zeit für die Schulung juristischen Könnens durch technische Maßnahmen in Wiederholungssoftwares strukturell absichern lässt. Einleitend soll dafür zunächst der Rolle nachgespürt werden, die das Wiederholen im Jurastudium auch ohne Wiederholungssoftware einnimmt (II.). Sodann sollen die verfügbaren Wiederholungsalgorithmen und ihre Funktionsweise genauer beschrieben werden (III.). Dies ermöglicht im Anschluss eine Abstimmung der Wiederholungsalgorithmen auf die spezifisch juristische Lernkonstellation (IV.).

II. Inzidentelles und intentionales Wiederholen im Jurastudium

Bevor wir uns genauer mit den Wiederholungsalgorithmen beschäftigen, soll zunächst kurz der Blick darauf gelenkt werden, dass wir auch ohne Wiederholen wiederholen. Wie von selbst nimmt das Wiederholen eine (zudem nicht einmal kleine) Rolle im Jurastudium ein. Das erklärt, weshalb wir auch ohne Wiederholungssoftware doch eine Menge Wissen behalten – zumindest das Wichtige, zumindest manchmal. Unschwer begreifen lässt sich dies anhand eines Konzepts aus der Lernpsychologie, das an dieser Stelle eingeführt werden soll und das den Ausgangspunkt für jegliche Wiederholungsstrategie bilden sollte: Dort wird mit dem Begriff des *inzidentellen Lernens* in Abgrenzung zum *intentionalen Lernen* das Phänomen beschrieben, dass wir oft beiläufig und zufällig lernen, ohne

[1] Erwähnenswert sind insbesondere (in alphabetischer Reihenfolge und nicht abschließend) Anki, Basiskarten, Constellatio, dskrpt, Jurafuchs, Jurahilfe, RemNote und Repetico. Der *Autor* ist an keinem kommerziellen Softwareprodukt beteiligt.

[2] Überblicksartig hierzu und grundlegend zu Wiederholungssoftware allgemein *Kahn*, JurPC 2014, 180; *Kratz*, Jura 2023, 1154.

uns des Lernvorgangs notwendigerweise bewusst zu sein.[3] So lernen wir in einer Vorlesung zwar gezielt einen bestimmten Rechtsbereich (intentional), besonders interessant ist manchmal jedoch eine vom Thema unabhängige Randbemerkung der Professorin (inzidentell),[4] oder uns geht in der Mensa plötzlich ein juristisches Problem durch den Kopf. Permanent lernen wir inzidentell.

Genauso verhält es sich beim Wiederholen im Jurastudium: Selbst wenn wir nicht gezielt (intentional) wiederholen, wiederholen wir immer wieder implizit. Taucht in einer Probeklausur etwa ein Rechtsproblem aus der Vorlesung auf, liegt darin eine inzidentelle Wiederholung. Jede verwaltungsrechtliche Klausur mit einer Zulässigkeitsprüfung der Anfechtungsklage ist eine inzidentelle Wiederholung eben dieser. Die Examensvorbereitung stellt generell eine Wiederholung früherer Semester dar. So stabilisiert sich Wissen. Besser noch: Besonders wichtiges Wissen wird tendenziell auch häufiger inzidentell wiederholt (nach dem zehnten Fall sitzt auch die sperrige Zulässigkeitsprüfung der Anfechtungsklage). Spürbar bleibt dennoch: Generelles Charakteristikum des inzidentellen Wiederholens ist sein Zufallscharakter und seine bedingte Steuerbarkeit. Dazu kommt die Unvollständigkeit – auf den gesamten Pflichtfachstoff bezogen bleibt die inzidentelle Wiederholung die Ausnahme. Selbst wer in der Examensvorbereitung 50 Probeklausuren schreiben sollte und 200 Fälle in der Lerngruppe bespricht, wird sehr viele Inhalte dort nicht erneut antreffen. Vor allem gilt jedoch: In zeitlicher Hinsicht sind inzidentelle Wiederholungen, die sich beispielsweise vier Monate vor dem Examen ergeben, dann längst wieder vergessensanfällig; Frühere erst recht. All diese Nachteile lassen sich durch ergänzendes intentionales Wiederholen kompensieren. Und hierfür eignet sich Wiederholungssoftware am besten.

III. Typisierung und Funktionsweise der Wiederholungsalgorithmen

Für das juristische Lernen kommen derzeit unterschiedliche Wiederholungsalgorithmen zum Einsatz. Eingeführt werden soll im Folgenden eine Differenzierung zwischen Algorithmusgenerationen. Denn die Algorithmen unterscheiden sich erstaunlicherweise weniger in ihrer Grundidee als schlicht durch ihren Entwicklungsstand (1.). Die neue dritte Generation dürfte sich als zukunftsweisend erweisen, ihr Konzept soll daher näher beschrieben werden – aufgrund ihrer erheblichen Komplexität mit dem Versuch, möglichst einfache Worte hierfür zu finden (2.) Gesondert eingegangen werden soll zudem darauf, dass sie die Studierenden vor dem gefürchteten Staudamm-Effekt bewahrt (3.).

1. Algorithmusarten und historische Entwicklungsschritte

a) Wiederholungsalgorithmen der 1. Generation (1885, 1972, 1985)

Der deutsche Philosoph und Psychologe *Hermann Ebbinghaus* veröffentlichte 1885 seine Monographie „Über das Gedächtnis: Untersuchungen zur experimentellen Psychologie“, die später eine erstaunliche Bekanntheit in Open-Source-Internetkreisen erfahren sollte. Auf ihn geht der Ansatz zurück, das menschliche Vergessen empirisch zu erfassen und mathematisch aufzubereiten (bei ihm: Selbstversuch des Erlernens 2300 sinnloser Silben[5]). 1932 empfahl der Brite *Cecil Alec Mace* zeitlich gestaffeltes

[3] Einführend *Käser/Röhr-Sendlmeier*, in: Röhr-Sendlmeier, Inzidentelles Lernen, 2012, S. 11 (13 ff. m.w.N.); vgl. für den analogen Fall beim Erlernen von Fremdsprachen *Hulstijn*, Cognition and Second Language Instruction 2001, 258 (268 ff., insb. 272, 274 m.w.N.).

[4] Vgl. *Käser/Röhr-Sendlmeier*, in: Röhr-Sendlmeier, Inzidentelles Lernen, 2012, S. 11 (14).

[5] *Ebbinghaus*, Über das Gedächtnis, 1885, S. 30.

Wiederholen in sich stets verdoppelnden Abständen.[6] Dies ließe sich als Prototyp der ersten (noch analogen) Wiederholungsalgorithmen bezeichnen. Der spätere Nobelpreisträger der Wirtschaftswissenschaften, *Herbert A. Simon*, versuchte sich 1966 kurz an einer deutlich präziseren mathematischen Beschreibung des Erinnerns.[7] 1972 erschien *Sebastian Leitners* Werk „So lernt man lernen". *Leitner* machte mit seiner Erfindung des Karteikartenkastens das intentionale Wiederholen praktikabel: Fünf Fächer werden eingerichtet, die einzelnen Karteikarten werden bei jeder richtigen Wiederholung in das folgende Fach verschoben und fallen zurück, wenn sie vergessen werden. Parallelen drängen sich auf zur Ambition hinter *Niklas Luhmanns* „Zettelkästen", die dieser seit 1966 verwendete und die für ihn zu einem externen „Zweitgedächtnis" wurden.[8] 1985 wurde die Idee der Lernkartei vom polnischen Studenten *Piotr Woźniak* aufgegriffen und kurz darauf digitalisiert, er nannte sein Programm SuperMemo und den zugrundeliegenden Algorithmus SM-0. Dieser ähnelte dem stets verdoppelnden Prototypen von *Mace*.[9] Für das Lernen bot und bietet die Digitalisierung immense Vorteile, die an anderer Stelle analysiert wurden.[10] Noch heute befindet sich dieser rudimentäre Algorithmus bei Jurastudierenden im Einsatz. Kurioserweise existiert dabei sogar noch die Spielart mit *Leitners* Begrenzung auf fünf Stufen bzw. Fächer, die bei diesem lediglich dem Platzmangel im Holzkasten geschuldet war.[11]

b) Wiederholungsalgorithmus der 2. Generation (1987, 2006)

Woźniak erkannte schnell, dass sich der Algorithmus noch deutlich verbessern ließ. Sehr schnell machte er bei der Annäherung an das Optimalintervall (optimum interval)[12] große Fortschritte. So nannte er den mathematisch effizientesten Zeitabstand, nach dem eine Information erneut zu wiederholen ist. Zu seltenes Wiederholen führt zu zu häufigem Vergessen; zu häufiges Wiederholen ist jedoch entbehrlich und daher ebenfalls ineffizient. *Woźniak* führte in geistiger Nachfolge von *Ebbinghaus* empirische Selbsttests durch, in welchen er anhand einer großen Menge polnisch-englischer Vokabeln die effizientesten Intervalle für sich ermittelte.[13] Diese Erkenntnisse verarbeitete er 1987 in seinen neuen Algorithmus SM-2.[14] Entscheidend zur Verbreitung trug 2006 die Entwicklung der heute weit verbreiteten Open-Source-Software Anki durch *Damien Elmes* bei, der den frei verfügbaren SM-2 mit leichten Modifikationen übernahm.[15] Genutzt wird SM-2 darüber hinaus von diversen weiteren Anbietern, gerade auch im juristischen Bereich. SM-2 stellte einen erheblichen Fortschritt gegenüber den simplen früheren Algorithmen dar, etwa weil er unterschiedliche Kartenschwierigkeiten durch einen variablen Faktor (ease factor) berücksichtigte. Seine Innovation, nicht nur zwei Abfrageresultate (gewusst/vergessen) vorzusehen, sondern mehrere (zum Beispiel zusätzlich: schwierig und einfach), wird inzwischen kritisch gesehen.[16]

---

[6] *Mace*, The Psychology of Study, 2. Aufl. 1962, S. 39. Weitere frühe Erkenntnisse in diesem Bereich nennt *Kahn*, JurPC 2014, 180.

[7] *Simon*, Psychometrika 1966, 505.

[8] *Luhmann*, in: Kieserling, Universität als Milieu, 1992, S. 53 (57).

[9] *Woźniak*, SuperMemo v. 1.6.2018.

[10] *Kahn*, JurPC 2014, 180; *Kratz*, Jura 2023, 1154.

[11] *Kahn*, JurPC 2014, 180 Rn. 54.

[12] *Woźniak/Gorzelańczyk*, Acta Neurobiol. Exp. 1994, 59 (60).

[13] *Ye u.a.*, github v. 15.3.2025.

[14] *Pokrywka/M. Biedalak/Gralinski/K. Biedalak*, CSEDU 2023, 88 (88 f.).

[15] Anki FAQs, Spaced Repetition Algorithm; RemNote, The Anki SM-2 Spaced Repetition Algorithm.

[16] Vgl. *Elmes*, Beitrag auf forums.ankiweb.net, 2024.

Bei der Nutzung kann zunächst verwirren, dass das Wissen in zufälliger Reihenfolge abgefragt wird. Dies ist jedoch ein zwangsläufiges Resultat des Prinzips, dass jeder Karte ein individueller Abfragerhythmus zugeordnet wird; es lässt sich dementsprechend nicht vermeiden. Einiges spricht jedoch dafür, dass dies lernpsychologisch sogar begrüßenswert sein könnte, weil das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Inhalte zur Entdeckung von Ähnlichkeiten, aber auch von Interferenzen[17] im Lernstoff führt (sog. interleaved practice[18]) – das Wissen konsolidiert sich, ggfs. sogar rechtsbereichsübergreifend. Im Übrigen soll auf seine Funktionsweise nicht im Detail eingegangen werden, da sich auf kurz oder lang die nächste Algorithmusgeneration dursetzen dürfe.

c) Wiederholungsalgorithmus der 3. Generation (2022)

Schon lange bemängelt *Woźniak* selbst, dass SM-2 wissenschaftlichen Standards nicht genüge.[19] Er entwickelte diverse ausgeklügeltere Nachfolgevarianten. Diese ließ er jedoch schützen, was erklären dürfte, weshalb sie, soweit ersichtlich, von keinem anderen Anbieter übernommen wurden und nur von SuperMemo selbst verwendet werden.[20] Auf Anhieb eine deutlich größere Verbreitung fand der 2022 veröffentlichte Wiederholungsalgorithmus Free Spaced Repetition Scheduler (FSRS) des Entwicklers *Jarret Ye*. Dieser hatte zuvor mit anderen einen theoretischen Aufsatz zu Wiederholungsalgorithmen publiziert.[21] Nachdem ein späterer maßgeblicher Mitentwickler dies auf dem sozialen Medium Reddit als „Things that sound cool on paper and then nobody actually implements them" verwarf, fühlte sich *Ye* herausgefordert und entwickelte im Folgenden FSRS.[22]

FSRS nutzt maschinelles Lernen und wurde auf der Grundlage der Daten von mehreren hundert Millionen Wiederholungen von etwa 10.000 Nutzern entwickelt. Nach eigenen Angaben erfordert FSRS 20–30 % weniger Wiederholungen als SM-2 bei gleicher Erinnerungsquote.[23] Dies verwundert nicht, wenn man sich die minimale empirische Grundlage von SM-2 vor Augen führt. Präziser lassen sich die Effizienzunterscheide zwar wohl schwer messen; dass FSRS SM-2 deutlich überlegen ist, scheint jedoch unstrittig.[24] In diversen Wiederholungssoftwares ist FSRS inzwischen integriert, wenn auch teilweise noch nicht als Standard. Umstritten ist, ob FSRS auch effizienter als die neuen SuperMemo-Algorithmen ist.[25] Dies kann hier nicht bewertet werden. Die Frage kann jedoch dahinstehen, da SuperMemo ein geschlossenes System darstellt, primär auf das Erlernen von Fremdsprachen angepasst zu sein scheint und für den juristischen Bereich nur unzureichende Wissensstrukturierungsfunktionen besitzt. Hinsichtlich FSRS ist zum jetzigen Zeitpunkt noch ein gewisser Vorbehalt aufgrund kleinerer technischer Fehler angezeigt,[26] die angesichts der aktiven Entwickler in naher Zukunft, wenn nicht bereits jetzt, behoben sein dürften. Bei der Nutzung sehr wichtig ist, dass, auch wenn eine Karte nur teilweise vergessen wurde, auf „nochmal" zu klicken ist und nicht auf „schwer".[27]

---

[17] *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1161).

[18] Deren Erforschung befindet sich jedoch noch in einem Anfangsstadium; einführend *Richter u.a.,* Zeitschrift für Entwicklungspsychologie und Pädagogische Psychologie 2022, 164 m.w.N.

[19] *Woźniak*, SuperMemo v. 1.6.2018; vgl. auch *Pokrywka u.a.*, CSEDU 2023, 88.

[20] Vgl. Anki FAQs, Spaced Repetition Algorithm.

[21] *Ye/Su/Cao*, A Stochastic Shortest Path Algorithm for Optimizing Spaced Repetition Scheduling, 2022.

[22] Colorandi causa sei Reddit ausnahmsweise zitiert: Kommentar unter *Ye*, A Stochastic Shortest Path Algorithm for Optimizing Spaced Repetition Scheduling, 2022; *ders.*, The history of FSRS for Anki, 2025.

[23] *Ye u.a.*, ABC of FSRS, 2025.

[24] Vgl. *Biedalak*, SuperMemo v. 13.10.2025.

[25] Dies behaupten *Ye u.a.*, FSRS vs. SM-17, 2025; *Atashpendar*, BEACON Q, 2025, S. 21 f.; a.A. *Biedalak*, SuperMemo v. 13.10.2025.

[26] *Kahn*, Basiskarten v. 4.1.2025.

[27] Anleitung Anki, FSRS.

Insgesamt erscheint die Methodik des neuen Algorithmus richtungsweisend. Sie soll im Folgenden geschildert werden.

2. Funktionsweise der Intervallberechnung mit maschinellem Lernen (FSRS)

Die Grundidee von FSRS besteht darin, künstliche Intelligenz[28] für die Prognose zu nutzen, wann eine spezifische Information vergessen zu werden droht. Verwendet wird dafür die beeindruckende Menge an Daten, die Wiederholungssoftware ohnehin generiert: Sie speichert für jede einzelne Information, wie oft, wann genau und in welchem Abstand sie abgefragt und wie gut sie behalten wurde; schnell kommen so hunderte bis zehntausende Datenpunkte zusammen. Mit diesen müsste eine deutlich präzisere Berechnung möglich sein. Im Detail ist die tatsächliche Zweckmäßig- und Richtigkeit von FSRS für einen Menschen mit lediglich zwei juristischen Staatsexamina mathematisch nicht mehr nachprüfbar, der geneigte Leser wird seine Freude in den Quellen haben.[29] Das Grundverfahren lässt sich jedoch anhand der drei folgenden Schritte nachvollziehen, wobei teilweise stark vereinfacht wird:

a) Mathematische Modellierung des Vergessens

Das Herzstück von FSRS ist eine mehrteilige komplexe Funktion, die das Vergessen einer Information annäherungsweise prognostiziert.[30] Diese Funktion bildet mathematisch ab, was schon lange als „Vergessenskurve" beschrieben wird:[31] Die Erinnerungswahrscheinlichkeit beginnt bei 100 % in dem Moment, in welchem wir eine Information lernen, und sinkt mit der Zeit – wir vergessen. Dabei zeigen empirische Daten deutlich, dass die menschliche Erinnerungswahrscheinlichkeit nicht linear sinkt, sondern erst recht schnell, dann immer langsamer. Sie wird daher als exponentiell fallende Funktion beschrieben, teilweise auch als Potenzfunktion. Wie schnell die Funktion fällt, hängt dabei von diversen Faktoren ab. Insbesondere die Wiederholungen sind entscheidend: Sobald eine Information wiederholt wird, beginnt die Vergessenskurve erneut bei 100 %. Das Spektakuläre ist nun – und hierauf gründet jegliche Wiederholungssoftware –, dass die Vergessenskurve mit jeder erfolgreichen Wiederholung flacher wird. Was man oft hört, behält man besser. Folglich genügt es das nächste Mal, die Information erst deutlich später abzufragen. In der allgemeinen Vergessensmodellierung von FSRS werden diese und etliche weitere Prinzipien und Faktoren berücksichtigt, abgeleitet aus und abgeglichen mit dem enormen oben erwähnten Datensatz. Das Resultat ist eine allgemeine Funktion menschlichen Vergessens, die auf jede einzelne Information der unterschiedlichen Nutzenden anpassbar ist.

b) Optimierung durch maschinelles Lernen

Diese mathematisch beschriebene Vergessenskurve ist eine allgemeine Erinnerungsvorhersage. Ziel ist nun, diese mithilfe von KI an die realen Abfragedaten der Nutzenden anzupassen. Nötig ist hierfür kein Large Language Model, wie man es von Chatbots kennt; denn bei der Vergessensprognose handelt es sich um ein vergleichsweise kleines mathematisches Optimierungsproblem. Hierfür genügt ein einfacher sog. Gradientenabstieg (gradient descent), eine KI-Grundtechnik. Die FSRS-

[28] Technisch betrachtet ein über den derzeitigen Sprachgebrauch deutlich hinausgehender Sammelbegriff. Erster Einstieg in die technischen Hintergründe für Juristen *Hufeld*, Einführung von Künstlicher Intelligenz bis zu großen Sprachmodellen, 2026.

[29] Hierzu und zum Folgenden *Ye/Su/Cao*, A Stochastic Shortest Path Algorithm for Optimizing Spaced Repetition Scheduling, 2022; Free Spaced Repetition Scheduling Algorithm, 2025; A technical explanation of FSRS; *Ye u.a.*, ABC of FSRS, 2025.

[30] Erste Versuche hierzu bereits von *H. A. Simon*, Psychometrika 1966, 505.

[31] *Kahn*, JurPC 2014, 180 m.w.N.

Berechnung muss daher nicht „in einer Cloud", sondern kann auch lokal erfolgen. Sie funktioniert in vielen automatischen Schleifen wie folgt: Zunächst wird verglichen, wie stark die Vergessensvorhersage von der Realität abweicht, d.h. wie hoch der Fehler ist (die sog. loss function). Dann werden ein oder mehrere Parameter bei der Vorhersageberechnung gezielt leicht verändert und berechnet, ob dies die Abweichung reduziert hätte. Anschließend werden die Variablen erneut leicht angepasst und der Prozess wiederholt sich. Das Ergebnis bildet eine Reihe individueller Parameter (spröde Zahlenreihen mit vielen Nachkommastellen), die in die Funktion der allgemeinen mathematischen Vergessenskurve eingespeist werden. Es entsteht eine Vergessensfunktion, die auf Nutzer und konkrete Karte abgestimmt ist. Zu Beginn des Lernens sind diese Variablen auf durchschnittliche Gedächtnisdaten eingestellt.

c) Annähernde Berechnung des Optimalintervalls

Ist die Vergessenskurve für eine Karteikarte so präzise wie möglich ermittelt – dies war das Ziel der beiden vorherigen Schritte – lässt sich auf dieser Grundlage vergleichsweise einfach berechnen, wann die Karteikarte das nächste Mal abgefragt werden sollte. Dafür wird jedoch noch eine Information benötigt: Wie gut wollen Sie Ihre Karteikarten überhaupt beherrschen? Denn manche Nutzer werden dazu bereit sein, öfter zu wiederholen, um das Wissen besser zu beherrschen, andere hingegen auf jeden Fall weniger wiederholen wollen, auch wenn dies das Erinnern reduziert.[32] FSRS ermöglicht daher, einen Zielwert anzugeben, die sog. gewünschte Erinnerungsquote (desired retention). Standardmäßig ist diese auf 90 % eingestellt; FSRS legt den nächsten Abfragetermin also auf den Zeitpunkt, an dem es für die Karteikarte eine Erinnerungswahrscheinlichkeit von 90 % prognostiziert. Dies ist nach den vorherigen Schritten noch die einfachste Übung: Bildhaft formuliert muss auf der Vergessenskurve lediglich abgelesen werden, nach wie vielen Tagen die Kurve die Grenze von 90 % Erinnerungswahrscheinlichkeit kreuzt.

3. Entschärfung des Staudamm-Effekts

Mit dem neuen Algorithmus ging über die Effizienzsteigerung hinaus auch eine wohl endgültige Lösung der Pausenfalle einher. Dieses Problem des Aufstaus von Karten nach Auszeiten trat in unterschiedlichen Ausprägungen auf. Wiederholte man sonntags nicht, wartete montags die annähernd doppelte Kartenmenge zur Wiederholung (die Karten von Sonntag und Montag). Schlimmer noch: Wiederholte man während eines Urlaubs oder einer Krankheit nicht, potenzierte sich der Effekt. Vor allem psychologisch stellte dieser immer neu entstehende „Mount Anki" eine enorme Herausforderung dar. Es verknüpfte Pausen mit einer bösen Vorahnung und einer gefühlten Bestrafung. Darüber hinaus war der Effekt selbstverstärkend, da ein Rückstau drohte, wenn nicht umgehend mit dem Abbau der angehäuften Karten begonnen wurde.[33] Wiederholen wurde zum Rodeo.

Lange herrschte die Ansicht vor, dass dieser Effekt lediglich das Vergessen widerspiegele, das in einem Urlaub auch keine Pause einlege.[34] Bereits 2023 standen jedoch erste technische Lösungen zur Verfügung,[35] die in der Folge teilweise standardisiert wurden. So ließ sich die Wochenendfalle am einfachsten beseitigen, indem die eigentlich auf diese Tage fallenden Abfragen auf die umlegenden Wochentage verteilt werden.[36] In einer offiziellen FSRS-Erweiterung existiert seit Ende 2023 zudem

[32] Anleitung Anki, Compute Minimum Recommended Retention.
[33] *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1157).
[34] Anki FAQs, Going on Vacation.
[35] *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1157).
[36] Anleitung Anki, Easy Days.

eine Lösung für die Urlaubsfalle:[37] Werden die Urlaubsdaten frühzeitig eingestellt, werden fällige Abfragen ebenfalls auf umliegende Tage vor und nach dem Urlaub verteilt. Allgemein ungleiche Verteilungen der Abfragen lassen sich ebenfalls technisch vermeiden (load balancer). Vorarbeiten vor einer Krankheit ist hingegen naturgemäß unmöglich, stattdessen ermöglicht die Erweiterung hierfür aber eine gleichmäßige automatisierte Verteilung angestauter Karten auf die folgenden Tage.

IV. Anpassung der Erinnerungsquote an das juristische Lernen

Der beschriebene technische Fortschritt ist immens. Zugleich bildet er einen neuen Ausgangspunkt für weitere Überlegungen. Denn die nun in den Blick rückende Festlegung einer gewünschten Erinnerungsquote bedeutet aus didaktischer Sicht einen Paradigmenwechsel. Auch im alten SM-2-Algorithmus lässt sich hiervon über einen Umweg profitieren.[38] Nunmehr wird das Erinnern nicht mehr nur beherrsch-, sondern genauer steuerbar. Plötzlich taucht eine neue Frage im Scheinwerferlicht auf: Wie gut wollen wir uns überhaupt erinnern? Wie zu zeigen sein wird, lassen sich hierfür erstaunlich konkrete Kriterien für die spezifische Lernkonstellation der juristischen Examensvorbereitung herausarbeiten. Diese führen zu einer nicht für vorstellbar gehaltenen Zeitersparnis.

1. Rahmen: Notwendige Austarierung von Wissen und Verständnis

Die Erinnerungsquote ist im Kern Resultat einer Abwägung. Besseres Erinnern ist nicht pauschal besser. Denn die hierfür nötige zusätzliche Zeit fehlt dann für anderes. Bislang kostet intentionales Wiederholen in der Examensvorbereitung deutlich mehr Zeit, als man zunächst meint.[39] Zwangsläufig führt dies zu einem Verdrängungseffekt zulasten anderer Lerntechniken oder einer Verlängerung der Lerntage. Dies korreliert mit den häufigen verbitterten Berichten von Korrektoren, die Klausuren, die sich durch hohes Wissen und niedriges juristisches Verständnis auszeichnen, schlecht bewerten müssen. Denn das bloße Wissen genügt nicht, stets muss es auf den konkreten Fall übertragen werden. Jede Klausur erfordert, den Kern der Problematiken zu erkennen, eigenständig Argumente zu entwickeln, sorgfältig aufzubauen und prägnant zu formulieren.[40] Folglich besteht ein dringender Bedarf einer deutlichen Reduktion der Wiederholungszeit. Die Erinnerungsquote bietet eine sehr wirksame Möglichkeit, Freiraum für kompetenzorientiertes Lernen zu schaffen.

Gleichzeitig ist die Lösung nicht, auf das intentionale Wiederholen als solches zu verzichten. In die Irre führt der häufige Umkehrschluss, aus mangelndem Können zu schließen, dass weniger Wissen genügt. Erhebliches juristisches Wissen ist faktisch Teil des Anforderungsprofils des juristischen Staatsexamens. Eher die Ausnahme sind Klausuren (und Korrektoren), die sehr freies Argumentieren zulassen. Dies mag man grundsätzlich kritisieren, ignorieren können es die Studierenden jedoch nicht. Die überwiegende Anzahl der Klausuren erfordert die Kenntnis diverser Rechtsprobleme und Denkstränge – oder zumindest deren Rekonstruktion. Diese oft beworbene Rekonstruktion anhand des Wortlauts stößt in der studentischen Klausurrealität jedoch schnell auf erhebliche Grenzen, in nicht wenigen Fällen ist sie illusorisch.[41] Früher mag dies anders gewesen sein.[42]

---

[37] FSRS Helper.

[38] Anleitung Anki, Interval Modifier.

[39] *Kratz*, Jura 2023, 1154.

[40] Weiterführend *Thoma,* Jura 2023, 301 m.w.N.; zur unterschätzten Bedeutung prägnanten Formulierens *Kratz*, ZDRW 2024, 349.

[41] Insbesondere beim häufigen Zusammentreffen von kurzem Wortlaut (oder ungeschriebenen Prinzipien) und wenigen Sachverhaltsangaben; weiterführend *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1162).

[42] Vgl. *Hemler/Krukenberg*, ZDRW 2025, 153, die mit einer u.a. korpuslinguistischen Untersuchung die über Jahr-

2. Umrechnungsbedürftigkeit der sog. gewünschten Erinnerungsquote

Der folgende Abschnitt muss etwas technisch ausfallen. Er behandelt jedoch ein Detail, das auf der Suche nach einer angemessenen Erinnerungsquote für das Jurastudium keinesfalls übersehen werden darf: Die sog. gewünschte Erinnerungsquote in FSRS bezieht sich auf die Erinnerungsquote *im Zeitpunkt der geplanten Wiederholung*.[43] Ist die gewünschte Erinnerungsquote daher wie im Standardfall auf 90 % eingestellt, heißt das, dass die fälligen Karten eine Quote von 90 % aufweisen;[44] die nichtfälligen Karten (die meist weit überwiegen), eine Quote > 90 %.[45] Dabei wäre für die Lernenden viel interessanter zu wissen, wie hoch die gemittelte Erinnerungsquote *aller Karten im Klausurzeitpunkt* liegt, was man als gewünschte *globale* Erinnerungsquote bezeichnen könnte.[46] Diese liegt zwangsläufig höher – wie hoch genau, ist im Einzelfall jedoch nur aufwendig und unscharf zu prognostizieren (weshalb sie sich in FSRS nicht einstellen lässt). Für die Examensvorbereitung ist jedoch pauschalisiert von einer außergewöhnlich hohen globalen Erinnerungsquote auszugehen. Denn die typische Examensvorbereitung dauert gemessen an den Abfrageintervallen sehr lange. Folglich weisen die meisten Karten im Examenszeitpunkt lange Intervalle auf, was sich doppelt positiv auf die globale Erinnerungsquote auswirkt.[47] Dennoch wird die globale Erinnerungsquote beim Staatsexamen nicht bei 99 % liegen, da die Vergessenskurve wie oben beschrieben exponentiell fällt, d.h. zunächst stärker und dann langsamer. Folglich – und dies ist lediglich ein educated guess – dürfte die globale Erinnerungsquote bei eingestellten „90 %“ im Examenszeitpunkt regelmäßig vielleicht eher bei 93–94 % liegen. Aufgrund dieser Missverständlichkeit soll die Quote, die in die Software eingegeben wird, im Folgenden in Anführungszeichen gesetzt werden, um sie von der entscheidenden globalen Erinnerungsquote abzugrenzen.

Zu berücksichtigen ist darüber hinaus jedoch noch ein zweites Detail: Anders als beim Wiederholen von Vokabeln oder medizinischen Fachbegriffen ist intentional wiederholtes juristisches Wissen häufig mehrteilig (mehrere Voraussetzungen, Argumente oder Prinzipien).[48] In der Logik der Software wird teilweises Vergessen jedoch als gänzliches Vergessen gewertet. Werden von einer vierteiligen Karte beispielsweise zwei Teile vergessen, gilt sie als vollständig vergessen, obwohl sie zu 50 % gewusst wurde. Folglich liegt die hierum bereinigte Erinnerungsquote für „90 %“ sogar noch höher als die vermuteten 93–94 %. Wie hoch, ist bei jeder Karteikartensammlung unterschiedlich. Eine Kürzung

zehnte wachsenden quantitativen und qualitativen Examensanforderungen nachzeichnen.

[43] Anleitung Anki, Desired Retention; gleiches gilt für die sog. tatsächliche Erinnerungsquote (true retention); vgl. auch Remnote, Understanding Spaced Repetition.

[44] Vorausgesetzt, es wird regelmäßig wiederholt.

[45] Eine zufällig ausgewählte Karte könnte beispielsweise eine Erinnerungswahrscheinlichkeit von 95 % aufweisen, Remnote, Understanding Spaced Repetition.

[46] Ausnahmsweise soll hier von der Terminologie in Anki abgewichen werden, weil der dortige Begriff der durchschnittlichen Abrufbarkeit (average retrievability) gänzlich unscharf und daher ungeeignet ist. Die tatsächliche globale Erinnerungsquote findet sich in den Anki-Statistiken, Anleitung Anki, Card Retrievability; sie ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, weil sie ausgesetzte Karten in die Berechnung einbezieht.

[47] Erstens ist der Anteil der Karten, die „nur“ bei 90 % liegen, sehr gering; er wird nicht selten im einstelligen Prozentbereich liegen. Der Durchschnitt wird von den vielen alten Karten also „hochgezogen“. Zweitens weisen die alten Karten oft außergewöhnlich lange Intervalle auf (oft bis zu oder über einem Jahr), ihre Erinnerungsquote liegt besonders hoch.

[48] Dies gilt auch bei Beachtung des minimum information principle, vgl. *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1160); bei seiner Missachtung ist der im Folgenden beschriebene Effekt noch deutlich stärker.

des Vergessensanteils um ein Viertel mag als Daumenregel zugrunde gelegt werden.[49] Dies ergäbe bei eingestellten „90 %“ eine bereinigte Erinnerungsquote von 94,75–95,5 %.[50]

3. Allgemeine Kriterien für die Quotenfestlegung

Die Frage ist nun: Welche Erinnerungsquote sollten Nutzer anpeilen? Hierzu liegen einige jura-unabhängige Empfehlungen vor. Standardmäßig ist bei FSRS ein Wert von „90 %“ eingestellt, bei SM-2 im Ergebnis wohl auch.[51] Diese Standardeinstellung wird psychologisch bedauerlicherweise einen erheblichen Ankereffekt auslösen.[52] Dabei kann eine niedrigere Einstellung deutlich intelligenter sein und sogar eine höhere studentische Ambition ausdrücken, wie noch zu zeigen sein wird. Allgemein wird ein Wert zwischen „70 %“ und „97 %“ als vernünftig angesehen,[53] nur dies kann daher in FSRS eingestellt werden. Hintergrund ist folgendes Phänomen, das Jurastudierenden sehr in die Karten spielen wird: Generell ist die Erinnerungsquote eine Abwägung zwischen Erinnern und Zeitaufwand – dabei steigt der Zeitaufwand jedoch mit einer höheren Erinnerungsquote nicht linear, sondern exponentiell an: Eine Quote über „97 %“ kann nicht eingestellt werden, weil ab hier der Zeitaufwand förmlich explodiert, er liegt dort schon etwa 370 % höher als bei „90 %“; bei einer Quote von „99 %“ jedoch sogar über 1.000 % höher.[54] Eine Quote unterhalb von „70 %“ schien den Entwicklern hingegen wenig sinnvoll, weil der Grenznutzen einer noch stärkeren Absenkung abnimmt und dies zu sehr langen Abfrageintervallen führt.

Welche Quote zwischen „70 %“ und „97 %“ am besten einzustellen ist, hängt von der individuellen Lernkonstellation und damit letztlich davon ab, wieviel Zeit der Nutzer für das Wiederholen einzusetzen bereit ist. Besseres Erinnern erfordert häufigeres Wiederholen. Spektakulär ist nun jedoch, wie sich die Exponentialität des Zeitaufwands auswirkt: Schon eine leichte Absenkung der Erinnerungsquote von „90 %“ führt zu einer sehr hohen Zeitersparnis. Diese ist zwar für jeden Nutzer individuell, lässt sich aber mit einem (derzeit noch experimentellen) Simulator grob prognostizieren.[55] Eine Simulation des *Autors* prognostizierte bei einer Absenkung von „90 %“ auf „80 %“ eine Zeitersparnis von 38 %. Ökonomisch formuliert: Das Umtauschverhältnis Erinnerung in Zeit ist äußerst günstig. Aufgrund der Exponentialität flacht dieser Effekt zwar ab, eine Absenkung von „90 %“ auf „70 %“ führte in der Simulation dennoch zu insgesamt 63 % Zeitersparnis.

Zwei ergänzende Hinweise: Nach Rücksprache mit einem der Entwickler berücksichtigt die Simulation auch den Neulernaufwand, den erhöhtes Vergessen für einzelne Karten nach sich zieht. Außerdem erscheint derzeit bei einer Erinnerungsquote von unter „80 %“ teilweise ein Warnhinweis auf dann drohende „sehr lange Intervalle“. Bei sehr langen Lernzeiträumen wie der Examensvorbereitung dürfte dies jedoch unschädlich bzw. sogar zu begrüßen sein und sollte nicht abschrecken. Ein stärkeres Gegenargument könnte sein, dass eine niedrigere Erinnerungsquote bei der Abfrage psycho-

[49] Der Anteil des Doch-Erinnerten hängt einerseits vom Anteil der mehrteiligen an den insgesamten Karten ab, andererseits vom durchschnittlichen Erinnerungsanteil der mehrteiligen Karten. Setzt man mangels anderer Anhaltspunkte für beides durchaus vorstellbare 50 % an, ergäbe dies kombiniert 25 %.

[50] „80 %“ könnten globalen 85 % sowie um das Teilvergessen bereinigt 88,75 % entsprechen; „75 %“ 80–85 % bzw. bereinigten 85–88,75 %; „70 %“ 75–80 % bzw. bereinigten 81,25–85 %. Hierbei handelt es sich wie gesagt lediglich um sehr grobe Annäherungswerte, die zwischen Nutzenden deutlich variieren können.

[51] Anleitung Anki, Interval Modifier.

[52] Zur verblüffenden Wirkmacht von Standardeinstellungen grundlegend *Thaler/Sunstein*, Nudge, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2. dt. Aufl. 2022.

[53] *Ye/Su/Cao*, A Stochastic Shortest Path Algorithm for Optimizing Spaced Repetition Scheduling, 2022.

[54] Anleitung Anki, Desired Retention; vgl. auch Remnote, Understanding Spaced Repetition.

[55] Anleitung Anki, The Simulator.

logisch deprimierend wirken könnte; Erfahrungswerte, ob und wie relevant dieser Effekt ist, fehlen bislang.[56]

4. Spezifische Kriterien für die Examensvorbereitung

Darauf aufbauend lässt sich ein Zielkorridor für das Examen sukzessive festlegen. Oben wurde bereits nahegelegt, dass der Wiederholungsaufwand deutlich sinken muss, um mehr Zeit für die Verständnisentfaltung zu gewinnen – auch über die angegebenen ca. 20–30 % Zeitersparnis hinaus, die FSRS gegenüber SM-2 ermöglicht (und sicherlich noch deutlich mehr gegenüber Wiederholungssoftware der ersten Generation). Den Ausgangspunkt bilden soll dabei die 2023 aufgestellte These:

> „Während die Vergessenswahrscheinlichkeit für die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage bei annähernd null Prozent [=100 % globale Erinnerungsquote] liegen muss, könnte für eine Meinungsstreitigkeit des Beamtenrechts eine gefühlte Wahrscheinlichkeit von 30 Prozent [=70 %] hinnehmbar sein."[57]

Deutlich wird hierbei zunächst, dass für das juristische Wiederholen die Differenzierung zwischen sekundärem und prioritärem Wissen elementar ist. Sie ist gar von herausragender Relevanz. Denn bei der Klausurkorrektur ist leider viel zu oft zu beobachten, dass zentrales Wissen nicht hinreichend beherrscht wird, auch wenn allgemein viel Wissen bestehen mag. Bei FSRS sollten folglich unterschiedliche Erinnerungsquoten eingestellt werden, auch wenn dies derzeit etwas umständlich ist.[58] Zusätzlich oder alternativ lässt sich das bessere Behalten prioritären Wissens auch absichern, indem die Erinnerungsquote zwar nach dem sekundären Wissen ausgerichtet wird, man prioritäres Wissen aber kurz vor den Prüfungen noch einmal im „Intensiv"-Modus gezielt wiederholt (neuere Wiederholungssoftwares enthalten regelmäßig eine entsprechende Funktion).[59] Dies ist ohnehin sehr zu empfehlen. Die prioritären Karten lassen sich hierfür im Vorfeld, etwa bereits nebenbei bei der Abfrage, markieren. Darüber hinaus wird eine faktisch höhere Erinnerungsquote prioritären Wissens ohnehin dadurch gewährleistet, dass dieses deutlich häufiger inzidentell wiederholt wird, z.B. wenn es in Probeklausuren auftaucht.

Welche Erinnerungsquote sollte nun also für Detailwissen angestrebt und folglich als Standard-Erinnerungsquote eingestellt werden? Hierfür mag jeder sicherlich eine andere Quote als die 2023 in den Raum gestellten 70 % für richtig halten – nicht zuletzt, weil nahe liegt, dass entsprechende Schätzungen durch erhebliche Denkfehler verzerrt werden.[60] 70 % erschienen durchaus vertretbar, weil Detailwissen definitionsgemäß selten auftaucht und notfalls zumindest partiell mit juristischem Verständnis und anhand intelligenter Sachverhaltsauswertung rekonstruiert werden kann. Ob man diese Quote nun etwas höher oder niedriger ansetzen sollte, kann glücklicherweise dahinstehen. Denn wie gezeigt lassen sich 70 % in FSRS nicht einmal einstellen, die niedrigstmögliche gewünschte

[56] Generell freut sich der *Autor* über Feedback aus der Leserschaft, gerne per formloser Mail.

[57] *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1158) – Anm. durch *Verf.*

[58] Da für jeden Stapel nur eine einheitliche Erinnerungsquote festgelegt werden kann, muss hierfür prioritäres Wissen in einen eigenen Stapel verschoben werden. In dessen Stapeleinstellungen lässt sich die höhere Quote dann im Abschnitt FSRS einstellen.

[59] Siehe nur Remnote, Understanding Spaced Repetition.

[60] Erwähnt wurde bereits der overconfidence bias bei Nicht-Nutzern von Wiederholungssoftware, *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1158). Für Nutzer dürfte eine gegenteilige Verzerrung entstehen, da diese stark überproportional mit Karten konfrontiert werden, die vergessen wurden.

Erinnerungsquote von „70 %“ entpuppt sich bereinigt als eher 81,25–85 %. Dies scheint erst recht hinnehmbar.

Der Zeitgewinn ist immens. Bei einer nicht unrealistischen täglichen FSRS-Wiederholungszeit von 90 Minuten spart eine Absenkung der Erinnerungsquote von „90 %“ auf „70 %“ unter obigen Prämissen *täglich 57 Minuten* – wohlgemerkt besonders wertvolle fokussierte Lernzeit. Auf die gesamte Examensvorbereitung gerechnet kommen schwindelerregende Zeiten zusammen. Dies ist der beschriebenen exponentiellen Koppelung von Erinnerungsquote und Zeitbedarf zu verdanken, die bislang den wenigsten bewusst sein dürfte. Die Abstriche bei der Erinnerungsquote sind letztlich überschaubar (die vermeintlichen 20 % weniger stellen sich bereinigt als ca. 8–13 % heraus, vgl. oben). Wer eine stärker wissenslastige Lernstrategie wählen möchte, kann einen Mittelweg wählen.[61]

Warum nur dann die Standardeinstellung von „90 %“? Nahe liegt, dies damit zu erklären, dass die Hauptentwicklungstreiber von Wiederholungssoftware das Vokabellernen und medizinische Multiple-Choice-Prüfungen waren.[62] Vor dem Hintergrund solcher (fast) reinen Wissenstests mag eine möglichst hohe Erinnerungsquote durchaus sinnvoll sein, zumal die Umrechnungsbedürftigkeit dort geringer ist (oft kürzere Lernzeiträume, kaum Teilvergessen). Die juristische Gutachtenklausur ist jedoch kein reiner Wissenstest, sondern setzt weitere komplexe Fähigkeiten voraus. Ein reines Wissenstraining ergibt folglich wenig Sinn – ein Fußballtrainer käme auch nicht auf die Idee, ausschließlich Ausdauer trainieren zu lassen und zu meinen, damit gewinnen zu können.

5. Weitergedacht: Übertragbarkeit auf Anfangssemesterklausuren, Schwerpunktbereich und Referendariat?

Bei der Nutzung von Wiederholungssoftware ist allgemein zu betonen, dass sich je nach Studienabschnitt erhebliche Unterschiede ergeben.[63] Die vorstehenden Überlegungen beziehen sich daher zunächst ausdrücklich nur auf die Vorbereitung des ersten Examens.

Für die Vorbereitung des zweiten Examens sind die Überlegungen jedoch weitgehend übertragbar, weil auch dort eine große Stoffmenge auf einen langen Lernzeitraum trifft. Die dort erlaubte Kommentarnutzung sollte sich vor allem auf die Auswahl der wiederholten Inhalte, weniger auf die Erinnerungsquote auswirken[64] (und spräche eher für eine noch geringere Quote, was jedoch nicht möglich ist). Ansonsten dürften sich zwei weitere Effekte gegenseitig kompensieren, nämlich, dass sich einerseits Teile des besonders stabilen Wissens aus dem ersten Examen recyceln lassen und andererseits ein Großteil der neu erfassten Informationen eher in den wenigen lernintensiven Monaten vor dem Examen erfasst werden. Beides wirkt sich leicht auf die „Umrechnung“ zwischen gewünschter und gewünschter globaler Erinnerungsquote aus, die im Ergebnis jedoch ohnehin nur ein sekundärer Einflussfaktor bei der Wahl der Erinnerungsquote ist.

In den Anfangssemestern (bis zur Examensvorbereitung) verhält es sich aus abweichenden Gründen ähnlich. Die andernorts ausgesprochenen Empfehlungen[65] bleiben von den neuen Erkenntnissen unberührt. Der hier beschriebene enorme Fortschritt ändert nichts daran, dass es fast unmöglich und keinesfalls empfehlenswert ist, sämtliche Lerninhalte seit Studienbeginn bis zur Examensvorberei-

[61] Eine Absenkung auf „80 %“ reduziert die bereinigte Erinnerungsquote lediglich um etwa 5–6 %, spart in der Modellrechnung aber immer noch täglich 34 Minuten.

[62] Die Wiederholungsalgorithmen der zweiten und dritten Generation sind auf der Grundlage von Vokabelwiederholungsdaten konzipiert; die didaktisch wohl größte Hauptinnovation der letzten Jahre, die sog. Bildverdeckung, entspringt dem Einsatz im Medizinstudium.

[63] Weiterführend *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1158 ff.).

[64] *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1160).

[65] *Kratz*, Jura 2023, 1154 (1159).

tung permanent zu wiederholen. Der Klausurerfolg sollte anders als das Examen nicht als Selbstzweck betrachtet werden, die Verständnisentfaltung in den frühen Semestern im Vordergrund stehen. Deshalb ist eine niedrige Erinnerungsquote auch hier empfehlenswert, obwohl die speziellen Argumente für die Examensvorbereitung hierauf nur bedingt übertragbar sind (insbesondere geringere inzidentelle Wiederholung, schlechtere Rekonstruktionsfähigkeit). Dies ist langfristig die deutlich bessere Strategie.

Im Schwerpunktbereich spricht hingegen viel für eine gewünschte Erinnerungsquote von „90 %". Denn hierbei handelt es sich vorbehaltlich abweichender lokaler Umstände um eine grundverschiedene Lernkonstellation: Viel kürzerer Lernzeitraum, geringere Stoffmenge, hohe Notenrelevanz. Insbesondere der hohe schädliche Wiederholungsaufwand droht hier kaum. Nicht empfehlenswert ist, deutlich über die „90 %" hinauszugehen, da der Aufwand exponentiell steigt. Ein Detail: Aufgrund des kürzeren Lernzeitraums entsprechen die „90 %" hier einer nicht ganz so hohen globalen Erinnerungsquote wie in der Examensvorbereitung.

V. Zusammenfassung

Behavioristische Überlegungen zu Wiederholungsalgorithmen sind erstaunlich alt. Betrachtet man die derzeit verbreiteten Algorithmusvarianten, fällt auf, dass sie sich weniger im Grundansatz als in ihrem Entwicklungsstand unterscheiden. Die neueste Generation nutzt dabei künstliche Intelligenz zur präziseren Gedächtnisprognose, was wertvolle Lernzeit spart. Zugleich löst sie den von Studierenden gefürchteten Staudamm-Effekt montags und nach Urlauben. Trotzdem bleibt der erhebliche Zeitbedarf ein Problem, da zu langes Wiederholen die Schulung juristischen Könnens partiell zu verdrängen droht. Daher ist die hier entwickelte Erkenntnis von elementarer Bedeutung, dass das in den Algorithmen eingestellte Erinnerungsziel für juristische Klausuren aus diversen Gründen deutlich zu hoch ist. Eine Senkung sorgt für eine im Wortsinne exponentielle Zeitersparnis. Die lernpraktischen Auswirkungen dürften immens sein.

Konkret für Studierende lassen sich für die Algorithmuswahl nach derzeitigem Stand der Technik drei entscheidende Kriterien identifizieren: Ist FSRS verfügbar (sobald dieses ausgereift ist, wovon jedoch wohl schon jetzt oder sehr bald auszugehen ist)? Lässt sich die gewünschte Erinnerungsquote auf „70 %" reduzieren (Was tatsächlich etwa 80–85 % entspricht)? Und lässt sich der Staudamm-Effekt technisch lösen (Urlaub, Krankheit, Wochenende)?

Anfängerklausur Mobiliarsachenrecht: Wer sitzt hier am längeren Hebel?

PD Dr. David Paulus, München[*]

Sachverhalt

Der Münchener Jurastudent Viktor (V) ist begeisterter Espresso-Liebhaber. Da er notorisch knapp bei Kasse ist, kann er sich derzeit jedoch seinen lange gehegten Traum von einer eigenen Siebträgermaschine noch nicht erfüllen. Besonders die hochwertige Handhebel-Kaffeemaschine seiner Kommilitonin Emilia (E) hat es ihm dabei angetan. Als diese im vierten Fachsemester die Zusage für einen Erasmus-Studienplatz in Barcelona erhält, bittet V die E daher, ihm doch ihre Kaffeemaschine für die Zeit ihres Auslandsaufenthaltes auszuleihen. E, die weiß, dass V unzuverlässig ist, zögert jedoch zunächst. Um nachzuhelfen, droht V ihr, andernfalls dem juristischen Prüfungsamt gegenüber offenzulegen, dass E ihre Grundlagenseminararbeit mithilfe Künstlicher Intelligenz erstellt hat. E meint sich zwar zu erinnern, dass dies damals ausdrücklich zulässig gewesen sei; um etwaige Unannehmlichkeiten zu vermeiden, beschließt sie jedoch, Vs Wunsch zu erfüllen.

Während Es Abwesenheit erhält V für mehrere Tage Besuch von seinem Cousin Karl (K), der zum Studium nach München wechseln möchte und den Besuch bei V zur Wohnungssuche nutzt. K verliebt sich sogleich in Es Kaffeemaschine, da auch er genau dieses Modell schon immer haben wollte. Kurzerhand fragt er V, ob er ihm, K, die Kaffeemaschine verkaufe. Dass die Maschine E gehört, ahnt K nicht, auch wenn er weiß, dass V unter ständiger Geldnot leidet.

V beschließt, die Situation finanziell auszunutzen, und bietet K spontan an, ihm die Maschine für 1.000 € zu verkaufen. K erklärt sich damit grundsätzlich einverstanden, bittet jedoch um Zahlungsaufschub, da er derzeit höchstens 600 € erübrigen könne. Die restlichen 400 € werde er V „ganz bestimmt“ spätestens nach seinem Geburtstag bezahlen. Mitnehmen wolle er die Maschine aber in jedem Fall sofort. V wiederum ist von dem Gedanken einer Ratenzahlung zwar nicht begeistert, ist jedoch bereit, den Zahlungsaufschub zu akzeptieren, um die günstige Gelegenheit nicht zu verpassen. Da er im vorigen Semester die Vorlesung Sachenrecht besucht hat und sich erinnert, dass eine Vorleistung immer eine Art Kreditgewährung darstellt, besteht er allerdings zusätzlich zur Sicherheit darauf, dass K das Eigentum an der Kaffeemaschine erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung erwerbe. K ist einverstanden; bei seiner Abreise übergibt er daher 600 € in bar an V und nimmt die Kaffeemaschine gleich mit.

Als E, die inzwischen von ihrem Auslandsaufenthalt zurückgekehrt ist, zwei Monate später von V die Kaffeemaschine herausverlangt, beichtet ihr dieser seine Machenschaften. Erzürnt verlangt E von V die Adresse seines Cousins, der inzwischen nach München gezogen ist, und fährt sogleich zu K, um die Kaffeemaschine wieder an sich zu nehmen. Als sie diesem den Sachverhalt schildert, fällt K aus allen Wolken; zu einer Herausgabe der Kaffeemaschine ist er jedoch nicht bereit. Denn „gekauft ist gekauft“, „egal, von wem“; dass die Kaffeemaschine E und nicht V gehöre, habe er schließlich, was zutrifft, nicht gewusst. Im Übrigen sei er selbst schutzwürdiger als E; diese sei selbst schuld, dass sie die teure Maschine so leichtfertig freiwillig und erst recht an V aus der Hand gegeben habe.

---

[*] Der *Autor* ist Privatdozent und Akad. Oberrat a.Z. an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU);
er dankt *Peter Moser* und *Ann-Kristin Mayrhofer* für die kritische Durchsicht der Klausurlösung.

E hingegen ist der Ansicht, K sei mitnichten zum Besitz der Kaffeemaschine berechtigt. Dies gelte erst recht, da sie von V erfahren habe, dass K, was zutrifft, die letzte Kaufpreisrate noch gar nicht bezahlt habe. K hingegen meint, dies ändere überhaupt nichts daran, dass er rechtmäßiger Besitzer der Kaffeemaschine sei. Als E dies weiter vehement bestreitet, überweist K zu Es Verblüffen vor deren Augen den noch offenen Restkaufpreis für die Kaffeemaschine per Echtzeitüberweisung mit seinem Handy an V; auf dessen Bankkonto wird der Betrag bereits wenige Sekunden später gutgeschrieben.

Fallfrage 1

Wer ist Eigentümer der Kaffeemaschine? (Gewichtung 75 %)

Abwandlung

Infolge des kostspieligen Umzugs und Lebensunterhalts in München kann sich K die Begleichung der finalen Kaufpreisrate für die Kaffeemaschine derzeit und auch auf absehbare Zeit nicht leisten; anders als in Frage 1 unterbleibt die Bezahlung der letzten Kaufpreisrate daher.

Fallfrage 2

Kann E unter dieser Voraussetzung von K Herausgabe der Kaffeemaschine gem. § 985 BGB verlangen? (Gewichtung 25 %)

Bearbeitungsvermerk

Die Fragen sind in der vorgegebenen Reihenfolge in einem Gutachten, das – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, zu beantworten. Auf etwaige Probleme des Erfüllungsrechts ist dabei nicht einzugehen. Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.

Lösungsvorschlag

Fallfrage 1 581
I. Ursprüngliches Eigentum (Ausgangslage) 581
II. Eigentumserwerb durch V infolge Aushändigung durch E, § 929 S. 1 BGB 581
III. Eigentumserwerb durch K infolge Aushändigung durch V, § 929 S. 1 BGB 581
IV. Eigentumserwerb des K infolge Kaufpreiszahlung, §§ 929 S. 1, (932 Abs. 1 S. 1,) 158 Abs. 1 BGB 582
1. Erwerb eines Anwartschaftsrechts durch K? 582
a) Anerkennung eines Anwartschaftsrechts an beweglichen Sachen? 583
b) Erwerb Anwartschaftsrecht durch K von V, §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB 583
aa) Wirksame dingliche Einigung 584
bb) Übergabe der Kaffeemaschine 584
cc) Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe 585
dd) Verfügungsbefugnis des V als Veräußerer 585

ee) Zwischenergebnis: Kein „normaler“ Erwerb vom Berechtigten ... 585
c) Gutgläubiger Erwerb des Anwartschaftsrechts durch K, §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 (analog) ... 585
aa) Möglichkeit des gutgläubigen Ersterwerbs eines Anwartschaftsrechts? ... 585
bb) Anwendbare Vorschriften ... 585
(1) Wirksame dingliche Einigung und Übergabe ... 586
(2) Vorliegen eines Verkehrsgeschäftes ... 586
(3) Guter Glaube des K, § 932 Abs. 2 BGB ... 586
(4) Kein Abhandenkommen, § 935 Abs. 1 BGB ... 587
(5) Zwischenergebnis ... 588
d) Zwischenergebnis ... 588
2. „Erstarken“ des Anwartschaftsrechts zum Eigentum durch die Echtzeitüberweisung ... 588
a) Eintritt der aufschiebenden Bedingung ... 588
b) Zwischenzeitlicher Eintritt der Bösgläubigkeit des K ... 589
3. Zwischenergebnis ... 589
V. Ergebnis zu Frage 1 ... 589
Frage 2 (Abwandlung): Anspruch E gegen K aus § 985 BGB auf Herausgabe der Kaffeemaschine ... 589
I. Anwendbarkeit § 985 BGB (Subsidiaritätslehre) ... 589
II. Eigentum der E ... 590
III. Besitz des K ... 590
IV. Kein Recht des K zum Besitz ... 590
1. Originäres Besitzrecht des K aus dem Kaufvertrag, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ... 590
2. Abgeleitetes Besitzrecht des K über V, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ... 590
3. Besitzrecht aus dem gutgläubig erworbenen Anwartschaftsrecht des K? ... 591
a) Anwartschaftsrecht des K an der Kaffeemaschine ... 591
b) Besitzrecht aus einem Anwartschaftsrecht? ... 591
V. Ergebnis zu Frage 2 ... 592

Fallfrage 1

Fraglich ist, wer Eigentümer der Handhebel-Kaffeemaschine ist.

I. Ursprüngliches Eigentum (Ausgangslage)

Ursprünglich war E Eigentümerin der Kaffeemaschine. Da dies laut Sachverhalt feststeht, ist insofern ein Rückgriff auf die Vermutungsregel des § 1006 BGB nicht erforderlich (und streng genommen sogar falsch).

II. Eigentumserwerb durch V infolge Aushändigung durch E, § 929 S. 1 BGB

Jedoch könnte E das Eigentum an der Kaffeemaschine gem. § 929 S. 1 BGB durch Übereignung an V verloren haben, indem sie ihm die Kaffeemaschine vor Antritt ihres Erasmus-Aufenthalts in Barcelona ausgehändigt hat.

Eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB setzt eine wirksame dingliche Einigung über den Eigentumsübergang, eine Übergabe, (ggf.) Einigsein noch zum Zeitpunkt der Übergabe sowie Verfügungsbefugnis des Veräußerers voraus.[1] Hier haben sich E und V schon nicht über einen Eigentumsübergang geeinigt. Vielmehr wollte V sich die Kaffeemaschine ausdrücklich nur leihen (§ 598 BGB), sodass ein Eigentumserwerb des V weder von E noch von V beabsichtigt war. Mangels dinglicher Einigung hat daher V kein Eigentum an der Kaffeemaschine erworben.

III. Eigentumserwerb durch K infolge Aushändigung durch V, § 929 S. 1 BGB

Allerdings könnte K das Eigentum an der Kaffeemaschine gem. § 929 S. 1 BGB von V erworben haben, als dieser ihm die Kaffeemaschine bei Ks Besuch in München veräußerte und sodann bei der Abreise aushändigte.

Insofern ist jedoch bereits das Vorliegen einer (sofort) wirksamen dinglichen Einigung fraglich. Zwar haben V und K ausdrücklich mündlich einen Kaufvertrag über die Kaffeemaschine geschlossen, der V zur Übereignung verpflichtete (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB); insofern ist daher gem. §§ 133, 157 BGB davon auszugehen, dass sich K und V spätestens bei der Aushändigung zumindest konkludent auch dinglich dahingehend geeinigt haben, dass das Eigentum an der Kaffeemaschine eventuell auf K übergehen sollte. Allerdings haben K und V hier zusätzlich vereinbart, dass K das Eigentum an der Kaffeemaschine nicht etwa sofort, sondern erst mit der vollständigen Kaufpreiszahlung erwerben sollte. Da V dies beim Kaufvertragsschluss ausdrücklich betont hat, bedarf es insofern keines bzw. allenfalls hilfsweise eines Rückgriffs auf die Vermutung des § 449 Abs. 1 BGB.

Hinweis: Gleichermaßen zulässig wäre es, unmittelbar die aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung (siehe unter IV.) zu prüfen.

Damit erfolgte die dingliche Einigung nicht etwa unbedingt, sondern unter der aufschiebenden Bedingung einer vollständigen Kaufpreiszahlung durch K, § 158 Abs. 1 BGB. Entsprechend war die dingliche Einigung bei der Aushändigung der Kaffeemaschine noch nicht wirksam. Zu diesem Zeitpunkt hat daher K noch kein Eigentum an der Kaffeemaschine erworben.

[1] Siehe statt aller *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 5.

IV. Eigentumserwerb des K infolge Kaufpreiszahlung, §§ 929 S. 1, (932 Abs. 1 S. 1,) 158 Abs. 1 BGB

K könnte aber infolge der Begleichung der letzten Kaufpreisrate gem. §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB oder gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 (ggf. analog), 158 Abs. 1 BGB das Eigentum an der Kaffeemaschine erworben haben. Voraussetzung hierfür ist zum einen, dass K dem V die Kaffeemaschine wirksam unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung übereignet hat (und K somit ggf. ein Anwartschaftsrecht an dieser erworben hat; dazu unter 1.); zum anderen müsste diese Bedingung auch erfüllt (und das Anwartschaftsrecht dadurch zum Eigentum erstarkt) sein (dazu unter 2.).

Zum Aufbau: Für die Prüfung von Frage 1 sind drei verschiedene Aufbaumöglichkeiten denk- und vertretbar. Für die hier gewählte Aufbauart (nämlich Prüfung des gutgläubigen Erwerbs des Anwartschaftsrechts bereits im Zusammenhang mit der aufschiebend bedingten Übereignung) spricht der Gedanke größtmöglicher Übersichtlichkeit sowie Ausbildungsnähe. Gleichermaßen vertretbar ist es jedoch, statt eines gutgläubigen Anwartschaftsrechtserwerbs das etwaige Anwartschaftsrecht des K lediglich mittelbar im Rahmen eines gutgläubigen Eigentumserwerbs bei der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Gutgläubigkeit zu prüfen; denn letztlich ist in Frage 1 (anders als in Frage 2) nicht das Bestehen eines Anwartschaftsrechts als solches entscheidend, sondern alleine dessen aus §§ 161 f. BGB resultierende Schutzwirkung, die sich vorliegend darin äußert, dass eine nach dem (gutgläubigen) Erwerb des Anwartschaftsrechts eingetretene Bösgläubigkeit in Bezug auf die Verfügungsberechtigung des Veräußerers entgegen den „normalen“ Grundsätzen nicht mehr einem späteren (gutgläubigen) Eigentumserwerb entgegensteht.[2] Der „aus“ einem Anwartschaftsrecht resultierende Schutz ist jedoch – dogmatisch gesehen – nicht erst die Folge von dessen Erwerb, sondern umgekehrt dessen Vorbedingung.[3] Denn die h.M. erkennt das – gesetzlich nicht geregelte – Anwartschaftsrecht (als eigenständiges Verfügungsobjekt) letztlich nur deshalb an, weil das Gesetz den aufschiebend bedingten Erwerber (unter anderem) einer beweglichen Sache unter bestimmten Voraussetzungen eben gerade mit dinglicher Wirkung schützt. Vor diesem Hintergrund wäre es (drittens) ebenfalls gut vertretbar (sowie auch dogmatisch keinesfalls inkorrekt), Frage 1 alleine unter Rückgriff auf §§ 161 f. BGB[4] zu lösen, ohne das Anwartschaftsrecht bzw. dessen Erwerb überhaupt als solches ausdrücklich zu thematisieren.

1. Erwerb eines Anwartschaftsrechts durch K?

Fraglich ist, ob K infolge einer aufschiebend bedingten Übereignung bereits ein Anwartschaftsrecht an der Kaffeemaschine erworben hat. Der etwaige (Erst-)Erwerb eines Anwartschaftsrechts beurteilt sich beim Erwerb einer *beweglichen* Sache unter Eigentumsvorbehalt nach §§ 929 ff., 158 Abs. 1 BGB; er setzt daher voraus, dass eine bewegliche Sache unter einer aufschiebenden Bedingung übereignet wird und bis auf den noch fehlenden Bedingungseintritt bereits alle sonstigen Erwerbsvoraussetzungen bereits erfüllt sind.

[2] *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 932 Rn. 55.

[3] Siehe etwa *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 32; plakativ *Flume*, AcP 161 (1962), 385 (394 f.): „begriffliche Zusammenfassung der Vorwirkungen des bedingten Eigentumserwerbs vor Eintritt der Bedingung“.

[4] Siehe erneut *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 932 Rn. 55.

Hinweis: Abstrakt lässt sich ein Anwartschaftsrecht als rechtlich gesicherte Position beschreiben, die bei mehraktigen Erwerbstatbeständen dann entsteht, wenn der Erwerber so viele Erfordernisse erfüllt hat, dass der Rechtserwerb vom Veräußerer nicht mehr einseitig verhindert werden kann.[5]

a) Anerkennung eines Anwartschaftsrechts an beweglichen Sachen?

Fraglich ist zunächst, ob ein Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen überhaupt als eigenständige, einem dinglichen Recht zumindest ähnliche Rechtsposition eigener Art[6] anzuerkennen ist.

Dagegen spricht, dass das Anwartschaftsrecht als solches gar nicht im BGB geregelt ist und dessen Anerkennung somit gegen den sachenrechtlichen Typenzwang in Verbindung mit dem numerus clausus der Sachenrechte verstoßen könnte.[7] Zudem führt die Anerkennung des Anwartschaftsrechts zu einer Doppelung bestimmter Eigentümerbefugnisse.[8] Denn als „wesensgleiches Minus“[9] und Vorstufe zum Vollrecht Eigentum wird das Anwartschaftsrecht von der h.M. vielfach analog dem Eigentum behandelt und genießt einen diesem ähnlichen rechtlichen Schutz (z.B. analog § 985 BGB oder § 1004 BGB).[10]

Maßgeblich *für* eine Anerkennung des Anwartschaftsrechts jedenfalls an beweglichen Sachen spricht das praktische Bedürfnis einer Verkehrsfähigkeit und damit Verwertbarkeit der Rechtsposition desjenigen, der eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt erwirbt.[11] Entsprechend ist das Anwartschaftsrecht – jedenfalls an beweglichen Sachen – richtigerweise als eigenständiges und eigentumsähnliches Recht „sui generis“ anzuerkennen.[12] Mangels gesetzlicher Regelung sind darauf – sofern passend – die Regeln über das Vollrecht anzuwenden.[13]

Hinweis: Dieser Prüfungspunkt erfolgt hier vor allem aus didaktischen Gründen; da die Existenz eines Anwartschaftsrechts zugunsten von K streng genommen erst in Frage 2 relevant wird (siehe oben) kann die Diskussion – wenn überhaupt – auch erst dort erfolgen.

b) Erwerb Anwartschaftsrecht durch K von V, §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB

Bereits vor dem etwaigen späteren Wirksamwerden der Übereignung durch vollständige Kaufpreiszahlung könnte K infolge der aufschiebend bedingten Übereignung durch V mit deren Aushändigung gem. §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB ein Anwartschaftsrecht an der Kaffeemaschine erworben haben. Hierfür müssten bis auf den Eintritt der Bedingung bereits alle sonstigen Erwerbsvoraussetzungen erfüllt sein.

---

[5] BGH NJW 1955, 544; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 18; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 3 Rn. 44, 46.

[6] *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 17.

[7] Siehe etwa *Radke*, Bedingungsrecht und Typenzwang, 2000, S. 96; *Kaulbach*, JuS 2011, 397.

[8] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 47.

[9] BGHZ 28, 16 (21); 35, 85 (89).

[10] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45 m.w.N.

[11] *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 18: „für eine moderne Volkswirtschaft unverzichtbar“.

[12] H.M., BGHZ 20, 88; 35, 85; 117, 200; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 18; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 3 Rn. 44 ff.

[13] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45.

Erforderlich ist daher neben einer aufschiebend bedingten Einigung über den Eigentumsübergang zusätzlich eine Übergabe der Kaffeemaschine, ein Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe (sofern Einigung und Übergabe auseinanderfallen) sowie die Verfügungsberechtigung des V.

Hinweis: Gleichermaßen zulässig (wenn auch weniger elegant) ist es auch, direkt mit einem gutgläubigen Erwerb des Anwartschaftsrechts zu beginnen.

aa) Wirksame dingliche Einigung

V und K haben sich, wie bereits oben gezeigt, zumindest konkludent über eine aufschiebend bedingte Übereignung der Kaffeemaschine geeinigt. Sofern K und V dabei keinerlei Bewusstsein von der Existenz bzw. Entstehung eines Anwartschaftsrechts gehabt haben sollten, ist dies unschädlich, da ein solches unabhängig von einem darauf gerichteten Willen alleine aufgrund der Erfüllung der hierfür bestehenden, oben unter 1. dargestellten Voraussetzungen entsteht.[14]

bb) Übergabe der Kaffeemaschine

V müsste die Kaffeemaschine zudem auch i.S.v. § 929 S. 1 BGB an K übergeben haben. Eine Übergabe im Sinne der Norm setzt voraus, dass der Veräußerer jegliche Besitzposition an der zu übergebenden Sache aufgibt, der Erwerber Besitz an der Sache erlangt und dies zudem auf Veranlassung des Veräußerers geschieht.[15] K hat unzweifelhaft zum Zeitpunkt der Aushändigung unmittelbaren Besitz (§ 854 BGB) an der Kaffeemaschine der E erlangt (2. Voraussetzung der Übergabe). Dies geschah auch durch und damit auf Veranlassung des V (3. Voraussetzung der Übergabe).

Fraglich ist jedoch, ob V, wie für eine Übergabe i.S.v. § 929 S. 1 BGB an sich erforderlich, zugleich jegliche Besitzposition hinsichtlich der Kaffeemaschine aufgegeben hat (1. Voraussetzung der Übergabe). Denn aufgrund der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts hat V hier durch die Weggabe mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) an der Kaffeemaschine erlangt. Ein solcher setzt allgemein ein konkretes, nicht zwingend wirksames Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer voraus, bei dem der unmittelbare Besitzer die Sache für den jeweils anderen (potentiell) auf Zeit besitzt.[16] Zwischen V und K liegt hier mit der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung ein hinreichend konkretes Besitzmittlungsverhältnis vor.[17] Bei strenger Betrachtung fehlt es daher somit zunächst an einer (echten) Übergabe. Denkbar wäre daher, wie zum Teil vertreten, vorliegend statt einer Übergabe i.S.v. § 929 S. 1 BGB einen „Sonderfall des § 930 BGB“ auszurufen.[18] Richtigerweise genügt jedoch bei einer aufschiebend bedingten Übereignung für eine Übergabe auch ein temporär weiterbestehender (mittelbarer) Besitz des Veräußernden:[19] Denn bereits denklogisch muss es – wohlgemerkt nur für die Zwecke der Entstehung eines Anwartschaftsrechts – ausreichen, wenn das Besitzmittlungsverhältnis zwar erst mit Kaufpreiszahlung erlischt, der Veräußerer dies jedoch unter normalen Umständen nicht mehr einseitig verhindern kann.[20]

[14] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 34.
[15] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 13 ff.
[16] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 30 ff.
[17] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 42.
[18] So z.B. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 19.
[19] *Hofmann*, JA 2014, 178.
[20] *Hofmann*, JA 2014, 178 (181).

Die Voraussetzungen einer Übergabe zur Erlangung eines Anwartschaftsrechts an der Kaffeemaschine liegen somit vor.

cc) Einigsein zum Zeitpunkt der Übergabe

Hier waren sich V und K auch zum Zeitpunkt der Übergabe der Kaffeemaschine noch darüber einig, dass das Eigentum an der Kaffeemaschine (aufschiebend bedingt) auf K übergehen sollte.

dd) Verfügungsbefugnis des V als Veräußerer

Schließlich müsste V zur aufschiebend bedingten Übereignung der Kaffeemaschine (und damit auch – als Minus – zur Einräumung eines Anwartschaftsrechts) berechtigt gewesen sein. Verfügungsbefugt ist, wer in seiner Verfügungsmacht nicht beschränkte Rechtsinhaber oder aber – alternativ – kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts (§ 185 Abs. 1 BGB) zur Verfügung über ein fremdes Recht ermächtigt ist.[21]

V war weder zum Zeitpunkt der Verfügung selbst noch später zu irgendeinem Zeitpunkt (vgl. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB) Eigentümer der Kaffeemaschine; auch hat ihn E nicht zur Verfügung über ihr Eigentum ermächtigt. Somit war V nicht zur Verfügung über die Kaffeemaschine befugt.

ee) Zwischenergebnis: Kein „normaler“ Erwerb vom Berechtigten

Somit konnte K weder von V gem. §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt das Eigentum noch – somit – ein entsprechendes Anwartschaftsrecht an der Kaffeemaschine erwerben.

c) Gutgläubiger Erwerb des Anwartschaftsrechts durch K, §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 (analog)

Obwohl V hinsichtlich des Eigentums an der Kaffeemaschine keine Verfügungsberechtigung zukam, könnte K das aufschiebend bedingte Eigentum – und damit zugleich das Anwartschaftsrecht – jedoch gutgläubig gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB (ggf. analog) erworben haben.

aa) Möglichkeit des gutgläubigen Ersterwerbs eines Anwartschaftsrechts?

Fraglich ist zunächst, ob der gutgläubige Ersterwerb eines Anwartschaftsrechts vom Nichtberechtigten überhaupt möglich ist. *Dagegen* spricht zwar das Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung. Entscheidend *für* die Möglichkeit des gutgläubigen Ersterwerbs eines Anwartschaftsrechts spricht jedoch ein Erst-recht-Schluss: Wenn ein Nichtberechtigter sogar unmittelbar über fremdes Eigentum verfügen kann, so wäre es sinnwidrig, wenn er nicht zugleich – als wesensgleiches „Minus“ zum Eigentum – ein Anwartschaftsrecht einräumen könnte. Entsprechend ist der gutgläubige Ersterwerb eines Anwartschaftsrechts mit der ganz h.M. entweder in direkter[22] oder jedenfalls analoger Anwendung[23] der §§ 932 ff. BGB anzuerkennen.[24]

bb) Anwendbare Vorschriften

Vorliegend beurteilt sich der gutgläubige Ersterwerb des Anwartschaftsrechts nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB (analog). Neben den Voraussetzungen von § 929 S. 1 BGB (mit Ausnahme der Verfü-

[21] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 56 ff.
[22] So etwa *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 929 Rn. 174 ff.
[23] So z.B. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 38.
[24] Vgl. nur *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 19 m.w.N. („weithin unproblematisch“).

gungsberechtigung) sind hierfür zusätzlich das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts, die Gutgläubigkeit des Erwerbers (§ 932 Abs. 2 BGB) sowie ein etwaiges Abhandenkommen (§ 935 BGB) zu prüfen.

(1) Wirksame dingliche Einigung und Übergabe

Hier liegen die analog §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Einigung und Übergabe vor (siehe oben).

(2) Vorliegen eines Verkehrsgeschäftes

Zudem müsste die (bedingte) Veräußerung der Kaffeemaschine ein Verkehrsgeschäft darstellen. Diese – im Gesetz nicht geregelte – Voraussetzung ist immer dann erfüllt, wenn im Einzelfall auf Erwerber- und Veräußererseite weder in wirtschaftlicher noch rechtlicher Hinsicht dieselbe(n) Person(en) beteiligt sind.[25] Dies ist hier unzweifelhaft der Fall.

(3) Guter Glaube des K, § 932 Abs. 2 BGB

Gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB kann der gute Glaube eines Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers über dessen fehlende Verfügungsberechtigung hinweghelfen. Fraglich ist daher, ob K gutgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB war.

Bezugspunkt des guten Glaubens ist bei § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB die Eigentümerstellung des jeweils Verfügenden. Der Erwerber ist gem. § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig, wenn ihm weder positiv bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Maßgeblicher *Zeitpunkt* für den guten Glauben ist – nach allgemeinen Prinzipien – grundsätzlich der Zeitpunkt des Rechtserwerbs.[26] Da vorliegend jedoch eine aufschiebend bedingte Übereignung – und damit zugleich ein nach h.M. möglicher (siehe oben) gutgläubiger Erwerb eines Anwartschaftsrechts – zu prüfen ist, kommt es demgegenüber ausnahmsweise nur auf den früheren Zeitpunkt der Übergabe der Kaffeemaschine (und nicht den etwaigen späteren Bedingungseintritt) an;[27] denn das Anwartschaftsrecht entsteht bei einer Übereignung unter Eigentumsvorbehalts grundsätzlich bereits mit der Übergabe, sofern zu diesem Zeitpunkt – wie hier – alle sonstigen Erwerbsvoraussetzungen (mit Ausnahme des Bedingungseintritts) erfüllt sind.[28]

Hinweis: Wie bereits oben gezeigt, ist es gleichermaßen zulässig, direkt einen gutgläubigen Eigentumserwerb zu prüfen. Dann allerdings muss zusätzlich geprüft und festgestellt werden, dass das Anwartschaftsrecht bzw. die diesem inhärente Schutzwirkung dazu führt, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Gutgläubigkeit ausnahmsweise nicht bis zum Erwerb des Vollrechts, sondern gem. §§ 161, 162 BGB nur bis zur vorherigen Aushändigung der Kaffeemaschine – mit der zugleich das Anwartschaftsrecht gutgläubig erworben wird – vorliegen muss.[29]

Fraglich ist somit, ob K zum Zeitpunkt der Aushändigung gutgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB war.

---

[25] Näher dazu z.B. *Kindler/Paulus*, JuS 2013, 393 (395); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 23 Rn. 24 ff.
[26] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 53.
[27] BGHZ 10, 69 (72); 30, 374 (377); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 38.
[28] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 56.
[29] *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 932 Rn. 55.

K wusste laut Sachverhalt zunächst (d.h. bis zur finalen Konfrontation durch E) nicht, dass diese (und nicht V) Eigentümerin der Kaffeemaschine war. Somit besaß er bei deren Aushändigung an ihn noch keine positive Kenntnis der fehlenden Eigentümerstellung des V.

K könnte sich jedoch diesbezüglich in grobfahrlässiger Unkenntnis befunden haben. Eine grobfahrlässige Unkenntnis liegt immer dann vor, wenn der Erwerber nur deshalb keine positive Kenntnis hat, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt und auch ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt bzw. dasjenige nicht beachtet hat, was jedem vernünftigem Menschen hätte einleuchten müssen.[30]

Hier kommt als Verdachtsmoment in Betracht, dass V, was K als sein Cousin wusste, regelmäßig knapp bei Kasse war; vor diesem Hintergrund mag es zweifelhaft scheinen (und ggf. eine Nachforschungsobliegenheit auslösen), ob V wirklich Eigentümer einer so teuren Kaffeemaschine war, die er sich womöglich unter „normalen" Umständen gar nicht leisten konnte. Indes ist alleine die Tatsache, dass eine selbst notorisch zahlungsschwache Person, die dennoch offensichtlich ihren Lebensunterhalt in München bestreiten kann, eine hochwertige Maschine besitzt, noch nicht so ungewöhnlich, dass jedermann sofort misstrauisch werden müsste. Hinzu kommt die Kaffeeleidenschaft des V, die das Eigentum an einer entsprechenden Maschine durch V plausibel erscheinen lassen kann. Alles in allem liegt daher jedenfalls keine grobfahrlässige Unkenntnis des K vor.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis (d.h. eine Bejahung grobfahrlässiger Unkenntnis) ist gerade noch vertretbar.

(4) Kein Abhandenkommen, § 935 Abs. 1 BGB

Schließlich dürfte die Kaffeemaschine der E nicht abhandengekommen sein.

Ein Abhandenkommen i.S.v. § 935 Abs. 1 BGB liegt immer dann vor, wenn der Eigentümer den unmittelbaren Besitz an der betreffenden beweglichen Sache unfreiwillig verloren hat.[31] Insofern kommt es grundsätzlich – unabhängig von einer etwaigen (unbeschränkten) Geschäftsfähigkeit[32] – alleine auf den tatsächlich gefassten Willen zur Weggabe an.[33] Selbst eine durch Irrtum oder Täuschung bedingte Weggabe ist daher nach h.M. als freiwillig anzusehen.[34]

Vorliegend könnte eine freiwillige Weggabe der Kaffeemaschine allerdings deshalb ausscheiden, weil V die E zur Aushändigung der Maschine erst durch Drohung mit einer „Anzeige" beim Prüfungsamt bewegt hat. Nach h.M. kann die durch Drohung erzwungene Weggabe einer beweglichen Sache dieser tatsächlich den Charakter einer „Freiwilligkeit" nehmen.[35] Richtigerweise ist dafür jedoch erforderlich, dass eine Drohung im Einzelfall als „unwiderstehliche physische Gewalt" wirkt, d.h. sich der Verfügende vernünftigerweise nicht imstande sieht, dem entsprechenden Herausgabeverlangen zu widerstehen.[36] Eine derartige Qualität kam hier der Drohung des V indes nicht zu. Vielmehr hat E der Drohung des V erkennbar kein großes Gewicht beigelegt; sie ist dieser nur zur Vermeidung etwaiger „Unannehmlichkeiten" nachgekommen.

---

[30] BGHZ 10, 14 = NJW 1953, 1139; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 47 f.

[31] Allgemeine Meinung, vgl. statt aller *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 935 Rn. 2.

[32] Siehe jedoch *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 935 Rn. 7; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 42.

[33] BGHZ 4, 10 (34) = NJW 1952, 738.

[34] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 5 Rn. 38.

[35] Dies entgegen der h.M. sogar stets bejahend *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 43.

[36] So insbesondere BGHZ 4, 10 (34 ff.) = NJW 1952, 738.

Entsprechend hat E den unmittelbaren Besitz an der Kaffeemaschine nicht „unfreiwillig" übergeben. Die Kaffeemaschine ist somit nicht abhandengekommen i.S.v. § 935 Abs. 1 BGB.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis (d.h. eine Bejahung des Abhandenkommens) ist mit entsprechender Begründung gleichermaßen gut vertretbar.[37] In diesem Fall sollte dann allerdings der Bedingungseintritt hilfsgutachtlich geprüft werden.

(5) Zwischenergebnis

K hat damit gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB (ggf. analog) von V ein Anwartschaftsrecht an der Kaffeemaschine erworben. Eigentümerin der Maschine blieb dennoch zunächst E.

d) Zwischenergebnis

Somit hat K infolge deren Aushändigung in Verbindung mit der bedingten Übereignung gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB (ggf. analog) gutgläubig ein Anwartschaftsrecht an der Kaffeemaschine erworben.

2. „Erstarken" des Anwartschaftsrechts zum Eigentum durch die Echtzeitüberweisung

Das gutgläubig erworbene Anwartschaftsrecht müsste schließlich durch Bezahlung der letzten Kaufpreisrate (und damit den Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Übereignung) gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 (ggf. analog), 158 Abs. 1 S. BGB zum Eigentum als Vollrecht erstarkt sein. Neben dem Bedingungseintritt (dazu unter 1.) ist insofern zu klären, ob die zwischenzeitlich eingetretene Bösgläubigkeit dem späteren Eigentumserwerb entgegensteht (dazu unter 2.).

a) Eintritt der aufschiebenden Bedingung

Fraglich ist, ob die aufschiebend bedingte Übereignung der Kaffeemaschine durch V an K wirksam geworden – und damit das von K gutgläubig erworbene Anwartschaftsrecht zum Vollrecht Eigentum erstarkt – ist. Hierfür müsste die letzte Voraussetzung für den Eigentumserwerb, d.h. der Eintritt der aufschiebenden Bedingung durch Zahlung der letzten Kaufpreisrate, erfolgt sein.

V hat, als E bei ihm klingelte und die Kaffeemaschine herausverlangte, die letzte Kaufpreisrate an V im Wege der Echtzeitüberweisung an V gezahlt. Damit ist gem. § 362 Abs. 1 BGB vollständige Erfüllung der Kaufpreisforderung des V gegen K aus § 433 Abs. 2 BGB eingetreten. Die aufschiebende Bedingung der Übereignung durch V an K gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 (analog), 158 Abs. 1 BGB ist somit eingetreten.

Hinweis: Insofern kann offenbleiben, ob eine Überweisung überhaupt als Erfüllung i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB oder nur als Leistung an Erfüllungs Statt i.S.v. § 364 Abs. 1 BGB anzusehen ist.[38] Denn etwaige Rechtsfragen des Erfüllungsrechts waren nach dem Bearbeitungsvermerk nicht zu thematisieren.

[37] So etwa *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 43.

[38] Offengelassen von BGH NJW-RR 2004, 1281; BGH NJW 1999, 210; siehe dazu näher *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2025, § 362 Rn. 152 ff.

Somit ist die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang zwischen K und V hier wirksam geworden. Auch alle übrigen Voraussetzungen für den (gutgläubigen) Eigentumserwerb waren zu diesem Zeitpunkt bereits erfüllt (siehe oben).

b) Zwischenzeitlicher Eintritt der Bösgläubigkeit des K

Problematisch könnte allerdings sein, dass K zwischen der aufschiebend bedingten Einigung mitsamt Übergabe und dem Eintritt der Bedingung Kenntnis von den wahren Umständen, d.h. der fehlenden Eigentümerstellung des V, erlangt hat. Fraglich ist, ob die spätere Kenntnis das spätere Erstarken des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht noch verhindern kann.

Hier war K jedoch, wie oben gezeigt, beim Erwerb des Anwartschaftsrechts hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des V noch gutgläubig. Der spätere Wegfall der Gutgläubigkeit lässt aber nach ganz h.M. ein bereits vollständig erworbene Anwartschaftsrecht unberührt;[39] dies folgt – im Übrigen unabhängig von einer Anerkennung des Anwartschaftsrechts – richtigerweise aus §§ 161 f. BGB.[40]

Hinweis: Entsprechend ist – alternativ zu dem hier gewählten Aufbau – sogar eine Falllösung und Prüfung ganz ohne expliziten Rekurs auf das etwaige Anwartschaftsrecht des K möglich (siehe oben).

Somit schadet die nachträglich erworbene Kenntnis des K vom Eigentum der E nicht.

3. Zwischenergebnis

Somit ist das Anwartschaftsrecht des K an der Kaffeemaschine durch die vollständige Bezahlung gegenüber V gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, 158 Abs. 1 BGB trotz zwischenzeitlich erworbener Bösgläubigkeit des K zum Eigentum erstarkt. Zugleich hat E ihr zuvor fortbestehendes Eigentum verloren.

V. Ergebnis zu Frage 1

Eigentümer der Kaffeemaschine ist folglich K.

Frage 2 (Abwandlung): Anspruch E gegen K aus § 985 BGB auf Herausgabe der Kaffeemaschine

Fraglich ist, ob E von K in der Abwandlung Herausgabe der Kaffeemaschine gem. § 985 BGB verlangen kann.

I. Anwendbarkeit § 985 BGB (Subsidiaritätslehre)

§ 985 BGB müsste überhaupt anwendbar sein. Daran könnte es fehlen, wenn der Vindikationsanspruch durch vertragliche (oder womöglich sogar andere gesetzliche) Herausgabeansprüche (hier gem. § 604 Abs. 4 BGB), die der Rückabwicklung eines (zunächst) zum Besitz berechtigenden Schuldverhältnisses dienen, verdrängt würde (sog. Subsidiaritätslehre).

[39] BGHZ 10, 69 (72); 30, 374 (377); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 38; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 53.

[40] *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 932 Rn. 55.

Für einen derartigen Vorrang speziellerer Herausgabeansprüche könnte sprechen, dass vertragliche (oder ähnliche) Herausgabeansprüche regelmäßig sachnäher sind als die allgemeine Vindikation.[41] Allerdings ist bereits fraglich, ob eine derartige etwaige Subsidiarität auch dann gelten würde, wenn der Vertragspartner eines Herausgabegläubigers die herauszugebende Sache (wie hier) unberechtigt an einen Dritten (hier: K) weitergibt. Jedenfalls aber findet die Subsidiaritätslehre keinen Widerhall im Gesetz. Richtigerweise besteht daher zwischen § 985 BGB sowie etwaigen vertraglichen Herausgabeansprüchen Anspruchskonkurrenz.[42] § 985 BGB ist somit unzweifelhaft anwendbar.

II. Eigentum der E

E müsste Eigentümerin der Kaffeemaschine sein. Insofern wurde bereits bei der Beantwortung von Frage 1 gezeigt, dass E ursprünglich Eigentümerin der Maschine war und sie ihr Eigentum auch nicht bereits bei der Aushändigung durch V an K verloren hat. Da zudem in der Abwandlung die aufschiebende Bedingung für den Eigentumserwerb des K (§ 158 Abs. 1 BGB) noch nicht eingetreten ist, ist daher E weiterhin Eigentümerin der Kaffeemaschine.

III. Besitz des K

K müsste Besitzer der Kaffeemaschine sein. K hatte unzweifelhaft die tatsächliche und von einem natürlichen Willen getragene Sachherrschaft[43] – und damit unmittelbaren Besitz i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB – an der Kaffeemaschine inne. K ist somit tauglicher Anspruchsgegner.

IV. Kein Recht des K zum Besitz

Fraglich ist jedoch, ob K im Verhältnis zu E zum Besitz der Kaffeemaschine berechtigt ist. Insofern kommt sowohl ein originäres als auch ein abgeleitetes vertragliches als auch ein aus dem gutgläubig erworbenen Anwartschaftsrecht resultierendes Recht des K zum Besitz in Betracht.

1. Originäres Besitzrecht des K aus dem Kaufvertrag, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K könnte aus dem mit V über die Kaffeemaschine abgeschlossenen Kaufvertrag ein eigenes, originäres Besitzrecht auch gegenüber E zukommen, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Jedoch wirkt der obligatorische Kaufvertrag zwischen V und K nur relativ zwischen diesen beiden. Da zwischen E und K auch kein sonstiges Vertragsverhältnis besteht, hat K somit kein originäres Besitzrecht im Verhältnis zu E.

2. Abgeleitetes Besitzrecht des K über V, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Aber K könnte gem. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 und S. 2 BGB ein abgeleitetes Besitzrecht gegenüber E innehaben. Dies wäre der Fall, wenn einerseits V der E gegenüber (weiterhin) zum Besitz und zusätzlich zur Weitergabe der Kaffeemaschine an K als Dritten berechtigt wäre.

V kam zunächst aus dem mit E geschlossenen Leihvertrag ein Recht zum Besitz an der Kaffeemaschine gegenüber E zu, § 598 BGB. Allerdings war V – mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt – nicht zur Weitergabe der Kaffeemaschine an Dritte berechtigt (vgl. § 603 S. 2 BGB); somit

[41] *Raiser*, JZ 1961, 529; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 33.
[42] BGH NJW 1977, 31; BGH NJW 1961, 499.
[43] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 1.

scheitert ein abgeleitetes Besitzrecht bereits an § 986 Abs. 1 S. 2 BGB. Hierauf kommt es letztlich jedoch gar nicht an, da auch das Besitzrecht des V mit dem an ihn gerichteten Herausgabeverlangen der E endete, § 604 Abs. 3 BGB. Zum (späteren) Zeitpunkt des Herausgabeverlangens gegenüber K bestand daher kein Besitzrecht des V mehr.

3. Besitzrecht aus dem gutgläubig erworbenen Anwartschaftsrecht des K?

Schließlich könnte K ein Besitzrecht aus seinem infolge der aufschiebend bedingten Übereignung sowie Aushändigung der Kaffeemaschine durch V gutgläubig erlangten (siehe oben) Anwartschaftsrecht innehaben.

a) Anwartschaftsrecht des K an der Kaffeemaschine

K hat von V gutgläubig ein Anwartschaftsrecht an der Kaffeemaschine erlangt (siehe oben). Dieses besteht in der Abwandlung auch weiterhin fort. Etwas anderes könnte zwar daraus folgen, dass der spätere Bedingungseintritt unmöglich i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB geworden ist. Vorliegend ist jedoch trotz der temporären Zahlungsschwierigkeiten des K nicht ersichtlich ist, dass K die letzte Kaufpreisrate gar nicht mehr wird bezahlen können.

Hinweis: Eine a.A. ist zwar fernliegend, jedoch mit plausibler Begründung (z.B. Rückgriff auf die Grundsätze der vorübergehenden Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB) vertretbar.

b) Besitzrecht aus einem Anwartschaftsrecht?

Fraglich ist jedoch, ob ein aus einer aufschiebend bedingten Übereignung resultierendes Anwartschaftsrecht an einer beweglichen Sache überhaupt ein Recht zum Besitz gewährt. Mangels Regelung des Anwartschaftsrechts findet sich im Gesetz selbst keine Antwort auf diese Frage.

Für ein aus einem entsprechenden Anwartschaftsrecht resultierendes Besitzrecht spricht zunächst dessen Wesensverwandtschaft mit dem Eigentum als Vollrecht; so ist das Anwartschaftsrecht „wesensgleiches Minus“ bzw. bloße Durchgangsstation auf dem „Weg“ zum Eigentum, dessen grundsätzliche Rechtsnatur es daher womöglich teilt.[44] Entsprechend finden z.B. bestimmte aus dem Eigentum resultierende (dingliche) Schutzansprüche (insbesondere aus § 985 BGB sowie § 1004 BGB) nach h.M. analoge Anwendung auf das Anwartschaftsrecht.[45] Demnach könnte es folgerichtig sein, nicht nur aus dem Eigentum, sondern auch aus dem Anwartschaftsrecht ein Recht zum Besitz zu folgern.[46] Dies gilt erst recht, da die grundsätzlich gewollte Verkehrsfähigkeit[47] eines Anwartschaftsrechts darunter leiden würde, wenn man dessen Erwerber nicht zugleich ein dingliches Besitzrecht gewährt.

Gegen ein aus einem Anwartschaftsrecht resultierendes Besitzrecht spricht hingegen, dass die Herleitung eines Besitzrechts aus einem Anwartschaftsrecht letztlich zu einer sinnwidrigen Verdopplung der Eigentümerstellung führt.[48] Zwar kennt das BGB eine derartige Dopplung auch im Falle

[44] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 17, 47.

[45] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 45.

[46] So die h.Lit., vgl. *Herrler*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 929 Rn. 41; *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 929 Rn. 175; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 17, 47; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 40, jeweils m.w.N.

[47] Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 18 f.

[48] Dies erwähnend *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 47.

bestimmter lediglich relativer unwirksamer Verfügungen (etwa gem. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB bei der Vormerkung). Dies betrifft klassischerweise jedoch gerade nicht das Verhältnis zwischen Eigentümer und Anwartschaftsrechtsinhaber; vielmehr erscheint eine potentiell gegenseitige Besitzberechtigung gerade in diesem Verhältnis geradezu sinnwidrig. Hinzu kommt, dass ein Anwartschaftsrecht lediglich eine Vorstufe zum Eigentumserwerb darstellt, weshalb richtigerweise auch nicht alle Eigentümerbefugnisse und -rechte bereits auf den Anwartschaftsberechtigten Anwendung finden.[49] Schließlich ist der Inhaber eines Anwartschaftsrechts insofern auch gar nicht schutzwürdig; denn er hat es in der Regel selbst in der Hand, durch den Bedingungseintritt das Vollrecht Eigentum – und damit ein dann unzweifelhaftes dingliches Besitzrecht – zu erlangen.[50]

Richtigerweise ist daher davon auszugehen, dass ein Anwartschaftsrecht jedenfalls im Verhältnis zum Eigentümer grundsätzlich kein Recht zum Besitz gewährt. Etwas anderes kann im Einzelfall, um ein unnötiges *zeitnahes* Hin- und Herverschieben der jeweiligen Sache zu vermeiden, allenfalls aus § 242 BGB (dolo agit) folgen, wenn der Eintritt der entsprechenden Bedingung für den Eigentumserwerb unmittelbar bevorsteht.[51] Dies ist hier nicht der Fall.

Hinweis: Die hier gewählte Lösung entspricht der Ansicht des BGH – und damit der h.M. Die in der Literatur von bedeutenden Stimmen vertretene a.A. ist mit entsprechender Begründung genauso gut vertretbar.

V. Ergebnis zu Frage 2

Mangels Besitzrechts des K kann E in der Abwandlung von diesem Herausgabe der Kaffeemaschine aus § 985 BGB verlangen.

[49] Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 18.

[50] So BGHZ 10, 69; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 465; offenlassend aber BGH NJW 2006, 3488 (3490 Rn. 21).

[51] BGHZ 10, 69 (75).

Examensübungsklausur: Glücksspiel mit Grundrechten

*Wiss. Mitarbeiter Alexander Khorenko, Mannheim**

Die Examensklausur mittleren Schwierigkeitsgrades aus dem Examensvorbereitungsprogramm der Universität Mannheim kombiniert verfahrensrechtliche Probleme einer baden-württembergischen Landesverfassungsbeschwerde mit aktuellen landes- und bundesverfassungsrechtlichen Fragen des Glücksspielrechts. Der Sachverhalt ist an zwei aktuelle Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg angelehnt. Zum Zwecke der besseren gutachterlichen Bearbeitung wurden diese abgewandelt und vereinfacht.

Sachverhalt

Teil 1

Die Regulierung von Spielhallen unterlag in den letzten Jahren einem erheblichen Wandel. Während das Spielhallenrecht früher bundesrechtlich in §§ 33c ff. GewO abschließend geregelt war, wurde es durch die Föderalismusreform 2006 in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt. In der Folge erließ das Land Baden-Württemberg im Jahr 2012 das Landesglücksspielgesetz (LGlüG). Erstmals vorgesehen sind darin neben einem Verbot von Mehrfachspielhallen unter anderem ein Abstandsgebot zwischen Spielhallen; zudem gibt es eine Härtefallregelung, die Befreiungen in Ausnahmefällen vorsieht.

Die Unternehmerin A betreibt seit 2008 eine Einzelspielhalle in Mosbach zunächst mit unbefristeter Erlaubnis nach § 33i GewO. Nach Inkrafttreten des LGlüG erhielt sie auf Grundlage von § 51 Abs. 5 S. 1 LGlüG eine befristete Härtefallbefreiung, die den Betrieb ihrer Alt-Spielhalle bis zum 30.6.2021 gestattete. Im Umkreis von 300 Metern befindet sich eine Spielhalle der Y-GmbH, die ihrerseits eine rechtmäßige, bis zum 30.6.2023 befristete, Übergangserlaubnis erhalten hatte.

Im April 2021 beantragte A eine neue, unbefristete Erlaubnis zum Weiterbetrieb ihrer Spielhalle gem. § 41 Abs. 1 LGlüG, hilfsweise erneut eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG. Die zuständige Behörde lehnte beide Anträge mit dem Bescheid vom 1.7.2021 ab. Zur Begründung führte sie aus, dass eine Befreiung im konkreten Fall nicht mehr in Betracht komme, da keine unbillige Härte ersichtlich sei. Die Härtefallregelung sei ohnehin vom Gesetzgeber nur als Übergangsregelung gedacht worden. Hinsichtlich der dauerhaften Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG seien zwar grundsätzlich alle formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt. Aufgrund des Abstandsgebots in § 42 Abs. 1 LGlüG könne jedoch in dem betroffenen Umkreis nur einer der konkurrierenden Spielhallenbetriebe eine Erlaubnis erhalten. Eine Auswahlentscheidung zwischen A und der Y-GmbH sei nicht vorzunehmen, da die Y-GmbH aktuell noch über eine gültige Befreiung verfüge.

A erhob daraufhin Widerspruch und Klage gegen die ablehnende Entscheidung sowie gegen die Erlaubniserteilung zugunsten der Y-GmbH. Das Verfahren blieb jedoch ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht schloss sich der Auffassung der Behörde an, dass eine Auswahlentscheidung gar nicht geboten gewesen sei. Eine dagegen eingelegte Berufung wies der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württem-

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. *Dr. Friedemann Kainer*) an der Universität Mannheim.

berg mit Urteil vom 7.10.2021 zurück, welches A am 11.10.2021 zugestellt wurde. Damit war der fachgerichtliche Rechtsweg erschöpft.

Unverzüglich danach beauftragte A ihren Rechtsanwalt mit der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg. Sie sei sich sicher, dass ein Auswahlverfahren zwischen konkurrierenden Spielhallenanträgen zwingend hätte durchgeführt werden müssen, bevor einer Mitbewerberin der Vorzug gegeben werde. Die gesetzliche Regelung führe dazu, dass faktisch der zeitlich erste Antragsteller oder Inhaber einer Alt-Erlaubnis bevorzugt werde, ohne dass die Eignung oder Zuverlässigkeit anderer Bewerber Berücksichtigung finde. Dies stelle eine ungerechtfertigte Bevorzugung dar und verletze den Grundsatz des chancengleichen Zugangs zum Beruf sowie ihre Eigentumsfreiheit.

Der Anwalt übertrug die Übermittlung der Beschwerdeschrift und der erforderlichen Anlagen an den Verfassungsgerichtshof der langjährig beschäftigten und bislang stets zuverlässigen Büroangestellten N. Diese versandte am 14.10.2021 per Fax sämtliche Anlagen, vergaß jedoch, die eigentliche Beschwerdeschrift beizufügen. Dieser Fehler wurde erst am 12.11.2021 nach einem Hinweis durch den Verfassungsgerichtshof bemerkt. Noch am selben Tag wurden die fehlenden Unterlagen im Original nachgereicht, verbunden mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Aufgrund der hohen psychischen Belastung im Zusammenhang mit der drohenden Schließung ihrer Spielhalle entwickelte A Bluthochdruck. Am 13.11.2021 erlitt sie eine hypertonische Krise und verstarb noch am selben Tag. Ihr Sohn und Alleinerbe X, der die Spielhalle weiterbetreiben möchte, beabsichtigt, das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof fortzuführen.

Fallfrage Teil 1

Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

Teil 2

Der deutsche Unternehmer U betreibt seit 2008 eine Wettvermittlungsstelle in Karlsruhe. Er vermittelt dort Sportwetten an einen in der Europäischen Union konzessionierten Buchmacher mit Sitz in Malta. Die Vermittlungsstelle befindet sich in einem Gebäude, in dem bereits seit dem Jahr 2000 eine Spielhalle auf Grundlage einer Erlaubnis nach § 33i GewO betrieben wird. Wettbüro und Spielhalle liegen in baulich voneinander getrennten Einheiten unter demselben Dach. Sie verfügen über separate Eingänge und sind räumlich so gestaltet, dass von der jeweils anderen Einheit aus keine Sichtverbindung besteht.

Die Betreiberin der Spielhalle besitzt dabei eine, rechtmäßig durch die zuständige Behörde erteilte, bis April 2021 befristete, Härtefallerlaubnis gem. § 51 Abs. 5 S. 1 LGlüG.

Im März 2016 untersagte das zuständige Regierungspräsidium dem U die Vermittlung von Sportwetten in den betreffenden Räumlichkeiten. Zur Begründung führte es an, dass sich die Wettvermittlungsstelle im selben Gebäude wie die Spielhalle befinde und damit gegen das gesetzliche Trennungsgebot nach § 20 Abs. 1 Nr. 5 lit. a LGlüG verstoße, wonach Sportwetten nicht in einem Gebäude vermittelt werden dürfen, in dem sich eine Spielhalle befindet.

U legte umgehend Widerspruch und anschließend Klage ein. Er machte geltend, der Begriff „Gebäude“ sei unbestimmt und führe zu ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen, da vergleichbare räumliche Konstellationen bei getrennten Gebäuden zulässig seien. Zudem sei seine Berufsfreiheit unverhältnismäßig eingeschränkt. Jedenfalls liege ein Verstoß gegen seine Dienstleistungsfreiheit vor, weshalb die Gerichte zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof verpflichtet gewesen

wären. Im Übrigen möchte er auch gegen die Erlaubniserteilung zugunsten der Spielhallenbetreiberin vorgehen.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. Es bestätigte die Rechtmäßigkeit der Untersagung und sah das Trennungsgebot als verfassungs- und unionsrechtskonform an. Insbesondere musste der EuGH nicht angerufen werden, da er in einem ähnlich gelagerten Fall bereits entschieden hatte, dass im Glücksspielsektor die Dienstleistungsfreiheit zum Schutz der Verbraucher eingeschränkt werden dürfe. Die Berufung wurde vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg nicht zugelassen.

U erhebt nun Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg. Die Untersagungsverfügung sei rechtswidrig und die diese bestätigenden Gerichtsentscheidungen ein Skandal. Schon das Trennungsgebot nach § 20 Abs. 1 Nr. 5 lit. a LGlüG sei doch verfassungswidrig. Ferner, so U, sei es ihm faktisch unmöglich, sich gegen die seiner Auffassung nach rechtswidrige Spielhallenerlaubnis der Konkurrentin zur Wehr zu setzen. Dies verletze sein Recht auf effektiven Rechtsschutz.

Fallfrage Teil 2

Prüfen Sie, ob die Verfassungsbeschwerde des U begründet ist.

Bearbeitungsvermerk

Die Fallfragen sind unter Zugrundelegung des baden-württembergischen Landesrechts zu beantworten.

Auszug aus dem Landesglücksspielgesetz (LGlüG) vom 20. November 2012

Abschnitt 4: Sportwetten

§ 20 Wettvermittlungsstellen

(1) Der Betrieb einer Wettvermittlungsstelle bedarf der Erlaubnis durch die zuständige Behörde. Der Betrieb darf nur erlaubt werden, wenn

[…]

5. die Wettvermittlungsstelle nicht
   a) in einem Gebäude oder Gebäudekomplex, in dem sich eine Spielbank oder eine Spielhalle befindet,
   b) auf einer Pferderennbahn oder
   c) in einer Gaststätte, in der alkoholische Getränke ausgeschenkt werden oder Geldspielgeräte aufgestellt sind,

betrieben werden soll, […]

(2) Die Zahl der Wettvermittlungsstellen der Konzessionsnehmer wird für Baden-Württemberg auf höchstens 600 begrenzt und ist auf die Konzessionsnehmer gleichmäßig zu verteilen. […]

[…]

Abschnitt 7: Spielhallen

§ 41 Erlaubnis für Spielhallen
(1) Der Betrieb einer Spielhalle bedarf der Erlaubnis nach diesem Gesetz, die die Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung ersetzt. Sonstige Genehmigungserfordernisse nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt. Die Erlaubnis ist auf maximal 15 Jahre zu befristen.
(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn […]
2. die Voraussetzungen nach § 42 nicht erfüllt sind
[…]

§ 42 Anforderungen an die Errichtung von Spielhallen
(1) Spielhallen müssen einen Abstand von mindestens 500 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, untereinander haben.
(2) Die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist, ist ausgeschlossen.
(3) Zu einer bestehenden Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen ist ein Mindestabstand von 500 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, einzuhalten.
[…]

Abschnitt 9: Schlussvorschriften

§ 51 Übergangsregelung
[…]
(4) Für den Betrieb einer bestehenden Spielhalle, für die bis zum 18.11.2011 eine Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung beantragt und in der Folge erteilt wurde, ist nach dem 30.6.2017 zusätzlich eine Erlaubnis nach § 41 erforderlich. […]
(5) Zur Vermeidung unbilliger Härten kann die zuständige Erlaubnisbehörde in den Fällen des Absatzes 4 Satz 1 befristet für einen angemessenen Zeitraum auf Antrag von der Einhaltung der Anforderungen des § 42 Absätze 1 und 2 befreien; dabei sind der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung sowie der Schutzzweck dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Der Mindestabstand zu einer anderen Spielhalle darf dabei 250 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zur Eingangstür, nicht unterschreiten. Dem Antrag sind sämtliche für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen und Nachweise beizufügen. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte sind insbesondere dann gegeben, wenn eine Anpassung des Betriebs an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist und Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschrieben werden konnten.
[…].

Lösungsvorschlag

Teil 1 598
A. Zulässigkeit 598
I. Zuständigkeit 598

II. Beschwerdefähigkeit ... 598
III. Beschwerdegegenstand ... 598
IV. Beschwerdebefugnis ... 598
V. Rechtswegerschöpfung und allgemeine Subsidiarität ... 599
VI. Frist ... 599
VII. Form ... 600
VIII. Subsidiarität der Landesverfassungsbeschwerde ... 600
IX. Rechtsschutzbedürfnis ... 601
B. Begründetheit ... 601
I. Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit ... 601
1. Schutzbereich ... 601
2. Eingriff ... 602
3. Rechtfertigung ... 602
a) Gesetzesvorbehalt ... 602
b) Verhältnismäßigkeit ... 603
4. Zwischenergebnis ... 604
II. Eigentumsfreiheit ... 604
C. Ergebnis ... 605
Teil 2 ... 605
A. Begründetheit ... 605
I. Berufsfreiheit ... 606
1. Schutzbereich ... 606
2. Eingriff ... 606
3. Rechtfertigung ... 606
a) Verhältnismäßigkeit der Norm ... 606
b) Verhältnismäßigkeit des Einzelakts ... 608
4. Zwischenergebnis ... 608
II. Allgemeiner Gleichheitssatz ... 608
1. Ungleichbehandlung ... 608
2. Rechtfertigung ... 608
III. Recht auf gesetzlichen Richter ... 609
IV. Rechtsschutzgarantie ... 610
B. Ergebnis ... 610

Teil 1

Die Landesverfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Landesverfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gem. Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 LV i.V.m. §§ 55 ff. VerfGHG BW vorliegen.

I. Zuständigkeit

Der VerfGHG BW ist gem. Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 LV i.V.m. § 55 Abs. 1 VerfGHG BW für die Entscheidung über Landesverfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit

Beschwerdefähig nach § 55 Abs. 1 VerfGHG BW ist jeder, der Träger einer durch die Landesverfassung gewährleisteten subjektiven Rechtsposition sein kann. A ist als natürliche Person Grundrechtsträgerin hinsichtlich Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG und mithin beschwerdefähig.

III. Beschwerdegegenstand

Die Landesverfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs. Dabei handelt es sich um einen anfechtbaren Akt öffentlicher Gewalt des Landes i.S.d. § 55 Abs. 1 VerfGHG BW.[1] Insofern liegt ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor.

IV. Beschwerdebefugnis

A müsste beschwerdebefugt gewesen sein. Das ist sie grundsätzlich dann, wenn sie geltend machen kann, durch eine staatliche Maßnahme oder Unterlassung selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihren Grundrechten betroffen zu sein.[2] Hier macht A geltend, durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Die angegriffene Bestätigung des Unterbleibens eines Auswahlverfahrens unter Beteiligung der A verletzt diese ohne Zwischenschaltung eines weiteren Aktes unmittelbar in ihren eigenen Grundrechten. Die ablehnende Verwaltungsentscheidung hat weiterhin Bestand und wurde nicht aufgehoben, sodass die Grundrechtsbeeinträchtigung fortwirkt und gegenwärtig ist.

Fraglich ist, ob das verfassungsgerichtliche Verfahren nach dem Tod der Beschwerdeführerin A fortgesetzt werden kann oder ob ihre Beschwerdebefugnis mit deren Tod entfallen ist.

Eine gesetzliche Regelung zu den verfahrensrechtlichen Folgen des Todes eines Beschwerdeführers enthält das VerfGHG BW nicht. Die Frage der Verfahrensfortführung ist daher unter Berücksichtigung

[1] Ausführlich zu den Formen öffentlicher Gewalt *Zuck/Zuck/Eisele*, Die Landesverfassungsbeschwerde in Baden-Württemberg, 2013, Rn. 43 ff.
[2] BVerfGE 89, 155 (171).

der Art des geltend gemachten Grundrechts, der Natur des Verfassungsbeschwerdeverfahrens sowie des Verfahrensstandes im Einzelfall zu beurteilen.[3]

Grundsätzlich dient die Verfassungsbeschwerde der Durchsetzung höchstpersönlicher Rechte. Dementsprechend kommt eine Rechtsnachfolge im Verfassungsbeschwerdeverfahren regelmäßig nicht in Betracht.[4] Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann das Verfahren jedoch ausnahmsweise durch Rechtsnachfolger fortgeführt werden, wenn diese ein eigenes rechtlich schützenswertes Interesse an der verfassungsgerichtlichen Klärung geltend machen können.[5] Maßgeblich ist dabei insbesondere, ob die gerügte Rechtsverletzung Auswirkungen auf vermögensrechtliche oder wirtschaftlich relevante Rechtspositionen hat, die in den Nachlass übergegangen sind.[6]

Im vorliegenden Fall betrifft die Verfassungsbeschwerde das Unterbleiben eines Auswahlverfahrens für eine Spielhallenerlaubnis unter Beteiligung der A. Die Beschwerdeführerin hatte bis zu ihrem Tod eine gewerbliche Tätigkeit i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG ausgeübt, deren Fortführung sie mit verfassungsrechtlichen Argumenten sichern wollte. Die Spielhalle stellte einen zentralen Vermögenswert in ihrem Nachlass dar. Darüber hinaus rügte sie auch eine Verletzung von Eigentumsrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG.

Sohn X ist Alleinerbe und beabsichtigt, die Spielhalle – soweit rechtlich möglich – fortzuführen. Das Verfahren hat für ihn daher erhebliche wirtschaftliche Relevanz. Es geht nicht um die nachträgliche Feststellung einer bloßen Grundrechtsverletzung, sondern um die gerichtliche Klärung, ob X bei verfassungskonformer Anwendung der Auswahlregeln möglicherweise einen Anspruch auf Wiedereröffnung des Verfahrens bzw. einen rechtlichen Vorteil erlangen könnte. Mithin liegt ein zur Fortführung der Landesverfassungsbeschwerde berechtigendes Interesse des X vor.

X ist daher als Erbe beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung und allgemeine Subsidiarität

Gem. § 55 Abs. 2 S. 1 VerfGHG BW kann die Landesverfassungsbeschwerde erst nach der Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. A hat mit der erfolglosen Klage vor dem Verwaltungsgericht sowie der Berufung vor dem Verwaltungsgerichtshof alle fachgerichtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft.

Indem A über die Erschöpfung des Rechtswegs hinaus sämtliche zumutbaren prozessualen Möglichkeiten ergriffen hat, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung durch die Fachgerichte zu erreichen, ist auch der Grundsatz der allgemeinen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gewahrt.[7]

VI. Frist

Nach § 56 Abs. 2 S. 1 VerfGHG BW ist die Verfassungsbeschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung zu erheben. Die Frist beginnt gem. § 56 Abs. 2 S. 2 VerfGHG BW mit der der Zustellung des vollständig abgefassten angegriffenen Urteils, wenn dieses von Amts wegen zuzustellen ist. Das Berufungsurteil des VGH ist gem. §§ 125 Abs. 1 S. 1, 116 VwGO zuzustellen,

[3] BVerfGE 6, 389 (442).
[4] BVerfGE 6, 389 (442); 109, 279 (304); 124, 300 (318).
[5] BVerfGE 6, 389 (442 f.); 17, 86 (91); 23, 288 (300); 26, 327 (332); 37, 201 (206); 69, 188 (201).
[6] *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 90 Rn. 364.
[7] BVerfG VIZ 2000, 120 (121); vom StGH BW übernommen in StGH BW, Urt. v. 17.6.2014 – 15/13, Rn. 170 (juris).

wobei die Zustellung gem. § 56 Abs. 1 a.E. und 2 VwGO von Amts wegen erfolgt. Das Urteil des VGH wurde A am 11.10.2021 zugestellt. Damit endete die Monatsfrist analog §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Var. 1 BGB mit dem Ablauf des 11.11.2021.

Die Beschwerdeschrift und damit die Verfassungsbeschwerde ging jedoch erst am 12.11.2021 beim Verfassungsgerichtshof ein. Die Frist wurde demnach versäumt.

Die Verfassungsbeschwerde könnte aber aufgrund einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 56 Abs. 3 VerfGHG BW als fristgerecht erhoben gelten. Hierfür bedarf es einer unverschuldeten Fristversäumung, eines rechtzeitigen Antrages auf Wiedereinsetzung und der Nachholung der versäumten Rechtshandlung innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist.

1. A müsste die Beschwerdefrist unverschuldet versäumt haben.

Dabei steht gem. § 56 Abs. 3 S. 6 VerfGHG BW das Verschulden des Prozessbevollmächtigten i.S.d. § 14 VerfGHG BW dem des Beschwerdeführers gleich. A selbst wurde nicht tätig. Maßgeblich ist demnach, ob ihrem Prozessbevollmächtigten ein Verschulden bei der Fristversäumnis anzulasten ist.

Der Fehler lag hier jedoch nicht in einem persönlichen Versäumnis des Anwalts selbst, sondern im Verhalten der von ihm eingesetzten Büroangestellten N, die es unterließ, die Beschwerdeschrift zusammen mit den übrigen Anlagen zu versenden. Ein Verschulden von Mitarbeitern ist dem Prozessbevollmächtigten nur zuzurechnen, wenn ihm ein Auswahl-, Organisations- oder Überwachungsverschulden zur Last gelegt werden kann.[8] Dies ist hier nicht ersichtlich: Die mit der Übermittlung betraute Mitarbeiterin war langjährig zuverlässig tätig, was gegen ein Auswahlverschulden spricht. Auch organisatorische Mängel oder fehlende Kontrolle durch den Rechtsanwalt sind nicht ersichtlich. Damit war die Fristversäumung unverschuldet.

2. Der Fehler wurde am 12.11.2021 erkannt, woraufhin der Antrag auf Wiedereinsetzung noch am selben Tag gestellt wurde. Damit wurde die zweiwöchige Antragsfrist gem. § 56 Abs. 3 S. 2 VerfGHG BW gewahrt. Die Nachholung der versäumten Rechtshandlung war aufgrund des zwischenzeitlichen Eingangs der Unterlagen beim Verfassungsgerichtshof nicht mehr erforderlich.

3. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegen somit vor. Die zunächst verspätete Verfassungsbeschwerde gilt infolgedessen gem. § 56 Abs. 3 S. 1 VerfGHG BW als fristgerecht erhoben.

VII. Form

Von der Einhaltung der erforderlichen Form nach §§ 15 Abs. 1, 56 Abs. 1 VerfGHG BW ist auszugehen.

VIII. Subsidiarität der Landesverfassungsbeschwerde

Nach § 55 Abs. 1 VerfGHG BW a.E. ist die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg ausgeschlossen, wenn wegen desselben Gegenstands bereits Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben wurde (sog. bedingte Subsidiarität der Landesverfassungsbeschwerde)[9]. Insofern besteht ein Wahlrecht des Beschwerdeführers. Hier hat sich A für die Erhebung der Landesverfassungsbeschwerde entschieden.

[8] *B. Grünewald/Tremml*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 93 Rn. 61; BVerfG BeckRS 2013, 53068.
[9] *Niesler*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 90 Abs. 3 Rn. 22.

IX. Rechtsschutzbedürfnis

Die Verfassungsbeschwerde setzt ein bestehendes Rechtsschutzbedürfnis voraus. Dieses entfällt nicht bereits deshalb, weil der beanstandete Verwaltungsakt vollzogen oder ein ursprünglicher Zustand nicht mehr ohne Weiteres wiederhergestellt werden kann. Vielmehr ist ein fortbestehendes Interesse grundsätzlich dann anzunehmen, wenn die Rechtsverfolgung von einem rechtlich schützenswerten Interesse getragen wird, etwa um eine Klärung grundrechtlicher Positionen zu erreichen.[10]

Vorliegend verfolgen die Beschwerdeführer das Ziel, die Spielhallenschließung infolge der versagten Erlaubniserteilung als verfassungswidrig feststellen zu lassen und ggf. eine (erneute) Teilnahme an einem Auswahlverfahren zu erwirken. Es ist nicht ersichtlich, dass ein erfolgreicher Ausgang eines solchen Verfahrens im Falle verfassungskonformer Durchführung von vornherein ausgeschlossen wäre. Die Beschwer ist folglich im vorliegenden Fall nicht weggefallen. Zudem steht den Beschwerdeführern kein anderweitiger einfachrechtlicher Rechtsschutz mehr zur Verfügung.

Ein Rechtsschutzbedürfnis liegt demnach vor.

B. Begründetheit

Die Landesverfassungsbeschwerde ist begründet, soweit die angegriffene Gerichtsentscheidung A in ihren Landesgrundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt, § 55 Abs. 1 VerfGHG BW.

Der VerfGH ist dabei keine Superrevisionsinstanz. Er prüft im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden nicht die Auslegung oder Anwendung des einfachen Rechts durch das Fachgericht. Vielmehr wird nur geprüft, ob das Fachgericht spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat. Eine solche Verletzung ist zu bejahen, wenn das Fachgericht seine Entscheidung entweder auf eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage gestützt hat und/oder in Auslegung eines verfassungsmäßigen Gesetzes ein Rechtssatz aufgestellt wurde, der, wäre er vom Gesetzgeber erlassen worden, seinerseits verfassungswidrig wäre und/oder, wenn die Entscheidung objektiv willkürlich ist.[11]

I. Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit

Die angegriffene Entscheidung könnte A in ihrem Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verletzen.

1. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet sein.

A ist als Deutsche i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG vom persönlichen Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG umfasst.

Zudem müsste das Betreiben einer Spielhalle auch sachlich dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht der freien Wahl und Ausübung von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte. Der Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte

[10] Rechtsschutzbedürfnis ist dabei nicht mit Rechtsschutzinteresse gleichzusetzen: dazu *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 90 Rn. 438.

[11] Näher zum Prüfungsmaßstab bei Verfassungsbeschwerden *Geis/Thirmeyer*, JuS 2012, 316 (322).

Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.[12] A betreibt über mehrere Jahre hinweg eine Spielhalle, aus deren Einkünften sie ihren Lebensunterhalt bestreitet. Insofern handelt es sich bei dem Betreiben einer Spielhalle um einen geschützten Beruf im Verständnis des Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG.[13]

Nach der ständigen Rechtsprechung sind dabei einfachrechtliche Verbote der gewerblichen Ausübung dieses Rechts für den grundrechtlichen Schutz der Tätigkeit ohne Belang.[14] Daher entfällt der Schutz nicht etwa aus dem Grund, dass A nicht über die nach § 41 Abs. 1 S. 1 LGlüG für die Tätigkeit erforderliche Erlaubnis verfügt.

Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ein Recht auf chancengleichen Zugang zu einer nur begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit. Der Schutzbereich ist mithin eröffnet.

2. Eingriff

Wegen des aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Anspruchs auf gleiche Teilhabe muss die Ausgestaltung der Zulassung gleichheitsgemäß sein.[15] Ein Eingriff liegt demnach vor, wenn einem Bewerber der Zugang zu einer durch Zulassungsbeschränkung limitierten Tätigkeit ohne sachgerechte Auswahlentscheidung verwehrt wird.

Für den konkreten Fall einer Konkurrenzsituation zwischen Spielhallenbetreibern folgt daraus, dass eine den grundrechtlich geschützten Interessen gerecht werdende Auswahlentscheidung getroffen werden muss, wenn mehrere Spielhallenbetreiber um die Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG, gegebenenfalls in Verbindung mit einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 S. 1 LGlüG, miteinander konkurrieren.[16] Dieser Anspruch bezieht sich auch auf ein diesbezügliches Verwaltungsverfahren.

In der gerichtlichen Billigung des behördlichen Vorgehens, vor Durchführung des Auswahlverfahrens bezogen auf jede einzelne Spielhalle das Vorliegen eines Härtefalls zu prüfen und Spielhallen, bei denen ein Härtefall angenommen worden ist, sodann ohne ein weiteres Auswahlverfahren den Vorzug vor solchen ohne eigene Härtefallerlaubnis einzuräumen, liegt also ein Eingriff.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in die Berufsfreiheit der A ist nur gerechtfertigt, wenn er auf einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage beruht und verhältnismäßig ist.

a) Gesetzesvorbehalt

Eingriffe in die Berufsfreiheit bedürfen gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG einer gesetzlichen Grundlage. Rechtsgrundlage für die Erlaubnisvergabe ist § 41 Abs. 1 LGlüG. Damit liegt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage vor.

Die genannte Regelung ist auch formell verfassungsgemäß. Indem das Recht der Spielhallen explizit aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Nr. 11 GG ausgeklammert

[12] BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 105, 252 (265).

[13] StGH BW BeckRS 2014, 52775 Rn. 249.

[14] BVerfGE 115, 276 (300 f.); anders noch BVerfGE 14, 19 (22), nach dessen Rechtsansicht die unerlaubte Tätigkeit vom Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist; umfangreich zum Schutzbereich der Berufsfreiheit *Frenz*, JA 2009, 252 (252).

[15] So auch bei Ansprüchen auf Zulassung zum Studium: siehe Beispiel bei *Frenz*, JA 2009, 252 (252).

[16] VerfGH BW, Urt. v. 2.3.2023 – 1 VB 98/19, Rn. 135 ff. (juris).

wurde, steht dem Land Baden-Württemberg die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG zu.

b) Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff müsste auch verhältnismäßig sein. Das ist er, wenn er einem legitimen Zweck dient sowie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

aa) Eine Reduzierung der Zahl von Spielhallen durch Versagung der Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG dient Gemeinwohlzielen wie Spielerschutz, Suchtprävention sowie Jugend- und Verbraucherschutz. Diese Zwecke sind vom Gesetzgeber anerkannt und verfassungsrechtlich legitim.[17]

bb) Geeignet ist eine Maßnahme, wenn mit ihrer Hilfe der angestrebte Zweck gefördert werden kann.[18]

Zwar besteht die Gefahr, dass durch eine starre Vorrangregelung Standorte oder Betreiber mit besserer Gewähr für eine gesetzeskonforme und suchtpräventive Führung vom Markt verdrängt werden.[19] Eine prioritäre Berücksichtigung von Härtefallinteressen könnte daher langfristig der bestmöglichen Erreichung der gesetzlichen Präventionsziele zuwiderlaufen.

Jedoch beschleunigt der Wegfall aufwendiger Auswahlverfahren den Entscheidungsprozess erheblich. Die privilegierte Berücksichtigung von Härtefallinhabern kann die Spielhallendichte damit kurzfristig reduzieren und ist folglich grundsätzlich geeignet, die verfolgten Gemeinwohlziele zu fördern.[20]

cc) Erforderlich ist die Maßnahme nur, wenn kein milderes, gleich wirksames Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung steht.[21]

Als milderes Mittel wäre denkbar, alle formal geeigneten Bewerber zunächst zum Auswahlverfahren zuzulassen und die individuellen Eignungskriterien im Rahmen der Vergabeentscheidung zu gewichten. Dadurch bliebe der chancengleiche Zugang gewahrt.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass das Regelungskonzept des LGlüG bewusst den Vorrang von Härtefallinhabern vorsieht, um einen geordneten Übergang zu schaffen. Zudem könnte die Einbeziehung aller Bewerber zu einer zeitlichen Verzögerung führen und damit die schnelle Zielerreichung behindern.

Zwar ließe sich das Ziel einer zeitnahen Entscheidung auch durch straffe Fristen und ein standardisiertes Bewertungsverfahren erreichen. Ein dennoch eintretender Zeitverlust führt jedoch dazu, dass dieses Vorgehen nicht gleich geeignet wäre. Demnach ist die Erforderlichkeit der Maßnahme zu bejahen.

Darüber hinaus kann die Frage der Erforderlichkeit dahinstehen, wenn der Eingriff jedenfalls nicht angemessen ist.

dd) Fraglich ist, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit angemessen ist. Er ist angemessen, wenn im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.[22]

(1) A wurde ohne jede individuelle Prüfung ihrer Bewerbung vollständig vom Betrieb ihrer Spielhalle ausgeschlossen. Dies bedeutet einen schweren Eingriff in ihre Berufsfreiheit, verbunden mit dem Verlust der wirtschaftlichen Existenzgrundlage.

---

[17] BVerfGE 102, 197 (217).
[18] BVerfGE 155, 238 (279).
[19] VerfGH BW, Urt. v. 2.3.2023 – 1 VB 98/19, Rn. 158 (juris).
[20] Beides mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.
[21] BVerfGE 113, 167 (259); 135, 90 (118); 159, 223 (314).
[22] BVerfGE 141, 220 (267); 148, 40 (57); 155, 119 (178).

(2) Demgegenüber stehen mit dem Spielerschutz, Suchtprävention sowie Jugend- und Verbraucherschutz öffentliche Interessen. Versteht man die Glücksspiel- und Wettsucht als Krankheit, lässt sich die Suchtprävention auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurückführen. Der Jugendschutz entspricht zudem dem staatlichen Schutzauftrag in Art. 6 Abs. 1 GG. Darüber kann auf einen fürsorglichen Staat als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 1 GG, abgestellt werden.

(3) Für den Eingriff kann das staatliche Interesse, die Konzentration von Spielhallen zu verhindern und jugend- sowie suchtpräventive Ziele rasch und rechtssicher zu erreichen, angeführt werden. Die automatische Bevorzugung schafft Rechtsklarheit und reduziert die Belastung der Behörden.

Allerdings ist festzuhalten, dass die Vornahme eines Auswahlverfahrens den Anspruch jedes Bewerbers auf eine sachgerechte Entscheidung sichern soll. Im Rahmen eines Auswahlverfahrens wären die Auswahlkriterien von der Schwere des Eingriffs abhängig.[23] Der Verzicht auf ein Auswahlverfahren schließt die Betroffenen jedoch unabhängig von bestimmten Kriterien von der Erlaubniserteilung aus. Dann kann es nicht überzeugen, diese Prüfung durch den Verzicht auf ein Auswahlverfahren zu umgehen.

Hinzu kommt, dass die Prüfung der Härtefallvoraussetzungen inhaltlich andere Kriterien erfasst als die verfassungsrechtlich gebotene Auswahlentscheidung: Sie berücksichtigt primär Vertrauensschutzaspekte, nicht aber die Eignung zur bestmöglichen Umsetzung der Ziele des Glücksspielrechts.[24] Dadurch besteht die Gefahr zufälliger Ergebnisse.

Auch die Fristenregelung des § 51 Abs. 4 S. 3 LGlüG deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber mit einer gleichzeitigen Bearbeitung von Härtefall- und Neuanträgen rechnete und daher nicht von einem absoluten Vorrang der Härtefallinhaber ausging.

Die gebotene Abwägung ergibt, dass das Interesse an einer fairen, chancengleichen Einzelfallprüfung im Auswahlverfahren das Interesse an einer starren, automatischen Bevorzugung überwiegt. Der Eingriff ist daher nicht angemessen.

4. Zwischenergebnis

Der Eingriff in die Berufsfreiheit der A aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht gerechtfertigt.

II. Eigentumsfreiheit

Es könnte zudem ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit der A aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 GG vorliegen. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Eigentum. Dazu zählen alle vermögenswerten Rechte, die durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet sind.[25]

Die Spielhallenerlaubnis könnte ebenfalls dem Eigentumsschutz unterfallen. Umstritten ist bereits, ob öffentlich-rechtliche Genehmigungen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen.[26] Dagegen könnte die Verfassungssystematik sprechen, sodass vielmehr dasjenige Grundrecht maßgeblich wäre, welches das Verhalten schützt, das durch die Erteilung der Genehmigung (wieder) erlaubt wird: Im Falle einer berufs- oder gewerberechtlichen Erlaubnis ist dies Art. 12 Abs. 1 GG.[27]

---

[23] VerfGH BW, Urt. v. 2.3.2023 – 1 VB 98/19, Rn. 135 (juris).
[24] VerfGH BW, Urt. v. 2.3.2023 – 1 VB 98/19, Rn. 158 (juris).
[25] BVerfGE 83, 201 (208 f.); 89, 1 (6); 97, 350 (371); 131, 66 (79).
[26] *M. Schröder*, in: FS Papier, 2013, S. 605 ff.
[27] *Kempny*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 90.

Unabhängig davon müsste die hier streitige Spielhallenerlaubnis – sei es die frühere unbefristete Erlaubnis nach der GewO oder eine sog. Härtefallerlaubnis nach dem LGlüG – den Voraussetzungen für den Eigentumsschutz entsprechen. Subjektiven öffentlichen Rechten kommt nach gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich Eigentumsschutz zu, wenn sie dem Einzelnen eine Rechtsposition verschaffen, welche derjenigen eines Eigentümers entspricht und die „so stark ist, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde".[28] Hierzu sind eine zumindest eingeschränkte Verfügungsbefugnis und ein in nicht unerheblichem Umfang auf Eigenleistung beruhender Erwerb erforderlich.[29] Beides liegt bei einer Spielhallenerlaubnis nicht vor. Sie ist von vornherein zeitlich befristet, mit gesetzlichen Einschränkungen versehen und grundsätzlich jederzeit widerrufbar.

Eine solche Genehmigung vermittelt daher keine dauerhaft gesicherte Rechtsposition und fällt daher nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.

Auch die von A getätigten Investitionen in den Spielhallenbetrieb begründen keine eigentumsrechtlich geschützte Position. Zwar ist Art. 14 Abs. 1 GG eine Ausprägung des rechtstaatlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes für vermögenswerte Güter.[30] Damit ist auch ein berechtigtes Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum und seiner Nutzbarkeit vom Schutz umfasst.[31] Eine Garantie der Erfüllung der Investitionserwartungen besteht jedoch nicht. Vielmehr fallen rein wirtschaftliche Erwartungen, wie etwa künftige Erträge, Rentabilitätserwartungen oder Amortisation von Investitionen in das unternehmerische Risiko.[32] Sie können Vertrauen schaffen, sind aber kein verfassungsrechtliches Eigentum i.S.d. Art. 14 GG.[33]

Jedenfalls vermittelt Art. 14 GG im Hinblick auf die berufliche Nutzung einer Spielhalle keinen weitergehenden Schutz als Art. 12 Abs. 1 GG.[34] Soweit es um den Erhalt oder die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis geht, ist daher ausschließlich die Berufsfreiheit einschlägig.

C. Ergebnis

Die Landesverfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

Teil 2

A. Begründetheit

Die Landesverfassungsbeschwerde ist begründet, soweit U durch die angegriffenen Akte oder Normen in seinen landesverfassungsmäßig verbürgten Rechten verletzt ist, § 55 Abs. 1 VerfGHG BW.

Maßgeblich ist, ob die Fachgerichte spezifisches Verfassungsrecht verkannt haben. Eine Verletzung liegt vor, wenn sie die Entscheidung entweder auf eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage gestützt haben und/oder in Auslegung eines verfassungsmäßigen Gesetzes einen Rechtssatz aufgestellt haben, der, wäre er vom Gesetzgeber erlassen worden, seinerseits verfassungswidrig wäre und/oder, wenn die Entscheidung objektiv willkürlich ist.

---

[28] BVerfGE 40, 65 (83); 143, 246 (329).
[29] BVerfGE 14, 288 (293 f.); 18, 392 (397); 30, 292 (334); 69, 272 (300).
[30] BVerfGE 58, 81 (120); 143, 246 (383).
[31] BVerfGE 143, 246 (383).
[32] BVerfGE 30, 292 (335); 45, 272 (296); 68, 193 (222); mit Beispiel auch *Kingreen*, Jura 2016, 390 (394).
[33] BVerfGE 143, 246 (329).
[34] BVerfGE 145, 20 (86); 143, 246 (392); VerfGH BW, Urt. v. 2.3.2023 – 1 VB 98/19, Rn. 182 (juris).

I. Berufsfreiheit

U könnte in seiner Berufsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt worden sein.

1. Schutzbereich

U ist deutscher Staatsangehöriger und betreibt seit Jahren eine Wettvermittlungsstelle. Diese Tätigkeit dient der dauerhaften Erzielung von Lebensunterhalt und stellt damit einen „Beruf" i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG dar.

Dass U nicht über die nach § 20 Abs. 1 LGlüG erforderliche Erlaubnis verfügt, steht der Eröffnung des Schutzbereichs nicht entgegen.[35] Denn die Berufsfreiheit schützt gerade auch das Bemühen um die Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit.

Auch eine Ausnahme wegen „evident sozialschädlicher" Tätigkeit[36] ist, unabhängig von deren Anerkennung, jedenfalls nicht einschlägig, da die Vermittlungstätigkeit rechtlich zulässig und prinzipiell erlaubnisfähig ist.

2. Eingriff

§ 20 Abs. 1 Nr. 5 lit. a LGlüG verbietet die Vermittlung von Sportwetten in einem Gebäude, in dem sich eine Spielhalle befindet. Damit wird die Berufsausübung räumlich beschränkt. Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liegt vor.

Der Eingriff hat eine subjektiv berufsregelnde Tendenz[37], da er nicht nur reflexhaft wirkt, sondern unmittelbar die berufliche Tätigkeit des U trifft.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn er auf einer formell und materiell verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage beruht und selbst verhältnismäßig ist.

§ 20 Abs. 1 LGlüG ist dabei eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage.

Die Norm müsste ferner formell verfassungsmäßig sein, insbesondere ist die Gesetzgebungszuständigkeit zu wahren. Der Betrieb eines Buchmachers stellt eine wirtschaftliche Betätigung dar, bei der der Gewinn – anders als bei einer Spielhalle – nicht allein Zufallsprodukt eines wechselnden Spielverlaufs ist. Damit fällt der Regelungsgegenstand grundsätzlich in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.[38] Von dieser Kompetenz hat der Bund jedoch, abgesehen vom Bereich der Pferdewetten, keinen Gebrauch gemacht. Folglich verbleibt die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72 Abs. 1 GG bei den Ländern. § 20 LGlüG ist daher durch das Land Baden-Württemberg kompetenzgemäß erlassen worden.

a) Verhältnismäßigkeit der Norm

§ 20 Abs. 1 LGlüG müsste einem legitimen Zweck dienen. Welche Anforderungen hieran zu stellen sind, hängt nach der sog. Dreistufentheorie maßgeblich davon ab, ob eine Berufswahlregelung oder

[35] VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 162 (juris).
[36] *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (387); VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 162 (juris).
[37] Zu berufsbezogenen Regelungen *Frenz*, JA 2009, 252 (254).
[38] St.Rspr., siehe BVerfGE 115, 276 (304); BVerwG NVwZ 1995, 481 (482).

eine Berufsausübungsregelung vorliegt.[39] Je schwerer der Grundrechtseingriff, desto gewichtiger müssen die ihn tragenden Gemeinwohlgründe sein.

Berufsausübungsregelungen betreffen die Modalitäten der beruflichen Tätigkeit, etwa deren Ort, Inhalt, Umfang, Dauer oder äußere Gestaltung. § 20 LGlüG knüpft an den zulässigen Ort der Tätigkeit an und stellt damit eine Berufsausübungsregelung dar. Solche Eingriffe sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie durch vernünftige Zwecke des Gemeinwohls getragen, geeignet zur Erreichung dieser, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig sind.[40]

aa) Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Trennungsgebot den Schutz vor Spielsucht und die Vermeidung von Anreizstrukturen durch die unmittelbare Nähe verschiedener Glücksspielangebote.[41] Es ist allgemein bekannt, dass Glücksspiele ein erhebliches Suchtpotenzial bergen. Eine ausgeprägte Spielsucht kann nicht nur zur Überschuldung der Betroffenen führen, sondern geht häufig auch mit Folge- und Begleitkriminalität einher.[42] Damit drohen schwerwiegende Konsequenzen sowohl für die Spieler selbst als auch für deren Familien und das gesellschaftliche Umfeld. Somit stellt die Spielsuchtprävention einen vernünftigen Gemeinwohlzweck dar.

bb) Das Trennungsgebot ist auch geeignet, diesen zu erreichen, da dadurch die „Verführung" durch Nähe von Spielhalle und Wettbüro reduziert werden kann. Die Möglichkeit eines schnellen Wechsels („Griffnähe") zwischen zwei Glücksspielarten kann Anreize zum Glücksspiel setzen und ist daher zu vermeiden.

cc) Zudem müsste der Eingriff erforderlich sein, also das mildeste, gleich-effektive Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks darstellen.

Als milderes Mittel könnte man konkrete Einzelfallprüfungen in Erwägung ziehen. Diese wären gleichwohl praktisch kaum umsetzbar, erzeugten Rechtsunsicherheit und erhöhten den Verwaltungsaufwand erheblich. Auch eine Zutrittskontrolle durch personalisierte Spielerkarten wäre nicht gleich effektiv.

Eine Abstandsregelung anstelle eines Gebäudeverbots wäre ebenfalls denkbar. Man könnte statt der schematischen, unbestimmten Gebäudedefinition nach tatsächlicher Nähe differenzieren. Eine Abstandsregelung hätte aber geringere Steuerungswirkung, da Spieler kurze Wege leicht überwinden und kumulative Wirkung auch ohne Sichtverbindung bestehen kann, z.B. durch Gewöhnung, informelle Werbung oder soziale Dynamiken. Angesichts des Einschätzungs- und Prognosespielraums durfte der Gesetzgeber typisierend das „gemeinsame Dach" als entscheidenden Risikofaktor ansehen.[43]

Folglich ist die Erforderlichkeit der Maßnahme gegeben.

dd) Schließlich müsste der Eingriff auch angemessen sein. Das ist der Fall, wenn im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.[44]

Dagegen spricht der schwerwiegende Eingriff in die Berufsfreiheit der Betreiber von Wettvermittlungsstellen. Zudem werden mangels Vorhandensein von Übergangsregelungen die Altstandorte benachteiligt, wenn das Wettbüro bereits vor der gesetzlichen Regelung, also in einem rechtmäßigen Zustand, dort eingerichtet worden ist.

---

[39] BVerfGE 7, 377 (401 ff.); zur Unterscheidung *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (390); weitere Beispiele bei *Frenz*, JA 2009, 252 (255 f.).

[40] *Sauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Vor Art. 1 Rn. 162 ff.

[41] VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 165 ff. (juris).

[42] VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 167 (juris).

[43] Ebenso zur Erforderlichkeit VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 172 ff (juris).

[44] Zur Abwägung im Rahmen der Angemessenheit ausführlich *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193.

Auf der anderen Seite wiegen die Verhinderung von Spielsucht und die Förderung öffentlicher Gesundheit als überragend wichtige öffentliche Ziele schwer. Außerdem ergeht durch die Maßnahme kein vollständiges Berufsverbot, sondern nur eine standortbezogene Einschränkung. Eine örtliche Verlagerung des Betriebs bleibt mithin theoretisch möglich, auch wenn wirtschaftlich belastend.[45]

Maßgeblich ist schließlich, dass dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zusteht und dieser daher generalisieren darf. Auch wenn es Einzelfälle gibt, in denen keine faktische Nähe besteht, so ist die gesetzliche Regelung dennoch nicht deshalb unverhältnismäßig pauschal. Eine Ausnahmeprüfung würde das Gesamtsystem unterlaufen und entwerten. Insofern ist die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt.

b) Verhältnismäßigkeit des Einzelakts

Auch der Einzelakt müsste verhältnismäßig sein. Das könnte in Betracht der Existenzgefährdung für U angezweifelt werden, da die Untersagung zur vollständigen Aufgabe des Unternehmensstandorts führe. Außerdem besteht wegen der baulichen Trennung der Eingänge und einer fehlender Sichtbeziehung ein verringertes Gefährdungspotenzial.

Gleichwohl ist zu beachten, dass hier kein Ermessensspielraum der Behörde besteht. Die Versagung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 LGlüG ist zwingend und damit zugleich verhältnismäßig, wenn das Gesetz seinerseits verhältnismäßig ist.

4. Zwischenergebnis

Der Eingriff in die Berufsfreiheit des U ist gerechtfertigt.

II. Allgemeiner Gleichheitssatz

U rügt, dass Vermittlungsstellen im selben Gebäude wie Spielhallen untersagt sind, während eine bloße Nachbarschaft in separaten Gebäuden zulässig bleibt. Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG könnte verletzt sein. Der Gleichheitssatz gebietet dabei dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.[46]

1. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung liegt hier einerseits in der Verdrängungswirkung zulasten von Wettvermittlungsstellen durch den Vorrang von Spielhallen und Spielbanken. Andererseits gibt es auch eine Ungleichbehandlung bezogen auf andere Wettvermittlungsstellen, die sich in verschiedenen Gebäuden, aber in „Griffnähe“ zu Spielhallen befinden, und nicht erfasst werden.

2. Rechtfertigung

Die Eingriffe müssten gerechtfertigt sein.

Bezogen auf die Ungleichbehandlung von Wettvermittlungsstellen und Spielhallen ist zu beachten, dass dem Gesetzgeber grundsätzlich bei der Regelung komplexer Gefährdungslagen – wie hier bei der Spielsuchtprävention – ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zusteht.

---

[45] VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 176 (juris).
[46] VerfGH BW, Urt. v. 31.1.2019 – 1 VB 51/17, Rn. 31 m.w.N. (juris).

Dieser ist umso größer, wenn die Ungleichbehandlung nicht an personenbezogene, sondern an situationsgebundene Kriterien anknüpft und keine Differenzierungsmerkmale enthält, die in der Nähe des Art. 3 Abs. 3 GG angesiedelt sind.[47] Er darf also typisierend davon ausgehen, dass eine Kombination von Sportwettenvermittlung und Spielhallenbetrieb im selben Gebäude eine erhöhte Anreizwirkung für Spielsüchtige erzeugt und daher vermieden werden soll.[48] Das Trennungsgebot verfolgt ein legitimes Ziel (Spielsuchtprävention) und ist ein geeignetes Mittel, um Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Glücksspielangeboten zu vermeiden.

Ebenso durfte der Gesetzgeber typisierend davon ausgehen, dass im selben Gebäude eine höhere Gefährdung besteht als in räumlich getrennten Einheiten. Es liegt keine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vor.

III. Recht auf gesetzlichen Richter

U könnte gleichwohl in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt worden sein.

Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf den gesetzlichen Richter. Der gesetzliche Richter kann auch dadurch entzogen werden, dass ein Gericht die gesetzliche Pflicht zur Vorlage an ein anderes Gericht außer Acht lässt. Auch der EuGH ist gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

Unter den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV (Vorabentscheidungsverfahren) sind die nationalen Gerichte von Amts wegen gehalten, den Gerichtshof anzurufen. Gleichwohl stellt nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar. Der Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts ist jedoch darauf begrenzt, ob „die Auslegung und Anwendung von Verfahrensnormen bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind".[49] Sonst würde das Verfassungsgericht zu einem reinen Kontrollorgan degradiert werden, das jeden einem Gericht unterlaufenen Verfahrensfehler korrigieren müsste. Gemäß den vom BVerfG entwickelten Fallgruppen besteht die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bei grundsätzlicher Verkennung der Vorlagepflicht, bei bewusstem Abweichen von entscheidungserheblicher Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlagebereitschaft oder bei Unvollständigkeit der Rechtsprechung.[50]

Hier könnte der EuGH wegen einer etwaigen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit des U nach Art. 56 AEUV anzurufen gewesen sein. Dagegen spricht jedoch, dass schon kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. U ist deutscher Staatsbürger und die Sportwettenvermittlung findet ausschließlich in Deutschland statt. Auch wenn der Anbieter seinen Sitz in Malta hat, so ist unmittelbarer Adressat der Maßnahme dennoch der deutsche Vermittler.

Außerdem besteht auch kein unionsrechtlicher Zwang zur Vorlage in diesem Fall. Selbst wenn man einen grenzüberschreitenden Bezug annähme, ist eine Vorlage an den EuGH nicht erforderlich, weil die Rechtsprechung des EuGH hinreichend deutlich geklärt habe, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielsektor aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, etwa dem Schutz der Verbraucher oder der Spielsuchtprävention, gerechtfertigt sein können. Daher handelt

[47] Kriterien zum Prüfungsmaßstab der Rechtfertigung bei *Kempny/Lämmle*, JuS 2010, 215.
[48] VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 190 (juris).
[49] BVerfGE 82, 159 (194); BVerfG NJW 2010, 1268 (1269); VerfGH BW, Urt. v. 2.8.2023 – 1 VB 88/19, Rn. 138 (juris).
[50] BVerfGE 82, 159 (195); BVerfG BeckRS 2007, 20003; BVerfG NJW 2010, 1268 (1269).

es sich um einen acte éclaire – der unionsrechtliche Maßstab ist eindeutig und bereits geklärt, sodass keine weiteren Auslegungsfragen durch den EuGH zu entscheiden sind.[51]

U ist mithin nicht in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 2 Abs. 1 LV i.V.m. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt worden.

IV. Rechtsschutzgarantie

Schließlich könnte eine Verletzung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 67 Abs. 1 LV vorliegen. Diese gewährleistet effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte öffentlicher Gewalt. Indem U weder direkt noch inzident gegen die Spielhallenerlaubnis vorgehen kann, obwohl diese für ihn faktisch belastend ist, könnte ein faktischer Ausschluss von Rechtsschutz vorliegen.

Der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz setzt die Verletzung eines eigenen, subjektiv-öffentlichen Rechts voraus.[52] Ein subjektiv-öffentliches Recht liegt nach der Schutznormtheorie vor, wenn die Rechtsordnung die Rechtsposition (auch) im Interesse des Einzelnen gewährt.[53] Das Glücksspielrecht, insbesondere die Härtefallregelung im § 51 Abs. 5 S. 1 LGlüG, enthält jedoch keine drittschützenden Normen zugunsten von Wettvermittlern. Da mithin U durch die Spielhallenerlaubnis nicht in eigenen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt wird, besteht kein Anspruch auf gerichtliche Kontrolle. Art. 67 Abs. 1 LV schützt nicht die abstrakte Gesetzes- oder Verwaltungsrechtskontrolle durch Dritte.

B. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

[51] *Mächtle*, JuS 2015, 314 (315); BVerfGE 135, 155 (233).
[52] Zu Art. 19 Abs. 4 GG *Bickenbach*, JuS 2007, 813 (816); *Remmert*, Jura 2014, 906 (911).
[53] Zur Dogmatik der Schutznormtheorie *Ramsauer*, JuS 2012, 769.

Schwerpunktbereichsklausur Nationales Medienrecht: Rundfunkbeitragsbescheid – Nein Danke!

*Wiss. Mitarbeiter Yannick Schumacher, LL.M. (Köln), Wiss. Mitarbeiter Michael Buttler, Köln**

Die Klausur befasst sich mit der Frage, inwieweit die Verwaltungsgerichte im Rahmen von Klagen gegen Rundfunkbeitragsfestsetzungsbescheide eine Verfehlung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Bezug auf die Einhaltung seines Auftrages prüfen können. Sie weist einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf und ist insbesondere für Studierende mit dem Schwerpunkt im Medienrecht und der Digitalisierung geeignet.

Sachverhalt[1]

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk steht in der Öffentlichkeit in Deutschland vermehrt in der Kritik. So heißt es seitens der Kritiker, die Berichterstattung sei teilweise zu einseitig oder zu sehr an bestimmten politischen oder gesellschaftlichen Interessen orientiert.

A betreibt in Nordrhein-Westfalen in eigenem Namen ein Restaurant mit sechs sozialversicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigten und teilt diese Kritik. Deswegen entschließt sie sich Anfang 2025 dazu, keinen Rundfunkbeitrag mehr zu entrichten. Daraufhin erlässt der WDR am 3.4.2025 einen formell rechtmäßigen Bescheid, in dem er für die Monate Januar 2025 bis März 2025 einen rückständigen Rundfunkbeitrag i.H.v. insgesamt 18,36 € gegenüber A festsetzt. A will das nicht einsehen und erhebt am 30.4.2025 gegen den Festsetzungsbescheid beim zuständigen Verwaltungsgericht Anfechtungsklage.

Zur Begründung trägt sie vor, der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag (RBStV) zwischen den Bundesländern könne schon keine wirksame Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung des Rundfunkbeitrags darstellen. Schließlich handele es sich bei dem RBStV um einen „Vertrag zu Lasten Dritter", der gegen § 58 Abs. 1 VwVfG NRW verstoße.

Zudem sei der Festsetzungsbescheid auch in materieller Hinsicht rechtswidrig. Begriffliches Merkmal eines Beitrags sei, dass er eine Sonderlast für die Gewährung eines Sondervorteils darstelle. Das bedeute für den Rundfunkbeitrag, dass dieser nur für einen individuellen Vorteil erhoben werde, der dem Einzelnen durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuteilwerde. Dieser Sondervorteil bestehe nicht zuletzt in der Ausgewogenheit und Vielfalt der Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, wie sie unter anderem auch § 26 Abs. 2 MStV als Auftrag vorgebe. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk sei aber nicht ausgewogen und vielfältig. Zur Begründung weist A darauf hin, dass kurz vor der Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen im September 2024 – was zutrifft – der Parteichef der X-Partei in einer wichtigen Talkshow des WDR nicht eingeladen wurde. Dies sei symptomatisch für eine systematisch parteiische und unausgewogene Berichterstattung, weshalb nicht mehr von einem allgemeinen Nutzen oder einer dienenden Funktion für die Öffentlichkeit die Rede sein könne.

* Die *Autoren* sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht von Prof. *Dr. Karl-E. Hain* an der Universität zu Köln.

[1] Der Fall ist angelehnt an VG Freiburg, Urt. v. 11.9.2024 – 9 K 2585/24.

Der WDR verteidigt die Rechtmäßigkeit des Festsetzungsbescheids. Die Beitragspflicht sei gesetzlich und nicht vertraglich begründet; die Vorschrift des § 58 VwVfG NRW finde daher schon gar keine Anwendung.

Der WDR verweist zudem auf den Wortlaut des RBStV, welcher schon keinen individuellen Vorteil des Einzelnen voraussetze. Beitragsbegründendes Tatbestandsmerkmal sei im Hinblick auf A ausschließlich das Führen einer Betriebsstätte. Das Vorliegen eines individuellen Vorteils könne im Übrigen aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Rundfunkfreiheit der Anstalten und aus Gründen der Staatsferne des Rundfunks von den Verwaltungsgerichten gar nicht oder allenfalls eingeschränkt überprüft werden. Die inhaltliche Ausgestaltung des Programmangebots sei der Kontrolle der zuständigen Gremien vorbehalten, insbesondere der plural besetzten Rundfunkräte. Jedenfalls spreche auch nichts dafür, dass ein individueller Vorteil aufgrund einer Verfehlung des Programmauftrags nicht vorliegen würde. Die Nicht-Einladung des Parteichefs der X-Partei zu einer einzelnen Diskussionssendung könne den Vorwurf einer unausgewogenen Berichterstattung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk schon im Ansatz nicht tragen.

Fallfrage

Ist die Klage der A vom 30.4.2025 begründet?

Bearbeitungsvermerk

Bei dem Festsetzungsbescheid handelt es sich um einen Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG. Eine Vereinbarkeit des RBStV mit dem Unionsrecht ist nicht zu prüfen. Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Auszug aus dem Rundfunkbeitragsstaatsvertrag (RBStV)

§ 2 Rundfunkbeitrag im privaten Bereich
(1) Im privaten Bereich ist für jede Wohnung von deren Inhaber (Beitragsschuldner) ein Rundfunkbeitrag zu entrichten.
(2) Inhaber einer Wohnung ist jede volljährige Person, die die Wohnung selbst bewohnt. […]

§ 5 Rundfunkbeitrag im nicht privaten Bereich
(1) Im nicht privaten Bereich ist für jede Betriebsstätte von deren Inhaber (Beitragsschuldner) ein Rundfunkbeitrag nach Maßgabe der folgenden Staffelung zu entrichten. Die Höhe des zu leistenden Rundfunkbeitrags bemisst sich nach der Zahl der neben dem Inhaber Beschäftigten und beträgt für eine Betriebsstätte

1. mit keinem oder bis acht Beschäftigten ein Drittel des Rundfunkbeitrags,
2. mit neun bis 19 Beschäftigten einen Rundfunkbeitrag,
3. mit 20 bis 49 Beschäftigten zwei Rundfunkbeiträge,
4. mit 50 bis 249 Beschäftigten fünf Rundfunkbeiträge,
5. […]

§ 6 Betriebsstätte, Beschäftigte
(1) Betriebsstätte ist jede zu einem eigenständigen, nicht ausschließlich privaten Zweck bestimmte oder genutzte ortsfeste Raumeinheit oder Fläche innerhalb einer Raumeinheit. […]

(2) Inhaber der Betriebsstätte ist die natürliche oder juristische Person, die die Betriebsstätte im eigenen Namen nutzt oder in deren Namen die Betriebsstätte genutzt wird. […]
(3) […]
(4) Beschäftigte sind alle im Jahresdurchschnitt sozialversicherungspflichtig Beschäftigten sowie Bediensteten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit Ausnahme der Auszubildenden. Die Berechnung der Beschäftigtenanzahl erfolgt ohne Differenzierung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten, es sei denn, der Betriebsstätteninhaber teilt gegenüber der zuständigen Landesrundfunkanstalt schriftlich mit, eine Berechnung unter Berücksichtigung der vorhandenen Teilzeitbeschäftigten zu wählen. […]

§ 7 Beginn und Ende der Beitragspflicht, Zahlungsweise, Verjährung
(1) […]
(2) […]
(3) Der Rundfunkbeitrag ist monatlich geschuldet. Er ist in der Mitte eines Dreimonatszeitraums für jeweils drei Monate zu leisten.
(4) […]

§ 10 Beitragsgläubiger, Schickschuld, Erstattung, Vollstreckung
(1) Das Aufkommen aus dem Rundfunkbeitrag steht der Landesrundfunkanstalt und in dem im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag bestimmten Umfang dem Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF), dem Deutschlandradio sowie der Landesmedienanstalt zu, in deren Bereich sich die Wohnung oder die Betriebsstätte des Beitragsschuldners befindet oder das Kraftfahrzeug zugelassen ist.
(2) […]
(3) […]
(4) […]
(5) Rückständige Rundfunkbeiträge werden durch die zuständige Landesrundfunkanstalt festgesetzt.
(6) […]

Auszug aus dem Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV)

§ 8 Höhe des Rundfunkbeitrags
Die Höhe des Rundfunkbeitrags wird auf monatlich 18,36 Euro festgesetzt.

Auszug aus dem Medienstaatsvertrag (MStV)

§ 26 Auftrag
(1) […]
(2) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind bei der Erfüllung ihres Auftrags der verfassungsmäßigen Ordnung und in besonderem Maße der Einhaltung journalistischer Standards, insbesondere zur Gewährleistung einer unabhängigen, sachlichen, wahrheitsgemäßen und umfassenden Information und Berichterstattung wie auch zur Achtung von Persönlichkeitsrechten verpflichtet. Ferner sollen sie die einem öffentlich-rechtlichen Profil entsprechenden Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit achten und in ihren Angeboten eine möglichst breite Themen- und Meinungsvielfalt ausgewogen darstellen.

Lösungsvorschlag

A. Rechtswidrigkeit des Festsetzungsbescheids 614
I. Ermächtigungsgrundlage 615
1. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage 615
2. Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage 615
3. Zwischenergebnis 615
II. Formelle Rechtmäßigkeit 615
III. Materielle Rechtmäßigkeit 615
1. Tatbestandsvoraussetzungen 616
a) Rundfunkbeitrag im nicht privaten Bereich 616
aa) Betriebsstätte – § 6 Abs. 1 RBStV 616
bb) Inhaber – § 6 Abs. 2 RBStV 616
cc) Höhe des Rundfunkbeitrags – § 5 Abs. 1 RBStV 616
dd) Zwischenergebnis 617
b) Fälligkeit 617
c) Beitragsgläubiger 617
d) Zusammenhang zwischen Beitragspflicht und Programmqualität 617
aa) Individueller Vorteil als Voraussetzung für die Beitragserhebung 617
bb) Überprüfbarkeit durch die Verwaltungsgerichte 618
(1) Keine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte 618
(2) Eingeschränkte Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte 619
(3) Streitentscheid 619
cc) Vorliegen eines evidenten Vielfaltsdefizits 620
2. Rechtsfolge 620
3. Zwischenergebnis 620
B. Ergebnis 620

Fraglich ist, ob die Anfechtungsklage der A vom 30.4.2025 gegen den Festsetzungsbescheid begründet ist. Dies ist der Fall, soweit dieser rechtswidrig und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

A. Rechtswidrigkeit des Festsetzungsbescheids

Der Verwaltungsakt in Form des Festsetzungsbescheids müsste zunächst rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn er nicht auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht oder formell bzw. materiell rechtswidrig ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Der Festsetzungsbescheid müsste als belastender Verwaltungsakt aufgrund des Vorbehaltes des Gesetzes (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhen.

1. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt §§ 10 Abs. 5, 5 Abs. 1 RBStV in Betracht.

2. Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage

Dann müsste es sich bei den Vorschriften des RBStV um eine wirksame Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung des Rundfunkbeitrags handeln.

Dem könnte § 58 Abs. 1 VwVfG NRW entgegenstehen, wenn es sich bei dem Rundfunkbeitragsstaatsvertrag – wie von A geltend gemacht – um einen „Vertrag zu Lasten Dritter" handeln würde.[2]

Nach § 58 Abs. 1 VwVfG NRW wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. Gemäß der Legaldefinition in § 54 Abs. 1 VwVfG NRW liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, wenn durch Vertrag auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ein Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben wird.[3]

Zu prüfen ist demnach die Rechtsnatur der in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlage.

Der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag selbst stellt einen zwischen den Bundesländern als selbstständigen souveränen Gliedstaaten der Bundesrepublik geschlossenen und somit zwischenstaatlichen Vertrag dar. Auf diesen sind die nur für das Verwaltungshandeln von Behörden und öffentlich-rechtlichen Körperschaften – nicht aber die für verfassungsrechtliche Verträge zwischen Bundesländern – geltenden Vorschriften der §§ 58 ff. VwVfG bereits nicht anwendbar.[4] Vor allem aber ist die Grundlage für die Festsetzung des Rundfunkbeitrags gar nicht unmittelbar der Vertrag selbst, in welchem sich die Länder lediglich auf den Erlass gleichlautender landesgesetzlicher Regelungen verständigt haben. Die Festsetzung beruht vielmehr auf dem entsprechenden Zustimmungsgesetz, mit welchem der Landesgesetzgeber den Vertragsinhalt in geltendes Landesrecht umgesetzt hat.[5]

3. Zwischenergebnis

Eine wirksame gesetzliche Ermächtigungsgrundlage liegt somit vor.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Festsetzungsbescheid ist laut Sachverhalt formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Festsetzungsbescheid müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die Behörde die richtige Rechtsfolge gewählt hat.

---

[2] Ausführlich zu § 58 VwVfG siehe *Spieth/Hellermann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.7.2025, § 58 Rn. 1 ff.

[3] Zur Vertiefung siehe *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2013, 687.

[4] *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störner, Verwaltungsrecht, Handkommentar, VwVfG § 54 Rn. 44–46.

[5] In NRW: Bekanntmachung des Fünfzehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Fünfzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 13. Dezember 2011 (GV. NRW. 2011, S. 675).

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 10 Abs. 5 RBStV werden rückständige Rundfunkbeiträge durch die zuständige Landesrundfunkanstalt festgesetzt.

Fraglich ist mithin, ob für den Betrieb der A für die Monate Januar 2025 bis März 2025 ein Rundfunkbeitrag i.H.v. insgesamt 18,36 € rückständig ist. Eine Beitragspflicht der A könnte sich aus §§ 5 Abs. 1, 6 RBStV ergeben.

a) Rundfunkbeitrag im nicht privaten Bereich

Gem. § 5 Abs. 1 S. 1 RBStV ist im nicht privaten Bereich für jede Betriebsstätte von deren Inhaber ein Rundfunkbeitrag zu entrichten.[6]

aa) Betriebsstätte – § 6 Abs. 1 RBStV

Bei dem Betrieb der A müsste es sich zunächst um eine Betriebsstätte handeln.

Unter einer Betriebsstätte versteht man gem. § 6 Abs. 1 S. 1 RBStV jede zu einem eigenständigen, nicht ausschließlich privaten Zweck bestimmte oder genutzte ortsfeste Raumeinheit oder Fläche innerhalb einer Raumeinheit.[7]

A betreibt ein Restaurant. Hierbei handelt es sich um eine eigenständige und nicht ausschließlich zu privaten Zwecken genutzte ortsfeste Raumeinheit. Somit stellt das Restaurant eine Betriebsstätte dar.

bb) Inhaber – § 6 Abs. 2 RBStV

Weiterhin müsste A auch Inhaberin der Betriebsstätte sein.

Inhaber der Betriebsstätte ist gem. § 6 Abs. 2 S. 1 RBStV die natürliche oder juristische Person, die die Betriebsstätte im eigenen Namen nutzt oder in deren Namen die Betriebsstätte genutzt wird.[8]

A betreibt das Restaurant im eigenen Namen und ist mithin auch Inhaberin der Betriebsstätte.

cc) Höhe des Rundfunkbeitrags – § 5 Abs. 1 RBStV

Zu prüfen ist schließlich, in welcher Höhe der Rundfunkbeitrag für das Restaurant der A zu entrichten ist. Dies richtet sich gem. § 5 Abs. 1 S. 1 RBStV nach der in § 5 Abs. 1 S. 2 RBStV statuierten Staffelung.

Danach bemisst sich die Höhe des zu leistenden Rundfunkbeitrags nach der Zahl der neben dem Inhaber Beschäftigten.

Beschäftigte sind dabei gem. § 6 Abs. 4 S. 1 RBStV alle im Jahresdurchschnitt sozialversicherungspflichtig Beschäftigten sowie Bediensteten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit Ausnahme der Auszubildenden.[9] Für eine Betriebsstätte mit keinem bis acht Beschäftigten beträgt der zu leistende Rundfunkbeitrag somit gem. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 RBStV ein Drittel des Rundfunkbeitrags. Der volle Rundfunkbeitrag beträgt gem. § 8 RFinStV derzeit monatlich 18,36 Euro.

---

[6] Ausführlich zu § 5 RBStV siehe *Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2024, RBStV § 5 Rn. 1 ff.

[7] Ausführlich zu § 6 Abs. 1 RBStV siehe *Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2024, RBStV § 6 Rn. 1 ff.

[8] Ausführlich zu § 6 Abs. 2 RBStV siehe *Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2024, RBStV § 6 Rn. 5 f.

[9] *Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2024, RBStV § 6 Rn. 9.

A betreibt ihr Restaurant mit sechs sozialversicherungspflichtig Beschäftigten. Sie hat für ihre Betriebsstätte monatlich einen Rundfunkbeitrag i.H.v. einem Drittel des vollen Betrages (also 6,12 € pro Monat) zu entrichten. Für die Monate Januar 2025 bis März 2025 beträgt der Rundfunkbeitrag mithin insgesamt 18,36 €.

dd) Zwischenergebnis

Für den Betrieb der A ist für die Monate Januar 2025 bis März 2025 grundsätzlich ein Rundfunkbeitrag i.H.v. insgesamt 18,36 € zu entrichten.

b) Fälligkeit

Der Rundfunkbeitrag für die Monate Januar 2025 bis März 2025 müsste auch fällig geworden sein.

Der Rundfunkbeitrag ist gem. § 7 Abs. 3 RBStV monatlich geschuldet und ist in der Mitte eines Dreimonatszeitraums für jeweils drei Monate zu leisten.[10]

Der Rundfunkbeitrag für die Monate Januar 2025 bis März 2025 war zum Zeitpunkt des Erlasses des Festsetzungsbescheides am 3.4.2025 bereits fällig.

c) Beitragsgläubiger

Beitragsgläubiger ist gem. § 10 Abs. 1 RBStV die Landesrundfunkanstalt und in dem im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag bestimmten Umfang das Zweite Deutschen Fernsehen (ZDF), das Deutschlandradio sowie die Landesmedienanstalt, in deren Bereich sich die Betriebsstätte des Beitragsschuldners befindet.[11]

Die Betriebsstätte der A befindet sich in Nordrhein-Westfalen. Somit war der WDR der richtige Beitragsgläubiger.

d) Zusammenhang zwischen Beitragspflicht und Programmqualität

Fraglich ist, ob und in welcher Form ein Zusammenhang zwischen der Beitragspflicht und einer etwaigen Verfehlung des Programmauftrags besteht.

Hinweis: Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik könnte wohl noch vertretbar auch an anderen Stellen der Prüfung vorgenommen werden. Etwa als Zurückbehaltungsrecht[12] oder Leistungsverweigerungsrecht[13]. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Bestehen entsprechender Gegenrechte in seiner aktuellen Entscheidung allerdings explizit verneint.[14]

aa) Individueller Vorteil als Voraussetzung für die Beitragserhebung

Möglicherweise könnte A ihrer Beitragspflicht auf einfachrechtlicher Ebene eine Verfehlung des Funktionsauftrags entgegenhalten. Dies würde voraussetzen, dass der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag

[10] Ausführlich zu § 7 Abs. 3 RBStV siehe *Lent*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.5.2025, RBStV § 7 Rn. 7 f.

[11] Ausführlich zu § 10 RBStV siehe *Lent*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.5.2025, RBStV § 10 Rn. 1 ff.

[12] VG Freiburg, Urt. v. 11.9.2024 – 9 K 2585/24, Rn. 125.

[13] VG Freiburg, Urt. v. 11.9.2024 – 9 K 2585/24, Rn. 131.

[14] BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 29 ff.

eine gesetzliche Verknüpfung zwischen Beitragspflicht und Erfüllung des Funktionsauftrages enthielte. Ein solcher Konnex ergibt sich jedoch weder aus den Vorschriften des RBStV, die tatbestandlich formal auf die Wohnungsinhaberschaft abstellen, noch aus § 26 MStV, mit dem die Landesgesetzgeber ihrer Erwartung einer ausgewogenen Programmgestaltung Ausdruck verliehen haben, ohne hierdurch eine synallagmatische Wechselseitigkeit der Beitragspflicht zu begründen.[15]

Allerdings könnte eine verfassungsrechtliche Verknüpfung zwischen Beitragspflicht und Erfüllung des Funktionsauftrages bestehen, welche A die Berufung auf eine Verfehlung dieses Auftrages ermöglicht. Bei dem Rundfunkbeitrag handelt es sich nicht um eine Steuer, sondern um eine nichtsteuerliche Abgabe, nämlich um einen Beitrag.[16] Kennzeichnend für den Begriff des Beitrags ist der Äquivalenzgedanke: Die Abgrenzung zwischen Beitragspflichtigen und Nichtpflichtigen richtet sich nach dem Vorteil, dessen Nutzungsmöglichkeit mit dem Beitrag abgegolten werden soll.[17] Demnach ist auf verfassungsrechtlicher Ebene grundsätzlich ein Zusammenhang im Sinne einer für die Rechtfertigung des Rundfunkbeitrags erforderlichen Vorteilhaftigkeit gegeben, sodass eine Berufung auf eine mögliche Verfehlung des Funktionsauftrags jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen ist.[18]

bb) Überprüfbarkeit durch die Verwaltungsgerichte

Fraglich ist daran anknüpfend jedoch, in welchem Umfang das Vorliegen eines solchen individuellen Vorteils in Gestalt einer ausgewogenen Programmgestaltung überhaupt der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte zugänglich ist.

(1) Keine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte

Teilweise wird vertreten, dass sich die Erfüllung des Programmauftrags durch die Rundfunkanstalten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung eines Rundfunkbeitragsbescheids grundsätzlich entziehe.[19]

Dafür könnte die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG gewährleistete Rundfunkfreiheit sprechen, die insbesondere die Programmfreiheit umfasse und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die verfassungsrechtlich geschützte Befugnis verleihe, selbständig und eigenverantwortlich zu bestimmen, welche konkreten Anforderungen sich aus dem gesetzlichen Programmauftrag in publizistischer Hinsicht ergeben.

Der Rundfunkbeitrag dürfe nicht zu Zwecken der Programmlenkung oder der Medienpolitik eingesetzt werden, weshalb auch der einzelne Beitragszahler ihn nicht als Druckmittel einsetzen und seine Zahlung verweigern dürfe. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, qualitative Einschätzungen zu den Inhalten öffentlich-rechtlicher Programme in rundfunkbeitragsrechtliche Entscheidungen einzubringen, da dies der gebotenen Staatsferne der Medienaufsicht widerspräche.

Zudem stehe es dem Beitragspflichtigen frei, im Falle von Beanstandungen eine Programmbeschwerde zu erheben oder die Rechtsaufsicht anzurufen.[20] Ob das öffentlich-rechtliche Gesamt-

[15] Ausführlich hierzu BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 23 ff.

[16] BVerfGE 149, 222 (251).

[17] BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 35.

[18] Rechtsdogmatisch stützt das BVerwG die Pflicht der Verwaltungsgerichte, diesen verfassungsrechtlichen Konnex zu berücksichtigen, nicht – was möglicherweise näher gelegen hätte – auf eine verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts, sondern mit Blick auf eine mögliche Vorlage des § 2 Abs. 1 RBStV nach Art. 100 GG, BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 13.

[19] VG Freiburg, Urt. v. 11.9.2024 – 9 K 2585/24, Rn. 133 ff.

[20] OVG Münster, Beschl. v. 7.2.2022 – 2 A 2949/21 = BeckRS 2022, 1696 Rn. 7; OVG Koblenz, Beschl. v. 16.11.2015 – 7 A 10455/15.OVG = BeckRS 2015, 55200 Rn. 21; VGH München, Beschl. v. 30.3.2017 – 7 ZB 17.60 = BeckRS

programm den Programmgrundsätzen entspräche, lasse sich durch die Verwaltungsgerichte auch kaum verlässlich beurteilen. Eine Überprüfung des umfangreichen Gesamtangebots stoße an strukturelle Grenzen gerichtlicher Kontrolle.[21] Es fehle an operationalisierbaren und handhabbaren Parametern und Bewertungsgrundsätzen.[22]

(2) Eingeschränkte Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte

Andererseits könnte angenommen werden, dass die Erfüllung des Programmauftrags durch die Rundfunkanstalten – zumindest eingeschränkt – gerichtlich überprüft werden könne.[23]

Hierfür wird unter anderem die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG angeführt. Werde jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so stehe ihm hiergegen gem. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG der Rechtsweg offen. Für die Erhebung des Rundfunkbeitrags bestehe in diesem Zusammenhang keine dem Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG oder dem Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG entsprechende Ausnahmeregelung bzgl. der Rechtsweggarantie. Zwar könnten die Länder plural besetzte Aufsichtsgremien schaffen, um die Binnenpluralität der Rundfunkanstalten zu sichern. Aufgrund der Rechtschutzgarantie des Grundgesetzes komme eine allgemeine Auslagerung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes auf anstaltsinterne Aufsichtsgremien durch den Rundfunkstaatsvertrag jedoch nicht in Betracht. Weiterhin könne aus dem bloßen Bestehen von internen Aufsichtsgremien nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass diese das Ziel der Qualitäts- und Vielfaltssicherung in verfassungsgemäßer Weise erreichten.[24]

Allein die Tatsache, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten (wenn auch begrenzter) staatlicher Rechtsaufsicht unterstünden, belege dass eine staatliche Kontrolle öffentlich-rechtlicher Programminhalte – auch durch die Verwaltungsgerichte – nicht ausgeschlossen sei.[25]

(3) Streitentscheid

Die Erfüllung des Programmauftrags durch die Rundfunkanstalten entzieht sich nicht grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle. Zwar haben die Beitragspflichtigen kein subjektives Recht auf Erfüllung des Funktionsauftrags, wohl aber gem. Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht, nicht durch eine rechtswidrige Erhebung einer öffentlichen Abgabe belastet zu werden. Der Verweis auf die Programmbeschwerde greift in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht durch, da sie nicht auf die Kassation des Rundfunkbeitragsbescheids gerichtet ist und somit ein anderes Ziel verfolgt.

Demnach sind die Verwaltungsgerichte grundsätzlich verpflichtet, zu prüfen, ob dem Äquivalenzgedanken zwischen Beitragspflicht und gewährtem Vorteil Genüge getan ist. Zugleich ist im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle zu berücksichtigen, dass die Prüfungsdichte im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG nicht losgelöst von den Besonderheiten des Regelungsgegenstands bestimmt werden kann. Insbesondere lässt sich die Frage, ob die zur Mitwirkung an der Meinungsbildung gebotene Abbildung der Vielfalt bestehender Meinungsrichtungen sowie deren ausgewogene Darstellung im Gesamtprogrammangebot tatsächlich gelingt, nicht exakt bestimmen. Es handelt sich vielmehr um einen zielwertorientierten Maßstab, der nur annäherungsweise erreicht werden kann.[26] Darüber

2017, 107886 Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.2.2021 – OVG 11 N 95.19 = BeckRS 2021, 2420 Rn. 12.

[21] VG Freiburg, Urt. v. 11.9.2024 – 9 K 2585/24, Rn. 134.

[22] VG Freiburg, Urt. v. 11.9.2024 – 9 K 2585/24, Rn. 135.

[23] *Hain*, AfP 2025, 299 (302 f.).

[24] So etwa *Schneider*, NVwZ 2024, 38.

[25] *v. Coelln*, in: FS Gounalakis, 2025, S. 245 (259).

[26] BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 36.

hinaus ist die Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten: Als Träger der Rundfunkfreiheit sind die Rundfunkanstalten berechtigt und verpflichtet, die Anforderungen an die Erfüllung des Rundfunkauftrags unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen eigenverantwortlich sicherzustellen und anhand anerkannter Maßstäbe zu bestimmen, welche publizistischen Leistungen hierfür erforderlich sind.[27]

Eine Vorzugslast ist daher nur dann als sachlich nicht gerechtfertigt zu beanstanden, wenn sie in einem groben Missverhältnis zu den verfolgten legitimen Abgabenzwecken steht. Maßgeblich ist hierbei, ob das Gesamtprogrammangebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in allen Verbreitungsmedien über einen längeren Zeitraum[28] evidente und regelmäßige Defizite hinsichtlich der gegenständlichen und meinungsmäßigen Vielfalt und Ausgewogenheit aufweist.[29]

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Vertretbar wäre es ebenso, die Frage im Hinblick auf den im Folgenden zu verneinenden Verstoß gegen den Programmauftrag offenzulassen.

cc) Vorliegen eines evidenten Vielfaltsdefizits

Fraglich ist mithin, ob anhand der im Sachverhalt enthaltenen Angaben nach diesen Maßgaben ein evidentes Vielfaltsdefizit festgestellt werden kann.

Vorliegend kam es dazu, dass kurz vor der Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen im September 2024 der Parteichef der X-Partei in einer wichtigen Talkshow des WDR nicht eingeladen wurde. Dies allein führt indes nicht zu einem evidenten und schwerwiegenden Fall einer strukturellen und systemischen Verfehlung des Programmauftrags durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seiner Gesamtheit. Es kann dahinstehen, ob eine Einladung im konkreten Einzelfall aus Gründen der parteienrechtlichen Gleichbehandlung überhaupt zwingend geboten war. Jedenfalls handelt es sich um einen Einzelfall, der von vornherein ungeeignet ist, eine Gesamtverfehlung des Programmauftrags zu begründen.

2. Rechtsfolge

Die Behörde hat die richtige Rechtsfolge gewählt.

3. Zwischenergebnis

Der Festsetzungsbescheid vom 3.4.2025 ist rechtmäßig.

B. Ergebnis

Die Klage der A vom 30.4.2025 ist unbegründet.

---

[27] BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 37.

[28] Der *Senat* erachtet in Anlehnung an den für die Überprüfung der Höhe des Rundfunkbeitrags vorgesehenen 2-Jahres-Rhythmus (vgl. § 1 Abs. 1 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrags) eine Zeitspanne von nicht unter zwei Jahren für sachgerecht, BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 41.

[29] Das BVerwG betont insoweit, dass diese Evidenzkontrolle die Verwaltungsgerichte nicht an ihre Funktionsgrenzen führt, und lehnt vor diesem Hintergrund die Annahme eines Beurteilungsspielraums ausdrücklich ab, BVerwG, Urt. v. 15.10.2025 – 6C 5.24, Rn. 38; Für die Annahme eines Beurteilungsspielraums hingegen *v. Coelln*, in: FS Gounalakis, 2025, S. 245 (261 ff.); *Hain*, AfP 2025, 299 (302 f.).

Anfängerübungsklausur: Das Gesetz der Ehre*

*Rechtsanwalt Damien Nippen, Wiss. Mitarbeiterin Anna Misera, Köln***

Sachverhalt

A und B sind Brüder und beide Mitglieder der kriminellen Gang „Paradise Devils". O gehört einer verfeindeten Gang an. O und B geraten in einen Streit um Drogenverkaufsplätze, bei dem O den B tötet. A ist durch den Verlust seines Bruders untröstlich und möchte mit dem Leben als Gangmitglied nichts mehr zu tun haben. Auf der Beerdigung des B sprechen ihn jedoch zwei andere Mitglieder der „Paradise Devils", C und D, darauf an, was mit B passiert sei. A erzählt C und D, dass O seinen Bruder getötet habe. C und D sind darüber erbost und schwören Rache. Sie wollen A überreden, ihnen bei ihrer Racheaktion zu helfen, indem er eine Pistole besorgen soll. A fühlt sich im Zuge des Todes seines Bruders immer noch wie betäubt. Aufgrund der für ihn aussichtslosen Situation und seiner Verzweiflung über den Verlust des B hat er selbst keine Energie, sich den Überzeugungsversuchen von C und D zu widersetzen, willigt schließlich ein und besorgt C und D eine Pistole. Im Gegensatz zu ihnen handelt er dabei nicht aus Rache, sondern aus Trauer und Verzweiflung. A geht davon aus, dass C und D den O im Wege einer Überraschungsaktion hinterrücks erschießen werden.

Nachdem A eine Pistole an C und D ausgehändigt hat, machen sich die beiden in einem Pkw auf die Suche nach O. Während C fährt, sitzt D mit der Pistole auf dem Beifahrersitz. Nach einiger Zeit entdecken sie O, der allein in seinem Pkw unterwegs ist. Die Entfernung zu ihm ist jedoch wesentlich zu groß, um auf ihn schießen zu können. O, der seit seiner Tat ständig mit einer „Revanche" durch die „Paradise Devils" rechnet, erblickt C und D ebenfalls aus der Ferne und realisiert, dass sie auf einem Rachefeldzug sind. Er ergreift die Flucht. Nach einer Verfolgungsjagd durch die Kölner Innenstadt können C und D schließlich O einholen. D erschießt O vom Beifahrersitz aus.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A, C und D nach dem 16. Abschnitt des StGB. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des D 622
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 5 StGB 622
1. Objektiver Tatbestand 622
2. Subjektiver Tatbestand 623
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 624

** Die Klausur war in leicht abgewandelter Form Probeklausur in der Vorlesung „Kleine Übung im Strafrecht (Vorbereitung auf die ZP)", die der Autor *Nippen* im Wintersemester 25/26 an der Universität zu Köln gehalten hat. An der Probeklausur haben 236 Studierende teilgenommen, sie hatte einen Notendurchschnitt von 6,9 Punkten und eine Nichtbestehensquote von 22 %.

* Der Autor *Nippen* ist Rechtsanwalt bei einer Kanzlei in Köln, die Autorin *Misera* ist ebenda Wiss. Mitarbeiterin.

II. Ergebnis 624
B. Strafbarkeit des C wegen Mordes 624
I. §§ 211, 212, 25 Abs. 2 StGB 624
1. Objektiver Tatbestand 624
2. Subjektiver Tatbestand 625
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 625
II. Ergebnis 626
C. Strafbarkeit des A wegen Beihilfe zum Mord 626
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB 626
1. Objektiver Tatbestand 626
2. Subjektiver Tatbestand 626
3. Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale 627
4. Rechtswidrigkeit 630
5. Schuld 630
II. Ergebnis 630

A. Strafbarkeit des D

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 5 StGB

D könnte sich wegen heimtückischen Mordes aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er O erschoss.

1. Objektiver Tatbestand

Der Taterfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist mit dem Tod des O eingetreten. D hat den Tod des O durch den Schuss mit der Pistole kausal und in einer ihm objektiv zurechenbaren Weise herbeigeführt.

D könnte zudem heimtückisch gem. § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB gehandelt haben. Heimtückisch handelt, wer bewusst die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zu dessen Tötung ausnutzt.[1] Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.[2] Eine bloß latente Furcht oder allgemeine Sorge vor einem Angriff genügt nicht.[3] Der Arglosigkeit des O steht daher nicht entgegen, dass er mit einer nicht näher spezifizierten „Revanche" der verfeindeten Gang rechnete. Die Arglosigkeit entfällt erst, wenn das Opfer annimmt, dass ein Angriff

[1] BGH NJW 1954, 1375; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 48; *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 211 Rn. 30; *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 211 Rn. 76.

[2] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 211 Rn. 35; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 51.

[3] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 211 Rn. 36; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 54; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 64.

auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit unmittelbar bevorstehe.[4] Das ist in dem Moment anzunehmen, als O konkret C und D wahrnahm und realisierte, dass sie auf einem Rachefeldzug waren. Ab diesem Moment rechnete er mit einem Angriff auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit. Als ihn D nach der Verfolgungsjagd erschoss, war O mithin nicht mehr arglos. Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt O arglos gewesen sein muss: In dem Moment, als er die beiden Angreifer erkannte, oder erst, nachdem ihn C und D einholten und D auf O schoss. Das Opfer muss zu Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs arglos sein.[5] Es kommt demnach grundsätzlich darauf an, ob das Opfer im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens (§ 22 StGB) zur Tötung arglos war.[6] Die Arglosigkeit entfiel, als O die beiden Angreifer erblickte. Ab diesem Moment rechnete er mit einem Angriff auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit. Zu diesem Zeitpunkt bestand jedoch zwischen dem Pkw, in dem C und D waren, und O eine zu große Entfernung, als dass D bereits auf O hätte schießen können. C und D hätten hierzu noch näher an O herankommen müssen. Es waren noch wesentliche Zwischenakte erforderlich, damit es zur Tötung des O kommt. In diesem Moment kann demnach nicht das unmittelbare Ansetzen zur Tötung gesehen werden. Das ergibt sich auch daraus, dass C und D den O zunächst durch die Kölner Innenstadt verfolgen mussten, bevor sie ihn einholten. Es ist daher auf den Zeitpunkt abzustellen, als C und D den O einholten und D auf O schoss. Erst hierin ist der Beginn des Tötungsversuchs zu sehen und zu diesem Zeitpunkt war O nicht mehr arglos. D handelte damit nicht heimtückisch.

Anmerkung: Eine a.A. dürfte mit guter Begründung vertretbar sein. In diesem Fall wären die restriktiven Ansätze zur Auslegung der Heimtücke anzusprechen.

2. Subjektiver Tatbestand

D handelte vorsätzlich in Bezug auf die Tötung des O.

Möglicherweise hat er ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht. In Betracht kommen niedrige Beweggründe nach § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB. Die Motive für eine Tat stellen niedrige Beweggründe dar, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und besonders verachtenswert sind.[7] Der Beweggrund für die Tat muss derart verwerflich sein, dass das Unrecht der Tat deutlich über das Unrecht eines Totschlags hinausgeht.[8] Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände.[9] Aufgrund der absoluten Strafandrohung des § 211 StGB ist das Merkmal nicht zu weit auszulegen.[10] Die Niedrigkeit der Beweggründe wird zweifelhaft, wenn die Motivation des Täters „irgendwie menschlich begreiflich“ ist.[11]

---

[4] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 64.

[5] BGH NStZ 2006, 503 (504); *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 2 Rn. 30; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 51.

[6] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 64.

[7] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 211 Rn. 14a; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 29; auf einen früheren Zeitpunkt kann ggf. abgestellt werden, wenn der Täter das Opfer wohldurchdacht in einen Hinterhalt lockt, um so eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, vgl. BGH NJW 1968, 1291 (1292); *Sinn*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 211 Rn. 45.

[8] BGH NStZ 2006, 286 (287); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 29.

[9] BGH NStZ 2006, 97 (97); *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 211 Rn. 15; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 2 Rn. 18.

[10] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 30.

[11] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 4 Rn. 31.

D tötete O, um sich an ihm für die Tötung eines anderen Mitglieds seiner kriminellen Gang zu rächen. Der BGH sieht Gefühle wie Wut, Zorn und Rachsucht nur dann als niedrige Beweggründe an, wenn sie ihrerseits auf einer besonders verwerflichen Gesinnung beruhen und nicht mehr menschlich verständlich sind.[12] D handelte bei der Tötung des O nach seinem „Ehrenkodex". Er setzte sich damit über die staatliche Rechtsordnung hinweg und wollte an dessen Stelle eine Strafe vollstrecken, bei der es sich zudem um eine schlechthin unzulässige Todesstrafe (Art. 102 GG) handeln würde. Derartige Tötungen aus Rache stellen grundsätzlich niedrige Beweggründe dar, da sich der Täter über die „Rechtswahrungsfunktion des Staates" hinwegsetzt.[13] Die Anwendung von Selbstjustiz negiert die Grundwerte eines Rechtsstaates und ist besonders verachtenswert.[14] D handelte somit aus niedrigen Beweggründen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

D hat sich strafbar gemacht wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4 StGB. Die Verabredung zum Mord mit C nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB i.V.m. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4 StGB tritt zurück.[15]

B. Strafbarkeit des C wegen Mordes

I. §§ 211, 212, 25 Abs. 2 StGB

C könnte sich wegen Mordes in Mittäterschaft aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Auto fuhr, aus dem D auf O schoss.

1. Objektiver Tatbestand

Mit dem Tod des O ist der tatbestandliche Erfolg eingetreten. Die Tötungshandlung hat indessen nicht C, sondern D vorgenommen, indem er O erschoss. Fraglich ist, ob C diese Handlung nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Dann müsste er Mittäter sein. Mittäterschaft liegt bei gemeinschaftlicher Tatbegehung durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.[16] Mittäterschaft setzt demnach einen gemeinsamen Tatentschluss und eine gemeinsame Tatausführung voraus.[17] Ein gemeinsamer Tatentschluss ist die zumindest konkludente Übereinkunft zwischen zwei oder mehr Personen, gemeinsam eine Straftat zu begehen.[18] C und D sind zumindest konkludent übereingekommen, dass C den Wagen fährt und D den O erschießt. C und D planten damit, arbeitsteilig vorzugehen und die Tat durch Zusammenwirken zu begehen. Ein gemeinsamer Tatentschluss liegt vor.

---

[12] BGH NStZ 2006, 286 (287).
[13] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 211 Rn. 95.
[14] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 211 Rn. 95.
[15] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 30 Rn. 27.
[16] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 44 Rn. 2.
[17] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 44 Rn. 2.
[18] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 40 Rn. 6.

Die gemeinsame Tatausführung verlangt, dass der Beteiligte einen wesentlichen Tatbeitrag erbringt und maßgeblichen Einfluss auf die Tatausführung hat.[19] Seine Mitwirkung an der Tat muss in Abgrenzung zur Teilnahme täterschaftliche Qualität aufweisen.

Nach der gemäßigt-subjektiven Theorie des BGH ist Täterschaft „aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen."[20] Die maßgeblichen Kriterien sind dabei der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder der Wille zur Tatherrschaft.[21] Für eine Täterschaft spricht, wenn die Durchführung der Tat maßgeblich auch vom Willen des Beteiligten abhängt.[22] C hatte ein erhebliches eigenes Interesse an der Tötung des O, da er sich wie D an ihm rächen wollte. Der Umfang seiner Tatbeteiligung ist als groß anzusehen: Er fuhr das Auto und verfolgte O. D konnte O nur erschießen, weil C ihn nach einer Verfolgungsjagd einholte. Die Durchführung der Tat hing damit maßgeblich auch von seinem Willen ab. Nach der gemäßigt-subjektiven Theorie ist C daher als Mittäter anzusehen.

Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre ist Täter, wer als Zentralgestalt das tatbestandsmäßige Geschehen in den Händen hält und die Tat nach seinem Willen ablaufen lassen oder hemmen kann.[23] C entschied darüber, ob er O verfolgt und somit D in eine Position kommt, aus der er O erschießen kann. Es hing damit von seinem Willen ab, ob es zur Tatbestandsverwirklichung kommt oder nicht und er konnte die Tat nach seinem Willen ablaufen lassen oder hemmen. Ihm kam als Fahrer des Pkw eine zentrale Stellung zu. Er erbrachte seinen Tatbeitrag im unmittelbaren Ausführungsstadium, sodass es nicht auf den Streit zwischen enger und weiter Tatherrschaftslehre ankommt, ob jemand auch Täter sein kann, der nur im Vorbereitungsstadium tätig wird.[24] Nach der Tatherrschaftslehre ist C als Täter anzusehen.

Sowohl nach der gemäßigt-subjektiven Theorie des BGH als auch nach der Tatherrschaftslehre ist C Täter. Ein Streitentscheid ist damit nicht erforderlich. Die Tötungshandlung des D wird C nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet.

Anmerkungen: Die Darstellung der extrem-subjektiven Theorie und der formal-objektiven Theorie wurde nicht erwartet. Sofern sie zusätzlich erwähnt worden sind und deren Darstellung gelungen ist, kann dies jedoch positiv honoriert werden.

2. Subjektiver Tatbestand

C handelte vorsätzlich in Bezug auf die mittäterschaftliche Tötung des O. Er handelte aus demselben Rachemotiv wie D und mithin ebenfalls aus niedrigen Beweggründen gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

---

[19] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 44 Rn. 52.

[20] BGH NStZ 2020, 22 (22).

[21] BGH NStZ 2020, 22 (22).

[22] BGH NStZ 2020, 22 (22).

[23] Vgl. zur Tatherrschaftslehre *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 38 Rn. 43 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 41 Rn. 10 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 810; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 26 Rn. 20 ff.

[24] Vgl. hierzu *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 832 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 41 Rn. 18 ff.

II. Ergebnis

C ist strafbar wegen Mordes in Mittäterschaft aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 25 Abs. 2 StGB. Die ebenfalls verwirklichte Verabredung zum Mord mit D nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB i.V.m. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4 StGB tritt zurück.

C. Strafbarkeit des A wegen Beihilfe zum Mord

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er C und D die Pistole verschaffte.

Anmerkungen: Möglich wäre auch, zunächst eine Mittäterschaft des A zu prüfen. Diese Prüfung sollte jedoch nicht zu breit ausgeführt werden, da es sich beim bloßen Beschaffen der Tatwaffe um eine typische Gehilfenleistung handelt. Zudem hatte A erkennbar keine Tatherrschaft und selbst bei Anwendung der weiten Tatherrschaftslehre wäre in seinem Tatbeitrag kein „Plus“ im Vorbereitungsstadium zu sehen, das sein „Minus“ bei der Tatausführung ausgleichen könnte. Nach der Ansicht des BGH läge Mittäterschaft des A ebenfalls fern, da der Umfang seiner Tatbeteiligung gering war und er weder Tatherrschaft noch den Willen dazu hatte. Zudem ist zweifelhaft, ob in einer Tat „aus Verzweiflung“ ein hohes Tatinteresse gesehen werden kann.

1. Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat liegt mit dem (mittäterschaftlichen) Mord von C und D vor.

Zu ihm müsste A gem. § 27 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet haben. Ein Hilfeleisten ist in jedem Tatbeitrag zu sehen, der die Haupttat ermöglicht, erleichtert, beschleunigt oder ihre Rechtsgutsverletzung intensiviert.[25] Indem A die Tatwaffe besorgte, ermöglichte er die Begehung der konkreten Tat. Er hat mithin gem. § 27 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Erforderlich ist ein doppelter Gehilfenvorsatz, der die Begehung der Haupttat und die eigene Hilfeleistung umfasst.[26]

A war bewusst, dass C und D den O mit der Pistole erschießen. Er ging sogar davon aus, dass sie ihn im Wege einer Überraschungsaktion hinterrücks erschießen. In der Vorstellung von A hätten C und D damit eine Arg- und Wehrlosigkeit des O bewusst zu dessen Tötung ausgenutzt und mithin heimtückisch (§ 211 Abs. 2 Var. 5 StGB) gehandelt. Das haben sie jedoch tatsächlich nicht. Dass A insoweit Vorsatz hatte, könnte nur zu einer Strafbarkeit wegen versuchter Teilnahme führen. Die versuchte Beihilfe ist jedoch nicht strafbar.[27] Eine nach § 30 Abs. 1 StGB theoretisch mögliche versuchte Anstiftung zum Heimtückemord kommt nicht in Betracht, da der Tatplan auf Ansinnen von C und D

[25] *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 694; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 82.
[26] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 42 Rn. 28.
[27] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 43 Rn. 3.

geschlossen worden war. Es war demnach nicht A, der einen Tatentschluss bei C und D hervorrufen wollte.

In Bezug auf seine Hilfeleistung handelte A vorsätzlich.

3. Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale

Es könnte zu einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB oder zu einer Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB kommen. Unabhängig von der strittigen Frage, welche Norm einschlägig ist, ist zuerst fraglich, ob A selbst aus niedrigen Beweggründen handelte. Hätte er das, wäre er sowohl bei Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB als auch bei Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB letztlich wegen Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen ohne Strafmilderung zu bestrafen.

Es ist zu prüfen, ob A aus niedrigen Beweggründen gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB handelte. Zunächst ist es menschlich begreiflich, dass er durch die Tötung seines Bruders persönlich erheblich betroffen ist. Nach dem BGH sind beim Verlust naher Angehöriger durch eine Gewalttat rachemotivierte Tötungen nicht ohne weiteres als Mord aus niedrigen Beweggründen zu bewerten.[28] Gegen einen niedrigen Beweggrund spricht dabei insbesondere, wenn der Täter durch das zugefügte Leid spontan zu Tat hingerissen worden ist.[29] Das ist jedoch nur der Fall, wenn er unmittelbar im Anschluss an die Vortat die Tat begeht.[30] Erst nach der Beerdigung seines Bruders stimmte A dem Tötungsplan von C und D zu und verschaffte ihnen die Tatwaffe. Er wurde durch die Tötung seines Bruders daher nicht spontan zur Tat hingerissen. Im Gegensatz zu C und D handelte A jedoch nicht aus Rache, sondern aus Verzweiflung über den Tod seines Bruders, aufgrund deren er keine Energie hatte, sich dem Ansinnen von C und D zu widersetzen. Es gibt keine Anhaltspunkte für ein Rachemotiv. Ein solches mag zwar bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation nicht ausgeschlossen sein, aber um einen niedrigen Beweggrund zu begründen, müsste ein solches Rachemotiv der vorherrschende oder zumindest ein leitender Beweggrund für die Tat gewesen sein.[31] Das ist nicht der Fall, da A in erster Linie aus Verzweiflung handelte. Stehen Gefühle der Verzweiflung oder Ausweglosigkeit im Vordergrund, spricht das gegen das Vorliegen von niedrigen Beweggründen.[32] A wollte zudem mit dem Leben als Gangmitglied nichts mehr zu tun haben. Ihm ging es daher nicht darum, gemäß einem „Ehrenkodex“ zu handeln und unter Missachtung rechtsstaatlicher Grundsätze an Stelle des Staates eine Strafe zu vollstrecken. Es erscheint menschlich nicht völlig unnachvollziehbar, dass man aus einer verzweifelten Situation heraus eine Straftat begeht. Der Beweggrund des A zur Tat begründet mithin kein Unrecht, das deutlich über dem eines Totschlags liegt. A handelte selbst nicht aus niedrigen Beweggründen.

Anmerkung: Eine a.A. ist mit guter Begründung vertretbar. Dann sollte sich die Bearbeitung jedoch ausführlich damit auseinandersetzen, warum die Motivation des A besonders verwerflich ist, obwohl er „aus Verzweiflung“ handelte. Zudem sollte § 28 StGB hilfsgutachtlich geprüft werden, da der Bearbeitungsvermerk verlangt, dass auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist.

[28] BGH NStZ 2006, 286 (288).

[29] BGH NStZ 2006, 286 (288); *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 211 Rn. 95; *Momsen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 211 Rn. 27.

[30] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 211 Rn. 95.

[31] *Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 31; *Momsen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 211 Rn. 28 („die Tat beherrschend“).

[32] BGH NStZ 2004, 34 (34); *Momsen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 211 Rn. 36.

A hatte jedoch Kenntnis von der Rachemotivation von C und D. Bei den niedrigen Beweggründen handelt es sich nach h.M. wie bei den sonstigen täterbezogenen Mordmerkmalen um besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB.[33] Fraglich ist, ob § 28 Abs. 1 StGB oder § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden ist. Das hängt davon ab, ob man die täterbezogenen Mordmerkmale als strafbarkeitsbegründende persönliche Merkmale ansieht (dann § 28 Abs. 1 StGB) oder als strafschärfende besondere persönliche Merkmale (dann § 28 Abs. 2 StGB). Sie würden strafbarkeitsbegründend wirken, wenn es sich bei § 211 StGB um einen eigenständigen Straftatbestand handeln würde; sie würden strafschärfend wirken, wenn § 211 StGB eine Qualifikation zu § 212 StGB darstellen würde. Entscheidend ist, in welchem Verhältnis § 211 StGB und § 212 StGB zueinanderstehen.

Der BGH sieht §§ 211, 212, 216 StGB als eigenständige Delikte mit verschiedenem Unrechtsgehalt an.[34] Die täterbezogenen Mordmerkmale würden demnach strafbarkeitsbegründend wirken, wodurch § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden wäre. A handelte selbst nicht aus niedrigen Beweggründen. Er kannte jedoch die Rachemotivation von C und D, die für sie jeweils einen niedrigen Beweggrund begründet.[35] A wäre demnach strafbar wegen Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen, wobei seine Strafe nach § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern wäre, da bei ihm die besonderen persönlichen Merkmale fehlen, welche die Strafbarkeit von C und D wegen Mordes begründen.

Die h.L. sieht hingegen in § 212 StGB den Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötungsdelikte, in § 211 StGB eine Qualifikation und in § 216 StGB eine Privilegierung.[36] Die täterbezogenen Mordmerkmale hätten demnach strafschärfende Wirkung, wodurch § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden wäre. Nach § 28 Abs. 2 StGB ist jeder Beteiligte nach den besonderen persönlichen Merkmalen zu bestrafen, die bei ihm selbst vorliegen. Die Norm ermöglicht eine Tatbestandsverschiebung. Nach dieser Ansicht wäre A nur strafbar wegen Beihilfe zum Totschlag, da er selbst nicht aus niedrigen Beweggründen handelte und keine anderen täterbezogenen Mordmerkmale aufwies.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, weswegen der Streit zu entscheiden ist.

Für die Ansicht des BGH spricht die Systematik des Gesetzes. Es ist typischer, dass ein Grundtatbestand vor einer Qualifikation steht (vgl. §§ 223 und 224 StGB; §§ 242 und 244 StGB; §§ 306a und 306b Abs. 2 StGB; §§ 331 und 332 StGB). Der Mordparagraf steht indessen vor dem Totschlagsparagrafen. Der Wortlaut der Normen könnte ebenfalls dafürsprechen, dass die Normen verschiedenartiges Unrecht erfassen, da § 211 StGB vom „Mörder" spricht und § 212 StGB vom „Totschläger".[37] Ein Vergleich mit anderen Normen des StGB zeigt, dass deren Wortlaut ein Grundtatbestand-Qualifikations-Verhältnis sprachlich deutlicher zum Ausdruck bringt, als es bei §§ 211, 212 StGB der Fall wäre. So spricht bspw. § 224 Abs. 1 StGB ausdrücklich davon, dass jemand „die Körperverletzung […] begeht". Dass § 211 StGB stets die Tötung eines Menschen nach § 212 StGB umfasst, steht der Annahme eines eigenständigen Straftatbestandes nicht zwingend entgegen.[38] Auch jeder Raub

[33] Vgl. nur BGH NJW 2005, 996 (997); *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 2 Rn. 55; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 5 Rn. 4; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 90; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. 2025, § 2 Rn. 82; *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 7.

[34] Grundlegend BGHSt 1, 368, (370); BGH NJW 2005, 996 (997).

[35] Wäre das nicht der Fall, so käme auch nach BGH nur eine Beihilfe zum Totschlag in Betracht, vgl. BGH StV 1982, 208; BGH StV 1987, 386.

[36] Vgl. nur *Momsen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, Vor §§ 211 ff. Rn. 10; *Wessels/Engländer/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 25 f.; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 2 Rn. 51; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 5 Rn. 6; *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 20.

[37] BGHSt 1, 368 (370).

[38] BGHSt 1, 368 (370).

umfasst einen Diebstahl, zwischen denen dennoch kein Qualifikationsverhältnis angenommen wird.[39]

Für die Ansicht der Literatur spricht hingegen, dass der Wortlaut des § 212 Abs. 1 StGB gerade darauf abstellt, dass jemand einen Menschen tötet, „ohne Mörder zu sein". Das ist gesetzestechnisch zwar eine ungewöhnliche Formulierung, lässt jedoch den Schluss zu, dass § 212 StGB der Grundtatbestand zu § 211 StGB ist. Schließlich erfasst er alle vorsätzlichen Tötungen, bei denen es an den besonderen Mordmerkmalen aus § 211 Abs. 2 StGB fehlt. Zwischen § 211 StGB und § 212 StGB besteht ein Stufenverhältnis, wie es für das Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation typisch ist.[40] Es ist zudem nicht aussagekräftig, dass § 211 StGB von „Mörder" spricht und § 212 Abs. 1 StGB von „Totschläger".[41] Die unterschiedlichen Formulierungen gehen auf eine Gesetzesänderung aus dem Jahre 1941 des nationalsozialistischen Regimes zurück.[42] Diese abstrakten Formulierungen zu „Tätertypen" sollten der nationalsozialistischen Justiz dazu dienen, die Taten der Anhänger des Regimes „als nicht dem Typus ‚Mörder' entsprechend zu privilegieren und dem ‚gesunden Volksempfinden' entsprechend den ‚Volksschädling' zu eliminieren."[43] Heute besteht Einigkeit, dass § 211 StGB nicht bestimmte „Tätertypen" umfasst, sondern besonders verwerfliche oder gefährliche Begehungsmodalitäten.[44]

Die Ansicht der Literatur ist vorzugswürdig. Sie vermeidet insbesondere Ungereimtheiten, die die Lösung der Rechtsprechung mit sich bringt.[45] Im Falle der gekreuzten Mordmerkmale versagt die Rechtsprechung dem Beteiligten, der ein anderes täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht als der Haupttäter, die Strafmilderung gem. § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB.[46] Das ist mit dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 StGB kaum zu vereinbaren, der davon spricht, dass die Strafe des Teilnehmers zu mildern ist, wenn bei ihm die besonderen persönlichem Merkmale fehlen, „welche die Strafbarkeit des Täters begründen". Ein weiteres Problem ergibt sich in Bezug auf die Rechtsfolgen: Wendet der BGH bspw. auf einen Anstifter zum Mord § 28 Abs. 1 StGB an, weil der Anstifter selbst keine täterbezogenen Mordmerkmale aufweist, so ergibt sich eine niedrigere Strafuntergrenze als im Fall einer Anstiftung zum Totschlag.[47] Bei einer Anstiftung zum Totschlag sieht das Gesetz eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren vor (§§ 212, 26 StGB). Bei Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB beträgt die Mindeststrafe bei einer Anstiftung zum Mord hingegen drei Jahre Freiheitsstrafe. Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, nimmt der BGH für solche Konstellationen eine Sperrwirkung des § 212 StGB in Bezug auf die Mindeststrafe an.[48] Zu derartigen Kunstgriffen mit zweifelhafter Rechtsgrundlage[49] muss die h.L. nicht greifen. Ihre Konzeption ist daher vorzugswürdig.

§ 211 StGB ist eine Qualifikation zu § 212 StGB. Die täterbezogenen Mordmerkmale schärfen die Strafe i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB. In Bezug auf A ist daher § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden. Folglich kommt es zu einer Tatbestandsverschiebung, weil er selbst kein täterbezogenes Mordmerkmal aufwies. Er verwirklichte lediglich eine Beihilfe zum Totschlag.

---

[39] BGHSt 1, 368 (370).
[40] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 25.
[41] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, Vor § 211 Rn. 270.
[42] *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 211 Rn. 4.
[43] *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 211 Rn. 4.
[44] *Momsen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 211 Rn. 4.
[45] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 5 Rn. 14; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, Vor § 211 Rn. 270 f.
[46] BGH NJW 1969, 1725 (1726); BGH NJW 2005, 996 (997).
[47] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 97.
[48] Vgl. BGH NStZ 2006, 288 (290).
[49] Vgl. die kritischen Anmerkungen von *Puppe* zu BGH NStZ 2006, 288 (290).

4. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

5. Schuld

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Nach § 20 Var. 2 StGB handelt ohne Schuld, wer bei Begehung der Tat wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung unfähig war, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Bei A könnte aufgrund seiner Verzweiflung eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung vorgelegen haben. Eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung ist eine Trübung oder Einengung des Bewusstseins, die entweder die Fähigkeit beeinträchtigt, sich intellektuelles oder emotionales Erleben zu vergegenwärtigen, oder die eine starke Störung des Gefühlslebens und der Selbstbestimmung darstellt.[50] Zwar können Affekte eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung nach § 20 Var. 2 StGB darstellen.[51] Erforderlich sind jedoch hochgradige Affekte, die den Täter „so ergreifen, dass er nahezu passiv zum Objekt von Funktionsabläufen wird."[52] Einen derartigen Grad hat der Gefühlszustand des A nicht erreicht. Das planvolle Beschaffen der Pistole für C und D spricht vielmehr dafür, dass er nicht aus Affekt handelte, sondern berechnend vorging und ungemindert in der Lage war, das Unrecht seiner Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.[53]

Anmerkung: Diese Diskussion kann nur von guten Bearbeitungen erwartet werden. Die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB ist vertretbar.

A handelte schuldhaft.

II. Ergebnis

A hat sich strafbar gemacht wegen Beihilfe zum Totschlag nach §§ 212 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB. Seine Strafe ist nach § 27 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. A hat sich nicht wegen einer Verabredung zum Totschlag nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB strafbar gemacht, da sich die Übereinkunft auf eine mittäterschaftliche Verwirklichung des Verbrechens beziehen muss.[54] A kam nach der Übereinkunft von Anfang an nur die Rolle eines Gehilfen zu. Er akzeptierte jedoch die Tatbegehung nach den Überzeugungsversuchen von C und D. Dies könnte die Annahme eines Erbietens zum Totschlag nach § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB sein. Der Sachverhalt macht indessen nicht deutlich, ob in den Überzeugungsversuchen von C und D ein Erbieten gesehen werden kann. Das würde die ernst gemeinte Erklärung voraussetzen, mit der Bereitschaft des Adressaten ein Verbrechen zu begehen.[55] Nach weiten Teilen der Literatur ist erforderlich, dass der Sich-Erbietende noch nicht zur Tat entschlossen ist.[56]

---

[50] Vgl. BGH NJW 1958, 266 (267); *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 20 Rn. 27; *Safferling*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, 2. Aufl. 2020, § 20 Rn. 30.

[51] Vgl. *Kaspar*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 20 Rn. 56 ff.; *Streng*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 20 Rn. 75 ff.; *Weißer/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 20 Rn. 15 ff.

[52] *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 20 Rn. 20.

[53] Vorbereitungshandlungen sprechen gegen die Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit, vgl. *Kaspar*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 20 Rn. 62.

[54] Vgl. nur *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 30 Rn. 54; *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 30 Rn. 27.

[55] *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 30 Rn. 15.

[56] *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 30 Rn. 3, bezeichnet diese, seiner Meinung nach ebenfalls vorzugswürdige, Ansicht als h.M.; ebenso *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 30 Rn. 22; sowie *Schünemann/*

Ob dies bei C und D der Fall war, ist nicht eindeutig. Die Frage kann dahinstehen, weil die Annahme des Erbietens jedenfalls hinter die Beihilfe zum Totschlag zurückträte.[57]

Greco, in: LK-StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 30 Rn. 91 f., nach denen die Annahme des Erbietens daher ein Sonderfall der versuchten Anstiftung ist, da die Annahme des Erbietens den Tatentschluss hervorrufen muss.

[57] *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 30 Rn. 59.

Fortgeschrittenenklausur: Briefe, Brüder & Beweise*

*Rechtsreferendar Dr. Maximilian Schach, München***

Sachverhalt

Fabian (F) betreibt einen sehr erfolgreich wirkenden Friseursalon in Starnberg, den er aber in Wahrheit maßgeblich als Front für kriminelle Machenschaften nutzt. Staatsanwältin Susanne (S) führt deshalb schon seit geraumer Zeit ein Ermittlungsverfahren gegen F, in dessen Rahmen am 25.11.2024 eine Durchsuchung der Geschäftsräume stattfindet. Dabei wird unter anderem ein Brief beschlagnahmt, den F von seinen Komplizen bekommen hatte, welche den Brief auch noch namentlich unterschrieben hatten. Sie setzen F darin – ungeschickterweise schriftlich – darüber in Kenntnis, wie ertragreich sich aktuell die kriminellen Tätigkeiten gestalten, an denen F beteiligt ist. F möchte unbedingt verhindern, dass das Strafverfahren auf eine Verurteilung seiner selbst oder eines seiner Komplizen hinausläuft, schließlich hatte er vor Kurzem in den Nachrichten von dramatischen Zuständen in den bayerischen Justizvollzugsanstalten gehört. Er beschließt deshalb, am nächsten Tag in das Dienstgebäude der zuständigen Staatsanwaltschaft München II einzudringen und dort nach dem Brief zu suchen, den er als Hauptbeweismittel in der Sache einordnet. Um das Gebäude unbehindert betreten zu können, möchte er für Ablenkung sorgen. Zu diesem Zweck wählt er am 26.11.2024 gegen 10:00 Uhr vormittags den Polizei-Notruf „110“ und teilt der dort diensthabenden Beamtin am Telefon wahrheitswidrig mit, sein (in Wirklichkeit gar nicht existierender) Kumpel Karsten (K) wolle sich für die Behandlung in vergangenen Strafverfahren an der Staatsanwaltschaft rächen. Er habe ihm von seinem Racheplan im Vertrauen berichtet. K habe vor, sich in wenigen Minuten in das Obergeschoss des Dienstgebäudes zu begeben, um dort einen mitgebrachten Kanister Benzin zu verschütten, dieses anzuzünden und so „das Gebäude abzufackeln“. Menschen wolle er keine verletzen, aber der Staatsmacht durch die Aktion einen Denkzettel verpassen. Als erwartungsgemäß mehrere Funkstreifenwagen der Polizei und ein Löschzug der Feuerwehr am Gebäude eintreffen, mischt sich F unter die Rettungskräfte und betritt das Gebäude. Dort begibt er sich direkt zum Büro von S, wo er auf ihrem Schreibtisch tatsächlich einen Brief findet. Überzeugt davon, dass es sich um „seinen“ Brief handelt, schnappt sich F das vermeintliche Beweismittel, verlässt das Büro und wirft es vor dem Gebäude unbesehen in einen Mülleimer. Tatsächlich aber handelte es sich bei dem Brief lediglich um einen privaten Brief, mit dem eine Tante von S ihr Geburtstagsglückwünsche geschickt hatte.

Als F einige Zeit später mitbekommt, dass sein „Coup“ nicht nur keinen Erfolg hatte, sondern nun auch deswegen gegen ihn ermittelt wird, erkennt er, dass der Kampf gegen die ursprünglichen Ermittlungen sinnlos ist. Er sieht aber zumindest für die Geschehnisse vom 26.11.2024 noch eine realistische Chance, straffrei ausgehen zu können, wenn er sich nur einen Entlastungszeugen beschaffen könne. Deshalb bittet er seinen Bruder Boris (B), vor Gericht auszusagen, er sei am betreffenden Tag den ganzen Tag mit ihm unterwegs gewesen und könne die ihm vorgeworfenen Taten nicht begangen haben. Tatsächlich hatten F und B zwar erst den darauffolgenden 27.11.2024

* Die Klausur wurde an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2024/2025 als dritte Klausur in der Übung für Fortgeschrittene gestellt.

** *Der Autor* ist Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München und war Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung (Prof. *Dr. Mark A. Zöller*) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

zusammen verbracht. F geht jedoch fest davon aus, der sonst immer eher verwirrte B werde die beiden Tage auf sein Zureden hin verwechseln und ihm daher guten Gewissens ein Alibi geben. Ausnahmsweise erinnert sich B aber – für F unerkannt – gut daran, dass sich die beiden erst am 27.11.2024 getroffen hatten, weil ihm der gemeinsame Ausflug in den Europapark so gut gefallen hatte. Als guter Bruder möchte er F, von dem er weiß, dass er gerne einmal zu Straftaten neigt, den Gefallen trotzdem tun und unter Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht in seinem Sinne aussagen. So kommt es schließlich in der Hauptverhandlung. B bleibt nach seiner Aussage unvereidigt. F wird in der Folge für die für den 26.11.2024 in Betracht kommenden Delikte nicht verurteilt.

Aufgabe

In einem Gutachten ist die Strafbarkeit der Beteiligten zu prüfen. Eine Strafbarkeit nach §§ 123, 126, 129–129b, 133, 136, 145 StGB ist jedoch nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Der Brief 634
A. Strafbarkeit des F 634
I. § 164 Abs. 1 StGB durch die Mitteilung an die Beamtin der Notrufzentrale 634
II. § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB durch die Mitteilung an die Beamtin 635
1. Tatbestandsmäßigkeit 635
a) Objektiver Tatbestand 635
b) Subjektiver Tatbestand 636
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 636
3. Ergebnis 636
III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Wegwerfen des Geburtstagsbriefes 636
IV. §§ 274 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Wegwerfen des Geburtstagsbriefes 637
1. Vorprüfung 637
2. Tatbestandsmäßigkeit 637
a) Tatentschluss 637
aa) Hinsichtlich des Vorliegens einer echten Urkunde 637
bb) Hinsichtlich des nicht ausschließlichen Gehörens 637
cc) Hinsichtlich der Tathandlung 638
dd) Nachteilszufügungsabsicht 638
b) Ergebnis 638
3. Ergebnis 638
V. §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Wegwerfen des Briefes 639

VI. § 242 Abs. 1 StGB durch das Verlassen des Büros mit dem Brief 639
B. Ergebnis zum ersten Tatkomplex 639
Zweiter Tatkomplex: Die Aussage 639
A. Strafbarkeit des B 639
I. § 153 StGB durch die Ausführungen vor Gericht 639
1. Tatbestandsmäßigkeit 639
a) Objektiver Tatbestand 639
b) Subjektiver Tatbestand 640
2. Ergebnis 640
II. § 258 Abs. 1 StGB durch die Ausführungen vor Gericht 640
III. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB durch die Ausführungen vor Gericht 640
B. Strafbarkeit des F 641
I. §§ 153, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch die Bitte an B 641
II. §§ 153, 26 StGB durch die Bitte an B 641
III. § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB durch die Bitte an B 641
1. Tatbestandsmäßigkeit 641
a) Objektiver Tatbestand 641
b) Subjektiver Tatbestand 642
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 642
3. Ergebnis 642
IV. §§ 258 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch die Bitte an F 642
V. §§ 258 Abs. 1, 26 StGB durch die Bitte an B 643
C. Ergebnis zum zweiten Tatkomplex 643
Gesamtergebnis 643

Erster Tatkomplex: Der Brief

A. Strafbarkeit des F

I. § 164 Abs. 1 StGB durch die Mitteilung an die Beamtin der Notrufzentrale

F könnte sich durch die telefonische Mitteilung an die diensthabende Beamtin der Notrufzentrale wegen falscher Verdächtigung nach § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dazu müsste zunächst „ein anderer“ betroffen sein. Die Verdächtigung muss sich also gegen eine bestimmte, lebende Person richten, die vom Täter verschieden ist. Nicht umfasst ist demnach die

Verdächtigung real nicht existenter Personen.[1] Die von F behauptete Person K ist aber fiktiv, denn in Wirklichkeit existiert der Kumpel K nicht. F verleiht der fiktiven Person auch keine Merkmale, welche die Strafverfolgungsbehörden zu einer wenigstens bestimmbaren, lebenden Person führen würden. Dadurch kann aber keine Strafverfolgungstätigkeit gegen eine reale Person begründet werden.

Außerdem setzt § 164 StGB die Verdächtigung bezüglich einer bereits begangenen Tat voraus.[2] Die behauptete Tat des K soll aber erst noch bevorstehen, ist nach der Schilderung des F noch nicht einmal ins Versuchsstadium eingetreten und daher noch nicht begangen.

Hinweis: Es genügt, wenn die Bearbeiter einen dieser Argumentationsstränge heranziehen, um § 164 StGB abzulehnen.

F hat sich folglich durch die Mitteilung nicht nach § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB durch die Mitteilung an die Beamtin

F könnte durch dieselbe Handlung aber § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

§ 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt ebenso eine bereits begangene Tat voraus und kommt deshalb nicht in Betracht. § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt im Gegensatz zu Nr. 1 die Vortäuschung voraus, dass die Verwirklichung einer in § 126 Abs. 1 StGB genannten rechtswidrigen Tat erst noch bevorstehe. Unerheblich ist bei § 145d Abs. 1 StGB, ob die Verdächtigung sich auf einen konkreten „anderen" bezieht.[3]

Eine rechtswidrige Tat ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Bei § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB muss hinzukommen, dass die Tat in § 126 Abs. 1 StGB aufgeführt ist. F hat der Beamtin mitgeteilt, dass K Benzin im Gebäude verschütten und dieses anzünden werde, um das Gebäude abzufackeln. Dieses Verhalten – als wahr unterstellt – könnte den Straftatbestand der schweren Brandstiftung (§ 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB) verwirklichen. Diese Tat wäre auch in § 126 Abs. 1 Nr. 7 StGB enthalten. Der Mitteilung des F nach ist davon auszugehen, dass die Person einen Tatplan hegt, der zumindest umfasst, dass wesentliche Teile des Dienstgebäudes der Staatsanwaltschaft selbständig brennen, es also in Brand gesetzt wird. Das Dienstgebäude selbst ist zu jeder Seite hin abgeschlossen und dient dabei dem Aufenthalt von Menschen, ist also eine Räumlichkeit.[4] Insbesondere soll die Tat vormittags stattfinden, sodass sich zur angekündigten Tatzeit auch Menschen bei der Staatsanwaltschaft aufzuhalten pflegen. Anhaltspunkte für Rechtfertigungsgründe ergeben sich aus der Mitteilung des F nicht. Damit bezog sich sein Anruf auf eine rechtswidrige Tat, die in § 126 Abs. 1 StGB genannt ist.

[1] Ausführlich OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111 f.); vgl. auch RGSt 70, 367.
[2] *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 164 Rn. 5.
[3] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 755.
[4] Zu den Definitionen *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 1011, 1043.

Hinweis: Die (inzidente) Prüfung des in Betracht kommenden Brandstiftungsdelikts darf in der gebotenen Kürze erfolgen. Allerdings muss kurz dargelegt werden, warum F den Straftatbestand erfüllt.

Eine Tat steht bevor, wenn mit ihr wenigstens in Kürze zu rechnen ist.[5] Das geschilderte Brandstiftungsdelikt ist zum Zeitpunkt des Anrufs allenfalls straflos vorbereitet worden. Laut dem Anruf des F soll aber in wenigen Minuten mit der Tatausführung begonnen werden. Deshalb ist in Kürze mit der Tat zu rechnen.

Vortäuschen ist die falsche Behauptung, die Tatbegehung sei geplant[6], die geeignet ist, unnütze Präventivmaßnahmen auszulösen[7]. Die Sachverhaltsschilderung durch F ist objektiv wahrheitswidrig und geeignet, unmittelbar Präventivmaßnahmen insbesondere der Bayerischen Landespolizei auszulösen. Ein Vortäuschen liegt vor.

Bei der Polizei handelt es sich um eine nach § 158 Abs. 1 S. 1 StPO zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle, mithin um eine taugliche Adressatin.

F hat damit § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB objektiv verwirklicht.

b) Subjektiver Tatbestand

Er handelte auch vorsätzlich und wider besseres Wissen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich durch die Mitteilung nach § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Wegwerfen des Geburtstagsbriefes

F könnte sich durch das Wegwerfen des privaten Briefes der S wegen einer Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Als taugliches Tatobjekt kommt eine Urkunde in Betracht. Eine Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion) und zum Beweis rechtlich erheblicher Tatsachen geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion).[8] Der Brief der Tante von S, mit der S Geburtstagsglückwünsche überbracht wurden, ist allerdings subjektiv nicht zum Beweis bestimmt.

Hinweis: A.A. sollte bei entsprechender Begründung als vertretbar gewertet werden.

Damit liegt keine Urkunde vor. F hat sich nicht nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

---

[5] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 145d Rn. 6.
[6] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 145d Rn. 6.
[7] *Zopfs*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 145d Rn. 28.
[8] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 826.

IV. §§ 274 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Wegwerfen des Geburtstagsbriefes

F könnte sich durch das Wegwerfen des Briefes jedoch wegen einer versuchten Urkundenunterdrückung nach §§ 274 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Bei dem weggeworfenen Brief handelte es sich nicht um eine Urkunde, sodass die Urkundenunterdrückung mangels Vorliegens eines tauglichen Tatobjekts nicht vollendet ist. Der Versuch der Urkundenunterdrückung ist nach §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2, 274 Abs. 2 StGB mit Strafe bedroht. Die Untauglichkeit des Versuchs ändert an dessen Strafbarkeit nichts (§ 22 StGB; arg. e contr. § 23 Abs. 3 StGB).[9]

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Tatentschluss

F müsste Tatentschluss gehabt, also Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie die besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale aufgewiesen haben.

aa) Hinsichtlich des Vorliegens einer echten Urkunde

Dazu müsste nach seiner Vorstellung zunächst ein geeignetes Tatobjekt vorgelegen haben. Hier kommt das Vorliegen einer Urkunde in Betracht. Eine Urkunde muss Garantie-, Perpetuierungs- und Beweisfunktion aufweisen. Der Brief, den F von seinen Komplizen bekommen hatte, lässt diese als Aussteller erkennen (namentliche Unterschrift) und enthält als Gedankenerklärung die Erklärungen über die erfolgreichen kriminellen Machenschaften. Zwar ist er abstrakt zum Beweis der rechtserheblichen Tatsache der Beteiligung an kriminellen Machenschaften geeignet, war von Fs Komplizen jedoch wohl nie zur Beweisführung bestimmt, schon gar nicht gegen sie selbst oder gegen F. Allerdings kann eine Beweisbestimmung auch nachträglich und sogar von einem Dritten getroffen werden, der – wie hier die Staatsanwaltschaft – ein Interesse an der Beweisführung mit der verkörperten Gedankenerklärung hat.[10] Mit der Beschlagnahme im Rahmen eines Strafverfahrens hat die Staatsanwaltschaft ein solches Interesse zum Ausdruck gebracht und damit eine nachträgliche Beweisbestimmung getroffen, die F aufgrund des Beschlagnahmevorgangs auch bekannt war. Mithin handelt es sich bei dem als Tatobjekt intendierten Brief um eine sog. Zufallsurkunde. Die von F vorgestellte Urkunde rührt auch von demjenigen her, der als Aussteller im Rechtsverkehr erscheint (Fs Komplizen). Sie ist deshalb echt und kommt damit als Tatobjekt in Betracht.

bb) Hinsichtlich des nicht ausschließlichen Gehörens

Die Urkunde darf dem Täter nicht oder nicht ausschließlich gehören. Dabei geht es nicht um die Eigentumsverhältnisse, sondern um das Beweisführungsrecht. Die Urkunde gehört also dem Täter nicht ausschließlich, wenn (auch) jemand anderes beweisführungsberechtigt ist.[11] Aufgrund der förmlichen Beschlagnahme ist hier zumindest auch die Staatsanwaltschaft in diesem Sinne verfügungs-

[9] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 35 Rn. 1.
[10] H.M. *Weidemann*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 267 Rn. 12; a.A. *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 39 nach dem Zufallsurkunden keine Urkunden bilden.
[11] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 973 f.

befugt.[12] Die Urkunde gehört damit nicht ausschließlich F, was ihm auch im Wege einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst war.

cc) Hinsichtlich der Tathandlung

F müsste auch Vorsatz hinsichtlich des Vernichtens, Beschädigens oder Unterdrückens dieser Urkunde gehabt haben. Eine Unterdrückung liegt dabei darin, dass die Urkunde der Benutzung durch den Berechtigten zu Beweiszwecken vorenthalten wird.[13] Durch das Werfen in den Mülleimer vor dem Gerichtsgebäude wird die Nutzung des Briefes durch die Strafverfolgungsbehörden nach der Vorstellung des F unmöglich gemacht, da der Brief zumindest nicht mehr auffindbar ist. Vorsatz hinsichtlich eines Unterdrückens liegt also vor.

dd) Nachteilszufügungsabsicht

Zusätzlich müsste F die Absicht aufgewiesen haben, einem anderen Nachteil zuzufügen. Hier kommt es ihm darauf an, der Staatsanwaltschaft die Beweisführung mit dem Brief zu verwehren und so den staatlichen Strafanspruch zu vereiteln. Nach einer Ansicht handelt es sich bei dem Staat aber nicht um einen „anderen".[14] Außerdem streite der nemo-tenetur-Grundsatz dafür, solche Konstellationen nicht der Urkundenunterdrückung zu unterwerfen.[15] Nach der Gegenauffassung vernachlässige der Verweis auf die Selbstbelastungsfreiheit schon diejenigen Konstellationen, in welchen der Täter nicht zugunsten seiner selbst, sondern zugunsten Dritter tätig wird und deshalb sei auch die Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs ein tauglicher Nachteil.[16] Selbst wenn man das so sehen möchte, will F hier wenigstens auch in seinem eigenen Interesse tätig werden, weil der Brief ihn selbst belasten könnte. Insofern kann man im Lichte des Selbstbegünstigungsprivilegs des § 258 Abs. 5 StGB differenzieren und denjenigen nach § 274 StGB straffrei stellen, der zugunsten seiner selbst einen staatlichen Strafanspruch vereiteln möchte.[17] Damit hatte F keine hinreichende Nachteilszufügungsabsicht.

Hinweis: A.A. mit dem genannten Argument sehr gut vertretbar.

b) Ergebnis

F hatte deshalb keinen hinreichenden Tatentschluss. Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

3. Ergebnis

F hat sich nicht nach §§ 274 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

[12] *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 274 Rn. 11; ferner *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 274 Rn. 9.

[13] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 976.

[14] Zuletzt BGH BeckRS 2022, 48227 Rn. 52; *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 274 Rn. 27.

[15] *A. Koch*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 274 Rn. 17.

[16] So z.B. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2025, § 274 Rn. 17; auch *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 274 Rn. 65.

[17] *Krell*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 274 Rn. 20; ähnlich wohl *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 14; a.A. *Schneider*, NStZ 1993, 16 (21 f.), der aufgrund der Rechtsgüterdivergenz zwischen § 258 StGB und § 274 StGB eine Übertragung des Selbstbegünstigungsprivilegs für verfehlt hält.

V. §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Wegwerfen des Briefes

Zwar ist die bloße Selbstbegünstigung nicht tatbestandsmäßig.[18] F hatte aber Tatentschluss dahingehend, neben seiner Verurteilung auch diejenige seiner Komplizen („anderer") aufgrund deren krimineller Machenschaften zu verhindern, mithin deren Bestrafung zu vereiteln.[19] Auch hat er dazu durch das Wegwerfen des Briefes unmittelbar angesetzt (§ 22 StGB). Allerdings möchte er eben auch seine eigene Bestrafung durch diese Handlung verhindern, sodass zu seinen Gunsten der persönliche Strafausschließungsgrund des § 258 Abs. 5 StGB greift.[20]

VI. § 242 Abs. 1 StGB durch das Verlassen des Büros mit dem Brief

F brach objektiv den Gewahrsam an einem fortbewegbaren, körperlichen Gegenstand, der wenigstens im Eigentum eines anderen (der S) stand, indem er ihn aus dem Büro mitnahm. Allerdings irrte er sich i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, schließlich ging er davon aus, „seinen" Brief wegzunehmen. Er hatte mithin keinen Vorsatz.

Hinweis: Auch eine Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 StGB scheitert jedenfalls ebenso daran, wie ein versuchter Diebstahl.

Wer den fehlenden Vorsatz hinsichtlich der Fremdheit nicht erkennt, sollte jedenfalls die Zueignungsabsicht verneinen.

B. Ergebnis zum ersten Tatkomplex

F hat sich nach § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: Die Aussage

A. Strafbarkeit des B

I. § 153 StGB durch die Ausführungen vor Gericht

B könnte sich durch seine Ausführungen vor Gericht nach § 153 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die Aussage fand vor Gericht, mithin vor einer tauglichen Stelle statt. B sagte auch als Zeuge aus. Bei einem Verzicht auf sein ihm als Bruder des Angeklagten nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO zustehenden

[18] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 676.
[19] Vgl. *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 643 f.
[20] Überblick hierzu bei *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 258 Rn. 41.

Zeugnisverweigerungsrecht unterliegt er wie jeder andere Zeuge auch der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage.[21]

Fraglich ist aber, ob die Aussage falsch war. Zum einen könnte man hier auf die objektiven Gegebenheiten abstellen[22], sodass die Aussage des B falsch war, weil B und F am 26.11.2024 nicht gemeinsam unterwegs waren. Zum anderen kann man die Falschheit auch subjektiv beurteilen. Nach diesem Maßstab ist die Aussage falsch, wenn sie vom Vorstellungsbild des Zeugen oder Sachverständigen abweicht.[23] Hier stimmt die getätigte Aussage auch nicht mit dem Vorstellungsbild des B überein, ist nach diesem Maßstab also ebenso falsch. Zuletzt wird noch die Pflichttheorie vertreten, nach welcher eine Aussage falsch ist, wenn sie unter Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht zustande gekommen ist, der Aussagende also nicht das wiedergibt, das er bei pflichtgemäßer Prüfung seiner Erinnerung hätte wiedergeben können.[24] Auch das hat B hier nicht getan. Alle Ansichten kommen damit dazu, dass eine falsche Aussage vorliegt.

Hinweis: Hier dürfen sich die Bearbeiter auch kürzer fassen.

b) Subjektiver Tatbestand

B erinnerte sich gut daran, dass der gemeinsame Tag erst am 27.11.2024 stattgefunden hatte und handelte somit mit Wissen und Wollen hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung.

2. Ergebnis

B hat sich durch die Ausführungen vor Gericht nach § 153 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Die Bearbeiter können hier auch kurz auf den Aussagenotstand (§ 157 Abs. 1 StGB) eingehen. Erwartet wird das jedoch nicht.

II. § 258 Abs. 1 StGB durch die Ausführungen vor Gericht

B hat verhindert, dass F für die Straftaten vom 26.11.2024, die oben bejaht wurden, verurteilt wird, mithin hat er seine Bestrafung für eine rechtswidrige Tat vereitelt. Es kam ihm dabei auch darauf an, sodass er absichtlich handelte. B ist jedoch ein Bruder von F, sodass eine Strafvereitelung zu dessen Gunsten nach §§ 258 Abs. 6, 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB straffrei ist (persönlicher Strafausschließungsgrund).

III. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB durch die Ausführungen vor Gericht

B könnte sich durch die Ausführungen vor Gericht außerdem nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

---

[21] *Kreicker*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 52 Rn. 5.
[22] BGHSt 7, 147 = NJW 1955, 430; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 49 Rn. 8; *Sinn*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 153 Rn. 8.
[23] OLG Bremen NJW 1960, 1827 (1828); *Gallas*, GA 1957, 315 (315 ff.).
[24] *Otto*, JuS 1984, 161 (162 ff.); ähnlich *Zöller*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 153 Rn. 24 ff.

B müsste über den Beteiligten an einer rechtswidrigen Tat getäuscht haben. Das kommt aber entsprechend dem Schutzzweck der Norm nur in Betracht, wenn auch tatsächlich der Verdacht auf einen anderen umgelenkt wird. Das bloße Erschweren der Ermittlungen durch Verschaffen eines falschen Alibis genügt dazu nicht.[25] B hat sich also nicht nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des F

I. §§ 153, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch die Bitte an B

Bei § 153 StGB handelt es sich um ein eigenhändiges Delikt, bei dem eine mittelbare Täterschaft nicht möglich ist.[26]

II. §§ 153, 26 StGB durch die Bitte an B

F könnte sich durch die Bitte an B jedoch nach §§ 153, 26 StGB strafbar gemacht haben.

Zwar liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat durch B vor, zu welcher F mit seiner Bitte auch den Tatentschluss hervorrief. Allerdings glaubte er an ein vorsatzloses Handeln des B und hatte somit keinen Vorsatz hinsichtlich eines vorsätzlichen Handelns, mithin hinsichtlich einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat durch B. Hier handelte F also nicht mit einem Anstiftervorsatz, sondern eher mit dem Vorsatz zur mittelbaren Täterschaft. Zwar könnte man prima facie darüber nachdenken, den Anstiftungsvorsatz als „Minus“ in den Vorsatz zur mittelbaren Täterschaft hineinzulesen.[27] Diese Figur aus der allgemeinen Anstiftungsdogmatik stößt bei §§ 153, 26 StGB jedoch auf Bedenken, denn § 160 StGB erfasst hier konstruktiv die Situation der mittelbaren Täterschaft und sieht eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten vor, während §§ 153, 26 StGB mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren erheblich härtere Rechtsfolgen vorsieht. Deshalb kann der Anstiftungsvorsatz in dieser Konstellation nicht aus dem Vorsatz des F geschlossen werden.[28] F hat sich nicht nach §§ 153, 26 StGB strafbar gemacht.

III. § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB durch die Bitte an B

F könnte sich durch dieselbe Handlung nach § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die Ableistung einer falschen uneidlichen Aussage durch B liegt vor.

---

[25] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 51 Rn. 11 f.; *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 772, 775.

[26] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 512.

[27] Hierzu *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 43 Rn. 91 f.

[28] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 49 Rn. 56; *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 628; ferner *Bosch/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 160 Rn. 1 f.

Fraglich ist, ob F ihn auch dazu verleitet hat. Nach einer Ansicht setzt ein Verleiten voraus, dass der Aussagende gutgläubig handelt.[29] Die Gegenauffassung lässt hingegen grundsätzlich jede Art des „Verleitens" genügen.[30] Nur letztere kann im vorliegenden Fall zu einer Strafbarkeit des F nach § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB führen.

Für die erste Ansicht spricht, dass § 160 StGB maßgeblich als faktischer Ersatz für die bei den eigenhändigen Aussagedelikten nicht mögliche mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) fungiert. Deshalb setzt sie auch Situationen voraus, welche die Tatherrschaft beim Verleitenden verorten lassen.[31] Das ist nur bei einer gut-, nicht aber bei einer bösgläubigen Aussageperson der Fall.

Für die Gegenansicht kann man jedoch anführen, dass sich die Konzentration auf den funktionalen Ersatz für die mittelbare Täterschaft im Wortlaut des § 160 StGB nicht niedergeschlagen hat, sodass es sich bei der ersten Meinung um eine unnötige Verengung des Anwendungsbereichs handelt.[32] Überzeugend ist letztlich ein rechtsgutsbezogenes Argument: Die Gefährdung der Rechtspflege ist unabhängig davon gegeben, dass die Aussageperson wider Erwarten bösgläubig handelt.[33] Mithin ist davon auszugehen, dass F den B zur Falschaussage verleitet hat.

Hinweis: A.A. sehr gut vertretbar. Dann muss §§ 160 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB geprüft werden.

b) Subjektiver Tatbestand

F handelte mit Wissen und Wollen hinsichtlich des Verleitens des B zu einer falschen uneidlichen Aussage. Dass B entgegen der Vorstellung des F bösgläubig war, stellt nur eine unwesentliche und mithin unbeachtliche Abweichung im Kausalverlauf dar.[34]

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich durch die Bitte an B nach § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

IV. §§ 258 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch die Bitte an F

Der Tatbestand des §§ 258 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist aus zwei Gründen nicht erfüllt. Erstens ist F für sich selbst kein „anderer". Zweitens liegt kein deliktisches Defizit des B vor.

An ersterem scheitert auch der Versuch der Strafvereitelung in mittelbarer Täterschaft (§§ 258 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB).

---

[29] *Bosch/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 160 Rn. 7; *Vormbaum*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 160 Rn. 11 f.

[30] Vgl. BGHSt 21, 116 = NJW 1966, 2130; *Zöller*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 160 Rn. 5.

[31] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 771, die auch gerechtfertigte Falschaussagen einbeziehen.

[32] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 49 Rn. 57.

[33] BGHSt 21, 116 (117 f.) = NJW 1966, 2130 (2131).

[34] *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 627 f.

V. §§ 258 Abs. 1, 26 StGB durch die Bitte an B

Fs Bestrafung scheitert jedenfalls am persönlichen Strafausschließungsgrund des § 258 Abs. 5 StGB.[35]

C. Ergebnis zum zweiten Tatkomplex

B hat sich nach § 153 StGB strafbar gemacht. F hat sich nach § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

B hat sich nach § 153 StGB strafbar gemacht. F hat sich im ersten Tatkomplex nach § 145d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht. Im zweiten Tatkomplex ist er strafbar nach § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB. Beide Tatkomplexe stehen zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB).

[35] Vgl. *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 258 Rn. 41.

Entscheidungsbesprechung

BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24[1]

Vereinsverbot, wehrhafte Demokratie, Presseunternehmen

1. Auch Presse- und Medienunternehmen können als Wirtschaftsvereinigungen auf der Grundlage des Vereinsgesetzes verboten werden.
2. Auch bei einem Presse- und Medienunternehmen dürfen Verbotsbehörde und Gerichte insoweit an Inhalte von Meinungsäußerungen anknüpfen, als diese Ausdruck des Bestrebens sind, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen. Auch wenn sie weder rechtswidrig noch strafbar sind, können sie als Indizien für ein Vereinsverbot herangezogen werden.
3. Bei mehrdeutigen Äußerungen haben Behörden und Gerichte der Prüfung eines Vereinsverbots die noch von der Meinungsfreiheit gedeckte Auslegungsvariante zugrunde zu legen.
4. Die Frage der Prägung einer Vereinigung durch ihre von den Verbotsgründen des § 3 Abs. 1 Satz 1 VereinsG i. V. m. Art. 9 Abs. 2 GG erfasste Zwecksetzung, Tätigkeit oder Ausrichtung ist der Ort, an dem den von einem Vereinsverbot mitbetroffenen grundrechtlichen Freiheiten das vom Bundesverfassungsgericht angemahnte Gewicht zu verschaffen ist.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 9 Abs. 2
VereinsG §§ 3, 8, 9, 17

*Wiss. Mitarbeiter Ole Becker, Osnabrück**

Am 24.6.2025 entschied das BVerwG im Hauptsacheverfahren über das im Juni 2024 durch das Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI) verfügte Vereinsverbot[2] gegen die „COMPACT-Magazin GmbH“ sowie ihre Teilorganisation „CONSPECT FILM GmbH“.[3] Nachdem das Gericht bereits im einstweiligen Rechtsschutz mit Beschluss vom 14.8.2024 die aufschiebende Wirkung der Anfech-

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht von Prof. *Dr. Johanna Wolff* an der Universität Osnabrück.

[1] Die Entscheidung ist abgedruckt in DÖV 2026, 463, NVwZ 2025, 1950 und NJW 2025, 3650.

[2] BAnz AT v. 16.7.2024, B1. Die Pflicht, den verfügenden Teil eines Vereinsverbots im Bundesanzeiger bekanntzumachen, ergibt sich aus § 3 Abs. 4 S. 2 VereinsG.

[3] Zum Fall „COMPACT“ aus dem juristischen Schrifttum *Groh*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); *Gusy*, Verfassungsblog v. 17.7.2024 (14.4.2026); *Kingreen*, Jura 2025, 346; *Koch*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026); *Krüger/Saberzadeh*, npoR 2024, 301; *Ladeur*, Verfassungsblog v. 27.8.2024 (14.4.2026); *Liesching*, MMR 2024, 989; *Lukosek*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); *dies.*, ZStV 2025, 20; *dies.*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026); *Muckel*, JA 2026, 85; *ders.*, JA 2024, 963; *Nitschke/Krebs*, NVwZ 2026, 125, zu den dienstrechtlichen Auswirkungen der Entscheidung; *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026); *dies.*, Verfassungsblog v. 21.8.2024 (14.4.2026); *dies.*, Verfassungsblog v. 25.6.2025 (14.4.2026); *Schiffbauer*, GSZ 2024, 292; *Waldhoff*, JuS 2025, 190.

tungsklage (die angegriffene Verbotsverfügung ist ein Verwaltungsakt[4]) wiederhergestellt hatte,[5] hob es im Hauptsacheverfahren die Verbotsverfügung des BMI auf.[6] Gegenstand dieser Urteilsbesprechung ist die Entscheidung im Hauptsacheverfahren. Die im Vorfeld dieser Entscheidung geäußerten Meinungen über die Verbotsverfügung waren geteilt: *Groh* begrüßte etwa, dass das BMI die rechtlichen Grenzen der wehrhaften Demokratie austeste.[7] *Gusy* warnte dagegen, dass rechtswidrige Vereinsverbote, die später von Gerichten aufgehoben werden, den Verfassungsschutz delegitimieren könnten,[8] und *Rhein-Fischer*, dass schon der Anschein, der Staat habe bei diesem Vereinsverbot die rechtlichen Grenzen überschritten, ausreiche, um Rechtsextreme und Rechtspopulisten zu stärken.[9] Die Kritik ließ, nachdem das BVerwG über den Fall entschieden hat, (natürlich) nicht nach: Das Verbot sei „voreilig" gewesen,[10] das BMI habe dem Kampf gegen den Rechtsextremismus einen „Bärendienst" erwiesen,[11] „COMPACT" könne sich infolge des gescheiterten Verbots als „Kämpfer für die Pressefreiheit"[12] und als „Schutzpatron der Meinungsfreiheit"[13] aufspielen. Aber auch die Entscheidung des BVerwG ist nicht von Kritik verschont geblieben.[14]

Die Entscheidung dürfte prüfungsrelevant sein. Sie eignet sich aber mehr für eine Fortgeschrittenenhausarbeit, eine Examensklausur[15] oder eine mündliche Examensprüfung[16] als für eine Grundlagenklausur. Sie behandelt spannende, teilweise komplizierte Rechtsprobleme, und gibt Anlass, sich einmal grundlegend mit dem Vereinsverbot zu befassen. Um die Probleme des Falles gut nachvollziehen zu können, ist etwas Grundlagenwissen zu Art. 9 Abs. 2 GG und §§ 3 ff. VereinsG notwendig. Ausführungen hierzu sollen der eigentlichen Entscheidungsbesprechung daher vorangestellt werden.

I. Was ist ein Vereinsverbot?

Ein Vereinsverbot ist der intensivste Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 1 GG verbürgte Vereinigungsfreiheit.[17] Art. 9 Abs. 2 GG sieht diesen Eingriff ausdrücklich vor. Das Vereinsverbot tritt aber, anders als der Wortlaut der Norm suggeriert („sind verboten"), nicht automatisch ein.[18] Die herrschende

[4] *Kingreen*, Jura 2025, 346; *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 210. Lfg., Stand: September 2016, VereinsG § 3 Rn. 4.

[5] BVerwG NVwZ 2024, 1764.

[6] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24.

[7] *Groh*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026).

[8] *Gusy*, Verfassungsblog v. 17.7.2024 (14.4.2026).

[9] *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026).

[10] *Hoven/Manow/Rostalski*, F.A.Z. v. 2.4.2026, S. 7.

[11] *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 21.8.2024 (14.4.2026).

[12] *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 21.8.2024 (14.4.2026).

[13] *Kingreen*, ZRP 2026, 33 (34).

[14] Siehe etwa *Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026), dazu sogleich.

[15] Siehe die Übungsklausur bei *v. Arnauld/Rhades*, Jura 2025, 821.

[16] So auch *Waldhoff*, JuS 2025, 190 (192).

[17] BVerfGE 149, 160 (193); *Hufen*, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2025, § 31 Rn. 13; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 680; *Towfigh/Gleixner*, Smartbook Grundrechte, 2022, § 16 Rn. 10, 13. Vereinigung (Art. 9 Abs. 2 GG) ist der Oberbegriff für Vereine und Gesellschaften (Art. 9 Abs. 1 GG), *Cornils*, in: BeckOK GG, Stand: 15.3.2026, Art. 9 Rn. 5; *Höfling/Burkiczak*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 23.

[18] *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 1; *Wimmer*, Kriminalistik 2025, 54 (55).

Meinung legt Art. 9 Abs. 2 GG als Grundrechtsschranke[19] aus,[20] liest die Formulierung „sind verboten" also wie „können verboten werden".[21] Das Vereinsverbot ist in §§ 3 ff. VereinsG konkretisiert[22] und im Einzelfall durch Verwaltungsakt zu verfügen.[23] Art. 9 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 VereinsG haben erhebliche praktische Bedeutung (was auch daran liegt, dass das Vereinsverbot in der Form des Verwaltungsakt ergeht[24]):[25] Bis 2021 wurden in der Bundesrepublik mehr als 300 Vereine verboten.[26] *Paulus* spricht etwa vom „unterhalb des Parteiverbots […] wirksamste[n] Mittel gegen eine Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats durch Gruppen aller Art".[27] In diesen Formulierungen wird darüber hinaus zweierlei deutlich: zum einen, dass das Vereinsverbot gegen Kollektive („Gruppen aller Art") und nicht gegen Individuen gerichtet ist,[28] zum anderen, dass es ein Instrument der wehrhaften Demokratie ist („Mittel gegen eine Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats").[29] Mit wehrhafter Demokratie wird die Gesamtheit der Instrumente beschrieben, die sicherstellen sollen, dass die grundgesetzlich gewährten Freiheiten nicht dazu genutzt werden, die Demokratie zu zerstören.[30] Historisch

---

[19] Mit dem Begriff Grundrechtsschranke wird die Möglichkeit beschrieben, einen Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts zu rechtfertigen, *v. Kielmansegg*, JuS 2008, 23 (26); *Guckelberger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 81 Rn. 8.

[20] BVerfGE 149, 160 (195 f.): „Art. 9 Abs. 2 GG statuiert ein Vereinigungsverbot als Schranke der Vereinigungsfreiheit […]."; BVerwG, Beschl. v 21.9.2020 – 6 VR 1/20 = BeckRS 2020, 26434 Rn. 15; *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 56; *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2024, 1697 (1701); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 17; *Lukosek*, Vereine als Gefahr, 2023, S. 29 f.; *Kannengießer*, in: Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2025, Art. 9 Rn. 18; *Rixen*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 83; *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 12; siehe zur Rechtsnatur des Art. 9 Abs. 2 GG auch *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2025, § 52 Rn. 38; *Guckelberger*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 82 Rn. 12; *Ipsen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 24. Aufl. 2021, § 13 Rn. 597; von einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt sprechen *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2023, Rn. 873; *Dreier*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 496; nach a.A. ist Art. 9 Abs. 2 GG eine Schutzbereichsbegrenzung, *Merten*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, 1. Aufl. 2009, § 60 Rn. 72; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 75 ff.

[21] *Kluth*, in: Höfling/Augsberg/Rixen, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 1. Lfg., Stand: 2025, Art. 9 Rn. 95.

[22] Dazu *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2025, § 52 Rn. 38; *Cornils*, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 9 Rn. 24; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 9 Rn. 113.

[23] *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 56; *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 20. Aufl. 2024, Rn. 587.

[24] Dazu *Barczak*, RuP 60 (2024), 163 (173); *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2025, § 52 Rn. 39. Über ein Parteiverbot oder eine Grundrechtsverwirkung muss dagegen das BVerfG entscheiden, Art. 21 Abs. 4, Art. 18 S. 2 GG.

[25] *Beaucamp*, JA 2021, 1 (2 f.); *Lukosek*, Vereine als Gefahr, 2023, S. 2; *Papier*, in: FS Alexy, 2025, S. 207 (213); *Schiffbauer*, JZ 2019, 130 (135).

[26] *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 5.

[27] *Paulus*, VVDStRL 84 (2025), 9 (36).

[28] Die besondere Gefahr von Kollektiven beschreibt das BVerfG (BVerfGE 80, 244 [254 f.]) folgendermaßen: „Dessen Anliegen, den Grundrechtsschutz für Organisationen auszuschließen, deren Tätigkeit elementaren Grundsätzen der Rechtsordnung und der Völkerverständigung zuwiderläuft, beruht nicht zuletzt auf der Erkenntnis, daß derartige Aktivitäten besonders gefährliche Entwicklungen auszulösen vermögen, wenn sie sich auf eine gemeinschaftliche Basis stützen können."; dazu *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 9 Rn. 113.

[29] BVerfGE 39, 334 (349); *Beaucamp*, JA 2021, 1 (2 f.); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154 (1155 f.).

[30] BVerfGE 144, 20 (164): „ […] des Prinzips der ‚streitbaren' oder ‚wehrhaften Demokratie', das vor allem in Art. 9 Abs. 2 GG, Art. 18 GG und Art. 21 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankert ist und gewährleisten soll, dass Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören."; dazu *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023 (14.4.2026); sowie *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154; allge-

belastet und inhaltlich verkürzt wird die wehrhafte Demokratie vielfach in der Formel „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit" konzentriert.[31] Zu ihren Instrumenten gehören neben dem Vereinsverbot etwa das Parteiverbot gem. Art. 21 Abs. 2, Abs. 4 GG, die Verwirkung von Grundrechten gem. Art. 18 GG, die Richteranklage gem. Art. 98 Abs. 2 GG und die Pflicht zur Verfassungstreue (die etwa für Beamte, Richter und Soldaten gilt[32]).[33]

II. Was ist Inhalt einer Verbotsverfügung?

Was passiert nun, wenn ein Vereinsverbot verfügt wird? Der „Mindestinhalt"[34] einer Vereinsverbotsverfügung ergibt sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG: die Feststellung des Verbotsgrundes und die Anordnung der Auflösung des Vereins. Die Auflösungsanordnung verbietet es dem Verein zugleich, seine Tätigkeit fortzusetzen (umfassendes Tätigkeitsverbot).[35] Der Verein ist mit Wirksamwerden der Verbotsverfügung aber zunächst weiterhin rechtlich existent. Andernfalls wäre es ihm nicht möglich, sich gegen das Verbot gerichtlich zu wehren.[36]

Als Nebenfolge ist mit dem Verbot gem. § 3 Abs. 1 S. 2 VereinsG in der Regel die Beschlagnahme und Einziehung des Vereinsvermögens zu verbinden, die in §§ 10–12 VereinsG näher geregelt ist.[37]

---

mein zur wehrhaften Demokratie *Beaucamp*, JA 2021, 1; *Schwarz*, JA 2024, 353; *Shirvani*, AöR 134 (2009), 572 (579 ff.); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154; umfassend *Papier/Durner*, AöR 128 (2003), 340; siehe dazu auch *Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 13, 114 ff.; *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 21 Rn. 490 ff.; *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 277.

[31] Die Formulierung „Keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit" findet sich etwa in der Entscheidung des BVerfG zum Verbot der NPD aus dem Jahr 2017, BVerfGE 144, 20 (195), aber auch bereits in der Entscheidung des BVerfG zum Verbot der KPD aus dem Jahr 1956, BVerfGE 5, 85 (138); dazu *Boehme-Neßler*, NVwZ-Beilage 2024, 89; *Merkel*, MIP 2024 Heft 2, 156; *Müller*, in: Rosenfeld/Sajó, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, S. 1253; ablehnend *Baumann*, JZ 1966, 329; sehr kritisch *Hartmann*, AöR 95 (1970), 567, (570): „Dem GG wird nicht die Frage nach den Feinden der Freiheit gerecht, sondern die Erinnerung: ‚Die Mörder sind unter uns'."; *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777 (2781 f.); *Picker*, RdA 2020, 317 (322); *Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, 1968, S. 22 Fn. 4; *Schrader*, Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, 1985, S. 41; *Vöneky*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 6, 177. Lfg., Stand: Februar 2016, Art. 18 Rn. 20; *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 28, spricht von „Freiheit zumindest für gewaltlose Feinde der Freiheit"; *Sattler*, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982, S. 109 Fn. 205 von „Keine Freiheit zur Beseitigung der Freiheit"; *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 18 Rn. 10.

[32] Siehe dazu *Becker*, ZJS 2025, 756 (757).

[33] BVerfGE 39, 334 (349) benennt mit Blick auf die wehrhafte Demokratie Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91, 98 Abs. 2 GG; *Lübbe-Wolff*, Verfassungsblog v. 13.10.2023 (14.4.2026); *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 81 ff.; *Volp*, NJW 2016, 459 (461); *Voßkuhle*, NVwZ 2022, 1841 (1842 f.); *Voßkuhle/Flaig*, JuS 2024, 617 (626); Die Verfassungstreue wird von einer Minderheitsauffassung nicht dem Instrumentarium der wehrhaften Demokratie zugeordnet. Die Instrumente wehrhafter Demokratie – gemeint sind vorderhand Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 Abs. 2 GG – seien gekennzeichnet durch ein „aktives verfassungsfeindliches, kämpferisch aggressives Verhalten", woran es bei der Verfassungstreue jedoch fehle. So etwa *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 33 Rn. 34; *ders.*, in: Battis, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2022, § 7 Rn. 12; überzeugend ist diese Auffassung nicht, dazu mit guten Argumenten *Schürmann*, Verfassungstreue, 2025, S. 84 f.

[34] Begriff bei *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3; ähnlich BT-Drs. IV/2145, S. 2.

[35] *Gusy*, Verfassungsblog v. 17.7.2024 (14.4.2026); *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026); *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 210. Lfg., Stand: September 2016, VereinsG § 3 Rn. 5 ff.; *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 147.

[36] Für die Verfassungsbeschwerde ausdrücklich BVerfGE 13, 174 (175); *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 3.

[37] Zum Zugriff auf das Vereinsvermögen *Albrecht*, JöR 68 (2020), 271.

Die Beschlagnahme und Einziehung des Vereinsvermögens ist ein eigenständiger Verwaltungsakt, der in der Praxis regelmäßig gemeinsam mit dem Verbot verfügt wird.[38] §§ 3 Abs. 1 S. 2, 10–12 VereinsG verhindern, dass die Vermögenswerte des verbotenen Vereins zu einem anderweitigen Vorgehen gegen die verfassungsmäßige Ordnung genutzt werden, entziehen dem Verein also den „Nährboden“[39], trocknen ihn wirtschaftlich aus.[40] Gem. § 11 Abs. 2 S. 1 VereinsG erfolgt die Vermögenseinziehung mit Unanfechtbarkeit des Verbots. Das ist gem. § 11 Abs. 2 S. 3 VereinsG auch der Zeitpunkt, zu dem der Verein erlischt. Ist gem. § 11 Abs. 4 VereinsG von der Vermögenseinziehung abgesehen worden, erlischt der Verein mit Abschluss der Liquidation.[41]

In Verbotsverfügungen ausdrücklich genannt werden darüber hinaus regelmäßig, und so auch im Fall „COMPACT“, weitere Nebenfolgen wie das Verbot, eine Ersatzorganisation zu gründen oder eine bestehende Organisation als Ersatzorganisation fortzuführen (§ 8 Abs. 1 VereinsG), sowie das Verbot, Kennzeichen des verbotenen Vereins zu verwenden (§ 9 Abs. 1 VereinsG).[42] Anders als die Beschlagnahme und die Einziehung des Vereinsvermögens sind Folgeverbot und Kennzeichenverbot keine Verwaltungsakte: § 8 Abs. 1 VereinsG und § 9 Abs. 1 VereinsG verbieten das Verhalten bereits kraft Gesetzes, die Anordnungen in der Verbotsverfügung sind nur deklaratorisch. Sie können aber aus Klarstellungsgründen sinnvoll sein.[43] Das Folgeverbot aus § 8 Abs. 1 VereinsG sichert das Vereinsverbot ab, indem es verhindert, dass es durch Neugründung umgangen wird.[44] Das Kennzeichenverbot hat verschiedene Zwecke: Es soll etwa den Zusammenhalt innerhalb der verbotenen Vereinigung zerstören und verhindern, dass eine Gewöhnung an die verbotenen Kennzeichen eintritt und sie so salonfähig werden.[45] Es „verbannt somit die entsprechenden Kennzeichen grundsätzlich aus dem Bild des politischen Lebens und errichtet so ein kommunikatives „Tabu“.[46]

Durch den Überblick sollte deutlich geworden sein, was ein Verbot für einen Verein als Organisation bedeutet: seine restlose Beseitigung[47], seine „Zerschlagung“[48].

III. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Die „COMPACT-Magazin GmbH“ ist ein Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand in der Herausgabe eines Magazins (der Monatszeitschrift „COMPACT-Magazin für Souveränität“) sowie weiterer Publikationen, in der Organisation von damit in Zusammenhang stehenden Veranstaltungen sowie in Filmproduktionen (fernsehähnliche Beiträge auf dem YouTube-Kanal „COMPACT-TV“) besteht.[49] Das BMI verfügte das Vereinsverbot mit der Begründung, die „COMPACT-Magazin GmbH“ richte sich

[38] *Albrecht*, JöR 68 (2020), 271 (286).

[39] *Albrecht*, JöR 68 (2020), 271 (273).

[40] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1023).

[41] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1023).

[42] Die Verbote aus § 8 Abs. 1 VereinsG und § 9 Abs. 1 VereinsG sind anwendbar, sobald das Vereinsverbot vollziehbar ist, siehe dazu *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 168.

[43] *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 4; *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 147.

[44] *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 8 Rn. 1.

[45] *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 9 Rn. 2.

[46] BVerfG NJW 2009, 2805 (2806); dazu *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 193.

[47] *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 176.

[48] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn 60.

[49] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 1 ff.; prägnante Zusammenfassung auch bei *Kingreen*, Jura 2025, 346.

gegen die verfassungsmäßige Ordnung: sie äußere sich „offen rassistisch, antisemitisch, fremden-, migranten-, muslimen-, und minderheitenfeindlich“, verbreite geschichtsrevisionistische Thesen, pflege Verbindungen zur Identitären Bewegung, zur unter dem Verdacht des Rechtsextremismus stehenden Partei „Alternative für Deutschland“ und ihrer rechtsextremistischen Jugendorganisation sowie zur rechtsextremistischen Partei „Die Heimat“ (ehemals NPD).[50] „COMPACT“ erhob vor dem BVerwG[51] Anfechtungsklage gegen die Verbotsverfügung und stellte Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

IV. Entscheidung des BVerwG

Die Klage hatte Erfolg, das BVerwG hob die auf §§ 3 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 17 Nr. 1 Alt. 1 VereinsG, Art. 9 Abs. 2 Var. 2 GG gestützte Verbotsverfügung auf. Nach Auffassung des Gerichts war es zulässig, das Verbot eines Medienunternehmens auf das VereinsG zu stützen. Die Verbotsverfügung war auch formell rechtmäßig. Die Voraussetzungen für ein Vereinsverbot lagen nach Auffassung des BVerwG aber nicht vor, die Verbotsverfügung war materiell rechtswidrig. Das politische Programm von „COMPACT“ ist nach Auffassung des Gerichts zwar mit der verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbar. Der Verein richte sich auch gegen die verfassungsmäßige Ordnung. Er sei aber nicht durch diese Haltung geprägt und könne aus diesem Grund nicht verboten werden.

1. Rechtsgrundlage: Verbot von Medienunternehmen nach dem VereinsG?

Zunächst befasst sich BVerwG ausführlich mit der Rechtsgrundlage des Verbots, konkret mit der Frage, ob das Verbot auf das VereinsG gestützt werden konnte.[52] Das zugrundeliegende Problem ist schnell erklärt, aber nicht einfach zu lösen: Dem Bund steht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Vereinsrecht zu, den Ländern gem. Art. 70 GG die Kompetenz für das Medienrecht.[53] „COMPACT“ ist aber sowohl ein Verein als auch eine Medienorganisation, also ein „hybrider“[54] Akteur, weshalb sich die Frage stellt: Wem steht die Kompetenz für das Verbot von als Vereinen organisierten Medienunternehmen zu?[55]

Das BVerwG ist der Auffassung, das VereinsG sei anwendbar, dem Bund stehe die Gesetzgebungskompetenz zu.[56] Der Grundgedanke des Gerichts ist gut nachvollziehbar: Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Vereinsrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG ist „blind“ dafür, welchen Zweck (also auch einen Pressezweck) ein Verein verfolgt.[57] Die Begründung ist schwerer nachzuvollziehen. Man sollte sich dafür zunächst klarmachen, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG, die Gesetzgebungskompetenz für das Vereinsrecht, eine normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung ist,[58] womit Folgendes

[50] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 7 ff.

[51] Das gem. § 50 Abs. 1 Nr. 2 VwGO für das Verfahren erstinstanzlich zuständig war.

[52] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 23 ff.; gutachtenmäßige Aufbereitung dieses Problems bei *v. Arnauld/Rhades*, Jura 2025, 821 (825 f.).

[53] *v. Arnauld/Rhades*, Jura 2025, 821 (825).

[54] *Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026).

[55] Der Fall „COMPACT“ ist nicht der erste, in dem ein Medienverbot auf das VereinsG gestützt wurde, siehe den Überblick bei *Lukosek*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); dazu auch *Groh*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026); *Werdermann*, NVwZ 2019, 1005 (1005 f.).

[56] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 22.

[57] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 23.

[58] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 25; dazu *Uhle*, Normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung und Grundgesetz, 2015.

gemeint ist: Der Grundgesetzgeber hat einen Normbereich vorgefunden und auf Grundlage des vorgefundenen Normbereichs eine Kompetenznorm geschaffen, die den ursprünglichen Normbereich *rezipiert*.[59] Vorgefunden und rezipiert hat er die Kompetenzzuweisung aus Art. 7 Nr. 6 der Weimarer Reichsverfassung von 1919, die wiederum ihren Ursprung in Art. 4 Nr. 16 der Reichsverfassung von 1871 hatte.[60] Beide Normen waren für den Vereinszweck „blind".[61] Das Argument des BVerwG ist nun: Weil die rezipierten Normen für den Vereinszweck „blind" waren, muss es Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG auch sein. Das Gericht legt Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG also historisch aus und misst dieser historischen Auslegung besonderes Gewicht bei.[62] Inhaltlich umfasse Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG insbesondere die Zulassung, die Überwachung, das Verbot und die Auflösung von Vereinen, das sog. „Vereins-Polizeirecht", und diesen Bereich unabhängig vom Vereinszweck.[63] Die Auffassung des BVerwG ist im Schrifttum nicht unwidersprochen geblieben.[64] Es wird etwa kritisiert, die „formale Unterscheidung"[65] zwischen Medienerzeugnis und Organisation sei künstlich; bei Medienunternehmen könne nicht zwischen Verbot des Erzeugnis und Verbot der Organisation unterschieden werden.[66] Das Verbot eines „reinen" Medienunternehmens könne nicht auf das VereinsG gestützt werden.[67] Bei einem „hybriden" Akteur könne das Vereinsverbot nur dann auf das VereinsG gestützt werden, wenn es die Verbotsbehörde nicht (!) auf Medieninhalte des Vereins stützt.[68] Das Medienverbot sei in diesem Fall „Annex" zum Vereinsverbot.[69]

In der „COMPACT"-Entscheidung reagiert das BVerwG (wohl) auf die Kritik aus dem Schrifttum und sichert sein Ergebnis mit einer Hilfsbegründung in diese Richtung zusätzlich ab: „COMPACT" beschränke sich nicht auf die Herausgabe von Presse- oder Medienprodukten. Die Vereinigung organisiere auch Veranstaltungen, Demonstrationen und Kampagnen.[70] Sie verfolge eine politische Agenda, sehe sich als Teil einer Bewegung und arbeite für diese Bewegung im politischen Vorfeld auf eine Machtperspektive hin,[71] sei also deutlich mehr als ein „reines" Medienunternehmen. Kritiker dürfte die Entscheidung mit Blick auf die Anwendbarkeit des VereinsG trotzdem nicht zufriedenstellen: Das Gericht führt zwar überzeugend aus, dass „COMPACT" kein „reines" Medienunternehmen ist, bezieht sich bei der Prüfung der Verbotsvoraussetzungen (dazu sogleich) aber vorderhand auf

[59] Die normativ-rezeptive steht der faktisch-deskriptiven Kompetenzzuschreibung gegenüber. Bei der faktisch-deskriptiven Kompetenzzuweisung wird der zu regelnde Sachverhalt benannt, siehe BVerfGE 109, 190 (218); *Uhle*, Normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung und Grundgesetz, 2015, S. 13 f.; ein Beispiele für eine faktisch-deskriptive Kompetenzzuweisungen ist etwa Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG (Luftverkehr), *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 70 Rn. 51; *Rozek*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 70 Rn. 52.

[60] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 25.

[61] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 25.

[62] Was für normativ-rezeptive Kompetenzzuweisungen auch anerkannt ist, siehe *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 70 Rn 52.

[63] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 27 f.

[64] *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2024, 1697; *Ladeur*, Verfassungsblog v. 27.8.2024 (14.4.2026); *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026); *Werdermann*, NVwZ 2019, 1005 (1006 ff.).

[65] *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 25.6.2025 (14.4.2026).

[66] *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2024, 1697 (1701); *Werdermann*, NVwZ 2019, 1005 (1010 f.).

[67] *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2024, 1697 (1699 f.); *Gusy*, Verfassungsblog v. 17.7.2024 (14.4.2026); *Werdermann*, NVwZ 2019, 1005 (1007).

[68] *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2024, 1697 (1701); *Werdermann*, NVwZ 2019, 1005 (1007).

[69] Formulierung bei *Gusy*, Verfassungsblog v. 17.7.2024 (14.4.2026); so auch *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 19.7.2024 (14.4.2026).

[70] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 47 ff.

[71] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 47 ff.

Äußerungen aus Publikationen (also den Medieninhalten), und nur nachrangig auf die sonstigen Vereinsaktivitäten.

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Verbotsverfügung

Die formelle Rechtmäßigkeit der Verbotsverfügung war nicht problematisch, soll hier aber gleichwohl kurz behandelt werden. Das BMI war gem. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VereinsG zuständig für das Vereinsverbot, da die Tätigkeit von „COMPACT“ sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckte.[72] Eine Anhörung war gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG entbehrlich: Der „Ankündigungseffekt“ der Anhörung hätte es „COMPACT“ ermöglicht, Beweismittel oder Vermögenswerte beiseitezuschaffen.[73] Auch die Formanforderungen des § 3 Abs. 4 VereinsG wurden gewahrt.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Verbotsverfügung

a) Verbotsvoraussetzungen

Art. 9 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG sehen drei Fälle vor, in denen ein Vereinsverbot möglich ist, und die man, etwas verkürzt, als Strafrechtswidrigkeit (Var. 1), Verfassungswidrigkeit (Var. 2) und Völkerrechtswidrigkeit (Var. 3) bezeichnen kann,[74] oder etwas sperrig, dafür präzise, als Strafgesetzwidrigkeit (Var. 1), Verfassungsordnungswidrigkeit (Var. 2) und Völkerverständigungswidrigkeit (Var. 3).[75] Die Fälle sind abschließend, ein Vereinsverbot aus anderen Gründen kommt nicht in Betracht.[76] Für die besprochene Entscheidung ist nur der zweitgenannte Fall, das Sich-Richten gegen die verfassungsmäßige Ordnung, relevant. Bevor geklärt wird, was „verfassungsmäßige Ordnung“ und „Sich-Richten“ meinen, soll zunächst geklärt werden, was ein Verein i.S.d. § 2 Abs. 1 VereinsG ist, und wie überhaupt festgestellt werden kann, ob sich ein Verein gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet.

aa) Was ist ein Verein i.S.d. § 2 Abs. 1 VereinsG?

Der verfassungsrechtliche Vereinigungsbegriff und der Vereinsbegriff des Vereinsgesetzes sind nach herrschender Meinung kongruent.[77] Nach § 2 Abs. 1 VereinsG ist „Verein im Sinne dieses Gesetzes […] ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat“. Der Vereinsbegriff hat also fünf Merkmale: 1. Zusammenschluss mehrerer Personen, 2. Dauerhaftigkeit, 3. Gemeinsamer Zweck, 4. Frei-

---

[72] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 59.

[73] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 59 f.

[74] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1022); *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 210. Lfg., Stand: September 2016, VereinsG § 3 Rn. 9 ff.

[75] *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 59 ff.

[76] *Höfling/Burkiczak*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 57; *Marx*, in: Lisken/Denninger/Bäcker, Handbuch Polizei- und Sicherheitsrecht, 8. Aufl. 2026, Kap. 8 VII, Rn. 490; *Schaks*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 116 Rn. 52. Ein Verbot aus anderen Gründen kommt bei Ausländervereinen und ausländischen Vereinen in Betracht, §§ 14, 15 VereinsG, dazu *Unger*, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 47 Rn. 22 ff.

[77] *Höfling/Burkiczak*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 24; *Lukosek*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 668 ff.

willigkeit, 5. Organisierte Willensbildung.[78] Er ist weiter als der zivilrechtliche Vereinsbegriff, umfasst auch Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften (z.B. GmbHs, vgl. § 17 VereinsG)[79] und orientiert sich an tatsächlichen Verhältnissen (sog. Grundsatz der Faktizität[80]). Der Grundsatz der Faktizität ist für die Entscheidung des BVerwG insofern besonders relevant, als das Gericht nicht auf die „COMPACT-Magazin GmbH" abstellt, sondern auf die *hinter* der GmbH stehende *tatsächliche Organisation*, den „Elsässer-Kreis".[81] Dieser Kreis besteht aus dem Ehepaar Elsässer sowie mehreren Mitarbeitern (Prokurist, Redakteure, Autoren, Moderatoren, kaufmännische Angestellte).[82] Die „CONSPECT FILM GmbH" qualifiziert das BVerwG als nichtgebietliche Teilorganisation mit eigener Rechtspersönlichkeit gem. § 3 Abs. 3 S. 2 VereinsG.[83]

bb) Wie stellt man fest, ob sich ein Verein gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet?

Um festzustellen, ob die politischen Positionen eines Vereins mit der verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbar sind, ob er sich – wie es in Art. 9 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG heißt – gegen diese Ordnung „richtet", muss die zuständige Behörde (im vorliegenden Falle das BMI) und ggf. das die Behördenentscheidung überprüfendes Gericht (hier das BVerwG) seine Positionen erst einmal kennen. Dafür kann sie zunächst das Programm des Vereins oder seine Satzung in den Blick nehmen.[84] Ein solcher Blick ist aber regelmäßig nicht ergiebig:[85] Ein Verein, der sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richtet, wird das selten ausdrücklich in sein Programm oder in seine Satzung aufnehmen, sondern versuchen, es zu verheimlichen (allein schon, um einem Verbot zu entgehen).[86] Ob die Verbotsvoraussetzungen vorliegen, muss daher regelmäßig auf andere Weise festgestellt werden.[87] Es ist auszuwerten, wie der Verein in der Öffentlichkeit auftritt, welchen Inhalt seine Publikationen haben und wie sich die Funktionsträger des Vereins in der Öffentlichkeit äußern und verhalten.[88]

(1) Wessen Äußerungen und Verhalten sind maßgeblich?

Äußerungen und Verhalten von Organmitgliedern kann unproblematisch dem Verein zugerechnet werden, Äußerungen und Verhalten von „einfachen" Mitgliedern unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 VereinsG.[89] Schwieriger ist es, Äußerungen aus Publikationen (z.B. Zeitungen) dem Verein zuzurechnen.[90] Denn ein Verein, der eine Publikation herausgibt, macht sich üblicherweise nicht alle

---

[78] Siehe dazu *Lukosek*, Vereine als Gefahr, 2023, S. 77 ff.

[79] *Lukosek*, Vereine als Gefahr, 2023, S. 76 f.; *dies.*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026).

[80] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 65.

[81] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 65.

[82] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 66 f.

[83] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 68. Auf eine nichtgebietlichen Teilorganisation erstreckt sich ein Verbot nur, wenn sie in der Verbotsverfügung benannt ist (was bei der „CONSPECT FILM GmbH" der Fall war), § 3 Abs. 3 S. 2 VereinsG.

[84] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 81.

[85] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 81.

[86] BVerwG, Beschl. v. 21.9.2020 – 6 VR 1/20 = BeckRS 2020, 26434 Rn. 18; OVG Schleswig NordÖR 2014, 356 (362).

[87] *Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025; *Unger*, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 47 Rn. 28.

[88] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 81; BVerwG, Beschl. v. 21.9.2020 – 6 VR 1/20 = BeckRS 2020, 26434 Rn. 18; OVG Schleswig NordÖR 2014, 356 (362); ähnlich *Ziekow*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 4, 2011, § 107 Rn. 51, 49.

[89] *Schiffbauer*, in: Reichert/Schimke/Dauernheim/Schiffbauer, Vereins- und Verbandsrecht, Kommentar, 15. Aufl. 2024, Kap. 11 Rn. 31 f.

[90] Dazu etwa *Werdermann*, NVwZ 2019, 1005 (1009).

Äußerungen der Autoren zu eigen.[91] Er schafft ein „Forum für unterschiedliche Auffassungen“,[92] einen „Markt der Meinungen“.[93] Ein „Markt der Meinungen“ kann auch dann noch eröffnet sein, wenn er auf ein bestimmtes politisches Spektrum (z.B. das konservative) beschränkt ist, den Autoren aber innerhalb dieses Spektrums große Freiräume gewährt werden.[94] Ist ein solcher „Markt der Meinungen“ eröffnet, können Äußerungen aus Publikationen nur bei ergänzenden Anhaltspunkten dem Verein zugerechnet werden.[95] Das BVerwG versucht um dieses Problem herumzuarbeiten und setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob „COMPACT“ einen „Markt der Meinungen“ eröffnet.[96] Das Gericht führt sodann aber (insb. mit Blick auf die Gastautoren) verschiedene ergänzende Anhaltspunkte an, die für die Zurechnung sprechen. Es legt also, ohne dies ausdrücklich zu machen, die Zurechnungskriterien an, die bei einem „Markt der Meinungen“ gelten. Überzeugend ist es, wenn das BVerwG die Aussagen führender Mitglieder (des Chefredakteurs, der Redakteure, Moderatoren und Autoren) dem Verein zurechnet, und zwar unabhängig davon, ob sie aus einem Vereinszusammenhang oder einem privaten Zusammenhang stammen.[97] Denn es kann nicht trennscharf zwischen einer Vereinssphäre und einer privaten Sphäre unterschieden werden.[98] Zurecht betreibt das Gericht dann bei den Gastautoren (insb. Martin Sellner) einen größeren Begründungsaufwand: Hier sprach für eine Zurechnung zum Verein, dass dieser den Gastautoren kontinuierlich Raum gegeben hat, in seinen Medien (z.B. durch eine feste Kolumne) und bei Veranstaltungen des Vereins (z.B. bei einer Podiumsdiskussion).[99] Für eine Zurechnung sprach zudem, dass sich Moderatoren in einem nachrichtenähnlichen Format des Vereins zustimmend zu den Positionen der Gastautoren äußerten.[100]

(2) Wie sind die Äußerungen auszulegen?

Das BVerwG hebt zurecht hervor, dass bei der Zurechnung von Aussagen (unabhängig von der Person des Äußernden) der Sinn, und zwar der objektive Sinn, der jeweiligen Aussage zutreffend erfasst werden muss.[101] Ist eine Aussage mehrdeutig, haben „Behörden und Gerichte sanktionsrechtlich irrelevante Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen auszuschließen, bevor sie ihrer Entscheidung eine zur Anwendung sanktionierender Normen führende Deutung zugrunde legen“.[102] Diese Anforderung ergibt sich aus der Meinungsfreiheit. Würden sie i.R.d. Art. 9 Abs. 2 GG nicht gelten, könnten Meinungs- und Pressefreiheit im Wege des Vereinsverbots unterlaufen werden.[103]

---

[91] BVerfGE 113, 63 (83).

[92] *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 62.

[93] BVerfGE 113, 63 (83).

[94] BVerfGE 113, 63 (86).

[95] Ist ein „Markt der Meinungen“ nicht eröffnet, reicht es bereits aus, dass sich die Redaktion nicht ausdrücklich von den Artikeln distanziert. BVerfGE 113, 63 (84); *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 62.

[96] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 82.

[97] Die Zurechnung sei insbesondere dann möglich, „wenn eine Aussage inhaltlich auf einer Linie mit anderen Aussagen liegt, die der Vereinigung eindeutig zugeordnet werden können.“, BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 91; so auch *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 59.

[98] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 91.

[99] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 87 ff.

[100] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 88.

[101] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 94.

[102] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 95.

[103] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 95.

cc) Wann richtet sich ein Verein gegen die verfassungsmäßige Ordnung?

(1) Wider die verfassungsmäßige Ordnung

Die „verfassungsmäßige Ordnung" kommt in mehreren Normen des Grundgesetzes vor,[104] ist aber nicht in jeder Norm gleich auszulegen.[105] Die herrschende Meinung versteht die „verfassungsmäßige Ordnung" in Art. 9 Abs. 2 GG im Sinne der freiheitlichen demokratischen Grundordnung,[106] dem Schutzgut der wehrhaften Demokratie.[107] Die freiheitliche demokratische Grundordnung, deren Auslegung wesentlich durch die Rechtsprechung des BVerfG geprägt ist, umfasst die Menschenwürde, das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip.[108] Der verfassungsmäßigen Ordnung widerspricht es etwa, „wenn eine Vereinigung in Programm, Vorstellungswelt und Gesamtstil eine Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus aufweist"[109] oder wenn eine Vereinigung einen islamistischen Gottesstaat einführen will.[110] Es ist nicht erforderlich, dass ein Verein sich gegen alle Elemente der verfassungsmäßigen Ordnung richtet, ein Element genügt.[111] Das BVerwG prüft „das politische Konzept der Vereinigung, welches sie zur Geltung bringen würde, könnte sie mitgestalten".[112]

Ein Teil des Konzepts von „COMPACT" ist nach der Feststellung des BVerwG die „Remigration" von Ausländern und Deutschen mit Migrationshintergrund – gemeint sind vorderhand Menschen muslimischen Glaubens.[113] „Remigration" ist ein Euphemismus für die hinter dem Begriff stehenden Forderungen.[114] Denn gemeint ist eine *erzwungene* „Außerlandesschaffung".[115] Deutsche mit Migrationshintergrund, die in Deutschland bleiben möchten, sollen dagegen, so das Konzept, gezwungen werden, sich zu assimilieren, meint: keine „fremden" Kulturen mehr im öffentlichen Raum, keine „fremden" Speiseangebote, keine „fremden" Feiertage, keine „fremden" Sprachen, keine „fremden" Nationalfahnen, keine Demonstrationen, keine Minarette auf den Moscheen, kein Kleiden im Sinne religiöser Bekleidungsvorschriften („strenge De-Islamisierungspolitik").[116] Wer sich nicht assimilieren möchte, dem soll, so das Konzept, die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen werden.[117] Die Forde-

[104] Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 20 Abs. 4, 20a, 98 Abs. 2 GG.

[105] Überblick bei *Funke*, JuS 2017, 983 (984).

[106] BVerfGE 149, 160 (197); BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 72; *Barczak*, JuS 2025, 97 (98); *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1022); *Höfling/Burkiczak*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 59; *Schaks*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 116 Rn. 55; kritisch *Kemper*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 9 Rn 89.

[107] *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1. Aufl. 2025, § 52 Rn. 24. Grund dafür ist die Nähe bzw. der Sachzusammenhang zu Art. 18 GG und Art. 21 Abs. 2 GG, *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 60; *Kemper*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 9 Rn 89.

[108] Grundlegend BVerfGE 2, 1 (12 f.) sowie BVerfGE 5, 85 (140 f.); Anpassung der Auslegung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch BVerfGE 144, 20 (202 ff.); *Barczak*, JuS 2025 97, (99); zur Begriffsentstehung umfassend *Schulz*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, 2019.

[109] BVerwG, Beschl. v 21.9.2020 – 6 VR 1/20 = BeckRS 2020, 26434 Rn. 17.

[110] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1023).

[111] Grund dafür ist, dass die Elemente der verfassungsmäßigen Ordnung „miteinander verschränkt sind und sich gegenseitig bedingen", BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 73; dazu *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 51.

[112] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 75, 80.

[113] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 100 ff.

[114] *Majer*, NJ 2025, 352 (353).

[115] *Majer*, NJ 2025, 352 (353).

[116] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 102.

[117] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 103.

rungen, nicht der Begriff „Remigration“ selbst,[118] sind mit der Menschenwürde unvereinbar.[119] Denn die Menschenwürde ist egalitär.[120] Sie gebietet, jeden Menschen als gleichberechtigtes Mitglied der Gesellschaft zu behandeln.[121] Sie verbietet einen rechtlich abwertenden Status und demütigende Ungleichbehandlungen, insbesondere wenn die Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, der die Menschenwürde konkretisiert.[122] Im „Remigrationskonzept“ sind ethnisch-kulturell Deutsche Staatsbürger erster Klasse, während Deutsche mit Migrationshintergrund zu Staatsbürgern zweiter Klasse abgewertet werden.[123] Rechtliche Gleichstellung wird ihnen verwehrt, elementare Freiheitsrechte wie die Religionsfreiheit, die Meinungsfreiheit und die Versammlungsfreiheit werden ihnen vorenthalten.[124] Die Trennlinie zwischen Menschen erster und zweiter Klasse verläuft nach dem Konzept entlang der Merkmale Herkunft, Abstammung und Glauben (Art. 3 Abs. 3 GG [!]).[125] Das „Remigrationskonzept“ verstößt auch gegen das Demokratieprinzip.[126] Das Demokratieprinzip verbürgt das Recht der Bürger, „in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die sie betreffende öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen“ (menschenrechtlicher Kern des Demokratieprinzips).[127] Dieses Recht aller deutschen Staatsagenhörigen auf gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Willensbildung wird verletzt, wenn, wie im „Remigrationskonzept“, deutschen Staatsangehörigen mit Migrationshintergrund die Staatsangehörigkeit entzogen werden soll, um die Stimme der ethnisch-kulturell Deutschen bei der Wahl zu stärken.[128] Das „politische Konzept der Vereinigung, welches sie zur Geltung bringen würde, könnte sie mitgestalten“[129], ist also mit der verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbar.

(2) „Sich-Richten“

„Richten“ meint „beabsichtigen, planen, bezwecken“.[130] Nicht jede Absicht, jeder Plan, jedes Bezwecken führen aber dazu, dass ein Sich-Richten vorliegt. Die herrschende Meinung verlangt, dass ein bestimmter Intensitätsgrad[131] erreicht wird: Der Verein muss danach eine aggressiv-kämpferische Haltung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung annehmen.[132] Das überrascht zunächst, denn Art. 9 Abs. 2 GG sieht das Tatbestandsmerkmal „zum Kampfe gegen“ (im Unterschied zu Art. 18 GG) nicht vor.[133] Was damit gemeint ist, ist auch nicht leicht zu bestimmen.[134] Man kann sich diesem Merkmal zunächst über seine untere („so wenig reicht nicht aus“) und obere („so viel muss es nicht sein“) Grenze nähern. Nach unten hin ist es nicht ausreichend, wenn ein Verein sich „kritisch oder ableh-

[118] *Majer*, NJ 2025, 352.
[119] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 97.
[120] BVerfGE 144, 20 (207 f.); BVerfG NJW 2024, 645 (658); BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 78.
[121] BVerfGE 144, 20 (207 f.); BVerfG NJW 2024, 645 (658); BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 78.
[122] BVerfGE 144, 20 (207 f.); BVerfG NJW 2024, 645 (658); BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 78.
[123] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 103.
[124] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 103.
[125] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 103.
[126] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 143.
[127] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 144.
[128] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 145.
[129] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 75, 80.
[130] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1022); *Wimmer*, Kriminalistik 2025, 54 (57).
[131] Ähnliche Formulierung bei BVerwG NVwZ 2013, 870 (871).
[132] BVerfGE 149, 160 (198); BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 149; a.A. *Merten*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 78.
[133] *Merten*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 78.
[134] Ähnlich *Groh*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026).

nend gegen die verfassungsmäßige Ordnung wendet oder für eine andere Ordnung eintritt".[135] Nach oben hin ist es nicht erforderlich (aber ausreichend[136]), dass der Verein die verfassungsmäßige Ordnung tatsächlich gefährdet.[137] Das BVerwG beschreibt es folgendermaßen:

> „Es genügt hierfür die Feststellung, dass die Vereinigung ihre verfassungsfeindlichen Ziele in die Tat umsetzen bzw. die verfassungsmäßige Ordnung aktiv untergraben will und zum Kampf gegen sie aufruft."[138]

Die Umschreibung ist wenig glücklich: Zum einen führt es inhaltlich wenig weiter, wenn man aggressiv-kämpferisch mit „zum Kampf aufrufen" umschreibt.[139] Zum anderen macht es der Begriff „verfassungsfeindlich" unnötig kompliziert: „Verfassungsfeindlich" meint die „mehr oder minder ausgeprägte Unvereinbarkeit der Ziele und Bestrebungen mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung"[140], im Kontext des Art. 9 Abs. 2 GG also die Unvereinbarkeit mit der verfassungsmäßigen Ordnung.[141] Es ist auch ungenau, weil es nicht um die gesamte Verfassung geht, sondern um die verfassungsmäßige Ordnung bzw. die freiheitliche demokratische Grundordnung.[142] Auf den Begriff „verfassungsfeindlich" kann man verzichten. Der Verein muss beabsichtigen, planen, bezwecken, seine mit

---

[135] BVerfGE 149, 160 (197 f.): Das Vereinsverbot ist kein „Weltanschauungs- oder Gesinnungsverbot"; BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 149; dazu *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn 60.

[136] So wohl BVerfGE 149, 160 (198); anders *Unger*, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 47 Rn. 11.

[137] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 149; die Formulierung ist, etwas ergänzt, übernommen aus BVerfGE 149, 160 (213).

[138] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 149; ähnlich BVerwG NVwZ 2013, 870 (871).

[139] Dieses Problem zeigt sich noch deutlicher bei der Grundrechtsverwirkung aus Art. 18 GG, in dem „zum Kampfe gegen" Tatbestandsmerkmal ist. Was für einen Kampf im Sinne der Grundrechtsverwirkung charakteristisch ist, wird in der Literatur vielfach ähnlich, im Ergebnis aber wenig aussagekräftig beschrieben. Ein Kampf setze etwa „fortgesetzte, aktiv-aggressive staatsfeindliche politische Betätigung" (*Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 18 Rn. 13), „aggressives, zielgerichtetes Tun" (*Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 18 Rn. 54), aktiv-kämpferisches aggressives Handeln" (*Brenner*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 32), „nachhaltig aktiv-aggressive Bekämpfung" (*Pagenkopf*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 11), „aggressiv-kämpferisches agitier[en]" (*Gärditz*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 92 Rn. 11), eine „planvoll erscheinende aggressive Tendenz" (*v. Coelln*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 18 Rn. 23), oder das Attackieren der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – und zwar „nachhaltig, planmäßig und in einer kämpferisch-aggressiven Manier" (*v. Zons*, JA 2025, 141 [144]) voraus. Die Unklarheiten bezüglich des Kampfbegriffs mögen bei Art. 18 GG aber auch damit zusammenhängen, dass es (noch) keinen Anwendungsfall gibt bzw. alle Fälle, in denen man sich um eine Anwendung bemüht hat, gescheitert sind. Zu den gescheiterten Verwirkungsverfahren etwa *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 18 Rn. 29 f.

[140] So bereits *Schrader*, Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, 1985, S. 41 unter Berufung auf BVerfG NJW 1981, 1359 (1360).

[141] Dieses Begriffsverständnis auch bei *Nöcker*, Die Gewähr der Verfassungstreue, 2025, S. 139; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 570; *Werner-Kappler*, AöR 148 (2023), 204 (209); ähnlich *Bartsch/Hohnerlein*, Verfassungsblog v. 24.3.2026 (14.4.2026); *Märtens*, DÖV 2025, 380 (382): „Als Verfassungsfeind im öffentlichen Dienst wird eine Person verstanden, die sich klar von der freiheitlichen demokratischen Grundordnung abwendet."; VG Minden, Beschl. v 12.06.2015 – 4 L 441/15 = BeckRS 2015, 47713.

[142] Im Kontext des Art. 9 Abs. 2 GG wird das besonders deutlich. Nähme man „verfassungsfeindlich" wörtlich, deutete dies darauf hin, dass man die verfassungsmäßige Ordnung in Art. 9 Abs. 2 GG auslegt wie etwa in Art. 20 Abs. 3 GG, also im Sinne des gesamten grundgesetzlichen Normenbestands. Zur Auslegung des Art. 20 Abs. 3 GG etwa *Merten*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 78; mit ähnlicher Kritik am Begriff Verfassungstreue *Groß*, Jura 2023, 549 (557).

Menschenwürde, Demokratieprinzip oder Rechtsstaatsprinzip unvereinbaren Ziele zu *verwirklichen*.[143] Es müssen Tatsachen vorliegen, die darauf schließen lassen, dass der Verein mit seinen Tätigkeiten die Zielverwirklichung beabsichtigt.[144]

Das BVerwG hat dies im Hinblick auf „COMPACT" angenommen: Der Verein organisiere (Protest-) Veranstaltungen, Demonstrationen, „Sommerfeste" und „Souveränitätskonferenzen", versuche eine größere Bewegung zu organisieren.[145] Diese Aktivitäten dienen nach Auffassung des Gerichts der Beeinflussung des politischen Vorfelds.[146] Wer auf das politische *Vorfeld* Einfluss nehmen möchte, möchte darüber auf das politische *Feld* Einfluss nehmen, also die politische Entwicklung in seinem Sinne beeinflussen; d.h. seine politischen Ziele *verwirklichen*. Das BVerwG bezieht sich aber nicht nur auf die vom Verein organisierten Veranstaltungen, sondern auch auf Äußerungen in Publikationen, mit denen das realweltliche Handeln unterstützt wird: Die Äußerungen gingen über bloße Kritik, über bloße ablehnende Haltung (untere Grenze) hinaus.[147] Die Publikationen enthalten nach Auffassung des Gerichts „agitatorische Rhetorik", stellen Widerstand als geboten dar und zeigen Handlungsvorschläge auf, [148] es gehe um ein „Wirksamwerden" der Ideologie.[149] Aus diesem Grund sei die „Realsphäre" betroffen, nicht nur die „Verbalsphäre".[150] Was das BVerwG mit „Betroffenheit der Realsphäre" meint, kann man (wohl) so umschreiben: Dem Verein geht es nicht „nur" um eine Kritik oder Ablehnung der verfassungsmäßigen Ordnung, nicht „nur" um eine politische Beeinflussung der Leser, sondern auch darum, in den Lesern „die Bereitschaft zu erhalten und zu steigern", sich für Ziele des Vereins *einzusetzen*.[151] Dass das BVerwG die Gefahrenschwelle des „Verbalradikalismus" überschritten sieht,[152] wenn Widerstand als geboten dargestellt wird und Handlungsvorschläge unterbreitet werden, ist nachvollziehbar. Man sollte sich aber klar machen, dass „Sich-Richten" damit nicht im Sinne eines trennscharfen „Übergang(s) vom Wort zur Tat"[153] ausgelegt wird. Denn das BVerwG knüpft an das Wort (die Publikationen) an, auch wenn es sich auf die Tat (den „Realbereich") auswirkt bzw. auswirken kann.

dd) Wann ist die gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Haltung *prägend*?

Wirft man einen Blick in den Wortlaut von § 3 Abs. 1 VereinsG und Art. 9 Abs. 2 GG, findet man dort keine weiteren Voraussetzungen für ein Vereinsverbot. Es gibt aber noch eine weitere Voraussetzung,

---

[143] Ähnlich BVerwG, Beschl. v 21.9.2020 – 6 VR 1/20 = BeckRS 2020, 26434 Rn. 16.

[144] *Unger*, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 47 Rn. 18; ähnlich *Kemper*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 88 und *Ziekow*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 4, 2011, § 107 Rn. 51.

[145] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 150.

[146] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 150.

[147] Das BVerwG formuliert, die „agitatorische Rhetorik" sei mehr als bloßer „Verbalradikalismus", BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 150; dazu *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Bd. 1, Art. 9 Rn. 60; *Schiffbauer*, JZ 2019, 130 (136).

[148] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 151.

[149] So die Formulierung des BVerwG in der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz, BVerwG NVwZ 2024, 1764 (1770).

[150] BVerwG, Urt. v.24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 151.Das BVerwG verwendet nur den Begriff „Realsphäre", er wird an dieser Stelle zum besseren Verständnis mit dem Begriff „Verbalsphäre" kontrastiert.

[151] Siehe dazu *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 74.

[152] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 150; dazu *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Bd. 1, Art. 9 Rn. 60; *Schiffbauer*, JZ 2019, 130 (136).

[153] *Schiffbauer*, JZ 2019, 130 (136).

die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt,[154] welcher auch i.R.d. Art. 9 Abs. 2 GG gilt[155]: Der Verein muss von der gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Zwecksetzung, Tätigkeit oder Ausrichtung *geprägt* sein.[156] Ein Vereinsverbot kann nicht, überspitzt formuliert, auf die „Entgleisung“[157] oder den „Ausrutscher“[158] eines Mitglieds, auch nicht auf vereinzelte Aussagen einzelner Mitglieder, gestützt werden.[159] Ob die Haltung den Verein prägt, ist aber nicht quantitativ, sondern wertend zu bestimmen.[160] Wenn ein Verein also zwei Artikel veröffentlicht, die gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen, und vier Artikel, die das nicht tun (sehr verkürzt), kann die Haltung trotzdem prägend sein. Andernfalls könnte eine Vereinigung einem Verbot leicht dadurch entgehen, dass sie ihre gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Aussagen hinter vielen „harmlosen“ Aussagen versteckt.[161]

Die Frage der *Prägung* ist, wie das BVerwG betont (siehe oben Leitsatz 4), auch der Ort im Rahmen des Vereinsverbots, an dem die Wertungen anderer Grundrechte berücksichtigt werden, im Fall „COMPACT“ insbesondere die Wertungen der Pressefreiheit.[162] Die Berücksichtigung anderer Grundrechte i.R.d. Art. 9 Abs. 2 GG sichert ab, dass das Vereinsverbot nicht als „Allzweckwaffe“ eingesetzt werden kann, um die Wertungen anderer Grundrechte zu unterlaufen.[163]

Das BVerwG hält die Prägung im Fall „COMPACT“ für nicht gegeben.[164] Zum einen sei bedeutsam, dass die Äußerungen aus den Publikationen den Schutz der Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit bzw. Medienfreiheit genießen.[165] Zum anderen machen die mit der verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbaren Positionierungen nach Auffassung des Gerichts nur einen Teilbereich aus; viele Äußerungen könnten noch als zulässige Machtkritik gedeutet werden.[166] Es sei auch zu berücksichtigen, dass in den Publikationen von „COMPACT“ vielfach über „völlig unverfängliche Themen“ berichtet werde, die Themenbreite also groß sei.[167] Die Entscheidung des BVerwG wurde in diesem Punkt

---

[154] BVerfGE 149, 160 (195); *Groh*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); *Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026); *Muckel*, JA 2026, 85 (88); *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 63, spricht von einer engen Auslegung der Verbotstatbestände, *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Bd. 1, Art. 9 Rn. 78, von einer verfassungskonformen Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen.

[155] BVerfGE 149, 160 (195): „Die Verbotsnorm des Art. 9 Abs. 2 GG ist insofern Ausdruck, nicht Ausnahme von der Verhältnismäßigkeit.“; BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 154; *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 63; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Bd. 1, Art. 9 Rn. 78. Ob eine vollständige Verhältnismäßigkeitsprüfung (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) durchzuführen ist, wird nicht einheitlich beurteilt, dafür wohl das BVerwG, siehe BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 153.; *v. Arnauld/Rhades*, Jura 2025, 821 (827 f.); dagegen *Kemper*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 83.

[156] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 153; auch hier muss, wie oben bereits geschildert, nicht der Begriff „verfassungsfeindliche“ Gesamtprägung (*Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026) bzw. „verfassungsfeindliche“ Prägung (BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 70 und *Muckel*, JA 2026, 85 [88]) genutzt werden.

[157] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1022).

[158] *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 68.

[159] BVerfGE 149, 160 (195).

[160] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 153; *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar, 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 70.

[161] *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, Kommentar 2. Aufl. 2019, VereinsG § 3 Rn. 70.

[162] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 156; dazu *Schiffbauer*, JZ 2019, 130 (132).

[163] *Rhein-Fischer*, Verfassungsblog v. 25.6.2025 (14.4.2026).

[164] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 153.

[165] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 159.

[166] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 161.

[167] BVerwG, Urt. v. 24.6.2025 – 6 A 4.24, Rn. 163.

kritisiert: *Lukosek* hielt die Ausführung zur Prägung der Vereinigung für zu knapp.[168] Zudem sei unklar geblieben, wie sich Meinungs- und Pressefreiheit konkret zum Vereinsverbot verhielten.[169]

b) Rechtsfolge: Ermessen?

Mit Blick auf die Rechtsfolgenseite öffentlich-rechtlicher Rechtsgrundlagen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Behörde bei ihrer Entscheidung ein Ermessen zusteht. Im Fall „COMPACT" stellte sich die Frage dem BVerwG nicht (mehr), da schon die Voraussetzungen des Verbots nicht vorlagen. Der Vollständigkeit halber soll sie aber an dieser Stelle noch behandelt werden.

Die herrschende Meinung geht insofern grundsätzlich von Folgendem aus: Der Verbotsbehörde steht kein Ermessen zu; wenn ein Verein die Voraussetzungen erfüllt, muss er verboten werden.[170] Für die herrschende Meinung spricht zum einen der eindeutige Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 GG („ist verboten"), der für ein Ermessen der Behörde keinen Raum lässt.[171] Zum anderen spricht für sie, dass das Vereinsverbot so nicht, jedenfalls weniger leicht, politisch einseitig eingesetzt werden kann.[172] Dagegen spricht, dass negative, die positiven Effekte des Vereinsverbots im Einzelfall möglicherweise sogar überwiegende Effekte,[173] bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden können: Es kann etwa sein, dass ein Verein durch ein Verbot erst interessant, ein unbekannter Verein durch das Verbot erst wirklich beachtet, mit dem Verbot also (ungewollt) für den Verein geworben wird.[174] Es kann auch sein, dass sich ein Verein nach dem Verbot als Märtyrer, als Opfer des Staates präsentiert und auf diese Weise Solidarisierungseffekte schafft.[175] Ebenfalls kann es sein, dass die Mitglieder und Anhänger eines verbotenen Vereins in den Untergrund abwandern und dort ihre Tätigkeiten fortsetzen, aber aus dem Blickfeld des Staates verschwinden.[176]

V. Lernziele & Schluss

Nach der Lektüre der Entscheidungsbesprechung sollte bekannt sein, was ein Vereinsverbot, und was Inhalt einer Verbotsverfügung ist. Zudem sollte bekannt sein, welche Voraussetzungen ein Vereinsverbot wegen Verfassungsordnungswidrigkeit (Art. 9 Abs. 2 Var. 2 GG) hat und wie es geprüft wird. Es sollte auch bekannt sein, dass es bei Vereinsverboten gegen Medienunternehmen ein Kompetenzproblem gibt, und welche Lösungsansätze hier vertreten werden. Zum Schluss noch ein Blick über Art. 9 Abs. 2 GG hinaus: Die „COMPACT"-Entscheidung des BVerwG ist nicht nur relevant im Kontext des Vereinsverbots, sondern auch im Kontext anderer Instrumente der wehrhaften Demokratie

---

[168] *Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026).

[169] *Lukosek*, Verfassungsblog v. 6.11.2025 (14.4.2026).

[170] BVerfGE 149, 160 (194); *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1025); *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 7; *Lukosek*, Verfassungsblog v. 22.7.2024 (14.4.2026); *Unger*, in: Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 47 Rn. 29; a.A. etwa *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 210. Lfg., Stand: September 2016, VereinsG § 3 Rn. 7; kritisch auch *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2025, § 52 Rn. 39.

[171] *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 5.

[172] BVerfGE 149, 160 (194); *Barczak*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 56; *v. Münch*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 4, 16. Lfg., Stand: Juni 1966, Art. 9 Rn. 66.

[173] *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 5.

[174] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1025); *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1. Aufl. 2025, § 52 Rn. 39.

[175] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1025).

[176] *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021 (1025); *Groh*, in: Groh, Vereinsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 5; *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2025, § 52 Rn. 39.

(etwa der Verfassungstreuepflicht für z.B. Beamte, Richter und Soldaten[177]).[178] Da die Instrumente ein gemeinsames Schutzgut (freiheitliche demokratische Grundordnung bzw. verfassungsmäßige Ordnung) haben,[179] kann das BVerwG, wenn es rechtliche Fragen des Vereinsverbots beantwortet, zugleich Antworten, jedenfalls Impulse, für andere Bereiche der wehrhaften Demokratie geben.[180]

[177] Siehe dazu *Becker*, ZJS 2025, 756 (757).

[178] Siehe dazu *Nitschke/Krebs*, NVwZ 2026, 125.

[179] *Durner*, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2025, § 52 Rn. 24.

[180] Zu den Auswirkungen des „COMPACT"-Urteils auf Fragen der Verfassungstreuepflicht *Nitschke/Krebs*, NVwZ 2026, 125.

Entscheidungsbesprechung

OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25[1]

Kein bloßer Realakt; Form der Entscheidung über landespresserechtlichen Auskunftsanspruch: Verwaltungsakt

1. Ein gegen das Land als Rechtsträger gerichteter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unzulässig, wenn in der Hauptsache Verpflichtungsklage zu erheben wäre und der Landesgesetzgeber bestimmt hat, dass Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gegen die Behörde zu richten sind, die einen angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat. Das Land selbst ist in diesem Fall nicht prozessführungsbefugt.
2. Um eine behördliche Auskunft gerichtlich zu erstreiten, ist in der Hauptsache nach prinzipiell erfolglosem Widerspruchsverfahren eine Verpflichtungsklage in Form einer Versagungsgegenklage zu erheben. Der in Literatur und Rechtsprechung ganz überwiegend vertretenen Auffassung, dass in Presseangelegenheiten die Auskunftserteilung im Wege der allgemeinen Leistungsklage durchzusetzen ist, wird nicht gefolgt.
3. Die behördliche Versagung einer Auskunft gegenüber einer Vertreterin oder einem Vertreter der Presse gem. § 4 PresseG SH (juris: PresseG SH 2005) stellt bei der gebotenen Auslegung aus Adressatensicht auch unter Berücksichtigung der besonderen Garantien von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einen Verwaltungsakt dar. Ob die Behörde tatsächlich eine andere Erklärung abgeben wollte, ist ebenso unerheblich wie die gewählte Form.
4. Die Festlegung auf die Verpflichtungsklage statt einer allgemeinen Leistungsklage im Hauptsacheverfahren verletzt weder Art. 19 Abs. 4 GG noch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Insbesondere wird die Durchsetzung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs durch das grundsätzliche Erfordernis eines Widerspruchsverfahrens nicht nennenswert erschwert.
5. Bei starkem Aktualitätsbezug der Berichterstattung steht der Presse der Weg über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung offen. Die Statthaftigkeit dieses Antrages hängt nicht davon ab, ob in der Hauptsache eine allgemeine Leistungs- oder eine Verpflichtungsklage zu erheben ist. Ebenso wenig muss bereits Widerspruch erhoben oder bei Gericht ein Hauptsacheverfahren anhängig sein.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 19 Abs. 4, 5 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 2
JustizG SH § 69 Abs. 2
PresseG SH §§ 1, 4
VwGO §§ 123 Abs. 1, 42 Abs. 1, § 75, 78 Abs. 1 Nr. 1, 78 Abs. 1 Nr. 2

*Wiss. Hilfskraft Ute Mersmann, Osnabrück**

[1] Die Entscheidung ist abgedruckt in NVwZ 2025, 2039.

* Die *Autorin* ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht von

I. Einführung

Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Schleswig-Holstein vom 17.10.2025 befasst sich mit einem presserechtlichen Auskunftsanspruch nach § 4 PresseG SH gegenüber einer Landesbehörde im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes. Das Verfahren wirft grundlegende verfahrensrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen auf, insbesondere zur prozessualen Zuordnung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs und zur Verwaltungsaktqualität der Verweigerung einer Auskunft.

Vordergründig beschäftigt sich der Beschluss des *6. Senats* zwar mit der Auswahl des falschen Beklagten und der daraus resultierenden Unzulässigkeit des Antrags, im Kern behandelt er jedoch die Verwaltungsaktqualität von landespresserechtlichen Auskunftsansprüchen. Dabei stellt der Beschluss eine Kehrtwende zur bisherigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte der Länder zu den Landespressegesetzen dar. Während diese bislang stets die Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage bejahten, geht nun das OVG Schleswig-Holstein von der Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage aus. Zudem scheint es auf den ersten Blick so, als weiche das OVG Schleswig-Holstein von der Rechtsprechung des BVerwG ab. Dieses hatte im Zusammenhang mit presserechtlichen Auskunftsansprüchen gegenüber Bundesbehörden die allgemeine Leistungsklage als statthafte Klageart angesehen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass sich das OVG Schleswig-Holstein, was die Begründung seiner Entscheidung betrifft, ganz auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BVerwG befindet und dessen Rechtsprechung zu presserechtlichen Auskunftsansprüchen auf der einen und informationsfreiheitsrechtlichen Ansprüchen auf der anderen Seite konsequent fortschreibt.

Der Beschluss verdient daher auch in der juristischen Ausbildung Beachtung, zumal er sich auch zur Behandlung in Klausuren oder Hausarbeiten eignet.

Einordnung: Für das Verständnis und eine angemessene Einordnung der vorliegenden Entscheidung ist es wichtig, presserechtliche Auskunftsansprüche von Auskunftsansprüchen nach den Informationszugangsgesetzen zu unterscheiden. Presserechtliche Auskunftsansprüche bestehen zwischen der Presse bzw. Pressevertretern (Journalisten) und Behörden. Sie sind für die Landesbehörden in den Landespressegesetzen geregelt, die es in allen Bundesländern gibt. Für Auskunftspflichten der Presse gegenüber Bundesbehörden gibt es hingegen keine einfachgesetzliche Grundlage. Nach der Rechtsprechung des BVerwG besteht jedoch ein verfassungsunmittelbarer Anspruch, der sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ableiten lässt. Demgegenüber gibt es Informationszugangsgesetze in den Ländern sowie das Informationsfreiheitsgesetz auf Bundesebene. Darin sind Auskunftsansprüche gegenüber den Landes- bzw. Bundesbehörden geregelt, wobei die Anspruchsberechtigung nicht auf Personen mit besonderen Eigenschaften (etwa Pressezugehörigkeit) beschränkt ist, sondern grundsätzlich für jedermann besteht. Diese werden mittels Verpflichtungsklage eingeklagt.

II. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

In einem presserechtlichen Eilverfahren hat das OVG Schleswig-Holstein am 17.10.2025 durch Beschluss entschieden, dass Landesbehörden bei der Entscheidung über Presseanfragen einen Verwaltungsakt erlassen. Damit ordnet der *Senat* diese Frage rechtlich anders ein als die herrschende Literatur und die Rechtsprechung des BVerwG zu presserechtlichen Auskunftsansprüchen auf Bundesebene.

Prof. *Dr. Johanna Wolff* an der Universität Osnabrück und dort in dem von der VW-Stiftung geförderten Projekt „Kommunikativer Realakt und Ethical Turn“ beschäftigt.

Grundlage des Verfahrens war eine Anfrage der Bild-Zeitung an die Staatsanwaltschaft Flensburg. Die Zeitung interessierte sich für ein laufendes sexualstrafrechtliches Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft und erbat eine presserechtliche Auskunft zu diesem, die aus vier konkreten Fragen bestand. Nach Prüfung und Abwägung der widerstreitenden Interessen lehnte die Staatsanwaltschaft Flensburg die Beantwortung dieser Fragen per E-Mail vom 24.7.2025 endgültig ab.

Dagegen ging die Bild-Zeitung im gerichtlichen Eilrechtsschutz vor. Gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO beantragte sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung, um die Staatsanwaltschaft im Eilverfahren zur Beantwortung der Fragen zu verpflichten. Die Bild richtete den Antrag dabei gegen das Land Schleswig-Holstein, da sie der Meinung war, dass im Hauptsacheverfahren die allgemeine Leistungsklage zu erheben sei. Das VG hielt den Antrag zwar für zulässig, wies ihn jedoch als unbegründet ab. Es sah in dem Begehren eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache und bestätigte das Auskunftsverweigerungsrecht der Staatsanwaltschaft aufgrund überwiegender, schutzwürdiger privater Interessen sowie bestehender Geheimhaltungspflichten gem. § 4 Abs. 2 Nrn. 3 und 2 PresseG SH.

Dagegen legte die Bild-Zeitung Beschwerde ein.

Anmerkung: Bisher wurden landespresserechtliche Auskunftsansprüche als Realakte eingestuft. In Lehre und Rechtsprechung wurde bisher überwiegend die Auffassung vertreten, dass die behördliche Erteilung oder Verweigerung einer Auskunft auf Grundlage von Landespressegesetzen nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren sei. Anknüpfungspunkt im Rechtsschutzverfahren ist nach dieser Auffassung die tatsächliche Auskunftserteilung, die demnach im Wege der allgemeinen Leistungsklage durchzusetzen ist.[2]
Oftmals wurde die Grundsatzentscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2013 als Begründung angeführt, in der über Presseansprüche gegenüber Bundesbehörden geurteilt wurde. Darin macht das BVerwG deutlich, dass, sofern kein Bundespressegesetz existiere, ein verfassungsunmittelbarer Anspruch gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gegeben sei, der im Wege der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen sei. Das BVerwG begründet dies damit, dass sich das Auskunftsbegehren nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auf ein tatsächliches Handeln der Behörde richte. Die Auskunftserteilung sei also ein Realakt, dem auch keine gesonderte, als Verwaltungsakt zu qualifizierende Entscheidung eines Behördenleiters oder einer von ihm beauftragten Person vorausgehe.[3] Im Rahmen von Entscheidungen zu den Landespressegesetzen übernahmen die Gerichte auf Landesebene diese Begründung und nahmen in Fällen, in denen presserechtliche Auskunftsansprüche geltend gemacht wurden, ebenfalls die Leistungsklage als statthafte Klageart an.[4]

III. Die Entscheidung des OVG Schleswig-Holstein

Das OVG wies die Beschwerde der Antragstellerin gegen das VG zurück. Die Entscheidung über die Ablehnung einer beantragten Presseauskunft sei als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Im Hauptsacheverfahren wäre daher die Verpflichtungsklage die richtige Klageart gewesen. Gem. § 69 Abs. 2 JustizG

[2] *Burkhardt*, in: Löffler, Presserecht, Kommentar, 7. Aufl. 2023, LPG § 4 Rn. 186; *Weberling*, in: Ricker/Weberling, Handbuch des Presserechts, 7. Aufl. 2021, 22. Kap. Rn. 2; *Partsch*, NJW 2013, 2858 (2861); *Groß*, VR 2009, 45 (49); *Köhler*, NJW 2005, 2337 (2341); VGH München, Beschl. v. 15.5.2023 – 7 CE 23.666, Rn. 21; OVG Münster, Urt. v. 28.6.2016 – 5A987/14, Rn. 45; OVG Magdeburg, Urt. v. 6.12.2016 – 3 L 99/15, Rn. 139; VG Stuttgart, Urt. v. 23.6.2016 – 1 K 3376/13, Rn. 39.

[3] BVerwG, Urt. v. 20.2.2013 – 6 A 2.12, Rn. 15.

[4] VGH München, Beschl. v. 15.5.2023 – 7 CE 23.666, Rn. 21; OVG Münster, Urt. v. 28.6.2016 – 5A987/14, Rn. 45; OVG Magdeburg, Urt. v. 6.12.2016 – 3 L 99/15, Rn. 139.

SH hätte demnach nicht das Land Schleswig-Holstein, sondern die Staatsanwaltschaft Flensburg direkt verklagt werden müssen.

Dabei stellte das OVG fest, dass durch Auslegung zu ermitteln sei, ob eine Behörde einen Verwaltungsakt erlassen habe. Maßgebend sei, wie die Adressatin das behördliche Schreiben aus ihrer Sicht bei verständiger Würdigung verstehen konnte. Stelle sich im Wege der Auslegung heraus, dass die Erklärung als Verwaltungsakt zu werten sei, bleibe es auch dann dabei, wenn die Behörde tatsächlich keine Erklärung in dieser Form abgeben wollte.[5]

Beim tatsächlichen Vollzug der Auskunftserteilung handele es sich zwar um einen Realakt. Maßgeblich sei jedoch die vorgeschaltete Entscheidung über die Auskunftserteilung, die eine Regelungswirkung habe und somit als Verwaltungsakt erfolge.[6] Gem. § 4 Abs. 2 PresseG SH habe die Behörde eine rechtliche Prüfung möglicher Ausschluss- und Beschränkungstatbestände vorzunehmen und damit über das „Ob" und „Inwieweit" einer Auskunftserteilung zu entscheiden.[7] Diese Abwägung erfolge auf Tatbestandsebene unter angemessener Würdigung der durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Pressefreiheit und deren Belange.[8] Die Behörde müsse sich also vor ihrer Entscheidung, ob sie die Auskunft erteile oder nicht, mit dem Auskunftsbegehren befassen. Diese Entscheidung stelle stets einen Verwaltungsakt dar, da gem. § 35 S. 1 VwVfG eine Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen zu treffen ist.[9]

Übersicht: Welche Rechtsschutzart bei welchem Anspruch?

→ Besteht eine einfachgesetzliche Grundlage für den Auskunftserteilungsanspruch, die der Behörde eine vorgelagerte regelnde Entscheidung im Rahmen eines gesetzlichen Prüfprogramms überträgt, erfolgt die Auskunftserteilung durch Verwaltungsakt. In der Hauptsache ist somit die Verpflichtungsklage statthaft. Ohne einfachgesetzliche Grundlage ist die tatsächliche Auskunft Anknüpfungspunkt für den Rechtsschutz; als Realakt ist sie mit der Leistungsklage durchzusetzen.

→ Informationsanspruch eines Bürgers gegen eine Landesbehörde: Informationszugangsgesetz des jeweiligen Landes im Wege der Verpflichtungsklage

→ Informationsanspruch eines Bürgers gegen eine Bundesbehörde: Informationsfreiheitsgesetz des Bundes im Wege der Verpflichtungsklage

→ Auskunftsanspruch der Presse gegen eine Landesbehörde: Pressegesetz des jeweiligen Landes im Wege der Verpflichtungsklage

→ Auskunftsanspruch der Presse gegen eine Bundesbehörde: mangels gesetzlicher Grundlage verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG im Wege der allgemeinen Leistungsklage.

IV. Rechtliche Begründung des Gerichts

1. Rechtsvergleich zu den Informationszugangsansprüchen

Das OVG Schleswig-Holstein argumentiert mit einer normativ vergleichenden Betrachtung der Lage bei der Versagung von Auskünften nach dem Landespressegesetz einerseits und der Versagung von

[5] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 15.
[6] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 19.
[7] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 18.
[8] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 20.
[9] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 58.

Informationszugangsansprüchen andererseits.[10] Sowohl beim Informationszugangsgesetz des Landes Schleswig-Holstein als auch beim Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ist anerkannt, dass sowohl die stattgebende als auch die ablehnende Entscheidung über das Informationsbegehren in Form eines begünstigenden bzw. belastenden Verwaltungsaktes ergeht.[11] Insofern durchläuft auch das Begehren der Presse nach dem Landespressegesetz ein eigenständiges Verwaltungsverfahren, in dem die Voraussetzungen für die Auskunftserteilung geprüft werden. Konsequenterweise muss am Ende dieses Prüfverfahrens ebenfalls der Erlass eines Verwaltungsaktes stehen.[12] Zwar enthält das PresseG SH im Gegensatz zu dem Informationszugangsgesetz SH und dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes keine flankierenden verfahrensmäßigen Regelungen.[13] Die Existenz solcher Regelungen mag zwar ein Indiz für die Qualifizierung einer behördlichen Handlung als Verwaltungsakt sein, sie ist jedoch keine notwendige Voraussetzung. Derartiger Regeln bedürfte es nur, wenn von den bestehenden Verwaltungsverfahrensvorschriften und der Verwaltungsgerichtsordnung abgewichen werden soll. Da dies hier nicht der Fall sei, sind sie entbehrlich.[14] Es gebe daher kein überzeugendes Argument, das Auskunftsbegehren nach § 4 PresseG SH prozessual anders zu behandeln als die Informationszugangsansprüche.[15]

2. Rechtsvergleich zur Grundsatzentscheidung des BVerwG zum verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

a) Herleitung

In seiner Entscheidung vom 20.2.2013 sieht das BVerwG die allgemeine Leistungsklage als statthafte Klageart an, wenn presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden geltend gemacht werden.[16] Da es im Bundesrecht an einer einfachgesetzlichen Grundlage für derartige Auskunftsansprüche fehlt, bleibt nur ein verfassungsunmittelbarer Anspruch, der sich aus dem Grundrecht der Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ableiten lässt.[17] An dieser Rechtsprechung hält das BVerwG seitdem fest,[18] auch wenn die Untätigkeit des Bundesgesetzgebers dazu geführt hat, dass sich der verfassungsunmittelbare presserechtliche Auskunftsanspruch in der Rechtsprechung weiterentwickelt hat[19]. Vor diesem Hintergrund hat sich in der Rechtsprechung die Überzeugung herausgebildet, dass auch die landespresserechtlichen Auskunftsansprüche im Wege der allgemeinen Leistungsklage geltend gemacht werden müssen.[20]

---

[10] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 29.

[11] OVG Schleswig, Beschl. v. 31.3.2021 – 4 O 13/21, Rn. 4; OVG Schleswig, Urt. v. 21.1.2021 – 4 LB 3/19, Rn. 61.

[12] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 38.

[13] Gemeint sind begleitende Vorschriften, die der Umsetzung von Regelungen dienen, z.B. über das Widerspruchsverfahren nach § 7 Abs. 1 IZG-SH und der Erhebung einer Verpflichtungsklage nach § 9 Abs. 4 IFG.

[14] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 21.

[15] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 38.

[16] BVerwG, Urt. v. 20.2.2013 – 6 A 2.12, Rn. 15.

[17] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 41.

[18] BVerwG, Urt. v. 25.3.2015 – 6 C 12.14, Rn. 12 ff.; BVerwG, Urt. v. 16.3.2016 – 6 C 66.14, Rn. 12, 20; BVerwG, Urt. v. 8.7.2021 – 6 A 10.20, Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 9.11.2023 – 10 A 2.23, Rn. 9.

[19] *Voß*, ZGI 2025, 185 (187).

[20] VGH München, Beschl. v. 15.5.2023 – 7 CE 23.666, Rn. 21; OVG Münster, Urt. v. 28.6.2016 – 5A987/14, Rn. 45; OVG Magdeburg, Urt. v. 6.12.2016 – 3 L 99/15, Rn. 139; VG Stuttgart, Urt. v. 23.6.2016 – 1 K 3376/13, Rn. 39.

b) Umfang

Der Schutzbereich der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG umfasst laut BVerfG kein unmittelbares Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle,[21] sodass das Recht auf Pressefreiheit – so bislang das BVerfG[22] – grundsätzlich auch keinen allgemeinen Auskunftsanspruch gewährleistet[23]. Zwar bezeichnet das BVerfG die Informationsbeschaffung der Presse als wesentliches Element des Gewährleistungsgehalts der Pressefreiheit und erkennt somit eine verfassungsrechtliche Auskunfts*pflicht* an. Zu einem verfassungsunmittelbaren Auskunfts*anspruch* hat es sich jedoch bisher nicht bekannt.[24] Vielmehr überlässt das BVerfG die nähere Präzisierung des Verfassungsgebots dem Bundesgesetzgeber.[25] Schließlich obliegt es ihm, durch einfache Gesetze die Verfassung auszugestalten und dabei über den Ausgleich zwischen öffentlichem Informationsinteresse und berechtigten Geheimhaltungserfordernissen zu entscheiden.[26]

Mangels gesetzlicher Grundlage für Auskunftsgesuche an eine Bundesbehörde wurde daher ein verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch entwickelt, dem durch Rechtsfortbildung die gleichen Konturen wie dem Auskunftsanspruch nach den Landespressegesetzen gegeben wurden.[27]

c) Unterschied zu den Landespressegesetzen

In seiner Grundsatzentscheidung zum verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG äußert sich das BVerwG nicht zu der Frage, welche Klageart bei einem landespresserechtlichen Auskunftsanspruch statthaft ist. Die Entscheidung betrifft vielmehr allein die besondere Konstellation auf Bundesebene, in der es – mangels bundesgesetzlicher Anspruchsgrundlage – an einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs fehlt.[28] Der verfassungsunmittelbare Anspruch stellt insoweit eine richterrechtlich entwickelte Ausnahme dar. Das BVerwG greift nur deshalb unmittelbar auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zurück, weil der Bundesgesetzgeber keine eigenständige Regelung geschaffen hat.[29] Auch wenn dieser Anspruch in seiner inhaltlichen Ausgestaltung inzwischen weitgehend den landespresserechtlichen Ansprüchen angenähert wurde,[30] bleibt er dogmatisch ein verfassungsunmittelbarer Minimalanspruch.[31] Gerade um die Ausgestaltungsprärogative des Gesetzgebers nicht zu unterlaufen, betont das BVerwG, dass die nähere Konkretisierung und Ausbalancierung widerstreitender Interessen grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten ist.[32]

Anders stellt sich die Situation auf Landesebene dar. Mit Regelungen wie § 4 PresseG SH hat der Landesgesetzgeber von seinem verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch

---

[21] BVerfG, Urt. v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, Rn. 55.

[22] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 31.

[23] *Schnabel*, NVwZ 2012, 854 (855).

[24] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 32 (*Hervorhebung* im Original); BVerfG, Beschl. v. 20.7.1988 – 1 BvR 155/85, Rn. 2; BVerfG, Beschl. v. 8.9.2014 – 1 BvR 23/14, Rn. 26; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 27.7.2015 – 1 BvR 1452/13, Rn. 12.

[25] BVerfG, Urt. v. 5.8.1966 – 1 BvR 586/62, Rn. 134.

[26] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 33; *Schnabel*, NVwZ 2012, 854 (855).

[27] *Himmelsbach/Mann*, Presserecht, 2022, 1. Teil, A., § 1 Rn. 3 f.

[28] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 40.

[29] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 41.

[30] *Gurlit*, AfP 2020, 9 (12).

[31] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 41.

[32] BVerwG, Urt. v. 20.2.2013 – 6 A 2.12, Rn. 26 ff.; OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 45; *Schnabel*, NJW 2016, 1692 (1695).

gemacht und den Auskunftsanspruch einfachgesetzlich konkretisiert.[33] Die Behörden haben auf Grundlage eines eindeutig bestimmten Tatbestandes darüber zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt die begehrte Auskunft erteilt wird – oder ob diese gegebenenfalls zu versagen ist.[34] Damit wird den Behörden ein konkretes Prüfprogramm an die Hand gegeben, das eine eigenständige, rechtlich gebundene Entscheidung über das Auskunftsbegehren erfordert.[35] Genau hierin liegt der prozessrechtlich entscheidende Unterschied: Auf Bundesebene fehlt es an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die der Behörde ein normativ ausgestaltetes Entscheidungsprogramm vorschreibt.[36] Die Behörde erlässt keinen Verwaltungsakt im klassischen Sinne, sondern erfüllt oder verweigert einen unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteten Leistungsanspruch. Statthaft ist deshalb die allgemeine Leistungsklage.[37] Auf Landesebene entscheidet die Behörde hingegen auf Grundlage einer gesetzlichen Anspruchsnorm mit konkret normierten Tatbestandsvoraussetzungen und Versagungsgründen.

Folglich muss sich die Behörde vor der Auskunftserteilung mit dem Auskunftsbegehren befassen und eine Entscheidung darüber treffen, ob sie die Auskunft erteilt oder aus den in § 4 Abs. 2 PresseG SH genannten Gründen verweigert. Diese Entscheidung ist sowohl bei der Erteilung als auch bei der Versagung als Verwaltungsakt zu qualifizieren.[38]

3. Ungerechtfertigter Eingriff in die Pressefreiheit?

Das Gericht betont, dass die Einstufung als Verwaltungsakt und daraus resultierend die Wahl der Verpflichtungsklage weder die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG noch den effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG unzulässig beeinträchtige. Ein zusätzlicher Zeitaufwand aufgrund der Ausübung eines Widerspruchsverfahrens sei verfassungsrechtlich hinnehmbar, solange ein funktionierender einstweiliger Rechtsschutz gewährleistet bleibe.[39]

Zur Begründung führt das Gericht aus, dass die Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG, die „allgemeinen Gesetze“ zwar auch das Verwaltungsverfahrensrecht und die VwGO umfasst. Die Anwendung dieser Gesetze kann demnach dazu führen, die gerichtliche Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs zu begrenzen. Dabei verpflichtet Art. 20 Abs. 3 GG Behörden und Gerichte, die grundgesetzliche Wertentscheidung der Pressefreiheit bei der Auslegung und Anwendung der Normen im Einzelfall zu berücksichtigen und hinreichend Rechnung zu tragen.[40] Aus diesem Grund darf der Auskunftsanspruch im Interesse einer zeitnahen Informationsbeschaffung nicht durch das Verfahrensrecht ausgehöhlt oder entwertet werden.[41] Vor diesem Hintergrund sind bei der Anwendung des § 123 Abs. 1 VwGO die Anforderungen an den Anordnungsgrund im Lichte der Pressefreiheit auszulegen. Da presserechtliche Eilverfahren regelmäßig mit einer Vorwegnahme der Hauptsache verbunden sind, dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein gesteigertes öffent-

[33] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 49.
[34] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 50.
[35] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 50 f.; BVerwG, Urt. v. 16.9.2020 – 6 C 10.19, Rn. 12.
[36] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 49.
[37] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 51.
[38] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 58; OVG Bremen, Urt. v. 25.10.1988 – 1 BA 32/88, Rn. 36.
[39] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 60, 71 f.
[40] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 67; *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 348, 355.
[41] BVerwG, Urt. v. 8.7.2021 – 6 A 10.20, Rn. 25; OVG Schleswig, Beschl. v. 24.1.2023 – 3 MB 29/22, Rn. 5; OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 74.

liches Interesse und ein starker Gegenwartsbezug der begehrten Berichterstattung vorliegen.[42] Dem Prozessrecht bleibt dadurch hinreichend Raum, um dem Interesse an einer zeitnahen Informationsbeschaffung durch die Presse nachzukommen.[43] Dem hohen Aktualitätserfordernis effektiver Pressearbeit und damit den Funktionsbedürfnissen der Presse wäre damit ausreichend Rechnung getragen.[44] Insgesamt handele es sich bei der Einordnung, dass das Verwaltungsverfahrens- und Prozessrecht auch für die Presse gelte, um eine zulässige Schranke der Pressefreiheit.

V. Klausureinordnung

Das OVG hält den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz für unzulässig, da er sich nicht gegen den richtigen Antragsgegner richte. Maßgeblich hierfür ist die passive Prozessführungsbefugnis: Zuständig ist diejenige Stelle, die in der Hauptsache Adressatin der Verpflichtungsklage wäre. Dies ist vorliegend nicht das Land Schleswig-Holstein, sondern die Staatsanwaltschaft Flensburg als untere Landesbehörde. Das OVG verneint somit die Zulässigkeit des Antrags, sodass eine Prüfung der Begründetheit nicht mehr stattfindet. Zur besseren Einordnung folgt eine kurze Darstellung, wo die eben genannten Probleme in der Zulässigkeit zu verorten sind.

1. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach der Statthaftigkeit der später zu entscheidenden Hauptsache. Also danach, ob in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage oder Leistungsklage zu erheben ist. Daraus resultiert die Frage, ob der in § 4 PresseG SH geregelte Auskunftsanspruch als Realakt oder Verwaltungsakt zu klassifizieren ist.

Ein Verwaltungsakt ist gem. § 35 S. 1 VwVfG eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung. Dabei ist es unerheblich, ob die Behörde mittels Verwaltungsakts handeln wollte oder nicht. Entscheidend sei, wie die Adressatin das behördliche Schreiben von ihrem Standpunkt aus bei verständiger Würdigung verstehen konnte. Dies ist nach den Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln.[45] In Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung zu den Landespresseauskünften waren die Merkmale der hoheitlichen Maßnahme und der Regelung dabei besonders begründungspflichtig.

a) Hoheitliche Maßnahme

Eine hoheitliche Maßnahme liegt vor, wenn die Behörde aufgrund öffentlichen Sonderrechts handelt, also aufgrund einer Norm, die den Staat oder einen sonstigen Träger der öffentlichen Verwaltung exklusiv berechtigt oder verpflichtet und sie einseitig zur Entscheidung durch Verwaltungsakt befugt,[46] während dem Adressaten diese Handlungsform ohne weiteres nicht zustehen kann.[47]

---

[42] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 75.

[43] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 77.

[44] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 78.

[45] OVG Schleswig, Urt. v. 7.7.1999 – 2 L 264/98, Rn. 20 f.; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2022, § 35 Rn. 75.

[46] *Knauff*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 35 Rn. 55.

[47] *Alemann/Scheffczyk*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 35 Rn. 121.

In seinem Urteil von 1995 vertrat das OVG Münster[48] die Auffassung, dass die behördliche Weitergabe von Informationen an die Presse „in der Regel“ weder in Form noch auf der Grundlage eines Verwaltungsaktes geschehe[49], da aufgrund der verfassungsrechtlich geschützten Aufgabe der Presse, die Bürger auch über behördliche Vorgänge zu informieren, zwischen ihnen und den Behörden kein Über-/Unterordnungsverhältnis bestehe, sondern eine durch informelle Kontakte geprägte laufende Beziehung, der die Regelung durch Verwaltungsakt weitgehend fremd sei[50]. Das Gericht wies jedoch auch darauf hin, dass die Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes bei einem Informationsbegehren der Presse dann Klagegegenstand sei, wenn die Behörde abweichend vom Normalfall des Auskunftsverlangens eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen erstrebt.[51]

Das OVG Schleswig-Holstein hingegen bejaht bei einem presserechtlichen Auskunftsverlangen ein solches Über- und Unterordnungsverhältnis.[52] Presse und Behörde träfen sich gerade nicht gleichrangig auf privatrechtlicher oder (konsensualer) öffentlich-rechtlicher Ebene.[53] Vielmehr appelliere die privatrechtlich aufgestellte Presse mit ihrem Auskunftsbegehren an die staatliche, objektivrechtlich formulierte Pflicht, die Wahrnehmung der Pressefreiheit zu gewährleisten und Maßnahmen zu ergreifen, die es den Einzelnen ermöglichen, diese Freiheit auszuüben.[54] Eine „Gleichrangigkeit“ zwischen Presse und auskunftsverpflichteter Behörde ergebe sich insbesondere nicht daraus, dass die Pressetätigkeit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene (vgl. § 3 PresseG SH). Ein Presseorgan nimmt bei einem Auskunftsverlangen keine öffentliche Aufgabe wahr, wie es den Trägern der öffentlichen Verwaltung zukommt. Vielmehr ist mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung gemeint.

Entsprechend kann die Presse ihre besonderen Privilegien nur zur Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe und nur in diesem Rahmen in Anspruch nehmen.[55] Daher bestehe zwischen Presse und Behörde ein Über- und Unterordnungsverhältnis.

b) Regelung

Die Bild-Zeitung stützt ihren Auskunftsanspruch auf § 4 PresseG SH. Nach Abs. 1 sind die Behörden des Landes verpflichtet, der Presse die zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen. Dieser Anspruch wird durch Abs. 2 inhaltlich begrenzt.[56]

§ 4 Informationsrecht der Presse[57]
(1) Die Behörden sind verpflichtet, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen.
(2) Ein Anspruch auf Auskunft besteht nicht, soweit

[48] OVG Münster, Urt. v. 23.5.1995 – 5 A 2875/92.
[49] OVG Münster, Urt. v. 23.5.1995 – 5 A 2875/92, Rn. 3.
[50] OVG Münster, Urt. v. 23.5.1995 – 5 A 2875/92, Rn. 5.
[51] OVG Münster, Urt. v. 23.5.1995 – 5 A 2875/92, Rn. 6.
[52] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 22.
[53] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 25.
[54] *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 346.
[55] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 26; BVerfG, Urt. v. 5.8.1966 – 1 BvR 586/62, Rn. 40.
[56] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 19.
[57] So oder so ähnlich ist es in allen Pressegesetzen der Länder geregelt. Auch wenn Art. 4 BayPrG in Bayern anders ausgestaltet ist, dürfte es i.Erg. wohl das Gleiche sein.

1. durch sie die sachgemäße Durchführung eines schwebenden Verfahrens vereitelt, erschwert, verzögert oder gefährdet werden könnte oder
2. Vorschriften über die Geheimhaltung entgegenstehen oder
3. ein überwiegendes öffentliches oder ein schutzwürdiges privates Interesse verletzt würde oder
4. deren Umfang das zumutbare Maß überschreitet.

(3) […]
(4) […]

Es ist daher erforderlich, die Norm und ihre Struktur genau zu inspizieren und auf ihren Regelungsgehalt hin zu untersuchen. Eine Regelung liegt dabei vor, wenn die Maßnahme auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist.

Während § 4 Abs. 1 PresseG SH isoliert betrachtet nur einen unmittelbaren Anspruch auf den gewünschten Realakt gewährt, ermächtigt § 4 Abs. 2 PresseG SH die Behörde, in einem für die Gewährleistung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wesentlichen Bereich über den Anspruch unter Berücksichtigung und Abwägung der vom Gesetzgeber festgelegten Grenzen zu entscheiden und diesen gegebenenfalls abzulehnen.[58] Die Staatsanwaltschaft hatte somit nicht nur über eine bestimmte Tatsache zu informieren, sondern eine rechtliche Prüfung möglicher Ausschluss- und Beschränkungstatbestände vorzunehmen. Damit musste sie auch über das „Ob“ und das „Inwieweit“ einer Auskunftserteilung entscheiden.[59] Maßgeblich ist somit nicht die tatsächliche Herausgabe der Information, sondern die dem Vorgang zugrunde liegende Entscheidung, die durch Verwaltungsakt ergeht.[60] Aus der Verwaltungsaktqualität folgt, dass in der Hauptsache nicht die allgemeine Leistungsklage, sondern die Verpflichtungsklage die statthafte Klageart ist. Dies ist für einen Antrag nach § 123 VwGO zunächst unerheblich, da dieser für beide Klagearten statthaft ist. Es ist auch nicht erforderlich, vorher Klage zu erheben. § 123 VwGO setzt lediglich einen vorherigen Antrag an die Behörde voraus.[61]

2. Richtiger Antragsgegner

Gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Klage im Hauptsacheverfahren gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat, zu richten. Gleiches gilt nach dem Rechtsträgerprinzip für den Fall, dass im Wege der allgemeinen Leistungsklage die Vornahme eines schlicht-hoheitlichen Aktes begehrt wird.

Nr. 2 eröffnet den Ländern die Möglichkeit, zu bestimmen, dass die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nicht gegen das Land als Rechtsträger, sondern gegen die betreffende Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den begehrten Verwaltungsakt unterlassen hat, zu richten ist. Dabei findet § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auf die allgemeine Leistungsklage keine Anwendung.[62]

Das Land Schleswig-Holstein hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. In § 69 Abs. 2 LJG ist normiert, dass Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gegen die Landesbehörde zu richten sind, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.

---

[58] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 20.
[59] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 18.
[60] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 19.
[61] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 70.
[62] *Meissner/Schenk*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: Juli 2025, § 78 Rn. 52.

Entsprechend ist gem. § 61 Nr. 3 VwGO in § 69 Abs. 1 LJG bestimmt, dass Landesbehörden im Verwaltungsprozess beteiligtenfähig sind. Somit ist eine gegen das Land gerichtete Klage in diesem Fall unzulässig.[63] Haben die Länder hingegen nicht von § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht, ist der Antrag weiterhin nach dem Rechtsträgerprinzip zu bestimmen. Die Klage wäre zulässig.

VI. Lernziele und Resümee

Damit wendet sich das OVG von der bisherigen Rechtsprechung zu den Landespressegesetzen ab. Es distanziert sich klar davon, die Rechtsprechung des BVerwG zum verfassungsunmittelbaren Anspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auf Landesebene umzumünzen.[64] Die reine Auskunftserteilung bleibe ein Realakt. Ist dieser Auskunftserteilung oder deren Versagung aber ein behördliches Prüfprogramm vorgeschaltet, anhand dessen die Behörde Erwägungen und Abwägungen der gegenseitigen Interessen im Rahmen einer Ermessensausübung tätigen muss, so handele es sich bei dieser vorgeschalteten Entscheidung um einen Verwaltungsakt. Maßgebend sei, wie die Adressatin das behördliche Schreiben aus ihrer Sicht bei verständiger Würdigung verstehen konnte. Stelle sich im Wege der Auslegung heraus, dass die Erklärung als Verwaltungsakt zu werten sei, bleibe es auch dann dabei, wenn die Behörde tatsächlich keine Erklärung in dieser Form abgeben wollte.[65] Insgesamt fügt sich das Urteil somit in die Rechtsprechung des BVerwG ein. Es stellt daher keine komplette Kehrtwende dar, sondern ist eher als Versuch zu werten, die bisher ergangene Rechtsprechung auf Landesebene zu korrigieren.

Mit der Einführung eines Bundespressegesetzes könnte bei Klagen gegen Bundesbehörden Schluss sein mit der Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage. Zwar ist die Einführung eines Bundespressegesetzes nicht im aktuellen Koalitionsvertrag vereinbart, neu ist das Thema aber nicht.[66] Wie Klagen dann ausgestaltet werden müssen, bleibt abzuwarten.

Damit bietet die Rechtsprechung Potenzial für neue Sachverhaltskonstellationen in verschiedenster Ausprägung. Sei es als Verpflichtungs- oder Leistungsklage – oder, wie hier, im Eilrechtsschutz. Sie hat insbesondere auch deshalb Potenzial, weil die Pressegesetze der Länder inhaltlich nahezu identisch, aber für Studierende trotzdem weitgehend unbekannt sind.

Gibt es eine einfachgesetzliche Norm, wie die Pressegesetze der Länder, sollten diese genaustens auf ihren Regelungsgehalt hin untersucht werden. Eine im Vorfeld liegende, regelnde Entscheidung liegt jedenfalls vor, wenn der Behörde ein gesetzliches Prüfprogramm an die Hand gegeben wird, bei dem sie unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen muss, unter denen sie die Entscheidung subsumieren soll. Der Schwerpunkt liegt dann nicht auf der Handlung an sich, sondern auf der zugrunde liegenden Entscheidung. Regelungen, welche die Subsumtion der Behörden und ggf. auch ein Ermessen der Behörde vorsehen, dürfen regelmäßig darauf hinweisen, dass einer Informationserteilung ein Verwaltungsakt vorzugehen hat.

---

[63] Ebenso wäre die Klage aufgrund der Inanspruchnahme von § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und dem Saarland unzulässig.

[64] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 57.

[65] OVG Schleswig, Beschl. v. 17.10.2025 – 6 MB 28/25, Rn. 15.

[66] *Voß*, ZGI 2025, 185 (187).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 7.10.2025 – 3 StR 11/25[1]

Zur Garantenstellung von Eltern für das Verhalten ihrer strafmündigen Kinder

1. Den für ihr minderjähriges Kind sorgeberechtigten Eltern kommt dem Grunde nach eine strafrechtliche Garantenstellung zu. Auch für den strafmündigen Minderjährigen trifft sie dabei eine Sicherungspflicht. Welche Maßnahmen der Eltern im Einzelfall geboten sind, um Schädigungen Dritter durch das Kind zu verhindern, hängt vor allem davon ab, ob konkrete Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten bestehen. (Rn. 18–19)
2. Eine psychisch vermittelte Hilfeleistung kann bereits zu einer Zeit erbracht werden, bevor der Haupttäter den Tatentschluss fasst. (Rn. 31)

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 13 Abs. 1, 27 Abs. 1

*RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiterin Anna Osbahr, Kiel**

I. Einleitung und Sachverhalt (vereinfacht)

Familien können Orte des Friedens, aber auch Schauplätze archaischer Gewalt sein. Von den Atriden der antiken Tragödie über Shakespeares zerrissene Herrscherfamilien und die Brüder Karamasow bei Dostojewski bis zu den mafiösen Clanstrukturen in „Der Pate“ zieht sich das Motiv familiärer Loyalität, Schuld und Gewalt durch die erzählerische Kulturgeschichte. Was in den Klassikern der Weltliteratur, Filmgeschichte und Serienwelten als Stoff großer Dramen inszeniert wird, beschäftigt die Strafjustiz als dogmatisches Rechtsproblem, so auch in der hier zu besprechenden Entscheidung des *3. Strafsenats des BGH*. Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

J lebt mit dem späteren Tatopfer B in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in einem Einfamilienhaus. Mit ihnen wohnt der 16-jährige Sohn von J, der S, sowie zeitweise dessen väterlicherseits gleichaltriger Halbbruder W. Obwohl J und B sich trennten, wohnt B weiterhin in dem gemeinsamen Einfamilienhaus.

Eines Tages eröffnet S gegenüber J und W, er wolle B töten. J nickt daraufhin. In ihrem Beisein besprechen S und W das weitere Vorgehen und einigen sich darauf, B von hinten auf den Kopf zu schlagen. Kurz darauf äußert J gegenüber den beiden Jugendlichen, „sie sollten sich mal überlegen, wie man […] B loswerden könne“. W versteht dies nicht als Tötungsauftrag, sondern als Anregung, darüber nachzudenken, „wie man sich räumlich von [… B] distanzieren könne“.

Einige Zeit später kommt es im ersten Obergeschoss zu einem Streit zwischen J und B. S und W beobachten, wie B die J am Arm ergreift. Um weitere Übergriffe zu verhindern, beschließen sie spontan,

* Die Verf. Prof. *Dr. Janique Brüning* ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht. Die Verf. *Anna Osbahr* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda.

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. in BeckRS 2025, 34352 und NStZ 2026, 226.

B zu töten. Sie bewaffnen sich mit einem Baseballschläger, einem Rollgabelschlüssel und Kabelbindern und folgen B unbemerkt ins Esszimmer. Dort schlagen S und W den B von hinten mehrfach mit Schläger und Schlüssel gegen den Kopf, sodass B zu Boden geht. J befindet sich währenddessen bei geöffneter Tür im Nebenraum. Obwohl sie das Geschehen wahrnimmt, geht sie ins zweite Obergeschoss, ohne einzuschreiten bzw. B zu helfen. Nach ihrem Weggang schlägt W dem B noch zweimal mit dem Rollgabelschlüssel gegen den Kopf. Anschließend zieht sich auch S in das zweite Obergeschoss zurück, während W bei B verbleibt und ihn bewacht. Nach seiner Rückkehr fordert S den W auf, B zu strangulieren. W kommt der Aufforderung nach und stranguliert B mit den Kabelbindern, bis dieser verstirbt.

Über die Sachverhaltsdarstellung des BGH hinaus ergeben sich aus den Feststellungen des Landgerichts Trier[2] weitere Umstände, die für die rechtliche Bewertung von Bedeutung sind: Die familiäre Situation war konfliktbeladen. Zwischen J und B kam es wiederholt zu heftigen Auseinandersetzungen mit beidseitigen Beschimpfungen und zum Teil auch körperlichen Übergriffen. J beschäftigte sich zudem schon länger mit der Frage, wie sie die Trennung von B auch räumlich umsetzen könne. Die Feststellungen der Vorinstanz zeigen darüber hinaus, dass die Biografien von S und W von Schulabbrüchen, erheblichem Drogenkonsum und wiederkehrenden Konflikten mit ihrem Stiefvater B geprägt waren. In diesen Auseinandersetzungen erniedrigte und beleidigte B den S häufig verbal.

Das Landgericht Trier hat S und W jeweils wegen heimtückischen Mordes zu einer Jugendstrafe verurteilt. J wurde in der Tatsacheninstanz hingegen (in dem hier relevanten Tatkomplex) lediglich der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Eine Beteiligung der J an dem Tötungsdelikt – sei es als Mittäterin, sei es als Gehilfin oder durch Unterlassen – hat das Landgericht abgelehnt.

Gegen dieses Urteil hat die Staatsanwaltschaft zulasten der J Revision in Form der Sachrüge eingelegt, insbesondere mit dem Ziel, eine Verurteilung der J wegen Beteiligung durch Unterlassen an dem von S und W begangenen Tötungsdelikt zu erreichen.

II. Einführung in die Problematik

Die rechtliche Würdigung dieses Geschehens wirft zahlreiche Einzelfragen auf. So ließe sich erörtern, ob J als Mittäterin von S und W anzusehen ist, wobei insbesondere fraglich erscheint, ob das vorausgegangene Gespräch der drei ein gemeinsamer Tatentschluss zur Tötung des B i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB darstellte. Weiter wäre zu prüfen, ob J den S und W durch ihre Aufforderung, „sich mal [zu] überlegen, wie man […] B loswerden könne“, gem. § 26 StGB zur Tat bestimmt hat. Im Rahmen einer Anstiftungsstrafbarkeit stellte sich dabei die Folgefrage, ob J das spätere Tötungsgeschehen mit ihrem bloßen Hinweis auf ein „Loswerden“ hinreichend individualisierte, obwohl sie weder Ort und Zeit noch die konkrete Ausführung der Tat bezeichnete.

Der BGH ist in der vorliegenden Entscheidung weder auf Aspekte der Mittäterschaft noch auf solche der Anstiftung eingegangen. Aus Gründen der Schwerpunktsetzung sollen sie auch im Rahmen der vorliegenden Besprechung nicht vertieft werden. Der Fokus richtet sich stattdessen auf zwei andere Problemkreise des Falles, und zwar die Strafbarkeit wegen Beihilfe (§ 27 StGB) zu einem Tötungsdelikt sowie die Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts durch Unterlassen (§ 13 StGB).

[2] LG Trier, Urt. v. 27.8.2024 – 2a KLs 8032 Js 2825/23 = BeckRS 2024, 51394.

1. Die Beihilfe gem. § 27 StGB

Das erste Problem des Falles betrifft die Frage, ob die Mitwirkung von J am „Vorgespräch“ und ihre an S und W gerichtete Aufforderung als Hilfeleistung i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB einzuordnen sind. Die Prüfung der Beihilfestrafbarkeit folgt dabei regelmäßig folgendem Aufbau:

I. Tatbestand
   1. Objektiver Tatbestand
      a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat
      b) Hilfeleisten
      c) Verknüpfung zwischen Hilfeleistung und Haupttat
   2. Subjektiver Tatbestand
II. Rechtswidrigkeit
III. Schuld

Der objektive Tatbestand der Beihilfe verlangt eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat sowie ein „Hilfeleisten“. Darunter versteht man jede Handlung, die die konkrete Tatdurchführung ermöglicht, erleichtert oder die vom Täter herbeigeführte Rechtsgutsverletzung verstärkt.[3] Hinsichtlich der Verknüpfung zwischen Hilfeleistung und Haupttat lässt die Rechtsprechung jede objektive Förderung oder Erleichterung des strafbaren Handelns genügen,[4] während ein Großteil des Schrifttums eine Mitursächlichkeit für die vom Täter herbeigeführte Rechtsgutsbeeinträchtigung verlangt (Zufluss- oder Verstärkungskausalität).[5] Letztlich kreist der Streit um die Frage, wie streng die Anforderungen an die Kausalität auszugestalten sind, wobei beide Ansätze in der Sache regelmäßig zum gleichen Ergebnis führen.[6]

Die Hilfeleistung kann in unterschiedlichen Formen erbracht werden. Neben der physischen Beihilfe, die sich unmittelbar auf den äußeren Ablauf der Tat auswirkt, erfasst § 27 Abs. 1 StGB auch die psychische Beihilfe, die ausschließlich über die Psyche des Haupttäters wirkt. Innerhalb der psychisch vermittelten Beihilfe wird wiederum zwischen der kognitiven Beihilfe – etwa durch Hinweise oder technische Ratschläge – und der voluntativen Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses unterschieden.[7] Da letztere ebenso wie die Anstiftung gem. § 26 StGB eine Einwirkung auf den Willen des Täters zum Gegenstand hat, ist die Abgrenzung beider Teilnahmeformen mitunter schwierig. Der Anstifter tritt als „geistiger Initiator“[8] oder „Urheber“[9] der Haupttat auf. Der Gehilfe fördert hingegen die Haupttat durch außenstehendes Handeln. Während die Anstiftung den Tatentschluss (mit-) auslöst und damit naturgemäß vor dessen Entstehung ausgeführt wird, wird die Beihilfe nach § 27

[3] *Pohlreich*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 16 Rn. 904.

[4] Siehe nur BGH NStZ 2019, 461; BGH NStZ-RR 2016, 136 (137); BGH NStZ-RR 2007, 230 (232). Zustimmend *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 16 Rn. 905.

[5] Siehe nur *Pohlreich*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 2; *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 6; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 184 m.w.N.

[6] Vgl. *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 6; vgl. *Brüning*, ZJS 2018, 285 (288).

[7] Die Strafbarkeit der voluntativen Beihilfe ist umstritten, dazu und zu den Gegenansichten ausf. *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 27 Rn. 11 ff.

[8] *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 27 Rn. 93.

[9] *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 26 Rn. 33.

Abs. 1 StGB typischerweise erst erbracht, nachdem der Haupttäter seinen Tatentschluss gefasst hat. Da sich die voluntative Beihilfe und die Anstiftung in ihrem Bezugspunkt – der Willensbeeinflussung des Täters – berühren und die Abgrenzung beider Teilnahmeformen die folgende Prüfung maßgeblich prägen wird, ist auch ein kurzer Blick auf die Voraussetzungen der Anstiftung zu werfen. Die Anstiftung nach § 26 StGB setzt ein „Bestimmen" voraus, worunter das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter zu verstehen ist, wobei nach überwiegender Ansicht eine Mitverursachung des Tatentschlusses ausreicht.[10] In subjektiver Hinsicht erfordert die Anstiftung einen doppelten Anstiftervorsatz, der sich auf das Bestimmen sowie auf die Vollendung der Haupttat zu beziehen hat. Dabei muss wiederum nach überwiegender Ansicht die in Aussicht genommene Haupttat im Vorstellungsbild des Anstifters in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisiert worden sein.[11] Die Vorstellung des Anstifters muss sich auf eine „konkret-individualisierte Tat" richten.[12] Hierfür genügt es wiederum nicht, wenn der Teilnehmer die Tat nur der Gattung oder dem Tatbestand nach umrissen hat.[13] Eine nur vage Vorstellung des Teilnehmers von der Haupttat reicht damit nicht aus.

Vor diesem Hintergrund ist der zeitliche Anwendungsbereich der Beihilfe in den Blick zu nehmen. Die aktiven Beiträge der J liegen zeitlich deutlich vor der eigentlichen Tatausführung und sogar vor dem späteren Tatentschluss von S und W. Während im Grundsatz anerkannt ist, dass eine Beihilfe bereits im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden kann,[14] ist unklar, ob dies auch dann gilt, wenn der Haupttäter selbst noch nicht zur Tatbegehung entschlossen ist. Insoweit stellt sich die Frage, ob man zu einer Tat Hilfe leisten kann, von der der Täter noch gar nicht (sicher) weiß, dass er sie begehen wird.

Zuletzt muss der Gehilfe in doppelter Hinsicht vorsätzlich handeln. Sein Vorsatz muss sich sowohl auf die eigene Hilfeleistung in ihrer die Haupttat fördernden Wirkung als auch auf die Vollendung der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat beziehen. Auch der Gehilfe muss die wesentlichen Merkmale der Haupttat in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Anders als bei der Anstiftung ist es aber ausreichend, wenn der Teilnehmer den wesentlichen Unrechtsgehalt und die ungefähre Angriffsrichtung der Haupttat erkannt hat.[15] Das bedeutet, dass die Anforderungen an die Vorsatzkonkretisierung weniger streng sind.[16]

---

[10] BGH NStZ 1994, 29 (30); BGH NStZ 2017, 401 (402); *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 26 Rn. 29; *Pohlreich*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 2; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 41 Rn. 5; *Satzger*, Jura 2017, 1169 (1171).

[11] BGH NJW 1986, 2770; *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 26 Rn. 8; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 41 Rn. 22.

[12] BGH NJW 1996, 2517; BGH NStZ 2017, 401 (402); BGH NStZ-RR 2021, 273 (274).

[13] BGH NJW 1986, 2770; *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 26 Rn. 8.

[14] BGH NStZ 1984, 413; BGH NStZ 2012, 267; BGH NJW 2017, 498 (499); *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 22; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, § 38 Rn. 1323.

[15] *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 41; vgl. auch BGH NStZ 2002, 145 (146).

[16] BGH NStZ 2017, 274 (275); BGH NStZ 2002, 145 (146); *Pohlreich*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 7; *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 27 Rn. 41; *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 27 Rn. 18.

2. Das unechte Unterlassungsdelikt gem. § 13 Abs. 1 StGB

Der zweite Problemkreis der Entscheidung betrifft das passive Verhalten der J während der Tatausführung selbst und damit eine mögliche Beteiligung am Tötungsdelikt durch Unterlassen gem. § 13 Abs. 1 StGB. Der Aufbau des (vorsätzlichen) Unterlassungsdelikts gliedert sich wie folgt:

I. Tatbestand
   1. Objektiver Tatbestand
      a) Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges
      b) Nichtvornahme der Rettungshandlung trotz Handlungsfähigkeit (Tatmacht)
      c) Erfolgszurechnung (Quasi-Kausalität)
      d) Garantenstellung
   2. Subjektiver Tatbestand
II. Rechtswidrigkeit
III. Schuld

Der objektive Tatbestand verlangt zunächst den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges, z.B. den Tod eines Menschen i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB oder die Beschädigung einer Sache i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB.

Ist der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten, so ist nach einer Handlung zu suchen, die diesen Erfolg verhindert hätte. Dabei ist zu prüfen, ob der Täter zur Vornahme dieser Handlung fähig gewesen wäre, wobei die faktische Unmöglichkeit der gebotenen Rettungshandlung der rechtlichen Unmöglichkeit gleichsteht.

Weiterhin muss der Erfolg dem Unterlassungstäter zugerechnet werden können, d.h. auf der Nichtvornahme der erforderlichen Rettungshandlung beruhen. Die h.M. spricht insoweit von Quasikausalität:[17] Der Unterlassende ist für den Erfolg ursächlich, wenn die Rettungshandlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele. Unstreitig ist die Zurechnung daher zu bejahen, wenn die Rettungshandlung den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.

Schließlich hat das Unterlassen einer Erfolgsabwendung hat nur dann die gleiche Unrechtsqualität wie das aktive Verursachen eines Erfolges, wenn der Täter i.S.d. § 13 StGB „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“ (dazu sogleich unter b)).

a) Die Abgrenzung von Tun und Unterlasen

In der vorliegenden Entscheidung bemüht der BGH aufgrund des mehraktigen Geschehens – aktive Beiträge im Vorfeld einerseits, späteres Unterlassen andererseits – die Schwerpunktformel.[18] Dies gibt Anlass, die Abgrenzung von Tun und Unterlassen sowie die Konstellationen, in denen sie relevant wird, näher zu betrachten.

Über die Kriterien, nach denen Tun und Unterlassen voneinander abzugrenzen sind, herrscht Streit.[19] Teile des Schrifttums halten für maßgeblich, ob der Unrechtserfolg durch einen positiven

[17] Siehe nur *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, Vor § 13 Rn. 39; *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 61; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 29 Rn. 24; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, § 26 Rn. 887.

[18] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 29.

[19] Siehe hierzu nur *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7; *Walter*, ZStW 116 (2004), 555 (566 f.).

Energieeinsatz verursacht wurde.[20] Der BGH und ein ihm folgender Teil der Lehre stellen wiederum auf eine normative Betrachtungsweise ab, wonach entscheidend sei, auf welcher Verhaltensform der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, bzw. der Vorwerfbarkeit gelegen habe.[21]

Jedoch ist zu beachten, dass diese Abgrenzungsmodelle und insbesondere die „Schwerpunktformel" nicht überall, sondern nur dort anzuwenden sind, wo die Abgrenzung von Tun und Unterlassen auch tatsächlich problematisch ist. Zu unterscheiden sind insoweit zwei Konstellationen:[22]

aa) Mehrdeutige Tathandlung

Von einem Abgrenzungsproblem wird üblicherweise in solchen Fällen ausgegangen, in denen ein Verhalten zugleich als Tun und Unterlassen gedeutet werden kann, die Tathandlung also äußerlich mehrdeutig ist.[23] Ein klassisches Beispiel ist der ärztliche Behandlungsabbruch: Schaltet eine Ärztin das Beatmungsgerät eines Patienten ab, so lässt sich dieses Verhalten sowohl als aktives Tun (Beenden der Behandlung) als auch als Unterlassen (Nichtfortführung der Behandlung) bewerten. Bemerkenswerterweise hat der BGH gerade in dieser Konstellation die Schwerpunktformel aufgegeben und den „Behandlungsabbruch" als eigenständige normative Kategorie etabliert.[24]

bb) Sukzession von Verhaltensformen

Keine Anwendung finden die genannten Abgrenzungsmodelle eindeutig dort, wo ein Unterlassen einem Tun zeitlich nachfolgt und beide Verhaltensweisen miteinander zusammenhängen. Solche Fälle, in denen der Täter zunächst aktiv handelt (etwa eine Gefahr schafft) und anschließend eine gebotene Sicherungs- oder Rettungsmaßnahme unterlässt, werden in der Literatur als „Sukzession der Verhaltensformen" bezeichnet.[25] Zwar bauen Tun und Unterlassen auch hier aufeinander auf. Doch anders als bei mehrdeutigen Handlungen treten beide Verhaltensformen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander auf. Es wäre daher verfehlt, beide Handlungen künstlich zu einem einheitlichen Verhalten zu verschmelzen. Das Sachverhaltsgeschehen setzt sich vielmehr aus zwei eigenständigen Handlungen zusammen, sodass faktisch kein Abgrenzungsproblem im oben beschriebenen Sinne besteht.[26] Tun und Unterlassen sind daher jeweils für sich genommen zu prüfen. Die Entscheidung, ob der Täter wegen Tuns oder Unterlassens zu bestrafen ist, ist erst auf Ebene der Konkurrenzen zu treffen.[27]

---

[20] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 35 Rn. 4; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 77 f. m.w.N.

[21] BGH NJW 1954, 766 (768); BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ-RR 2006, 10 (11); BGH NStZ-RR 2006, 174 (176); BGH NJW 2010, 1087 (1092); *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 13 Rn. 158a.

[22] Zu den unterschiedlichen Abgrenzungsfällen siehe auch *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, § 25 Rn. 866 ff.

[23] *Tag*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 13 Rn. 4; vgl. *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 13 Rn. 4. Dazu *Ransiek*, JuS 2010, 490 (493 f.).

[24] BGH NJW 2010, 2963.

[25] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 96; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 116.

[26] Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 97.

[27] So explizit *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 98; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 35 Rn. 6 f.; *Walter*, ZStW 116 (2004), 555 (567).

Dies gilt umso mehr, wenn Erst- und Zweithandlung qualitativ verschieden sind – etwa, weil zwischen beiden ein Vorsatzwechsel des Täters liegt[28] oder sich seine Rolle verändert hat, weil er bei der Ersthandlung lediglich Teilnehmer, im Hinblick auf das spätere Unterlassen aber (Unterlassungs-)Täter gewesen ist. In diesen Fällen dürfen Teilnahme und Täterschaft erst recht nicht zu einer einheitlichen Tathandlung vermengt werden.

b) Die Garantenstellung

Wegen Unterlassens macht sich nur strafbar, wer „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt", § 13 Abs. 1 StGB. Voraussetzung ist eine Garantenstellung des Täters, aus der sich für diesen die Pflicht ergibt, den betreffenden Unrechtserfolg abzuwenden (Garantenpflicht).[29] Beim unechten Unterlassungsdelikt unterscheidet man Beschützer- und Überwachungsgaranten:[30] Während Beschützergaranten andere Personen bzw. Rechtsgüter vor Gefahren bewahren müssen, haben die Überwachungsgaranten eine Gefahrenquelle geschaffen oder sind für eine solche derart verantwortlich, dass andere nicht in ihren Rechtsgütern geschädigt werden.[31] Der Beschützergarant schützt also ganz bestimmte, ihm anvertraute Rechtsgüter vor beliebigen Gefahren.[32] Demgegenüber schützt der Überwachungsgarant Rechtsgüter anderer vor Gefahren, die aus seinem Herrschaftsbereich hervorgehen.[33]

Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob J ihrerseits für die Straftaten ihres strafmündigen Sohnes S als Garantin i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.

aa) Garantenstellung für strafrechtliches Verhalten Dritter

Die strafrechtliche Garantenstellung im Hinblick auf das Verhalten Dritter bewegt sich in einem Spannungsfeld zwischen dem Grundsatz der Eigenverantwortung und dem Bedürfnis, bestimmte Gefahrenquellen durch Überwachungspflichten einzuhegen.

Aus dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit folgt zunächst, dass grundsätzlich niemand die Pflicht hat, Straftaten anderer zu verhindern, sofern diese ihrerseits voll eigenverantwortlich handeln.[34] Es sind jedoch zwei Ausnahmen anerkannt, und zwar die Geschäftsherrenhaftung sowie die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter im Rahmen der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, wobei diese Fallgruppe nicht das Unterlassungsdelikt, sondern das Begehungsdelikt betrifft.

Bei der Geschäftsherrenhaftung handelt es sich um eine Form der Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13 StGB. Sie bezeichnet die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers oder leitender Unternehmensangehöriger für Straftaten, die von ihren Mitarbeitern aus dem Betrieb heraus begangen werden. Im Schrifttum wird die Geschäftsherrenhaftung unterschiedlich begründet.[35] Während

---

[28] Dazu *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2025, § 25 Rn. 869; vgl. auch *Weigend/Ceffinato*, in: LK-StGB, Bd. 1, 14. Aufl. 2026, § 13 Rn. 10.

[29] Vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 6.

[30] Zur sog. „Funktionenlehre" siehe *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 32 ff.

[31] BGH NJW 2003, 522 (525); *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn 9; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, § 19 Rn. 1179; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 29 Rn. 33.

[32] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 36 Rn. 53 ff.

[33] Vgl. *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 36 Rn. 53 ff.

[34] *Beulke*, in: FS Geppert, 2011, S. 28.

[35] Zum Ganzen *Beulke*, in: FS Geppert, 2011, S. 28 ff.; *Geneuss*, ZIS 2016, 259 (261 f.); siehe auch *Brüning,* ZJS 2022, 119 (122).

ein älterer Ansatz auf die Befehlsgewalt des Vorgesetzten und sein arbeitsrechtliches Direktionsrecht gegenüber seinen Mitarbeitenden abstellt,[36] leitet die heute vorherrschende Auffassung die Garantenpflicht aus der Herrschaft über den „Gefahrenherd Betrieb" ab.[37] Voraussetzung der Geschäftsherrenhaftung ist zum einen eine Garantenstellung des Geschäftsherrn, die ihn zur Überwachung der aus dem Betrieb hervorgehenden – sachlichen wie personalen – Gefahren verpflichtet, und zum anderen das Vorliegen einer betriebsbezogenen Straftat.[38] Unter einer betriebsbezogenen Straftat versteht man eine Straftat, die im inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit oder der Art des Betriebes steht und nicht bloß bei Gelegenheit der Arbeit begangen wird.[39]

Ähnlich liegt der Fall des Täters hinter dem Täter beim Vorliegen einer Organisationsherrschaft des Hintermannes.[40] Bei der Täterschaft kraft Organisationsgewalt handelt es sich um eine von *Roxin* im Jahr 1963 unter dem Eindruck des Eichmann-Prozesses entwickelte Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.[41] Sie ermöglicht es, Straftaten, die durch voll verantwortliche Ausführende begangen werden, Personen an der Spitze eines Machtapparates zuzurechnen, wenn diese die Organisationsstrukturen eines Machtapparates zur Tatbestandsverwirklichung ausnutzen.[42] Auch hier ist die Herrschaft des Täters über eine bestimmte Sphäre – hier: die Organisation – Grundlage der normativen Zuschreibung der Strafbarkeit für die Erfolgsherbeiführung durch einen anderen.[43]

bb) Garantenstellung im familiären Kontext

Zwischen Familienmitgliedern können verschiedene Garantenstellungen bestehen. Im Fokus der vorliegenden Entscheidung stehen die Garantenstellungen der Eltern für ihre Kinder. Hier ist zwischen der Beschützer- und der Überwachungsgarantenstellung zu unterscheiden.

Bei der Beschützergarantenstellung stellt der BGH auf die in § 1618 BGB normierte Pflicht zu gegenseitigem Beistand im Eltern-Kinder-Verhältnis ab, das bei faktischem Zusammenleben in aller Regel eine gegenseitige Schutzpflicht als Garanten begründe.[44] Für die Begründung einer Beschützergarantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB stellt der BGH also auch auf tatsächliche Gegebenheiten ab, nicht auf rein normative Kriterien.

Im Hinblick auf die Überwachungsgarantenstellung wird dagegen auf die Autoritätsstellung der Eltern gegenüber ihren Kindern rekurriert.[45] Diese Autoritätsstellung folgt aus der gesetzlichen Zuweisung der Pflichten zur Personensorge und Aufsicht nach §§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1, 832 BGB, die den Eltern die rechtliche Befugnis und Pflicht verleihen, für die Rechtsgüter ihres minderjährigen

---

[36] Siehe nur *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 287 (318).

[37] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 137; *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 13 Rn. 70.

[38] Dazu BGH NJW 2012, 1237 (1238).

[39] BGH NJW 2012, 1237 (1238); vgl. BGH NStZ 2018, 648; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 14a; vgl. *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 29 Rn. 64.

[40] Dazu *Brüning*, ZJS 2016, 285 (289).

[41] Im Einzelnen *Roxin*, GA 1963, 193 ff.

[42] BGHSt 40, 218 (236 f.); BGH NStZ 1994, 537 (538); BGH NStZ 1998, 767 (769). Zum Ganzen *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 27 Rn. 45 ff.

[43] Zu dieser Parallele siehe schon *Brüning*, ZJS 2022, 119 (122).

[44] BGH BeckRS 2017, 129679. In dieser Entscheidung ging es allerdings um die Beschützergarantenstellung eines Kindes gegenüber den Eltern.

[45] *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 13 Rn. 52; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 51.

Kindes zu sorgen und dieses zu beaufsichtigen. Fraglich ist, wie weit angesichts des Eigenverantwortlichkeitsprinzips die aus der Autoritätsstellung folgende Pflicht reicht, Straftaten von Kindern zu verhindern.

Unproblematisch besteht zunächst eine Überwachergarantenstellung der Erziehungsberechtigten für ihre strafunmündigen Kinder i.S.d. § 19 StGB. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist, dass der BGH (ebenfalls *3. Strafsenat*) die Frage, ob strafunmündige Kinder gem. § 19 StGB als steuerbares – nicht voll verantwortlich handelndes – Werkzeug im Sinne einer mittelbaren Täterschaft handeln können, nicht anhand von normativen, sondern wiederum anhand von faktischen Erwägungen beantworten will.[46]

Problematisch ist dagegen die Frage, ob und ggf. unter welchen Umständen eine Garantenstellung von Eltern für das Verhalten ihrer minderjährigen, aber schon strafmündigen und damit strafrechtlich eigenverantwortlich handelnden Kinder begründet werden kann. Rekurriert man auf das Eigenverantwortungsprinzip, so könnte man eine doppelte Verantwortung von Kind und Eltern für denselben Erfolg prinzipiell ausschließen und basierend hierauf eine Garantenstellung der Erziehungsberechtigten für ein strafmündiges Kind ablehnen. Indes könnte man auch hier auf die zivilrechtliche Autoritätsstellung abstellen und mit Blick auf §§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1, 832 BGB bei strafmündigen, aber nicht volljährigen Kindern grundsätzlich eine Überwachungsgarantenstellung bejahen. Schließlich könnte man erwägen, das JGG als verantwortungsreduzierenden Maßstab heranzuziehen.

III. Die Entscheidung

1. Die Entscheidung der Vorinstanz

Das Landgericht Trier hatte S und W – wie eingangs erwähnt – wegen gemeinschaftlichen heimtückischen Mordes schuldig gesprochen. Dagegen verurteilte es J im oben beschriebenen Sachverhalt nur wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB.[47] J habe sich keiner (psychischen) Beihilfe schuldig gemacht, da sie zum Zeitpunkt ihrer aktiven Beiträge im Vorgespräch und ihrer Aufforderung an S und W noch keine Hilfe zur späteren Tat leisten konnte:

> „Ein solcher kann in dem Kopfnicken der Angeklagten während des Gespräches der Mitangeklagten […] über eine mögliche Tötung des Tatopfers nicht erblickt werden. Auch die hier allein in Betracht kommende psychische Beihilfe durch aktives Tun, z.B. durch ein Nicken, erfordert nämlich die Feststellung der Festigung oder Stärkung des Tatentschlusses der Haupttäter […]. Daran fehlt es vorliegend. Nach den Feststellungen hatten die Mitangeklagten bei dieser Gelegenheit noch keinen konkreten Tatentschluss gefasst. Daher scheidet auch eine Festigung bzw. Stärkung eines Tatentschlusses von vorneherein aus.“[48]

Auch eine Strafbarkeit von J wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB lehnte das Gericht ab, da es J an einer hierfür erforderlichen Garantenstellung fehle:

[46] BGH NStZ 2024, 150 (151 ff.); dazu auch *Kudlich/Schütz*, NStZ 2026, 226 (230).

[47] LG Trier BeckRS 2024, 51394.

[48] LG Trier BeckRS 2024, 51394 Rn. 395.

„Eine Pflicht der Angeklagten, rechtlich dafür einzustehen, dass der strafrechtlich missbilligte Todeserfolg zum Nachteil des Tatopfers nicht eintritt, gibt es vorliegend nicht. […] Die Angeklagte war auch nicht als Überwachungsgarantin zum Handeln verpflichtet. Zwar war die Angeklagte grundsätzlich als Erziehungsberechtigte gegenüber ihrem zum Tatzeitpunkt noch minderjährigen Sohn […] noch aufsichtspflichtig. Daraus folgt nach Auffassung der Kammer aber nicht die uneingeschränkte Pflicht, das minderjährige Kind von der Begehung von Straftaten abzuhalten. […]“[49]

2. Die Entscheidung des 3. Strafsenats

Der BGH wertet das Urteil des LG Trier als rechtsfehlerhaft, hebt es mit den dazugehörigen Feststellungen auf und weist es zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurück.[50]

Der *3. Strafsenat* hält sowohl die aktive Beteiligung der J an dem Tötungsdelikt als auch eine Strafbarkeit an dem Tötungsdelikt durch Unterlassen i.S.d. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB auf Basis der Feststellungen für nicht ausgeschlossen.

Der BGH gelangt zwar zunächst zu der Überzeugung, dass J zwar keine Beschützergarantenstellung für ihren Ex-Partner B innegehabt habe.[51] Allerdings sei ihr im Hinblick auf seine Tötung eine Überwachungsgarantenstellung für das Verhalten ihres Sohnes S zugekommen:

„Nach § 1626 Abs. 1 BGB haben Eltern die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen; die elterliche Sorge ist unterteilt in die Personen- und die Vermögenssorge. Erstgenannte umfasst gemäß § 1631 Abs. 1 BGB insbesondere die Aufgabe, das Kind zu beaufsichtigen. Mit dieser Verpflichtung soll in erster Linie Gefahren für das eigene Kind begegnet werden; sie dient aber auch dazu (§ 832 BGB), Dritte vor Schaden zu bewahren […]. Den für ihr minderjähriges Kind sorgeberechtigten Eltern kommt dementsprechend dem Grunde nach eine strafrechtliche Garantenstellung zu.“[52]

Nach Auffassung des *Senats* besteht diese Garantenstellung der Eltern auch dann fort, wenn ihr Kind bereits strafmündig ist:

„Denn die umfassende rechtliche Einstandspflicht aus dem Gedanken der institutionellen familiären Beziehung endet – wie sich aus § 1626 Abs. 1, § 1631 Abs. 1 und § 832 BGB ergibt – nicht vor dem Eintritt der Volljährigkeit […]. Für den Bestand dieser Pflicht kommt es demnach nicht auf eine Durchsetzbarkeit der faktischen Herrschaftsmacht durch die Eltern an […].“[53]

Vielmehr komme den sorgeberechtigten Eltern für ihr minderjähriges Kind „dem Grunde nach eine strafrechtliche Garantenstellung zu“[54], die „– jedenfalls bei faktischem Zusammenleben – in ihrem Bestand von der Intensität der familiären Beziehung unabhängig“[55] sei.

[49] LG Trier BeckRS 2024, 51394 Rn. 401.
[50] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 36.
[51] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 15.
[52] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 17 f.
[53] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 19.
[54] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 18.
[55] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 18.

Weiter zeigt der *Senat* auf, dass es J auf Basis der Feststellungen des Landgerichts möglich und zumutbar gewesen sei, in das Geschehen einzugreifen und S und W von der weiteren Tatausführung abzuhalten. Hierbei beurteilten sich die Anforderungen, denen Eltern bei der Aufsicht ihrer Kinder nachkommen müssten, individuell:

„So sind der Überwachung, insbesondere bei älteren Kindern, Grenzen gesetzt. Das Maß der gebotenen Aufsicht über einen Minderjährigen bestimmt sich dementsprechend nach dessen Alter, Eigenart und Charakter sowie den Lebensumständen, namentlich dem Zusammenleben der betroffenen Personen. Die Grenze der erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen richtet sich danach, was verständige Eltern nach vernünftigen Maßstäben tun müssen, um Schädigungen Dritter durch ihr Kind zu verhindern […].“[56]

Der BGH kommt auf Basis der Feststellungen des Landgerichts zu dem Ergebnis, dass J während des gesamten Tatgeschehens verbal auf S und W hätte einwirken können, wobei eine hinreichende Aussicht dafür bestanden hätte, dass ein solches Einwirken deren weitere Tatausführung gehemmt hätte.[57] Insgesamt sei es ihr möglich und zumutbar gewesen, den Angriff von S und W auf B zu unterbrechen und damit auch dessen Leben zu retten, beziehungsweise zu verlängern. Ob J auch eine Überwachungsgarantin aus Ingerenz gewesen sei, lässt der BGH dahinstehen.[58]

Der *3. Strafsenat* wendet sich dann der Frage zu, ob auch eine Strafbarkeit der J aufgrund einer aktiven Beteiligung in Betracht zu ziehen sei. In diesem Zusammenhang weist er darauf hin, dass Tun und Unterlassen nach der Formel vom Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit voneinander abgegrenzt werden müssten.[59] Eine mögliche Beihilfehandlung von J erkennt der *Senat* in ihrem Nicken im Vorgespräch. Zwar zeigten die Feststellungen des Landgerichts, dass S und W in diesem Zeitpunkt nur tatgeneigt und noch nicht fest dazu entschlossen gewesen seien, B zu töten. Dies schade der Annahme einer psychischen Beihilfe aber nicht:

„Denn ein Gehilfenbeitrag kann bereits im Vorbereitungsstadium der Tat erbracht werden, selbst wenn der Haupttäter zur Tatbegehung noch nicht entschlossen ist […]. Dies gilt auch für die psychische Beihilfe in der Form, dass der Haupttäter ausdrücklich oder konkludent in seinem Willen zur Tatbegehung bestärkt wird […].“[60]

Diese Rechtsauffassung begründet der *Senat* damit, dass der Zeitpunkt der Beihilfe von dem Zeitpunkt unterschieden werden müsse, in dem sich letztere dann tatsächlich auf die konkrete Tat auswirke:

„So kann die zustimmende Erklärung zu einem deliktischen Verhalten unter der Voraussetzung abgegeben werden, dass der Empfänger sich erst noch zu einer (weiteren) konkreten Tat entschließt;

[56] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 20.
[57] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 24 f.
[58] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 28.
[59] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 29.
[60] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 31.

der Erklärende braucht dabei nicht den Willen zu haben, den Entschluss hervorzurufen, und die nachfolgende Entschließung muss nicht ein Ergebnis der Erklärung sein […].“[61]

Etwas anderes folgt laut dem Gericht auch nicht aus § 26 StGB: Der Norm sei nicht zu entnehmen, dass psychische Einwirkungen auf den Täter unterhalb der hier bezeichneten Schwelle eines „Bestimmens“ straflos sein müssten:

„Denn mit den niedrigeren Anforderungen an die psychische Beihilfe, etwa im Hinblick auf den Gehilfenvorsatz […], korrespondiert eine zwingende Milderung des Strafrahmens nach § 27 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB.“[62]

Schlussendlich kommt der *Senat* zu dem Ergebnis, dass das Landgericht sowohl zum Nicken, als auch zur Aufforderung von J und der Wirkung dieser Kommunikationsbeiträge auf S und W nähere Feststellungen hätte treffen müssen.[63]

IV. Bewertung der Entscheidung

Für das Ergebnis der Entscheidung spricht viel, die dazu gelieferte Begründung vermag dagegen nicht in allen Facetten zu überzeugen.

1. Beihilfe gem. § 27 StGB

Etwas zu apodiktisch, aber im Ergebnis richtig, bejaht der *3. Strafsenat* die Möglichkeit der Beihilfestrafbarkeit, wenn die rein psychische Einflussnahme bereits vor der endgültigen Tatentschlussfassung des Haupttäters erfolgt ist.

Fraglich ist, ob ein „Hilfeleisten“ i.S.d. § 27 StGB bereits dann möglich ist, wenn sich der Täter zum Zeitpunkt der Einwirkung noch nicht zur Tatverwirklichung entschlossen hat. Die Frage betrifft die zeitliche Reichweite der voluntativen psychischen Beihilfe: Setzt diese voraus, dass bereits ein Tatentschluss besteht, den die Einwirkung lediglich bestärkt oder kann auch eine Einwirkung, die den Tatentschluss erst (mit)hervorbringt, als Hilfeleisten zur Haupttat eingestuft werden?

Ein Fall der psychischen Beihilfe liegt vor, wenn der Tatentschlusses gestärkt wird. Nun könnte man – entgegen der Ansicht des BGH – mit *Schünemann/Greco* annehmen, dass dies bereits begrifflich voraussetzt, dass ein solcher Entschluss bereits besteht. Fehlt es daran, so könne die Einwirkung nicht „bestärken“, sondern allenfalls „hervorrufen“, mit der Folge, dass ein Teilnehmer, der vor Entstehung des Tatentschlusses auf den Täter einwirke „denklogisch“ nicht Gehilfe sein könne.[64] Ob dieser Einwand von *Schünemann/Greco* überzeugen kann, ist fraglich.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die dogmatische Einordnung psychischer Einwirkungen auf einen tatgeneigten, aber noch nicht tatentschlossenen Täter. Das Bestärken eines Tatentschlusses nach § 27 StGB und das Hervorrufen eines solchen Entschlusses nach § 26 StGB lassen sich nicht klar voneinander trennen, sondern gehen fließend ineinander über.[65] Wer die Tatgeneigtheit eines ande-

[61] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 32.
[62] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 33.
[63] BGH BeckRS 2025, 34352 Rn. 34 f.
[64] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 27 Rn. 39, 60.
[65] Zur Wesensähnlichkeit beider Verhaltensweisen siehe schon *Hruschka*, JZ 1983, 177 (178).

ren so fördert, dass daraus ein fester Tatentschluss wird, ruft diesen Entschluss im Ergebnis hervor. Eine solche psychische Förderung beschleunigt oder ermöglicht jenen Willensbildungsprozess, aus dem die spätere Tat hervorgeht.

Ist nachweisbar, dass eine psychische Einwirkung kausal für den Tatentschluss des Täters wurde, ist diese grundsätzlich als „Bestimmen" i.S.d. § 26 StGB einzuordnen. Nach herrschender Ansicht genügt hierfür bereits die bloße Mitverursachung des Tatentschlusses. Im Grundsatz ist für das voluntative Bestärken im Vorfeld des Tatentschlusses also § 26 StGB einschlägig.

Aus dem Umstand, dass ein Bestärken vor Entstehung des Tatentschlusses typischerweise dem Anwendungsbereich des § 26 StGB unterfällt, folgt jedoch nicht, dass § 27 StGB in diesen Konstellationen nicht angewendet werden kann. Gegen eine solche Sperrwirkung des § 26 StGB spricht bereits der Wortlaut des § 27 StGB. Dieser verlangt gerade nicht, dass die Einwirkung erst nach gefasstem Tatentschluss erfolgt, sondern stellt allein darauf ab, dass Hilfe zur vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat geleistet wird. Maßgeblich ist damit allein, ob die betreffende Handlung des Teilnehmers die konkrete Tat tatsächlich förderte.

Eine ungeschriebene Sperrwirkung ließe sich nur annehmen, wenn Systematik und Zweck der Vorschriften nahelegen, § 26 StGB solle alle psychischen Einwirkungen auf den Täter vor Tatentschlussfassung abschließend erfassen. Zwar spricht § 26 StGB ausdrücklich vom „Bestimmen" und § 27 StGB vom „Hilfeleisten". Hieraus folgt aber nicht, dass jede dem eigentlichen Tatentschluss vorhergehende psychische Einwirkung zwingend der Anstiftung vorbehalten sein muss. Mit Blick auf die gesetzliche Systematik kann § 27 StGB als nachgeordnete Norm durchaus als eine Art Auffangtatbestand für minder schwere Fälle psychischer Einwirkungen verstanden werden, der eingreift, wenn die strengeren Voraussetzungen der Anstiftung nicht erfüllt sind.

Zudem wäre eine ungeschriebene Sperrwirkung des § 26 StGB nur dort zweckmäßig, wo die Voraussetzungen einer Anstiftung auch erfüllt sind. Nur dann ließe sich von einer abschließenden Regelung sprechen. Wenn § 26 StGB aber – wie im vorliegenden Fall – mangels eines hinreichend konkretisierten Anstiftervorsatzes von vornherein nicht eingreift, so kann er auch keine Sperrwirkung entfalten. § 26 StGB verlangt in diesen Fällen nicht deshalb engere Voraussetzungen, weil er die psychische Einwirkung als solche strenger beurteilt, sondern allein deshalb, weil er auf subjektiver Seite einen stärker konkretisierten Vorsatz verlangt.

Im vorliegenden Fall sprach viel dafür, dass J weder über die Art der Tatumsetzung noch über einen bestimmten Tatort oder eine bestimmte Tatzeit konkrete Vorstellungen hatte. Eine Strafbarkeit nach § 26 StGB war vor diesem Hintergrund zu verneinen. Neben § 26 StGB ist § 27 StGB daher immer dann einschlägig, wenn eine Tathandlung zwar eigentlich als „Bestimmen" anmutet, die sonstigen Voraussetzungen der Anstiftung – insbesondere der konkretisierte Vorsatz – aber nicht erfüllt sind. Ein solcher Fall lag hier vor, weshalb der BGH zu Recht eine Strafbarkeit nach § 27 StGB bejahte.

Ließe man in diesen Konstellationen weder § 26 noch § 27 StGB eingreifen, entstünde zudem ein Wertungswiderspruch: Ausgerechnet die intensivste Form psychischer Einwirkung, also diejenige, die der Anstiftungshandlung qualitativ am nächsten kommt und die Tatgeneigtheit erst in einen Tatentschluss überführt, bliebe straflos, während weniger gewichtige Förderungsbeiträge von § 27 StGB erfasst würden. So erschließt sich nicht, warum etwa der Ratschlag an einen bereits Tatentschlossenen, einen Tresor zu sprengen, eine strafbare kognitive Beihilfe bilden soll, die Ermutigung eines bloß Tatgeneigten, „irgendetwas" zu sprengen, aber vollständig straflos bleiben soll.

Insgesamt liegt das eigentliche Problem dieser Konstellationen auch weniger in der Frage, inwiefern eine dem Tatentschluss vorgelagerte psychische Einwirkung des Teilnehmers auf den Täter dogmatisch als Beihilfe eingeordnet werden kann. Es ist vielmehr eine Frage des Nachweises der Kausalität der psychischen Einwirkung für die spätere Tatbegehung. Nach einigen Ansichten ist dieser

Nachweis bei rein psychischer Beihilfe strukturell ausgeschlossen oder zumindest in hohem Maße unsicher, weil der innere Willensbildungsprozess des Täters für Dritte nicht vollständig rekonstruierbar sei.[66]

Geht man aber davon aus, dass aus einer bloßen Tatgeneigtheit infolge der Einwirkung tatsächlich ein Tatentschluss geworden ist, dann besteht an der Kausalität der voluntativen Einwirkung des Beteiligten auf den Täter kein Zweifel. Das vermeintliche Hindernis ist insoweit kein dogmatisches, sondern eher Ausdruck eines Unbehagens gegenüber der Beweisbarkeit psychischer Kausalverläufe.[67] Ob und inwiefern eine psychische Einwirkung den Tatentschluss tatsächlich (mit)verursacht hat, ist aber letztlich eine Tat- und keine Rechtsfrage.

2. Die Strafbarkeit wegen der Beteiligung an einem Tötungsdelikt durch Unterlassen

Dagegen vermögen die Ausführungen zur Schwerpunktformel nicht zu überzeugen. Der BGH würdigt nicht, dass dem Sachverhalt keine mehrdeutige, sondern vielmehr mehrere eindeutige Handlungen von J zugrunde liegen. Die aktive Beteiligung am Vorgespräch und das passive Beisein beim tödlichen Angriff auf B sind nicht nur durch einen Zeitablauf voneinander getrennt, sondern auch qualitativ zu unterscheiden: Während des Vorgesprächs war J „nur“ Teilnehmerin, zum Zeitpunkt des Nichteingreifens kommt eine täterschaftliche Verantwortlichkeit durch Unterlassen in Betracht.[68] Es liegt also eine Sukzession von Verhaltensformen vor. Dies vernachlässigt der *Strafsenat*, wenn er die Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ heranzieht und entweder die aktive Mitwirkung oder das passive Beisein zum alleinigen Gegenstand der Strafbarkeitsprüfung erklären möchte. Die Frage der Abgrenzung von Tun und Unterlassen stellt sich nur, wenn sich ein Verhalten bei äußerlicher Betrachtung nicht klar i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB einordnen lässt. Hier ist hingegen offenkundig, dass die Äußerungen im Vorgespräch aktive Tatbeiträge darstellten, während sich die Beteiligung von J zum Tatzeitpunkt in einem passiven Danebenstehen erschöpfte. Da somit zwei eindeutige Verhaltensweisen gegeben sind, wäre die Entscheidung, ob die Angeklagte schlussendlich wegen eines Tuns oder eines Unterlassens zu bestrafen ist, auf Ebene der Konkurrenzen zu entscheiden.

3. Überwachungsgarantenstellung von J

Auch vermag die Begründung in Bezug auf die Überwachergarantenstellung von J im Kern nicht zu überzeugen, wenn auch für das Ergebnis im konkreten Fall einiges sprechen mag.

Der BGH leitet die Garantenstellung in normativer Weise dergestalt her, dass über §§ 1626, 1631, 832 BGB eine dem Strafrecht wesensfremde Gefährdungshaftung der Eltern für ihre Kinder statuiert wird. Diese pauschale Betrachtung lässt individualisierenden Erwägungen von vornherein keinen Raum und berücksichtigt das strafrechtliche Eigenverantwortungsprinzip nur unzureichend.

Will man – wie es der BGH erwägt – die Garantenstellung von Eltern gegenüber ihren strafmündigen Kindern rein normativ begründen, so könnte man dies aus der Geltung des JGG ableiten. Im Jugendstrafrecht wird das Schuldprinzip – anders als im Erwachsenenstrafrecht – auf der Rechtsfolgenseite vom Erziehungsgedanken überlagert. Ist ein Jugendlicher gem. § 3 JGG einsichtsfähig, so wird zwar ein Schuldvorwurf als Voraussetzung für die Bestrafung erhoben, die Rechtsfolgenbestimmung aber von Schuldgesichtspunkten entkoppelt. Dies bedeutet, dass selbst bei voller

[66] Siehe nur *Hruschka*, JZ 1983, 177.

[67] Siehe dazu den Überblick bei *Timpe*, JA 2012, 432 (435); *Rönnau/Saathoff*, JuS 2024, 923 (928).

[68] Das Folgeproblem der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt wurde hier ausgespart, siehe dazu *Brüning/Hädrich*, ZJS 2019, 429 (431).

Schuldfähigkeit andere Rechtsfolgen angewendet werden als bei Erwachsenen, was auf eine qualitativ andere Verantwortungsstruktur hindeutet. Dass der Gesetzgeber für Jugendliche ein eigenes Strafrechtssystem geschaffen hat, ist folglich eine bewusste Wertentscheidung, die zeigt, dass Jugendliche nicht als „kleine Erwachsene" behandelt werden sollen, sondern als Personen in einer besonderen Entwicklungsphase.[69] Die Anwendbarkeit des JGG ist somit ein Indikator für eine reduzierte (Eigen-)Verantwortung des Jugendlichen. Insoweit könnte man annehmen, dass die Garantenpflicht und damit eine Verantwortungsdopplung im Rahmen der Strafbarkeit grundsätzlich keinen Widerspruch zum Eigenverantwortungsprinzip darstellt.

Gleichwohl muss man in Rechnung stellen, dass ein nach § 3 JGG einsichtsfähiger Jugendlicher eigenverantwortlich gehandelt hat. Allerdings ist auch zu konstatieren, dass in der Altersgruppe der „Jugendlichen" im Sinne des JGG insbesondere unter gleichaltrigen Jugendlichen erhebliche Unterschiede im Reifungsprozess bestehen können. Während manche Jugendliche im Alter zwischen 14 und 18 Jahren bereits ein hohes Maß an Eigenverantwortung entwickelt haben, stehen andere – etwa bei Schulabbruch, Drogenkonsum oder sozialer Desintegration – Gleichaltrigen in ihrer Reifeentwicklung erheblich nach und bedürfen trotz formaler Strafmündigkeit i.S.d. § 19 StGB noch besonderer erzieherischer Unterstützung. Diese heterogene Reifestruktur und die Individualität psychosozialer sowie kognitiver Entwicklungsprozesse machen differenzierende Kriterien erforderlich, die nicht schematisch vom biologischen Alter, sondern von der tatsächlichen Entwicklung und den erzieherischen Einflussmöglichkeiten ausgehen.

Um dem individuellen Reifeprozess von Jugendlichen Rechnung zu tragen, bedarf es folglich handhabbarer Kriterien, die es – ähnlich dem Kriterium der „Betriebsbezogenheit" bei der Geschäftsherrenhaftung – im Einzelfall erlauben, die Garantenpflicht gegenüber strafmündigen Jugendlichen einzuschränken. Ein hilfreiches Kriterium dürfte hier die „Erziehungsbezogenheit" der Tat bilden. Unter Berücksichtigung dieses Kriteriums besteht eine elterliche Garantenpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB für die Tat eines Jugendlichen nur dann, wenn die Tat in einem Kontext begangen wurde, der der erzieherischen Kontrolle der Eltern unterlag.

Erziehungsbezogene Taten sind solche, die im häuslichen Bereich oder in der engeren familiären Sphäre begangen werden, die in Zusammenhang mit schulischen oder beruflichen Ausbildungssituationen stehen, die aus Konflikten resultieren, die der elterlichen Einflussnahme zugänglich sind oder die durch mangelnde Aufsicht in Bereichen verursacht werden, die den Eltern zugewiesen sind. Dabei sind auch Anhaltspunkte für den individuellen Reifesstand zu berücksichtigen, etwa eine fortbestehende Alkoholabhängigkeit, erhebliche schulische Defizite oder ein insgesamt instabiles Entwicklungsprofil.

Nicht-erziehungsbezogene Taten sind hingegen solche, die in völlig eigenständigen, elternunabhängigen Lebensbereichen begangen werden, die aus der Integration in subkulturelle Milieus resultieren, die dem elterlichen Einfluss entzogen sind oder auf völlig selbstständigen Entscheidungen beruhen oder die sich der elterlichen Kontrolle entzogen haben.

Diese Forderung nach einer erziehungsbezogenen, faktisch-individualisierenden Betrachtung ist auch aus Gründen der Rechtsprechungskonsistenz geboten. Denn die Frage, ob ein strafunmündiges Kind als steuerbares Werkzeug im Sinne der mittelbaren Täterschaft eingesetzt werden kann, beantwortet der *3. Strafsenat* – wie eingangs dargelegt – auch nicht streng normativ anhand der Altersgrenze des § 19 StGB. Vielmehr löst er sich von dieser normativen Vorgabe und stellt auf die tatsächliche Steuerbarkeit der Eltern im Einzelfall ab. Der BGH anerkennt damit ausdrücklich, dass eine pauschale normative Zuweisung – die Schuldunfähigkeitsfiktion des § 19 StGB – die Reichweite straf-

[69] *Kölbel*, in: Eisenberg/Kölbel, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 27. Aufl. 2026, § 3 Rn. 3.

rechtlicher Zurechnung im Verhältnis Erwachsener-Minderjähriger nicht abschließend zu bestimmen vermag.

Diese methodische Grundentscheidung lässt sich aber nicht auf die Werkzeugqualität im Sinne der mittelbaren Täterschaft beschränken. Sowohl für die Werkzeugqualität als auch für die Garantenstellung stellt sich die strukturell identische Vorfrage, und zwar ob der Erwachsene den Verantwortungsbereich des Minderjährigen noch so weit beherrscht, dass eine strafrechtliche Haftung der Erwachsenen begründet werden kann. Diese Vorfrage betrifft eine tatsächliche Beherrschungsbeziehung, die nicht je nach Einkleidung des Falles einmal faktisch und einmal rein normativ beantwortet werden kann. Genau das aber tut der BGH. Bei der mittelbaren Täterschaft löst er sich zu Recht von der normativen Vorgabe des § 19 StGB und fragt nach der tatsächlichen Steuerbarkeit. Bei der Überwachergarantenstellung dagegen begnügt er sich mit der bloßen normativen Zuweisung der Personensorge nach §§ 1626, 1631, 832 BGB und blendet die Frage aus, ob die Eltern den Verantwortungsbereich ihres Kindes faktisch überhaupt noch steuern.

Wendet man diese Kriterien, insbesondere das Kriterium der Erziehungsbezogenheit, im vorliegenden Fall an, so lässt sich feststellen, dass es sich um eine erziehungsbezogene Tat handelte, die eine Überwachergarantenstellung auch gegenüber einem strafmündigen Kind zu begründen vermag. Die Tat ereignete sich in der engeren familiären Sphäre und sie resultierte aus einem Vorgeschehen, auf das J aktiv Einfluss genommen hat. Hinzu kommt, dass die Notwendigkeit der elterlichen Sorge hier auch deswegen verstärkt vorlag, weil eine massive Drogenabhängigkeit bestand und erhebliche schulische Defizite des S zu verzeichnen waren.

V. Fazit

Die Entscheidung wirft eine Vielzahl rechtlicher Probleme auf, unter denen die hier besprochene Beihilfeproblematik eher als speziellere Thematik einzuordnen ist. Zu dieser Frage können im Rahmen einer Klausurbearbeitung keine Detailkenntnisse erwartet werden. Allerdings gehören die Grundzüge der Anstiftung nach § 26 StGB und der Beihilfe nach § 27 StGB zum strafrechtsdogmatischen „Standardrepertoire“. Die Entscheidung kann vor diesem Hintergrund als Aufhänger genutzt werden, um die Unterschiede und Überschneidungen beider Teilnahmeformen noch einmal zu wiederholen.

Auch die Grundzüge des Unterlassungsdelikts müssen in Studium und erstem Examen bekannt und verstanden sein. In diesem Zusammenhang zeigt die Entscheidung, dass die Schwerpunktformel in der Rechtsprechung zuweilen auch dann bemüht wird, wenn sie eigentlich nicht einschlägig ist. Daneben sind mit Blick auf Studium und Examen die – in ihrer Herleitung wenig überzeugenden – Ausführungen des *3. Strafsenats* zur Garantenstellung von Relevanz. Kritisch anzumerken ist insbesondere, dass die Begründung der Überwachungsgarantenstellung von J nicht konsistent zur Geschäftsherrenhaftung und zur mittelbaren Täterschaft bei minderjährigen Werkzeugen ist. Unter welchen Voraussetzungen Eltern für das rechtswidrige Verhalten eines strafmündigen Kindes haften, ist zwar eine dogmatisch spannende Frage. Für die Klausurbearbeitung kommt es aber weder auf Detailwissen noch auf konkrete Lösungsvorschläge an, wie etwa das hier vorgeschlagene Kriterium der „Erziehungsbezogenheit“ der zu verhindernden Tat. Entscheidend ist vielmehr ein sicheres Verständnis des Eigenverantwortungsprinzips sowie die Fähigkeit, anhand der klassischen Auslegungsmethoden strukturiert zu argumentieren.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25 (LG Gera)[1]

Tötungsvorsatz bei Kraftfahrzeugrennen

Bei einem vollendeten Erfolgsdelikt muss der Vorsatz zu einem Zeitpunkt vorliegen, in welchem der Täter noch einen für die Tatbestandsverwirklichung kausalen Tatbeitrag leistet, indem er entweder eine Handlung vornimmt, die für den Erfolg ursächlich wird, oder eine gebotene Handlung unterlässt, bei deren Vornahme der Erfolg vermieden worden wäre. Wird der Vorsatz dagegen erst zu einem späteren Zeitpunkt gefasst (dolus subsequens), in dem der Täter die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr vermeiden kann, fehlt es an einer vorsätzlichen Herbeiführung des Taterfolges.

(Leitsätze des *Verf.*)

StGB §§ 16 Abs. 1, 22, 23, 211, 223, 224 Abs. 1 Nr. 5, 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5, 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster[*]

I. Einführung

Während in den Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des Strafrechts zumeist recht ausführlich die angemessene Definition des bedingten Vorsatzes und die Beschreibung bzw. die Berechtigung von Wissens- und Willenselementen diskutiert wird,[2] herrscht in der Rechtsprechung seit langem die Formel von der billigenden Inkaufnahme eines als möglich erkannten Risikos.[3] Auch die Entscheidung des *Senats* steht fest auf dem Boden dieser gefestigten Judikatur, wenn sie ausführt:

„Ein bedingter Vorsatz im Sinne der §§ 211, 212 StGB ist […] gegeben, wenn der Täter den Tod 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 Todes eines anderen Menschen abfindet (Willenselement). […] Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.“[4]

---

[*] *Michael Heghmanns* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Universität Münster.

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2026, 3462.

[2] Vgl. nur *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 21 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 14 Rn. 17 ff.; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 391 ff.; *B. Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 295 ff.

[3] BGHSt 7, 363 (368 ff.); 21, 283 (285); 65, 42 (49) – sog. Berliner Raserfall; BGHSt 65, 231 (234 f.); BGH NStZ 2022, 101; BGH NStZ 2024, 410 m.Anm. *Puppe*.

[4] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 11.

Diesen Maßstab hatte offensichtlich auch die Strafkammer des LG Gera „nicht verkannt" und ihrem Urteil zugrunde gelegt.[5] Wenn der *Senat* ihr Urteil gleichwohl weitgehend aufgehoben hat, so geschah das, weil die Strafkammer den Sachverhalt nur unvollständig ausgewertet und sich offenbar auf nicht hinreichend präzise Feststellungen zum Vorsatz beschränkt hatte. Defizitäre Sachverhaltsarbeit ist – so lehrt leidvolle Prüfererfahrung – auch ein Mangel zahlreicher studentischer Begutachtungen in Klausuren und Hausarbeiten. Schon von daher lohnt ein Blick in den Beschluss des *Senates*. Hinzu kommt die aktuell hohe Beliebtheit von Kfz-Rennen in Prüfungsaufgaben, wo regelmäßig der Tötungsvorsatz zu erörtern ist. Insofern bietet das in der Entscheidung thematisierte Geschehen ein geradezu typisches Anschauungsstück.

II. Sachverhalt

Das Tatgeschehen, ein Straßenrennen mit tödlichem Ausgang, ereignete sich in Thüringen am frühen Morgen auf der kurvigen, nur fünf Meter breiten Kreisstraße K501 zwischen den Ortschaften Oberoppurg und Quaschwitz in einer leicht hügeligen Gegend.[6] Unmittelbar beteiligt waren die insgesamt vier Insassen von drei Pkw. Der Angeklagte saß am Steuer seines BMW 318d; sein Beifahrer war der beim folgenden Unfall verletzte Nebenkläger H. Ein zweiter Pkw fuhr in die gleiche Richtung wie der Angeklagte, und zwar vor diesem. Er wurde von dem – wegen des Vorfalls in einem getrennten Verfahren verfolgten – A gesteuert.[7] In entgegengesetzter Richtung fuhr als Vierte die später verstorbene W in ihrem Pkw Opel Corsa.[8]

Der Angeklagte hatte mit hoher Geschwindigkeit bereits fünf andere Fahrzeuge überholt, als er sich dicht hinter den Wagen von A setzte, um auch diesen zu überholen. Dies wollte A jedoch nicht zulassen und fuhr, sobald der Angeklagte zum Überholen ausscherte, seinerseits Richtung Straßenmitte, wodurch der Angeklagte nicht passieren konnte. Dieses Spiel wiederholte sich mehrfach. In einer langgezogenen Linkskurve und einer anschließenden leichten Rechtskurve gelang es dem Angeklagten schließlich doch, sich neben das Fahrzeug von A zu setzen. In dieser Rechtskurve betrug die Kurvengrenzgeschwindigkeit[9] zwischen 80 und 88 km/h; der Angeklagte durchfuhr sie mit mindestens 85 km/h. Nach dieser Kurve beschleunigte der Angeklagte weiter und fuhr ungebremst auf eine folgende Rechts-Links-Kurve mit einer anschließenden Senke zu. A hielt seinen Wagen weiterhin neben dem des Angeklagten, weshalb dieser den Überholvorgang nicht abschließen und wieder nach rechts einscheren konnte. Aus der Senke fahrend kam dem Angeklagten ausgangs der zweiten Kurvenfolge nun die W mit 73 km/h entgegen. Als beide Fahrzeuge Sichtkontakt hatten, waren sie noch rund 80 m voneinander entfernt. Sowohl der Angeklagte als auch W bremsten zwar reflexartig ab, hatten aber dennoch bei dem jetzt unvermeidbaren Frontalzusammenstoß noch Restgeschwindigkeiten von 76 bzw. 48 km/h, d.h. sie kollidierten mit einer Aufprallgeschwindigkeit von 124 km/h. Der Kleinwagen von W wurde vollständig zerstört und geriet obendrein in Brand. W erlag noch am Unfallort ihren Verletzungen.[10] Ob der Angeklagte seinerseits verletzt wurde, ist nicht bekannt. Erheblich verletzt wurde in jedem Fall sein Beifahrer H.

[5] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 11.

[6] Die Angaben zu den Örtlichkeiten beruhen auf einem Bericht von MDR aktuell v. 7.4.2025 (28.3.2026, inzwischen nicht mehr verfügbar).

[7] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 2.

[8] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 5.

[9] Als Kurvengrenzgeschwindigkeit bezeichnet man die bei stabilem Durchfahren einer Kurve maximal mögliche konstante Geschwindigkeit, vgl. *Pfeiffer/Pfeiffer*, Häufig verwendete Begriffe in Verkehrs- und Kfz-technischen Gutachten (28.3.2026).

[10] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 3–5.

III. Die Entscheidung des Senats

1. Das Urteil der Strafkammer und seine Begründung

Die Strafkammer hatte das geschilderte Geschehen als heimtückischen Mord aus niedrigen Beweggründen[11] (an W) in Tateinheit mit versuchtem Mord und gefährlicher Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (an H), verbotenem Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge und Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB gewertet[12] und den Angeklagten zu lebenslanger Freiheitstrafe verurteilt.[13] Zum bedingten Tötungsvorsatz hatte die Strafkammer ausgeführt, auf Grund seiner Ortskenntnis habe der Angeklagte gewusst, dass ein entgegenkommendes Fahrzeug keine Chance hätte, auszuweichen. Bei der Fortsetzung seines Überholmanövers würde er daher zwangsläufig mit potentiellem Gegenverkehr frontal kollidieren. Die Gefährlichkeit des Handelns sei objektiv kaum zu übertreffen gewesen, als der Angeklagte mit Kurvengrenzgeschwindigkeit in die wenig einsehbare erste Rechtskurve einfuhr und den Überholvorgang fortsetzte. Beim Einfahren in die letzte Kurve hätte zwar noch die theoretische Möglichkeit bestanden, dass kein Fahrzeug entgegenkam und ihn am „Sieg“ über A hindern würde. Für diese Siegeschance habe er neben einer erheblichen Eigengefährdung sowohl den Tod seines Beifahrers als auch den Tod möglicher Zufallsopfer im Gegenverkehr aus Gleichgültigkeit billigend in Kauf genommen. Über seine Erkenntnis, bei Gegenverkehr auf keinen glücklichen Ausgang mehr vertrauen zu können, habe sich der ungebremst auf die Rechts-Links-Kurve zufahrende Angeklagte trotz der zu diesem Zeitpunkt für ihn nicht mehr beherrschbaren Verkehrssituation hinweggesetzt. Die Kollision sei für ihn nur durch Unterlassung des Überholvorgangs zu vermeiden gewesen.[14]

Gegen das Urteil der Strafkammer hatte der Angeklagte Revision eingelegt, die zur Aufhebung des Schuldspruchs nebst der meisten Feststellungen führte.[15]

Wer dem Text bis hierher gefolgt ist, mag an dieser Stelle einmal kurz innehalten und überlegen, warum der *Senat* wohl die Ausführungen der Strafkammer zum Tötungsvorsatz für unvollständig gehalten hat. Verraten sei, dass es nicht die Überlegungen zum voluntativen Element waren, die sein Missfallen erregten …

2. Der Fehler bei der Feststellung des Tötungsvorsatzes

Das Problem der Urteilsfeststellungen der Strafkammer wurzelt letztlich im Koinzidenz- bzw. Simultaneitätsprinzip, d.h. der Notwendigkeit des Vorsatzes im Moment der Tatbegehung.[16] Bei Erfolgsdelikten wie §§ 211 f. StGB ist dies der erfolgsursächliche Handlungszeitpunkt. Schieße ich auf mein Opfer, so wäre dies der Moment des Abfeuerns der Waffe. Aber welcher Zeitpunkt ist bei einem Geschehen maßgebend, das sich – wie das Überholmanöver des Angeklagten – nicht auf einen einzigen entscheidenden Augenblick reduzieren lässt? Ist es analog zum Schussbeispiel der Beginn des Überholens? Das würde den Unterschied zwischen den beiden Szenarien verkennen, der darin liegt, das Geschehen beim Überholen mit der ersten Handlung, dem Ausscheren auf die Gegenfahrbahn,

[11] Zu den Mordmerkmalen verhält sich die Senatsentscheidung nicht, vgl. aber die Mitteilung von T-Online v. 19.5.2025 (28.3.2026); zu diesen Mordmerkmalen in Fällen von Kraftfahrzeugrennen vgl. BGHSt 65, 42 (59 ff.).

[12] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 6.

[13] Mitteilung von T-Online v. 19.5.2025 (28.3.2026).

[14] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 7, 15.

[15] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 18.

[16] *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 48 f.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 89; *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 52 ff.

nicht zwangsläufig bereits völlig aus der Hand gegeben zu haben. Vielmehr ist zu schauen, ob der Angeklagte den Überholvorgang und damit das zum Tode von W führende Geschehen nach seiner Einleitung nicht doch noch hätte abbrechen können, also beispielsweise abzubremsen und wieder nach rechts einzuscheren in der Lage war. In diesem Fall schadete es nicht, beim Beginn noch keinen Tötungsvorsatz gehabt, sondern diesen erst später gefasst zu haben, solange es noch möglich gewesen wäre, den tödlichen Erfolg zu vermeiden. Denn dann könnte man dem Angeklagten das Unterlassen des Abbruchs des Überholens als vorsätzliche Todesverursachung qua Unterlassen vorwerfen. Der *Senat* fordert daher auch konsequenterweise, der Vorsatz müsse „zu einem Zeitpunkt vorlieg[en], in welchem der Täter noch einen für die Tatbestandsverwirklichung kausalen Tatbeitrag leistet, indem er entweder eine Handlung vornimmt, die für den Erfolg ursächlich wird, oder eine gebotene Handlung unterlässt, bei deren Vornahme der Erfolg vermieden worden wäre."[17] Sobald der Täter jede Steuerungsmöglichkeit über das in Gang gesetzte Geschehen verloren hat, ist seine subjektive Einstellung hingegen irrelevant geworden. Ob er jetzt noch Vorsatz hat oder nicht, spielt keine Rolle mehr. Vielmehr muss er vorher seinen Tötungsvorsatz gebildet haben, will man ihn nach §§ 211 f. StGB zur Verantwortung ziehen. Der entscheidende Moment, zu welchem Vorsatz bestehen muss, ist also derjenige kurz vor dem endgültigen Verlust aller Einflussmöglichkeiten auf den in Gang gesetzten Verlauf.

Genau an dieser Stelle allerdings sind dem *Senat* die Feststellungen der Strafkammer zu ungenau, „da nach ihnen unklar bleibt, ob der Angeklagte seinen Tötungsvorsatz schon zu einem Zeitpunkt fasste, als der Unfall noch vermeidbar war."[18] Die Strafkammer hatte nämlich bemerkt, für den Angeklagten sei die Kollision „nur durch Unterlassung des Überholvorgangs" zu vermeiden gewesen.[19] Dann aber müsste er schon zu diesem frühen Zeitpunkt Tötungsvorsatz gehabt haben, was jedoch mit einer vorherigen Feststellung unvereinbar wäre, der „Angeklagte habe daher erkannt, dass er *bei Fortsetzung* seines Überholmanövers ein entgegenkommendes Fahrzeug zwangsläufig einer Frontalkollision aussetzen würde."[20] Vermutlich hatte sich die Strafkammer hier allerdings nur ungenau ausgedrückt und mit „Unterlassung" auch „Abbruch" bzw. „Unterlassen des weiteren Überholvorgangs" gemeint. So interpretiert es im Übrigen auch der *Senat*.[21] Angesichts der längeren Parallelfahrt des Angeklagten und des gesondert Verfolgten A sei dann aber unklar, wie lange noch ein Abbruch des weiteren Überholens den Unfall vermieden hätte. Zur Verwirrung trägt zudem eine weitere Passage bei:

> „Über seine Erkenntnis, bei möglichem Gegenverkehr nicht mehr auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, setzte sich der ungebremst auf die Rechts-Links-Kurve zufahrende Angeklagte trotz der zu diesem Zeitpunkt für ihn nicht mehr beherrschbaren Verkehrssituation hinweg."[22]

Das klingt wiederum danach, als sei der Vorsatz zu spät gefasst worden, nämlich erst, als das Geschehen bereits unbeeinflussbar auf sein tragisches Ende zusteuerte. Nimmt man alle Hinweise zu den Feststellungen der Strafkammer zusammen, so bleibt tatsächlich offen, wann genau das Unfallgeschehen für den Angeklagten nicht mehr zu vermeiden war und wann er im Laufe des Überholens

[17] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 10.
[18] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 5; ähnlich Rn. 15.
[19] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 7.
[20] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 7 (*Hervorhebung* nicht im Original).
[21] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 15.
[22] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 16.

zu der Erkenntnis kam, dass, käme ihm jetzt ein Fahrzeug entgegen, ein Frontalzusammenstoß als Konsequenz drohte. Damit bleibt denklogisch auch die Variante möglich, die drohende Todesgefahr erst zu einem Zeitpunkt realisiert und gebilligt zu haben, als es nur noch vom Zufall, aber nicht mehr von irgendwelchen Handlungen des Angeklagten abhing, ob es zu einem tödlichen Unfallgeschehen kam oder nicht. Angesichts dessen hätte die Strafkammer keinen Schuldspruch wegen Mordes (und ebenso wenig wegen Mordversuchs an H) sine dubio fällen dürfen. Die Aufhebung des Schuldspruchs war damit die einzig mögliche Konsequenz für den *Senat*.

3. Weitere Straftaten

Der *Senat* hat jedoch nicht nur den Schuldspruch hinsichtlich der Tötungsdelikte kassiert, sondern ihn insgesamt aufgehoben.[23] Das war auch folgerichtig, weil es sich im Übrigen ebenfalls um Vorsatzdelikte handelte. Zwar mag man Tötungs- und Gefährdungsvorsatz eventuell differenziert beurteilen können. Offenbar aber fanden sich dazu keine Ausführungen im Urteil der Strafkammer, die es erlaubt hätten, z.B. einen Körperverletzungs- oder Gefährdungsvorsatz schon zu einem früheren, fixierbaren Zeitpunkt anzunehmen.

Die objektiv-tatbestandlichen Voraussetzungen einer gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zum Nachteil von H dürften keinerlei Zweifeln unterliegen. Dass der Angeklagte grob verkehrswidrig und rücksichtslos falsch überholt hat (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB), wird man ebenfalls zwanglos annehmen können. Man hätte sicherlich auch an zu schnelles Fahren an unübersichtlichen Stellen nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB denken können. Möglicherweise stand dem aber die Überlegung entgegen, dass nicht die Geschwindigkeit, sondern das Sich-Befinden auf der falschen Straßenseite letztlich die unmittelbare Unfallursache war.

Ein unerlaubtes Kraftfahrzeugrennen nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB (hier mit Todesfolge nach Abs. 5 i.V.m. Abs. 2) setzt einen Wettstreit zwischen wenigstens zwei Kraftfahrzeugführern voraus, bei dem es zumindest auch darum geht, über eine nicht unerhebliche Wegstrecke eine höhere Geschwindigkeit als der andere teilnehmende Kraftfahrzeugführer zu erreichen.[24] Ein solches Rennen wird man angesichts der Länge der Strecke, auf welcher der Angeklagte versuchte, an A vorbeizukommen, bejahen dürfen. Nicht ganz unproblematisch erscheint allerdings die Annahme von Idealkonkurrenz zwischen § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB und dem nach Abs. 2 qualifizierten § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenngleich dies offenbar allgemein – ohne nähere Begründung – angenommen wird.[25] Zum einen enthalten beide Tatbestände ein Gefährdungsunrecht, welches hier jeweils dasselbe wäre, weshalb man eine unangebrachte Doppelbestrafung befürchten könnte. Zum anderen dürfte jedem Rennen der Versuch eines Überholens und eine überhöhte Geschwindigkeit entgegen geltender Verkehrsregeln immanent sein, sodass man plausibel vortragen könnte, § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB unterliege als regelmäßig mitverwirklicht der Konsumtion.

Spannend wird es noch sein, wie die Strafbarkeit von A in dessen gesondertem Strafverfahren beurteilt wird. Auch bei ihm dürfte u.a. Mord in Erwägung zu ziehen sein, wobei es vor allem darauf ankommen wird, inwieweit er ebenfalls die Straßenverhältnisse kannte und wie lange es ihm noch

[23] BGH, Beschl. v. 11.2.2026 – 4 StR 441/25, Rn. 18.

[24] BGH NStZ 2022, 292; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 315d Rn. 5; *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315d Rn. 3; eingehender *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 315d Rn. 11 ff.; *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315d Rn. 7 ff.

[25] Vgl. *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315d Rn. 19; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 315d Rn. 26; *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315d Rn. 49; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 315d Rn. 61.

möglich war, durch Abbremsen für den Angeklagten einen Raum zum Ausweichen nach rechts zu schaffen. Das jedoch lässt sich an dieser Stelle nicht tragfähig beurteilen.

IV. Folgerungen

Die konsequente Entscheidung des *Senats* stellt ein Lehrstück dafür dar, warum es in der Fallbearbeitung längst nicht damit getan ist, die verschiedenen Theorien zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit zu kennen, denn das ist schnell gelernt und hingeschrieben. Viel wichtiger ist es, die jeweils als angemessen erachtete Formel sodann auf den Sachverhalt anzuwenden und zu bedenken, ob zu dem im Einzelfall entscheidenden Zeitpunkt Vorsatz schon oder noch bestand. Dies gilt verstärkt, wenn der (Klausur- oder Lebens-)Sachverhalt zur inneren Tatseite keine passgenaue Beschreibung einer „billigenden Inkaufnahme“ liefert, sondern diese aus Indizien (z.B. aus Äußerungen, der Gefährlichkeit der Handlung, der Eigengefährdung) zu erschließen ist. Die Qualität einer juristischen Ausarbeitung bestimmt sich in solchen Konstellationen primär anhand der Gründlichkeit der Sachverhaltsarbeit, während das Abspulen gängiger Definitionen und Streitigkeiten für die Bewertung in den Hintergrund rückt.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24[1]

Körperverletzung mit Todesfolge, Mord, gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, Kausalität, objektive Zurechnung, Revision

1. Eine Divergenz zwischen dem eingetretenen und dem vom Täter gedachten Geschehensablauf ist für die rechtliche Bewertung regelmäßig dann unbeachtlich, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt.
2. Einer Schuldspruchberichtigung dahingehend, dass der Angeklagte nicht wegen eines versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Körperverletzung mit Todesfolge, sondern des vollendeten Mordes schuldig ist, steht nicht das Verschlechterungsverbot entgegen, weil sich dieses nach § 358 Abs. 2 S. 1 StPO nur auf die Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat, nicht aber auf den Schuldspruch bezieht.

(Leitsätze des *Verf.*)

StGB §§ 15, 18, 211, 222, 223, 224, 227, 315b
StPO §§ 265, 331, 354, 358, 400
StVO § 18

*Hao-Hao Wu, München**

I. Einführung

Dem hier zu besprechenden Beschluss des BGH liegt ein aus menschlicher Sicht dramatischer Sachverhalt[2] zugrunde, der aber zahlreiche Rechtsfragen in materiell-rechtlicher und strafprozessualer Hinsicht aufwirft und daher in strafrechtlichen Klausuren jedes Ausbildungsstadiums verarbeitet werden kann. Die Lektüre schärft überdies das Verständnis für Fragen des allgemeinen Teils des Strafrechts, der Straßenverkehrsdelikte sowie für einzelne Probleme der anspruchsvollen strafprozessualen Revision und ist daher sehr lesenswert. Die Entscheidungsbesprechung versucht, die Probleme abgeschichtet zu systematisieren.

---

* Der *Verf.* ist Doktorand am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München sowie Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Er dankt *Katharina Kißling*, *Rick Sallaba*, *Paul Schwarz* und *Peter Spelda* für wertvolle Hinweise zum Manuskript.

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2025, 22475. Die Entscheidung der Vorinstanz (LG Flensburg, Urt. v. 26.3.2024 – I Ks 106 Js 27046/21) ist nicht veröffentlicht, lag dem *Verf.* aber vor. Soweit hierauf Bezug genommen wird, wird der Inhalt unter der Abkürzung UA (für Urteilsabschrift) wiedergegeben.

[2] Zur Berichterstattung vgl. etwa Spiegel v. 16.5.2022; *v. Gyldenfeldt*, Hamburger Morgenpost v. 26.3.2024 von „Femizid" schreibend (kritisch zu diesem Begriff *Fischer*, Spiegel v. 4.7.2025 – zuletzt abgerufen jeweils am 10.01.2026). Ausführlich dazu *Schuchmann/Steinl*, KJ 2021, 312.

II. Sachverhalt

Die recht umfassende Wiedergabe der landgerichtlichen Feststellungen[3] lässt sich im Wesentlichen auf Folgendes reduzieren: Nach den Feststellungen des LG wollte der Angeklagte seine Ehefrau töten, weil sie sich von ihm getrennt hatte und mit den gemeinsamen Kindern in ein Frauenhaus gegangen war. Sie kehrte zu dem Angeklagten zurück, weil dieser ihr vorspiegelte, er wolle sich mit ihr versöhnen und die Ehe fortsetzen. Tatsächlich hasste er sie und wollte sie auf einer gemeinsamen Autofahrt unter Vortäuschung einer Auswanderung nach Polen töten. Zuvor kaufte er einen Spaten und eine Hacke, um die Leiche seiner Ehefrau nach der Tat vergraben zu können.[4] Auf der Autofahrt am Tattag fuhren beide mit einem Auto in Richtung Polen und parkten gegen 4:30 Uhr auf einem Parkplatz. Bei einer Umladung des Gepäcks in ein anderes Auto, das zuvor der mutmaßlich eingeweihte Bruder des Angeklagten dort deponierte,[5] wurde die Ehefrau misstrauisch und erkannte die drohende Gefahr, weshalb der Angeklagte beschloss, sie bereits jetzt zu töten.[6] Der Angeklagte stach „mit Vernichtungswillen“[7] mittels eines Küchenmessers der Klingenlänge 12,5 cm zahlreiche Male auf seine Ehefrau ein, wodurch sie erheblich an Blut verlor. Der Angeklagte ging davon aus, er habe sie lebensgefährlich verletzt. Er fuhr dann mit dem Auto weiter, weil er eine Entdeckung auf dem Parkplatz im frequentierten Wohngebiet fürchtete. Währenddessen kletterte die schwer verletzte Ehefrau auf den Rücksitz und versuchte, ihre Wunden zu stillen. Auf der Autobahn A7 hielt der Angeklagte auf dem Standstreifen an, weil er sich durch ein (nicht näher bezeichnetes) Verhalten seiner Ehefrau und der damit einhergehenden „(Entdeckungs-)Gefahr“[8] dazu veranlasst sah. Er stieg aus und stach nochmals auf seine Ehefrau ein. Insgesamt fügte er ihr über 40 Stich- und Schnittverletzungen zu, die ohne ärztliche Versorgung letal gewesen wären. Der verletzten Ehefrau gelang es „in ihrer Verzweiflung und Panik“[9], das Auto durch die hintere Fahrzeugtür zu verlassen. In Todesangst rannte sie auf die Fahrbahn und wurde von einem LKW „erfasst, überrollt und auf den Standstreifen geschleudert“[10]. Sie starb an den hierdurch entstandenen, schwersten Verletzungen. Das LG konnte nicht feststellen, dass er sie auf die Straße hetzte und einen solchen Ausgang für möglich gehalten hat. Es war für ihn indes vorhersehbar, „dass er die Geschädigte durch seinen erneuten Messerangriff zu der hochriskanten Fluchtreaktion aus dem am Autobahnrand stehenden Fahrzeug veranlassen könnte“[11].

III. Verfahrensgang

Das LG hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Körperverletzung mit Todesfolge zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.[12] Hiergegen richtete sich die mit der Sachrüge und Verfahrensrügen begründete Revision des Angeklagten sowie die nicht weiter begründeten Sachrügen der Nebenkläger. Während die Revisionen der Nebenkläger bereits als unzulässig verworfen wurden, führte die als (offensichtlich) unbegründet verworfene Revision des Angeklagten zu einer Schuldspruchberichtigung, wonach der Angeklagte des Mor-

[3] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 3 ff.
[4] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 4.
[5] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 4.
[6] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 5.
[7] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 5.
[8] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 6.
[9] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 7.
[10] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 7.
[11] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 7.
[12] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 1.

des schuldig ist. Eine Zurückverweisung an das LG erfolgte nicht; das Verfahren ist damit endgültig rechtskräftig abgeschlossen.

IV. Materiell-rechtliche Problemkreise

1. Strafbarkeit wegen eines vollendeten Tötungsdelikts

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Schuldspruchberichtigung des BGH, die nunmehr zu einer Verurteilung wegen (vollendeten) Mordes führt. Der *Senat* begründet dies damit, dass der Tod der Geschädigten kausal durch die Messerstiche herbeigeführt worden sei, weil sie ohne die Messerstiche nicht auf die Fahrbahn geflüchtet und dort tödlich verunglückt wäre.[13] Das Überfahren durch den LKW sei Folge des Handelns des Angeklagten.[14] Diese Ursachenreihe setze „unmittelbar an das von Tötungsabsicht getragene rechtswidrige Verhalten des Angeklagten an und bau[e] auf diesem auf“[15]. Auch eine „diesen Zusammenhang etwa durchbrechende bewusste eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ schloss der *Senat* aus, weil sich die Geschädigte nur durch das Verlassen des Fahrzeugs weiteren Angriffen des mit Vernichtungswillen gegen sie agierenden Angeklagten haben entgehen können.[16] Der Angeklagte handelte diesbezüglich auch mit Vorsatz, da der Unfalltod lediglich eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf darstelle.[17]

Aufgeworfen ist damit die inmitten stehende Frage, ob der Unfalltod der Geschädigten bereits in den Messerstichen des Angeklagten „angelegt war“. Diese Konstellation erinnert an die in der Ausbildungsliteratur sehr häufig diskutierten „Jauchegruben-“[18] und „Scheunenmord“[19]-Fälle. Während die Literatur die Problemkreise in den objektiven Tatbestandsmerkmalen der Kausalität und objektiven Zurechnung verortet, löst die Rechtsprechung[20] die Fälle nur teilweise über den objektiven Tatbestand. Der BGH verzichtet bei vorsätzlichen Begehungsdelikten[21] in ständiger Rechtsprechung auf das Merkmal der objektiven Zurechnung und behandelt die gleichlautenden Rechtsfragen im subjektiven Tatbestand im Rahmen des vorgestellten Kausalverlaufs, ohne in der Maßstabsbildung erkennbar Unterschiede zu machen. Im Fall werden jedoch die Unterschiede deutlich, was zu zeigen sein wird.

a) Einordnung in den Tatbestandsaufbau in der Fall- und Klausurlösung

aa) Kausalität

Nach der bewährten conditio-sine-qua-non-Formel findet bei der Kausalität eine streng naturgesetzlich geprägte Betrachtungsweise statt. Danach ist jede Bedingung ursächlich, die nicht hinweggedacht

[13] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 12.
[14] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 14.
[15] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 15.
[16] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 15.
[17] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 16.
[18] BGHSt 14, 193 = NJW 1960, 1261.
[19] BGH NStZ 2016, 721.
[20] BGHSt 7, 325; 14, 193; siehe dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 261.
[21] Für die Rechtsprechung von Bedeutung ist diese Kategorie daher primär bei den Fahrlässigkeitsdelikten, vgl. BGHSt 39, 322 (325) = NJW 1994, 205; BGH NJW 1992, 1246 (1247); BGH NJW 2000, 2286 (2287), siehe aber Fn. 29.

werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.[22] Ein atypischer, außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegender Kausalverlauf ist nicht von Relevanz.[23] Der Kausalverlauf kann jedoch durch Eingreifen des Verletzten selbst oder durch einen Dritten unterbrochen werden. Hierfür stehen neben den oben bereits genannten Fällen noch der „Gnadenschuss"-Fall[24], der „Bratpfannen"-Fall[25] sowie der „Pflegemutter"-Fall[26]. Eine Kausalität wäre etwa abzulehnen, wenn die Geschädigte ohne Rücksicht auf das Verhalten des Angeklagten das Fahrzeug verlassen hätte (etwa um Hilfe zu holen) und aufgrund einer eigenen, nicht verletzungsbedingten Unachtsamkeit an- bzw. übergefahren worden wäre. Der BGH hat die Kausalität völlig zu Recht bejaht, weil sich die Flucht auf die Fahrbahn unmittelbar an den Angriffen des Angeklagten angeschlossen hat. Hätte der Angeklagte die Geschädigte nicht mit Vernichtungswillen angegriffen, hätte sie das Auto nicht fluchtartig verlassen, wäre sie nicht vor einen LKW geraten und tödlich verletzt worden.

bb) Objektive Zurechnung

Die objektive Zurechnung bestimmt sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur mithilfe der Grundsatzfrage[27], ob der Täter durch die Tat eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, welche sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert. In der Fallbearbeitung ist unter Heranziehung der Fallgruppen der frei- bzw. eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung (1), des Dazwischentretens des Opfers (2) sowie des atypischen Kausalverlaufs (3) zu überprüfen, ob der Angeklagte überhaupt eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisierte.

(1) Frei- und eigenverantwortliche Selbstgefährdung bzw. -schädigung der Geschädigten

Der Angeklagte hat durch die Messerstiche selbstverständlich eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen. Diese Gefahr könnte jedoch durch eine neue, der Geschädigten zurechenbare Gefahrschaffung „verdrängt" worden sein, weshalb er lediglich wegen eines versuchten Tötungsdeliktes zu bestrafen wäre. Es geht hierbei um die Frage, ob der unfallbedingte Todeseintritt noch als „Werk"[28] des Täters zuzurechnen ist. Notwendig hierfür ist aber eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder -schädigung.[29] Zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit werden unterschiedliche Maßstäbe her-

---

[22] *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 3; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 227.

[23] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 242.

[24] BGH bei *Dallinger*, MDR 1956, 526.

[25] BGH NJW 1966, 1823.

[26] BGH NStZ 2001, 29.

[27] *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 43 (zur Handhabung in der Fallbearbeitung § 4 Rn. 97 f.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 46 (zu den Grundlagen § 13 Rn. 38 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 259: „Grundformel". Grundlegend von der Lehre der objektiven Zurechnung *Roxin*, in: FS Honig, 1970, S. 133 ff. (als „Geburtsstunde" der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung schreibend *Schünemann*, GA 1999, 212); siehe auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 28 III., IV.; didaktisch aufgearbeitet bei *Frisch*, JuS 2011, 116; *Satzger*, Jura 2014, 695 mit besonderem Blick auf die sog. „Retterfälle". Zur Kritik vgl. *Frisch*, JZ 2022, 971; *Hilgendorf*, in: FS Weber, 2004, S. 33 ff.; *Hirsch*, in: FS Lenckner, 1998, S. 119 ff.; *Struensee*, JZ 1987, 53 (54); deutlich *Puppe*, GA 2015, 203 (203): „Geburtsfehler der Lehre von der objektiven Zurechnung, von dem sie bis heute nicht genesen ist".

[28] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 267.

[29] Hierzu eingehend *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 77 ff. (Selbstschädigung und Selbstgefährdung als gleichlaufende Fallgruppe); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 273 ff. Das ist im Übrigen auch eine von der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe, die im objektiven Tatbestand abgehandelt wird; insoweit handelt es sich um eine Teilanerkennung der Lehre von

angezogen. In der Literatur haben sich hier die Schlagwörter „Exkulpations-“ und „Einwilligungslösung“ herausgebildet.[30] Bei dem Exkulpationsansatz[31] stellt man sich die Frage, ob das Opfer in seiner Rolle als „Täter gegen sich selbst“ nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 19, 20, 21, 35 StGB, § 3 JGG) im Falle einer Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter entschuldigt wäre. Eine solche Exkulpation wäre gegeben. Die Geschädigte floh in Panik und aus Verzweiflung auf die Fahrbahn, um gerade ihr eigenes Leben zu retten. Sie befand sich also in einer dem § 35 StGB vergleichbaren Notstandslage, in welcher sie ihr eigenes Leben durch die Gefährdung eben dieses zu retten versuchte. Bei der Einwilligungslehre[32] fragt man sich, ob das Opfer in seiner Rolle im konkreten Fall in die Rechtsgutsverletzung ernstlich im Sinne eines „ernstlichen Verlangens“ in § 216 StGB eingewilligt hätte.[33] Ein ernstliches Verlangen ist gegeben, wenn dieses als Ausdruck einer inneren Haltung des Opfers zu verstehen ist, die durch Willensfestigkeit und Zielstrebigkeit gekennzeichnet ist.[34] Das Opfer muss sich der Tragweite seines Entschlusses bewusst sein.[35] Dies ist insbesondere dann zu verneinen, wenn die Einwilligung auf einem nötigenden Zwang beruht.[36] Eine solche (die Ernstlichkeit ausschließende) Fallkonstellation ist hier gegeben, weil sich die Geschädigte durch die erheblichen Angriffe auf Leib und Leben „herausgefordert“ fühlen musste, das Fahrzeug fluchtartig zu verlassen und durch das Rennen auf die Autobahn Leib und Leben zu gefährden. Auch danach wäre die objektive Zurechnung des Todes zu der Tathandlung des Angeklagten nicht unterbrochen. Nach alledem kämen alle Ansätze zu dem Ergebnis, dass der Zurechnungszusammenhang nicht durch ein eigenverantwortliches Verhalten der Geschädigten unterbrochen wurde.

(2) Dazwischentreten des Opfers

Das eigenverantwortliche Dazwischentreten des Opfers ist wesensverwandt[37] mit der Fallgruppe der soeben verneinten eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung. Hier geht es um die Frage, ob das Opfer durch ein völlig atypisches Verhalten den Zurechnungszusammenhang unterbricht. Die Frage lässt sich daher auch unter dem Gesichtspunkt des atypischen Kausalverlaufs erfassen[38] (dazu sogleich). Wesentlich ist hierbei, ob das Opfer ein Verhalten an den Tag legt, das aus einer objektivierten Sicht völlig unvernünftig ist und daher in einer wertenden Betrachtung als gänzlich neue Gefahrschaffung anzusehen ist. Dies wäre etwa der Fall, wenn das Opfer lebensgefährliche

der objektiven Zurechnung (vgl. BGHSt 32, 262; 46, 279 [288 f.]; 49, 34 [39]; siehe auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 13 Rn. 42).

[30] Vgl. z.B. prägnant bei *Satzger*, Jura 2014, 695 (700).

[31] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 139 ff.; *Dölling*, GA 1984, 71 (76 f., 78 f.); *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 36, 43; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 273.

[32] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 274.

[33] *Herzberg*, JA 1985, 336 (337, 343); *Lasson*, ZJS 2009, 359 (362). Dass nach geltendem Recht ein Verzicht auf das Rechtsgut Leben mangels Disponibilität gerade nicht möglich ist (vgl. argumentum e § 216 StGB) ist unschädlich, weil es bei der eigenverantwortlichen *Selbst*gefährdung und -schädigung gerade nicht um die von § 216 StGB beantwortete Frage geht, ob die Rechtsordnung eine Verletzung *fremden* Lebens zulässt.

[34] *Lasson*, ZJS 2009, 359 (362); *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 216 Rn. 19: „Ernstlichkeit setzt das Vorliegen eines subjektiv frei verantwortlichen Willensentschlusses des Opfers voraus.“

[35] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 216 Rn. 21; *Lasson*, ZJS 2009, 359 (362).

[36] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 216 Rn. 22 m.w.N.

[37] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 287 ff. zu den sog. Retterfällen, „die sowohl Elemente der Selbstgefährdung als auch des Dazwischentretens eines Dritten in sich vereinen“. Hierauf ist aber nicht gesondert einzugehen, handelt es sich im vorliegenden Fall allenfalls um eine „Selbstrettung“.

[38] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 283.

Handlungen vornimmt, um leichten Angriffen auf seine Rechtsgüter zu entgehen.[39] In der zivilgerichtlichen Rechtsprechung wird der Zurechnungszusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und einer Selbstgefährdung etwa bejaht, wenn sich das Opfer zu der selbstschädigenden Handlung „herausgefordert" sehen musste, sich „die Reaktion dann nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen erweist".[40] In der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH ist hier der „Gubener Verfolgungsjagd"-Fall[41] herauszustellen. In diesem wurde der (ausländische) Geschädigte von gewaltbereiten Angehörigen der sog. Skin Head Szene verfolgt. Zuvor sind diese überfallsartig aus ihrem Auto gestürmt und auf ihn zugelaufen. Er floh in Richtung eines Mehrfamilienhauses und trat in Todesangst die untere Scheibe der Haustür ein, wobei er sich tödliche Verletzungen zuzog. Die Angeklagten wurden deswegen unter anderem wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt. Der für § 227 StGB erforderliche Gefahrverwirklichungszusammenhang[42] scheitert jedenfalls nicht daran, dass das Opfer die Haustür eigenverantwortlich eingetreten hat, weil er wegen des konkreten Auftritts der Angreifer damit rechnen musste, „binnen kürzester Zeit heftig attackiert und misshandelt zu werden"[43]. Aus Sicht des Opfers gab es „keine andere Möglichkeit, als die Glastür einzutreten und in das Treppenhaus einzusteigen"[44]. Es handelte sich mithin um eine „nahe liegende und nachvollziehbare Reaktion auf den massiven Angriff"[45], welche „dem elementaren Selbsterhaltungstrieb des Menschen"[46] entspringe. Übertragen auf den Sachverhalt ist auch das Verhalten der Geschädigten nachvollziehbar und unterbricht mithin nicht den Zurechnungszusammenhang. Aus ihrer Sicht gab es aus dem engen PKW heraus keine andere Fluchtmöglichkeit als auf die Fahrbahn zu laufen. Wegen der bereits mit Vernichtungswillen geführten Angriffe auf ihre Person sowie aufgrund ihrer schweren, lebensgefährlichen Verletzungen konnte ihr in ihrer Panik- und Fluchtreaktion mangels entgegenstehender Feststellungen auch nicht vorgehalten werden, durch eigene Unachtsamkeit eine eigenständige, den Zurechnungszusammenhang unterbrechende neue Gefahr geschaffen zu haben.

[39] Die Unvernünftigkeit ist auch ein wesentliches Kriterium bei den sog. Retterfällen (vgl. dazu *Satzger*, Jura 2014, 695 [705]).

[40] Vgl. statt vieler BGH NJW 2002, 2232 (2233).

[41] BGHSt 48, 34 = BGH NJW 2003, 150. Damit vollzog sich die Abkehr von der sog. Rötzel-Entscheidung des BGH (NJW 1971, 152; abl. *Rengier*, Jura 1986, 143), vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 16 Rn. 19). Vgl. einen ähnlich gelagerten Fall bei BGH NStZ 2008, 278 (gleichfalls Todesfolge durch Fluchtverhalten des Opfers). Eine klausurmäßige Aufbereitung dieses Problems findet sich bei *Wagner/Drachsler*, ZJS 2011, 530 (Sturz vom Balkon nach einer Drohung mit einem Messerstich).

[42] Da der BGH das Kriterium der objektiven Zurechnung grundsätzlich nicht anerkennt, werden – wie im „Gubener Verfolgungsjagd"-Fall – teilweise Fragen im Rahmen des Gefahrverwirklichungszusammenhangs erläutert, obwohl diese die objektive Zurechnung im Allgemeinen betreffen (vgl. dazu auch *Steinberg*, NStZ 2010, 72 [72] zu BGH NStZ 2008, 686). Die Literatur prüft bei § 227 StGB neben dem Gefahrverwirklichungszusammenhang das Kriterium der objektiven Zurechnung teilweise im Rahmen der objektiv fahrlässigen Tötung (vgl. das Aufbauschema bei *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 16 Rn. 3), teilweise aber auch losgelöst hiervon, was die Frage aufwirft, ob es Unterschiede zwischen diesen beiden Prüfungspunkten gibt (vgl. dazu auch *Steinberg*, NStZ 2010, 72 [77]: Der BGH mache „nirgends deutlich, inwiefern der spezifische Gefahrzusammenhang konkret über die Anforderungen an die objektive Zurechnung im Allgemeinen hinausgeht […]").

[43] BGH NJW 2003, 150 (154) – insoweit in BGHSt 48, 34 nicht abgedruckt.

[44] BGH NJW 2003, 150 (154) – insoweit in BGHSt 48, 34 nicht abgedruckt.

[45] BGHSt 48, 34 (39) = BGH NJW 2003, 150 (153).

[46] BGHSt 48, 34 (39) = BGH NJW 2003, 150 (153).

(3) Atypischer Kausalverlauf

Letztlich ist noch zu prüfen, ob ein atypischer Kausalverlauf vorliegt, also der „eingetretene Erfolg völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist“[47]. Auch hier ist das bereits eben fruchtbar gemachte Kriterium heranzuziehen, ob die Reaktion des Opfers eine nachvollziehbare Reaktion darstellt.[48] Ergänzend sei hier noch der „Jauchegruben“-Fall des BGH angeführt.[49] Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Während eines Streits stopfte der Täter dem Opfer zwei Hände voll Sand in den Mund und nahm dessen Tod billigend in Kauf. Tatsächlich wurde das Opfer bewusstlos, verstarb aber daran nicht. Das Opfer tot wähnend warf der Täter dieses in eine Jauchegrube, in welcher das Opfer schließlich ertrank. Das LG verurteilte den Täter wegen vollendeten Totschlags. Der BGH führte, in seiner Dogmatik konsequent, zum Vorsatz aus, „daß das Maß, in dem der wirkliche Ursachenablauf von der Vorstellung der Angeklagten abwich, gering und daher rechtlich bedeutungslos ist“[50]. Die Reaktion der Geschädigten war aus den genannten Gründen alles andere als nicht erwartbar und atypisch. Aus diesem Grund liegt auch kein atypischer Kausalverlauf vor.

cc) Irrtum über den Kausalverlauf

Auch die rechtswissenschaftliche Literatur kennt den Irrtum über den Kausalverlauf – zu verorten im subjektiven Tatbestand.[51] Voraussetzung für eine Zurechnung des Erfolgs in subjektiver Sicht ist das Vorliegen eines Vorsatzes (vgl. § 15 StGB), welcher sich auch auf die Kausalität beziehen muss. Da der exakte Ablauf einer vom Täter in Gang gesetzten Kausalkette häufig nicht genau vorhersehbar ist, sind Abweichungen, die sich noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren halten, unbeachtlich. Hier sieht man schon die starke Parallele[52] zur nahezu gleichlautenden Fallgruppe des atypischen Kausalverlaufs, welche im Rahmen der objektiven Zurechnung zu prüfen ist. Der Topos ist daher gerade für die Rechtsprechung relevant.[53] Auch hier kommt man zu keiner anderen Bewertung im Rahmen des subjektiven Tatbestands, wobei die treffenden Ausführungen des BGH herangezogen werden können.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen. Der Angeklagte hat sich hinsichtlich der Messerstiche wegen eines vollendeten Tötungsdeliktes strafbar gemacht.

b) Verhältnis zum Gefahrverwirklichungszusammenhang bei § 227 StGB

Freilich nicht zu klären hatte der BGH die Frage, in welchem Verhältnis die soeben angesprochenen Prüfungspunkte zum grunddeliktischen Gefahrzusammenhang[54] des § 227 StGB stehen, den das LG

---

[47] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 297.

[48] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 300.

[49] BGHSt 14, 193 = BGH NJW 1960, 1261.

[50] BGHSt 14, 193 (194) = NJW 1960, 1261 (1261).

[51] Vgl. dazu etwa *Kudlich*, JuS 2010, 681 (687).

[52] Vgl. *Wagner/Drachsler*, ZJS 2011, 530 (532): „Wird das Problem des Opferverhaltens sowohl auf der Ebene der objektiven Zurechnung wie auch im Rahmen des Vorsatzes geprüft, müssen die Bearbeiter eigentlich zu gleichen Ergebnissen kommen […].“ So auch *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 6 Rn. 21.

[53] *Kudlich*, JuS 2010, 681 (687).

[54] Terminologisch finden sich einige Unterschiede, vgl. dazu übersichtlich *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 227 Rn. 8.

bejahte. Danach macht sich ein Täter wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar, wenn er *durch* die Körperverletzung den Tod der verletzten Person verursacht. In der besonderen Folge, also dem Tod des Opfers, muss sich die eigentümliche, tatbestandsspezifische Gefahr der Körperverletzung verwirklichen.[55] Das LG hatte den Angeklagten noch wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt. Damit hat es einen Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen der gefährlichen Körperverletzung und dem zeitlich nachfolgenden Unfalltod bejaht, bezüglich des Eintritts des Todes aber keinen Vorsatz festzustellen vermocht. Die insoweit mitverwirklichte fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) trat dann im Konkurrenzwege zurück. Wäre das LG davon ausgegangen, dass der Angeklagte den Unfalltod für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hatte, wäre er wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und (vollendeten) Totschlags zu verurteilen gewesen. Dies entspräche der – gleichfalls später vom BGH verworfenen – Bewertung des Sachverhalts im sog. „Scheunenmord"-Fall durch das im seinerzeit ersten Rechtszug verurteilende LG, allerdings mit dem Unterschied, dass der Täter selbst eine weitere Handlung beging, die zum Tode des Opfers führte. Im „Scheunenmord"-Fall schlug der Täter das Opfer zunächst mit Tötungsvorsatz mittels einer Metallstange nieder, ging fort und schnitt dem Opfer, das wider Erwarten noch am Leben war, nach der Rückkehr zum Tatort mit einem Messer den Hals auf. Der BGH erkannte hierin entgegen dem LG einen vollendeten Mord durch das Niederschlagen mit der Metallstange, sah sich an einer Schuldspruchänderung jedoch wegen § 265 Abs. 1 StPO gehindert.[56]

Der vorliegende Fall ist insoweit neu, als das „Bindeglied" für beide inmitten stehende Tatabschnitte das erhebliche Einwirken auf den Körper der Geschädigten mittels einer Vielzahl an Messerstichen darstellt. Anders als in den bisher dargestellten Fällen, die entsprechende Rechtsfragen aufwarfen, ging der Tod des Opfers nicht auf ein weiteres Verhalten des Angeklagten oder eines Dritten, sondern auf ein (selbstschädigendes) Handeln der Geschädigten zurück, die bereits selbst Bezugspunkt für die Strafbarkeit des Verhaltens im ersten Geschehensabschnitt ist.

Die dogmatisch zu klärende Frage ist nun, inwiefern das LG einerseits (offensichtlich) den für § 227 StGB notwendigen Gefahrverwirklichungszusammenhang bejahen konnte, andererseits aber die Zurechnung des Unfalltodes bereits zu den mit Tötungsvorsatz zugefügten Messerstichen nicht festzustellen vermochte. Mit anderen Worten: Bleibt in dieser vom LG festgestellten Sachverhaltskonstellation überhaupt *dogmatisch-konstruktiv* Raum für ein versuchtes Tötungsdelikt in Tateinheit mit einer Körperverletzung mit Todesfolge oder ist das vom BGH nunmehr festgestellte Ergebnis zwingend? Beispielhaft sei etwa wieder die Sachverhaltsalternative angeführt, bei welcher die Geschädigte nach den mit Tötungsvorsatz zugefügten Messerstichen das Fahrzeug ohne Rücksicht auf das Verhalten des Angeklagten verlässt und sodann wegen einer eigenen, nicht verletzungsbedingten Unachtsamkeit von einem vorbeifahrenden Fahrzeug tödlich erfasst wird. In diesen Fällen fehlt es für die Bejahung eines vollendeten vorsätzlichen Tötungsdelikts wegen der Messerstiche an der Kausalität (vgl. oben), für die Bejahung einer Körperverletzung mit Todesfolge an dem Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Körperverletzungshandlung und Eintritt der besonderen Folge. Zu klären wäre, ob es überhaupt einen *Grenzbereich* gibt, in welchem zwar der Gefahrverwirklichungszusammenhang bei § 227 StGB bejaht wird, nicht aber die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Zurechnung der besonderen Folge bereits zur Tathandlung. Eine klarere Sicht verschafft ein erneuter Blick auf den vom BGH entschiedenen „Gubener Verfolgungsjagd"-Fall. Dort verneinte der BGH eine vollendete Körperverletzung, weil „[a]ngesichts der gesamten Tatumstände […] eine

[55] *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 227 Rn. 9.
[56] BGH NStZ 2016, 721 (723).

wesentliche Abweichung zwischen vorgestelltem und tatsächlich eingetretenem Kausalverlauf", mithin kein Vorsatz vorliege[57]. Eine nähere Begründung findet nicht statt. In *objektiver* Hinsicht bestehe aber der für § 227 StGB notwendige deliktsspezifische Zurechnungszusammenhang zwischen der Verfolgungshandlung und dem tödlichen Tritt in die Glasscheibe, der zum Todeserfolg führte. Der BGH entgeht dem hier gestellten Problem also dadurch, dass er die Tatbestandsmerkmale auf unterschiedlichen Ebenen des Tatbestandsaufbaus verortet.[58] Da hinsichtlich der schweren Folge kein Vorsatz, sondern lediglich Fahrlässigkeit vorliegen muss (§ 18 StGB), ist es dann unschädlich, dass eine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegt, solange der Eintritt der Todesfolge jedenfalls hätte erkannt werden können. Die im „Gubener Verfolgungsjagd"-Fall angelegte Divergenz zwischen objektiven und subjektiven Zurechnungskriterien spielt damit auch bei dem hier gegebenen Sachverhalt die zentrale Rolle.

Kern der schwierigen und bislang nicht abschließend geklärten Problematik ist also das Verhältnis zwischen einem Irrtum über den Kausalverlauf und der Atypizität des Kausalverlaufs als Kriterium der objektiven Zurechnung auf den unterschiedlichen Ebenen des Tatbestands. Bezugspunkt für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale ist also jeweils die Typizität des Kausalverlaufs selbst – einmal *objektiv* betrachtet und einmal *subjektiv* aus der Sicht des Täters. Diese Typizität kann aber nur in begrenzten Ausnahmefällen überhaupt unterschiedlich bewertet werden,[59] weshalb die praktische Bedeutung grundsätzlich gering ist. Die hier in den Raum gestellten Fälle veranschaulichen aber, dass ein praktisches Bedürfnis für diese Abgrenzung besteht. *Kühl* formulierte etwa bereits zum „Gubener Verfolgungsjagd"-Fall die Frage „ob es sich schon dann um eine wesentliche Abweichung handelt, wenn ‚nur' die Art und Weise der Herbeiführung der Verletzung (Fremd- oder Selbstverletzung) und die Qualität der Verletzung (Schlag- und Trittverletzungen oder Stich- und Schnittverletzungen) voneinander abweichen".[60] Für die Beantwortung dieser Frage seien „Ansätze in der Lehre von der objektiven Zurechnung, die ‚subjektive Zurechnung zum Vorsatz' enger zu fassen als die objektive Zurechnung"[61], zu berücksichtigen. Eine solche Auseinandersetzung würde jedoch auch den Raum dieser didaktisch orientierten Besprechung sprengen. Anliegen ist es jedoch, für diese zwischen Literatur und Rechtsprechung weiterhin bestehende „Divergenz" zu sensibilisieren, nicht zuletzt deshalb, weil die Lektüre der Entscheidung ansonsten schwerlich nachvollziehbar ist.

2. Mordmerkmale

Das LG hat aufgrund seiner Feststellungen das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe angenommen, was keinen sachlich-rechtlichen Bedenken begegnet. Der Angeklagte tötete seine Ehefrau aus Rache und Hass, weil er sich durch ihren Aufenthalt im Frauenhaus und den Sorgerechtsverlust gedemütigt fühlte.[62] Hierin manifestiert sich ein Besitzstreben, das auf sittlich tiefster Stufe zu verorten ist. Daneben hätte man – jedenfalls in einer klausurmäßigen Lösung – die Mordmerkmale der Heimtücke, der Grausamkeit und der Verdeckungsabsicht andenken können. Im Einzelnen:

[57] BGH NJW 2003, 150 (153) – insoweit in BGHSt 48, 34 nicht abgedruckt. Im Ergebnis zustimmend, aber differenzierter *Hardtung*, NStZ 2003, 261 (261).

[58] Kritisch *Wagner/Drachsler*, ZJS 2011, 530 (534): „inkonsequent".

[59] So auch *Kühl*, JZ 2003, 637 (640) zum „Gubener Verfolgungsjagd"-Fall: „Die Begründung für die Vorsatzablehnung dürfte auch nicht leicht fallen, […]".

[60] *Kühl*, JZ 2003, 637 (640).

[61] *Kühl*, JZ 2003, 637 (640).

[62] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 3.

a) Heimtücke

Heimtückisch tötet, wer die Arglosigkeit und die infolge der Arglosigkeit bestehende Wehrlosigkeit des Angegriffenen bewusst zu dessen Tötung ausnutzt.[63] Im vorliegenden Fall wurde die Geschädigte beim Umpacken des Gepäcks auf dem Parkplatz misstrauisch, weshalb der Angeklagte sodann auf sie einstach. Zu Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs[64] hatte sie also bereits Argwohn, weshalb eine heimtückische Begehungsweise grundsätzlich ausgeschlossen ist. Allerdings war sie noch arglos, als sie mit dem Angeklagten die Autofahrt antrat. Nach den Feststellungen des LG spiegelte der Angeklagte ihr gerade vor, sich mit ihr zu versöhnen und gemeinsam nach Polen auszuwandern. Die Arglosigkeit in diesem noch vor dem Versuchsbeginn liegenden Vorbereitungsstadium soll nach der Rechtsprechung dann ausreichend sein, wenn der vorausplanende Täter das Opfer in einen Hinterhalt oder in eine Falle lockt.[65] Hier lohnt sich ein vergleichender Blick auf den Beschluss des BGH vom 24.5.2023[66]. In diesem Fall fuhr der Angeklagte mit der Geschädigten zu einem unbekannten Ort und „schoss […] aus einer Entfernung von höchstens einem Meter ‚entweder von hinten oder durch das geöffnete Beifahrerfenster oder durch die geöffnete rückwärtige Beifahrertür zwei Mal in den Kopf der Geschädigten, in der Absicht, diese zu töten'".[67] Das LG hatte das Mordmerkmal der Heimtücke abgelehnt, weil es nicht festzustellen vermochte, „dass sich die Geschädigte im Moment der ersten Schussabgabe keines Angriffs durch den Angekl. auf ihr Leben versehen und der Angekl. dies bewusst ausgenutzt habe".[68] Die hiergegen gerichtete Revision der Nebenklage hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Urteils. Der BGH monierte, das LG habe verkannt, dass der Angriff nicht erst mit der eigentlichen Tötungshandlung beginne, sondern auch die unmittelbar davor liegende Phase umfasse.[69] Weiter betonte der BGH, dass „[e]in heimtückisches Vorgehen […] auch in Vorkehrungen liegen [könne], die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, sofern diese bei der Tat noch fortwirken."[70] Dies sei etwa der Fall, „wenn der Täter sein Opfer noch im Vorbereitungsstadium unter Ausnutzung von dessen Arglosigkeit in eine Lage aufgehobener oder stark eingeschränkter Abwehrmöglichkeit bringt und die so geschaffene Lage bis zur Tatausführung ununterbrochen fortbesteht. Ob das Opfer zu Beginn des Tötungsangriffs noch arglos war, ist in dieser Sachverhaltskonstellation ohne Bedeutung".[71]

Eine solche Fallkonstellation ist hier aber gerade nicht gegeben, weil der Angeklagte plante, seine Ehefrau „auf der Fahrt oder spätestens in Polen" zu töten[72] und sich die Tötung im Auto infolge eines nicht weiter ausgeführten Entdeckungsrisikos als relativ spontane Tatbegehung einordnen lässt. Nach *diesen* Feststellungen fehlt es demnach an einem vom Tötungsvorsatz getragenen Locken in den Hinterhalt. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Angeklagte noch vor der Autofahrt einen Spaten und eine Hacke kaufte und in seinem Fahrzeug versteckte, um die Leiche der

[63] BGHSt 30, 105 (116); 32, 382 (383 f.); 39, 353 (368); BGH NStZ 2021, 162; BGH NStZ 2021, 287; BGH NStZ 2021, 609 (610); BGH NStZ 2022, 364 (365); BGH NStZ 2025, 152 (153); BGH NStZ 2025, 227 (228); BGH NStZ-RR 2023, 245 (246); BGH NStZ-RR 2024, 142; BGH NStZ-RR 2025, 112 (113); BGH NStZ-RR 2025, 147 (148).

[64] Auf diesen Zeitpunkt abstellend vgl. BGH NStZ-RR 2022, 307 (308); BGH NStZ-RR 2025, 112 (113); BGH NStZ-RR 2025, 147 (148); BGH NJW 2023, 2291 (2293); siehe auch *Schauf*, NStZ 2019, 585.

[65] BGH NStZ-RR 2023, 141; BGH NJW 2023, 2291 (2293).

[66] BGH NStZ 2023, 545.

[67] BGH NStZ 2023, 545 (545).

[68] BGH NStZ 2023, 545 (545).

[69] BGH NStZ 2023, 545 (545).

[70] BGH NStZ 2023, 545 (545).

[71] BGH NStZ 2023, 545 (545).

[72] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 4.

Geschädigten nach der Tat vergraben zu können.[73] All das steht zwar für ein planmäßiges Vorgehen, nicht aber für ein Locken in den Hinterhalt, vor allem auch deshalb, weil Spaten und Hacke erst für die Beseitigung des Leichnams gebraucht werden und demnach ein Nachtatverhalten betreffen. Da der Sachverhalt durch das LG rechtsfehlerfrei festgestellt wurde, musste der BGH ihn – mangels diesen erschütternder Verfahrensrügen – auch seiner rechtlichen Bewertung zugrunde legen.

b) Grausamkeit

Während des gesamten Tatgeschehens fügte der Angeklagte der Geschädigten „über 40 Stich- und Schnittverletzungen, darunter elf Stichverletzungen am Kopf, eine Stichverletzung an der Halsvorderseite und vierzehn Stichverletzungen der Nacken-, oberen Rücken- und Schulterregion, von denen eine die Brusthöhle eröffnete und den rechten Lungenlappen verletzte“[74]. Hieraus ergibt sich entgegen dem alltäglichen Sprachgebrauch aber noch keine grausame Tatbegehung im Rechtssinne. Eine solche ist gegeben, wenn der Täter dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.[75] Zwar kann dies auch in einer „hochgradig erschütternden Wirkung einer besonders brutalen Tatausführung“[76] gesehen werden. Dies wird von den landgerichtlichen Feststellungen aber nicht getragen. Der Angeklagte stach zunächst „mit Vernichtungswillen […] in kurzer Zeit zahlreiche Male auf Kopf, Hals, Rücken und Schulter“ ein und ging davon aus, „ihr lebensgefährliche Verletzungen zugefügt zu haben“.[77] Der Angeklagte handelte also in der Annahme, die Geschädigte bereits mit den umfassenden Angriffen und dem ihm zur Verfügung stehenden Tatmittel tödlich verletzt zu haben, ohne weitergehende Qualen zu verursachen.

c) Verdeckungsabsicht

Eine Verdeckungsabsicht kann nicht bejaht werden, weil die fortgesetzten Angriffe gegen Leib und Leben der Geschädigten, beginnend auf dem Parkplatz, ein einheitliches Tatgeschehen bilden, das von einem durchgehenden Tötungsvorsatz[78] getragen ist. Auch wenn man von zwei unterschiedlichen Geschehensabschnitten ausgehen würde, fehlte es an der Verdeckung einer „anderen Tat“.[79]

3. Körperverletzungsdelikte

Das LG hatte – von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent – eine zum versuchten Tötungsdelikt tateinheitlich begangene, gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung angenommen (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5

[73] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 4.

[74] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 6.

[75] BGH NStZ 1982, 379; BGH NStZ 2007, 402 (403); BGH NStZ 2008, 29; BGH NStZ 2025, 31 (33); BGH NStZ 2025, 223 (224).

[76] *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 211 Rn. 64.

[77] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 5.

[78] Da der Angeklagte sowohl bei den Angriffen auf dem Parkplatz als auch auf dem Seitenstreifen mit Tötungsvorsatz handelte, bedarf es keiner Diskussion hinsichtlich der Lehre vom dolus generalis (vgl. so auch *Eisele*, JuS 2016, 368 [368] zum „Scheunenmord“-Fall).

[79] Vgl. etwa auch ablehnend im „Scheunenmord“-Fall, vgl. *Jäger*, JA 2016, 548 (550) unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung (BGH NStZ 2002, 253; BGH NStZ 2015, 458).

StGB) und *tenoriert*[80], was angesichts der bereits konkret eingetretenen Lebensgefährlichkeit der durch das Messer zugefügten Verletzungen völlig richtig ist. Nach der Schuldspruchberichtigung entfiel die Körperverletzung jedenfalls im Tenor, weil diese als „Durchgangsstadium" zum vollendeten Tötungsdelikt nicht mehr tenoriert werden muss. Wegen des eingetretenen Todes bedarf es diesbezüglich keiner entsprechenden Klarstellung. Die tateinheitliche Verwirklichung auf materiellrechtlicher Ebene bleibt selbstverständlich unberührt. Daneben kommen noch weitere Qualifikationstatbestände in Betracht.

a) Hinterlistiger Überfall (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB)

Das Qualifikationsmerkmal des hinterlistigen Überfalls besteht aus zwei Begriffsbestandteilen. Ein Überfall ist zunächst ein unvorhergesehener Angriff, auf den sich der Angegriffene nicht rechtzeitig einstellen kann.[81] Hinterlistig ist ein Überfall dann, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten berechneten Weise vorgeht, um gerade hierdurch dem Angegriffenen die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.[82] Die Ausnutzung des Überraschungsmoments genügt gerade nicht.[83] Nach den Feststellungen des LG war ein planmäßiges, in einer auf Verdeckung der wahren Absichten gerichtetes Vorgehen nicht gegeben, sodass ein hinterlistiger Überfall ausscheidet.

b) Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB)

Nach den Feststellungen des LG war der Bruder des Angeklagten, der das andere Fahrzeug auf dem Parkplatz abstellte, mutmaßlich in das Vorhaben eingeweiht. Ungeachtet dessen, ob hierin eine Beihilfe zu dem Tatgeschehen vorliegt (§ 27 Abs. 1 StGB), kommt eine Begehung der Körperverletzung „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich" (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) nicht in Betracht, da die durch die Strafschärfung pönalisierte, abstrakt erhöhte Gefährlichkeit der Körperverletzung nur dann gegeben ist, wenn die Personen *am Tatort* gemeinsam zusammenwirken und daher ein ungleich größeres Gefährdungspotenzial von der Körperverletzung ausgeht.[84] Ein solches Zusammenwirken ist nicht gegeben, sodass auch dieser Qualifikationstatbestand ausscheidet.

4. Sonstige Delikte gegen Individualrechtsgüter

Der Angeklagte verwirklichte mit seinen Messerstichen auch eine Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB) sowie eine Nötigung (§ 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB). Diese treten aber hinter dem vollendeten Tötungsdelikt subsidiär zurück. Auch lag mit der Beschädigung der Kleidung eine Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) vor, die aber wegen der Schwere der sonstigen Tatvorwürfe nicht gesondert verfolgt wird (vgl. § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO) und auch in einer klausurmäßigen Leistung keine größere Erwähnung finden sollte.

---

[80] Die Tenorierung dient in solchen Fällen der Klarstellung, da es auch möglich ist, dass das Opfer bei einem versuchten Tötungsdelikt völlig unverletzt bleibt (etwa, wenn ein in Tötungsabsicht abgegebener Schuss das Opfer schlicht verfehlt). Die Aufnahme der (vollendeten Körperverletzung) dient der das Unrecht manifestierenden Verdeutlichung, dass das Opfer tatsächlich verletzt worden ist.

[81] RGSt 65, 65 (66); *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

[82] RGSt 65, 65 (66); BGH GA 1989, 132; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

[83] BGH NStZ-RR 2009, 77; BGH NStZ-RR 2013, 173 (174); BGH NStZ 2025, 296 (299); siehe dazu im Weiteren *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 224 Rn. 35.

[84] BGH StV 2016, 539; BGH NJW 2023, 2209 (2210); *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 224 Rn. 37.

5. Straßenverkehrsdelikte

a) Relevanz

Denkbar wäre überdies, dass sich der Angeklagte auch wegen Mordes in Tateinheit mit *fahrlässigem gefährlichem Eingriff* in den Straßenverkehr mit *fahrlässiger* Gefährdung des Straßenverkehrs (§§ 211 Abs. 1, 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5, 52 StGB) schuldig gemacht hat. Diese Frage ist auch ergebnisrelevant, weil die Taten dann im Verhältnis der Tateinheit zueinander (§ 52 StGB) stehen würden, wobei das Straßenverkehrsdelikt nicht im Wege der Konkurrenz zurücktritt, weil es neben dem Leben der Geschädigten auch die Sicherheit des Straßenverkehrs[85] und die Rechtsgüter der anderen Verkehrsteilnehmenden schützt.[86] Aufgrund der bereits wegen des (versuchten) Mordes verhängten lebenslangen Freiheitsstrafe käme zwar keine andere Strafe in Betracht. Dennoch hätte der BGH nicht ohne Zurückverweisung den Schuldspruch berichtigen können, weil es eines vorherigen Hinweises bedurft hätte (§ 265 Abs. 1 StPO) – ein Straßenverkehrsdelikt wurde dem Angeklagten nie zur Last gelegt, sodass er sich hiergegen nicht hatte wirksam verteidigen können. Einer entsprechenden Rüge bedurfte es indes nicht, da der BGH nach einer Sachrüge ein Urteil auf alle möglichen Rechtsfehler materiellrechtlicher Art überprüft.

b) Grunddelikt des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB

aa) Objektive Tatbestandsvoraussetzungen

(1) Hindernisbereiten im Straßenverkehr

Nach § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, dass er Hindernisse bereitet und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet. Das hier relevante Geschehen fand auf einer Bundesautobahn, mithin im Straßenverkehr, statt. Bei dem Tatopfer handelt es sich auch um ein „Hindernis“ im Sinne dieser Norm.[87] Hierunter versteht man jede Einwirkung, die geeignet ist, den ordnungsgemäßen Betrieb bzw. den reibungslosen Verkehrsablauf zu hemmen oder zu verzögern.[88] Dabei ist es unbeachtlich, dass der LKW nach der Kollision einfach weitergefahren ist, denn bei dem Hindernisbereiten kommt es lediglich auf die abstrakte Geeignetheit an, den Verkehrsablauf zu hemmen. Das ist bei einem Überqueren einer ausschließlich für Kraftfahrzeuge vorgesehenen Fahrspur der Fall. Hierauf müssen sich auch aufmerksame Autofahrer nicht einstellen.[89]

(2) Konkrete Gefährdung

(a) LKW als Gefährdungsobjekt

Problematisch ist aber das Vorliegen einer konkreten Gefährdung. Den Feststellungen lässt sich eine solche Gefährdung nicht ohne Weiteres entnehmen, weil der LKW ungebremst mit dem Tatopfer

[85] *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 49: „gleichrangig die Verkehrssicherheit“ schützend.

[86] So auch *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 49.

[87] BGHSt 21, 173 = NJW 1967, 579; OLG Zweibrücke NZV 1997, 239 zum absichtlichen Aufspringen eines Fußgängers auf die Motorhaube eines fahrenden PKW; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 30.

[88] Vgl. statt vieler BGHSt 41, 231 (234); *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315b Rn. 6; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 29.

[89] Zu diesem Kriterium *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 30.

kollidiert ist und sodann weitergefahren ist. Da der LKW-Fahrer nicht ermittelt werden konnte, kann auch nicht mehr festgestellt werden, ob an dem LKW überhaupt ein Schaden entstanden ist. Zwar kommt es auf einen konkreten Schadenseintritt bei § 315b StGB als konkretes Gefährdungsdelikt nicht an. Allerdings ist bei einem mehrere Tonnen schweren LKW bereits eine konkrete Gefährdung des Fahrzeugs fraglich, wenn dieses mit einer Person kollidiert und sodann weiterfährt. Nach der Rechtsprechung muss die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit in eine kritische Situation führen, in der die Sicherheit einer Person oder Sache so stark beeinträchtigt ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob das Rechtsgut verletzt wird oder nicht.[90] Dabei ist eine Betrachtung nach der allgemeinen Lebenserfahrung sowie einer objektiv nachträglichen Prognose vorzunehmen.[91] Der BGH hatte einen vollendeten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr etwa bei einem Abwurf von kleinen[92] Schottersteinen von einer Brücke auf eine Bundesstraße abgelehnt, weil der „nur" auf dem Dach „getroffene" Fahrzeugführer den PKW unbeeinträchtigt habe weiterführen können und es nicht zu einer kritischen Verkehrssituation im Sinne eines Beinaheunfalls gekommen sei.[93] Der auf dem Dach des Fahrzeugs entstandene Sachschaden sei ferner nicht auf die „Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte, mithin die Dynamik des fahrenden Kraftfahrzeugs zurückzuführen" und daher nicht verkehrstypisch[94]. Das kann bei dem Hindernisbereiten durch einen Menschen zwar mit guten Gründen anders gesehen werden. Der BGH lässt es nämlich in einer anderen Entscheidung ausreichen, wenn eine Beeinträchtigung der Fahrsicherheit oder des Fahrverhaltens durch einen Steinwurf droht.[95] Um dies aber abschließend zu klären, hätten die Umstände des Zusammenstoßes aufgeklärt werden müssen. Bei dieser vom LG festgestellten[96] und nicht mehr weiter aufzuklärenden Sachlage ist eine konkrete Gefahr des LKW aber nicht anzunehmen. Ohne entsprechende Verfahrensrügen (etwa eine Aufklärungsrüge) muss das Revisionsgericht diese Feststellungen auch seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde legen.

(b) Tatopfer als Gefährdungsobjekt

Damit wird aber die Frage, ob die Geschädigte selbst, die das tatbestandliche „Hindernis" darstellte, Bezugspunkt für die Gefährdung sein kann, relevant. In ihren tödlichen Verletzungen verwirklichte sich die latente Kollisionsgefahr bei Betreten der Fahrbahn durch sie als Fußgehende (vgl. auch § 18 Abs. 9 S. 1 StVO). Die vorbezeichnete Frage ist dahingehend zu beantworten, dass die Gefährdung

[90] Vgl. BGH NJW 2022, 409 (411); BGH NZV 2020, 308; BGH NStZ 2020, 225 (226); vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 54.

[91] *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 54.

[92] BGH NJW 2022, 409 (409): „14 teilweise scharfkantige Schottersteine von unterschiedlicher Größe zwischen 3 x 3 cm bis 4 x 7 cm und einem Gesamtgewicht von etwa 470 g".

[93] BGH NJW 2022, 409 (411).

[94] BGH NJW 2022, 409 (411). Vgl. zur verkehrsspezifischen konkreten Gefahr bei Schüssen im Straßenverkehr BGH NStZ-RR 2017, 356 m.Anm. *Kerkmann*, NZV 2018, 42 (42): „Das Schießen auf ein Kfz stellt keine konkrete Gefährdung nach § 315 b StGB dar, wenn hierdurch die Fahrsicherheit nicht beeinträchtigt wird."

[95] BGH NStZ 2010, 572 (573): In diesem konkreten Fall, in dem es um einen Abwurf eines „faustgroßen und […] brüchigen Sandstein[s]" ging, wurde der Angeklagte aber lediglich wegen eines versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr verurteilt, weil eine kritische Verkehrssituation gleichfalls nicht festgestellt wurde.

[96] Nach den Feststellungen (S. 42 f.) konnte der LKW-Fahrer nicht ermittelt werden. Es konnte daher nicht aufgeklärt werden, ob der LKW-Fahrer den Zusammenstoß bemerkt hatte. Der Prüfingenieur für Fahrzeuge und Sachverständige für Unfallrekonstruktionen führte diesbezüglich aus (S. 161 ff. UA), dass der Zusammenstoß „möglicherweise in einem für den Fahrer des LKW – unter Berücksichtigung der im November zur Tatzeit herrschenden Dunkelheit – nicht direkt einsehbaren Bereich stattgefunden [habe]" (S. 163 UA). Der LKW-Fahrer setze seine Fahrt jedoch fort, ohne anzuhalten (S. 43). Zu etwaigen Schäden wurden keine Feststellungen getroffen.

derjenigen Person, die vom Täter als Hindernis missbraucht worden ist, von dem Schutzbereich des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB zu erfassen ist. Dies stünde im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu dem vom Täter geführten Fahrzeug, das gerade nicht Gegenstand der Gefährdung sein kann.[97] Begründet wird diese Ansicht damit, dass das benutzte Fahrzeug als notwendiges Tatmittel – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen zur Sachgefährdung – nicht zugleich vom strafrechtlichen Schutz mit umfasst werden könne.[98] Hier lässt sich zunächst wertungsmäßig eine differenzierte Betrachtung einwenden: Anders als bei einem Fahrzeug, das theoretisch und dogmatisch-konstruktiv im Alleineigentum des Täters stehen kann und dann nicht fremd (mithin nicht schutzwürdig) wäre, stellt die als Hindernis missbrauchte Person stets einen (vom Täter) *anderen* Menschen dar, der gerade nicht nur als ein bloßes Angriffsobjekt des Täters anzusehen (oder gar hierauf zu reduzieren) ist,[99] sondern auch um ihrer Rechtsgüter willen vollen strafrechtlichen Schutz genießt.[100] Damit ist die für Sachen angestellte Diskussion um den Schutz fremder, aber vom Täter selbst geführter Fahrzeuge schon wegen der einem Menschen zukommenden Subjektqualität nicht ohne Weiteres auf vom Täter missbrauchte, menschliche „Hindernisse" übertragbar. Ganz abgesehen davon begegnet die Nichterfassung des vom Täter geführten Tatfahrzeugs selbst erheblichen Einwänden, nicht zuletzt, weil sie keine Stütze im Gesetz findet und ohne Not den Individualrechtsgüterschutz verkürzt.[101] Nicht mit dieser Rechtsprechung in Einklang zu bringen ist etwa der Umstand, dass die vom Täter mitgeführte (fremde) Ladung und nicht tatbeteiligte[102] Insassen und Insassinnen erfasst sein sollen.[103]

Die Konstellation ist auch nicht etwa vergleichbar mit einem Fall, in welchem der Angeklagte das Tatopfer auf eine menschenleere Straße schubst, welches sich durch den Aufprall auf den Asphaltboden tödliche Verletzungen zuzieht. Hier käme man sicher zu keiner Strafbarkeit wegen eines Straßenverkehrsdelikts, weil sich nicht die spezifische Gefährlichkeit des Straßenverkehrs[104] ausgewirkt

---

[97] BGHSt 27, 40 (42 f.: zu § 315c StGB); BGH NStZ-RR 1999, 120; BGH NJW 2015, 2898 (2900); BGH BeckRS 2017, 110004 Rn. 3; zustimmend *Ernemann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 315b Rn. 16; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 315b Rn. 5; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315b Rn. 25; *Ranft*, Jura 1987, 608 (614 f.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 45 Rn. 18. Dies ist jedoch nicht unbestritten, vgl. etwa dagegen *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315b Rn. 14: „weder dogmatisch noch kriminalpolitisch überzeug[end]"; *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 80 (auch § 315c Rn. 168 ff.); *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 55: „im Gesetz keine Stütze"; *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 35; *Klaus*, Das vom Täter geführte Fahrzeug als Gefährdungsobjekt des § 315c StGB, 2001, S. 68 ff.; *Geppert*, Jura 1996, 639 (646 f.); *Saal*, NZV 1998, 49 (50); *Warda*, MDR 1965, 1 (5). Zur geringen Relevanz dieses „Klassikerstreits" in der Praxis vgl. *König* (a.a.O.), § 315b Rn. 80.

[98] BGH NStZ-RR 1999, 120 bezugnehmend auf die Rechtsprechung zu § 315c StGB (BGHSt 11, 148 [150] = NJW 1958, 459; 27, 40 [43] = NJW 1997, 898).

[99] Eine solche Zurechnung in das „Lager" des Täters würde gegen das Menschenwürdeprinzip aus Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen (zur Ablehnung dieser „Lagertheorie" bei Tatbeteiligten vgl. *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 74; siehe auch Fn. 102). Vgl. zur Konstellation des Abschusses eines entführten Passierflugzeugs BVerfGE 115, 118 (154): Der Abschuss eines entführten Passierflugzeugs mache die Opfer zu Objekten des Täters, was von Verfassungs wegen unzulässig ist.

[100] Vgl. *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 35, § 315c Rn. 27, der auf die individualschützende Komponente der §§ 315b, § 315c StGB hinweist und mit dieser Argumentation sogar das vom Täter geführte Tatfahrzeug erfasst sehen will (vgl. Fn. 97).

[101] Vgl. ergänzend dazu Fn. 97.

[102] Einige Stimmen in der Literatur lehnen auch die Nichtberücksichtigung von Tatbeteiligten ab, vgl. etwa *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 74, wonach es gerade keine „Verwirkung des Strafrechtsschutzes durch Tatteilnahme" geben dürfe.

[103] Zur Ladung mittelbar hinweisend *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 80.

[104] Zur Notwendigkeit der Realisierung einer verkehrsspezifischen Gefahr BGHSt 48, 119 (124); BGH BeckRS 2022, 24666 Rn. 4; BGH BeckRS 2021, 29010 Rn. 6; BGH BeckRS 2021, 16234 Rn. 8; *Brand/Albrecht*, ZStW 126 (2014), 669 (693); dagegen *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315b Rn. 15: „abzulehnende Tatbestandsreduktion".

hat – der tödliche Aufprall hätte genauso außerhalb des Straßenverkehrs stattfinden können – der Straßenverkehrsbezug ist rein „zufällig". Gegen diesen Vergleich ist jedoch einzuwenden, dass die bei dem Tatopfer eingetretenen Verletzungen gerade Ausdruck typischer Gefahren des fließenden Straßenverkehrs sind und sich ein solches Verletzungsbild (durch das Angefahrenwerden) außerhalb des fließenden Verkehrs grundsätzlich nicht abzeichnen kann. Hinzu kommt, dass die straßenverkehrstypische Verletzung ihrerseits zurückzuführen ist auf eine vom BGH richtigerweise vorausgesetzte kritische Situation im Sinne eines Beinaheunfalls, die sich zu einem tatsächlichen Unfall *im Straßenverkehr* zugespitzt hat.

Daran vermag die dualistische Schutzrichtung des § 315b StGB[105] nichts zu ändern. Das hiervon abzuleitende Argument, dass in den Fällen wie dem vorliegenden gerade keine für § 315b StGB spezifische Gefahrenkreis*erweiterung*[106] einhergeht, verfängt nicht. Die sich im Schaden realisierende konkrete Gefahr beschränkt sich zwar auf das menschliche Hindernis selbst, weshalb eine von § 315b StGB beabsichtigte Erweiterung des Rechtsgüterschutzes über die Individualdimension hinaus scheinbar leerläuft.[107] Das Tatopfer wurde jedoch unfreiwillig den (sich realisierenden) Gefahren des fließenden Straßenverkehrs ausgesetzt, nahm mithin an diesem teil und wurde zu einer „Verkehrsteilnehmerin gegen ihren Willen". Dass das Tatopfer die eigene Gefährdung und damit die Gefährdung des Straßenverkehrs durch das Queren der Bundesautobahn selbst verursacht hat, schließt mitnichten aus, dass wiederum sie selbst denselben Gefahren ausgesetzt werden kann; mit anderen Worten: Gefahrschaffung und konkrete Gefährdung fallen *in einer Person* zusammen. Zwar ist das Tatopfer bereits durch die Tatbestände der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte lückenlos erfasst, der Schutz durch die Straßenverkehrsdelikte flankiert diesen Schutz jedoch. Schließlich wird diese Annahme auch von dem Umstand getragen, dass die Insassen und Insassinnen eines Fahrzeugs, sofern sie nicht an der Tat beteiligt sind, unstreitig als Bezugspunkt für eine konkrete Gefährdung in Betracht kommen.[108] Warum dies bei einem von dem Täter als Hindernis missbrauchten Menschen anders sein soll, leuchtet auch wertungsmäßig nicht ein. Diese Betrachtungsweise wird weiter gestützt, wenn man eine Fallkonstellation in den Blick nimmt, in welcher das Tatopfer auf die Straße geschubst wird, es zu einem Beinaheunfall kommt, das Tatopfer aber unverletzt bleibt. Würde das Tatopfer als Gefährdungsobjekt ausscheiden, käme nur eine versuchte Begehungsform in Betracht (versuchtes Tötungsdelikt in Tateinheit mit versuchtem gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr), obwohl eine *tatsächliche Gefährdung* eines anderen Menschen vorlag. Dieses Unrecht findet in der Versuchsstrafbarkeit (wie auch in der folgenden Tenorierung) keinen Niederschlag.

(c) Zwischenergebnis

Nach alledem ist festzustellen, dass eine für § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB notwendige, konkrete Gefahr gegeben ist. Der Tatbestand ist damit objektiv verwirklicht.

---

[105] *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 315b Rn. 1; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315b Rn. 1; zum Streitstand ausf. *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 6 f.

[106] Vgl. *Zimmermann*, JuS 2010, 22 (25) zu § 315c StGB: „§ 315c hat den Fall vor Augen, dass sich ein abstraktes Verkehrsrisiko für einen unbestimmten Kreis von Gütern zufallsbedingt bezüglich eines einzelnen Guts zuspitzt."

[107] Bei der Diskussion um das vom Täter geführte Fahrzeug wird parallel darauf hingewiesen, dass §§ 315 ff. StGB dafür konzipiert seien, zusätzlichen Eigentumsschutz zu gewähren (vgl. BGHSt 27, 40 [43]; BayObLG NJW 1983, 2827 [2828]). Dieses Argument ablehnend *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 80, wonach entscheidend sei, „dass sich nach dem gesetzgeberischen Konzept in der Gefährdung fremder Rechtsgüter die Gefährlichkeit der Tat ausprägt" und dies sei „auch bei einer Gefährdung/Schädigung des selbst geführten (fremden) Fahrzeugs der Fall".

[108] Vgl. zum Streitstand und diff. *Zimmermann*, JuS 2010, 22 (25). Vgl. ferner Fn. 102.

bb) Subjektive Tatbestandsvoraussetzungen

Durch die erhebliche Verletzung der Geschädigten und den fortgesetzten Angriff auf ihre körperliche Unversehrtheit und ihr Leben hat der Angeklagte jedenfalls erkennen können, dass die Geschädigte das Auto flucht- und panikartig verlässt und sich in eine erhebliche (Kollisions-)Gefahr begibt, die sich in dem dann tödlichen Zusammenstoß mit dem LKW verwirklicht hat. Ein Vorsatz hinsichtlich des Hindernisbereitens ist nach den Feststellungen des LG dennoch nicht anzunehmen, weil der Angeklagte das Tatopfer lediglich mit den Messerstichen töten will, nicht aber dadurch, dass er sie den Gefahren des fließenden Verkehrs aussetzt und hierdurch die Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet.[109] Auch hätte der Täter mindestens billigen müssen, „dass die konkrete Gefahr für eines der in § 315b Abs. 1 genannten Gefährdungsobjekte jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist“[110]. Das Hindernisbereiten ist aber nur eine *unbeabsichtigte* Nebenfolge der Tathandlung. Dies steht im Einklang mit dem vom BGH angenommenen *Tötungs*vorsatz, weil der Taterfolg der §§ 212, 211 StGB vom Täter ja im Sinne eines dolus directus ersten Grades gewollt war, sich aber lediglich anders realisiert hat. Ein Hindernis i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB hat der Angeklagte aber nicht einmal eventualvorsätzlich bereitet bzw. zu bereiten versucht. Gleiches gilt für die Gefährdung des Straßenverkehrs. Bezugspunkt für die Gefährdung ist das als Hindernis missbrauchte Tatopfer. Eine solche Straßenverkehrsgefährdung, die im Übrigen die Aufdeckung des Angeklagten erheblich erleichtert hat, war nicht vom Willen des Angeklagten erfasst. Die Voraussetzungen für die Annahme einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit liegen demgegenüber unproblematisch vor, weil der Angeklagte sowohl das Hindernisbereiten als auch die Straßenverkehrsgefährdung bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt objektiv wie subjektiv vermeiden hätte können; nämlich dadurch, dass er durch Unterlassung der Messerstiche gerade keine panikbedingte Fluchtreaktion auslöst.

cc) Zwischenergebnis

Das Grunddelikt eines *fahrlässigen* gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr mit *fahrlässiger* Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 StGB) ist gegeben.

c) Erfolgsqualifikation

Die Erfolgsqualifikation[111] des § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB, auf den § 315b Abs. 3 StGB verweist, ist jedoch nicht gegeben. Zwar wäre hinsichtlich einer eingetretenen schweren Gesundheitsschädigung der Geschädigten Fahrlässigkeit ausreichend (§ 18 StGB) gewesen. Auch hätte sich in der schweren Folge die tatbestandsspezifische Gefahr eines gefährlichen Eingriffs in die Verkehrssicherheit realisiert.[112] Allerdings verstarb die Geschädigte durch den Aufprall mit dem LKW auf der Stelle, sodass für eine Gesundheitsschädigung kein Raum mehr verbleibt. Der Gesetzgeber hat bei § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB explizit davon abgesehen, auch den Tod einer anderen Person als schwere Folge aufzunehmen.[113]

---

[109] Siehe *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 37: „Der Vorsatz muss sich auf die Tathandlung, die dadurch verursachte Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs sowie auf die daraus resultierende konkrete Gefahr beziehen.“ Ausf. *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 84.

[110] *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315b Rn. 84.

[111] *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 315 Rn. 25; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315 Rn. 26.

[112] *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 315 Rn. 26, § 18 Rn. 9 ff.

[113] Vgl. BGH BeckRS 2019, 12109 Rn. 30; *Fischer*, in: FS Frisch, 2013, S. 31 (40 mit Fn. 39). Zur gesetzgeberischen Bestrebung vgl. BT-Drs. 20/1238, S. 1, wonach es „erhebliche Defizite und Ungereimtheiten [gebe], weil die Erfolgsqualifikation der einschlägigen Strafbestimmungen zwar die schwere Gesundheitsschädigung eines

d) Zwischenergebnis

Nach den Feststellungen des LG kommt auch eine Verurteilung wegen eines *fahrlässigen* gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr mit *fahrlässiger* Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 StGB) in Betracht.

6. Materiell-rechtliches Ergebnis und prozessuale Folgen

Die materiell-rechtliche Beurteilung des BGH ist nicht vollständig zutreffend. Es fehlt die Prüfung und Bejahung eines Straßenverkehrsdeliktes in Gestalt des *fahrlässigen* gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr mit *fahrlässiger* Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 StGB). Der BGH hätte den Fall an das LG zurückverweisen müssen, da er an einer Schuldspruchberichtigung wegen § 265 Abs. 1 StPO gehindert ist. Dabei hätte der *Senat* die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen aufrechterhalten können. Das Urteil wäre dann nur im Schuld- und Rechtsfolgenausspruch aufgehoben worden. Dem neuen Tatrichter ist dann auch die Möglichkeit eröffnet, widerspruchsfrei ergänzende Feststellungen zu treffen.

V. Prozessuale Problemkreise

In strafprozessualer Hinsicht ist auf zwei Aspekte einzugehen.

1. Schuldspruchberichtigung

Der *Senat* hat davon abgesehen, die Sache an eine andere Strafkammer zurückzuweisen, sondern nach § 354 Abs. 1 StPO selbst entschieden und den Schuldspruch des LG berichtigt. Eine solche Schuldspruchberichtigung ist – mit geringfügigen Unterschieden in der Tenorierung[114] – häufig und stellt einen für den Angeklagten wenig spürbaren Teilerfolg der Revision dar. Insbesondere ergibt sich hieraus keine günstigere Kostenregelung. Das Revisionsgericht muss hierbei darauf achten, dass die (tatrichterliche) Hinweispflicht des § 265 Abs. 1 StPO nicht umgangen wird. Danach muss das Tatgericht nach § 265 Abs. 1 StPO den Angeklagten auf die Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben haben, wenn es beabsichtigt, den Angeklagten auf Grund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes zu verurteilen. Die Regelung ist Ausdruck des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs und dient der „Sicherung des Vertheidigungsrechts“[115].[116] Der Schuldspruchberichtigung stand diese Regelung nicht entgegen, weil dem Angeklagten bereits ein (vollendeter) Mord in der Anklageschrift zu Last gelegt worden war.[117] Ein besonderes Augenmerk verdient noch die Regelung des § 358 Abs. 2 S. 1 StPO, den der *Senat* gleichfalls im Blick hatte. Danach darf das angefochtene Urteil in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat nicht zum Nachteil des Angeklagten

---

anderen Menschen sowie die Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen, nicht aber die Todesfolge umfasst.“ Das Gesetzesvorhaben ist letztlich am Grundsatz der Diskontinuität gescheitert. Krit. auch *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2020, § 315 Rn. 122: „Der Umstand ist letztlich den ‚Strafrahmenrätseln‘ zuzurechnen, die das 6. StrRG hinterlassen hat“.

[114] Vgl. zu einer anderen Tenorierung etwa BGH HRRS 2021 Nr. 1088 (Änderung des Schuldspruchs und sodann Verwerfung der weitergehenden Revision) oder BGH HRRS 2020 Nr. 1008.

[115] *Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 3. Bd., Materialien zur Strafprozeßordnung, Erste Abtheilung, 1885, S. 208.

[116] Eingehend zum Normzweck vgl. etwa *Norouzi*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 265 Rn. 1 ff.

[117] BGH, Beschl. v. 12.8.2025 – 5 StR 688/24, Rn. 20.

geändert werden, wenn lediglich der Angeklagte Revision eingelegt hat. Zwar haben auch die Nebenkläger Revision eingelegt, diese waren jedoch unzulässig (dazu sogleich), sodass diese die Wirkung des § 358 Abs. 2 S. 1 StPO nicht aufheben konnten. Hintergrund dieses gesetzlich normierten Verbots der „reformatio in peius“ (vgl. auch § 331 StPO für die Berufung) ist die Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG. Zwar verpflichtet dieser von Verfassungs wegen nicht zur Errichtung eines Instanzenzuges.[118] Ist ein solcher aber gegeben, darf der Beschwerte nicht unzumutbar hiervon abgehalten werden.[119] Dies wäre bei der Einlegung des strafprozessualen Rechtsmittels aber der Fall, wenn der Angeklagte befürchten müsste, ihm könne durch die Einlegung des Rechtsmittels ein Nachteil in Gestalt härterer Bestrafung entstehen.[120] Da der Wortlaut sehr eindeutig ist („darf in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat“), wird eine Schuldspruchänderung zum Nachteil des Angeklagten nicht von dem Verschlechterungsverbot erfasst. Dies ist vor dem Hintergrund, dass der Angeklagte nunmehr wegen (vollendeten) Mordes verurteilt worden ist, jedenfalls bemerkenswert, geht damit doch ein *erheblich* höheres Unwerturteil einher. Zuvor stand „lediglich“ eine Verurteilung wegen eines versuchten Tötungsdeliktes im Raum. Bei letzterem ist ein erheblich niedriger Strafrahmen (drei bis 15 Jahre) fakultativ eröffnet (§§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die reine Schuldspruchänderung kann überdies auch für sich genommen zu rechtlichen Nachteilen führen. So knüpft etwa der aufenthaltsrechtliche Versagungsgrund der Begehung von Straftaten (vgl. §§ 19d Abs. 1 Nr. 7, Abs. 1b, 25a Abs. 1, 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 104 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AufenthG) auch an den Schuldspruch und nicht ausschließlich an die Rechtsfolgen an.

2. Nebenklägerrevisionen

Die Revisionen der Nebenkläger, die wegen des fehlerhaften Schuldspruchs mit der entsprechenden Kostenfolge erfolgreich gewesen *wären*[121], wurden wegen einer Besonderheit im Recht der Nebenklage bereits als unzulässig verworfen. Nach § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt wird oder dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss des Nebenklägers berechtigt. Ratio legis dieser Bestimmung ist zunächst, dem – in menschlicher Hinsicht nachvollziehbaren – Bestreben der Nebenklage entgegenzuwirken, durch das Rechtsmittel ausschließlich eine höhere Strafe zu erwirken. Die Gesetzesbegründung ging davon aus, dass an der Höhe der den Angeklagten treffenden Strafe gerade kein *legitimes* Interesse des Verletzten bestehe.[122] Diese Besonderheit führt aber gerade dazu, dass der Nebenkläger auch bei Erhebung der allgemeinen Sachrüge jedenfalls seine Angriffsrichtung innerhalb der Revisionsbegründungsfrist angeben muss. Anders als bei der Erhebung durch den Angeklagten oder die Staatsanwaltschaft ist eine nicht weiter begründete Sachrüge schon nicht zulässig, weil das Revisionsgericht dann nicht beurteilen kann, ob der Nebenkläger gerade die Rechtsfolgen angreift, was ihm aber von Gesetzes wegen verwehrt ist.[123] Es handelt sich dabei um ein klares Versäumnis der Nebenklagevertretung, welches hinsichtlich der Kostenfolge zu entsprechenden Schadensersatzansprüchen führt (§§ 611, 675 Abs. 1, 280 Abs. 1

[118] Vgl. statt vieler *Huber*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 485, 518.
[119] Vgl. statt vieler *Huber*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 519.
[120] Vgl. dazu *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 358 Rn. 18.
[121] Vgl. dazu etwa die Nebenklägerrevision im weitestgehend parallel gelagerten „Scheunenmord“-Fall (BGH NStZ 2016, 721).
[122] BT-Drs. 10/5305, S. 15.
[123] Im Einzelnen *Allgayer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 400 Rn. 3.

BGB).[124] Der Erfolg einer zuungunsten des Angeklagten eingelegten Revision des Nebenklägers würde auch die Wirkung des § 358 Abs. 2 StPO aufheben, was aber für den Fall ohnehin nicht von Relevanz war (siehe oben).[125]

VI. Schlussbemerkung

Die Entscheidung ist in rechtlicher Hinsicht sehr lehrreich. Probleme der Kausalität und objektiven Zurechnung sind nicht nur beliebte Klausurprobleme[126], sondern kommen auch in der Praxis häufiger vor, als man bei einer Lehrbuchlektüre zunächst vermuten mag. Zur Verwirrung führt häufig der Umstand, dass die Rechtsprechung die Figur der objektiven Zurechnung noch nicht aufgegriffen hat, sondern die entsprechenden Probleme über die Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf, mithin im Vorsatz, löst. Die rechtlichen Erwägungen lassen sich aber – bis auf wenige Grenzfälle – durchaus übertragen. Eine Vereinheitlichung der dogmatischen Begründungslinien wäre jedoch wünschenswert. Daneben gibt die Entscheidung auch Anlass dazu, über die in der (Klausuren-)Praxis sehr relevanten Straßenverkehrsdelikte vertiefend nachzudenken. Im konkreten Fall hätte der BGH den Fall nämlich an das LG zurückverweisen müssen, weil nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen auch eine Verurteilung wegen eines Straßenverkehrsdeliktes in Betracht kommt.

[124] Siehe dazu ausf. *Wu*, ZStW 2024 (136), 127 zur zivilrechtlichen Haftungssituation des Strafverteidigers im Revisionsverfahren.

[125] Bemerkenswert (rechtlich aber eindeutig und daher nicht weiter ausführungsbedürftig) ist hierbei, dass eine *zuungunsten* des Angeklagten eingelegte Revision der Nebenklage auch dann nicht zu einer Begrenzung des Strafrahmens *nach unten* führt, wenn das vom Angeklagten (zu seinem Gunsten) eingelegte Rechtsmittel erfolglos geblieben ist. Wie im „Scheunenmord"-Fall geschehen kann der Erfolg einer Nebenklägerrevision durchaus dazu führen, dass sich der Rechtsfolgenausspruch im neuen Rechtszug *zugunsten* des Angeklagten verändert: Der Angeklagte wurde im ersten Rechtszug zu einer einheitlichen Jugendstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt, die sich nach der erfolgreichen Nebenklägerrevision auf eine Jugendstrafe von sieben Jahren und neun Monaten verminderte (LG Paderborn, Urt. v. 22.8.2016 – 1 KLs 3/16 = openJur 2019, 2821). Das Urteil ist rechtskräftig geworden, weil kein Rechtsmittel eingelegt wurde.

[126] Vgl. etwa aus dem nicht mehr überschaubaren Klausurenfundus nur *Folly*, ZJS 2024, 420; *Hartwig/Pommerenke*, ZJS 2024, 1105; *Wagner/Drachsler*, ZJS 2011, 530; *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 6.