

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

4/2026
19. Jahrgang

S. 714–931

Inhalt

AUFSÄTZE

■ Zivilrecht

Reformbedürftigkeit des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr?

Wiss. Mitarbeiter Moritz Volk, Erlangen 714

Die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen bei Nutzung von Empfangsvorrichtungen

Stud. iur. Jasper Heil, Kiel 724

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

■ Öffentliches Recht

Die Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse – die sog. „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte in der Fallbearbeitung des Privat- und öffentlichen Rechts

Dr. Henning Schaaf, Leer (Ostfriesland) 742

■ Strafrecht

Die Beleidigung gemäß § 185 StGB
Grundlagen, Tatbestandsmerkmale und Prüfungssystematik (Teil 2)

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Gabriele Stark-Lütke Schwienhorst, Hamburg 758

■ Allgemeines

Von der Arbeitsmoral bis zum Meinungsstreit:
Ein Wegweiser durch das Studium – Teil 1

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Erfan Khorasani-Nejad, CLE, LL.M. (London) 767

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur Immobiliarsachenrecht: Immobilieninvestment richtig gemacht – oder doch nicht?

PD Dr. David Paulus, München 783

Anfängerhausarbeit: Energiewende im Privathaushalt

Wiss. Mitarbeiter Dominik Schmitz, Stud. iur. Leni Hartung, Stud. iur. Helena Kutz, Frankfurt (Oder) 796

Öffentliches Recht

Anfängerhausarbeit Grundrechte: Missionar am Steuer

Wiss. Mitarbeiter Jim Engelbrecht, Bochum 815

Examensübungsklausur: Verwaltungsprozessrecht und Gewerberecht – Nachts im Museum

Wiss. Mitarbeiter Tim Lehmann, Berlin 836

Strafrecht

Schwerpunktklausur zum Betäubungsmittelstrafrecht: „Kokain in Bewegung, Vorrat im Stillstand“

Prof. a.d. PA Dr. Andreas Mehlich, LL.M., Nienburg, Melissa Meyer, Hannover 853

Zwischenprüfungsklausur: „Ein Plan für die Tonne“

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin Lena Böger, Düsseldorf 864

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 11.2.2026 – VIII ZR 37/24
(Widerruf, Rücktritt und Sittenwidrigkeit)

(Prof. Dr. Constantin Willems, Marburg) 889

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Öffentliches Recht

BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21
(Drohneinsatz Ramstein – Grundrechtliche Schutzpflichten bei Nutzung eines
US-Luftwaffenstützpunktes im Inland für Drohnenangriffe im Ausland)
(Prof. Dr. Robert Frau, Freiberg, Prof. Dr. Manuel Brunner, LL.M. [Maastricht],
Bielefeld) 897

BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20
(Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität bei Sprungrevision, Zitiergebot,
Schutzbereich der Versammlungsfreiheit bei Blockade)
(Wiss. Mitarbeiter David Ohler, Wiss. Mitarbeiter Paul Benk, Kiel) 910

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24
(Finalzusammenhang beim besonders schweren Raub)
(Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiter Bennet Sietas, Hamburg) 925

VARIA

Öffentliches Recht

Tagungsbericht: Jura lebt vom Diskurs
Reflexionen zur Jungen Tagung Öffentliches Recht 2026
Akad. Rat a.Z. Dr. Patrick R. Hoffmann, Osnabrück 930

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

Reformbedürftigkeit des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr?

Wiss. Mitarbeiter Moritz Volk, Erlangen**

I. Einführung	714
II. Problematik deutschen AGB-Rechts im b2b-Verkehr	715
1. Legitimation der AGB-Kontrolle	715
2. Einbeziehung des b2b-Verkehrs in den Schutzbereich	716
3. Weiter Verbreitungsgrad	717
4. Rechtsunsicherheit als unmittelbare Folge	717
5. Unumgänglichkeit der §§ 305 ff. BGB im deutschen Recht	718
6. „Flucht“ in ausländische Rechtsordnungen	718
7. Zwischenergebnis	719
III. Ausweitung des AGB-Verzichts auf den b2b-Verkehr?	719
1. Bezugspunkt „Aushandeln“	720
2. Bezugspunkt Prüfungsmaßstab	721
3. Vertragswert als Obergrenze des AGB-Rechts	721
4. Berücksichtigung wirtschaftlicher Machtgefälle	722
5. „Typische“ Verträge des Verwendungsgegners	723
IV. Ergebnis	723

I. Einführung

Bereits Ende des 19. Jahrhunderts haben deutsche Banken begonnen, standardisierte Vertragsbedingungen zu erstellen,¹ um immer wiederkehrende Vertragskonstellationen zu rationalisieren und einheitliche Regelungsgrundlagen zu konzipieren.² Nachdem diese von der Rechtsprechung bereits ohne eigene rechtliche Grundlage überprüft wurden,³ kam es Ende des Jahres 1976 zum Erlass des AGBG,⁴ um eine Benachteiligung des Vertragspartners bei einseitig vorformulierten Standardvertragsklauseln zu verhindern.⁵ Dessen Regelungen wurden im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungs-

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Sog. „Regulative“ – diese gelten als Vorgänger der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, näher *Haupt*, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937, S. 8 f.

² Bunte/Artz, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 2 A. Rn. 1, 20.

³ Wendland, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, Vorb. zu §§ 307–309 Rn. 3.

⁴ BGBl. I 1976, S. 3317.

⁵ BT-Drs. 7/3919, S. 9.

gesetzes vom 26.11.2001⁶ schließlich in die §§ 305 ff. BGB eingefügt. Die AGB-Inhaltskontrolle findet dabei nicht lediglich im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher (b2c-Verkehr), sondern auch zwischen Unternehmern untereinander⁷ (b2b-Verkehr) Anwendung. Dies steht schon seit längerer Zeit in der Kritik – so wird sich vermehrt dafür ausgesprochen, das AGB-Recht im b2b-Verkehr zu reformieren.⁸ Gerade durch die Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Bearbeitungs-entgelten bei Darlehensverträgen im unternehmerischen Verkehr⁹ sowie dem ergangenen Postbank-Urteil¹⁰ haben diese Forderungen ein hohes Maß an Aktualität gewonnen.¹¹ Als Folge wurde durch Art. 2 ZuFinG nun ein Verzicht auf die AGB-Kontrolle bei bestimmten Geschäften zwischen regulierten Finanzdienstleistern geschaffen, § 310 Abs. 1a BGB.¹²

II. Problematik deutschen AGB-Rechts im b2b-Verkehr

1. Legitimation der AGB-Kontrolle

Mit der Einführung von AGB in Verträge kommt es zu einer Schieflage der Verhandlungspositionen, da die Vertragspartner regelmäßig widerstandslos die eingestellten Bedingungen akzeptieren.¹³ Dies wirkt sich negativ auf die Vertragsfreiheit des Vertragspartners aus, was die AGB-Inhaltskontrolle ausgleichen und damit den Vertragspartner schützen soll.¹⁴

Die Ursache dieser widerstandslosen Hinnahme wird verschiedentlich beurteilt.¹⁵ So wird etwa vertreten, der Grund liege in einem wirtschaftlichen¹⁶ bzw. intellektuellen¹⁷ Gefälle zwischen Kunde und Unternehmer. Gegen Ersteres ist einzuwenden, dass auch „gleichstarke“ bzw. „weniger starke“ Vertragspartner ohne wirtschaftliche Machtgefälle AGB widerstandslos akzeptieren.¹⁸ Auch hätte der Gesetzgeber den Schutz der AGB-Kontrolle auf den Unterlegenen beschränken können.¹⁹ Gegen Zweiteres spricht, dass ebenso missbräuchliche Klauseln vorkommen, wenn der Kunde intellektuell

⁶ BGBl. I 2001, S. 3138.

⁷ Vgl. § 310 Abs. 1 BGB; näher unter II. 2.

⁸ Vgl. nur die Aufzählung von *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 692 Fn. 1.

⁹ BGHZ 215, 172.

¹⁰ BGHZ 229, 344.

¹¹ *Widany/Weil*, AG 2023, R215.

¹² Vgl. hierzu *Berger/Reiss*, NJW 2025, 1311; *Casper*, ZHR 187 (2023), 5; *ders.*, ZRP 2023, 105; *Freitag*, BKR 2023, 386; *Köhling/Seiffert/Dietenberger*, BKR 2024, 281; *Kropf*, WM 2024, 377; *Widany/Weil*, AG 2023, R215; *Wilhelm*, WM 2024, 1289. § 310 Abs. 1a BGB ist jedoch nicht in der Lage, die ganze Problematik des AGB-Rechts in befriedigendem Maße zu beseitigen. Insgesamt sind sowohl sachlicher als auch persönlicher Anwendungsbereich zu eng gefasst worden – aber auch der erfasste persönliche Anwendungsbereich kann nicht überzeugen, da sich dieser nicht an der Schutzbedürftigkeit des Verwendungsgegners nach dem rechtsökonomischen Begründungsansatz für die AGB-Kontrolle orientiert. Als Folge werden teilweise auch schutzbedürftige Personen von dem Verzicht erfasst.

¹³ Eingehend *Kötz*, JuS 2003, 209 (210 f.); ebenso *Fornasier*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, Vor § 305 Rn. 4 ff.

¹⁴ BGHZ 126, 326 (332); 183, 220 (224 Rn. 13); *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 89 m.w.N.

¹⁵ Überblickhaft *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 147 ff.

¹⁶ *Wolf*, JZ 1974, 465 (468 ff.).

¹⁷ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1744; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2023, § 16 Rn. 1.

¹⁸ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 151; *Mäsch*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2025, Vorb. zu §§ 305–306a Rn. 7.

¹⁹ *Axer*, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 44; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 (495); *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 88.

ebenbürtig ist.²⁰ Diese Ansätze können folglich nicht wirklich überzeugen.²¹ Somit bleibt noch ein dritter – rechtsökonomisch begründeter – Ansatz, nach dem der Grund für die Hinnahme von AGB ein Informations- und Motivationsgefälle ist: für den Verwendungsgegner ist es meist nicht lohnend, Mittel in Anspruch zu nehmen, um die AGB zu überprüfen und im Wege der Verhandlung zu ändern (rationale Apathie).²² Die prohibitiv hohen Informationskosten überwiegen den durch die Analyse entstehenden Vorteilen.²³ Da der Vertragspartner als Folge nur selten Informationen über die vorhandenen Bedingungen hat (Informationsasymmetrie), kommt es zu einem nichtfunktionierenden Konditionenwettbewerb – einem Marktversagen.²⁴ Solche Informations- und Motivationsgefälle bestehen jedoch nicht immer. Wenn der Vertragswert so hoch ist, dass die Transaktionskosten in keinem Missverhältnis zu diesem stehen, besteht keine Schutzwürdigkeit.²⁵ Denn da dabei „viel auf dem Spiel steht“, rentiert es sich für den Verwendungsgegner, die Bedingungen zu überprüfen, sodass kein Risiko der einseitigen Ausnutzung der Verhandlungspositionen besteht.²⁶ Auch sofern dieser das vertragsgegenständliche Geschäft häufig abschließt, lohnt es sich, Mittel aufzuwenden, um die Bedingungen zu analysieren.²⁷ Auf fachliche Kenntnisse oder die Größe eines Unternehmens kommt es dagegen aber nicht an: auch ein rational handelnder großer Unternehmer wird keine Mittel dafür einsetzen, AGB zu analysieren und zu vergleichen, sofern der Vertragswert nicht hoch genug ist²⁸ bzw. die Geschäfte nicht oft genug getätigt werden.²⁹ Sofern fachliche Kenntnisse bestehen, mag zwar ein gewisser Vorteil im Rahmen der rechtlichen Analyse bestehen; dennoch müssen die Bedingungen sorgfältig analysiert werden, was den weit größeren Teil der Transaktionskosten verursacht, weshalb damit das Transaktionskostenproblem stets vorliegt.³⁰

2. Einbeziehung des b2b-Verkehrs in den Schutzbereich

Dennoch schließt das Gesetz den gesamten b2b-Verkehr vom Schutz der AGB-Inhaltskontrolle ein. Zwar insinuiert der Wortlaut des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB, nach dem §§ 308 Nr. 1, 2–9, 309 BGB im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern ausgenommen sind, dass der Schutz abgeschwächt ist. Gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB finden diese allerdings mittelbar unter Berücksichtigung der im Handels-

²⁰ Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 152; Mäsch, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, Vorb. zu §§ 305–306a Rn. 7; aus ökonomischen Gründen ablehnend Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 619.

²¹ Leuschner, AcP 2007 (207), 491 (494) m.w.N., nach dem diese „als im Wesentlichen überwunden gelten“.

²² Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 154 ff.; Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, Vor § 305 Rn. 6; Kötz, JuS 2003, 209 (211 ff.); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (783 f.).

²³ Adams, BB 1989, 781 (784).

²⁴ Canaris, AcP 200 (2000), 273 (323); Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, Vor § 305 Rn. 6 ff.; Kuntz, AcP 209 (2009), 242 (259); Sommerfeld, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 375 f.; grundlegend, dass Informationsasymmetrien zu einem Marktversagen führen Akerlof, QJE 84 (1970), 488; dessen Gedankenspiel vom Automobilhandel auf AGB übertragend Adams, BB 1989, 781 (784).

²⁵ Ausführlich Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (790 ff.); ferner Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 51 ff., der zusätzlich wirtschaftliche Machtgefälle berücksichtigen möchte; Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 27; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 620.

²⁶ Kötz, JuS 2003, 209 (211).

²⁷ Axer, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 136 f.; Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 221.

²⁸ Ausführlich Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 785 ff.

²⁹ Kieninger, AnwBl 2012, 301 (303).

³⁰ Ausführlich Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 765 ff.

verkehr gebräuchlichen Gewohnheiten über § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB Anwendung. Dies hat die Rechtsprechung³¹ zum Anknüpfungspunkt genommen, eine (strenge) Indizwirkung der in §§ 308, 309 BGB enthaltenen Kriterien zu entwickeln.³² Diese haben damit ebenso große Bedeutung im unternehmerischen Verkehr.³³

Diese Anwendung der AGB-Kontrolle steht seit längerer Zeit in der Kritik.³⁴ Denn Folge der Inhaltskontrolle gepaart mit der großen Bedeutung von AGB im unternehmerischen Verkehr (3.) ist Rechtsunsicherheit (4.).

3. Weiter Verbreitungsgrad

Ob es sich bei einer Bestimmung um eine AGB handelt bzw. ob diese Standardvertragsmuster dem AGB-Recht unterliegen, regelt § 305 Abs. 1 BGB. Danach muss die Bedingung mit Mehrfachverwendungsabsicht gestellt werden (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB) und darf nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sein (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Für Ersteres genügt, dass die Bedingung von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen wurde.³⁵ Dadurch, dass häufig auf gängige Vertragsmuster zurückgegriffen wird, liegt diese Voraussetzung regelmäßig vor.³⁶ Dem Merkmal des „Stellens“ kommt die Funktion zu, die Person des Verwenders zu bestimmen:³⁷ Verwender ist die Person, von der die Einbeziehung der Bedingungen in die Verhandlung ausgeht und deren Einfügung sie in den Vertrag verlangt.³⁸ Dabei müssen die Bedingungen selbst jedoch nicht vom Verwender hergestellt worden sein.³⁹ Hinsichtlich des „Aushandeln“ fordert die Rechtsprechung hohe Voraussetzungen.⁴⁰ So verlangt der BGH „mehr als Verhandeln.“⁴¹ Der Verwendungsgegner muss die reale Möglichkeit erlangen, die Bedingungen inhaltlich verändern zu können, was eine ernsthafte Bereitschaft des Verwenders voraussetzt, den wesentlichen Inhalt dieser ändern zu lassen.⁴² Insbesondere, da diese Voraussetzungen erfüllt sein.⁴³ Folglich kommen AGB im unternehmerischen Verkehr eine große Bedeutung zu.⁴⁴

4. Rechtsunsicherheit als unmittelbare Folge

Folge davon ist, dass beide Vertragspartner damit rechnen müssen, dass die von ihnen vereinbarten Klauseln von Gerichten als AGB eingeordnet und eventuell als gegen §§ 307 ff. BGB verstoßend ein-

³¹ Besonders durch BGHZ 2015, 172 und BGH BB 2017, 2066 ist dies kürzlich wieder prominent geworden, *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 3. Aufl. 2020, Kap. 16 Rn. 10a.

³² BGHZ 174, 1 (4 Rn. 11 ff.); BGH NJW-RR 1990, 1076 (1077) zum AGBG; kritisch *Sommerfeld*, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 51 m.w.N.

³³ *Leuschner*, NJW 2016, 1222 (1223); *Wessels*, in: Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2024, Kap. 3, A. Rn. 41.

³⁴ Vgl. die umfassende Aufzählung von *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 692 Fn. 1.

³⁵ BGHZ 184, 259 (263 Rn. 10); *Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl. 2022, § 305 Rn. 24 m.w.N.

³⁶ *Leuschner*, NJW 2016, 1222.

³⁷ BT-Drs. 13/2713, S. 7; *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 181 m.w.N.

³⁸ BGHZ 184, 259 (263 Rn. 11 f.); BGH ZIP 2023, 1584 (1586 Rn. 21).

³⁹ BGH NJW 2016, 1230 (1231 Rn. 24).

⁴⁰ Eingehend *Stoffels*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 148 ff.; ebenso *Kappus*, NJW 2016, 33.

⁴¹ BGHZ 153, 311 (321).

⁴² BGHZ 143, 103 (111 f.); 153, 311 (321).

⁴³ Ausführlich *Leuschner*, NJW 2016, 1222 (1223).

⁴⁴ *Leuschner*, in: *Leuschner*, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Rn. 36 f.

gestuft werden. Es besteht bereits Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der verwendeten Standardvertragsklauseln.⁴⁵ Das führt dazu, dass die Rechtsprechung bei Verträgen zwischen Unternehmern mit wertmäßig beträchtlichem Umfang vereinbarte marktübliche Bestimmungen an § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheitern lässt.⁴⁶ Als Beispiel seien hier nur Bearbeitungsentgelte bei Darlehensverträgen im b2b-Verkehr genannt, die zwar branchenüblich sind,⁴⁷ jedoch vom BGH für unwirksam erklärt wurden.⁴⁸ Gewiss besteht diese Unsicherheit nicht mehr, sofern der Inhalt und die Ausgestaltung der einzelnen Klauseln von Gerichten überprüft worden ist.⁴⁹ Führt man sich jedoch etwa die Entscheidungen des *XI. Zivilsenats* des BGH vor Augen, fällt auf, dass lediglich ein Bruchteil der Urteile überhaupt nur den b2b-Bereich betreffen.⁵⁰ Ein Abwarten, bis die Rechtsprechung jede einzelne Klausel auf ihre Wirksamkeit überprüft hat, ist folglich wenig erfolgversprechend.

5. Unumgänglichkeit der §§ 305 ff. BGB im deutschen Recht

Nicht allzu große Bedeutung hätte diese Problematik, wenn das AGB-Recht für den Vertrag umgangen werden könnte. Wäre dies der Fall, beispielsweise wenn die gesamten §§ 305 ff. BGB schlicht abbedungen werden könnten, würde es zu keiner Rechtsunsicherheit kommen. Allerdings stellt das AGB-Recht zwingendes Recht dar,⁵¹ sodass dieses nicht durch einfache Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Ein Ausweg könnte zwar die Abwahl der §§ 305–310 BGB gem. § 1051 Abs. 1 ZPO im Rahmen einer Schiedsvereinbarung darstellen. Hierbei ist es allerdings umstritten, ob dies bei reinem Inlandsbezug rechtlich möglich ist.⁵² Somit hätten die Parteien ebenfalls keine rechtliche Sicherheit, dass §§ 305 ff. BGB nicht greifen.⁵³ Ohnehin ist fraglich, wie viele Vertragspartner tatsächlich bereit sind, auf staatliche Gerichte zu verzichten.⁵⁴ Folglich kann dies nur beschränkt Abhilfe schaffen.

6. „Flucht“ in ausländische Rechtsordnungen

Diese Gegebenheiten führen mittelbar zur schädlichen Folgewirkung der „Rechtsflucht“ ins Ausland. Denn gerade durch die Rechtsunsicherheit wird in der Literatur empfohlen, deutsches Recht nicht anzuwenden,⁵⁵ bzw. angedacht, auf einzelne kritische Klauseln in standardisierten Verträgen, deren Wirksamkeit nach deutschem Recht zweifelhaft ist, ausländisches Recht anzuwenden.⁵⁶ In verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen ist in persönlicher Hinsicht nämlich lediglich der Mindestinhalt der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG⁵⁷ umgesetzt worden.⁵⁸ Diese sieht eine Inhaltskontrolle

⁴⁵ So etwa BT-Drs. 20/8292, S. 89 zum RegE-ZuFinG.

⁴⁶ Freitag, BKR 2023, 386 (387) beispielhaft für Bankgeschäfte.

⁴⁷ Casper/Möllers, WM 2015, 1689 (1696); Piekenbrock, ZBB 2015, 13 (19).

⁴⁸ BGHZ 215, 172.

⁴⁹ So BT-Drs. 20/8292, S. 89 zum RegE-ZuFinG.

⁵⁰ Im Jahr 2007 betrafen aus 47 publizierten Entscheidungen lediglich 21,3 % (zehn Judikate) den b2b-Bereich, im Jahr 2008 waren es sogar nur 11,8 % (sechs Judikate) aus 51 publizierten Entscheidungen, vgl. Berger, SchiedsVZ 2009, 289 (298 Fn. 90).

⁵¹ BGHZ 200, 326 (335 Rn. 28 ff.); v. Westphalen, ZIP 2022, 245 (246 f.).

⁵² Statt aller Sommerfeld, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 147 ff. m.w.N.

⁵³ Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 742.

⁵⁴ Vgl. Berger, SchiedsVZ 2009, 289 (298); Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 742 f.

⁵⁵ Renner/Leidinger, BKR 2015, 499.

⁵⁶ Klumb, ZBB 2012, 449.

⁵⁷ ABL. EG 1993 Nr. L 95, S. 29.

⁵⁸ Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl. 2022, Vorbem. Rn. 108.

jedoch nur im b2c-Bereich vor,⁵⁹ sodass in diesen Ländern der b2b-Verkehr nicht von AGB-Kontrollen geprägt ist.⁶⁰ Damit besteht dort nicht das Problem der Unsicherheit, ob einzelne Klauseln der AGB-Inhaltskontrolle standhalten. Teilweise weichen Finanzunternehmer deshalb im Rahmen des nach Art. 3 Rom-I-VO rechtlich Möglichen⁶¹ auf ausländische Rechtsordnungen aus.⁶²

7. Zwischenergebnis

Folglich ist eine Änderung der aktuellen Situation geboten. Zwar wäre es statt einer Rechtsänderung de lege lata ebenso möglich, dass Gerichte ihre Rechtsprechung zum AGB-Recht für den b2b-Bereich ändern und an die jeweiligen Besonderheiten anpassen.⁶³ Dadurch, dass der BGH seine diesbezügliche Rechtsprechung erst kürzlich wieder bestätigt hat,⁶⁴ ist davon jedoch nicht auszugehen.⁶⁵ Eine Rechtsänderung ist somit geboten.⁶⁶

III. Ausweitung des AGB-Verzichts auf den b2b-Verkehr?

Fraglich ist nun, ob es der Rechtssicherheit zuträglich ist, wenn der gesamte unternehmerische Verkehr aus dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ausgeschlossen wird. Allerdings kann nicht behauptet werden, dass das Transaktionskostenproblem im gesamten b2b-Bereich nicht vorhanden wäre. Im Gegenteil bedürfen viele Unternehmer gerade dem Schutz einer AGB-Kontrolle, um den dadurch hervorkommenden Mangel der Privatautonomie zu kompensieren und missbräuchliche Klauseln zu vermeiden.⁶⁷

Sofern der Vertrag nämlich weder einen bestimmten Wert übersteigt noch das Geschäft zum Kernbereich derer Geschäfte gehört, die der Unternehmer typischerweise tätigt, wird dieser keine Mittel für die Überprüfung der AGB in Anspruch nehmen und ist damit schutzbedürftig.⁶⁸ Die dadurch in diesen Bereichen vorkommende Informationsasymmetrie führt dazu, dass sowohl „gute“ als auch „schlechte“ AGB zum gleichen Preis verwendet werden können; für die Verwender ist es damit lohnend, ihre AGB „schlechter“ auszugestalten – es kommt zu einem „race to the bottom“.⁶⁹ Folge davon

⁵⁹ Vgl. Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG.

⁶⁰ Bzw. nicht von einer solchen strengen Kontrolle wie in Deutschland, Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 91 ff., (21.4.2026).

⁶¹ Umfassend dazu *Sommerfeld*, AGB-Reform und Rechtsflucht, 2021, S. 87 ff.

⁶² *Freitag*, BKR 2023, 386 (387); *Früh*, in: Kümpel u.a., Bank- und Kapitalmarktrecht, 7. Aufl. 2025, Rn. 1.94a; insbesondere in das Schweizer Recht, *DAV*, AnwBl 2012, 402 (403); zweifelnd, wie stark dies wirklich vorkommt *Schäfer*, BB 2012, 1231 (1232) und *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 741 ff.

⁶³ Dafür *Armbrüster*, NZA-Beilage 2019, 44 (48 ff.); *Fornasier*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 29 ff.

⁶⁴ BGHZ 229, 344; BGH WM 2023, 1126.

⁶⁵ *Herresthal*, ZIP 2023, 1873 (1877); *Leuschner*, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 54.

⁶⁶ *Kieninger*, AnwBl 2012, 301 m.w.N.; insbesondere kommt auch eine Lösung über die analoge Anwendung von § 310 Abs. 1a S. 1 Nr. 2, S. 3 BGB mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht, vgl. *Berger/Reiss*, NJW 2025, 1311 (1315).

⁶⁷ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 221 f.

⁶⁸ Siehe oben II. 1.

⁶⁹ Ausführlich *Akerlof*, QJE 1970, 488 (489 ff.); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 618 ff.; dies war auch vor Inkrafttreten des AGB-Rechts in Deutschland zu sehen, *Drygala*, JZ 2012, 983 (985) m.w.N.

ist wiederum, dass missbräuchliche Klauseln auftauchen,⁷⁰ was zu Rechtsunsicherheit führt.⁷¹ Zumindest vorstellbar und nicht auszuschließen ist deshalb, dass schutzbedürftige Unternehmer gerade in ausländische Rechtsordnungen flüchten, die gerade eine Inhaltskontrolle im b2b-Bereich⁷² durchführen. Denn wenn beispielsweise ein der AGB-Kontrolle schutzbedürftiger inländischer Unternehmer ein Geschäft mit einem ausländischen Unternehmer, nach deren Rechtsordnung eine AGB-Kontrolle des b2b-Verkehrs stattfindet, schließt, gibt es für den inländische Unternehmer kaum einen Grund, die deutsche Rechtsordnung zu wählen, wenn er dadurch mehr Risiken eingeht.⁷³

Eine Ausweitung des Verzichts auf die AGB-Inhaltskontrolle auf den gesamten b2b-Bereich ist folglich nicht angebracht.⁷⁴ Stattdessen muss die Beschränkung der AGB-Kontrolle in einer solchen Weise konstruiert werden, dass nur Unternehmer von der Ausnahme erfasst werden, die dem Schutz der AGB-Kontrolle nicht bedürfen.⁷⁵ Die Masse an Reformvorschlägen⁷⁶ lassen sich dabei grob in drei Regelungsvorschläge systematisieren,⁷⁷ die im Folgenden näher dargestellt werden.

1. Bezugspunkt „Aushandeln“

So wird vorgeschlagen, die Anforderungen an das „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im b2b-Verkehr herabzusenken.⁷⁸ Dadurch soll die Unsicherheit hinsichtlich der Frage beseitigt werden, wann ein individuelles Aushandeln vorliegt.⁷⁹ Dem ist beizustimmen, dass es aufgrund der hohen Forderungen des BGH⁸⁰ tatsächlich schwierig ist, verlässlich Klauseln auszuhandeln.⁸¹ Das Anknüpfen an das Aushandeln würde aber nur sinnvoll sein, wenn sodann sichergestellt ist, dass gerade Geschäfte von §§ 305 ff. BGB ausgenommen werden, bei welchen die Vertragspartner nicht schutzwürdig sind.⁸² Dies vermag diese Lösung aber nicht vollumfänglich zu erreichen. Denn Parteien sind nicht ausschließlich dann nicht schutzbedürftig, sofern sie zwingend über die Bedingungen verhandeln – eine einseitige Überprüfung der Bedingungen kann ebenso ausreichen, die Informationsasymmetrie zu beseitigen.⁸³ Andererseits birgt ein Senken der Voraussetzungen hinsichtlich des „Aushandeln“ die Gefahr, dass die Bedingungen nicht als AGB eingestuft werden, obwohl die Parteien nicht „richtig“

⁷⁰ Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 739, der deshalb eine Flucht ins Schweizer Recht nur für großvolumige Transaktionen als vorteilhaft ansieht.

⁷¹ So wohl auch Schäfer, BB 2012, 1231 (1232); v. Westphalen, NJW 2009, 2977 (2981).

⁷² Auch eine Kontrolle im b2b-Verkehr vornehmend: Dänemark, Finnland, Belgien, Italien, Kroatien, Litauen, Schweden, Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl. 2022, Vorbem. Rn. 108.

⁷³ Natürlich ist hier eine Abwägung zwischen diesen Risiken und den Nachteilen der Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung erforderlich. Zu letzteren vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 739 ff.

⁷⁴ Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 50; Meller-Hannich, AnwBl 2012, 676 (682); Rodemann, NZBau 2023, 561 (562).

⁷⁵ Leuschner, JZ 2010, 875 (883).

⁷⁶ Vgl. Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 713 ff. m.w.N.

⁷⁷ Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 26 ff.; ähnlich Herresthal, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, 2020, S. 35 ff.

⁷⁸ Berger, NJW 2010, 465 (467 ff.); Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2660 ff.).

⁷⁹ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2660).

⁸⁰ Siehe oben II. 2.

⁸¹ Berger, ZIP 2006, 2149 (2152); a.A. v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1101 ff.).

⁸² Implizit Axer, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 175; Leuschner, JZ 2010, 875 (882).

⁸³ Leuschner, JZ 2010, 875 (882).

verhandelt haben⁸⁴ und dadurch gerade keine Richtigkeitsgewähr für den Vertrag besteht.⁸⁵ Letztlich ist bei einigen Vorschlägen auch zweifelhaft, inwiefern die konkret vorgeschlagenen Lösungsansätze tatsächlich zu mehr Rechtssicherheit führen werden, als es de lege lata der Fall ist.⁸⁶ Dieser Ansatz ist damit nicht in ausreichendem Maße in der Lage, die Problematik der AGB-Kontrolle im b2b-Verkehr aufzulösen.

2. Bezugspunkt Prüfungsmaßstab

Stattdessen könnte überlegt werden, der Kritik zur AGB-Kontrolle im b2b-Verkehr Rechnung zu tragen, indem der Prüfungsmaßstab des §§ 310 Abs. 1 S. 2, 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB angepasst wird. Während manche⁸⁷ dies auf der Ebene des lex lata fordern, wollen dies andere⁸⁸ durch eine Gesetzesänderung realisieren. Da die Gerichte erst kürzlich ihre Rechtsprechungslinie bestätigt haben, ist ersteres jedoch eher wenig erfolgsversprechend.⁸⁹ Mehreren Vorschlägen ist dabei gemeinsam, dass sie die „Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“ in höherem Maße berücksichtigen wollen.⁹⁰ Dabei geht allerdings nicht hervor, wann (Größe des Unternehmers, fachliche Kenntnis, Vertragswert, etc.) diese unternehmerischen Bedürfnisse zu beachten sind.⁹¹ Sofern andere hinsichtlich des Wertungsmaßstabs auf eine „gute unternehmerische Praxis“ abstellen,⁹² ist dem entgegenzuhalten, dass bereits zweifelhaft ist, ob eine solche Praxis überhaupt rechtssicher festgestellt werden kann.⁹³ Auch generell ist gegen das Anknüpfen nur am Prüfungsmaßstab einzuwenden, dass jedenfalls Auslegungszweifel nicht notwendigerweise wegfallen. Denn der veränderte Prüfungsmaßstab ändert nichts an der Qualifikation der Bedingungen als AGB, sodass Gerichte ihre Rechtsprechung zur objektiven Auslegung von AGB stets weiterführen können. Dieser Reformvorschlag hilft somit ebenfalls nicht befriedigend weiter.⁹⁴

3. Vertragswert als Obergrenze des AGB-Rechts

Daher wollen andere die Anwendung des AGB-Rechts von einem bestimmten Vertragswert als Obergrenze abhängig machen.⁹⁵ Dies bietet zum einen den Vorteil, dass das Anknüpfen an einen konkreten

⁸⁴ v. Westphalen, BB 2010, 195 (198) beispielhaft für den Vorschlag von Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2662).

⁸⁵ Vgl. Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845 (846); ferner Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 895 f.

⁸⁶ Ausführlich etwa v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1104 ff.).

⁸⁷ Armbrüster, NZA-Beilage 2019, 44 (48 ff.); Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 310 Rn. 29 ff.

⁸⁸ Teilweise mit einer Änderung des „Aushandeln“ kombinierend Berger, NJW 2010, 465 (469); DAV, AnwBl 2012, 402; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658.

⁸⁹ Im Erg. Berger, NJW 2010, 465 (465 f.).

⁹⁰ Berger, NJW 2010, 465 (469); Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658.

⁹¹ v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1108).

⁹² DAV, AnwBl 2012, 402; Herresthal, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, 2020, S. 110 ff.

⁹³ v. Westphalen, ZIP 2018, 1101 (1108 f.).

⁹⁴ Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 58.

⁹⁵ Leuschner, JZ 2010, 875 (884); nur für einen Verzicht der §§ 307 ff. Drygala, JZ 2012, 983 (988); nur für das Merkmal des „Aushandeln“ berücksichtigen wollend Becker, JZ 2010, 1098 (1105) und Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158 (162); a.A. Fröhlich, ZVertriebsR 2025, 362 (365), nach dem dies zumindest allein keine befriedigende Lösung ist; McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 286 ff.

Wert rechtssicher ist.⁹⁶ Andererseits wird aber auch spezifisch an die Schutzbedürftigkeit hinsichtlich einer AGB-Kontrolle angeknüpft.⁹⁷ Denn sofern die Transaktionskosten in keinem Missverhältnis zum Vertragswert stehen, lohnt es sich für den Verwendungsgegner, Mittel aufzuwenden, um die AGB zu analysieren und ggf. zu verhandeln.⁹⁸ Zwar ist dabei eigentlich der subjektive Vertragswert für den Verwendungsgegner entscheidend.⁹⁹ Da dieser aber nicht einsehbar für den Vertragspartner ist, muss stattdessen auf einen objektiven Wert ausgewichen werden – weil der subjektive Vertragswert grundsätzlich aber mit steigendem objektiven Wert ansteigt, stellt dieser einen geeigneten Parameter dar.¹⁰⁰

Nachgegangen muss allerdings noch der Frage, welcher Vertragswert entscheidend sein soll. Vorgeschlagen wird etwa auf 100.000 €, ¹⁰¹ 500.000 €, ¹⁰² 1.000.000 € ¹⁰³ oder 3.000.000 € ¹⁰⁴ abzustellen. Becker begründet seinen Vorschlag von 500.000 € mit einer Überschlagsrechnung, durch die die durchschnittlichen Transaktionskosten berechnet werden sollen.¹⁰⁵ Zum einen wird hierbei aber unzureichend berücksichtigt, dass die Transaktionskosten je nach Vertragskonstellation unterschiedlich hoch ausfallen;¹⁰⁶ Leuschner möchte daher konsequenterweise einen „Sicherheitsaufschlag“ addieren.¹⁰⁷ Zum anderen ist durch die Überschlagsrechnung noch nicht klargestellt, ab welchem Transaktionskosten-Vertragswert-Verhältnis Unternehmer tatsächlich bereit sind, Informationskosten aufzuwenden. Um letzterem nachzugehen, sollten durch Umfragen in der Praxis empirische Daten erlangt werden.¹⁰⁸ Von einer etwaigen Kritik, dass eine Wertgrenze stets willkürlich festgesetzt sei,¹⁰⁹ kann sodann nicht mehr die Rede sein.¹¹⁰ Ohnehin ist die Bestimmung fester Wertgrenzen übliches Vorgehen des Gesetzgebers.¹¹¹

4. Berücksichtigung wirtschaftlicher Machtgefälle

Zu hinterfragen ist dennoch, ob neben dem Geschäftswert auch wirtschaftliche Abhängigkeits-

⁹⁶ Becker, JZ 2010, 1098 (1105); a.A. aufgrund Berechnungsschwierigkeiten Kieninger, AnwBl 2012, 301 (302); Stoffels, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 553b; dies überzeugend widerlegend Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1050 f.).

⁹⁷ Leuschner, JZ 2023, 875 (883 f.).

⁹⁸ Siehe oben II. 1.

⁹⁹ Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1049).

¹⁰⁰ Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1049); a.A. McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 288 f.

¹⁰¹ Drygala, JZ 2012, 983 (988).

¹⁰² Becker, JZ 2010, 1098 (1105); auf 500.000 £ abstellend The Law Commission/The Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, S. 131, (21.4.2026).

¹⁰³ Leuschner, JZ 2010, 875 (884).

¹⁰⁴ Pfeiffer, ZGS 2004, 401.

¹⁰⁵ Hierbei wird von einem Stundensatz von 200 € für Rechtsberatung und einem Arbeitsaufwand von 25 h ausgegangen, sodass sich Transaktionskosten von 5000 € ergeben (1 % der Wertgrenze), Becker, JZ 2010, 1098 (1105).

¹⁰⁶ Leyens/Schäfer, AcP 2007 (207), 771 (794).

¹⁰⁷ Leuschner, ZIP 2015, 1045 (1049).

¹⁰⁸ Ebenso Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (795); dass mit steigendem Geschäftsvolumen der Wille zur ausführlicheren Vertragsgestaltung steigt, wurde bereits empirisch belegt, Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, S. 166 f., (21.4.2026).

¹⁰⁹ Stoffels, AGB-Recht, 5. Aufl. 2024, Rn. 553b.

¹¹⁰ In diese Richtung bereits Becker, JZ 2010, 1098 (1105).

¹¹¹ Becker, JZ 2010, 1098 (1105).

verhältnisse mitberücksichtigt werden sollten.¹¹² Denn wenn ein Vertragspartner überhaupt nicht verhandlungsbereit ist, dann scheint auch die (noch so detailreiche) Analyse der AGB durch den Verwendungsgegner unmittelbar nicht weiterführend zu sein. Bei näherer Betrachtung sorgt jedoch auch hier der Marktmechanismus für Abhilfe. Denn wenn ein AGB-Verwender auf Angebots- oder auf Nachfrageseite im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht bereit ist, bestimmte Risiken auf sich selbst abzuwälzen bzw. auf gewisse Forderungen des Verwendungsgegners einzugehen, wird sich dieser einen anderen Vertragspartner zum Kontrahieren suchen.¹¹³ Der nicht verhandlungsbereite Unternehmer würde damit ökonomisch irrational handeln, sofern er nicht in gewissem Maße verhandlungsbereit ist. Dieser „Marktautomatismus“ besteht jedoch dann nicht mehr, wenn dem nicht verhandlungsbereiten Unternehmer ein Monopol zukommt oder marktverzerrende Abreden vorliegen. Dann bleiben dem sich in einer „take it or leave it – Situation“ befindlichen Unternehmer lediglich die Möglichkeit, den Vertrag entweder mit den vorgesetzten Bedingungen abzuschließen oder gar nicht einzugehen. Die Verhinderung solcher Marktsituationen ist allerdings grundsätzlich nicht Aufgabe des AGB-Rechts, sondern Sache des Kartellrechts.¹¹⁴ Somit besteht kein Bedarf, neben dem Geschäftswert auch wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse zu berücksichtigen.

5. „Typische“ Verträge des Verwendungsgegners

Unabhängig von dem Geschäftswert sind Unternehmer auch dann nicht schutzbedürftig, sofern sie häufig das vertragsgegenständliche Geschäft tätigen, diese also zum Kernbereich ihrer Tätigkeit zählen.¹¹⁵ So hat sich Axer dafür ausgesprochen, die Befreiung der AGB-Kontrolle gerade an diesen Kernbereich zu knüpfen.¹¹⁶ Obwohl ökonomische Gesichtspunkte dafür sprechen, ist hiergegen einzuwenden, dass es schwierig zu beurteilen ist, wann dieses Merkmal beim jeweiligen Unternehmer vorliegt.¹¹⁷ Gerade der Verwendungsgegner kann dies im Rahmen der Vertragsverhandlungen schlecht bzw. nicht sicher einsehen. Dadurch könnte die Rechtsunsicherheit sogar noch zunehmen – dieser Anknüpfungspunkt ist folglich nicht in die Beschränkung miteinzubeziehen.¹¹⁸

IV. Ergebnis

Aufgrund der durch Anwendung des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr erzeugten Rechtsunsicherheit, ist stets eine Reform dessen angebracht. Der durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz geschaffene § 310 Abs. 1a BGB ist dabei nicht in der Lage, das Problem insgesamt zu beseitigen. Stattdessen sollte die Problematik insgesamt angegangen werden und eine Regelung für den gesamten unternehmerischen Verkehr geschaffen werden. Legistisch sollte dies durch einen Geschäftswert als Obergrenze für die Anwendung der §§ 305–309 BGB umgesetzt werden. Der Wert dieser Obergrenze sollte dabei durch empirische Forschung noch genauer ermittelt werden, um eine willkürliche Festsetzung auszuschließen.

¹¹² Dafür *Leuschner*, in: *Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr*, Kommentar, 2021, Einl. Rn. 51 ff.

¹¹³ Vgl. *Drygala*, JZ 2012, 983 (987).

¹¹⁴ Vgl. *Leuschner*, JZ 2010, 875 (884); zweifelnd *Drygala*, JZ 2012, 983 (986 f.).

¹¹⁵ Siehe oben II. 1.

¹¹⁶ *Axer*, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, 2012, S. 136 f.; dies für das „Aushandeln“ berücksichtigen wollend *Kieninger*, AnwBl 2012, 301 (306).

¹¹⁷ *Leuschner*, ZIP 2015, 1045 (1051).

¹¹⁸ *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (17); *Leuschner*, ZIP 2015, 1045 (1051).

Die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen bei Nutzung von Empfangsvorrichtungen

Stud. iur. Jasper Heil, Kiel*

Die allgemeinen Auslegungsgrundsätze bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen und die Grundsätze über den Zugang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen bei der Einschaltung von Empfangsvorrichtungen sind nicht ohne Weiteres miteinander kompatibel. Der Beitrag arbeitet die verschiedenen Konstellationen heraus und zeigt auf, dass sie einheitlich zugunsten des Vorrangs des – wenn auch nur hypothetischen – erkannten oder übereinstimmenden Willens beim Empfänger aufzulösen sind, sofern ein solcher ermittelt werden kann. Ein besonderer Schwerpunkt liegt auf der Rechtsfigur des Empfangsboten als „personifizierter Empfangsvorrichtung“ und den sich daraus ergebenden Besonderheiten für die Auslegung gegenüber anderen Empfangsvorrichtungen.

I. Auslegungsgrundsätze: Vorrang des erkannten oder übereinstimmenden Willens sowie Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont.....	725
II. Zugang und Auslegung bei der Einschaltung von Empfangsvorrichtungen	726
1. Der Zeitpunkt des Zugangs und die Risikoverteilung	727
2. Auslegungsfragen.....	728
a) Tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen.....	728
b) Maßstab der Auslegung bei fehlender tatsächlicher Kenntnisnahme vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen	729
aa) Ausgangspunkt: Auslegung der Erklärung nach dem „hypothetischen objektiven Empfängerhorizont“.....	729
bb) Sonderfall: „Vorrang des hypothetisch übereinstimmenden Willens“	732
III. Arten von Hilfspersonen beim Zugang und Auswirkungen auf die Auslegung	733
1. Erklärungsbote.....	733
2. Empfangsvertreter, § 164 Abs. 3 BGB.....	733
3. Empfangsbote	734
a) Zugangszeitpunkt bei der Einschaltung von Empfangsboten („menschliche Empfangsvorrichtung“) und Risikoverteilung.....	734
b) Auslegungsfragen	735
aa) Willensübereinstimmung weder beim Empfangsboten noch (hypothetisch) beim Empfänger	736

* Der Verf. ist Student der Rechtswissenschaft an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

bb) Willensübereinstimmung nicht beim Empfangsboten, aber (hypothetisch) beim Empfänger	737
cc) Willensübereinstimmung nur beim Empfangsboten, aber nicht (hypothetisch) beim Empfänger.....	738
(1) Die Besonderheit des „doppelten Vorstellungsbildes“: Maßgeblichkeit des subjektiv Gewollten	738
(2) Sonderfall: Der zur unerkennbaren Falschbezeichnung führende übereinstimmende Wille im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote ..	740
dd) Willensübereinstimmung sowohl beim Empfangsboten als auch (hypothetisch) beim Empfänger.....	741
IV. Fazit	741

I. Auslegungsgrundsätze: Vorrang des erkannten oder übereinstimmenden Willens sowie Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont

Zu Beginn sollen kurz die allgemeinen Grundsätze bei der Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen dargestellt werden, bevor die Übertragung dieser Grundsätze auf die Konstellationen, in denen eine Beteiligung von Empfangsvorrichtungen am Zugang stattfindet, untersucht wird.

Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen richtet sich – im Einklang mit dem Rechtsgedanken der §§ 116 S. 2, 117 BGB – nach ganz h.M. wegen § 133 BGB vorrangig nach dem übereinstimmend Gewollten.¹ Zum einen gilt der wahre Wille des Erklärenden, wenn der Empfänger ihn positiv erkennt; dabei muss ihn der Empfänger sich nicht selbst zu eigen machen.² Zum anderen kommt ein Vertrag auch in den Fällen der übereinstimmenden Falschbezeichnung mit dem übereinstimmend gewollten Inhalt zustande („falsa demonstratio non nocet“).³ Selbiges gilt auch für die Fälle der „unkoordiniert übereinstimmenden Falschbezeichnung“, in denen beide Parteien eine fehlerhaft verwendete Bezeichnung lediglich zufällig gleichsinnig verstehen, weil die fragliche Abweichung vom eigentlichen Bedeutungsgehalt für die Gegenseite jeweils nicht erkennbar ist.⁴

Dem Vorrang des übereinstimmenden Willens bei Falschbezeichnung ist vereinzelt mit dem Argument entgegengetreten worden, dass eine Partei, die später ihren Irrtum bemerke, sich nun auf das Zustandekommen eines Vertrags mit dem objektiv erkennbaren Inhalt (zur dieser Auslegungsmethode siehe sogleich) verlassen würde und so ggf. dazu veranlasst werde, unnütze Dispositionen zu treffen.⁵ Jedoch ist Sinn und Zweck der Auslegung (in Verbindung mit den Regeln über die Irrtumsanfechtung), die Interessen des Erklärenden und des Adressaten in Einklang zu bringen und dabei

¹ BGH, Urt. v. 26.10.1983 – IV a ZR 80/82 = NJW 1984, 721; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 518 f., 942; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 49. Aufl. 2025, § 6 Rn. 10; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 133 Rn. 15; Ellenberger, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 133 Rn. 8; Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2025, § 9 Rn. 13; Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 133 Rn. 9; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 327; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 133 Rn. 27.

² BGH, Urt. v. 20.11.1992 – V ZR 122/01 = NJW-RR 1993, 373; Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 133 Rn. 9.

³ RGZ 99, 147 (148); BGH NJW 2008, 1658 (1659 Rn. 12); Arnold, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 133 Rn. 18; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 35 Rn. 28.

⁴ Vgl. Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 36.

⁵ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 2 Rn. 12; Mittelstädt, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2016, S. 115 ff.

Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁶ Wird der gewollte Erklärungsinhalt positiv erkannt oder auch nur zufällig korrekt ermittelt, so ist der Erklärungsempfänger nicht schutzbedürftig und es wäre nicht zu rechtfertigen, einen anderen Erklärungsinhalt als den tatsächlich gewollten gelten zu lassen.⁷ Dem Argument des späteren Entdeckens des Irrtums über den objektiven Erklärungsinhalt kann über die Annahme einer Nachfrageobliegenheit des „Entdeckenden“ adäquat begegnet werden.⁸

In den sonstigen Fällen, in denen ein übereinstimmend Gewolltes fehlt, kommt es gem. §§ 133, 157 BGB zur Auslegung der empfangsbedürftigen Willenserklärung auf den objektiven Empfängerhorizont an.⁹ Das bedeutet, dass die Willenserklärung so auszulegen ist, wie sie ein objektiver Dritter in der Position des Empfängers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.¹⁰ In diesen objektiven Empfängerhorizont sind auch die Begleitumstände, die Interessenlage, der Verkehrskreis, dem der Empfänger angehört sowie das Wissen des konkreten Empfängers, insbesondere also die „Vorgeschichte“ der Parteien bzw. der Willenserklärung, mit einzubeziehen.¹¹ Auch das dient einem rechtssicheren Ausgleich der Parteiinteressen: Aus einer Zusammenschau der §§ 133, 157, 116 BGB ergibt sich, dass es aus Gründen des Verkehrs- und Vertrauensschutzes auf den Verständnishorizont des Rechtsverkehrs ankommen muss, da der Erklärungsempfänger andernfalls den Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärungen anderer kaum abschätzen könnte.¹² Fehlvorstellungen über den tatsächlichen Inhalt der eigenen Willenserklärung trägt das Anfechtungsrecht mit den §§ 119 Abs. 1, 122 BGB angemessen Rechnung.¹³

Die vorgenannten Grundsätze zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen haben das Leitbild eines Erklärungstatbestands vor Augen, welcher tatsächlich zur Wahrnehmung einer für die Auslegung maßgeblichen Person (dem „Empfänger“) gelangt. In diesen Fällen kann auf den durch den Empfänger vorgestellten Erklärungsinhalt oder eben auf den objektiven Empfängerhorizont abgestellt werden. Probleme ergeben sich aber dann, wenn eine solche tatsächliche Kenntnisnahme für das Wirksamwerden der Willenserklärung entbehrlich ist oder die tatsächliche Kenntnisnahme durch eine vom Empfänger verschiedene Person für das Wirksamwerden genügen kann. Dies kann namentlich beim Zugang unter Nutzung von Empfangsvorrichtungen der Fall sein.

II. Zugang und Auslegung bei der Einschaltung von Empfangsvorrichtungen

Zunächst sollen kurz die Grundsätze über den Zugang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen dargestellt werden (1.), bevor auf die aus diesen Grundsätzen folgenden Auslegungsfragen eingegangen wird (2.).

⁶ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 2 Rn. 8–10.

⁷ Vgl. BGH NJW 1984, 721; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 133 Rn. 15; Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 37.

⁸ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 35 Rn. 28 (Fn. 50); Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 133 Rn. 13; andeutend auch de la Durantaye, Erklärung und Wille, 2020, S. 113 f.

⁹ Riesenhuber, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2022, § 133 Rn. 26. Vgl. auch Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2025, § 9 Rn. 7; Schack, BGB – Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2023, Rn. 209.

¹⁰ BGHZ 36, 30 (33); BGH NJW 2009, 774 (776 Rn. 25); Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 133 Rn. 27.

¹¹ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 2 Rn. 10; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 323.

¹² Möslin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 6.

¹³ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 2 Rn. 10, vgl. auch Dörner, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 133 Rn. 8.

1. Der Zeitpunkt des Zugangs und die Risikoverteilung

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist unter Abwesenden nach ganz h.M. dann nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen, wenn der Empfänger die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis nimmt oder wenn die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist.¹⁴ Zum Machtbereich des Empfängers gehört nicht nur dessen räumliche Herrschaftssphäre,¹⁵ sondern auch insbesondere dessen Empfangsvorrichtungen¹⁶, d.h. diejenigen Einrichtungen, die der Empfänger speziell für die Entgegennahme von Willenserklärungen bereitstellt.¹⁷ Beispiele für Empfangsvorrichtungen sind Briefkästen¹⁸, Postfächer¹⁹, Anrufbeantworter²⁰, E-Mail-Postfächer²¹ und auch der Empfangsbote²² als „personalisierte Empfangsvorrichtung“²³.

Als Konsequenz aus dem Vorgenannten folgt, dass es möglich ist, dass eine empfangsbedürftige Willenserklärung zugeht und wirksam wird, ohne dass sie der Empfänger (inhaltlich) zur Kenntnis genommen bzw. überhaupt wahrgenommen haben muss.²⁴ Dieser Mechanismus des Zugangs ohne tatsächliche Kenntnisnahme ist grundsätzlich interessengerecht, da so der Erklärende das Risiko der fehlenden tatsächlichen Kenntnisnahme ab dem Zeitpunkt, in dem die Erklärung in die Sphäre des Empfängers „wechselt“, nicht mehr tragen muss – mit diesem Risiko ist dann der Empfänger belastet, da es nun auf den „Ablauf nach dem gewöhnlichen Umständen“ ankommt.²⁵

Streitig ist allerdings, wer das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Veränderung der Erklärung zwischen dem Erreichen des Machtbereichs des Empfängers und dem Zugangszeitpunkt trägt. Die Beantwortung dieser Frage ist zwar für die unmittelbar folgenden Beispiele nicht relevant, wird aber für die Empfangsboten-Fälle wichtig²⁶ und wird daher aus Gründen des Sachzusammenhangs bereits an dieser Stelle erörtert. Beispielhaft sei der Fall genannt, dass ein Brief mit einer Willenserklärung um 23:00 Uhr in den Briefkasten des Empfängers eingeworfen wird und der Briefkasten noch in derselben Nacht mitsamt dem Brief abbrennt.

Eine Ansicht geht davon aus, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs der Erklärung bis zum Zugangszeitpunkt beim Erklärenden verbleibe.²⁷ Dafür spreche zum einen, dass andernfalls der Zeit-

¹⁴ BGH NJW 2019, 2469 (2470 Rn. 21); *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 16; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 130 Rn. 5; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 2 Rn. 22–24; *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 48; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2025, § 6 Rn. 13; *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 130 Rn. 4; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 274, 276; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 130 Rn. 9; vgl. auch *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 49. Aufl. 2025, § 7 Rn. 9.

¹⁵ Vgl. *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 52.

¹⁶ Auch genannt „Empfangseinrichtungen“, z.B. bei *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 17.

¹⁷ *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 54.

¹⁸ BAG NZA 2019, 1490 (1490 Rn. 12).

¹⁹ Vgl. OLG Stuttgart NJW 2012, 2360 (2361).

²⁰ *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 24.

²¹ BGHZ 234, 316 (323 Rn. 20), mit der Einschränkung, dass der Empfänger wenigstens konkludent im Geschäftsverkehr zum Ausdruck bringen muss, Rechtsgeschäfte mittels elektronischer Erklärungen in Form von E-Mails abzuschließen.

²² Hierzu noch ausführlich unter III. 3.

²³ BGH NJW 2002, 1565 (1567).

²⁴ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 130 Rn. 9.

²⁵ *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 2 Rn. 25.

²⁶ Siehe III. 3. a).

²⁷ *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 3; *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 50; *Sandmann*, AcP 199 (1999), 455 (461).

punkt des Zugangs deutlich an Bedeutung bezüglich seiner Funktion im Rechtsverkehr verlieren würde.²⁸ Zum anderen sei der Erklärende auch insoweit nicht schutzbedürftig: wolle er sich stärker gegen das Risiko absichern, so müsse er eben auf eine persönliche Überbringung der Erklärung zurückgreifen.²⁹ Die in den Briefkasten eingeworfene Erklärung wäre nach dieser Ansicht nie zugegangen.

Allerdings verkennt diese Ansicht, dass der Zugangszeitpunkt als Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Willenserklärung (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) auch bei Annahme eines früheren Gefahrübergangs nach wie vor z.B. für Fragen der Fristwahrung erhebliche Bedeutung besitzt. Was hingegen die Gefahr des zufälligen Untergangs angeht, so ist auch hier eine Abgrenzung nach Verantwortungsbereichen sachgerecht.³⁰ Der Empfänger steht seinem Machtbereich näher als der Erklärende, sodass es sachgerecht ist, dem Empfänger auch die Risiken von Ereignissen, die sich dort zutragen, aufzuerlegen.³¹ Im Beispiel wäre nach vorzugswürdiger Ansicht die Erklärung daher trotz zufälligen Untergangs zugegangen, weil sie bereits in den Machtbereich des Empfängers gelangt war – nur eben erst am Folgetag.

2. Auslegungsfragen

Es fragt sich nun, auf welche Maßstäbe für die Auslegung von solchen Willenserklärungen, die überhaupt keine tatsächliche Wahrnehmung durch einen „Empfänger“ zur Wirksamkeit benötigen, zurückzugreifen ist.

a) Tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen

Unproblematisch ist die Konstellation, in der die Erklärung durch den Empfänger noch vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen tatsächlich zur Kenntnis genommen wird.

Beispiel 1: V, der an M zwei Grundstücke mit den Flurnummern 324/21 und 652/21 vermietet hat, wirft bei M spätabends einen Brief in den Briefkasten ein. Dort heißt es: „Lieber M, hiermit kündige ich den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21.“ Tatsächlich wollte V den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 kündigen, er hatte nur die Nummern verwechselt. Wenige Minuten später öffnet M zufällig den Briefkasten und liest den Brief.

Die Kündigungserklärung des V ist M bereits mit der tatsächlichen Kenntnisnahme wenige Minuten nach dem Einwurf zugegangen; auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen kommt es nicht an, siehe oben. Somit können, da die Erklärung durch die Wahrnehmung des M wirksam wird, die unter I. erläuterten Auslegungsgrundsätze ohne Weiteres herangezogen werden.

Variante 1 zu Beispiel 1: Zufällig unterliegt M demselben Irrtum wie V.

²⁸ Vgl. Gomille, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 50.

²⁹ Vgl. Gomille, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 50.

³⁰ Vgl. Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (843 f.).

³¹ Vgl. Dörner, AcP 202 (2002), 363 (371 f.); Faust, in: NK-BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 23.

Unterliegt M zufällig demselben Irrtum wie V und geht ebenfalls irrig davon aus, dass sich die Flurnummer 324/21 auf das von V gemeinte Grundstück beziehe, so ist die Kündigungserklärung des V als Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 auszulegen (übereinstimmender Wille – „falsa demonstratio non nocet“).

Variante 2 zu Beispiel 1: V hat im Brief die Grundstücksnummern zum ersten Mal verwechselt, was M auch nicht erkannt hat oder auch nur erkennen musste.

Kommt M ein entsprechender Gedanke nicht und gibt es auch keinen anderen Anlass für ihn, die durch V gewählte Bezeichnung zu hinterfragen, so wäre die Kündigungserklärung des V als Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 auszulegen (objektiver Empfängerhorizont). V könnte seine Kündigungserklärung nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten.

Variante 3 zu Beispiel 1: In allen früheren Gesprächen und Vertragsverhandlungen haben V und M übereinstimmend immer die Bezeichnungen der beiden Grundstücke verwechselt. Beide gingen immer davon aus, dass die Nummer „324/21“ das Grundstück „652/21“ bezeichne und umgekehrt. Vor kurzer Zeit hat M diesen Irrtum zufällig bemerkt, allerdings ohne V über seine neue Erkenntnis zu informieren.

Musste M hingegen aufgrund einer entsprechenden „Vorgeschichte“ zwischen den Parteien davon ausgehen, dass V mit seiner Bezeichnung das Grundstück 652/21 meint, so ergibt sich ebenfalls – falls M nun den wahren Willen des V erkennt – aus dem übereinstimmenden Willen von V und M, dass die Kündigungserklärung des V als Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück 652/21 auszulegen ist. Selbst wenn M nun, da er über die Kenntnis von den wahren Grundstücksbezeichnungen verfügt, den Brief des V „beim Wort nimmt“ und sich keine weiteren Gedanken macht, so lässt sich das Ergebnis mit dem objektiven Empfängerhorizont begründen: Ein objektiver Empfänger in der Position und mit dem Wissen des M, der auch die Vorgeschichte zwischen den Parteien kennt (siehe oben), muss davon ausgehen, dass V das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 meinte.

b) Maßstab der Auslegung bei fehlender tatsächlicher Kenntnisnahme vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen

Einer kritischen Untersuchung bedürfen das „Ob“ und das „Wie“ der Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf den Fall des Zugangs ohne tatsächliche Kenntnisnahme.

Beispiel 2: Wie Beispiel 1, nur dass M seinen Briefkasten auch zwei Wochen nach dem Einwurf des Briefes durch V noch nicht geleert hat.

aa) Ausgangspunkt: Auslegung der Erklärung nach dem „hypothetischen objektiven Empfängerhorizont“

Variante 1 zu Beispiel 2: V hat im Brief die Flurstücksnummern zum ersten Mal verwechselt, was M auch nicht erkannt hätte oder hätte erkennen müssen, hätte er den Brief tatsächlich gelesen.

Allen bisherigen Auslegungsansätzen war gemein, dass zunächst betrachtet wurde, wie der Adressat die von ihm wahrgenommene Erklärung tatsächlich verstanden hat. Das ist in diesem Fall mangels sinnlicher Wahrnehmung durch den Empfänger (im Beispiel M) nicht mehr möglich. Zu der Frage nach dem nun maßgeblichen Auslegungsmaßstab wurde sich – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung und im Schrifttum noch nicht ausführlich geäußert.³² Das dürfte daran liegen, dass Fälle wie die Variante 1 den absoluten praktischen Regelfall darstellen: Der Irrtum des Erklärenden wäre ohnehin unbemerkt geblieben, sodass es auf den objektiven Empfängerhorizont angekommen wäre, wäre der Brief tatsächlich gelesen worden. Somit ist es müßig, sich Gedanken über den Auslegungsmaßstab zu machen. Jeder, der den Brief sehen würde (einschließlich M), würde von einer Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 ausgehen.

Variante 2 zu Beispiel 2: In allen früheren Gesprächen und Vertragsverhandlungen haben V und M immer die Bezeichnungen der beiden Grundstücke verwechselt. Beide gingen immer davon aus, dass die Nummer „324/21“ das Grundstück „652/21“ bezeichne und umgekehrt. Vor kurzer Zeit hat M diesen Irrtum zufällig bemerkt, allerdings ohne V über seine neue Erkenntnis zu informieren.

In der Fallvariante 2 ist es hingegen unabdingbar, sich auf einen Auslegungsmaßstab festzulegen. Da sich ein uneingeschränktes subjektives Anknüpfen an den wahren Willen des Erklärenden aus Gründen des Verkehrs- und Empfängerschutzes verbietet,³³ muss es auf eine Auslegung ankommen, die die Sicht des „Empfängers“ – dem die Willenserklärung zwar i.S.d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugeht, der sie aber nicht im Sinne einer inhaltlichen Wahrnehmung „empfängt“, siehe oben – (mit-)berücksichtigt. Konstruktiv denkbar wären dabei verschiedene Ansätze. Nahe liegt zunächst eine Auslegung der Erklärung „aus sich heraus“³⁴.

Die Auslegung einer Willenserklärung „aus sich heraus“, d.h. die Beurteilung des Inhalts der Erklärung aus der Sicht eines hypothetischen, unbeteiligten Dritten, ist weitgehend anerkannt für die Auslegung von Annahmeerklärungen, welche nach § 151 S. 1 BGB nicht empfangsbedürftig sind.³⁵ Teilweise finden sich in Literatur und Rechtsprechung ähnliche Formulierungen für Erklärungen, die sich an einen unbestimmten Adressatenkreis richten, wie z.B. die Auslobung (§ 657 BGB)³⁶ oder Satzungen von Körperschaften, solange „echte Satzungsbestandteile“ betroffen sind³⁷. Letzterem kann zwar in dieser Pauschalität nicht gefolgt werden, da z.B. auch bei der Auslobung der erkannte wahre Wille vorrangig zu berücksichtigen ist³⁸ oder auch bei Körperschaftssatzungen außerhalb des Satzungstextes liegende Umstände u.U. herangezogen werden können, wenn deren Kenntnis bei

³² Zwar findet sich bei *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 164 Rn. 14 und *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 93 eine kurze Bemerkung zur Auslegung der Willenserklärung in den Fällen der Heranziehung eines Empfangsvertreters und eines Empfangsboten. Auf diese wird allerdings noch später unter III. 2., 3. einzugehen sein. Das hier aufgeworfene Problem grundsätzlicher Art wird nicht adressiert. Jedoch findet sich ein vergleichbarer Gedanke bei *Riesenhuber*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2022, § 151 Rn. 18 (freilich zum Auslegungsmaßstab bei § 151 S. 1 BGB, wobei sich die dortige und die hier zu untersuchende Konstellation durchaus ähneln).

³³ Vgl. bereits unter I.

³⁴ Formulierung z.B. bei *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 133 Rn. 72.

³⁵ BGH NJW 1999, 2179; *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 151 Rn. 9; *Möslein*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 32.3. A.A. aber zutreffend *Riesenhuber*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2022, § 151 Rn. 18.

³⁶ *Lohsse*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 657 Rn. 35.

³⁷ *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.11.2025, § 2 Rn. 67–69.

³⁸ *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 133 Rn. 17.

den Mitgliedern und Organen allgemein vorausgesetzt werden kann³⁹. Unabhängig von diesen Randunschärfen bleibt aber festzuhalten, dass es nach h.M. jedenfalls in den Fällen des § 151 S. 1 BGB, bei denen es also an der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung fehlt, in Ermangelung eines Empfängers nicht auf den objektiven Empfängerhorizont ankommen kann, sondern auf den Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten.⁴⁰ Da auch in den Fällen des Zugangs bei Verwendung einer Empfangsvorrichtung ein tatsächlicher „Empfang“ durch den Empfänger nicht stattfindet, ließe sich die Anwendung dieser Auslegungsmethode auch in der Fallvariante 2 erwägen. Damit wäre in der Fallvariante 2 eine Kündigung des Grundstücks mit der Flurnummer 324/21 durch V anzunehmen, da ein unbeteiligter, objektiver Dritter den Brief nur so verstehen würde.

Dieses Ergebnis mutet allerdings befremdlich an. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass der Fall des § 151 S. 1 BGB mit der vorliegenden Konstellation gerade nicht vergleichbar ist. Es ist gerade nicht so, dass der Zugang der Willenserklärung selbst entbehrlich ist; vielmehr wird der Zugang beim Empfänger nur auf einen Zeitpunkt vor der tatsächlichen Kenntnisnahme vorverlagert. Anders als im Fall des § 151 S. 1 BGB fehlt es beim Zugang unter Zuhilfenahme von Empfangsvorrichtungen aber nicht an einem Empfänger selbst, sondern nur an der sinnlichen Wahrnehmung durch diesen. Da aber der Zugangsmechanismus nur der angemessenen Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger Rechnung tragen soll,⁴¹ muss sich das Auslegungsergebnis danach bestimmen, wie die Auslegung bei hypothetischer Kenntnisnahme durch den Empfänger im Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen auszulegen gewesen wäre. Gerade dieses Ergebnis soll der Zugangsmechanismus schließlich bewirken. Dieser Schluss lässt sich als Auslegung nach dem „hypothetischen objektiven Empfängerhorizont“ bezeichnen.⁴² Ohne es so zu bezeichnen, verfolgt die h.M. einen ähnlichen Ansatz bei der Auslegung in den Fällen des Zugangs mittels Empfangsboten.⁴³

Übertragen auf die Fallvariante 2 bedeutet das, dass ein objektiver Dritter in der Position des M, hätte dieser den Brief tatsächlich gelesen, wegen der Vorgeschichte der Parteien davon ausgegangen wäre, dass V das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 bezeichnen wollte, sodass die Kündigungserklärung auch objektiv dahingehend auszulegen ist.

Diese Handhabung hat auch den Vorteil, dass eine spätere tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger praktisch nur vorweggenommen wird. Würde man eine Auslegung der Erklärung „aus sich heraus“ annehmen und M den Brief wenige Minuten nach dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen lesen, so würde M in seinem Vertrauen auf das Auslegungsergebnis, welches sich bei Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont ergeben hätte, enttäuscht werden. Das ist angesichts des Umstands, dass der Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen im Einzelfall schwer zu ermitteln sein kann und es u.U. nur vom Zufall abhängt, ob die Erklärung kurz davor oder danach tatsächlich zur Kenntnis genommen wird, auch besonders wünschenswert.

Gegen das letztgenannte Argument ließe sich ggf. einwenden, dass der Fall des späteren Erkennens des wahren Willens, falls vorher ein abweichendes Auslegungsergebnis bei Auslegung nach dem

³⁹ BGHZ 123, 347 (350).

⁴⁰ BGHZ 111, 97 (101); Bork, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 151 Rn. 15.

⁴¹ Vgl. bereits oben 1. zu dieser Wertung.

⁴² Zwar wohnt der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont auch bei tatsächlicher Wahrnehmung der Erklärung immer ein hypothetisches Element inne. Gleichwohl wird beim Vergleich der Fragen „Wie hätte der Empfänger diese Erklärung, die er gerade zur Kenntnis genommen hat, verstehen müssen?“ und „Wie hätte der Empfänger, hätte er die Erklärung zum jetzigen Zeitpunkt tatsächlich zur Kenntnis genommen, diese Erklärung verstehen müssen?“ das weitere kennzeichnende hypothetische Element deutlich.

⁴³ Hierzu noch unter III. 3. b) aa).

objektiven Empfängerhorizont erzielt worden ist, prinzipiell unbeachtlich ist⁴⁴ und daher auch der Fall der späteren tatsächlichen Kenntnisnahme für die Auslegung im Falle eines vorherigen Zugangs unbeachtlich bleiben müsse. Jedoch ist dieser Widerspruch nur ein scheinbarer. Das spätere Erkennen des wahren Willens muss unbeachtlich sein, damit der Empfänger in seinem bisherigen Vertrauen auf den objektiven Erklärungstatbestand geschützt ist und der andere Teil auf die Anfechtung verwiesen bleibt (im Falle der Anfechtung durch den anderen Teil steht dem Erklärungsempfänger dann ein Schadensersatzanspruch nach § 122 Abs. 1 BGB bezüglich aller Vertrauensschäden, die er vor seinem Erkennen des wahren Willens erlitten hat, zu). Die hier beschriebene Zugangskonstellation steht hierzu auch überhaupt nicht im Widerspruch, sie muss nur richtig angewendet werden. Nimmt man z.B. in der Fallvariante 1 (in der richtigerweise auch der „hypothetische objektive Empfängerhorizont“ anzuwenden ist, was am Ergebnis aber nichts ändert) an, dass M nach dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen, aber noch vor der tatsächlichen Kenntnisnahme, Kenntnis vom wahren Willen des V erlangt hat, so bleibt auch dies ebenso unbeachtlich. Es bleibt bei einem einheitlichen Zeitpunkt, basierend auf dem der (hypothetische) Empfängerhorizont zu berücksichtigen ist – nämlich dem Zeitpunkt des Zugangs. Der praktische Regelfall dürfte es ohnehin sein, dass keine solchen Wissens-Änderungen zwischen Zugang und tatsächlicher Kenntnisnahme auftreten. In den wenigen Ausnahmefällen ist es aber angemessen, dem Empfänger, der die Willenserklärung immerhin „zu spät“ zur Kenntnis genommen hat, auch dieses Ausnahmerisiko aufzuerlegen. Die Auslegung sollte darauf gerichtet sein, *im Regelfall* den Empfänger in seinem Vertrauen darauf, was er bei tatsächlicher Kenntnisnahme wahrnimmt, zu schützen, anstatt (eben nur) im Ausnahmefall.

bb) Sonderfall: „Vorrang des hypothetisch übereinstimmenden Willens“

Variante 3 zu Beispiel 2: Es kann sicher festgestellt werden, dass M, hätte er den Brief tatsächlich gelesen, zufällig demselben Irrtum wie V unterlegen gewesen wäre.

Mit dieser dritten Fallvariante wird das Bild komplett. Es ist nur konsequent, mit der Anerkennung des „hypothetischen objektiven Empfängerhorizonts“ auch den „hypothetischen übereinstimmenden Willen“ zur (vorrangigen) Auslegungsregel in den Fällen des Zugangs mittels Empfangsvorrichtungen zu machen. Dadurch wird der „Vorrang des erkannten oder übereinstimmenden Willens“ vollständig übertragen.

Folglich ist, da M in dem hypothetischen Fall, dass er den Brief im maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich gelesen hätte, zufällig zu dem Erklärungsinhalt gekommen wäre, den V subjektiv wollte (übereinstimmender Wille), die Kündigung des V auch in der Fallvariante 3 als Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 auszulegen.

Zuzugeben ist, dass eine solche Konstellation (ebenso wie schon die Fallvariante 2) kaum praxisrelevant erscheint. Allerdings sind durchaus Fälle denkbar, in denen eine Person z.B. regelmäßig Begriffe oder Zahlen falsch verwendet oder versteht. Dann liegt auch die „unkoordiniert übereinstimmende Falschbezeichnung“ (wenn auch hier in hypothetischer Form) nicht mehr fern. Ohnehin ist bei den Beispielen zu berücksichtigen, dass im Prozess die Partei die Darlegungs- und Beweislast für eine „falsa demonstratio“-Konstellation trägt, die sich auf sie beruft.⁴⁵

⁴⁴ Vgl. unter I. zum umgekehrten Fall des späteren Erkennens des Irrtums bei vorheriger Anwendung des „falsa demonstratio non nocet“-Grundsatzes.

⁴⁵ BGH NJW 1995, 3258; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 133 Rn. 29. Dieser Befund gibt Anlass dazu, an dem unter I. postulierten Vorrangverhältnis des übereinstimmenden

III. Arten von Hilfspersonen beim Zugang und Auswirkungen auf die Auslegung

Eine Besonderheit ergibt sich bei der Anwendung der oben aufgestellten Maßstäbe auf die Konstellationen, in denen Hilfspersonen beim Zugang eingesetzt werden, da hier weitere Personen neben dem Erklärenden und dem Empfänger existieren, auf deren Vorstellungsbild es potentiell ankommen kann. Zu differenzieren ist zunächst nach den einzelnen Arten von Hilfspersonen.

1. Erklärungsboten

Bote ist, wer bei Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht eine eigene Willenserklärung abgibt, sondern eine fremde überbringt.⁴⁶ Im Ausgangspunkt sind alle Boten Erklärungsboten, solange sie keine Empfangsboten⁴⁷ sind.⁴⁸ Erklärungsboten werden in der Sphäre des Erklärenden tätig, mit der Folge, dass der Erklärende das Risiko der Nicht- oder Falschübermittlung durch sie trägt.⁴⁹

Für die Auslegung bedeutet das, dass wie gewohnt auf die unter I. dargestellten Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann – der Erklärungsbote ist eben nur verlängerter Arm des Erklärenden. Sollte also beispielsweise der Erklärungsbote die Erklärung falsch übermitteln, wobei der Empfänger aber den wahren Willen erkennt, so ist die Willenserklärung wegen des Vorrangs des übereinstimmenden Willens so auszulegen, wie sie subjektiv vom Erklärenden gewollt war. Ansonsten kommt es darauf an, wie ein objektiver Dritter in der Position des Empfängers den vom Erklärungsboten übermittelten Erklärungstatbestand nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Bei einer Falschübermittlung steht dem Erklärenden im letzteren Falle, falls Wille und Erklärung auseinanderfallen, ggf. ein Anfechtungsgrund aus § 120 Alt. 1 BGB zu.⁵⁰

2. Empfangsvertreter, § 164 Abs. 3 BGB

Ebenso unproblematisch sind die Konstellationen unter Mitwirkung eines Empfangsvertreters i.S.d. § 164 Abs. 3 BGB. Empfangsvertreter ist, wer nach dem äußeren Erscheinungsbild als mit eigener Empfangszuständigkeit ausgestatteter Repräsentant des Geschäftsherrn auftritt.⁵¹ Der Zugang beim Empfangsvertreter wirkt unmittelbar für und gegen den Empfänger, sofern dieser mit entsprechender Vertretungsmacht ausgestattet ist, § 164 Abs. 3, Abs. 1 S. 1 BGB.⁵²

Für Auslegungsfragen folgt daraus, dass auch hier auf die unter I. dargestellten Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann, nur dass der Empfangsvertreter vollständig an die Stelle des Empfängers tritt.⁵³ Unpräzise wäre es also, den Vorrang des erkannten oder übereinstimmenden Willens zu unterschlagen und zu formulieren, dass es auf den (objektiven Empfänger-)Horizont des

Willens gegenüber der normativen Auslegung zu zweifeln (vgl. auch *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 116–118), was hier aber nicht weiter vertieft werden kann.

⁴⁶ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1345; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 49 Rn. 13, 16.

⁴⁷ Siehe sogleich unter 3.

⁴⁸ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 27 Rn. 11.

⁴⁹ Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 130 Rn. 19.

⁵⁰ Dörner, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 120 Rn. 2.

⁵¹ Vgl. Lange, JA 2007, 766 (767); Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 164 Rn. 25.

⁵² Vgl. Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 27 Rn. 5; Huber, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2026, § 164 Rn. 101.

⁵³ So zumindest mit Blick auf den Auslegungsmaßstab für den objektiven Empfängerhorizont auch Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 27 Rn. 5.

Vertreters ankomme.⁵⁴ Auch im Verhältnis des Erklärenden zum Empfangsvertreter ist nämlich z.B. eine „unkoordiniert übereinstimmende Falschbezeichnung“ denkbar, bei welcher das übereinstimmend subjektiv Vorgestellte dem auf Grundlage des objektiven Empfängerhorizont ermittelten Ergebnisses vorgeht.⁵⁵

3. Empfangsbote

Problematisch sind allerdings die Fälle, in denen ein Empfangsbote an der Übermittlung der Willenserklärung beteiligt ist.

Empfangsbote ist, wer vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt ist oder wer nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, Erklärungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen und zur Übermittlung an den Empfänger geeignet und bereit ist.⁵⁶ Davon wird z.B. bei Ehegatten grundsätzlich ausgegangen, jedenfalls sofern sie in häuslicher Gemeinschaft leben.⁵⁷

a) Zugangszeitpunkt bei der Einschaltung von Empfangsboten („menschliche Empfangsvorrichtung“) und Risikoverteilung

Beim Empfangsboten handelt es sich um eine „personifizierte Empfangsvorrichtung“.⁵⁸ Es gilt also der allgemeine Grundsatz⁵⁹, dass die Willenserklärung nach der Mitteilung an den Empfangsboten (also nach dem Gelangen in den Machtbereich des Empfängers) zugegangen ist, sobald die Zeit, die der Empfangsbote für die Übermittlungstätigkeit normalerweise benötigt, abgelaufen ist.⁶⁰ Sofern angenommen wird, dass die Zeit der Übermittlung unter gewöhnlichen Umständen im Falle einer Entgegennahme der Erklärung durch den Empfangsboten im räumlichen Machtbereich des Empfängers (z.B. in der Wohnung) sogar auf null reduziert sein könne und dies unter anderem mit einem Verweis auf die Briefkasten-Fälle begründet wird,⁶¹ so ist dem in dieser Pauschalität nicht zu folgen. Die Berechnung der Frist der Weiterleitung unter den gewöhnlichen Umständen bedarf immer einer abstrahierenden Betrachtung.⁶² Gerade in den Briefkasten-Konstellationen kommt es auf den Zeitpunkt der nächsten üblichen Leerung an – ein pauschaler „Sofortzugang“ ist grundsätzlich nicht anzunehmen.⁶³ Gleichsam kann auch nicht abstrakt festgestellt werden, dass eine Willenserklärung,

⁵⁴ So aber *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 164 Rn. 14; *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 93.

⁵⁵ Vgl. Variante 1 zu Beispiel 1.

⁵⁶ BGH NJW 2002, 1565 (1566); *Gomille*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 130 Rn. 104. Im Einzelnen sind die Anforderungen umstritten, insbesondere, ob eine Empfangsbotenschaft allein aufgrund einer Betrachtung nach Maßgabe der Verkehrsanschauung ohne tatsächliche Ermächtigung möglich ist. Ausführlich zum Meinungsstand *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen, 1984, S. 127–130 (der die Möglichkeit einer Empfangsbotenschaft kraft Verkehrsanschauung ablehnt).

⁵⁷ BGH NJW 1994, 2613 (2614); *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 25.

⁵⁸ BGH NJW 1965, 965 (966); *Reichold*, in: juris PraxisKommentar BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, § 130 Rn. 33.

⁵⁹ Zum Zugangszeitpunkt bei Empfangsvorrichtungen siehe bereits II. 1.

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 2002, 1565 (1567); *Reichold*, in: juris PraxisKommentar BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, § 130 Rn. 33.

⁶¹ BGH NJW-RR 1989, 757 (758 f.); vgl. auch *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1356.

⁶² Vgl. generell *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 19.

⁶³ Vgl. LAG Nürnberg NZA-RR 2004, 631 (632); *Arnold*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 130 Rn. 12; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 49. Aufl. 2025, § 7 Rn. 12.

die an einen in der gleichen Wohnung wie der Empfänger lebenden Empfangsboten übermittelt wird, sofort überbracht wird. Auch hier ist immer jedenfalls ein gewisser „Zeitzuschlag“ zu machen.⁶⁴

Falls die Erklärung mündlich an den Empfangsboten übermittelt wird, wie es oft der Fall sein wird, stellt sich die allgemeine Problematik der Anforderungen an den Zugang von nicht verkörperten Willenserklärungen.⁶⁵ Da es sich hierbei aber nicht um ein Auslegungsproblem im engeren Sinne handelt, soll dieser Frage hier nicht vertieft nachgegangen werden. Auch die sogleich folgenden Beispiele sind allesamt so gestaltet, dass der Empfangsbote die Erklärung akustisch richtig versteht.

Irrelevant ist hingegen, ob der Empfangsbote, nachdem er die Erklärung vernommen hat, die Erklärung vergisst oder durcheinanderbringt, noch bevor der Zugangszeitpunkt erreicht ist. Wie bereits oben erörtert, geht mit dem „Sphärenwechsel“ der Erklärung in den Machtbereich des Empfängers (hier also: der Vernehmung der Erklärung durch den Empfangsboten als Empfangsvorrichtung⁶⁶) auch das Risiko des zufälligen „Untergangs“ (in Gestalt z.B. des Vergessens) der Erklärung auf den Empfänger über.⁶⁷

b) Auslegungsfragen

Aus dieser Strukturparallele zwischen Empfangsboten und den sonstigen Empfangsvorrichtungen folgt allerdings nicht, dass der oben unter II. 2. b) herausgearbeitete Grundsatz von der Auslegung nach dem hypothetischen Empfänger-Auslegungsergebnis ohne Weiteres auf die Empfangsboten-Konstellationen übertragen werden kann. Im Gegensatz zu sonstigen Empfangsvorrichtungen wie z.B. dem Briefkasten hat der Empfangsbote bei der Entgegennahme der Erklärung ein eigenes Vorstellungsbild. Namentlich kann auch im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote eine „falsa-demonstratio“-Konstellation auftreten. Zwar findet sich in der Literatur einhellig die Wendung, dass es bei der Auslegung der Willenserklärung nicht auf den Empfangsboten, sondern auf den Adressaten der Erklärung ankomme.⁶⁸ Jedoch trifft dies nur im Ausgangspunkt zu. Es wird zu zeigen sein, dass die

⁶⁴ So auch *Faust*, in: NK-BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 61–63.

⁶⁵ Eine Ansicht lässt solche Erklärungen wegen ihrer Flüchtigkeit erst mit ihrer korrekten Vernehmung durch den Empfänger (bzw. hier konsequenterweise entsprechend: den Empfangsboten) wirksam werden, siehe nur *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 130 Rn. 9, 12; vgl. auch BAG NJW 1983, 2835; BayObLG NJW-RR 1996, 524 (525); *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 27 Rn. 19. Vorzugswürdig ist die Gegenansicht („eingeschränkte Vernehmungstheorie“), die es im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung des Verkehrsschutzes genügen lässt, dass aus Sicht eines sorgfältig Erklärenden keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Empfänger die Erklärung nicht richtig und vollständig vernommen hat, siehe *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 631; *Riesenhuber*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2022, § 130 Rn. 87. Generell gegen die Rechtsfigur des Empfangsboten bei nicht verkörperten Willenserklärungen unter Abwesenden *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 30 mit nicht durchgreifender Begründung: Warum soll bei der Erklärung unter Anwesenden die eingeschränkte Vernehmungstheorie gelten (zutreffend *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 130 Rn. 28), aber bei der Einschaltung einer Hilfsperson aus der Sphäre des Empfängers das Risiko sowohl der Weiterleitung durch den Empfangsboten als auch des akustisch richtigen Verstehens beim Empfänger plötzlich voll beim Erklärenden liegen? Richtigerweise ist trotz „Flüchtigkeit“ der Erklärung an der Rechtsfigur des Empfangsboten als personifizierter Empfangsvorrichtung festzuhalten.

⁶⁶ Zur umfassenden Anerkennung dieser Rechtsfigur auch bei der Übermittlung nicht verkörperter Willenserklärungen siehe Fn. 63.

⁶⁷ Siehe II. 1.

⁶⁸ Vgl. *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 164 Rn. 14 („Horizont des Empfängers“); *Finkenauer*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 164 Rn. 28 („Für den ‚Empfängerhorizont‘ kommt es beim Empfangsboten auf das Verständnis des Geschäftsherrn [...] an“); *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 93 („Adressat der Erklärung entscheidend“); implizit vorausgesetzt auch bei *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 27 Rn. 10.

Auslegung dabei nicht stehen bleiben kann. Je nachdem, wie der Empfangsbote die Erklärung versteht bzw. der Empfänger die Erklärung verstanden hat oder hätte, lassen sich verschiedene Konstellationen unterscheiden. Der „Vorrang des erkannten oder übereinstimmenden Willens“ kann sich hier in vielfältiger Gestalt realisieren.

Soweit im Folgenden von einer „Willensübereinstimmung“ zwischen Erklärendem und Empfangsboten die Rede ist, sei vorsorglich darauf hingewiesen, dass der Empfangsbote keinen „Willen“ im engeren Sinne bildet, da er am Rechtsgeschäft selbst nicht beteiligt ist. Gemeint ist sein Vorstellungsbild von der Erklärung. Der Begriff des „Willens“ wird gebraucht, um die Parallelen zu den Wertungen zu ziehen, die auftreten, wenn es um eine unmittelbare Wahrnehmung der Erklärung durch den Empfänger geht.

Beispiel 3: V, der an M zwei Grundstücke mit den Flurnummern 324/21 und 652/21 vermietet hat, begibt sich zum Haus des M, um diesem dort die Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 zu erklären. Dort angekommen, trifft er an der Haustür jedoch nur die Ehefrau des M, die F, an. Zu dieser sagt er, da er die Grundstücksnummern versehentlich vertauscht: „Liebe F, magst du M bitte zeitnah ausrichten, dass ich den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 kündige?“ F versteht diese Erklärung akustisch richtig und sagt zu, die Kündigung demnächst an M zu übermitteln.

aa) Willensübereinstimmung weder beim Empfangsboten noch (hypothetisch) beim Empfänger

Variante 1 zu Beispiel 3: F vergisst gänzlich, M zu informieren.

Es besteht im Ausgangspunkt Einigkeit darüber, dass der Empfänger das Risiko von Zugangshindernissen in seiner Sphäre trägt, d.h. auch das Risiko von Nicht- oder Falschübermittlungen durch den Empfangsboten.⁶⁹ Trotz fehlender Übermittlung durch F und fehlender tatsächlicher Kenntnisnahme durch M ist M die Kündigungserklärung des V in dem Zeitpunkt, in dem F ihm typischerweise von der Erklärung berichtet hätte, zugegangen, siehe oben.

Für die Frage nach dem Inhalt der Kündigungserklärung kommt es im Ausgangspunkt – genau wie in den sonstigen Fällen des Zugangs unter Beteiligung von Empfangsvorrichtungen – auf den hypothetischen Empfängerhorizont im Zeitpunkt des Zugangs an, sofern keine tatsächliche Kenntnisnahme vorher erfolgt ist.⁷⁰ Insoweit ist der h.M. also beizupflichten, wenn sie auf die Person des Empfängers abstellt. Maßgeblich ist dabei nun die Erklärung in der Gestalt, wie sie korrekt durch den Empfangsboten im maßgeblichen Zeitpunkt übermittelt worden wäre (da das Risiko von Nicht- oder Falschübermittlungen durch den Empfangsboten der Empfänger trägt, siehe oben).

In der Variante 1 ist daher wie folgt auszulegen: Hätte F die Erklärung so, wie sie sie objektiv verstanden hat, an M unter gewöhnlichen Umständen weitergeleitet, so hätte sie ihm davon berichtet, dass V den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 kündigen wolle. Ein objektiver Dritter in der Position des M hätte die Kündigungserklärung entsprechend auch so aufgenommen (ein vorrangiger hypothetischer erkannter oder übereinstimmender Wille ist nirgends ersichtlich). Im Ergebnis hat V daher die Kündigung über den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 erklärt.

⁶⁹ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2025, § 27 Rn. 10; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, Rn. 285; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 130 Rn. 10.

⁷⁰ Siehe oben II. 2. b).

Variante 2 zu Beispiel 3: F ruft sofort M, der gerade noch unterwegs ist, an und erzählt diesem versehentlich, dass V dem M ein Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrags über das Grundstück 324/21 habe machen wollen.

Nach diesen Maßstäben lässt sich auch die Falschübermittlung vor dem Zeitpunkt der Weiterleitung unter gewöhnlichen Umständen⁷¹ leicht beantworten: das Risiko der Falschübermittlung trägt erneut M. Hätte F die Erklärung so, wie sie sie objektiv verstanden hat, weitergeleitet, so wäre M von einer Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 ausgegangen. Die Varianten 1 und 2 unterscheiden sich im Ergebnis also nicht.

In den Varianten 1 und 2 kam es im Ergebnis rein auf eine objektive Auslegung an, die genauso gut aus Sicht des Empfangsboten als auch aus Sicht des Empfängers hätte vorgenommen werden können. Diese Fälle sind nicht problematischer als die anderen. Nunmehr ist zu untersuchen, wie sich die Sonderkonstellationen, in denen subjektive Willensübereinstimmungen vorliegen oder vorgelegen hätten, auswirken.

bb) Willensübereinstimmung nicht beim Empfangsboten, aber (hypothetisch) beim Empfänger

Variante 3 zu Beispiel 3: F vergisst, sich an M zu wenden. Es kann sicher festgestellt werden, dass M, hätte F ihn zeitnah über die Erklärung in Kenntnis gesetzt, gedanklich die Grundstücksnummern vertauscht hätte.

Die Anwendbarkeit der Figur des „vorrangigen hypothetischen übereinstimmenden Willens“ bleibt auch in den Empfangsboten-Fällen unberührt. Die Kündigungserklärung des V ist daher, da M beim weiteren Verlauf der Dinge unter gewöhnlichen Umständen zufälligerweise demselben Irrtum wie V unterlegen gewesen wäre, als Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 auszulegen – wie (hypothetisch) übereinstimmend von V und M vorgestellt.

Variante 4 zu Beispiel 3: F ruft sofort M, der gerade noch unterwegs ist, an und erzählt diesem versehentlich, dass V dem M ein Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrags über das Grundstück 324/21 habe machen wollen. Es kann sicher festgestellt werden, dass M, hätte F die Erklärung originalgetreu überbracht, gedanklich die Grundstücksnummern vertauscht hätte.

Auf den ersten Blick scheint diese Fallvariante anders zu lösen zu sein. Zwar wurde oben festgestellt, dass Falschübermittlungen durch Empfangsboten einhellig zulasten des Empfängers gehen. Allerdings scheint der wahre Wille des M „verflogen“: V hat tatsächlich eine Erklärung vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen tatsächlich zur Kenntnis genommen, nur eben mit dem „falschen Inhalt“. Es scheint kein Platz mehr für den hypothetischen übereinstimmenden Willen zu bleiben – einen solchen Willen konnte M schließlich ab dem Zeitpunkt der Unterrichtung durch F nicht mehr bilden.

Jedoch ist in diesem Fall besonders darauf zu achten, dass es für die Auslegung auf das hypothetische Vorstellungsbild des Empfängers *bei korrekter Weiterleitung der Erklärung unter gewöhnlichen*

⁷¹ Hätte F mit der Weiterleitung an M so lange gewartet, bis der Zeitpunkt der Weiterleitung unter gewöhnlichen Umständen erreicht gewesen wäre, so würde sich die Lösung wie in der Variante 1 gestalten, da dann bereits der Zugang als maßgeblicher Zeitpunkt für die Auslegung eintritt – das spätere Geschehen muss dann für die Auslegung irrelevant bleiben, vgl. auch oben II. 2 b) aa).

Umständen ankommt. Die Veränderung des hypothetischen Vorstellungsbildes durch eine tatsächlich erfolgte falsche (oder z.B. in der Variante 3 fehlende) Weiterleitung muss ein gerade nicht zu berücksichtigender Umstand bleiben. Somit bleibt es dabei, dass M die Erklärung *unter gewöhnlichen Umständen bei korrekter Weiterleitung* zufällig genau so verstanden hätte, wie sie von V gewollt war. Bei anderer Lösung würden sich auch nicht zu erklärende Widersprüche zwischen der Nicht- und der falschen Weiterleitung durch den Empfangsboten ergeben. Gleichwohl ist in diesen – etwas abwegig anmutenden – Fällen nochmals auf die Beweislastverteilung⁷² hinzuweisen.

Auch die Fallvarianten 3 und 4, in denen (nur) beim tatsächlichen Empfänger eine Willensübereinstimmung vorgelegen hätte, konnten also mit den vorangegangenen Grundsätzen gelöst werden.

cc) Willensübereinstimmung nur beim Empfangsboten, aber nicht (hypothetisch) beim Empfänger

(1) Die Besonderheit des „doppelten Vorstellungsbildes“: Maßgeblichkeit des subjektiv Gewollten

Variante 5 zu Beispiel 3: F weiß aus früheren Gesprächen mit V sicher, dass dieser immer die Bezeichnungen der beiden Grundstücke vertauscht. Daher erkennt sie sofort positiv, dass V das Grundstück mit der Nummer „652/21“ gemeint haben muss. Sie vergisst aber, diese Nachricht an M weiterzuleiten, der von nichts wusste.

Zieht man für die Lösung dieser Konstellation die oben angeführte h.M. heran, gemäß der es für die Auslegung gerade nicht auf den Empfangsboten selbst, sondern auf „den Adressaten der Erklärung“ ankommt,⁷³ so käme man (wohl) zu dem Schluss, dass die Erklärung als Kündigung des Grundstücks mit der Nummer 324/21 auszulegen wäre. Immerhin hätte ein objektiver Dritter in der Position des M die Erklärung des V so verstehen müssen, wenn F sie wortgetreu weitergeleitet hätte.

Allerdings ist dieses Ergebnis wertungswidersprüchlich. Das wird spätestens dann deutlich, wenn man sich den tatsächlich zu erwartenden Lauf der Dinge vorstellt, sofern F daran gedacht hätte, sich rechtzeitig an M zu wenden. F hätte selbstverständlich die Erklärung des V, deren gewollter Inhalt von ihr positiv erkannt wurde, entsprechend „angepasst“ und M darüber informiert, dass V sich auf das Grundstück mit der Nummer 652/21 beziehen wollte. Bei M wäre also der Erklärungsgehalt „angekommen“, den V subjektiv wollte – ein Fall, der nach dem Vorrang des übereinstimmenden Willens ruft. Tatsächlich gibt es keinen sachlichen Grund, formalistisch das Vorstellungsbild des Empfangsboten bei der Auslegung außer Acht zu lassen. Es darf nicht außer Acht bleiben, dass auch im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote ein erkannter Wille bestehen kann.⁷⁴ Jedenfalls in der Konstellation, in der der Empfangsbote bei der unmittelbaren Wahrnehmung der Willenserklärungen den wahren Willen des Erklärenden erkennt, sollte daher – unabhängig davon, ob der Empfangsbote die Willenserklärung danach wieder vergisst, falsch weiterleitet usw. (Risiko des Empfängers, siehe oben) – der wahre Wille des Erklärenden für die Auslegung maßgeblich sein.

⁷² Siehe II. 2. b) bb).

⁷³ Siehe b).

⁷⁴ Dies verkennend Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 49. Aufl. 2025, § 24 Rn. 8, deren Vergleich mit einem Briefkasten (der sich keine Gedanken machen kann) daher gerade nicht passt.

Variante 6 zu Beispiel 3: Kurz nach dem Abschied von V an der Haustür fällt F ein, dass V sonst immer die Flurstücksnummern verwechselt und daher eigentlich „652/21“ gemeint haben musste. Dies teilt sie nun M, der gerade unterwegs ist, kurz darauf telefonisch mit.

Problematisch ist der Fall, in dem der wahre Wille des Erklärenden durch den Empfangsboten nicht unmittelbar bei der ersten Wahrnehmung, sondern erst danach, aber noch vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen⁷⁵ erkannt wird. Die Variante 6 unterscheidet sich von der vorangegangenen Variante insoweit, als es sich hier um einen Fall der unbeachtlichen späteren „Veränderung“ der Willenserklärung durch den Empfangsboten (siehe oben) zu handeln scheint. Denn im Ausgangspunkt war F „objektiv“ eine Erklärung bezüglich des Grundstücks mit der Flurnummer 324/21 übermittelt worden. Auch unter Zugrundelegung der zuvor aufgestellten Grundsätze ergibt sich nichts anderes, da F zunächst den wahren Willen des V nicht erkannt hatte. Man könnte sich nun auf den Standpunkt stellen, in den „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ wie gewöhnlich die spätere Abänderung der Willenserklärung durch F nicht mit einzubeziehen.⁷⁶ Dem folgend wäre die Erklärung von F an M eine „Falschübermittlung“ und somit bedeutungslos – erst später (nämlich im Zeitpunkt der Weiterleitung unter gewöhnlichen Umständen) wäre M dann eine Kündigungserklärung des V bezüglich des Mietvertrags über das Grundstück „324/21“ zugegangen.

Indes kann es schwerlich einen Unterschied machen, wann genau innerhalb des Zeitraums „erste sinnliche Wahrnehmung“ bis „Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen“ der wahre Wille des Erklärenden vom Empfangsboten erkannt wird. Für eine Beachtlichkeit des nachträglich⁷⁷ erkannten wahren Willens spricht vor allem, dass hier gerade keine „Verfälschung“ der Erklärung durch den Empfangsboten stattfindet. Der Vorrang des erkannten Willens ist Maxime der Auslegung – die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont soll da, wo dieses Ideal nicht erreicht wird, Verkehrsschutz gewährleisten.⁷⁸ Eine nachträgliche (wenn auch nur gedankliche⁷⁹) „Anpassung“ der Willenserklärung durch den Empfangsboten vor dem Zugang ist kein Ausdruck einer nachträglichen „Verschlechterung“ oder „Verfälschung“ der Erklärung, sondern sie entzieht dem Verkehrsschutzbedürfnis zugunsten des vorrangigen Auslegungsziels der subjektiven Auslegung bei Willensübereinstimmung ihre Grundlage.⁸⁰ Folglich ist auch in der Variante 6 von einer Kündigung des Grundstücks mit der Flurnummer 652/21 auszugehen. Der Zugang erfolgte im Zeitpunkt der Mitteilung von F an M.⁸¹

⁷⁵ Mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen geht die Willenserklärung spätestens zu, sodass dann auch das Auslegungsergebnis endgültig feststehen muss (vgl. oben II. 2. b) aa) und aa)). Der später vom Empfangsboten erkannte wahre Wille kann die Auslegung daher keinesfalls beeinflussen.

⁷⁶ So wohl *Faust*, in: NK-BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 19, der für die Bestimmung des Inhalts der Willenserklärung ausschließlich auf den Zeitpunkt des Sphärenwechsels abstellt.

⁷⁷ Zur zeitlichen Beschränkung durch den Zugang siehe oben.

⁷⁸ Siehe oben unter I.

⁷⁹ Hier zeigt sich wieder der Charakter des Empfangsboten als „personifizierte Empfangsvorrichtung“ (siehe oben unter a)). Selbst wenn der Empfangsbote den wahren Willen erkennt, die Erklärung gedanklich „anpasst“ und dann aber die tatsächliche Weiterleitung vergisst, so hatte er doch die Willenserklärung so, wie sie vorrangig gewollt war, „gespeichert“. Folglich würde also selbst in diesen Fällen die Erklärung wie vom Erklärenden gewollt zugehen – das Risiko, dass der Empfänger nicht rechtzeitig in seinen „menschlichen Briefkasten schauen konnte“, liegt bei ihm.

⁸⁰ Das gilt freilich für alle Empfangsvorrichtungen, auch wenn schwer vorzustellen ist, wie eine solche nachträgliche „Zufallskorrektur“ z.B. bei einem Briefkasten möglich sein soll.

⁸¹ Hier ist von einer „tatsächlichen Kenntnisnahme“ des M von der Erklärung auszugehen (vgl. zur vollständigen Zugangsdefinition II. 1.).

(2) Sonderfall: Der zur unerkennbaren Falschbezeichnung führende übereinstimmende Wille im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote

Variante 7 zu Beispiel 3: Kurz nach dem Abschied von V an der Haustür bringt F die Zahlen durcheinander. Sie nimmt nun irrig an, V hätte von der Flurnummer 652/21 gesprochen. Sie ruft M an und berichtet ihm, V wolle den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 kündigen.

Variante 8 zu Beispiel 3: F weiß, welche Grundstücke M gemietet hat und vertauscht gedanklich die Grundstücksbezeichnungen (hat also zufällig die Erklärung des V „richtig verstanden“). Sie ruft M, der gerade unterwegs ist, an und erklärt ihm, dass V den Mietvertrag über das Grundstück mit der Flurnummer 324/21 kündigen wolle (im Glauben, das Grundstück mit der Flurnummer 652/21 sei gemeint). M weiß von keinen Irrtümern.

Die beiden Fallvarianten unterscheiden sich insofern, als bei M verschiedene Erklärungen „ankommen“. In beiden Konstellationen hat F sich aber „zufällig“ dasselbe Bild vom Erklärungsinhalt wie V gemacht. Im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote bestand also in beiden Varianten zwar kein erkannter, wohl aber ein übereinstimmender Wille. Hier ist eine Differenzierung angezeigt.

Für die Variante 7 ist festzuhalten, dass, genauso wie zuvor bei der Variante 6, die nachträgliche „Korrektur“ einer fälschlich entäußerten Erklärung durch den Empfangsboten richtigerweise als beachtlich (und gerade nicht als nachträgliche „Verfälschung“) angesehen wurde, auch der nachträgliche „zufällig richtigstellende Irrtum“ für das Auslegungsergebnis maßgeblich sein muss. Die Gleichstellung des „erkannten oder übereinstimmenden Willens“ wurde bislang auch immer bestätigt.

Dieser Befund bedarf aber einer Einschränkung, der mit Blick auf die Variante 8 deutlich wird. Dort ist die Gleichstellung von erkanntem und übereinstimmendem Willen ausnahmsweise irreführend. Entscheidend ist, dass der Empfangsbote immer die Willenserklärung auf den Empfängerhorizont des Adressaten anpassen (können) muss. Wenn an M von F eine Erklärung übermittelt wird, welcher M den von V gewollten Inhalt nicht entnehmen kann, dann muss das Vorstellungsbild von M Vorrang gegenüber dem von F beanspruchen. Insofern ist eine Rückausnahme anzuerkennen, die zurück zur eingangs beschriebenen h.M. deutet: Letztlich darf die Perspektive des Erklärungsempfängers nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Der Empfangsbote kann durch sein subjektives Vorstellungsbild die Auslegung zwar ergänzen,⁸² nicht aber kann sein Vorstellungsbild das des Empfängers gänzlich ersetzen. Der Zugang findet eben doch immer beim Empfänger statt. Im Zeitpunkt der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen (sofern nicht vorher die Erklärung tatsächlich mit dem subjektiv gewollten Inhalt übermittelt wurde) muss (gewissermaßen als „Testfrage“) geprüft werden, ob das Vorstellungsbild des Empfangsboten von der Erklärung so beschaffen ist, dass die Erklärung, würde zum jetzigen Zeitpunkt hypothetisch die Mitteilung weitergegeben werden, nach dem Empfängerhorizont des Erklärungsadressaten wie subjektiv vom Erklärenden gewollt aufgefasst werden würde (unter Heranziehung der unter I. beschriebenen Grundsätze).

Hätte F beispielsweise in der Variante 7 vergessen, die Erklärung tatsächlich an M weiterzuleiten, so wäre dies unbeachtlich. Denn hypothetisch hätte sie die von V subjektiv gewollte Flurnummer 652/21 übermittelt, da ihr diese vorschwebte. Die Erklärung wäre als Kündigung des Mietvertrags über das Grundstück mit der Nummer 652/21 auszulegen. In der Variante 8 ist der Fall hingegen anders gelagert: M müsste gemäß seinem Empfängerhorizont von der Flurnummer 324/21 ausgehen,

⁸² Vgl. die Fallvarianten 5–7 zu Beispiel 3.

da F ihm genau diese Zahl übermitteln würde, sodass diese auch den durch Auslegung ermittelten Erklärungsinhalt darstellt.

Daraus folgt: Auch der übereinstimmende Wille im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote kann das Auslegungsergebnis beeinflussen, wenn der Empfangsbote den wahren Willen auch in seiner Botschaft an den Empfänger erkennbar zum Ausdruck bringen kann. Anders gewendet: Der übereinstimmende Wille im Verhältnis Erklärender-Empfangsbote ist ausnahmsweise dann, wenn er für den Empfänger bei (hypothetischer) Weiterleitung zu einer unerkennbaren Falschbezeichnung führen würde, unbeachtlich. Es gilt dann der Erklärungsinhalt, wie ihn der hypothetische Empfängerhorizont ohne Beachtung des Empfangsboten-Vorstellungsbildes ausweist.

dd) Willensübereinstimmung sowohl beim Empfangsboten als auch (hypothetisch) beim Empfänger

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass dann, wenn eine hypothetische Willensübereinstimmung beim Empfänger gegeben ist, es auf das Vorstellungsbild des Empfangsboten überhaupt nicht mehr ankommt. Die zuvor beschriebenen Konstellationen haben also nur ihren Anwendungsbereich, wenn das Vorstellungsbild des Empfängers selbst keine (hypothetische) subjektive Übereinstimmung aufweist. Ansonsten gilt das unter b) bb) Gesagte.

IV. Fazit

Die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen richtet sich, sofern sie nicht im Wege der tatsächlichen Kenntnisnahme, sondern vermittelt über eine Empfangsvorrichtung zugehen, nach dem „hypothetischen Empfängerhorizont“. Dabei bleibt – nach allgemeinen Grundsätzen – der Vorrang des „hypothetisch übereinstimmenden oder erkannten Willens“ unberührt. Wirkt ein Empfangsbote am Zugang der Erklärung mit, werden diese Grundsätze dadurch modifiziert, dass zu berücksichtigen ist, ob der Empfangsbote einen eigenen vorrangigen übereinstimmenden oder erkannten Willen gebildet hat und er die zu übermittelnde Erklärung mit diesem erkannten Willen anpassen kann. Falls ja, bildet diese (ggf. hypothetisch) angepasste Erklärung die vorrangige Auslegungsgrundlage.

Die Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse – die sog. „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte in der Fallbearbeitung des Privat- und öffentlichen Rechts

*Dr. Henning Schaaf, Leer (Ostfriesland)**

I. Das komplexe Thema und seine Grundlagen für Studium und Examen.....	743
II. Ausgangspunkt: Abweichen vom „grundrechtlichen Standardfall“	743
III. Die Geschichte der Privatrechtsverhältnisswirkung von Grundrechten.....	744
1. Die Lehre der „unmittelbaren Drittwirkung“	744
2. Die Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“	745
IV. Prüfungsschritte einer „mittelbaren Drittwirkung“	746
1. Voraussetzungen des Verfassungsrechts	747
a) Persönlicher Schutzbereich.....	747
b) Sachlicher Schutzbereich	748
2. Voraussetzungen des Privatrechts.....	748
V. Praktische Umsetzung in Klausur und Hausarbeit.....	749
1. Umsetzung in privatrechtlichen Fallbearbeitungen	749
a) Herausarbeiten des Tatbestandsmerkmals des Privatrechtsgesetzes.....	750
b) Subsumtion und Anwendung der Grundrechtswirkung	750
aa) Schutzbereich.....	751
bb) Übergriff.....	751
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	751
(1) Außervertragliche Privatrechtsverhältnisse	752
(2) Vertragsrechtliche Privatrechtsverhältnisse.....	754
2. Umsetzung in öffentlich-rechtlichen Fallbearbeitungen.....	755
a) Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde	755
b) Begründetheit einer Urteilsverfassungsbeschwerde	756
VI. Einem roten Faden folgen	757

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Leer (Ostfriesland).

I. Das komplexe Thema und seine Grundlagen für Studium und Examen

Mit der „mittelbaren Drittwirkung“ kommen Studierende bereits im Grundstudium erstmalig in Kontakt; im fortgeschrittenen Studium und im Examen tritt die „mittelbare Drittwirkung“ in weiteren Facetten auf. Daher ist es unerlässlich, ihre Grundlagen zu verstehen und diese in der Fallbearbeitung anwenden zu können. Dieser Beitrag dient der Einführung in die Materie und insbesondere der Vertiefung der Fallbearbeitung. Damit richtet sich der Aufsatz an Studierende des Grundstudiums sowie an Fortgeschrittene, die die Grundlagen auffrischen und die Fallbearbeitung sowohl im Privat- als auch im öffentlichen Recht vertiefen möchten. Um zu vereinfachen, klammert dieser Beitrag bewusst die Besonderheiten in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu „spezifischen Konstellationen“¹ und der unmittelbaren Anwendung von Grundrechten auf Tarifvertragsparteien² aus.

Nach einer Einführung in das Problem (A.II.) widmet sich dieser Beitrag kurz der Geschichte der „mittelbaren Drittwirkung“ (A.III.) und sodann der Frage, welche Grundsätze Rechtsprechung und Literatur der „mittelbaren Drittwirkung“ unausgesprochen zugrunde legen (IV.). Aufbauend auf diesen Erkenntnissen folgen Vorschläge für den Aufbau einer Klausur bzw. einer Hausarbeit im Privatrecht (A.V. A.V.1.) und abschließend im öffentlichen Recht, wobei die Vorschläge an einzelnen Stellen über Grundlagen hinausgehen (A.V. V.2.).

II. Ausgangspunkt: Abweichen vom „grundrechtlichen Standardfall“

Nach Art. 1 Abs. 3 GG stellen die Grundrechte in der Regel Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dar.³ Die Grundrechte dienen dem Bürger als subjektive öffentliche Rechte⁴ dazu, Rechtsverletzungen des Staates abzuwehren. Mithin liegt dem „grundrechtlichen Standardfall“⁵ ein Rechtsstreit zwischen einem Privaten, in der Regel einem Bürger, und einem staatlichen Organ zugrunde.

Mit diesem Standardfall vor Augen stellt sich zwangsläufig die Frage: Können die Grundrechte auch im Rechtsverhältnis zwischen zwei Privaten wirken, an denen der Staat nicht beteiligt ist, also in einem Privatrechtsverhältnis?⁶ Art. 1 Abs. 3 GG äußert sich zu diesem Fall, hier allgemein beschrieben als „Privatrechtsverhältniswirkung von Grundrechten“, gerade nicht. Außerdem: Falls die Grundrechte wirken können, wie wirken sie auf das Privatrechtsverhältnis? Zu diesen beiden Fragen enthält das gesamte Grundgesetz keine ausdrückliche Antwort. Doch möglicherweise lässt sich der Verfassung durch Auslegung entnehmen, ob und wie Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen eine Rolle spielen.

¹ Siehe dazu nur BVerfG NJW 2018, 1667 (1669 Rn. 41); BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 15); *Michl*, JZ 2018, 910 (916–918).

² BVerfG NZA 2025, 492 (498 f. Rn. 142–152).

³ Siehe etwa BVerfG NJW 1958, 257 (257); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 30.

⁴ Vereinzelt sogar als deren „Paradebeispiel“ bezeichnet, *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 66.

⁵ Verhältnisse mit mehr als drei Parteien klammert diese Betrachtung ebenfalls zur Vereinfachung aus.

⁶ Siehe ausführlich zum Verständnis des Begriffs „Privatrechtsverhältnis“ *Schaaf*, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 26.

III. Die Geschichte der Privatrechtsverhältniswirkung von Grundrechten

In Rechtsprechung und Literatur haben sich seit Inkrafttreten des Grundgesetzes zahlreiche Stimmen dieser Frage sowie der Auslegung des Grundgesetzes gewidmet und sind zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Diese Ergebnisse haben sich über Jahrzehnte zu Lehren verdichtet, sodass die eigentliche Frage, wie das Grundgesetz auszulegen ist, in den Hintergrund geraten ist. Dennoch gilt für die „mittelbare Drittwirkung“ im Grundsatz dasselbe wie für jede andere Rechtsfrage: Das „juristische Handwerkszeug“, die Auslegung, ist und bleibt unerlässlich. Gerade weil die Lehren sich verselbstständigt haben, erscheint ein kurzer historischer Rückblick geboten:

Ihren Anfang unter dem Grundgesetz⁷ nahm die Rechtsfrage der Privatrechtsverhältniswirkung in der arbeitsgerichtlichen Literatur im Jahr 1949.⁸ Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) erließ Anfang der 1950er Jahre ein erstes Urteil zu dieser Frage und schuf damit die sog. Lehre der „unmittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte.⁹ Größere Aufmerksamkeit erhielt die Frage, ob und wie Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis wirken, im Jahr 1957 mit dem sog. Lüth-Urteil des BVerfG:¹⁰ Im Lüth-Urteil arbeitete das BVerfG erstmals die später sog. Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte heraus. Seitdem hat sich die Lehre weiterentwickelt und findet heute oft und fast überall Anwendung: bei einer Hotelbuchung,¹¹ bei Vereinsbeitritten und -ausschlüssen,¹² bei einer Meinungsäußerung auf sozialen Netzwerken,¹³ in Fußballstadien¹⁴ oder etwa bei „Klimaklagen“¹⁵. Die beiden hauptsächlich¹⁶ vertretenen Lehren – „unmittelbare Drittwirkung“ (1.) und „mittelbare Drittwirkung“ (2.) – werden im Folgenden näher betrachtet:

1. Die Lehre der „unmittelbaren Drittwirkung“

Die Lehre der „unmittelbaren Drittwirkung“ geht davon aus, dass bestimmte „bedeutsame“¹⁷ Grundrechte nicht nur, wie in Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich genannt, den Staat binden, sondern über den Wortlaut der Norm hinaus auch „sozial mächtige“ Privatpersonen wie Banken, Arbeitgeber oder Vermieter.¹⁸ Danach entstehen zwischen einem Privaten und einem anderen „sozial mächtigen“ Privaten („unmittelbar“) grundrechtliche Ansprüche und Pflichten.¹⁹ Welche Grundrechte als „bedeutsam“ gelten, wird dabei nicht klar und einheitlich festgelegt; dies solle vielmehr nach Inhalt, Wesen und Funktion des jeweiligen Grundrechts zu beurteilen sein.²⁰

⁷ Vorgrundgesetzlich, etwa unter der Weimarer Reichsverfassung, gab es nur vereinzelte Ansätze der „Drittwirkung“, siehe dazu Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 56–60.

⁸ Nipperdey, RdA 1949, 214 (216); ders., RdA 1950, 121.

⁹ BAGE 1, 185 (192).

¹⁰ BVerfGE 7, 198.

¹¹ BVerfG NJW 2019, 3769.

¹² BVerfG SpuRt 2023, 231.

¹³ BVerfG NJW 2019, 1935.

¹⁴ BVerfG NJW 2018, 1667.

¹⁵ OLG Stuttgart ESG 2023, 361 (367 Rn. 67).

¹⁶ Ausführlich und mit Bezug zu weiteren Ansichten Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 111–256.

¹⁷ Siehe etwa BAGE 1, 185 (193); Nipperdey, RdA 1950, 121 (125 Nr. 16).

¹⁸ Vogt, Drittwirkung der Grundrechte, 1960, S. 65; vgl. zum Ganzen Papier, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, 2006, § 55 Rn. 4.

¹⁹ Seydewitz, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 69; vgl. zum Ganzen Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 120–123.

²⁰ Enneccerus/Nipperdey, Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 1959, S. 98.

Auf die Fallbearbeitung gemünzt, folgt daraus etwa: Ein Mieter kann aus Art. 14 Abs. 1 GG von seinem Vermieter die Überlassung der Mietwohnung verlangen, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG gibt einem Nutzer eines sozialen Netzwerks einen Anspruch gegen den Betreiber des sozialen Netzwerks auf Wiederherstellung seines Nutzerkontos und Art. 2 Abs. 1 GG gibt einem Gast gegenüber einem Hotelier das Recht, das gebuchte Hotel zu nutzen.

Doch die Lehre hat viel Kritik erfahren. Allen voran: Art. 1 Abs. 3 GG bindet nach dem Wortlaut nur den Staat, nicht aber Private ohne Einschränkung oder nur „sozial mächtige“ Private.²¹ Systematisch betrachtet, ordnet ausdrücklich nur Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG eine Bindung Privater an Grundrechte an;²² im Übrigen stellt das Grundgesetz etwa in Art. 1 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GG ausdrücklich nur auf die Grundrechtsbindung des Staates ab. Daraus folgt: Das Grundgesetz kennt lediglich ausnahmsweise eine Grundrechtsbindung Privater. Diese existiert nur, wenn und soweit das Grundgesetz sie anordnet, wie etwa in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG.²³ Weitere Auslegungsmethoden stützen diesen Befund,²⁴ bleiben jedoch in diesem Beitrag außen vor: Unterlagen zur historischen und genetischen Auslegung stehen schließlich in einer Klausur nicht zur Verfügung und können daher nicht erwartet werden.²⁵

2. Die Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“

Einen anderen Ansatz wählt die Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“: Demnach begründen die Grundrechte nicht „unmittelbar“ Rechte und Pflichten zwischen Privaten, sondern sind bei Auslegung und Anwendung des Privatrechts zu beachten. „Unmittelbar“ wirkt zwischen den Privaten nur das einfach-gesetzliche Privatrecht, also insbesondere die Normen des BGB. Da das Privatrecht anhand der Grundrechte ausgelegt und angewendet wird, wirken die Grundrechte „mittelbar“ auf das Rechtsverhältnis zwischen Privaten.²⁶

Das BVerfG spricht im Lüth-Urteil zwar nicht von „mittelbarer Drittwirkung“, sondern von einer „Ausstrahlungswirkung“²⁷ der Grundrechte, die das gesamte einfach-gesetzliche Recht („alle Bereiche des Rechts“²⁸) umfasse. Das Privatrecht begründet aber nur einen Teil dieses einfach-gesetzlichen Rechts, sodass die Lehre der „mittelbaren Drittwirkung“ bei genauer Betrachtung einen Ausschnitt der „Ausstrahlungswirkung“ darstellt, die das BVerfG im Lüth-Urteil erkennt.²⁹

²¹ Siehe Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 116; dieses Ergebnis lässt sich auch differenzierter sehen, siehe dazu Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 38–40.

²² Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand; Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 125; Kemper, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 219.

²³ Viele ziehen dagegen einen Umkehrschluss aus der Norm und sehen jede weitere Grundrechtsbindung als verboten an, siehe klassischerweise Kemper, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 9 Rn. 219.

²⁴ Vgl. zu diesem Ergebnis zusammenfassend Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 73.

²⁵ Anders in einer Hausarbeit, siehe zur weiteren Argumentation Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 36–73, 128–132; a.A., dazu dass die genetische Auslegung eine Grundrechtsbindung Privater ermögliche, BVerfG NZA 2025, 492 (499 Rn. 152) im Anschluss an Lobinger, RdA 2024, 69 (69).

²⁶ Vgl. Zur Interpretation von BVerfGE 7, 198 (205) Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 146 f.

²⁷ BVerfGE 7, 198 (206).

²⁸ BVerfGE 7, 198 (205).

²⁹ Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 147–151.

Die „Ausstrahlungswirkung“ begründet das BVerfG damit, dass das Grundgesetz eine „objektive Wertordnung“ errichtet habe.³⁰ Dies ist für das Verständnis und die Akzeptanz der „Ausstrahlungswirkung“ misslich, denn das Gericht behauptet eine „objektive Wertordnung“ nur, ohne sie anhand von Auslegungsmethoden herzuleiten.³¹ Wie das Gericht zu der Annahme kommt, dass das Grundgesetz eine „objektive Wertordnung“ aufgerichtet habe, lässt das BVerfG offen und ergibt sich auch nicht aus seinen internen Akten.³²

Kern der Theorie sei, so das BVerfG, dass die Grundrechte neben ihrer Funktion als Abwehrrechte gegen den Staat eine objektive Dimension in Form einer „objektiven Wertordnung“ enthielten. Diese „Wertordnung“ führt dazu, dass die in den Grundrechten angelegten „Werte“ alle Normen des einfachen Rechts, darunter das Privatrecht, beeinflussten, weil das Grundgesetz keine wertneutrale Rechtsordnung sein wolle.³³

Neben dieser Ansicht des BVerfG spricht für die Auffassung, dass das Grundgesetz die Wirkung der Grundrechte auf Auslegung und Anwendung des Privatrechts zulässt, eine systematische Betrachtung: Das Privatrecht unterliegt dem unter anderem aus Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 und Art. 123 Abs. 1 GG folgenden Geltungsvorrang der Verfassung insgesamt.³⁴ Daraus und aus dem Grundsatz, dass die gesamte Rechtsordnung eine Einheit bildet³⁵, folgt, dass jedes Privatrechtsgesetz sowie Auslegung und Anwendung dieses Gesetzes verfassungskonform erfolgen muss. Den Gesetzgeber trifft daher die Pflicht, beim Erlass privatrechtlicher Normen die grundgesetzlichen, insbesondere grundrechtlichen, Maßgaben umzusetzen. Daraus folgt: Jedes Privatrechtsgesetz ermöglicht grundsätzlich, dass Grundrechte bei Auslegung und Anwendung dieses Gesetzes berücksichtigt werden.³⁶

Die besseren Argumente sprechen deshalb dafür, der Ansicht des BVerfG, dass Grundrechte lediglich auf Auslegung und Anwendung des Privatrechts wirken können, im Ergebnis zu folgen. Die genauere Prüfung der „mittelbaren Drittwirkung“, die trotz berechtigter Kritik an diesem Begriff in diesem Beitrag so bezeichnet werden soll,³⁷ bedarf näherer Betrachtung.

IV. Prüfungsschritte einer „mittelbaren Drittwirkung“

Die theoretischen Grundlagen der „mittelbaren Drittwirkung“ treten in der Rechtsprechung des BVerfG und in der Literatur nicht immer vollständig zutage. Damit ist verbunden, dass sich kein einheitliches Prüfungsschema herausgebildet hat. Da es um die Wirkung von Verfassungsrecht – konkret: Grundrechten – auf Privatrecht geht, müssen diese beiden Rechtskreise getrennt untersucht werden. An dieser Stelle geht der Beitrag über die Grundlagen der Rechtsprechung und die dort verwendeten Prüfungsschritte hinaus. Die Ausführungen sind daher lediglich als Leitlinien zu verstehen, ohne abschließenden Charakter aufzuweisen.

³⁰ BVerfGE 7, 198 (205).

³¹ Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 160.

³² Vgl. dazu und zur Kritik ausführlich Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 159–214.

³³ BVerfGE 7, 198 (204–207).

³⁴ Siehe zum Geltungsvorrang nur BVerfGE 31, 58 (72 f.); Wahl, NVwZ 1984, 401 (403); Wittreck, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 123 Rn. 28.

³⁵ Zur Einheit der Rechtsordnung Rüfner, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 97–103.

³⁶ Ausführlich Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 370–380.

³⁷ Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 141–143.

1. Voraussetzungen des Verfassungsrechts

Die „mittelbare Drittwirkung“ setzt zunächst voraus, dass ein Grundrecht wirkt. Dafür muss nach allgemeinen Lehren der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet sein.³⁸ Die Eröffnung des Schutzbereichs unterteilt sich in den persönlichen (A.IV.1.a)) und den sachlichen Schutzbereich (A.IV.1.b)):

a) Persönlicher Schutzbereich

Im Rahmen des persönlichen Schutzbereichs wird untersucht, ob eine Person sich auf Grundrechte berufen kann.³⁹ Eine „mittelbare Drittwirkung“ von Grundrechten kommt nach dem bisher Gesagten nur in Betracht, wenn ein Rechtsstreit zwischen Privatpersonen vorliegt; beim Streit zwischen einem Privaten und dem Staat greift die Grundrechtsbindung des Staates nach Art. 1 Abs. 3 GG ohnehin.⁴⁰

Es gibt jedoch Situationen, in denen zwar äußerlich ein privatrechtlicher Streit vorzuliegen scheint, die Grundrechte aber unmittelbar gelten. Das ist etwa bei Beliehenen der Fall, also bei Privatpersonen, denen durch Gesetz bestimmte Aufgaben übertragen wurden und die dabei selbst Staatsgewalt ausüben.⁴¹

Auch im Verwaltungsprivatrecht binden Grundrechte eine Person gem. Art. 1 Abs. 3 GG als „vollziehende Gewalt“, nämlich wenn der Staat sich einer privatrechtlichen Organisationsform (meist: einer GmbH) bedient, aber der Staat der einzige Gesellschafter der GmbH ist („Eigengesellschaft“).⁴² Der Zweck dieser Auslegung hin zu einer Grundrechtsbindung liegt darin, zu verhindern, dass der Staat seine Grundrechtsbindung umgeht, indem er auf eine private Rechtsform ausweicht.⁴³

Schwieriger sind gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen der Staat und Private gemeinsam beteiligt sind, zu beurteilen. Hier kommt es für die Einordnung als „vollziehende Gewalt“ i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG und die damit verbundene Grundrechtsbindung darauf an, ob der Staat das Unternehmen beherrscht. Vereinfacht⁴⁴ gesagt: Wenn der Staat mindestens die Hälfte der Anteile hält und Entscheidungen gegen private Minderheitsgesellschafter durchsetzen kann, spricht vieles für eine unmittelbare Grundrechtsbindung.⁴⁵ Wiederum vereinfacht: Hält der Staat weniger als die Hälfte der Anteile, überwiegt der private Einfluss, sodass die Grundrechte in der Regel nur über die „mittelbare Drittwirkung“ berücksichtigt werden.

Steht also ein Streit eines Privaten mit einem Beliehenen, einer Eigengesellschaft oder einem staatlich beherrschten Unternehmen in Rede, liegt ein Fall des Art. 1 Abs. 3 GG vor. Wegen des sog. Konfusionsarguments können sich diese Personen, weil sie grundrechtsgebunden sind, nicht auf Grundrechte berufen und der persönliche Schutzbereich ist nicht eröffnet.⁴⁶

³⁸ Siehe zur Eröffnung des Schutzbereichs nur *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 28; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 291–317.

³⁹ Siehe nur *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 289 i.V.m. Rn. 193–258.

⁴⁰ Siehe zum hier sog. grundrechtlichen Standardfall oben unter A.II.

⁴¹ So auch etwa *Hillgruber*, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 1 Rn. 87.1.

⁴² Siehe etwa die online abrufbare Gesellschafterliste der im Handelsregister des AG Berlin (Charlottenburg) unter HRB 200131 eingetragenen „Die Autobahn GmbH des Bundes“.

⁴³ BVerfG NVwZ 2018, 51 (58 f. Rn. 241 f.); BGH NJW 1969, 2195 (2196); *Hillgruber*, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 1 Rn. 85.

⁴⁴ Siehe weiter zur Beherrschung bei Vorzugsrechten *Masing*, in: FS Bryde, 2013, S. 409 (418).

⁴⁵ BVerfG NJW 2011, 1201 (1203 Rn. 51–55); BVerfG NVwZ 2018, 51 (59 Rn. 243); a.A. *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 109.

⁴⁶ Siehe nur BVerfGE 21, 362 (369–371); BVerfG NJW 2017, 217 (219 Rn. 192); BVerfG NVwZ 2018, 51 (58 Rn. 239).

b) Sachlicher Schutzbereich

Voraussetzung dafür, dass ein Grundrecht wirken kann, ist weiter, dass sein sachlicher Schutzbereich eröffnet ist. Da Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG regelmäßig nur den Staat binden, muss weiter geklärt werden, ob ein Grundrecht, dessen Schutzbereich eröffnet ist, auch auf die Auslegung und Anwendung des Privatrechts wirkt.⁴⁷

Vereinzelte nimmt die Literatur an, ausschließlich „staatsgerichtete“⁴⁸ Grundrechte wirkten nicht auf das Privatrecht. Das seien die Grundrechte, die nur der Staat verletzen könne.⁴⁹ Unter der Prämisse, dass sich die Grundrechtswirkung auch mit der Einheit der Rechtsordnung und dem Vorrang der Verfassung begründen lässt, lässt sich diese Einschränkung nicht treffen, da jedes Grundrecht vorrangig ist. Zwar mag die Wirkung „staatsgerichteter Grundrechte“ seltener praktisch werden, aber gänzlich ausschließen lässt sie sich nicht.⁵⁰ Daraus folgt: Jedes Grundrecht kann grundsätzlich auf Auslegung und Anwendung des Privatrechts wirken, soweit sein Schutzbereich eröffnet ist.⁵¹

2. Voraussetzungen des Privatrechts

Denklogisch setzt die Wirkung der Grundrechte auf ein Privatrechtsgesetz außerdem voraus, dass überhaupt ein Privatrechtsgesetz existiert, an das die Grundrechte anknüpfen können. Weiter muss herausgearbeitet werden, welches Tatbestandsmerkmal des Gesetzes konkret ausgelegt und angewendet wird. Gesetz und Merkmal müssen daher auch in der Bearbeitung ausdrücklich genannt werden.⁵² Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung wirken die Grundrechte in „mittelbarer Drittwirkung“ auf „sämtliche auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale zivilrechtlicher Normen“.⁵³ Dies trifft vor dem Hintergrund, dass jedes Merkmal dem Geltungsvorrang der Verfassung unterliegt, zu.

Da das Privatrecht anwendungsvorrangig ist, muss es zunächst vorrangig mit den „konventionellen“ Auslegungsmethoden interpretiert werden. Erst wenn die Auslegungsmethoden mehrere Ergebnisse zulassen, kann die „mittelbare Drittwirkung“ relevant werden und dazu beitragen, eines der möglichen Auslegungs- und/oder Anwendungsergebnisse auszuwählen. Anderenfalls, nämlich wenn bereits eine der Auslegungen als verfassungsrechtlich unzulässig erkannt wird, handelte es sich um eine verfassungskonforme Auslegung.⁵⁴

Hieraus ergibt sich eine weitere, im Privatrecht angelegte Begrenzung der „mittelbaren Drittwirkung“: der Grad der Regelungsdichte. Es gilt: Je weiter und unbestimmter ein zivilrechtliches Merkmal gefasst ist, desto weniger Gewinn bringen die „konventionellen“ Auslegungsmethoden bei der Interpretation und desto stärker entfalten die Grundrechte „mittelbare Drittwirkung“. Besonders

⁴⁷ Das BVerfG geht der Frage nicht nach, sondern schließt nur grundsätzlich die regelmäßige Wirkung von Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht (BVerfG NJW 2018, 1667 [1669 Rn. 37]) sowie von Art. 3 Abs. 1 GG im Regelfall (BVerfG NJW 2018, 1667 [1669 Rn. 40]) aus.

⁴⁸ Dies seien insbesondere Art. 4 Abs. 3, Art. 12 Abs. 2, Art. 16, Art. 16a, Art. 17 und Art. 19 Abs. 4 GG.

⁴⁹ Siehe etwa *Classen*, AöR 122 (199), 65 (92); *Lücke*, JZ 1999, 377 (379 f.).

⁵⁰ Für Fälle etwa *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 (1154); *Knebel*, MMR 2019, 56 (59); offenlassend BVerfGE 104, 65 (73); eine derart ausdrückliche Einschränkung nimmt das BVerfG nicht vor.

⁵¹ Zur Einschränkung im Einzelfall durch das Privatrecht siehe unter A.V. A.V.1. A.V.1.a).

⁵² Das BVerfG selbst ist insoweit ein schlechtes Beispiel, da es des Öfteren ein Zitat der Normen des Privatrechts auslässt, siehe nur BVerfGE 119, 1; 128, 226 (248–250); BVerfG NJW 2015, 2485; BVerfG NJW 2019, 1935; BVerfG NJW 2019, 3769.

⁵³ BVerfGE 129, 78 (102); BVerfG NJW 2016, 2247 (2250 Rn. 82); siehe auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 189.

⁵⁴ Siehe dazu *Schaaf*, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 93–96.

weit und daher offen für die „mittelbare Drittwirkung“ sind Merkmale wie die „guten Sitten“ in § 826 BGB, „Treu und Glauben“ in § 242 BGB⁵⁵ oder „Duldung“ in § 1004 Abs. 2 BGB.

V. Praktische Umsetzung in Klausur und Hausarbeit

Probleme bereitet in der Regel die Umsetzung dieser Grundlagen in der schriftlichen Ausarbeitung. Der Rechtsprechung lässt sich kein einheitliches Schema zur Prüfung der „mittelbaren Drittwirkung“ entnehmen.⁵⁶ In der Ausbildungsliteratur existieren dagegen Aufsätze, die konkret die Fallbearbeitung betreffen.⁵⁷ Auch dieser Beitrag kann kein einheitliches Schema, wie es vor allem bei der Prüfung von Tatbeständen bekannt ist, entwickeln: Das Problem gerade der „mittelbaren Drittwirkung“ liegt darin, dass die zu beurteilenden Sachverhalte so unterschiedlich liegen, dass eine Verallgemeinerung oft unmöglich erscheint.⁵⁸ Die folgenden Ausführungen gehen über Rechtsprechung und Literatur hinaus und sind daher vor allem als Aufbauvorschlag zu verstehen. Sie sollen helfen, die Argumentation in Klausur und Hausarbeit stringent und überzeugend herauszuarbeiten:

1. Umsetzung in privatrechtlichen Fallbearbeitungen

Ihren Ursprung nimmt die „mittelbare Drittwirkung“ im Privatrecht – nämlich im Streit zwischen zwei Privaten. Verfolgt man den Ursprung eines Streits zurück, tritt die „mittelbare Drittwirkung“ bereits auf den Plan, bevor irgendein gem. Art. 1 Abs. 3 GG Grundrechtsverpflichteter an diesem Streit beteiligt ist: Bevor etwa das BVerfG entscheidet, entscheiden die Zivil- und Arbeitsgerichte über den Rechtsstreit. Doch bereits bevor die Gerichte über den Rechtsstreit entscheiden, streiten die Privaten außergerichtlich untereinander. In diesem Stadium des Rechtsstreits ohne staatliche Beteiligung bleibt die Grundrechtsbindung des Staates gem. Art. 1 Abs. 3 GG für die Frage irrelevant, wie Grundrechte auf den Rechtsstreit wirken. Vorausgesetzt, die Norm und deren Auslegung stellen sich als verfassungskonform dar, kommt es einzig auf die Frage an, welche Rechtsfolge das Privatrecht vorschreibt⁵⁹. Dieses Privatrecht muss daher nach den oben genannten Grundsätzen in „mittelbarer Drittwirkung“ an den Grundrechten gemessen werden.⁶⁰

Die Prüfung durch ein Zivilgericht erster Instanz oder durch ein Rechtsmittelgericht der ordentlichen bzw. Arbeitsgerichtsbarkeit folgt ähnlichen Maßstäben. Auch sie sind nicht allein den Grundrechten verpflichtet, sondern haben anwendungsvorrangig die Auslegung und Anwendung des Privatrechts zu prüfen.

In der Prüfung, ob ein Anspruch nach dem Privatrecht besteht, muss also herausgearbeitet werden, wie das jeweils relevante Tatbestandsmerkmal auszulegen und anzuwenden ist, auf das die Grundrechte wirken; dieses Merkmal entscheidet auch darüber, welche Grundrechte überhaupt wirken können (a)). Nach der Definition des Merkmals und der Feststellung, welche Grundrechte wirken können, erfolgt sodann die Subsumtion unter das Merkmal unter Wirkung der Grundrechte (b)).

⁵⁵ Vgl. die ausführliche Kommentierung von Kähler, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2026, § 242 Rn. 147–232 mit Analyse zahlreicher Grundrechte in Rn. 194–232.

⁵⁶ Dazu Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 151.

⁵⁷ Etwa bei Augsberg/Viellechner, JuS 2008, 406 ff.; Kulick/Schäufler, ZJS 2023, 35 ff.; Schaaf, Jura 2021, 249 ff.

⁵⁸ Siehe Augsberg/Viellechner, JuS 2008, 406 (407–414), die drei verschiedene Schemata vorschlagen.

⁵⁹ Siehe so zur Interpretation des Lüth-Urteils bei und in Fn. 26.

⁶⁰ Siehe dazu unter A.IV.2.

a) Herausarbeiten des Tatbestandsmerkmals des Privatrechtsgesetzes

Die Norm des Privatrechts und das zu untersuchende Tatbestandsmerkmal sind zunächst zu nennen und darauf zu untersuchen, wie offen der Wortlaut gefasst ist, denn die Weite des Wortlauts entscheidet darüber, wie weit Grundrechte wirken.⁶¹ Das Tatbestandsmerkmal des Privatrechtsgesetzes gibt darüber hinaus vor, welche Grundrechte bei Auslegung und Anwendung dieses Merkmals wirken können: So können Wortlaut, Systematik, Genese und Historie, ggf. auch das Telos der Norm, dafür sprechen, dass das Gesetz die Wirkung einzelner Grundrechte nicht zulässt, auch wenn sie nach den Grundsätzen vom Vorrang des Gesetzes und der Einheit der Rechtsordnung grundsätzlich wirken können.⁶²

Zur Veranschaulichung: § 823 Abs. 1 BGB schützt nach seinem Wortlaut bestimmte Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und sonstige Rechte), sodass vor allem die diese Rechtsgüter schützenden Freiheitsrechte auf Auslegung und Anwendung dieses Gesetzes wirken: Art. 2 Abs. 2 S. 1, S. 2, Art. 14 Abs. 1 GG. Die Wirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ist in der Norm also gerade nicht angelegt. Dass dieses Recht dennoch als „sonstiges Recht“ anerkannt ist, stellt keine Folge der „mittelbaren Drittwirkung“ dar, sondern ist durch Richterrecht begründet.⁶³

Dagegen fallen Gleichheitsrechte nach dem Wortlaut nicht als Schutzgut unter § 823 Abs. 1 BGB. Dafür existieren Normen, die Gleichheit schützen, insbesondere das AGG und Generalklauseln wie § 826 BGB (sowie §§ 242, 138 BGB), bei denen die Auslegung typischerweise Raum für die Wirkung aller Grundrechte lässt.

Doch die Auslegung und Anwendung des Privatrechts muss ebenso berücksichtigen, dass sich auch das andere Privatrechtssubjekt zur Rechtfertigung seines Handelns auf Grundrechte berufen kann, soweit das jeweils geprüfte Privatrecht die Wirkung eines Grundrechts nicht ausnahmsweise ausschließt (etwa schließt § 863 BGB Wirkung der Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, aus).

Das heißt: Grundrechte wirken im Privatrecht nicht „automatisch“, sondern nur, wenn und soweit das jeweilige Tatbestandsmerkmal des Privatrechtsgesetzes diese Wirkung zulässt; bei im Wortlaut sehr offenen Generalklauseln wie §§ 826, 242, 138 Abs. 1, Abs. 2 BGB führt dies faktisch dazu, dass alle Grundrechte wirken können.

b) Subsumtion und Anwendung der Grundrechtswirkung

Steht damit fest, welche Grundrechte wirken können, bedarf es der Klärung, wie die Grundrechtswirkung stattfindet. Im Streit zweier Privatrechtssubjekte scheidet die „klassische Grundrechtsdogmatik“ anhand von Eingriff und Schutzpflicht aus: Ein Eingriff setzt nach seiner Definition zwingend die Verletzung eines Schutzbereichs durch staatliches Handeln voraus,⁶⁴ während die Schutzpflichtendogmatik einen Grundrechtsgebundenen voraussetzt, der vor Beeinträchtigungen durch Dritte schützt.⁶⁵

Die Situation im Privatrechtsstreit ist jedoch dem Eingriff sehr nah: Ein Privater will etwas von einem anderen, also entweder in dessen Rechte übergreifen oder dessen Übergriff abwehren. Die Wirkung

⁶¹ Siehe dazu nach Fn. 54.

⁶² Siehe dazu bei Fn. 34.

⁶³ Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 400.

⁶⁴ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 39; Kingreen/Poscher, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 335, 339.

⁶⁵ Hermes, Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 39; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 1, 4, 7.

der Grundrechte im reinen Rechtsstreit zwischen Privaten lässt sich daher treffender über das Konzept des „Übergriffs“ fassen: Private „greifen“ nicht im technischen Sinne in Grundrechte ein, können aber in grundrechtlich geschützte Positionen anderer Privater „übergreifen“, indem sie den Schutzbereich von Grundrechten durch privates Handeln verkürzen.⁶⁶

Aus dieser Perspektive ergeben sich, rein grundrechtlich betrachtet, zwei komplementäre Wirkungsrichtungen. Aus Sicht des prima facie belasteten Privaten (A) sind die Grundrechte darauf gerichtet, den Übergriff des handelnden Privaten (B) abzuwehren. Die Grundrechte fordern, dass sich der privatrechtliche Unterlassungsanspruch durchsetzt. Spiegelbildlich wirken Grundrechte aus Sicht des Handelnden (B) dahin, das Privatrecht so zu interpretieren, dass sein beanstandetes Verhalten als Ausübung grundrechtlich gewährleisteter Freiheit zulässig erscheint. Zugleich soll das Widersetzen des A gegen den Anspruch unterlassen werden und die Grundrechte des A streiten dafür, dass die Verteidigung als Ausübung von Freiheit erscheint. Da beide Personen somit wechselseitig einen Unterlassungs- bzw. Rechtfertigungsanspruch unter Wirkung der Grundrechte geltend machen, folgt daraus: Die Rollen von „Belastetem“ und „Handelndem“ können wechselseitig auftreten. Jeder am Rechtsstreit Beteiligte ist zugleich Übergreifender und zugleich Belasteter.

Damit steht fest, wie und welche Grundrechte wirken. In den nächsten Schritten bleibt zu klären, wie die Prüfung konkret stattfindet. Dies bemisst sich ähnlich zu den allgemeinen Grundrechtslehren anhand von Schutzbereich (A.V.1.b)aa)), Übergriff (bb)) und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung (cc)).

aa) Schutzbereich

Wie bereits im Rahmen der theoretischen Grundlagen der „mittelbaren Drittwirkung“ dargelegt, ist zunächst zu prüfen, ob sachlicher und persönlicher Schutzbereich aller wirkenden Grundrechte zugunsten der Privatrechtssubjekte eröffnet sind.⁶⁷

bb) Übergriff

Sodann erfolgt die Prüfung, ob ein Übergriff durch das private Handeln vorliegt. Dies erfolgt ähnlich der bekannten Prüfung zum Eingriff: Es ist allerdings, wie dargelegt,⁶⁸ wechselseitig festzustellen, dass der Anspruch des einen Privaten (A) den Schutzbereich der Grundrechte des in Anspruch genommenen Privaten (B) berührt, sowie, dass zugleich die Ablehnung des Anspruchs durch den Privaten (B) die Grundrechte des Privaten (A) verkürzt.

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Letztlich ist im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfen, welcher dieser Übergriffe durch die Grundrechte gerechtfertigt ist und daher vom anderen Privatrechtssubjekt geduldet werden muss. Da sich – anders als beim grundrechtlichen Standardfall – beide Parteien auf Grundrechte berufen können, bedarf es eines modifizierten Ansatzes der Rechtfertigungsprüfung. Es stehen sich ein beeinträchtigtes und ein geltend gemachtes Grundrecht gegenüber, die nicht beide vollständig verwirklicht werden können. Auf die Frage, ob mit dem geprüften Privatrechtsgesetz eine ausreichende Schranke vorliegt, braucht nicht eingegangen zu werden. Dies ist bereits im Vorfeld geklärt worden.⁶⁹

⁶⁶ Ausführlich zur Definition eines Übergriffs *Krisor-Wietfeld*, Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung, 2016, S. 248.

⁶⁷ Siehe dazu oben unter A.IV. A.IV.1.

⁶⁸ Siehe dazu soeben unter A.V. A.V.1. A.V.1.b).

⁶⁹ Siehe dazu bei Fn. 54.

Es kommt mithin nur auf eine (modifizierte) Verhältnismäßigkeitsprüfung an, bei welcher der Schwerpunkt auf der Abwägung der gegenüberliegenden Interessen liegt. Darin wird festgestellt, welche Grundrechte einer Partei im Einzelfall überwiegen.⁷⁰ Dies geschieht durch eine Abwägung der Vorteile, welche die eine Partei mit dem Handeln verfolgt, gegenüber den Nachteilen, die der anderen Partei entstehen.⁷¹ Diese Prüfung hat – auch bei grundrechtlicher Prägung – im Ausgangspunkt innerhalb des privatrechtlichen Rahmens zu erfolgen. Das heißt: Dem Privatrecht kann durch Auslegung zu ermitteln sein, welchem Grundrecht bei der Abwägung widerstreitender Interessen mehr bzw. weniger Gewicht zu geben ist; das Privatrecht und dessen Vorgaben stellen Grund und Grenze der Abwägung dar.

Dabei sind vertragliche und außervertragliche Privatrechtsverhältnisse zu unterscheiden: Außervertragliche Privatrechtsverhältnisse sind in der Regel nur durch das Gesetz geprägt, während vertragliche Privatrechtsverhältnisse jedenfalls vorrangig durch den (freiwillig) geschlossenen Vertrag bestimmt werden. Dies macht die Abwägung bei Vertragsverhältnissen komplizierter, da stets auch die Privatautonomie beider Parteien zu berücksichtigen steht.

(1) Außervertragliche Privatrechtsverhältnisse

Zunächst zu außervertraglichen Privatrechtsverhältnissen: Deren Entstehen liegt zugrunde, dass die Voraussetzungen eines Privatrechtsgesetzes erfüllt werden. Im Rahmen dieser Norm ist anhand der Grundrechte zu ermitteln, ob die Voraussetzungen der Norm gegeben sind. Mithin dient die Abwägung anhand der Grundrechte in der Regel dazu, zu bestimmen, ob ein außervertragliches Privatrechtsverhältnis entstanden ist.

In welchem Maß welches Grundrecht bei der Abwägung Berücksichtigung findet, ist dabei wiederum durch Auslegung zu ermitteln. Die Auslegung kann ergeben, dass ein bestimmter Gesichtspunkt besonderes Gewicht erhält, sie kann aber auch ergeben, dass bestimmte Interessen gerade nicht in die Abwägung eingestellt werden dürfen. Hinweise auf die in der Norm enthaltene Gewichtung können sich aus dem Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte ergeben. Zusätzlich ist zu beachten, wie weit die Rechtsfolge reicht und wie hoch die Voraussetzungen liegen, die das Gesetz verlangt. Wenn die Rechtsfolge stark belastet, spricht dies dafür, dass hohe Anforderungen an die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen zu stellen sind. Erst wenn das Privatrecht selbst kein Rangverhältnis vorgibt, werden die betroffenen Güter ohne Vorrang gegeneinander abgewogen. Es bietet sich dabei an, auf verfassungsrechtliche Abwägungsmaßstäbe zurückzugreifen, und zwar zunächst auf eine abstrakte, sodann auf eine konkrete Betrachtung:

Ein abstraktes Rangverhältnis von Grundrechten existiert nur in engen Grenzen. Eine herausgehobene Stellung kommt schon nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG („unantastbar“) der Menschenwürde zu. Auch dem Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) wird eine besondere Bedeutung zugeschrieben.⁷²

Den übrigen Grundrechten lässt sich grundsätzlich keine abstrakte Hierarchie entnehmen. Daher kann nur anhand typisierter Kriterien entschieden werden, welchem Grundrecht im Einzelfall der Vorrang zukommt. Da jeder Einzelfall unterschiedlich liegt, lässt sich ein abschließender Kriterienkatalog nicht aufstellen. Hier ist mit den konkreten Umständen jedes Falles zu arbeiten. Für außer-

⁷⁰ Vergleiche zur Herleitung des modifizierten Verhältnismäßigkeitsprinzips und der im Privatrecht zu vernachlässigenden Prüfungspunkte von legitimem Zweck, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit *Schaaf*, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 404–437.

⁷¹ Siehe so für das Staat-Bürger-Verhältnis BVerfGE 30, 292 (316 f.); 38, 281 (302).

⁷² *Dietlein*, Schutzpflichten, 1992, S. 87; *Rüfner*, in: Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 1976, S. 453 (461 f.).

vertragliche Konflikte – insbesondere Versammlungen auf fremden Grund – können etwa folgende Kriterien gelten:

So können zunächst Ausmaß und Dauer der Beeinträchtigung berücksichtigt werden: Eine kurzfristige oder befristete Beeinträchtigung ist regelmäßig für einen Privaten eher hinnehmbar als eine dauerhafte. Die Möglichkeit, eine Maßnahme zeitlich oder sachlich zu begrenzen, kann deshalb abwägungsrelevant sein. Zweitens ist der Ort und sein Öffentlichkeitsbezug zu berücksichtigen. Maßgeblich ist, wie weit ein Ort für die Öffentlichkeit zur Verfügung steht, ob das Verhalten einen spezifischen Bezug zu diesem Ort hat und ob Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Ortes beeinträchtigt werden. Je stärker ein Ort öffentliche Funktionen erfüllt oder je größer die Sicherheits- und Funktionsrisiken sind, desto eher erhalten ordnende Interessen Gewicht.⁷³

Drittens ist zu prüfen, ob zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen. Wenn der Grundrechtsträger sein Anliegen an einem anderen, nahegelegenen Ort im Allgemeineigentum ebenso gut oder mit geringeren Beeinträchtigungen verwirklichen kann, spricht dies dafür, dass die Ablehnung des Anspruchs keine tiefgreifende Grundrechtsverletzung darstellt. Das Ausweichen erscheint also zumutbar, wenn der Schutzzweck des Grundrechts für den anderen schonender erfüllt werden kann.

Machtunterschiede zwischen den Beteiligten erscheinen dagegen im Ausgangspunkt kein geeignetes Abwägungskriterium. In privaten Konflikten besteht fast immer ein „Machtgefälle“. Relevanz erhält eine Machtstellung als Reflex aber, wenn sie dazu führt, dass Ausweichmöglichkeiten des anderen Teils fehlen, wie soeben beschrieben. Entscheidend für die Abwägung wird dann aber nicht die bloße „Macht“ als solche, sondern der konkrete Umstand, dass ein Ausweichen faktisch unmöglich ist.⁷⁴ Diese Maßstäbe gelten auch für das immer wiederkehrende Problem der Abwägung von Freiheits- mit Gleichheitsrechten. Auch hier bedarf es der Abwägung.⁷⁵

Am Beispiel des sog. Bierdosenflashmob-Beschlusses des BVerfG:⁷⁶ Ausgangspunkt des Falles war eine von Privaten geplante Demonstration mit Reden und dem Konsum je einer Dose Bier pro Teilnehmer auf dem Gelände einer privaten Betreiberin. Diese erteilte ein Hausverbot. Der Antragsteller hat zunächst zivilgerichtlich begehrt, das Hausverbot aufzuheben, und stützte sich dabei direkt auf die Versammlungs- (Art. 8 Abs. 1 GG) und die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG). Amts- und Landgericht haben im Eilverfahren einen solchen Anspruch abgelehnt, der Antragsteller hat sodann Eilrechtsschutz zum BVerfG erhoben, das festgestellt hat, dass die geplante Demonstration erlaubt sei.

Die dogmatische Kernfrage lautet: Kann aus Grundrechten zwischen Privaten ein Leistungsanspruch entstehen, der den Eigentümer zur Duldung/Eröffnung seines Grundstücks für eine Versammlung verpflichtet? Dafür bedarf es zunächst einer privatrechtlichen Anspruchsgrundlage, die Raum für grundrechtlich beeinflusste Auslegung bietet. § 903 BGB stellt insoweit keine Anspruchsgrundlage dar.⁷⁷ Auch in der gerichtlichen Praxis typische Anspruchsgrundlagen zur Aufhebung eines Hausverbots wie § 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB⁷⁸ helfen hier nicht weiter, weil

⁷³ Insofern ähnlich die Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 128, 226 (251); BVerfG NJW 2015, 2485 (2485 Rn. 5).

⁷⁴ Siehe ausführlich Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 411–417.

⁷⁵ Siehe nur Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 750 f.; Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 415 f.

⁷⁶ BVerfG NJW 2015, 2485.

⁷⁷ BGH NJW 2020, 42 (43 Rn. 11); Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 903 Rn. 22.

⁷⁸ Vgl. nur LG Duisburg SpuRt 2009, 78 (79); Henseler, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 167 m.w.N. in Fn. 52.

Versammlungs- und Meinungsfreiheit nicht zu den dort geschützten Rechtsgütern gehören, die Grundrechte darauf nach hier vertretener Ansicht also nicht wirken können.⁷⁹

Als einzige Anspruchsgrundlage bleibt § 826 BGB sowie dessen Tatbestandsmerkmal „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise“, das als Generalklausel grundsätzlich offen ist für die Wirkung jedes Grundrechts. Somit stehen Versammlungs- und Meinungsfreiheit des Anspruchstellers der Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) der Eigentümerin gegenüber und müssen gegeneinander abgewogen werden; ein abstraktes Rangverhältnis besteht nicht. Zugunsten der Eigentümerin besteht ein legitimes Interesse, Versammlungen – zumal mit absehbaren Störungen durch Müll und der damit einhergehenden abschreckenden Wirkung gegenüber Kundschaft – nicht zuzulassen. Zudem kann die Versammlung typischerweise an anderer Stelle stattfinden.⁸⁰ Mithin spricht nach hier vertretener Ansicht mehr dafür, dass die Instanzgerichte zutreffend entschieden haben, das Hausverbot aufrechtzuerhalten.

(2) Vertragsrechtliche Privatrechtsverhältnisse

Anders liegt die Situation bei vertragsrechtlichen Fällen: Im Vertragsrecht stellt der Vertrag grundsätzlich den Ausdruck beiderseitiger Privatautonomie dar und ist deshalb zu respektieren. Dies zeigt sich bereits als Ausübung grundrechtlicher Freiheit. (Andere) Grundrechte wirken mithin nicht dahin, dass der Vertragsinhalt frei nach Billigkeit „korrigiert“ wird. Deren Wirkung wird typischerweise nur im Rahmen der privatrechtlichen Normen relevant, die Vertragsfreiheit begrenzen oder eine Korrektur ermöglichen. Die zentrale Frage lautet daher in der Regel nicht, ob ein Vertrag unter Wirkung der Grundrechte zustande gekommen ist, sondern ob der Vertrag ausnahmsweise modifiziert oder (auch ex tunc) aufgehoben werden kann. Solche Ausnahmen kommen nur in Betracht, wenn die Grundrechte einer Partei, insbesondere deren Privatautonomie, verlangen, dass die Grundrechte und die privatautonom getroffene Vereinbarung zulasten der anderen Partei zurücktreten. Die Wirkung der Grundrechte ist hier also erheblich begrenzt. Eine gänzliche Aufhebung des Vertrages ist dabei gegenüber einer Vertragsanpassung subsidiär: Die Vertragsanpassung wirkt in der Regel für die Grundrechte des Vertragspartners milder.⁸¹

Für das Vertragsrecht dient die Entscheidung des BVerfG zu Bürgschaften als Beispiel:⁸² Eine junge Frau von 21 Jahren übernahm eine Bürgschaft für einen Geschäftskredit ihres Vaters, ohne wirtschaftlich in der Lage zu sein, die Bürgschaft bei Inanspruchnahme erfüllen zu können. Bei Vertragsschluss erklärte der Bankmitarbeiter, die Unterschrift sei „nur für die Akten“ und werde nicht praktisch. Damit wurde ein Bürgschaftsvertrag geschlossen. Ein Anspruch der Bank folgt grundsätzlich aus § 765 Abs. 1 BGB, entfällt aber, wenn der Bürgschaftsvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig ist.

Wie § 826 BGB ist der Wortlaut des § 138 Abs. 1 BGB als Generalklausel besonders offen („gegen die guten Sitten verstößt“) und erlaubt daher die Einwirkung jedes Grundrechts. Auf Seiten der Bank streiten insbesondere Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG); auf Seiten der Bürgin vor allem die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie der Schutz vor einer (wirtschaftlich-)existenziell belastenden Fremdbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Entscheidend für die Abwägung wird dabei, dass der Bankmitarbeiter das Risiko des Vertrages bei Vertragsschluss herab-

⁷⁹ Siehe dazu unter A.V. A.V.1. A.V.1.b).

⁸⁰ Das BVerfG ist im Ergebnis gleichwohl anderer Ansicht, siehe BVerfG NJW 2015, 2485 (2485 f. Rn. 3–10).

⁸¹ Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 417–436.

⁸² BVerfGE 89, 214.

spielte, wodurch die Entscheidungsfreiheit der Bürgin beeinträchtigt wurde. Zugleich stehen die Bürgschaftssumme und die Leistungsfähigkeit in einem groben Missverhältnis, wie auch für den Bankmitarbeiter erkennbar war. Die Kombination aus wirtschaftlicher Überforderung, Risikoverharmlosung, emotionaler Bindung an ihren Vater sowie einer gewissen Unwissenheit der jungen Frau im Geschäftsverkehr und einem fehlenden Eigeninteresse der Bürgin legt nahe, dass der Vertrag nicht Ausdruck autonomer Entscheidung war. § 138 Abs. 1 BGB ist daher unter Einfluss der grundrechtlichen Wertungen so auszulegen, dass die Bürgschaft nichtig ist.

Der Beschluss des BVerfG behandelt zudem einen zweiten Bürgschaftsfall: Eine Ehefrau bürgte für einen geringeren Kredit ihres Ehemannes, der dazu diente, den gemeinsamen Hausstand zu sichern. Die Bank spielte das Risiko des Vertrages nicht herunter. Damit liegen die Umstände anders: Die Entscheidung der Bürgin wurde nicht durch die Bank beeinflusst und die Bürgin verfügt über ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Kredit. Die emotionale Bindung allein begründet keine Fremdbestimmung. Damit beruht die Verpflichtung (eher) auf einer autonomen Entscheidung der Bürgin, sodass die Grundrechte nicht dazu zwingen, § 138 Abs. 1 BGB dahingehend auszulegen und anzuwenden, dass der Vertrag nichtig ist.

2. Umsetzung in öffentlich-rechtlichen Fallbearbeitungen

In der Fallbearbeitung im öffentlichen Recht wird die „mittelbare Drittwirkung“ zwischen zwei Privaten in der Regel relevant, wenn der grundrechtsgebundene Staat durch eine letztinstanzliche Gerichtsentscheidung ein Grundrecht eines Privaten beschränkt und dabei die Grundrechte eines anderen Privaten – vereinfacht gesprochen – schützt. Es ist sodann zu prüfen, ob dieser Eingriff rechtmäßig war. Dabei geht es in der Regel um die Frage, ob die gerichtliche Entscheidung Grundrechte verletzt. Diese Prüfung geschieht im öffentlichen Recht regelmäßig im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde nach § 13 Nr. 8a BVerfGG, §§ 90 ff. BVerfGG i.V.m. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG gegen die letztinstanzliche Entscheidung eines Zivilgerichts.

a) Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde

Die Zulässigkeit einer derartigen Urteilsverfassungsbeschwerde richtet sich nach den üblichen Gesichtspunkten.⁸³ Im Folgenden sollen lediglich die Besonderheiten dargestellt werden, die sich auf die „mittelbare Drittwirkung“ beziehen:

In der Fallbearbeitung einer hier relevanten Urteilsverfassungsbeschwerde stellt der Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG die letztinstanzliche Entscheidung eines Zivil- oder Arbeitsgerichts dar. Es sind meist diese Gerichte, die über privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden. Keinesfalls kann dagegen die „mittelbare Drittwirkung“ im Rahmen einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde relevant werden: Gesetze werden stets von staatlichen Organen erlassen und der Staat ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG in allen seinen Untergliederungen an die Grundrechte gebunden; einer „mittelbaren Drittwirkung“ bedarf es nicht.⁸⁴

Die Frage, ob Grundrechte überhaupt verletzt sein können, wird oft bereits im Rahmen der Beschwerdebefugnis i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG erörtert. Das Argument dazu lautet: Zivilgerichte könnten Grundrechte nur verletzen, wenn die Parteien – Private –, über deren

⁸³ Siehe dazu nur Kingreen/Poscher, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 1500–1547.

⁸⁴ Siehe nur Hillgruber, in: BeckOK GG, Stand: 11.11.2025, Art. 1 Rn. 80. Etwas anderes gilt für „private Normsetzung“, also Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen, vgl. dazu Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 126; a.A. wohl BVerfG NZA 2025, 492 (498 f. Rn. 142–152).

Streit sie entscheiden, selbst die Grundrechte beachten müssten. Dem folgend, fordern viele, die „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte bereits im Rahmen der Beschwerdebefugnis herzuleiten.⁸⁵ Doch dieses Argument verkennt einen wichtigen Aspekt: Nach Art. 1 Abs. 3 GG gilt, dass die Staatsgewalt in Gänze, also auch die Zivilgerichte an die Grundrechte gebunden sind. Schon wegen Art. 1 Abs. 3 GG darf die Entscheidung des Zivilgerichts Grundrechte nicht verletzen. Um die Frage, ob auch ein Privater gegenüber einem anderen Privaten die Grundrechte beachten muss, geht es mithin an dieser Stelle nicht. Konsequenterweise muss die „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte daher auch an dieser Stelle nicht dargestellt werden.

b) Begründetheit einer Urteilsverfassungsbeschwerde

Die Begründetheit beginnt, wie bei jeder Urteilsverfassungsbeschwerde, damit, den Prüfungsumfang des BVerfG herzuleiten. Das BVerfG stellt gerade keine weitere Instanz in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, keine „Superrevisionsinstanz“, dar und daher bleibt der Prüfungsumfang beschränkt. Das BVerfG darf nur einschreiten und die Entscheidung der ordentlichen Gerichtsbarkeit aufheben, falls eine Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“⁸⁶ droht.⁸⁷

Ferner sollte zunächst klargestellt werden – auch wenn Beschwerdegegenstand einzig die ohnehin an den Grundrechten zu messende zivilgerichtliche Entscheidung bleibt –, weshalb die Grundrechte verletzt sein könnten, also weshalb die Grundrechte auch bei einem Streit nur zwischen Privaten angewendet werden. Daher bedarf es an dieser Stelle der Herleitung der „mittelbaren Drittwirkung“.⁸⁸

Dann bewegt sich die Prüfung wieder in bekannterem Fahrwasser. Wegen des Prüfungsmaßstabes der Verfassungsbeschwerde ist einzig zu prüfen, ob die Verletzung der Grundrechte des Beschwerdeführers vorliegt. Deswegen müssen bei der Prüfung, ob der Schutzbereich von Grundrechten eröffnet ist, nur die Grundrechte des Beschwerdeführers geprüft werden.

Im Rahmen der Eingriffsprüfung ist auf die gerichtliche Entscheidung als Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers abzustellen.⁸⁹ Sodann gilt es zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Nach der allgemeinen Prüfung der Einschränkung und der Verfassungsmäßigkeit der Schranke kommt es sodann darauf an, ob der Eingriff durch den Schutz von Grundrechten des anderen Privaten gerechtfertigt ist. Daher muss herausgearbeitet werden, welche Grundrechte zugunsten des anderen Privaten einschlägig sind und, wie unter V. 1. 1.b) 1.b)bb) dargestellt, herausgearbeitet werden, dass das Handeln des Beschwerdeführers in die Grundrechte des anderen Privaten, dessen Grundrechte geschützt werden sollen, übergreift. Sodann ist unter Gewichtung der gegenüberliegenden Interessen zu beurteilen, wie bei V. 1. 1.b) 1.b)cc) erläutert, welches der geschützten Interessen überwiegt. Da es sich bei der Verfassungsbeschwerde – anders als im Verfahren vor den Instanzgerichten – um eine rein grundrechtliche Prüfung handelt, kann den einfach-gesetzlichen Wertungen des Privatrechts für die Abwägung keine Bedeutung zukommen. Maßgebend für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde

⁸⁵ So Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 373; Hartmann/Welzel, in: Hartmann, Hausarbeit im Staatsrecht, 5. Aufl. 2023, S. 86 Rn. 31–37, in Rn. 37 aber mit Hinweis auf eine a.A.; Manssen/Pielemeier, JuS 1999, L 93 (L 93 f.).

⁸⁶ BVerfGE 18, 85 (92); Hartmann, in: Pieroth/Silberkuhl, Die Verfassungsbeschwerde, 2008, § 90 Rn. 286 m.w.N.

⁸⁷ Zu den Maßgaben vgl. BVerfGE 85, 248 (258).

⁸⁸ So auch Augsburg/Viellechner, JuS 2008, 406 (407).

⁸⁹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 344–351; Michl, Jura 2017, 1062 (1066 f.); Schaaf, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 442–445; a.A. etwa Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 505–509.

ist nur die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“.⁹⁰ Das heißt: Es ist auf die Abwägung der widerstreitenden Grundrechte abzustellen. Die Verfassungsbeschwerde ist mithin nur dann begründet, wenn die angegriffene gerichtliche Entscheidung „spezifisches Verfassungsrecht“ verletzt.

VI. Einem roten Faden folgen

Die Ausführungen haben gezeigt: Die strukturierte Prüfung der „mittelbaren Drittwirkung“ ist keinesfalls leicht. Ein hier vorgeschlagenes methodengerechtes Vorgehen hilft bei der Argumentation und zeigt zugleich: Verfassungs- und Privatrecht müssen strikt getrennt, das privatrechtliche Tatbestandsmerkmal muss in der privatrechtlichen Prüfung identifiziert und untersucht werden. In der weiteren Prüfung schafft es Klarheit, sich am allgemeinen Prüfungsschema der Grundrechte zu orientieren und anhand einer strukturierten Abwägung das Ergebnis zu begründen. Bei der Verfassungsbeschwerde gilt dabei, dass es einer Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ bedarf. Es muss also der Gehalt der Grundrechte verletzt sein; eine Verletzung nur des Privatrechts genügt für den Erfolg einer Verfassungsbeschwerde nicht.

⁹⁰ Vergleiche zum modifizierten Maßstab des BVerfG *Schaaf*, Die Grundrechtswirkung auf das Privatrechtsverhältnis, 2025, S. 416 f.

Die Beleidigung gemäß § 185 StGB* – Grundlagen, Tatbestandsmerkmale und Prüfungssystematik (Teil 2) –

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

6. Tathandlung: Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung	758
a) Kundgabe.....	758
b) Besonderheiten bei der Beleidigung durch Äußerung unrichtiger Tatsachenbehauptungen.....	761
c) Besonderheiten bei der Beleidigung durch die Äußerung von ehrverletzenden Werturteilen.....	762
d) Zum Vorliegen einer Ehrverletzung	762
aa) Die Ermittlung des ehrenrührigen Sinns einer Äußerung; Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	763
(1) Zum Spannungsverhältnis von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG einerseits und § 185 StGB andererseits.....	764
(2) Zum Spannungsverhältnis von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einerseits und § 185 StGB andererseits	766
bb) Sonderfall: Formalbeleidigung (§ 185 StGB i.V.m. § 192 StGB).....	766

6. Tathandlung: Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung

Tathandlung des § 185 StGB ist die Beleidigung, nach h.M. die Kundgabe eigener Nicht- oder Missachtung gegenüber dem Betroffenen.¹

a) Kundgabe

Fall 8: T übermittelt dem ihm verhassten O über den Nachrichtendienst WhatsApp einen den Mittelfinger zeigenden Emoji.

* Teil 1 ist in Ausgabe 3/2026 erschienen. Teil 3 folgt 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 Bock, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 243; Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 185 Rn. 1; hier nur auch Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 1; Fahl, NStZ 2016, 313 (314); Brugger, JA 2006, 687 (689).

§ 185 StGB ist ein Äußerungsdelikt.² Der Täter muss seine Nicht- oder Missachtung kundgeben, worunter die an das Opfer oder einen Dritten gerichtete Äußerung eines bestimmten Sinngehalts zu verstehen ist.³

Nicht tatbestandsmäßig sind demgegenüber Tagebucheintragungen und Selbstgespräche, da es insoweit an der für eine Kundgabe erforderlichen Ausrichtung auf einen anderen Adressaten fehlt.⁴

Fall 9: T hält in seinem persönlichen Notizbuch fest, A sei ein Idiot, den er bei nächster Gelegenheit zu entlassen gedenke.

Fall 10: Erbost über den Inhalt einer E-Mail, entfährt es der allein vor ihrem Laptop sitzenden L über den Verfasser der E-Mail: „Was für ein Volltrottel!“

Streicht der Täter eine niedergeschriebene Beleidigung nachträglich durch, steht dies der Annahme einer Kundgabe so lange nicht entgegen, wie der ursprüngliche Inhalt noch lesbar ist.⁵

Fall 11: Junior Art Director J notiert über ihre Vorgesetzte, Art Director A, auf einem Zettel die Äußerung „A ist eine Hexe“. Da ihr bekannt ist, dass Beleidigungen strafbar sind und gegebenenfalls die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen können, streicht sie die Äußerung mit einem Stift durch, in der Annahme, damit keine strafbare Kundgabe mehr vorgenommen zu haben, obwohl der Inhalt weiterhin lesbar ist. Den Zettel lässt J offen auf ihrem Schreibtisch liegen, wo er von Personal Assistant P gefunden und gelesen wird.

§ 185 StGB ist ein höchstpersönliches Äußerungsdelikt: Täter einer Beleidigung kann nur sein, wer die Nicht- oder Missachtung als eigene kundgibt. Wer lediglich eine fremde Missachtung zum Ausdruck bringt, ohne sie sich zu eigen zu machen, scheidet als Täter aus.⁶

Fall 12: T erklärt gegenüber O: „N hat gesagt, Du seist ein Idiot.“ Da T die Äußerung des N lediglich wiedergibt, ohne sie sich zu eigen zu machen, scheidet eine Strafbarkeit des T wegen Beleidigung aus.

Gegenbeispiel in Fall 13: T erklärt gegenüber O: „N hat – vollkommen zu Recht, wie ich meine – gesagt, Du seist ein Idiot.“

Die bloße Mitteilung einer fremden Missachtung kann indes eine strafbare Teilnahme an der Beleidigung des unmittelbaren Täters begründen.⁷

² Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2025, § 185 Rn. 3; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 542.

³ Tenckhoff, JuS 1988, 787 (788).

⁴ RGSt 71, 159; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 185 Rn. 39; Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 5; Küpper, JA 1985, 453 (455); Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 14; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 436.

⁵ Fahl, NStZ 2016, 313 (315).

⁶ Eckel/Rottmeier, NStZ 2021, 1 (2); Krischker, JA 2013, 488 (490); Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 4; Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 23 Rn. 7.

⁷ Krischker, JA 2013, 488 (490).

Einer wörtlichen oder schriftlichen Äußerung bedarf es nicht. Die Kundgabe der Nicht- oder Missachtung kann vielmehr auch bildlich oder durch schlüssige Handlung erfolgen.⁸

Fall 14: T veröffentlicht auf der Plattform Instagram ein Live-Video, in dem er über die umwelt-politisch engagierte, aber leicht übergewichtige Politikerin und Parteivorsitzende P unter anderem sagt, sie sehe aus wie eine grüne Tonne. Nutzerin A, die das Video verfolgt, versieht es daraufhin mit einem Kommentar, der einen applaudierenden Hände zeigenden Emoji enthält.

Zwar müssen Bundespolitiker auch pointierte Kritik und zugespitzte Äußerungen hinnehmen; die Grenzen zulässiger Meinungsäußerung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG sowie der Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB sind jedoch dort überschritten, wo die Herabwürdigung der betroffenen Person in den Vordergrund tritt.⁹ T, der P durch die Bezeichnung als „grüne Tonne“ der Lächerlichkeit preisgibt und damit zum Ausdruck bringt, dass sie dem Erscheinungsbild eines Müllbehälters gleiche, hat P beleidigt. Dasselbe gilt für A, die durch das Setzen des applaudierenden Emojis ihre Zustimmung zu dieser Herabsetzung kundgetan und sich deren Aussagegehalt damit zu eigen gemacht hat.

Einer persönlichen Erkennbarmachung des Äußernden bedarf es nicht.¹⁰ Eine Beleidigung kann auch begehen, wer anonym bleibt.

Fall 15: Hiwi H bringt im Treppenhaus der Mensa II der Universität zu Kiel einen gut lesbaren Aufkleber an, auf dem in Bezug auf den dem H verhassten Prof. Dr. F steht: „I H8TE¹¹ STUPID ASS PROF. F“.

Zu beachten ist, dass eine Äußerung zugleich mehrere Personen beleidigen kann.¹²

Fall 16: T beschimpft seinen Arbeitskollegen O als „selten dämlichen Hurensohn“.

In *Fall 16* kommen sowohl eine Ehrverletzung des O als auch – im Wege einer sog. mittelbaren Beleidigung¹³ – eine Ehrverletzung der Mutter des O in Betracht. Ob die Äußerung tatsächlich auch als Beleidigung der Mutter zu verstehen ist oder ausschließlich auf die Herabwürdigung des O selbst abzielt, hängt vom Kontext der Äußerung ab: Maßgeblich ist, ob ein unbefangener Dritter die Äußerung nach ihrem objektiven Sinngehalt dahin verstehen würde, dass sie zugleich eine negative Aussage über die Mutter des O enthält, oder ob sie sich, bei verständiger Würdigung des Gesamtzusammenhangs, in der unmittelbaren Herabsetzung des O erschöpft.

⁸ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 185 Rn. 5; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 592; Satzger, Jura 2016, 1340 (1340).

⁹ BVerfG NJW 2020, 2631 (2634 Rn. 25).

¹⁰ Tenckhoff, JuS 1988, 787 (788); Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 23 Rn. 8.

¹¹ Die Verwendung der Ziffer „8“ als lautmalische Darstellung des englischen „eight“ ist im Internet, namentlich in Chats, Foren und auf Social-Media-Plattformen, eine geläufige Schreibweise; „I h8te“ steht damit für das englische „I hate“ und bedeutet auf Deutsch „Ich hasse“. Es ist davon auszugehen, dass zumindest ein erheblicher Teil derjenigen, die von dem Aufkleber Kenntnis nehmen, dessen Sinngehalt zu erfassen vermögen.

¹² Hier nur Wessels/Hettinger/Engländer (Strafrecht, Besonderer Teil I, 48. Aufl. 2025, Rn. 433 ff.), die diese Fallgruppe als mittelbare Beleidigung bezeichnen.

¹³ Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. 2025, § 5 Rn. 17.

In der Prüfung sollte stets klargestellt werden, zu wessen Lasten eine Ehrverletzung geprüft wird. Es empfiehlt sich, die Prüfung nach den jeweils betroffenen Rechtsgutsträgern zu trennen.

Der Begriff der Kundgabe wird nach h.M. durch die sog. „beleidigungsfreie Sphäre“ eingeschränkt.¹⁴ Vertrauliche Äußerungen im engsten Familienkreis oder in vergleichbar engen Vertrauensverhältnissen, etwa unter Lebenspartnern, Verlobten oder engen Freunden, werden von § 185 StGB nicht erfasst.¹⁵

Fall 17: F teilt ihrem Ehemann am Abend nach der Arbeit mit, ihre Kollegin D sei eine missgünstige, falsche Schlange.

Die Existenz einer beleidigungsfreien Sphäre schließt dabei nicht aus, dass innerhalb des Familienkreises oder eines vergleichbar engen Vertrauensverhältnisses Beleidigungen begangen werden können: Tatbestandsmäßig i.S.d. § 185 StGB ist nicht die Äußerung über Dritte im Vertrauensbereich, sondern die Beleidigung eines Familienangehörigen oder Vertrauten selbst, diese wird von der beleidigungsfreien Sphäre nicht erfasst.¹⁶

Fall 18: H nennt seinen besten Freund F einen „Schwachkopf“.

Selbst wenn zwischen den beiden ein enges Vertrauensverhältnis besteht, stellt dies eine Beleidigung gem. § 185 StGB dar. Die beleidigungsfreie Sphäre schützt zwar die Äußerungen über Dritte, aber nicht die Beleidigung der Vertrauenspersonen selbst.

b) Besonderheiten bei der Beleidigung durch Äußerung unrichtiger Tatsachenbehauptungen

Eine Beleidigung gem. § 185 StGB kann im Zwei-Personen-Verhältnis, also im unmittelbaren Verhältnis zwischen Täter und Betroffenen, zunächst durch die Äußerung unrichtiger Tatsachenbehauptungen begangen werden. Die Unrichtigkeit der behaupteten Tatsache ist dabei nach h.M. ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 185 StGB.¹⁷ Sie muss im Strafverfahren nachgewiesen werden, soll der Täter wegen seiner Äußerung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

Fall 19: T behauptet gegenüber O, dieser sei doch ein Steuerhinterzieher.

¹⁴ Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 596; Krey/Hellmann/Heinrich, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 537 f.; Tenckhoff, *JuS* 1988, 787 (788); vgl. hier nur und zu den unterschiedlichen dogmatischen Begründungen der beleidigungsfreien Sphäre die Darstellungen bei Rogall, in: *SK-StGB*, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbemerkungen vor § 185 Rn. 52 ff. sowie Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 48. Aufl. 2025, Rn. 438 ff. und Joecks/Jäger, *StGB, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, Vor § 185 Rn. 31 ff.

¹⁵ BVerfGE 90, 255; Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 596; Kindhäuser/Schramm, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 17 ff.; Tenckhoff, *JuS* 1988, 787 (789); Kett-Straub, *ZStW* 120 (2008), 759 (763); Bock, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 2. Aufl. 2024, S. 267; siehe hierzu nur Küpper (JA 1985, 453 [456]), demzufolge die beleidigungsfreie Sphäre über den engsten Familienkreis hinaus lediglich auf den von § 203 StGB erfassten Personenkreis zu erweitern ist, wenn die Äußerung den Empfänger gerade in seiner Eigenschaft als Angehöriger dieser Berufsgruppe bekannt wurde.

¹⁶ Tenckhoff, *JuS* 1988, 787 (789); Kindhäuser/Schramm, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 18.

¹⁷ Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 558.

Betrifft die behauptete Tatsache eine Straftat, ist stets § 190 StGB in den Blick zu nehmen: Ist die behauptete oder verbreitete Tatsache eine Straftat, gilt der Wahrheitsbeweis gem. § 190 S. 1 StGB als erbracht, wenn der Beleidigte wegen dieser Tat rechtskräftig verurteilt worden ist.

Wurde O in Fall 19 daher tatsächlich wegen Steuerhinterziehung verurteilt, so gilt der Wahrheitsbeweis hinsichtlich der Äußerung des T als erbracht und T könnte wegen dieser Äußerung nicht wegen einer Beleidigung des O verurteilt werden.

Ist der Beleidigte vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden, ist der Wahrheitsbeweis gem. § 190 S. 2 StGB dagegen ausgeschlossen. Erfolgt der Freispruch erst nach Ausspruch der Beleidigung, findet § 190 S. 2 StGB hingegen keine Anwendung.¹⁸

c) Besonderheiten bei der Beleidigung durch die Äußerung von ehrverletzenden Werturteilen

Eine Beleidigung kann darüber hinaus durch die Äußerung eines Werturteils begangen werden, sei es gegenüber dem Betroffenen selbst, sei es gegenüber einem Dritten. Tatbestandsmäßig i.S.d. § 185 StGB ist ein Werturteil nur dann, wenn es einen ehrenrührigen, mithin ehrverletzenden, Inhalt aufweist.¹⁹

d) Zum Vorliegen einer Ehrverletzung

In inhaltlicher Hinsicht setzt § 185 StGB voraus, dass die Äußerung die ehrenrührige Kundgabe eigener Nicht- oder Missachtung enthält.²⁰ Eine Ehrverletzung liegt dabei vor, wenn der Äußernde dem Betroffenen den elementaren Menschenwert oder dessen ethischen oder sozialen Wert ganz oder teilweise abspricht und dadurch dessen grundsätzlich uneingeschränkten Achtungsanspruch verletzt.²¹

Auch die auf Social-Media-Plattformen üblichen Nutzerreaktionen, Emojis, Likes oder Dislikes, sind grundsätzlich geeignet, die Nicht- oder Missachtung einer anderen Person zum Ausdruck zu bringen.²² Maßgeblich ist dabei stets der Gesamtzusammenhang, in dem die jeweilige Reaktion erfolgt.²³ Auch Gesten und symbolische Handlungen sind tatbestandsmäßig i.S.d. § 185 StGB, sofern sie eine ehrenrührige Kundgabe eigener Nicht- oder Missachtung enthalten.²⁴

Beispiele hierfür sind etwa das „Tippen an die Stirn“²⁵, das Anspucken eines anderen²⁶ oder das Zeigen des Mittelfingers²⁷.

¹⁸ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 571.

¹⁹ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 573.

²⁰ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 23 Rn. 4.

²¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 185 Rn. 4; Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 23 Rn. 4.

²² Nestler, Jura 2021, 589 (589).

²³ Nestler, Jura 2021, 589 (589).

²⁴ Bock, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 260; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 467.

²⁵ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 467; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 544.

²⁶ BGH NStZ-RR 2009, 172 (173); Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 544.

²⁷ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 544.

Richtigerweise kann für das „digitale“ Zeigen eines Mittelfingers nichts anderes gelten.²⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob der Täter seinen eigenen Mittelfinger (etwa durch Übersendung eines Fotos hiervon) zeigt oder sich – wie in *Fall 8* – hierzu eines den Mittelfinger zeigenden Emojis bedient.

aa) Die Ermittlung des ehrenrührigen Sinns einer Äußerung; Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Der ehrenrührige Sinn einer Äußerung ist nach objektiven Maßstäben zu ermitteln.²⁹ Auf das subjektive Empfinden des Täters oder des Opfers kommt es nicht an.³⁰ Ausgangspunkt der Auslegung ist stets der Wortlaut der Äußerung.³¹ Da dieser deren objektiven Sinngehalt indes nicht abschließend bestimmt, sind ergänzend der Kontext der Äußerung sowie die gesamten erkennbaren Begleitumstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich Alter und soziale Beziehung der Beteiligten untereinander sowie die Ortsüblichkeit bestimmter Ausdrücke.³²

Daraus folgt, dass auch eine dem Wortlaut nach ehrverletzend erscheinende Äußerung im Ergebnis nicht tatbestandsmäßig sein muss, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen:

Fall 20: F begrüßt seine Freunde, wie in dieser Runde üblich, mit den Worten: „Was geht, Ihr Loser!?“

Fall 21: Fitness-Trainer R ruft dem sich abmühenden B während des Trainings zu: „Quäl Dich, Du Sau!“

Fall 22: S tröstet seine traurige Freundin mit den Worten: „Es wird schon alles gut werden, mein kleines Dickerchen“.

Darüber hinaus kann ein ursprünglich ehrverletzend gemeinter Ausdruck im Laufe der Zeit seinen ehrenrührigen Charakter einbüßen.³³

Fall 23: D nennt Polizisten P einen „Bullen“.

D hat sich in *Fall 23* nicht wegen Beleidigung gem. § 185 Hs. 1 StGB zulasten P strafbar gemacht: Die Bezeichnung von Polizisten als „Bullen“ ist gegenwärtig als wertneutral anerkannt und hat damit ihren ursprünglich ehrenrührigen Charakter eingebüßt.³⁴

²⁸ Wie hier *Wandtke/Ostendorff*, ZUM 2021, 26 (35).

²⁹ *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 23 Rn. 5; *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 6; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 489; *Satzger*, Jura 2016, 1340 (1340); *Fahl/Schaller/Müller*, in: Müller/Dittrich, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 6, 2022, S. 265 (270).

³⁰ *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 573.

³¹ *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 573.

³² *Küpper*, JA 1985, 453 (457); *Geppert*, Jura 1983, 580 (589); *Tenckhoff*, JuS 1988, 787 (790); *Rogall*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 6; *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 185 Rn. 24; *Fahl/Schaller/Müller*, in: Müller/Dittrich, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 6, 2022, S. 265 (270).

³³ *Küpper*, JA 1985, 453 (457).

³⁴ *Geppert*, NSTZ 2013, 553 (553).

Von besonderer Bedeutung bei der Ermittlung des ehrenrührigen Inhalts einer Äußerung ist das Zusammenspiel der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen mit den Grundrechten des Äußernden auf freie Meinungsäußerung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG und Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Bei der Auslegung sind diese Grundrechte interpretationsleitend zu berücksichtigen. Zugleich ist sicherzustellen, dass ihr wertsetzender Gehalt bei der Rechtsanwendung gewahrt bleibt.³⁵

(1) Zum Spannungsverhältnis von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG einerseits und § 185 StGB andererseits

Das Spannungsverhältnis zwischen der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG und dem Beleidigungsstrafrecht des § 185 StGB ist von erheblicher praktischer Bedeutung und Gegenstand einer kaum überschaubaren Zahl gerichtlicher Entscheidungen. Es bildet zugleich einen wiederkehrenden Schwerpunkt strafrechtlicher Prüfungen.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG gibt jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Vom Schutzbereich dieser Gewährleistung erfasst sind namentlich Werturteile, Äußerungen mithin, die durch ein Element der Stellungnahme gekennzeichnet sind, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn sie einen ehrenrührigen Inhalt aufweisen.³⁶

Die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG entfaltet im Rahmen der Auslegung einer Äußerung nur dann Bedeutung, wenn es sich bei der maßgeblichen Äußerung um ein Werturteil handelt.³⁷ Reine Tatsachenbehauptungen, etwa Angaben statistischer Art, unterfallen dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG dagegen nicht.³⁸ Anders verhält es sich bei Tatsachenbehauptungen, die Voraussetzung für die Meinungsbildung sind³⁹ oder geeignet sind, Dritten zur Meinungsbildung zu dienen⁴⁰: Diese werden vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst.⁴¹

Nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst sind zudem reine Schmähungen, Äußerungen mithin, denen kein Sachbezug zu entnehmen ist und die ausschließlich der Herabwürdigung des Betroffenen dienen.⁴² Im Falle einer Schmähkritik, wie auch im Falle der Formalbeleidigung, ist eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen damit ausnahmsweise entbehrlich, da die Meinungsfreiheit gegenüber dem Ehrenschaft in diesen Konstellationen stets zurücktritt.⁴³

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt der Charakter einer Äußerung als Schmähkritik nicht bereits aus dem besonderen Gewicht der Ehrverletzung als solcher.⁴⁴ Die Schmähkritik ist damit kein bloßer Steigerungsbegriff im Sinne einer besonders herabsetzenden Äußerung.⁴⁵ Auch übertriebene, völlig unverhältnismäßige oder ausfällige Kritik macht eine Äuße-

³⁵ BVerfG NJW 2016, 2870 (2871); *Teichmann*, JZ 2020, 549 (549).

³⁶ BVerfGE 54, 129 (138 f.); 61, 1 (7 f.); 93, 266 (289 f.); BVerfG NJW 2022, 1523 (1523).

³⁷ *Fahl/Schaller/Müller*, in: Müller/Dittrich, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 6, 2022, S. 265 (268).

³⁸ *Fahl/Schaller/Müller*, in: Müller/Dittrich, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 6, 2022, S. 265 (268).

³⁹ BVerfGE 94, 1 (7); 61, 1 (8 f.).

⁴⁰ BGH NJW 2008, 2262 (2263).

⁴¹ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 6 m.w.N.

⁴² *Kett-Straub*, ZStW 120 (2008), 759 (767); *Wandtke/Ostendorff*, ZUM 2021, 26 (34); *Fricke*, GRUR-Prax 2020, 380 (380); *Fricke*, GRUR-Prax 2016, 548 (550).

⁴³ BVerfG NJW 2019, 2600 (2600); BVerfGE 82, 43 (51); 90, 241 (248); BVerfG NJW 2020, 2631 (2633); *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (877).

⁴⁴ Vgl. BVerfG NJW 2020, 2631 (2633).

⁴⁵ Vgl. BVerfG NJW 2020, 2631 (2633).

rung noch nicht zur Schmähung.⁴⁶ Schmähungscharakter erlangt eine Äußerung vielmehr erst dann, wenn nicht mehr die sachliche Auseinandersetzung, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.⁴⁷ Maßgeblich ist, ob die Äußerung auch jenseits polemischer oder überspitzter Kritik auf die Herabsetzung einer Person abzielt.⁴⁸

Die Annahme einer Schmähkritik setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen strengen Maßstab voraus.⁴⁹ Anlass und Kontext der Äußerung sind dabei stets in den Blick zu nehmen.⁵⁰ Bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter, namentlich solcher aus dem Bereich der Fäkalsprache, kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig von einer Schmähkritik ausgegangen werden.⁵¹

Fall 24: Bayer B nennt seinen Nachbarn N einen „Oasch“.

In *Fall 5* (Schmähplastik) nahm der BGH in der zivilrechtlichen Auseinandersetzung an, dass die dem Sandsteinrelief bis zur Hinzufügung der Informationstafel zu entnehmende Aussage als (stets unzulässige) Schmähung anzusehen war, da diese für sich genommen keinen irgendwie nachvollziehbaren Bezug zu einer sachlichen Auseinandersetzung gehabt hatte.⁵² Durch die Hinzufügung der Informationstafel sei aus der maßgeblichen Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Betrachters nach Auffassung des BGH das bis dahin als Schmähung von Juden zu qualifizierende Sandsteinrelief in ein Mahnmal zum Zwecke des Gedenkens und der Erinnerung an die jahrhundertlange Diskriminierung und Verfolgung von Juden bis hin zur Shoah umgewandelt worden und habe sich die Eigentümerin der Wittenberger Stadtkirche von der früheren Aussage – wie sie in dem Relief bei isolierter Betrachtung zum Ausdruck kommt – distanziert.⁵³

Auch Äußerungen, die keine Schmähkritik darstellen und damit vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst werden, unterliegen Schranken: Die Meinungsfreiheit findet ihre Grenze gem. Art. 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen, zu denen § 185 StGB zählt.⁵⁴ Die Annahme einer Strafbarkeit wegen Beleidigung greift damit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG ein, dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt, sofern der Sinn der in Rede stehenden Äußerung in einer der Meinungsfreiheit gerecht werden- den Weise ermittelt wurde.⁵⁵

Konkret setzt dies voraus, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG bereits bei der Auslegung der maßgeblichen Äußerung interpretationsleitend Berücksichtigung findet und im Rahmen der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht des Betroffenen sämtliche hierfür maßgeblichen tatsächlichen Umstände in den Blick genommen werden.⁵⁶

⁴⁶ BVerfG NJW 2020, 2631 (2633); BVerfGE 82, 272 (283 f.).

⁴⁷ BVerfG NJW 2020, 2631 (2633); BVerfGE 82, 272 (283 f.); 93, 266 (294); 85, 1 (16); *Schmitt Glaeser*, NJW 1996, 873 (877).

⁴⁸ BVerfGE 82, 272 (283 f.).

⁴⁹ BVerfGE 93, 266 (303); BVerfG NJW 2019, 2600 (2600); BVerfG NJW 2009, 749 (750).

⁵⁰ BVerfGE 93, 266 (303); BVerfG NJW 2019, 2600 (2600); BVerfG NJW 2009, 749 (750).

⁵¹ BVerfG NJW 2009, 749 (750); zustimmend *Teichmann*, JZ 2020, 549 (553).

⁵² BGH GRUR 2022, 1170 (1172).

⁵³ BGH GRUR 2022, 1170 (1172).

⁵⁴ OLG München NJOZ 2010, 1577 (1580).

⁵⁵ BVerfG NJW 2022, 1523 (1524).

⁵⁶ OLG München NJOZ 2010, 1577 (1580 f.).

Bei mehrdeutigen Äußerungen, von denen nicht sämtliche denkbaren Deutungen strafrechtlich relevant sind, kommt eine Strafbarkeit wegen Beleidigung nur dann in Betracht, wenn alle nicht strafrechtlich relevanten Deutungen mit tragfähigen Gründen ausgeschlossen worden sind.⁵⁷

(2) Zum Spannungsverhältnis von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einerseits und § 185 StGB andererseits

Fall 25: Anlässlich der Ausstrahlung eines Fernsehbeitrags, in dem die Politik von Präsident E, die Verfolgung von Journalisten sowie die Einschränkung der Pressefreiheit in dem von E regierten Staat kritisiert worden waren, hatte E diplomatische Schritte eingeleitet. Moderator B nahm dieses Vorgehen in seiner Sendung zum Anlass, das Gedicht „Schmähhkritik“ vorzutragen, mit dem er nach eigenen Angaben die Grenzen zulässiger Äußerungen in Deutschland aufzeigen wollte. Das Gedicht enthält unter anderem die Formulierung: „Sackdoof, feige und verklemmt, ist E der Präsident.“

Fällt eine Äußerung in den Schutzbereich der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, ist nach einer Ansicht bereits der Tatbestand des § 185 StGB restriktiv auszulegen, mit der Folge, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, sondern bereits bei der Auslegung der Äußerung interpretationsleitend zu berücksichtigen ist.⁵⁸

Nach der wohl herrschenden Gegenauffassung ist die Frage, ob eine Äußerung vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst wird, nicht bereits auf der Tatbestandsebene, sondern erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu erörtern.⁵⁹

Da die systematische Verortung der Kunstfreiheit umstritten ist, steht es den Studierenden frei, sich für einen der dargestellten Prüfungsstandpunkte zu entscheiden. Der gewählte Aufbau bedarf dabei keiner gesonderten Erörterung.

bb) Sonderfall: Formalbeleidigung (§ 185 StGB i.V.m. § 192 StGB)

Entspricht der Inhalt einer Tatsachenbehauptung der Wahrheit, scheidet eine Strafbarkeit wegen Beleidigung gem. § 185 StGB aus. In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit gem. §§ 185, 192 StGB, wenn die Äußerung trotz ihrer inhaltlichen Richtigkeit den Tatbestand der Formalbeleidigung gem. § 192 StGB erfüllt.⁶⁰

Eine Formalbeleidigung liegt vor, wenn der Täter in Bezug auf den Betroffenen zwar der Wahrheit gemäß äußert, aus der Form der Äußerung oder den Umständen ihres Ergehens jedoch gleichwohl die Nicht- oder Missachtung des Betroffenen hervorgeht (§ 192 Hs. 2 StGB).

Fall 26: X und Y befinden sich an der Kasse eines gehobenen Hamburger Kaufhauses, an der X ein teures Paar Designer-Sneaker bezahlen möchte. Y erklärt X lautstark, dass er froh sein kann, wenn seine Karte funktioniert, obwohl sein Konto bereits massiv überzogen ist.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

⁵⁷ BVerfGE 82, 43 (51); Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 573.

⁵⁸ Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 573 und 576 m.w.N.; KG NStZ 1992, 385 (386).

⁵⁹ Wie hier *Fahl*, NStZ 2016, 313 (315); *Regge/Pegel*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 193 Rn. 58; BVerfGE 86, 1 (9); didaktisch zu Grundrechten als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 (113 ff.).

⁶⁰ Eisele, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 569.

Von der Arbeitsmoral bis zum Meinungsstreit: Ein Wegweiser durch das Studium – Teil 1*

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Erfan Khorasani-Nejad, CLE, LL.M. (London)**

Rechtswissenschaft ist nichts für Nachbeter und methodische Schlafwandler, sondern für Menschen mit Verstand, Urteilskraft und Haltung.

I. Einleitung – Wieso? Weshalb? Warum?	768
II. Hauptteil – ein Rundumschlag!	768
1. Wir haben ein Problem – lassen Sie uns darüber reden: die Arbeitsmoral!	769
a) Studium: Arbeitsethos und Bedeutung	769
b) Erwartungshorizont: Von der Zwischenprüfung zum Staatsexamen	770
c) Persönlicher Reifeprozess und Wertekompass	771
2. Juristische Fallarbeit: Mittel und Medium	773
a) Mein Freund der Sachverhalt – Analyse und Auswertung	773
aa) Befreiung vom Zwang des Vorwissens	773
bb) Das „richtige“ Lesen und Verstehen	774
cc) Verarbeitung und Verwertung	775
b) Der Gutachtenstil, der Mythos, die Legende	775
aa) Was ist das?	775
bb) Warum muss ich das können?	776
cc) Was will der (nicht) von mir?	776
dd) Verständiger Einsatz nach gesundem Augenmaß	777
ee) Wider der Diktatur des Gutachtenstils: Alternativen	779
3. Die Sprache – ein scharfes Schwert im Wortgefecht	781
a) Sprache als Bewertungsfaktor	781
b) Ohne Sprachkompetenz – keine Denkkompetenz	781
c) Nur Sprechenden/Schreibenden kann geholfen werden	782

* Teil 2 folgt in Ausgabe 5/2026.

** Dipl.-Jur. Erfan Khorasani-Nejad, CLE, LL.M. (London), ist Sachverständiger für Datenschutz (DSB/DSA TÜV®-zert., ehem. BDSF e.V.) und Wiss. Mitarbeiter der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht unter der Leitung von Herrn Univ.-Prof. Dr. Gunnar Duttge sowie der Abteilung für Strafrecht und Strafprozessrecht unter der Leitung von Herrn Univ.-Prof. Dr. Uwe Murmann am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Georg-August-Universität Göttingen. Der Autor hat bereits an der Korrektur und Evaluation von ca. 1.000 Prüfungsleistungen mitgewirkt.

I. Einleitung – Wieso? Weshalb? Warum?

Ausbildungs- und Studienliteratur findet sich wie Sand am Meer. Gerade zu Gutachtenstil und Methodik ist schon mehr Tinte geflossen als die Leine Wasser fasst: zum juristischen Knigge-Seminar wird geladen, es werden Stilkunden und Leitfäden mitgegeben, Grüße aus Klausurwerkstätten gesandt, zehn Gebote der Klausurbearbeitung angepriesen sowie dutzende verheißungsvolle Schlüssel zum Gelingen der Klausur gereicht – allerdings hilft auch der beste Schlüssel nichts, wenn man die Tür nicht öffnen will und hofft, dass sie aus pädagogischer Rücksicht von selbst aufschwingt. Man könnte nun meinen, es gäbe einschlägige Literatur schon zu Haufe. Lässt man hingegen den Blick über die weiten Landschaften von Notenspiegeln und die (im interdisziplinären Vergleich) exorbitant hohen Durchfallquoten schweifen, erkennt man schnell, dass das Gros der Prüfungsleistungen es nicht über das Versuchsstadium hinaus geschafft bzw. sich in der Untauglichkeit festgefahren hat. Und solange Prüfungsleistungen noch so aussehen, wie sie eben aussehen, darf der akademische Bildungsapparat vor der Flut an unbestimmten Obersätzen, halbgenauen Definitionen, subsumtionsfernen Gefühlsbekundungen und wahllosen Modalpartikeln nicht kapitulieren!

Diesem Ruf folgend soll die Donquichotterie gewagt werden, dem beflissenen Studierenden das Wesentliche ans Herz zu legen: eine vernünftige Arbeitsmoral samt Bildung und (nachfolgender!) Vertretung einer eigenen Meinung (im Sinne einer Rechtsansicht) als Ergebnis eines kritisch reflektierenden Auseinandersetzungsprozesses – und zwar losgelöst von den Fesseln altpreußischer Gehorsamkeit und der Wiederkäuer von Vorgekauem anderer. Denn genauso wie „Rechtsprechen [...] nicht bloßes Nachsprechen von Vorgesprochenem [ist]“¹, erschöpft sich juristische Arbeit „nicht [im] Nachdenken eines Vorgesprochenen“². Gerade dieser Tage bedarf es seitens des Juristennachwuchses wieder des Mutes, sich (deutlich stärker) des eigenen Verstandes zu bedienen und fernab der Nestwärme neue Wege zu gehen. Dieser Beitrag verfolgt nicht das Ziel, nur der siebte Aufguss desselben fahlen Teebeutels zu sein, sondern Studierenden einen Wegweiser durch die Stromschnellen der juristisch-akademischen Ausbildung an die Hand zu geben. Diesem Petition folgend soll der Beitrag ganz bewusst, deutlich und in bildlicher Sprache – als Akt der Hoffnung und Sympathie – den Studierenden gewidmet sein. Dabei möchte ich Ihnen einerseits typische Fallstricke, populäre „Fettnäpfchen“ und geschickte Brücken aufzeigen, andererseits aber auch mit deutlichen Worten klarstellen, wo die (nicht verhandelbaren!) Erwartungen liegen. Einen Zahn darf ich Ihnen gleich ziehen: Auch mit der Lektüre dieses Beitrages werden Sie weder einen Blumenstrauß gewinnen noch zum nächsten *Friedrich Carl v. Savigny* avancieren – „Turnen müssen Sie schon selbst!“³

II. Hauptteil – ein Rundumschlag!

Zunächst wird eine (1.) Synopse des erwarteten und tatsächlichen Arbeitsethos des durchschnittlichen Studierenden geliefert, um anschließend (2.–4.) auf diverse Aspekte der juristischen Fallarbeit einzugehen. Darauf aufbauend soll es um (5.) Auffinden und Darstellen von Rechtsproblemen gehen, bevor noch ein paar Worte (6.) zur Bewertung von Prüfungsleistungen verloren werden.

¹ Kirchhof, NJW 1986, 2275.

² Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 254; vgl. Zweigert, RabelZ 15 (1949/50), 5.

³ Schnapp, Jura 2002, 32 (32).

1. Wir haben ein Problem – lassen Sie uns darüber reden: die Arbeitsmoral!

Die Lage ist dramatisch. Eigeninitiative und Beteiligung sind niedrig, Durchfallquoten und Frust hoch. Woran liegt das? Bevor es an das Inhaltliche geht, möchte ich Sie für das sensibilisieren, wofür Sie sich eingeschrieben haben und was von Ihnen erwartet wird: nämlich Studieren! Dazu gehört eine gewisse Arbeitsmoral, die Studierenden anscheinend immer mehr verlustig zu gehen droht, so etwa Prof. Dr. Gülbay-Peischard:

„[...] Studierende sind faul, lethargisch, handysüchtig, arrogant, überschätzen sich und haben keine Ahnung davon, was der Arbeitsmarkt von ihnen will. Ihre Selbsteinschätzung steht immer wieder in scharfem Kontrast zu ihren fachlichen und persönlichen Möglichkeiten. Sie beherrschen nicht einmal die Rechtschreibung, wollen aber den Vorstandsvorsitz eines Dax-Konzerns, und zwar hier und jetzt. [...]. Ein sehr gutes, weitgehend service-orientiertes und fast [...] kostenloses Bildungssystem wird [...] ausgenutzt und ausgebeutet, und das mit größtem Selbstverständnis und absoluter Selbstverständlichkeit.“⁴

Klingt hart? Ja, sicherlich – die Diagnose ist bewusst zugespitzt; in ihr spiegeln sich aber reale Defizite an Disziplin, Sprachsicherheit und Selbststeuerung, die im Studienalltag tatsächlich häufig zu beobachten sind. Schauen wir, was es mit dieser (zugegeben) steilen These auf sich hat:

a) Studium: Arbeitsethos und Bedeutung

Der Duden definiert Studium u.a. als „eingehende [wissenschaftliche] Beschäftigung mit etw.“⁵. Unter dem Studieren selbst versteht man „an einer Hochschule Wissen, Kenntnisse auf einem [...] Fachgebiet erwerben“⁶, „sich intensiv (wissenschaftlich) mit etw. beschäftigen, um es genau kennen-zulernen“⁷ sowie „etw. genau untersuchen, um sich ein Urteil bilden zu können“⁸. Schaut man auf den lateinischen Ursprung, bedeutet „studēre“ bzw. „studeō“ so viel wie „sich um etw. bemühen, etw. betreiben, nach etw. streben, trachten“⁹. Aus den Beschreibungen gehen objektiv vor allem Intensität und Tiefgründigkeit hervor, während der subjektive Aspekt ein übergeordnetes geistiges (Be-)Streben adressiert. Ein erster Blick in einschlägige Regelwerke zeigt, dass im Rahmen der Zwischenprüfung festgestellt wird, ob jemand „die für das weitere Studium erforderliche fachliche Qualifikation besitzt“, § 1 Abs. 1 S. 2 ZWPrO¹⁰. Auch die Erste Juristische Prüfung, vulgo das Staatsexamen, dient gem. § 2 Abs. 1 S. 3 NJAG¹¹ (gesetzlich!) der Feststellung, „ob der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann, [...] und damit für den [...] Vorbereitungsdienst fachlich geeignet ist.“ Qualifikation ist dabei als die Befähigung zu etwas zu verstehen und auch das fachliche Geeignetsein zielt auf die persönliche Eignung zu etwas ab; gemeint ist in beiden Fällen nicht Faktenkenntnis, sondern die generelle Fähigkeit und Tauglichkeit, das Recht als solches anzuwen-

⁴ Gülbay-Peischard, Akadämlich – Warum die angebliche Bildungselite unsere Zukunft verspielt, 2024, S. 11.

⁵ „Studium“ auf Duden online (4.4.2026).

⁶ „Studieren“ auf Duden online (4.4.2026).

⁷ „Studieren“, Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache (4.4.2026).

⁸ „Studieren“, Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache (4.4.2026).

⁹ „Studeo“ auf PONS online (4.4.2026).

¹⁰ Hier nur bspw.: Zwischenprüfungsordnung der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Vgl. etwa § 1 Abs. 1 S. 2 ZWPrO (Leibniz Universität Hannover); § 37 Abs. 1 S. 2 ZWPrO (Goethe-Universität Frankfurt a.M.); § 17 Abs. 1 S. 1 ZWPrO (Humboldt-Universität zu Berlin) usw.

¹¹ Hier nur bspw. das Nds. Juristenausbildungsgesetz. Vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 JAG-NRW; § 16 Abs. 1 S. 3 JAPO-Bayern; § 6 Abs. 2 S. 1 JAG-Hessen („Verständnisprüfung“); § 2 S. 3 JAG-Sachsen usw.

den. Legte man dieses Sprachverständnis des Studierens an den durchschnittlichen „Studierenden“ dieser Tage an und sondierte danach, ließen sich selbst die groß angelegten Grundlagen-Lehrveranstaltungen mühelos in den lehrstuhleigenen Räumlichkeiten abhalten; m.a.W.: die Mehrheit wird dem geforderten Arbeitsethos bzgl. der Studienziele und -zwecke nicht gerecht. Und dabei soll das – berechnete – Petium, dass von Studierenden, denen das unschätzbare Privileg (!) einer nahezu kostenlosen höheren Bildung zukommt, die von öffentlicher Hand und damit der steuerzahlenden, regelmäßig mind. 40 Stunden (und mehr) pro Woche arbeitenden Solidargemeinschaft finanziert wird, durchaus erwartet werden kann, ebenso solidarisch mind. 40 Stunden pro Woche reine Arbeitszeit in ihr Studium zu investieren, gar nicht zum Tragen kommen.

Keypoints: Erkennen Sie Ihr Studium als das, was es ist – Ihre Hauptbeschäftigung.

Ein Studium bedeutet also schon nach Wortsinn und -bedeutung weitaus mehr als das kurzfristige (Auswendig-)Lernen, Wiedergeben und Entledigen von Fakten – bekannt als „Lernbulimie“. Studium ist ein ganz persönlicher Weg des Fragens und Hinterfragens, des Fortschreitens, der Bewusstwerdung und Auseinandersetzung sowie des eigenen Wachstums.

b) Erwartungshorizont: Von der Zwischenprüfung zum Staatsexamen

Ausgehend von der Zwischenprüfung lässt sich der Erwartungshorizont über die weiteren einschlägigen Vorschriften noch näher skizzieren. Nach der manifesten (gesetzlichen!) Erwartungshaltung des § 2 Abs. 1 S. 3 NJAG¹² dient die „erste Prüfung [...] der Feststellung, ob der Prüfling das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann, in den Prüfungsfächern einschließlich der europarechtlichen Bezüge, der rechtswissenschaftlichen Methoden und der philosophischen, geschichtlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Grundlagen über die erforderlichen Kenntnisse verfügt und damit für den juristischen Vorbereitungsdienst fachlich geeignet ist.“ Das alles ist aber keine Frage des Kennens, sondern des Könnens – es geht um die Eignung und Befähigung des Prüflings: „Nicht im Wissen erschöpft sich das Lernziel; das Können muß angezielt werden. Ein guter Jurist überblickt sein Gebiet nicht nur; er kann mit ihm umgehen, sich auf ihm bewegen, er kann «juristisch denken»“¹³.

Keypoints: Als engagierter und authentischer Jurist müssen Sie sich zum gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Zeitgeschehen up-to-date halten.

Hieraus resultiert auch das – leider nur als solches wahrgenommene – Predigen, dass Sie nicht nur für die Klausur Streitstände „konsumieren“, sondern um des Lernens selbst willen lernen sollen. Wer sich dennoch für die anscheinend brennenden Fragen des Lebens wie: „Ist das klausurrelevant?“, „Kommt das in der Prüfung dran?“ oder auch „Muss ich das können?“ interessiert, dem sei wärmstens ein Blick in die jeweils sportlich anspornenden Kataloge des § 16 Abs. 1, 2 und 3 NJAVO¹⁴ zu den drei Rechtssäulen empfohlen, die den Prüfungsstoff detailliert auflisten. Was sich schnell abzeichnet, ist, dass „alles“ gar nicht gelernt werden kann – zumal sich Rechtsprobleme stets am Pulse der

¹² Vgl. Fn. 11.

¹³ Hassemer/Kübler, Gutachten E zum 58. DJT, 1990, E 88 f.

¹⁴ Hier nur bspw. die Verordnung zum Nds. Juristenausbildungsgesetz. Vgl. etwa § 8 Abs. 2 Nrn. 1–11 JaPrO-BW; § 8 Abs. 2 Nrn. 1–11 JAG-Saarland; § 14 Abs. 2 Nrn. 1–7 JAPrVO-Sachsen-Anhalt.

Zeit entwickeln. Besonders spannend ist bzgl. § 16 NJAVO noch, dass neben der Beherrschung der „rechtswissenschaftlichen Methoden und [... sonstigen ...] Grundlagen des Rechts“ (Abs. 4 S. 2) insbesondere auch die Feststellung ermöglicht werden soll, „ob der Prüfling [...] die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts erworben hat“ (Abs. 4 S. 4). Bei Rechtsgebieten in Grundzügen wird „die Kenntnis der gesetzlichen Systematik, der wesentlichen Normen und Rechtsinstitute [...] verlangt“ (Abs. 5). „Fragen aus anderen Rechtsgebieten im Zusammenhang“ sind nicht ausgeschlossen (Abs. 6 S. 1) und auch „[d]arüber hinaus kann die Prüfung auf andere Rechtsgebiete erstreckt werden, soweit lediglich Verständnis und Arbeitsmethode festgestellt werden sollen und Einzelwissen nicht vorausgesetzt wird“ (Abs. 6 S. 2). Im Rahmen der Ersten Juristischen Staatsprüfung können Studierenden also auch unbekannte Probleme samt unbekannten, fiktiven Rechtsquellen vorgelegt werden, auf die sich der Bearbeiter spezifisch gar nicht vorbereiten kann.

Das Bisherige muss zu zwei elementaren Einsichten führen: Erstens, es ist schlechterdings unmöglich, „alles zu lernen“ und Inhalte nach „Prüfungsrelevanz“ zu sondieren. Allein bezogen auf das Strafrecht ergeben sich aus § 16 NJAVO gute 170 prüfungsrelevante Vorschriften, zumal sich aus diesem Fundus mehrere tausend verschiedene Fallstricke konstruieren lassen. Das geltende positive Recht als Gesamtkorpus umfasst schätzungsweise ca. 170.000 Gesetzes- und Regelwerke, zumal die regulatorisch erfassten und noch zu erfassenden Bereiche rasant anwachsen und die Gesetzgebung kaum Schritt halten kann. Es kann also nicht darum gehen, einzelne Vorschriften „zu lernen“, sondern sich das Handwerkszeug im Sinne von Methodik und Lösungstechniken sowie ein gesundes Judiz im Sinne eines rechtlichen Urteilsvermögens als Fertigkeiten anzueignen, um sich auch Unbekanntem souverän nähern zu können. Zweitens, wird deutlich, wie sehr Fragen im Geiste von: „Müssen wir das können?“ den Blick auf das Studium verkürzen und die Aufmerksamkeit auf punktuelle Prüfungsbewältigung statt methodischem Kompetenzaufbau richten. Der Fragesteller selbst konditioniert sich damit schon (un-)bewusst auf das Nötigste. Dem Lehrpersonal wird gleichzeitig suggeriert, dass man sich weder für Fach und Materie interessiert noch bereit ist, die „Extrameile“ zu gehen, sondern lieber ein individuell zugeschnittenes „Service-Programm“ für die Prüfung hätte; vice versa ist es kein Staatsgeheimnis, dass sich das auch auf Motivation und Einsatzbereitschaft des Lehrkörpers auswirkt.

c) Persönlicher Reifeprozess und Wertekompass

Außerdem ist ein rechtswissenschaftliches Studium noch durch eine metaphysische bzw. ontologische (Bewusstseins-)Ebene charakterisiert. Rechtsverständnis und -anwendung setzen zwingend auch Rechtsempfinden voraus, da zu den drei Rechtsideen neben Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit auch Gerechtigkeit zählt¹⁵. In diesem Zusammenhang bedarf es der Fähigkeit, sich mit dem eigenen Standpunkt sowie den Standpunkten anderer auseinanderzusetzen, und des Willens, zu versuchen und zu scheitern, zu streben und zu wachsen, an sich selbst und an anderen, sowie insbesondere einer gesunden Resilienz gegenüber Rückschlägen und Kritik. „Es irrt der Mensch so lang er strebt“¹⁶, heißt es in Goethes „Faust“. „Wer recht erkennen will, muss zuvor in richtiger Weise gezweifelt haben“¹⁷, gibt uns Aristoteles mit auf den Weg. Und sollen nun der Zweifel und das Irren die Geburtsstunde einer jeden Erkenntnis sein, so bedarf es des Mutes, eigene Ideen zu wagen und Gesagtes zu hinterfragen, aber – noch viel wichtiger – eines ureigenen Reifeprozesses zur Herauskristallisierung eines eigenen Rechtsempfindens. All das braucht neben gehörigem Fleiß insbesondere

¹⁵ Möllers, ZfPW 2019, 94 (121); Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 82 ff.

¹⁶ Goethe, Der Tragödie erster Teil, 1808, Prolog im Himmel, Vers 318.

¹⁷ Aristoteles (384–322 v. Chr.), Metaphysik, zwischen 348–322 v. Chr., Erstdruck 1498, III, 1.

Zeit sowie Hingabe und sollte von der Einsicht geleitet sein, dass jede tiefere Erkenntnis – wie auch alles andere in der Natur – nur von innen nach außen wachsen und reifen kann. Die „[b]linde Reproduktion juristischer Regeln und Begriffe ist ein Feind des juristischen Denkens“¹⁸ und aus Vielwisserei erwächst bei Weitem noch keine Weisheit.

Die bewusste Auseinandersetzung mit dem eigenen Rechtsempfinden sowie dessen juristisch begründeter Herleitung ist mir persönlich ein ganz besonderes Anliegen. Rein exemplarisch: Im Rahmen des Streits um die Anforderungen an die „Tat“ i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO (Vorläufige Festnahme), also ob für die Festnahme ein dringender Tatverdacht genügt oder die (Straf-)Tat wirklich begangen worden sein muss, bestehe ich bei Studierenden regelmäßig auf eine eigene Meinung. Dabei geht es nicht um eine rechtsdogmatisch fundierte Argumentation, sondern die Frage, ob Sie in einer Gesellschaft leben wollen, in der Zivilcourage der Vorrang gebührt, auch wenn das im Einzelfall bedeuten mag, dass ein Unbescholtener körperlich misshandelt auf den -4° C kalten Boden geschleudert und dort mit dem Gesicht gegen den Asphalt gedrückt festgesetzt wird, bis die Polizei in ca. 10–15 Minuten eintrifft, oder ob Sie in einer Gesellschaft leben wollen, in der Zivilcourage immer gegen ein Strafbarkeitsrisiko abzuwägen ist, sodass ggf. eine Vielzahl nicht gerade vor Augen begangener Straftaten ungesühnt bleibt. Das ist eine Frage, zu der Sie eine Haltung haben müssen (!) – und zwar nicht nur als Jurist, sondern einfach als Mensch.

Dieser Prozess der Persönlichkeitsentwicklung und -festigung ist gerade im Rechtswesen, wo es um Recht und Unrecht, um Freiheit und Strafe geht, von größter Bedeutung und dient auch dazu, einen „eigenen Wertekompass“ zu entwickeln, wofür es Zeit und Hingabe bedarf. Das duale Modell der juristischen Ausbildung aus Studium, Staatsexamina und Vorbereitungsdienst ist stark geprägt vom preußisch-deutschen 19. Jahrhundert¹⁹ und führte seinerzeit sowie auch noch in der Nachkriegszeit regelmäßig zu einem Alter von knapp 30 Jahren für einen Volljuristen.²⁰ Auch wenn die Laufbahn keinem planmäßigen Alterszuschnitt folgte, so hatte es doch eingedenk der immensen Verantwortung juristischer Berufe seinen guten Grund, dass Heranwachsende sich nicht nach „Turbo-Abi“, „Freischuss“ und „Power-Ref.“ im zarten Alter von 24 Jahren (teils ohne je das Elternhaus verlassen zu haben) im Gerichtssaal wiederfinden und nun über Insolvenzstraftaten eines Unternehmers, der seine Belegschaft nicht auf die Straßen setzen wollte, mögliche Kindeswohlgefährdung im Rahmen eines Scheidungsstreits oder mehrjährige Freiheitsstrafe eines Obdachlosen im Rahmen von Beschaffungskriminalität zu entscheiden haben.

Keypoints: Nehmen Sie sich die Zeit, die Sie brauchen, um Ihre akademische Fachdisziplin wirklich zu durchdringen, und verorten Sie sinnlose Wettrennen anderswo.

Angesichts der Verantwortung juristischer Berufe ist Reife kein Luxus, sondern Teil der Eignung. Auch deshalb ist es kein Makel, sich für die fachliche und persönliche Durchdringung des Stoffs die nötige Zeit zu nehmen.

¹⁸ Hassemer/Kübler, Gutachten E zum 58. DJT, 1990, E 33.

¹⁹ Eingehend zur geschichtlichen Entwicklung: Lührig, AnwBl 2018, 986.

²⁰ Parameter: 13–14 Jahre Schulpflicht; ca. zwei bis vier Jahre Wehrdienst (je nach Einheit); fünf Jahre Studium und erstes Staatsexamen; zwei Jahre Vorbereitungsdienst und zweites Staatsexamen; zzgl. ca. drei bis fünf Jahre Probezeit für die richterliche Tätigkeit nach §§ 10 Abs. 1, 12 Abs. 2 S. 1 DRiG (Deutsches Richtergesetz); alles bei zügigem Fortkommen, ohne Promotion, Ergänzungs-/Aufbaustudium, Ausland usw.

2. Juristische Fallarbeit: Mittel und Medium

Nachdem nun ein paar fundamentale Einsichten zum Konzept „Studium“, der Arbeitsmoral und dem Erwartungshorizont gewonnen sind, soll es im Folgenden um die juristische Fallarbeit gehen.

a) Mein Freund der Sachverhalt – Analyse und Auswertung

Der Sachverhalt in seiner heiligen Form²¹ ist nicht Ihr Gegner, sondern Ihr Arbeitsmaterial. In ihm liegt regelmäßig weit mehr, als viele Bearbeiter wahrhaben wollen. Studierende tun sich damit recht schwer. Hier soll der Blick auf dreierlei verdichtet werden: die Voreinstellung (aa)), das „richtige“ Lesen und Verstehen (bb)) und die vollständige Verarbeitung (cc)). Es wird erstaunen, wie viel Hilfreiches sich aus einem Sachverhalt ergibt, sodass ich für den Sachverhalt als Freund denn Peiniger werben möchte.

Beispiel: A hat nach einigen Gelegenheitsjobs und verpatzten Vorstellungsgesprächen die Nase voll vom Bestreben ehrlicher Arbeit und sucht nun das schnelle Geld, wofür er nachts in das Haus der Familie Meyer, in dem diese schon seit vielen Jahren lebt, eingedrungen ist, indem er den gläsernen Teil einer Schrägtüre zum Keller mittels Brecheisens eingeschlagen hat. Da er dort aber nicht fündig wird, geht er über die Treppe in den Wohnbereich und trägt einige wertvolle Elektrogeräte (Smart-TV, Gamer-PC, Soundsystem) nach draußen zu seinem Wagen. Als ihn die zufällig mit ihrem Hund vorbeispazierende Passantin P nach der Uhrzeit fragt, schreit A sie an, sie solle „besser das Weite suchen, sonst knallt’s“. Da P nicht locker lässt und A ein dünnes Nervengeflecht hat, schlägt er P nieder. Dann verstaut A den kurz abgesetzten PC im Kofferraum seines nagelneuen Ford Mustangs und fährt davon. As Strafbarkeit nach dem StGB?

aa) Befreiung vom Zwang des Vorwissens

Aus der Korrekturpraxis wird deutlich, dass Studierende es regelmäßig schaffen, die eigentlichen Problemlagen souverän zu umschiffen. Woran liegt das? Meine These: Der Zwang des (Vor-)Wissens. Per psychologischem Ankereffekt neigen Studierende dazu, die auf Gedeih und Verderb auswendig gelernten „Standardstreite“ auch irgendwie fruchtbar zu machen – ganz gleich, ob danach gefragt wurde. Dass es sich unter Umständen um ein unbekanntes, ungelerntes Problem handelt, das jetzt individueller Lösung bedarf, kommt den wenigsten in den Sinn. Gerade hier liegt der Trumpf des systematisch-methodischen Vorgehens. Daher: Gehen Sie unvoreingenommen an den Sachverhalt heran und prüfen Sie sorgfältig, ob Ihre erste Intuition Sie nicht trügt. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass Ihnen in einer Prüfung ein allseits bekannter „Standardfall“ 1:1 vorgelegt wird; viel eher wird es sich um eine Neuinterpretation oder den Transfer auf ein unbekanntes Szenario handeln. Bedenken Sie: In einem seitenlangen Sachverhalt kann schon das Hinzufügen oder Streichen eines einzigen Wortes die gesamte Lösung „auf den Kopf stellen“.

Keypoints: Gehen Sie unvoreingenommen und frei vom „Zwang Ihres Vorwissens“ an den Sachverhalt heran. Prüfen Sie nicht aspektorientiert-assoziativ, sondern schematisch-gutachterlich sauber.

²¹ Der Sachverhalt darf nicht den Wunschproblemen angepasst werden (Sachverhaltsquetsche); vgl. *Wohlers/Schuh/Kudlich*, Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht, 7. Aufl. 2024, Rn. 43; *Mix*, Schreiben im Jura-Studium, 2011, S. 37.

Mit Blick auf den Sachverhalt liegen §§ 242 ff. StGB auf der Hand. Dass A „eingedrungen ist“, heißt aber z.B. nicht, dass das Eindringen²² sonderlich zu thematisieren ist, da bzgl. der eingeschlagenen Schrägtüre zum Keller schon ein Einbrechen²³ vorliegt. Zudem drängen sich bei Wegnahme plus Personengewalt vermeintliche „Abgrenzungsprobleme“ bzgl. §§ 249 Abs. 1; 253 Abs. 1 und 2, 255; 252 StGB samt Dreieckskonstellationen auf – möchte man meinen. Bei nüchterner Betrachtung gibt es aber keinen Gewahrsams- oder Objektbezug zu P, und auch stand As Schlag nach seiner Vorstellung in keiner Beziehung zum Diebstahl. Tatsächlich gibt es hier keines der o.g. Probleme, sondern stehen die Diebstahlsdelikte hier unabhängig neben den Delikten bzgl. P.

bb) Das „richtige“ Lesen und Verstehen

Regelmäßig lassen sich die Prüfungssachverhalte m.E. in drei Gattungen einordnen. Zunächst trifft der Bearbeiter auf „Fallentscheidendes“ (1. Gattung), ohne das Fall und Lösung nicht „funktionieren“. Diese Angaben müssen (!) vollständig verwertet werden. In die zweite Gruppe fallen m.E. „Goodies und Zugaben“ (2. Gattung), also Angaben, die nicht zwingend ergebnisrelevant sind, wohl aber dem Aufmerksamen als Argumentationshilfen zugeordnet und als solche auch für die Lösung aufzugreifen sind. Überflüssige Angaben lassen sich als „colorandi causa“ (3. Gattung) zusammenfassen; sie dienen nur der Ausschmückung, runden die „Storyline“ ab und müssen (bzw. sollen) nicht verarbeitet werden; so etwa auch Angaben, die viel zu vage sind, als dass sie sich unter ein Tatbestandsmerkmal subsumieren ließen. Es ist wichtig, dass Sie in Grundzügen ein Gespür für den Kontext von Sachverhaltspassagen entwickeln.

Keypoints: Teilen Sie den Sachverhalt bewusst in Fallentscheidendes, Goodies/Zugaben und colorandi causa auf; markieren Sie diese farblich oder per Unter-/Durchstreichung. Verarbeiten Sie alles aus 1. Gattung, so viel wie möglich aus 2. Gattung und lassen Sie alles aus 3. Gattung außen vor.

Mit Blick auf den Sachverhalt: Das „Haus der Familie Meyer“ ist für den Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) „fallentscheidend“. Lebensnah wird das Haus der „Familie Meyer“ auch eine dauerhaft genutzte Privatwohnung sein (Qualifikation, § 244 Abs. 4 StGB), sodass der Zusatz „schon seit vielen Jahren lebt“ ein „Goodie“ zur Klarstellung ist. As Vorgeschichte und Motivationslage schmücken die Geschichte nur als „colorandi causa“ aus, sind austauschbar und irrelevant. Dass es sich um „wertvolle Elektronikgeräte“ (1. Gattung) handelt, ist für §§ 248a, 243 Abs. 2 StGB relevant; hingegen können die Objektangaben (2. Gattung) in die Argumentation bzgl. des Gewahrsamsübergangs hineinfließen. Ansonsten sind nur noch die Drohung und das Niederschlagen bzgl. P „fallentscheidend“; alles Weitere sind nur „Goodies“ oder „colorandi causa“. Zu Veranschaulichung der Sachverhalt: → „Fallentscheidendes“ in **fett**; → „colorandi causa“ ~~durchgestrichen~~; → „Goodies und Zugaben“ unverändert:

~~„A hat nach einigen Gelegenheitsjobs und verpatzten Vorstellungsgesprächen die Nase voll vom Bestreben ehrlicher Arbeit und sucht nun das schnelle Geld, wofür er nachts in das Haus der Familie Meyer, in dem diese schon seit vielen Jahren lebt, eingedrungen ist, indem er den gläsernen Teil einer Schrägtüre zum Keller mittels Brecheisens eingeschlagen hat. Da er dort aber nicht fündig wird, geht er über die Treppe in den Wohnbereich und trägt einige wertvolle Elektrogeräte~~

²² §§ 243 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 Var. 3, 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 3 StGB, mit einem nicht zur Öffnung bestimmten Werkzeug.

²³ §§ 243 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 Var. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB.

(Smart-TV, Gamer-PC, Soundsystem) ~~nach draußen zu seinem Wagen~~. Als ihn die zufällig mit ihrem Hund vorbeispazierende Passantin **P** nach der Uhrzeit fragt, **schreit A sie an**, sie solle „besser das Weite suchen, **sonst knallt's**“. ~~Da P nicht locker lässt und A ein dünnes Nervengeflecht hat, schlägt er P nieder. Dann verstaut A~~ den kurz abgesetzten **PC im Kofferraum** seines ~~nagelneuen Ford Mustangs~~ und **fährt davon**. As Strafbarkeit nach dem StGB?“

cc) Verarbeitung und Verwertung

Letztlich ist es zur restlosen Verarbeitung der Sachverhaltsangaben wichtig, dass Sie aktiv mit dem Sachverhalt arbeiten. Es ist erstaunlich, wie wenig Bearbeiter am Sachverhalt anzumerken bzw. zu markieren haben; auch fällt auf, dass jene Bearbeitungen, denen ein originalgetreuer Sachverhalt voransteht, meist auch die schlechteren sind. Deutlich einfacher ist es, wenn Sie bspw. in einem Sachverhalt alle Pro- und Kontra-Argumente (für/gegen Anspruch oder Strafbarkeit? bzw. jeweilige Interessen und Rechtsgüter für/gegen die Maßnahme/Genehmigung/Klage?) farblich in grün/rot markieren oder mit +/- versehen, diese Schritt für Schritt in Ihrer Lösung verarbeiten und dabei sukzessive im Sachverhalt durchstreichen. Schauen Sie am Ende auf ein buntes Blatt Papier, auf dem alles durchgestrichen ist, können Sie sicher sein, zumindest alles verwertet zu haben.

Keypoints: Arbeiten Sie aktiv mit dem Sachverhalt. Beginnen Sie frühestmöglich damit, sich ein eigenes „System“ (mit Markierungen, Symbolen, Farben, geometrischen Figuren o.Ä.) zu entwickeln, sodass die Sachverhaltsauswertung zur Routine wird. Spätestens bei Examensklausuren müssen Sie das tun, weil Sie sonst garantiert den Überblick und etwaige Details aus dem Blick verlieren werden.

b) Der Gutachtenstil, der Mythos, die Legende

Nachdem wir den Umgang mit Ihrem Arbeitsmaterial erörtert haben, wenden wir uns nun dem Transferprozess Ihrer Gedanken vom Kopf auf das Papier zu. Um den sagenumwobenen und mythenumrankenden Gutachtenstil kommen wir dabei nicht herum. Von Studierenden verpönt, verhasst und entweder in sklavischer Erbsenzählerei zu Papier gezwungen oder aber weitestgehend ignoriert, ist der Gutachtenstil eigentlich nur ein zutiefst unverstandenes (Rechts-)Wesen.

aa) Was ist das?

Der (heute erweiterte) Gutachtenstil geht in seinen antiken Grundzügen auf einen Syllogismus im Sinne von *Aristoteles'* Syllogistik zurück,²⁴ der sich wiederum als zentrales Instrument eines deduktiven Schlussverfahrens darstellt. Deduktion meint dabei die Ableitung des Besonderen vom Allgemeinen, m.a.W. das Gewinnen einer Erkenntnis für den Einzelfall durch ein allgemeines, übergeordnetes Gesetz.²⁵ Der Syllogismus besteht aus zwei Prämissen und einer logisch zwingenden Schlussfolgerung. Der hieran anknüpfende Gutachtenstil modifiziert dieses Konzept leicht. Zunächst wird eine Hypothese vorangestellt (gutachterlicher Obersatz), die die eigentliche Ausgangsfrage bildet; im Weiteren ist der Untersatz als Abgleich der abstrakt übergeordneten Regel mit dem konkreten Einzelfall (heute als Subsumtion) zu verstehen. Daraus ergibt sich im Sinne des vierschriftigen Gutachtenstils:

1. Obersatz (Hypothese) – Griechen G könnte sterblich sein.
2. Definition (Obersatz) – Alle Menschen

²⁴ *Aristoteles*, Topik I 1, 100a25-27; vgl. auch *ders.*, Nikomachische Ethik, 1141b und *Analytica priora*.

²⁵ Das Gegenteil, nämlich Induktion als der Schluss vom Einzelnen auf die Regel (samt Abduktion: logische Vermutung basierend auf Beobachtungen) kann übrigens dramatisch inszeniert in verschiedenen filmischen Aufbereitungen von Sherlock Holmes bestaunt werden.

sind sterblich. 3. Subsumtion (Untersatz) – Griechen G ist ein Mensch. 4. Ergebnis (Konklusion) – Damit ist Griechen G sterblich.

bb) Warum muss ich das können?

Im Rechtsvergleich ist der „Gutachtenstil“ eine deutsche Besonderheit, die im Grunde auf den damaligen König von Preußen, Friedrich den Großen (1712–1786), zurückgeht. Im Rahmen der zweigliedrigen Ausbildung sollte das Rechtsstudium bereits die erste Stufe der Richterausbildung sein, sodass schon seinerzeit viel Wert auf die Unterscheidung von bloßer Vorbereitung des Urteils durch Gutachten sowie dessen späterer Endfassung gelegt wurde.²⁶ Innerhalb der Kollegialgerichte erfolgte die vorbereitende Gutachtenerstellung i.d.R. durch den „Berichterstatter“,²⁷ der in den Fall eingearbeitet und damit betraut war, Sachverhalt und rechtliche Würdigung samt aller Probleme sowie etwaiger Lösungen mit einem Vorschlag verbunden dem Kollegialgericht vorzustellen; dieser wird dann im Gremium beraten, worauf die Entscheidungsfindung und Urteilsabsetzung (im Urteilsstil) folgen.²⁸ Unabhängig davon spielen Rechtsgutachten als detaillierte Analyse und Bewertung komplexer Rechtsfragen auch in der Wirtschaft eine entscheidende Rolle – sei es nun im Rahmen des Risikomanagements für Banken und Versicherer, als Entscheidungsgrundlage für Compliance-Maßnahmen, im Zuge der regulatory readiness für Großkonzerne vor der nächsten BaFin²⁹-Prüfung oder schlicht im Auftrag eines Mandanten, der geprüft wissen will, ob sich seine Tochter strafbar gemacht haben könnte oder die Baugenehmigung zu erteilen ist u.v.m. In jedem Falle ist die Fähigkeit zur sorgfältigen Erstellung von Rechtsgutachten *conditio sine qua non* der Rechtsprofessionen. Machen Sie sich bei der Erstellung Ihrer Prüfungsarbeiten ganz bewusst, dass Sie gerade mit Blick auf die Rolle des Berichterstatters, Unternehmensjuristen oder Rechtsanwaltes ein formales „Rechtsgutachten“ erstellen und stellen Sie sicher, dass Ihre Bearbeitung diesen Namen auch verdient. Als gedanklicher Cross-Check empfehlen sich Kontrollfragen wie: „Kann ich das zwei anderen Richtern zur Entscheidung vorlegen?“, „Kann ich das (guten Gewissens) einem Mandanten übergeben und dafür eine stattliche Summe in Rechnung stellen?“

Keypoints: Nehmen Sie den altherwürdigen Begriff des „Rechtsgutachtens“ ernst!

cc) Was will der (nicht) von mir?

In seinem Wesen ist der Gutachtenstil keine aus der Antike übernommene Foltermethode für Rechtstudierende, sondern vielmehr eine reine Problemlösungstechnik. Der Hauptanwendungsbereich liegt also im Problematischen. Gedanklicher Sinn und Zweck des Gutachtenstils ist es, sich nicht von vornherein auf etwas festzulegen, sondern unvoreingenommen und ergebnisoffen an die Fragestellung heranzutreten und zunächst alle (!) Möglichkeiten durchzuspielen, um dann die erwägenswerten schriftlich gutachterlich-argumentativ abzuhandeln. Um es in ein Bild zu fassen: Wenn Sie mit dem Gedanken einer Urlaubsreise spielen, buchen Sie auch nicht binnen fünf Minuten den nächsten Flug nach wohin auch immer samt erstbestem Hotel und „Touri-Fallen-Tour“. Stattdessen fangen Sie recht offen damit an: „Ach, es könnte ja mal nach X gehen. Dafür sollte es dort aber warm sein; auch die Flüge sollten nicht allzu teuer sein und bestenfalls gäbe es eine Bahnverbindung.“ Darauf folgt meist: „In X ist es gerade warm; es gibt verschiedene Anreisemöglichkeiten. Der Flug kostet

²⁶ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (157).

²⁷ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (157).

²⁸ Fischer, NStZ 2013, 425; kritisch u.a. Doehring, NJW 1983, 851; dagegen etwa Mosbacher, NJW 2014, 124.

²⁹ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

X Euro, die Bahn hingegen X Euro, dauert aber X Stunden länger.“ Was Sie im Anschluss an diese Hypothesenbildung und Recherche dann meist mit Ihrem potentiellen Reisepartner führen, ist im Grunde ein Meinungsstreit: „Für die Bahn sprechen Umweltaspekte und mehr Bewegungsfreiheit; der Flug wäre aber bedeutend schneller; preislich überwiegt keine Option, [...]“ usw. Völlig konträr dazu neigen Studierende in anspruchsvollen juristischen Klausuren – um im Bild zu bleiben – dazu, sofort mit gepackten Koffern und einem Reiseführer für Mosambik den nächsten (Blind-)Flug zu nehmen, weil sie zu Mosambik sowieso schon viele Reportagen gesehen haben, um sich dann im Nachgang bei der Klausurbesprechung zu wundern, dass es eigentlich eine Ostasien-Rundreise werden sollte. Was der Gutachtenstil also definitiv nicht ist, ist reiner Selbstzweck der Form zum Heil. Verfolgt man den strengen Gutachtenstil auch bei allen offensichtlichen Aspekten in Detail, ermattet schon der Schreiber selbst – und erst recht der Leser.

Wer also die Prüfung des Sachverhaltes: „A gibt per Jagdgewehr einen gezielt tödlichen Schuss auf Bs Herz ab – Strafbarkeit?“ in etwa (überspitzt) so einleitet: „A könnte sich durch die Schussabgabe wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Dafür müsste der Tatbestand erfüllt sein. Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein. Dafür müsste es sich bei A um einen Menschen handeln. A ist A und damit ein Mensch. Aber auch bei B müsste es sich um einen Menschen handeln. B ist B und damit auch ein Mensch. A dürfte aber auch nicht B sein, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang ergibt. A ist A und B ist B, deswegen ist B nicht A. A müsste gehandelt haben. [...]“ usw., der zeigt deutlich, dass Sinn und Zweck des Gutachtenstils missverstanden wurden.

dd) Verständiger Einsatz nach gesundem Augenmaß

Souveräner, effizienter und früher oder später zwingend notwendig ist ein verständiger Einsatz des Gutachtenstils. Nachdem Sie also im Rahmen der ersten Zwischenprüfungsklausuren – wo der Sachverhalt angesichts der (streng) gutachterlichen Anforderungen bewusst weniger problematischen Tiefgang aufweist – gezeigt haben, den Gutachtenstil seiner Form und Logik nach verstanden und bewältigt zu haben, gilt es im fortgeschrittenen Studium die gezielte Kunst³⁰ des problemorientiert punktuellen Einsatzes zu meistern. Heißt es im fortgeschrittenen Studium, weil die Probleme anderswo liegen, im Sachverhalt etwa: „A sticht dem B ein Küchenmesser in den Bauch“, ist es nötig, aber auch ausreichend, im Tatbestand des Gutachtens festzuhalten:

„Durch den Stich in den Bauch mit einem Küchenmesser hat A kausal und in objektiv zurechenbarer Weise den B i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB körperlich misshandelt sowie an der Gesundheit geschädigt. A wusste um alle Umstände und wollte B derart verletzen; A handelte vorsätzlich.“³¹

Es ist nicht ersichtlich, „dass weitere Ausführungen einen Erkenntnisgewinn verschaffen würden“³². Und genau so sieht das auch das OVG Münster:

„Welcher weiteren Subsumtion es bedarf, um eine körperliche Misshandlung oder Schädigung der Gesundheit durch einen Messerstich festzustellen, erschließt sich dem Senat nicht.“³³

³⁰ Vgl. aber *Ransiek*, JA 2018, 481 (487): Das Ganze ist „keine Kunst, sondern schlicht Übung“.

³¹ Vgl. zu der Konstellation OVG NRW, Ur. v. 27.8.2009 – 14 A 313/09 = BeckRS 2010, 45569.

³² *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157 (162).

³³ OVG NRW BeckRS 2010, 45569.

Insoweit darf der Gutachtenstil „nicht zum Selbstzweck werden“ und müssen „Nebensächlichkeiten [...] daher nicht im Gutachtenstil abgehandelt werden“.³⁴ Rekuriert man auf § 2 Abs. 2 S. 3 NJAG³⁵, soll der Bearbeiter nun einmal zeigen, dass er „das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann“; danach dürfte es wohl kaum zur verständigen Rechtsanwendung gehören, eingehend zu erörtern, ob ein Messerstich in den Bauch tatsächlich auch eine üble und unangemessene Behandlung ist („Was denn sonst?!“).³⁶ Anders liegt die Sache selbstredend bei nicht oder weniger eindeutigen und problematischen Fallstellungen wie etwa dem Anspucken, dem Abschneiden von Haaren, der Verursachung eines psychotischen Schubs, aber auch Ekel und Übelkeit – in all diesen Situationen liegen die Antworten nicht gerade auf dem Tisch, weswegen es unvertretbar und daher falsch wäre, diese ohne begründete Prüfung anzunehmen oder abzulehnen.

Keypoints: Der Gutachtenstil ist eine Problemlösungstechnik. Setzen Sie deutliche (!) Akzente und machen Sie (dem Prüfer) deutlich, dass Sie – an problematischen Stellen – einen formal akkurat differenzierten Gutachtenstil beherrschen und – an offensichtlich unproblematischen Stellen – die Souveränität und das Selbstvertrauen zur kurzen Abhandlung haben.

Es kann also nicht der Anspruch sein, alles im (strengen) Gutachtenstil abzuhandeln; vielmehr wird man Ihnen dann eine verfehlte Schwerpunktsetzung attestieren.³⁷ Der konsequente Gutachtenstil ist sicherlich nicht falsch,³⁸ bleibt vielerorts aber nur „überflüssiges Wortgerassel“³⁹ und Zeugnis einer „analytischen Fehlleistung“, zumal die strikte Einhaltung in allen Facetten bzgl. des Erkenntnisgewinns nur „Zeitverschwendung“ ist,⁴⁰ einfach weil der Gutachtenstil als deduktives Schlussverfahren in seinem logischen Kern „auch gar nicht geeignet ist, neue Erkenntnisse zu begründen. Denn insoweit handelt es sich um einen rein analytischen Schluss, der für sich überhaupt nichts positiv zu begründen vermag, sondern lediglich fehlerhafte Behauptungen erkennen lässt“⁴¹. Den Gutachtenstil bewusst akzentuiert einzusetzen und Problembewusstsein zu zeigen, wird dabei umso wichtiger, je anspruchsvoller die Klausuren im Laufe des Studiums werden.⁴² Erfahrene und jedenfalls im Examen eingesetzte Prüfer wissen „einen souverän gemischten Stil besonders [zu] würdigen“,⁴³ zumal zahlreiche Prüflinge mit Blick auf den Gutachtenstil „häufig nicht etwa am fehlenden, sondern umgekehrt am übermäßigen Gebrauch fern jedweder juristischen Relevanz scheitern“⁴⁴. Auch fällt die Kritik, die Sie sich bzgl. des (fehlenden) Gutachtenstils ggf. einhandeln, deutlich weniger ins Gewicht als der sich aus dem Zeitgewinn ergebende Nutzen; wird die Zeit nun in die intensive Begründung der angelegten Rechtsprobleme investiert, „darf kein Korrektor es wagen, seiner Kritik

³⁴ OVG NRW BeckRS 2010, 45569.

³⁵ Vgl. Fn. 11.

³⁶ Ebenso Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (162).

³⁷ Wolf, ZJS 2020, 553 (559): „Sie würden wie ein Arzt agieren, der sich in der Notaufnahme mit identischer Aufmerksamkeit um Unfallopfer A mit einer Hirnblutung und Hypochonder B mit leichtem Schnupfen kümmert. Gesteigert werden so nur die Chancen, dass A stirbt (die echten Probleme im Gutachten unerörtert bleiben).“

³⁸ Ransiek, JA 2018, 481 (486).

³⁹ Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 8. Aufl. 2025, Rn. 5.

⁴⁰ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (159, 162).

⁴¹ Duttge, ZDRW 2020, 75 (79).

⁴² Wolf, ZJS 2020, 553 (559).

⁴³ Beyerbach, JA 2014, 813 (816).

⁴⁴ Duttge, ZDRW 2020, 75 (77).

am fehlenden Gutachtenstil Gewicht beizumessen“⁴⁵. Für den Moment können wir uns zur Abgrenzung, wann der Gutachtenstil nicht zwingend erforderlich ist, *Ransieks* Maßstabsfigur bedienen:

„Ihre juristisch nicht vorgebildete Oma“⁴⁶.

Hat A bspw. beim Spaziergehen dem fremden B qua wuchtigem Faustschlag zu einer blutenden Nase verholten, sich auf dessen Fahrrad gesetzt und ist davongefahren, könnte eben auch Ihre laienhafte Oma sofort bestätigen, dass es sich bei Bs Fahrrad um eine fremde bewegliche Sache und bei Bs blutender Nase um eine Verletzung handelt. Einer streng gutachterlichen Aufarbeitung bedarf es hier nicht.

ee) Wider der Diktatur des Gutachtenstils: Alternativen

In allen „Grauzonen“, in denen man sich nicht sicher ist, dass es sich um einen unproblematischen Aspekt handelt, ist man mit einigen „verschliffene[n] Formen“⁴⁷ des Gutachtenstils bestens beraten. Wichtigstes Instrument ist der verkürzte (bzw. verschränkte) Gutachtenstil. Damit können Sie sowohl Ihr Wissen präsentieren als auch Ihr Ergebnis kurz begründet absichern. Eine anfängliche, aber wie bei allem durch Emsigkeit zu bewältigende Hürde dürfte sein, dass es keine starre Form oder Gesetzmäßigkeit dabei gibt. Mit all den Freiheiten um unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten haben Sie auch die „Qual der Wahl“.

Keypoints: Sie müssen zwingend (!) „verschliffene Formen“ des Gutachtenstils beherrschen.

Eine Option ist der Konditionalstil, bei dem Obersatz und Definition ineinander übergehen:

„Das Fahrrad ist eine fremde bewegliche Sache, wenn es ein fortschaffbarer körperlicher Gegenstand ist und (zumindest auch) in fremdem Eigentum steht.“

Daneben bietet bei noch weniger problematischen Aspekten der verkürzte/verschränkte Gutachtenstil die Gelegenheit, sich kürzer zu fassen und gleichzeitig das „gefundene Ergebnis begründet abzusichern“⁴⁸. Charakteristisch ist hier der fließende Übergang der vier Teilschritte, was vielgestaltig möglich ist; der Obersatz entfällt und die Definition verdichtet sich auf „wichtige Definitionsanker“⁴⁹. Damit können Sie komprimiert und elegant Verständnis zeigen; doch bedarf es viel Fleiß, Mühe und Zeit, bis Sie diese Formen beherrschen.⁵⁰

Beispiel: Die blutende Nase des B infolge des Faustschlags ist eine schmerzhaft und heilbedürftige Verletzung, mithin eine körperliche Misshandlung sowie Gesundheitsschädigung.

⁴⁵ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (163); vgl. Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 20.

⁴⁶ Ransiek, JA 2018, 481 (486).

⁴⁷ Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 15. Aufl. 2022, Rn. 142.

⁴⁸ Wolf, ZJS 2020, 553 (559).

⁴⁹ Trinh, ZJS 2022, 516 (519).

⁵⁰ Trinh, ZJS 2022, 516 (520).

Weist der Sachverhalt keine Schwierigkeiten auf, ist die Zeit reif für den Feststellungsstil, den man ob der Begründungslosigkeit auch Behauptungsstil⁵¹ nennt. Da das Vorliegen des Merkmals hier schlicht behauptet wird, ist er nur „bei gänzlich unproblematischen Merkmalen“⁵² angezeigt; dann aber wird der Behauptungsstil als „nicht nur zulässig, sondern allein richtig [erachtet], soll der Gutachtenstil nicht zum Selbstzweck degenerieren“⁵³.

„Das Fahrrad ist eine fremde bewegliche Sache.“

Hingegen sollten Sie sich, ganz egal wie deutlich der Sachverhalt ist, nicht in den Bann des Urteilsstils ziehen lassen. Entscheidend für den Urteilsstil ist nicht etwa, dass es sich um einen Kausalsatz handelt (z.B. „weil“ oder „da“), sondern dass das Ergebnis vor der Begründung steht:

„Bei dem Fahrrad handelt es sich um eine Sache, weil es ein körperlicher Gegenstand ist.“

Auf den Urteilsstil können (und sollten) Sie verzichten. Bei vielen Korrekturkräften ist er immer noch verpönt und man wird sich im Zweifel darauf stürzen wie der Habicht auf die Maus, insbesondere wenn man sonst nichts anzumerken hat. Es sei aber nicht verschwiegen, dass viele Literaten seinen gemäßigten Einsatz für zulässig halten⁵⁴. Dennoch, und das ist noch viel wichtiger, ist der Urteilsstil vollkommen überflüssig,⁵⁵ da er keinen Zeitvorteil bringt und nur eine andere Wortreihung erfordert⁵⁶.

*Beispiel*⁵⁷:

Urteilsstil: „Das Fahrrad ist eine Sache, weil es ein körperlicher Gegenstand ist.“

Gutachtenstil: „Das Fahrrad ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache.“

Da es des Urteilsstils gar nicht bedarf, brauchen Sie auch erst gar keine Angriffsfläche zu bieten.

⁵¹ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (159).

⁵² Wolf, ZJS 2020, 553 (560).

⁵³ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (160).

⁵⁴ Bringewat, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, 5. Aufl. 2024, Rn. 212: „[...] nur der Feststellung von Selbstverständlichkeiten. Derlei ‚Routinearbeit‘ im Gutachtenstil zu erledigen, ist verfehlt“; Diederichsen/Wagner, Die BGB-Klausur, 9. Aufl. 1998, S. 208: „[...] verfehlt für Klausurlösungen durchweg den Gutachtenstil zu verlangen“ bzw. „[...] nur echte Probleme [...] im Gutachtenstil“; Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Aufl. 2018, S. 87: Gutachtenstil „an den problematischen Stellen“; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2011, § 6 Rn. 27: „Prüfungspunkte, die unzweifelhaft [...] sind, werden [...] in einer einzigen Feststellung abgearbeitet“; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Teil 1 Kap. 1 Rn. 80: „gute Klausur zeichnet sich gerade nicht durch sklavisches Befolgen des Gutachtenstils, sondern den gekonnten Wechsel zwischen Gutachten- und Urteilsstil aus!“; Schimmel, Juristische Hausarbeiten und Klausuren richtig formulieren, 15. Aufl. 2022, Rn. 142: „der schulmäßige Gutachtenstil [bleibt] den schwierigen und problematischen Fragen vorbehalten [...] und], lassen sich weniger oder gar nicht zweifelhafte Punkte auch [...] durch [...] ‚verschliffene Formen‘ des Gutachtenstils bis hin zum glatten Urteilsstil [...] kennzeichnen“; Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 210: Gutachtenstil „nur bei wirklich problematischen Fragen [...] zwingend“ und „lassen sich Selbstverständlichkeiten [...] im Urteilsstil abhandeln“; Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 25: auch Unproblematisches ist zu berücksichtigen, „[a]lledings kann dies kurz im [...] Urteilsstil [...] geschehen“.

⁵⁵ Fahl, JA 2008, 350 (352); Wolf, ZJS 2020, 553 (560); Ransiek, JA 2018, 481 (487); Wieduwilt, JuS 2010, 288.

⁵⁶ Wolf, ZJS 2020, 553 (560); Ransiek, JA 2018, 481 (487).

⁵⁷ Weitere Formulierungsbeispiele bei Wolf, ZJS 2020, 553 (559 ff.) und Trinh, ZJS 2022, 516 (519 f.).

3. Die Sprache – ein scharfes Schwert im Wortgefecht

Auch wenn es selbstverständlich ist, nötigt der Blick in Klausuren dazu, für die exorbitante Bedeutung und Funktion der Sprache zu sensibilisieren. Da Sie eine Hochschulzugangsberechtigung erworben haben, ist zwingend erwartet, dass Sie der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig sind. Der korrekte Ausdruck ist für den Juristen das sprachliche Existenzminimum. Umso mehr betrübt es, wie sorglos und unbedarft Studierende sie handhaben.

a) Sprache als Bewertungsfaktor

„Im (Straf-)Recht spielt Sprache [...] eine herausragende Rolle: Sie beschreibt nicht nur technisch Sachverhalte, Anforderungen und Zumutungen des Rechts, sondern formt, deutet und interpretiert sie. [...]. Strafrecht ist nicht «Natur», sondern Realisierung von sozial konstruiertem Sinn. Ohne Sprache gibt es kein Strafrecht“⁵⁸, was gedanklich für alle Rechtsgebiete gelten kann. Auch mit Blick auf den Erwartungshorizont muss beachtet werden, dass „[z]ur Rechtsanwendung [...] auch die Fähigkeit [gehört], sich bei Falllösungen wie überhaupt bei Rechtsausführungen grammatikalisch korrekt, in verständlicher Sprache und in einem sachangemessenen Sprachstil in Wort und Schrift auszudrücken.“⁵⁹ Insoweit konfligieren negative Bewertungen von Sprache und Ausdruck weder mit dem Grundsatz der Chancengleichheit⁶⁰ noch mit der prüfungsrechtlichen Beurteilungsermächtigung des Prüfers⁶¹, weil „derartige Mängel [...] Ausdruck einer gewissen Gleichgültigkeit oder Flüchtigkeit des Bearbeiters sind [...] und diese] Unzulänglichkeiten des sprachlichen Ausdrucks bezeugen, die bei einer geisteswissenschaftlichen Arbeit nicht vernachlässigt werden können“⁶². Folglich liegt es auf der Hand, dass sowohl für das rechtswissenschaftliche Studienziel als auch die Befähigung zum Richteramt „das Beherrschen der deutschen Sprache [...] unabdingbar ist“⁶³.

b) Ohne Sprachkompetenz – keine Denkkompetenz

Sprachlich korrekter Ausdruck ist eine Grundvoraussetzung, die Sie mit Erreichen der Hochschulreife (eigentlich schon) erfüllen sollten; wenn dem nicht so ist, liegt es in Ihrer (Eigen-)Verantwortung, der von Ihnen vorgelegten Qualifikation schleunigst (wieder) gerecht zu werden. Damit ist es aber noch nicht getan: Als Jurist müssen Sie mühelos mit Worten jonglieren, Begriffsnuancen wahrnehmen und Ihre Gedanken in (ganze!) Sätze fassen können; dazu gehört auch ein adäquater Wortschatz samt üppigem Fundus an Synonymen (vgl. Definitionen). Sprachliche Sorgfalt ist für Juristen kein Schmuck, sondern Mindestvoraussetzung. Wenn Sie sich selbst nicht präzise ausdrücken und auch kaum aufnehmen können, was andere fachsprachlich sagen oder schreiben, können Sie am fachlich-inhaltlichen Diskurs nicht teilnehmen:

„Wem die Sprachkompetenz fehlt, der wird die Denkkompetenz kaum erlangen“⁶⁴.

⁵⁸ Fischer, Über das Strafen: Recht und Sicherheit in der demokratischen Gesellschaft, 2018, S. 184.

⁵⁹ OVG NRW NVwZ 1995, 800 (803); vgl. VGH Baden-Württemberg NJW 1988, 2633; ebenso OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2003, 152760 Rn. 42.

⁶⁰ Vgl. BVerfG BeckRS 1983, 31248416 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 182.

⁶¹ VGH Baden-Württemberg NJW 1988, 2633 (amtl. LS).

⁶² VGH Baden-Württemberg NJW 1988, 2633 (2634).

⁶³ VGH Baden-Württemberg NJW 1988, 2633 (2634). Vgl. auch zur Literatur Gleisberg, JuS 1979, 230; Schroeder, JuS 1980, 313; Kröpil, JuS 1985, 324; Wolf, ZJS 2014, 553 (1554).

⁶⁴ Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 8. Aufl. 2025, Rn. 87.

Keypoints: Der sichere, klare und präzise Umgang mit der deutschen Sprache in Wort und Schrift ist Ihr indiskutables Existenzminimum als (angehender Voll-)Jurist.

c) Nur Sprechenden/Schreibenden kann geholfen werden

Anlässlich des sprachlichen Ausdrucks allgemein sei an dieser Stelle der wohlmeinende Rat mitgegeben, dass nur Sprechenden geholfen werden kann, was insbesondere für Lehrveranstaltungen gilt. Ziel des Lehrpersonals ist immer die effektive Vermittlung und Vertiefung des Lehrstoffes. Für jede Optimierung bedarf es entsprechender Resonanz. Trauen Sie sich, Ihren Dozenten direkt darauf anzusprechen. Sehen Sie die Lehrveranstaltungsevaluationen nicht als „Abrechnung“ am Ende des Semesters.⁶⁵ Übertragen auf die schriftliche Leistung, heißt das: Stoßen Sie in einer Prüfungsarbeit auf einen Aspekt, der Ihnen fragwürdig oder zweifelhaft erscheint, übergehen Sie dieses „Störgefühl“ nicht, nur weil Sie meinen, „diesen Streit“ nicht zu kennen. Schreiben Sie auf, was Sie „stört“ oder warum Sie ein bestimmtes Merkmal nicht zuverlässig annehmen oder ablehnen können; es kommt gerade dann auf die „juristische Begründungskompetenz“⁶⁶ an. Seien Sie mutig, bringen Sie Ihre Zweifel unter Abwägung des Für und Wider für mögliche Positionen zu Papier und entscheiden Sie sich begründet, denn maßgeblich ist das problembewusste Aufzeigen konfligierender Interessenlagen und gilt insofern:

„Angriff ist die beste Verteidigung.“⁶⁷

Dem Prüfer vermitteln Sie damit ein selbständiges Problembewusstsein und versetzen ihn in die Lage, Ihre Erwägungen im Ganzen würdigen zu können.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

⁶⁵ Als Lehrkörper ist es äußerst frustrierend, nach zwölf Wochen Veranstaltung zu erfahren, dass man die Veranstaltung mit wenigen Handgriffen hätte angenehmer gestalten können, wenn man denn davon gewusst hätte.

⁶⁶ Lagodny, Juristisches Begründen, 2013, S. 11. Weitergehend Duttge, ZDRW 2020, 75 (77), der dieses Leitziel „um eine – mindestens ebenso bedeutsame – ‚Problemerkennntniskompetenz‘ [...] erweitern“ will.

⁶⁷ Zieschang, JA 2019, 529 (534) mit ausformuliertem Beispiel. Vgl. Trinh, ZJS 2022, 516 (521).

Anfängerklausur Immobiliarsachenrecht: Immobilieninvestment richtig gemacht – oder doch nicht?

PD Dr. David Paulus, München*

Die vorliegende Klausur wurde vom Verf. im Wintersemester 2025/2026 im Rahmen der Vorlesung Sachenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München als zweite Pflichtklausur gestellt; sie behandelt mit dem gutgläubigen Eigentumserwerb an einer unbeweglichen Sache, dem Ersterwerb und den Wirkungen einer Vormerkung sowie dem umstrittenen Verhältnis zwischen Widerspruch und Vormerkung klassische Fragen des Immobiliarsachenrechts.

Sachverhalt

Die Münchener Jurastudentin Viktoria (V) ist aufgrund eines Erbfalls im Sommer 2025 zu Geld gekommen. Wegen der hohen Inflation und da sie sich nicht mit Wertpapieren auskennt, möchte sie das geerbte Geld am liebsten in eine Kaufimmobilie investieren. Im Oktober 2025 einigt sie sich daher mit Emil (E) notariell über den Kauf von dessen mit einem Einfamilienhaus bebautem Grundstück in München-Harlaching zu einem sehr günstigen Preis von 1,2 Mio. €. In dem Notartermin erklärt E zugleich die Auflassung des Grundstücks gegenüber V und bewilligt zudem deren Eintragung. Antragsgemäß wird V sodann im November 2025 vom AG München (Grundbuchamt) als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen.

Als V kurz darauf von Freunden erfährt, dass ihr gutbetuchter Kommilitone Karl (K) ebenfalls eine Immobilie erwerben möchte und für ihn Geld keine Rolle spielt, wittert sie ein lukratives Geschäft. Tatsächlich gefällt das Haus K bei der alsbald arrangierten Besichtigung so gut, dass er V anbietet, ihr dieses für 1,7 Mio. € abzukaufen. Hoherfreut willigt V ein und schließt am 27.1.2026 mit K einen notariell beurkundeten Kaufvertrag. Zugleich erklären beide in der Vertragsurkunde die Auflassung des Grundstücks an K, und V bewilligt die Eintragung von K als neuem Eigentümer. Da K „zur Sicherheit“ zusätzlich auf der Gewährung einer Auflassungsvormerkung besteht, bewilligt V auch deren Eintragung. Bereits am 2.2.2026 beantragt K sodann beim AG München (Grundbuchamt) sowohl die Eintragung einer Vormerkung als auch seine Eintragung als Eigentümer.

Die Freude des K währt allerdings nicht lang: Am 10.2.2026 erhält er Post von Bruno (B), dem Anfang 2026 gerichtlich bestellten Betreuer des E. Darin teilt B dem K mit, dass sich E, was zutrifft, seit Juli 2025 in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet; entsprechend sei E und nicht etwa V weiterhin Eigentümer des Grundstücks.

Noch bevor K irgendeinen Entschluss fasst, wird die von ihm beantragte Auflassungsvormerkung am 12.2.2026 im Grundbuch eingetragen. K sieht sich dadurch in seinen Rechten bestärkt und beschließt, das Schreiben des B zu ignorieren. Am 27.2.2026 erwirkt daher B aufgrund einstweiliger Verfügung einen Widerspruch gegen die Eintragung der V, der am 4.3.2026 im Grundbuch eingetragen wird. Gleichwohl trägt das AG München (Grundbuchamt) den K am 9.3.2026 aufgrund der Bewilligung durch V als neuen Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch ein.

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

Aufgebracht verlangt daraufhin B am 10.3.2026 von K im Namen von E Zustimmung zur Eintragung von E als Eigentümer im Grundbuch. Zur Begründung führt B an, dass E aufgrund seiner „Geisteskrankheit“ nie das Eigentum am Grundstück verloren habe; dies gelte erst recht, weil K ja von „der wahren Rechtslage“ erfahren habe, bevor er ins Grundbuch eingetragen wurde. K hingegen ist der Ansicht, bereits V habe infolge ihrer Gutgläubigkeit Eigentum am Grundstück erlangt. Selbst wenn dies nicht so wäre, müsse er wegen deren Eintragung jedenfalls so behandelt werden, als habe er das Grundstück von der wahren Eigentümerin „gekauft“; zudem schütze ihn die Vormerkung sowohl gegen den „unberechtigten Widerspruch“ als auch gegen die „etwaigen nachteiligen Folgen des Briefs vom 10.2.2026“.

Fallfrage

Kann E von K Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch verlangen?

Bearbeitungsvermerk

Die Fallfrage ist in einem Gutachten, das – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, zu beantworten. Von einer ordnungsgemäßen Vertretung des E durch B ist auszugehen. Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch E gegen K auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB ... 786

1. Unrichtigkeit des Grundbuchs 786
 - a) Ursprüngliche Rechtslage 786
 - b) Eigentumserwerb der V von E gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB 786
 - aa) Einigung und Eintragung 786
 - bb) Wirksamkeit der Einigung 787
 - cc) Zwischenergebnis 787
 - c) Gutgläubiger Eigentumserwerbs der V von E gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 BGB 787
 - d) Eigentumserwerb des K von V gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB 787
 - aa) Wirksame Einigung und Übergabe und Einigsein 787
 - bb) Verfügungsbefugnis 788
 - cc) Zwischenergebnis 788
 - e) Gutgläubiger Eigentumserwerb des K von V gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB 788
 - aa) Rechtsgeschäftlicher Erwerb i.S.v. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB 788
 - bb) Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts 788
 - cc) Grundbuchunrichtigkeit in Ansehung eines Grundstücksrechtes 788
 - dd) Redlichkeit des K 788

(1) Grundsatz: Vollendung Rechtserwerb	789
(2) Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts nach § 892 Abs. 2 Hs. 1 BGB	789
(3) Zwischenergebnis	789
ee) Kein Widerspruch im Grundbuch, § 899 BGB	790
(1) Grundsatz; keine Anwendung von § 892 Abs. 2 BGB	790
(2) Vorverlagerung gemäß oder analog § 892 Abs. 2 BGB?	790
(3) Vorverlagerung durch Vormerkung?	790
(a) Verhinderung der Widerspruchswirkung durch den Erwerb einer Vormerkung?	791
(b) Erwerb einer Vormerkung durch K, §§ 883, 885 BGB	792
(aa) Schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, § 883 Abs. 1 BGB	792
(bb) Bewilligung der Vormerkung gem. § 885 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB ..	792
(cc) Eintragung der Vormerkung im Grundbuch gem. §§ 883 Abs. 1, 885 BGB	792
(dd) Fortdauer der Bewilligung analog § 873 Abs. 2 BGB	792
(ee) Verfügungsbefugnis der V	792
(ff) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung, § 892 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 893 Alt. 2 BGB	793
(gg) Zwischenergebnis	794
(4) Zwischenergebnis	794
ff) Zwischenergebnis	794
f) Zwischenergebnis	794
2. Ergebnis zu § 894 BGB	794
II. Anspruch E gegen K auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 1004 Abs. 1 BGB	794
III. Anspruch E gegen K auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB	794
IV. Ergebnis	795

Fraglich ist, ob E von K Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch verlangen kann.

Insofern kommt ein Anspruch des E gegen K vor allem aus § 894 BGB, aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sowie aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB in Betracht. Dass der Anspruch nicht von E selbst, sondern von B namens des E geltend gemacht wird, ist unschädlich, da B als gerichtlich bestellter Betreuer des E (gem. § 1823 BGB) ohne Weiteres zu dessen Vertretung (und damit auch zur Geltendmachung etwaiger Ansprüche des E) berechtigt ist.

I. Anspruch E gegen K auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB

Fraglich ist, ob E von K aus § 894 BGB Abgabe der zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 19 GBO erforderlichen Bewilligungserklärungen verlangen kann. Hierfür ist zunächst erforderlich, dass (1.) das Grundbuch objektiv unrichtig ist. Zudem müsste E (2.) materiell Anspruchsberechtigter sowie K (3.) der richtige Anspruchsgegner sein. Schließlich dürften dem Anspruch (4.) keine Einwendungen bzw. Einreden entgegenstehen.

1. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Fraglich ist hier bereits die objektive Unrichtigkeit des Grundbuchs. Das Grundbuch ist immer dann objektiv unrichtig, wenn die aus dem Grundbuchinhalt ersichtliche (= formelle) Rechtslage nicht mit der wirklichen (= materiellen) Rechtslage übereinstimmt. Dies wäre der Fall, wenn hier K zu Unrecht als (neuer) Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks eingetragen wäre. Zu klären ist daher, ob K Eigentümer des Grundstücks ist.

a) Ursprüngliche Rechtslage

Ursprünglich war E Eigentümer des Grundstücks. Da sich dies eindeutig aus dem Sachverhalt ergibt, bedarf es insofern keines Rückgriffs auf die Vermutung in § 891 Abs. 1 BGB bzw. wäre ein solcher – streng genommen – sogar falsch.

b) Eigentumserwerb der V von E gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB

E könnte das Eigentum am Grundstück gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB durch Übereignung an V verloren haben. Eine Übereignung nach §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB setzt (1.) eine wirksame dingliche Einigung über den Eigentumsübergang, (2.) die Eintragung des Erwerbers als neuer Eigentümer im Grundbuch, (3.) das Einigsein der Parteien im relevanten Zeitpunkt sowie (4.) die Verfügungsbefugnis des jeweiligen Veräußerers voraus.¹ Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen.

aa) Einigung und Eintragung

Hier haben sich E und V im Oktober 2025 über den Eigentumsübergang am streitgegenständlichen Grundstück notariell geeinigt, und V wurde sodann auch im November 2025 auf ihren Antrag hin (§ 13 Abs. 1 S. 1 GBO) als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Damit liegen zumindest – vorbehaltlich ihrer Wirksamkeit – eine Einigung und die Eintragung als Erwerbsvoraussetzungen vor.

¹ Siehe statt aller Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 13 Rn. 19.

bb) Wirksamkeit der Einigung

Fraglich ist allerdings, ob die dingliche Einigung zwischen E und V hier überhaupt wirksam war. Zwar haben E und V durch ihre gleichzeitige Anwesenheit vor dem Notar als zuständiger Stelle die Form des § 925 BGB gewahrt. Allerdings befand sich E zu diesem Zeitpunkt (Oktober 2025) bereits (seit Juli 2025) in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden dauerhaften Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit; damit war er gem. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig. Entsprechend war seine auf Übereignung gerichtete Willenserklärung – und damit auch die dingliche Einigung zwischen E und V insgesamt – gem. § 105 Abs. 1 BGB unwirksam.

cc) Zwischenergebnis

Mangels wirksamer dinglicher Einigung hat daher V kein Eigentum am Grundstück des E erworben.

c) Gutgläubiger Eigentumserwerbs der V von E gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 BGB

Auch ein etwaiger gutgläubiger Erwerb durch V gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 BGB scheidet aus. Denn der gute Glaube eines Erwerbers vermag i.R.v. § 892 BGB alleine über die fehlende Verfügungsberechtigung des jeweiligen Veräußerers, nicht jedoch über sonstige Unwirksamkeitsgründe hinwegzuhelfen. Dies gilt erst Recht im Falle einer fehlenden (unbeschränkten) Geschäftsfähigkeit; denn der Schutz nicht voll Geschäftsfähiger geht im Bürgerlichen Recht – nicht zuletzt aus der Stellung der §§ 104 ff. BGB ganz am Anfang der Rechtsgeschäftslehre ersichtlich – dem Verkehrsschutz fast immer (und somit auch hier) vor.² Mit anderen Worten wird der gute Glaube an die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des jeweiligen Veräußerers im BGB (anders übrigens als zum Teil im internationalen Kontext gem. Art. 13 Rom I-VO) nicht geschützt.³

d) Eigentumserwerb des K von V gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB

Allerdings könnte K das Eigentum am Grundstück erworben haben, indem V das Grundstück ihrerseits gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB an K übereignet hat. Hierfür müsste eine wirksame dingliche Einigung zwischen V und K über den Eigentumsübergang vorliegen; zudem müsste K als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen sowie zum relevanten Zeitpunkt (weiterhin) mit V einig über den Eigentumsübergang gewesen sein; als letzte Voraussetzung bedürfte es einer Verfügungsbefugnis der V hinsichtlich des Eigentums.

aa) Wirksame Einigung und Übergabe und Einigsein

Hier liegen die ersten der drei vorgenannten Voraussetzungen im Verhältnis zwischen V und K unzweifelhaft vor. Insbesondere haben sich die beiden am 27.1.2026 in der Form des § 925 BGB und damit wirksam über den Eigentumsübergang geeinigt, § 873 Abs. 1 Fall 1 BGB; zudem wurde K am 9.3.2026 als Eigentümer des Grundstücks bei fortbestehendem (übrigens nach § 873 Abs. 2 BGB verbindlichem) Einigsein eingetragen.

² BGH NJW 1977, 622 (623); *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 104 Rn. 4.

³ *Schneider*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2025, § 104 Rn. 4; *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 104 Rn. 11.

bb) Verfügungsbefugnis

Allerdings könnte V insofern die Verfügungsbefugnis gefehlt haben. Verfügungsbefugt ist nur der in seiner Verfügungsmacht nicht beschränkte Rechtsinhaber oder aber – alternativ –, wer kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts (§ 185 Abs. 1 BGB) zur Verfügung über ein fremdes Recht ermächtigt ist.⁴ Mangels gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Ermächtigung kam vorliegend alleine eine Verfügungsbefugnis der V aus einer unbeschränkten Rechtsinhaberschaft in Betracht. Hier hatte V jedoch, wie soeben unter 2 gezeigt, gerade nicht wirksam von E das Eigentum an dem Grundstück erlangt.

cc) Zwischenergebnis

Somit hat K jedenfalls nicht gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB Eigentum am Grundstück von V erlangt.

e) Gutgläubiger Eigentumserwerb des K von V gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB

Aber F könnte das Eigentum gutgläubig erworben haben gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB. Hierfür sind neben (1.) den „normalen“ Voraussetzungen von §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB (mit Ausnahme der Verfügungsberechtigung) zusätzlich (2.) das Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts, (3.) eine Grundbuchunrichtigkeit zugunsten des Veräußernden (hier: V), (4.) die Gutgläubigkeit des Erwerbers (hier: K) sowie (5.) das Fehlen eines Widerspruchs zum im konkreten Fall relevanten Zeitpunkt erforderlich.

aa) Rechtsgeschäftlicher Erwerb i.S.v. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB

Hier liegen die Voraussetzungen eines „normalen“ rechtsgeschäftlichen Erwerbs i.S.v. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925 BGB mit Ausnahme der Verfügungsbefugnis der V als Veräußernde vor (siehe oben).

bb) Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts

Zudem müsste die Veräußerung des Grundstücks durch V an K ein Verkehrsgeschäft darstellen. Diese – im Gesetz nicht geregelte – Voraussetzung ist immer dann erfüllt, wenn im Einzelfall auf Erwerber- und Veräußererseite weder in wirtschaftlicher noch in rechtlicher Hinsicht dieselbe(n) Person(en) beteiligt sind.⁵ Dies ist hier unzweifelhaft der Fall.

cc) Grundbuchunrichtigkeit in Ansehung eines Grundstücksrechtes

V als Verfügende müsste zudem (zu Unrecht) als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen sein und dadurch als unbeschränkt Verfügungsberechtigte legitimiert sein, § 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB (= positive Publizität des Grundbuchs). Hier war V seit November 2025 und bis zur Eintragung des K am 9.3.2026 als Eigentümerin ohne Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen. Der spätere Eintrag eines Widerspruchs i.S.v. § 899 BGB am 4.3.2026 ändert hieran nichts, sondern ist vielmehr gesondert zu prüfen.

dd) Redlichkeit des K

K als Erwerber müsste zudem redlich i.S.v. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB a.E. gewesen sein. Insofern schadet nach dem eindeutigen Wortlaut von § 892 Abs. 1 S. 1 BGB (anders als bei § 932 Abs. 2 BGB) lediglich

⁴ Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 56 ff.

⁵ Näher dazu z.B. Kindler/Paulus, JuS 2013, 393 (395); Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 23 Rn. 24 ff.

positive Kenntnis der Rechtslage, wobei aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ersichtlich grundsätzlich vermutet wird, dass ein Erwerber gutgläubig ist.

K hatte zunächst, d.h. bei Vornahme der dinglichen Einigung am 27.1.2026 und auch noch zum Zeitpunkt der Stellung seines formgerechten (§§ 19, 29 Abs. 1 GBO) Antrags i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1 GBO auf Grundbucheintragung am 2.2.2026 keinerlei positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Vielmehr hat K erst durch den Brief von B am 10.2.2026 positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs erlangt.

Da die Kenntniserlangung durch K jedoch vor der Vollendung des etwaigen Rechtserwerbes infolge der Umschreibung des Eigentums zugunsten von K am 9.3.2026 erfolgte, ist zu klären, auf welchen Zeitpunkt es für die Gutgläubigkeit i.S.v. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB a.E. konkret ankommt.

(1) Grundsatz: Vollendung Rechtserwerb

Nach allgemeinen Grundsätzen ist maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen sämtlicher Erwerbsvoraussetzungen – und damit gerade auch einer etwaigen Redlichkeit des Erwerbers – grundsätzlich der Zeitpunkt der Vollendung des jeweiligen Rechtserwerbs.⁶ Danach würde die am 10.2.2026 ggf. eingetretene Bösgläubigkeit des K hinsichtlich der Eigentümerstellung der V hier einem gutgläubigen Eigentumserwerb des K an sich entgegenstehen.

(2) Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts nach § 892 Abs. 2 Hs. 1 BGB

Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn hier der maßgebliche Zeitpunkt der Gutgläubigkeit entweder ausdrücklich kraft Gesetzes oder aus sonstigen Gründen ausnahmsweise nach vorne verschoben ist. Insofern ist zum einen denkbar, dass der Erwerb einer Vormerkung (auch) die Wirkung hat, dass eine später, jedoch noch vor dem endgültigen Rechtserwerb eingetretene Bösgläubigkeit dem Gutgläubenserwerb nicht mehr entgegensteht.⁷ Zum anderen könnte der maßgebliche Zeitpunkt kraft Gesetzes nach § 892 Abs. 2 Hs. 1 BGB auf die Stellung des Eintragungsantrages (hier: am 2.2.2026) vorverlegt sein, falls zu diesem Zeitpunkt bis auf die (spätere) Eintragung alle sämtlichen weiteren Erwerbsvoraussetzungen erfüllt sind.

Die Stellung des Eintragungsantrags hinsichtlich der Eigentumsumschreibung durch K i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1 GBO war, sieht man von der späteren Eintragung ab, die letzte zu diesem Zeitpunkt noch offene Erwerbsvoraussetzung. Somit greift hier ohne Weiters § 892 Abs. 2 Hs. 1 BGB ein; für die Gutgläubigkeit des K kam es hier folglich nur auf den Zeitpunkt der Antragstellung am 2.2.2026 an. Grund hierfür ist, dass der jeweilige Erwerber vor zufälligen Verzögerungen des ohne sein Zutun staatlich angeordneten Eintragsverfahrens, auf die er keinen Einfluss hat, geschützt werden soll.⁸

(3) Zwischenergebnis

Somit schadet die am 10.2.2026 etwaig eingetretene Bösgläubigkeit des K in Bezug auf die fehlende Eigentümerstellung der V entgegen allgemeinen Grundsätzen gem. § 892 Abs. 2 Hs. 1 BGB nicht (mehr). K war damit gutgläubig i.S.v. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB a.E.

⁶ Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 53.

⁷ Vgl. dazu etwa Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 883 Rn. 154 ff. m.w.N.

⁸ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 892 Rn. 53.

ee) Kein Widerspruch im Grundbuch, § 899 BGB

Schließlich dürfte zugunsten des E kein Widerspruch im Grundbuch gegen dessen Richtigkeit eingetragen sein, § 899 Abs. 1 BGB. Denn ein eingetragener Widerspruch steht einem gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten aus § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ersichtlich gleichermaßen wie eine fehlende Gutgläubigkeit entgegen.

Das zuständige Grundbuchamt hat zugunsten von E am 4.3.2026 aufgrund einer einstweiligen Verfügung (vgl. § 899 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB) einen Widerspruch gegen die Eintragung der V als Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks eingetragen. Da dieser Zeitpunkt einerseits vor dem späteren etwaigen Rechtserwerb des K (am 9.3.2026), andererseits jedoch nach der dinglichen Einigung (am 27.1.2026) sowie der Antragstellung hinsichtlich der Eintragung durch K (am 2.2.2026) liegt, ist zu klären, (bis) zu welchem Zeitpunkt ein Widerspruch eingetragen werden muss, um einen gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB zu verhindern.

(1) Grundsatz; keine Anwendung von § 892 Abs. 2 BGB

Ebenso wie bei der Gutgläubigkeit folgt aus allgemeinen Grundsätzen, dass ein redlicher Eigentumserwerb i.S.v. § 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB grundsätzlich immer dann ausscheidet, wenn ein Widerspruch jedenfalls zum Zeitpunkt des finalen etwaigen Rechtserwerbs, d.h. bei Vorliegen sämtlicher anderer Erwerbsvoraussetzungen, vorliegt.⁹ Demzufolge wäre hier an sich ein redlicher Eigentumserwerb des K gem. §§ 899, 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen, da am 9.3.2026, als das Eigentum auf K umgeschrieben wurde, bereits ein Widerspruch – und zwar aus dem Gesamtkontext ersichtlich gerade zugunsten des E – im Grundbuch eingetragen war.

(2) Vorverlagerung gemäß oder analog § 892 Abs. 2 BGB?

Der Zeitpunkt, bis zu dem ein Widerspruch überhaupt einem redlichen Eigentumserwerb nach § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB entgegensteht, könnte jedoch – wie bei der Gutgläubigkeit – gem. § 892 Abs. 2 BGB nach vorne (auf die Antragstellung) verlegt sein.

Allerdings findet § 892 Abs. 2 BGB nach seinem eindeutigen Wortlaut keine Anwendung auf einen Widerspruch gem. § 899 BGB. Möglicherweise ist die Vorschrift aber analog auf den Widerspruch anzuwenden. Dagegen spricht jedoch entscheidend, dass ein Widerspruch den gutgläubigen Erwerb gerade objektiv und unabhängig davon verhindert, ob der jeweilige Erwerber Kenntnis von dem Widerspruch hatte.¹⁰ § 892 Abs. 2 BGB wiederum betrifft aber gerade nur die subjektive Voraussetzung eben einer (fehlenden) Kenntnis. Mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage scheidet insofern daher richtigerweise und auch nach h.M. eine analoge Anwendung von § 892 Abs. 2 BGB aus.¹¹

Hinweis: Eine a.A. ist – mit entsprechender Begründung – ebenfalls vertretbar; dann müssen allerdings die folgenden Ausführungen hilfsgutachtlich erfolgen.

(3) Vorverlagerung durch Vormerkung?

Eine Unbeachtlichkeit des Widerspruchs zugunsten des E könnte jedoch daraus folgen, dass K womöglich bereits vor der Eintragung des Widerspruchs eine Vormerkung erworben hat.

⁹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 892 Rn. 42.

¹⁰ Vgl. Hertel, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 899 Rn. 48 f.

¹¹ Siehe implizit Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 892 Rn. 42.

(a) Verhinderung der Widerspruchswirkung durch den Erwerb einer Vormerkung?

Zu klären ist daher zunächst, ob der etwaige Erwerb einer Vormerkung überhaupt die Wirkung hat, dass ein nach Erwerb der Vormerkung eingetragener Widerspruch entgegen §§ 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 899 BGB einem redlichen Eigentumserwerb ausnahmsweise doch nicht entgegensteht.

Das Gesetz selbst trifft insofern keine ausdrückliche Regelung. Vielmehr gewährleistet § 883 Abs. 2 BGB „lediglich“ einen relativen Schutz vor etwaigen späteren Zwischenverfügungen des Veräußerers (hier: V), und § 883 Abs. 3 BGB betrifft den etwaigen späteren Rang bestimmter „vorgemerkter“ dinglicher Rechte. Die Eintragung eines Widerspruchs stellt jedoch insbesondere keine „Zwischenverfügung“ i.S.v. § 883 Abs. 2 BGB dar; denn Verfügung ist grundsätzlich nur die Veräußerung, Aufgabe, Belastung oder Inhaltsänderung eines bestehenden dinglichen oder sonstigen Rechts.¹² Demgegenüber dient ein Widerspruch i.S.v. § 899 BGB (in Ergänzung zu § 894 BGB) „lediglich“ dem Schutz des tatsächlichen Rechtsinhabers gerade vor Verfügungen über sein jeweiliges dingliches Recht.

Aus dem Schweigen des Gesetzes könnte somit der Schluss zu ziehen sein, dass eine Vormerkung (mangels entsprechender Regelung) gerade nicht vor den nachteiligen Wirkungen eines nach deren Erwerb, jedoch vor dem gesicherten Rechtserwerb eingetragenen Widerspruchs schützt.¹³ Umgekehrt nimmt allerdings eine Vormerkung aus den genannten Vorschriften ersichtlich bereits wesentliche Wirkungen des durch sie gesicherten Rechtserwerbs voraus, indem der jeweilige Erwerber letztlich im Ergebnis so gestellt werden soll, als hätte er zum Zeitpunkt der Entstehung der jeweiligen Vormerkung bereits das vorgemerkte dingliche Recht erworben.¹⁴ Zwar ist die Vormerkung nach h.M. nicht als eigenständiges, echtes dingliches Recht anerkannt;¹⁵ jedoch zeigen neben §§ 883 Abs. 2 und 3 BGB gerade auch § 106 InsO und §§ 48, 119 ZVG, dass die Vormerkung – als nach h.M. Sicherungsmittel eigener Art¹⁶ – sehr wohl bereits bestimmte dingliche Wirkungen entfaltet. Diese dingliche Sicherungswirkung der Vormerkung, die zugleich auch (im Sinne eines von der h.M. unter zusätzlichen Voraussetzungen anerkannten Anwartschaftsrechts¹⁷) die Verkehrsfähigkeit des gesicherten Rechtserwerbs gewährleistet, wäre wiederum gefährdet, wenn die Vormerkung nicht zugleich auch gegen sonstige, in § 883 BGB nicht ausdrücklich erwähnte und von außen stammende Erwerbshindernisse schützen würde.¹⁸

Entsprechend ist mit der h.M. davon auszugehen, dass sich ein Widerspruch bzw. das durch diesen wiederum gesicherte Recht nicht gegen die Sicherungswirkung der Vormerkung durchsetzen kann; mit anderen Worten hindert ein nach Erwerb einer Vormerkung eingetragener Widerspruch somit – entgegen den allgemeinen Grundsätzen sowie §§ 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, 899 BGB und über den Wortlaut des Gesetzes hinaus – nicht einen späteren redlichen Eigentumserwerb.¹⁹

¹² Bayreuther, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 185 Rn. 3.

¹³ So Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 883 Rn. 154 ff.

¹⁴ Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 883 Rn. 58.

¹⁵ Kesseler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 883 Rn. 22; Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 883 Rn. 5; Knöpfle, JuS 1981, 157 ff.

¹⁶ BGHZ 25, 16 (23) = NJW 1957, 1229; RGZ 151, 389 (392); Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 883 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. dazu Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 883 Rn. 58 m.w.N.

¹⁸ So schon RGZ 121, 44 ff.

¹⁹ BGH NJW-RR 2008, 102 (104); BGH NJW 1981, 446 (447); OLG München NJW-RR 2016, 1297 (1298 f.); RGZ 121, 44 ff.; Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 883 Rn. 58; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 892 Rn. 42; a.A. Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 883 Rn. 154; Wiegand, JuS 1975, 205 (212).

Hinweis: Eine a.A. ist hier (mit der starken Mindermeinung) gleichermaßen vertretbar; entscheidet sich ein Bearbeiter hierfür, muss aber zur vollständigen Behandlung aller im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme dennoch hilfsgutachtlich der Erwerb der Vormerkung durch K von V geprüft werden.

(b) Erwerb einer Vormerkung durch K, §§ 883, 885 BGB

Somit ist weiter zu prüfen, ob K überhaupt wirksam eine Vormerkung erworben hat. Der Ersterwerb einer Vormerkung beurteilt sich grundsätzlich nach §§ 883, 885 BGB. Danach muss (1.) ein zu sichernder (ggf. erst zukünftiger oder bedingter, vgl. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB) schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück existieren; zusätzlich bedarf es (2.) einer Eintragungsbewilligung des Betroffenen oder einer dies anordnenden einstweiligen Verfügung, (3.) der Eintragung ins Grundbuch sowie (4.) der Fortdauer der Bewilligung grundsätzlich bis zur Eintragung. Schließlich muss (5.) dem jeweils Bewilligenden insofern eine Verfügungsbefugnis zukommen.

(aa) Schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, § 883 Abs. 1 BGB

Zunächst müsste K einen wirksamen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung am Grundstück innegehabt haben, § 883 Abs. 1 S. 1 BGB. V und K haben am 27.1.2026 einen wirksamen (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) notariellen Kaufvertrag über das streitgegenständliche Grundstück abgeschlossen. Entsprechend hatte K gegen V aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch u.a. auf Übereignung des Grundstücks inne; somit liegt, da die Übereignung einer unbeweglichen Sache eine Auflassung i.S.v. § 925 BGB voraussetzt, eine sog. „Auflassungsvormerkung“²⁰ vor.

(bb) Bewilligung der Vormerkung gem. § 885 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB

Zudem hat V dem K ebenfalls am 27.1.2026 die Eintragung einer Vormerkung bewilligt, § 885 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB.

(cc) Eintragung der Vormerkung im Grundbuch gem. §§ 883 Abs. 1, 885 BGB

Die (Auflassungs-)Vormerkung des K wurde – auf Antrag des K vom 2.2.2026 hin – am 12.2.2026 im Grundbuch eingetragen.

(dd) Fortdauer der Bewilligung analog § 873 Abs. 2 BGB

Zu diesem Zeitpunkt waren sich K und V auch noch einig über den Erwerb der Auflassungsvormerkung durch K. Dies folgt schon (implizit) aus dem Sachverhalt; jedenfalls und zudem war die am 27.1.2026 diesbezüglich getroffene Bewilligung der V analog § 873 Abs. 2 BGB²¹ sogar ausnahmsweise bindend.

(ee) Verfügungsbefugnis der V

Schließlich müsste V überhaupt verfügungsbefugt hinsichtlich der Eigentumsübertragung (und damit zugleich zur Gewährung einer entsprechenden Vormerkung) gewesen sein. Daran fehlt es jedoch; denn V ist, wie oben gezeigt, mangels wirksamer Einigung mit E gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB trotz ihrer zwischenzeitlichen Eintragung im Grundbuch nicht Eigentümerin des Grundstücks geworden. Somit besaß V weder genuine Rechtsmacht zur Übertragung des Eigentums noch – als *minus* dazu – zur Gewährung einer Auflassungsvormerkung.

²⁰ Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 883 Rn. 5.

²¹ Enders, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2026, § 873 Rn. 160 ff.

(ff) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung, § 892 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 893 Alt. 2 BGB

Aber K könnte die Vormerkung von V als Nichtberechtigter entweder gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB oder aber gem. § 893 Alt. 2 BGB gutgläubig erworben haben.

Zunächst ist zu klären, ob eine Vormerkung überhaupt gutgläubig erworben werden kann. Dagegen könnte sprechen, dass die Vormerkung streng genommen kein dingliches Recht des Vorge-merkten „an“ einem Grundstück begründet, sondern nur ein Sicherungsmittel eigener Art;²² folglich passt § 892 Abs. 1 S. 1 BGB insoweit seinem Wortlaut nach nicht. Allerdings könnte § 892 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der oben dargestellten quasi-dinglichen Wirkung der Vormerkung analog auf deren Erst-erwerb anzuwenden sein.²³ Dagegen spricht jedoch, dass eine Bewilligung i.S.v. § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB richtigerweise als einseitige, empfangsbedürftige materiell-rechtliche Willenserklärung – und damit zugleich als Rechtsgeschäft – einzuordnen ist.²⁴ Vor diesem Hintergrund unterfällt der Erst-erwerb einer Vormerkung vom Nichtberechtigten richtigerweise – als rechtsgeschäftliche Verfügung – § 893 Alt. 2 BGB.²⁵ Entsprechend liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung von § 892 Abs. 1 S. 1 BGB (insbesondere eine planwidrige Regelungslücke) hier nicht vor²⁶ (a.A. vertretbar).

Somit ist ein gutgläubiger Ersterwerb einer Vormerkung vom Nichtberechtigten gem. § 893 Alt. 2 BGB möglich.²⁷ Fraglich ist daher weiter, ob die Voraussetzungen dieser Norm (und damit kraft der dort angeordneten Verweisung zugleich diejenigen von § 892 Abs. 1 S. 1 BGB) hier vorliegen.

Weiterhin müsste das Grundbuch zur Zeit der Vollendung des Rechtserwerbs unrichtig und die verfügende V dadurch als Berechtigte legitimiert gewesen sein. Das Grundbuch war, wie oben gezeigt, zum Zeitpunkt des etwaigen Erwerbs der Vormerkung durch K am 12.2.2026 unrichtig; denn statt des tatsächlichen Rechtsinhabers E war seit November 2025 bis zum 9.3.2026 die V im Grundbuch als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen.

Zudem müsste K zum relevanten Zeitpunkt gutgläubig i.S.v. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB a.E. gewesen sein. Wie oben gezeigt, schadet dabei i.R.v. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB (und damit auch § 893 Alt. 2 BGB) nur eine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. K hat, wie bereits oben gezeigt, erst am 10.2.2026 durch den Brief des B positive Kenntnis vom fehlenden Eigentum der V erlangt. Somit war K zum Zeitpunkt des etwaigen Erwerbs der Vormerkung infolge deren Eintragung am 12.2.2026 bösgläubig und scheidet damit nach allgemeinen Grundsätzen an sich auch der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung aus.

Jedoch wird der Zeitpunkt, zu dem die Gutgläubigkeit des K vorliegen muss, (ebenso wie in Bezug auf den Eigentumserwerb selbst, siehe oben) gem. § 893 Alt. 2 BGB entsprechend § 892 Abs. 2 Alt. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung vorverlegt, falls die Eintragung der letzte Erwerbsakt ist. Dies war hier der Fall. Als er den entsprechenden Antrag am 2.2.2026 gestellt hat, wusste K aber noch nichts von dem fehlenden Eigentum der V. Somit war K zu dem nach §§ 893 Alt. 2, 892 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Alt. 1 BGB relevanten Zeitpunkt gutgläubig.

Zum Zeitpunkt der Entstehung der Auflassungsvormerkung des K am 12.2.2026 war im Grund-
buch auch noch kein Widerspruch zugunsten des E (sondern erst am 4.3.2026) eingetragen.

²² Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 883 Rn. 129.

²³ Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, 1962, S. 152.

²⁴ So Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 885 Rn. 18.

²⁵ Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 885 Rn. 130.

²⁶ Deppert, Der gutgläubige Erwerb der Vormerkung, 1970, S. 61 ff.; Krauthausen, Gutgläubiger Erwerb der Vor-
merkung, 1963, S. 24; a.A. Reinicke, NJW 1964, 2373 (2374).

²⁷ BGH BeckRS 2024, 10658 Rn. 24; Bongartz, Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf
Eintragung einer Hypothek, 1904, S. 72 f.; Canaris, in: FS Flume, Bd. 1, 1978, S. 371 (388); Mülbart, AcP 197
(1997), 335 (340 ff.); Tiedtke, Jura 1981, 354 (361).

(gg) Zwischenergebnis

Somit hat K am 12.2.2026 gutgläubig eine Auflassungsvormerkung am (damals noch) Grundstück des E erworben.

(4) Zwischenergebnis

Infolge der zuvor (am 12.2.2026) gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung des K stand damit die spätere Eintragung des Widerspruchs zugunsten von E am 4.3.2026 dem (gutgläubigen) Eigentumserwerb des K nicht entgegen (a.A. vertretbar).

ff) Zwischenergebnis

Somit hat K hier von V als Nichtberechtigter zulasten des E als vormaligem Eigentümer gutgläubig das Eigentum am streitgegenständlichen Grundstück erworben gem. §§ 873 Abs. 1 Fall 1, 925, 892 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB.

f) Zwischenergebnis

K ist daher Eigentümer des Grundstücks geworden. Folglich stimmt die formelle mit der materiellen Rechtslage überein; das Grundbuch ist somit *nicht* unrichtig.

2. Ergebnis zu § 894 BGB

E hat keinen Anspruch gegen K aus § 894 BGB, da das Grundbuch mit der Eintragung des K als Eigentümer am 9.3.2026 richtig geworden ist.

II. Anspruch E gegen K auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 1004 Abs. 1 BGB

Ein etwaig denkbarer Anspruch des E gegen K aus § 1004 Abs. 1 BGB wird durch § 894 BGB als *lex specialis* verdrängt.²⁸

III. Anspruch E gegen K auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Fraglich ist zuletzt, ob E von K aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer verlangen kann. Dem steht jedoch der Vorrang der Leistungskondition entgegen, wonach Ansprüche aus Nichtleistungskondition (insbesondere einer Eingriffskondition) ausgeschlossen sind, wenn der Bereicherungsgegenstand (wie hier: die Buchposition des K) durch eine vorrangige Leistung (hier: der V gegenüber K) erlangt wurde.²⁹ Gründe für eine ausnahmsweise mögliche³⁰ Durchbrechung dieses sog. Subsidiaritätsprinzips sind vorliegend nicht ersichtlich.

²⁸ BGHZ 5, 76 (82) = NJW 1952, 622; RGZ 135, 33 (35); 57, 320 (322); *Hertel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 885 Rn. 101.

²⁹ BGHZ 56, 228 (240); 69, 186 (189); BGH NJW 2007, 3127 (3130); OLG Hamm NJW 1974, 951 (953); *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 66 f.

³⁰ *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 67.

Paulus: Immobilieninvestment richtig gemacht – oder doch nicht?

IV. Ergebnis

E hat somit gegen K keinerlei Anspruch auf Zustimmung zu seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch inne.

Hinweis: Eine a.A. ist mit der vorerwähnten Mindermeinung, die eine widerspruchshemmende Wirkung der Vormerkung verneint, ebenso gut vertretbar.

Anfängerhausarbeit: Energiewende im Privathaushalt*

Wiss. Mitarbeiter Dominik Schmitz, Stud. iur. Leni Hartung, Stud. iur. Helena Kutz, Frankfurt (Oder)**

Sachverhalt

Die umweltbewusste Eigentümerin E eines Einfamilienhauses möchte ihren Stromverbrauch nachhaltiger gestalten und sich eine Photovoltaikanlage anschaffen. Den produzierten Strom möchte sie ganz überwiegend selbst verbrauchen; nur ganz wenig überschüssigen Strom möchte sie gegen eine Einspeisevergütung ins öffentliche Netz einspeisen. Zu diesem Zweck kontaktiert sie die auf Photovoltaik spezialisierte Firma S, die sog. „Komplett-Energielösungen“ anbietet.

Auf Basis einer umfangreichen Beratung zur Ausgestaltung der Photovoltaikanlage und eines Vor-Ort-Termins mit Begutachtung der Fassade, an der die Paneele angebracht werden sollen, unterbreitet S das Angebot einer standardisierten Komplettlösung. Diese wird immer dann eingesetzt, wenn die örtlichen Gegebenheiten keine aufwendigen Planungs- oder Umbauarbeiten erfordern. Die Anlage ist so konzipiert, dass sie am Ende ihrer Lebensdauer rückstandslos und mit geringem Aufwand demontiert und recycelt werden kann. Diese standardisierte Lösung enthält laut dem mit „Kaufvertrag“ überschriebenen Formular vom Januar 2021:

- Photovoltaikpaneele (inklusive Unterkonstruktion, Verkabelung) – 12.000 €
- einen Batteriespeicher (Kapazität max. fünf kWh) – 13.000 €
- Montage, Inbetriebnahme und Einweisung – 2.500 €

Gesamtpreis: 27.500 €.

Die vergleichsweise niedrigen Montagekosten erklären sich durch bereits bei einer früheren Sanierung von E ausgeführte Vorarbeiten. Alle technischen Unterlagen werden cloudbasiert bereitgestellt. Nach Einsichtnahme in die Unterlagen unterschreibt E.

Am 1.6.2021 werden erste Anlagenteile geliefert, die Photovoltaikpaneele folgen am 7.6.2021; die Montage ist am 10.6.2021 abgeschlossen. Am 14.6.2021 erfolgt die Inbetriebnahme mit einer ausnahmsweise vereinbarten umfassenden Einweisung durch eine Mitarbeiterin von S.

Im Februar 2022 drosselt der Hersteller per Fernzugriff sämtliche Batteriespeicher der auch bei E verbauten Baureihe auf betriebssichere 70 % ihrer Kapazität, nachdem einzelne Speicher dieser Baureihe in Brand geraten waren. Eine individuelle Prüfung findet nicht statt. E fordert S am 15.2.2022 auf, binnen 14 Tagen Abhilfe zu schaffen. S weist dies zurück: Es liege kein (erheblicher) Mangel vor, die Drosselung sei präventiv, die Speicherfunktion bleibe erhalten, und die Maßnahme sei lange nach Montage der Anlage erfolgt. E erklärt nach Ablauf der Frist den Rücktritt bezüglich des Batteriespeichers.

* Der Sachverhalt wurde im Sommersemester 2025 als Anfängerhausarbeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht (Prof. Dr. Eva Kocher), an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) gestellt.

** Dominik Schmitz ist Wiss. Mitarbeiter am genannten Lehrstuhl. Leni Hartung und Helena Kutz studieren Rechtswissenschaft an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

Ein weiterer Streitpunkt ergibt sich aus der Blendwirkung der Photovoltaikpaneele: In den Monaten September und Oktober reflektieren die Paneele jahreszeitbedingt Sonnenlicht störend auf das höher gelegene Nachbarhaus. Für einen Fachbetrieb wie den des S war dieses Risiko auch beim Vor-Ort-Termin erkennbar und üblicherweise werden bei derartiger Nachbarbebauung deswegen blendungsarme satinierte Paneele verwendet, die S ebenfalls ohne Weiteres hätte liefern können. Tatsächlich wird die Blendwirkung aber erst bemerkt, nachdem im Juni 2022 Nachbar:innen in das vorher leerstehende Haus eingezogen sind. E deckt die Paneele zunächst freiwillig (im September und Oktober 2022) ab und wird später gerichtlich nach einem sachverständigen Blendungsgutachten dazu verpflichtet, die Blendwirkung künftig entsprechend zu reduzieren; dadurch produzieren die Photovoltaikpaneele in diesen beiden Monaten keinen Strom.

S lehnt das Abhilfeverlangen der E vom 13.6.2023 vollständig ab: Aus den bereitgestellten technischen Unterlagen ist die fehlende Satinierung erkennbar; zudem habe E die Blendwirkung spätestens im September 2021 bemerken müssen. Jedenfalls komme E nun zu spät. E entgegnet, sie habe die fehlende Satinierung nicht als Ursache der Blendwirkung erkennen können, zumal S ihr weder den Begriff noch dessen Bedeutung erläutert habe. E besteht weiter auf Beseitigung des Mangels. Zuletzt verlangt sie Erstattung der entgangenen Einspeisevergütung für die Einspeisung des überschüssigen Stroms im September und Oktober 2022 (80 €).

Fallfrage 1

Hat E gegen S einen Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises bezüglich des Batteriespeichers?

Fallfrage 2

Hat E gegen S die im Sachverhalt geltend gemachten Ansprüche bezüglich der blendenden Photovoltaikpaneele?

Bearbeitungsvermerk

Ansprüche aus Delikt, Bereicherungsrecht oder Geschäftsführung ohne Auftrag und die Vorschriften über Verbraucherverträge über digitale Produkte (§§ 327–327s BGB) sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Fallfrage 1: Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises bezüglich des Batteriespeichers	799
I. Anspruch von E gegen S gem. §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB	799
1. Kaufvertrag, § 433 BGB	799
2. Sachmangel bei Gefahrübergang, §§ 437, 434 BGB	800
a) Nachteilige Abweichung von den subjektiven Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB	800
b) Bei Gefahrübergang	802
3. Teilrücktritt vom Kaufvertrag	802

a) Zulässigkeit des Teilrücktritts	802
b) Rücktrittsrecht der E, §§ 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB	803
aa) Ablauf einer angemessenen Frist, § 475d BGB	803
bb) Kein Ausschluss des Rücktritts, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB	803
c) Rücktrittserklärung, § 349 BGB	804
d) Rechtsfolge	804
4. Ergebnis	804
II. Anspruch von E gegen S gem. §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB	804
Fallfrage 2: Ansprüche wegen der blendenden Photovoltaikpaneele	804
I. Anspruch von E gegen S auf Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB	804
1. Anspruch entstanden	805
a) Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 BGB	805
aa) Abweichen von den subjektiven Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB	805
(1) Abweichen von den objektiven Anforderungen, § 434 Abs. 3 BGB	805
(2) Voraussetzungen des § 476 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 BGB	805
bb) Bei Gefahrübergang, § 446 S. 1 BGB	806
b) Zwischenergebnis	806
2. Anspruch durchsetzbar	807
a) Erhebung der Verjährungseinrede	807
b) Länge der Verjährungsfrist	807
c) Fristwahrung	808
3. Ergebnis	808
II. Anspruch von E gegen S auf Ersatz der entgangenen Einspeisevergütung gem. §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB	808
1. Anspruch entstanden	809
a) Pflichtverletzung aus dem Kaufvertrag	809
aa) Verletzung der Erfüllungspflicht	809
bb) Verletzung der Nacherfüllungspflicht	809
b) Weitere Voraussetzungen	809
aa) Abgrenzung der Schadenskategorien	809
bb) Zwischenergebnis	810
c) Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB	811
d) Zurechenbarer Schaden	811
aa) Entgangene Einspeisevergütung als Schaden	811
bb) Kürzung um einen Mitverschuldensanteil der E, § 254 BGB	811

cc) Zwischenergebnis.....	812
2. Anspruch durchsetzbar	812
3. Ergebnis.....	812
III. Anspruch von E gegen S aus selbstständigem Beratungsvertrag gem. § 280 Abs. 1 BGB	812
IV. Anspruch von E gegen S auf Ersatz der Einspeisevergütung gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	813
1. Anwendbarkeit neben dem Gewährleistungsrecht.....	813
2. Ergebnis.....	814

Fallfrage 1: Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises bezüglich des Batteriespeichers

I. Anspruch von E gegen S gem. §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB

E könnte gegen S gem. §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Batteriespeicher i.H.v. 13.000 € haben.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Damit E Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB geltend machen kann, müssten E und S zunächst einen Kaufvertrag gem. §§ 145, 147, 433 BGB geschlossen haben. Die bloße Bezeichnung eines Vertrags als Kaufvertrag genügt für dessen rechtliche Einordnung jedoch nicht.¹

S und E haben neben Übergabe und Übereignung auch die Montage der gelieferten Photovoltaikanlage und des Batteriespeichers, die Planung der Anlage unter Anpassung an die örtlichen Gegebenheiten sowie die Einweisung und Inbetriebnahme vereinbart. Dementsprechend könnte es sich um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (vgl. § 434 Abs. 4 BGB) oder um einen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB handeln.

Die Rechtsprechung grenzt beide Vertragstypen nach dem Schwerpunkt der Leistung ab. Sie berücksichtigt die Art des zu liefernden Gegenstands, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses. Maßgeblich ist der vertragsprägende Bestandteil, der das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses gestaltet. Zu unterscheiden ist, ob nach dem Vertrag die Pflicht zur Eigentumsübertragung der zu montierenden Einzelteile (Kaufvertrag) oder eine individualisierte Herstellungspflicht (Werkvertrag) im Vordergrund steht. Weiterhin relevant ist, ob die gelieferten Gegenstände ihrer Art nach aus Serienteilen bestehen, die keiner individuellen, auf die konkreten Bedürfnisse zugeschnittenen Anfertigung bedürfen, oder aus an die jeweiligen Besonderheiten angepassten typisierten Einzelteilen, die nach der Montage nur noch schwer anderweitig absetzbar wären.² Hinsichtlich Photovoltaikanlagen stellt die Rechtsprechung auf den Umfang des Planungs- und Montageaufwands ab. Fällt dieser besonders hoch aus, geht sie von einem Werkvertrag aus.³

¹ OLG München, Urt. v. 28.1.2020 – 28 U 452/19, Rn. 27 (juris).

² BGH NJW-RR 2004, 850 (850); OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.11.2015 – 1 U 51/15, Rn. 29 (juris); OLG München, Urt. v. 9.7.2015 – 14 U 91/15, Rn. 41 (juris); OLG Saarbrücken, Urt. v. 6.8.2024 – 2 U 75/23, Rn. 17 (juris).

³ OLG Saarbrücken, Urt. v. 6.8.2024 – 2 U 75/23, Rn. 17 (juris); OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.11.2015 – 1 U 51/15, Rn. 36 ff. (juris); OLG München, Urt. v. 28.1.2020 – 28 U 452/19, Rn. 26 (juris); OLG München, Urt. v. 10.12.2013

Für die Einordnung als Werkvertrag spricht, dass sich S als Anbieter für Komplett-Energielösungen präsentiert, der eben nicht nur Einzelteile liefert. E kam es gerade darauf an, dass die gesamte Anlage passgenau und fachgerecht montiert, installiert und in Betrieb genommen wird.⁴ Insofern könnte das Werkvertragsrecht dessen Regelungen – insbesondere §§ 647, 648a, 649 BGB – auf länger andauernde Herstellungsprozesse und die damit verbundene Zusammenarbeit der Vertragsparteien zugeschnitten sind, dem Vertragsverhältnis besser Rechnung tragen. Generell sind die Werkvertragsvorschriften darauf ausgelegt, den für die Vertragsparteien zentralen Erfolg, der u.U. erst nach einer gewisser Zeitdauer eintreten kann, zu berücksichtigen.⁵

Die Montagekosten betragen allerdings nur 10 % des Preises der gelieferten Photovoltaikanlage⁶ und des Batteriespeichers, was dafür spricht, dass die Werkleistung nur eine untergeordnete Rolle spielt. Aus dem Wertverhältnis allein kann ein Werkvertrag noch nicht ausgeschlossen werden. Dieser liegt insbesondere dann vor, wenn eine Anpassung an die besonderen Wünsche des Bestellers erforderlich ist und die gelieferten Teile nach der Montage nur noch schwer anderweitig absetzbar sind.⁷ Allerdings handelt es sich bei der von E bestellten Anlage um eine standardisierte Komplettlösung, die lediglich an die örtlichen Gegebenheiten angepasst werden muss.⁸ Sie erfordert keine aufwendigen Planungs- und/oder Umbauarbeiten. Vielmehr sorgte E bereits durch eigene Vorarbeiten dafür, dass die Anlage einfach montiert werden kann. Am Ende ihrer Lebensdauer kann sie wiederum rückstandslos zurückgebaut und recycelt werden. Zuletzt berücksichtigen die Vorschriften über den Kaufvertrag mit Montageverpflichtung bereits hinreichend, dass ein werkvertragliches Element besteht.

Der von E und S geschlossene Vertrag ist damit ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (§ 433 BGB).

2. Sachmangel bei Gefahrübergang, §§ 437, 434 BGB

Der Batteriespeicher müsste gem. § 437 BGB mangelhaft gewesen sein. Das ist der Fall, wenn ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB bei Gefahrübergang vorliegt.

a) Nachteilige Abweichung von den subjektiven Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB

Dem Batteriespeicher könnte eine vereinbarte Beschaffenheit gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB fehlen. In Betracht kommt eine Beschaffenheitsvereinbarung über die maximale Speicherkapazität des Batteriespeichers von 5 kWh. Abzugrenzen ist die Beschaffenheitsvereinbarung von einer bloßen Wissensmitteilung.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung setzt voraus, „dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen.“⁹

– 9 U 543/12 Bau, Rn. 20 (juris); BGH NJW 2016, 2876 (2876 Rn. 11); zusammenfassend Raab-Gaudin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2026, § 634a Rn. 290 ff.

⁴ LG Bielefeld, Urt. v. 5.12.2024 – 9 O 212/24, Rn. 20 (juris).

⁵ OLG München, Urt. v. 28.1.2020 – 28 U 452/19, Rn. 26 (juris); daran anschließend LG Bielefeld, Urt. v. 5.12.2024 – 9 O 212/24, Rn. 21 (juris).

⁶ Dazu BGH NJW-RR 2004, 850 (850); OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.11.2015 – 1 U 51/15, Rn. 34 (juris); OLG Köln, Urt. v. 24.6.2016 – 19 U 71/15, Rn. 38 (juris).

⁷ OLG Saarbrücken, Urt. v. 6.8.2024 – 2 U 75/23, Rn. 21 (juris); BGH NJW-RR 1990, 787 (788).

⁸ Dazu OLG Dresden, Urt. v. 27.3. 2025 – 10 U 923/24, Rn. 4 (juris).

⁹ BGH NJW 2024, 2246 (2246 Rn. 30).

Entsprechend ist das Erklärungsverhalten der Parteien nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.¹⁰ Dabei sind strenge Anforderungen an die Feststellung einer Beschaffenheitsvereinbarung zu stellen, da die üblichen Anforderungen des Käufers bereits über die objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB abgesichert sind.¹¹ Nur in eindeutigen Fällen kann eine (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarung angenommen werden.¹²

Eine bloße unverbindliche Wissensmitteilung liegt dagegen vor, wenn sich der Verkäufer auf fremdes Wissen beruft: Verweist er bei Kaufvertragsverhandlungen für eine Aussage ausdrücklich auf eine bestimmte Quelle, bringt er damit hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Angaben nicht auf eigener Kenntnis beruhen.¹³

Bei der Angabe der Speicherkapazität verweist S nicht auf den Hersteller und gibt somit zu erkennen, dass er für die maximale Speicherkapazität von 5 kWh vertraglich eintreten möchte. Demnach liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung über die Speicherkapazität vor.

Die vereinbarte Speicherkapazität erreicht der Speicher infolge der vom Hersteller vorgenommenen Drosselung nur noch zu 70 %, sodass ihm die vereinbarte Beschaffenheit einer maximalen Speicherkapazität von 5 kWh fehlen könnte. Zwar wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung vereinzelt angenommen, der Verkäufer habe für ein allgemeines „Technologierisiko“, das eine Ausprägung des allgemeinen Lebensrisikos darstelle, nicht einzustehen. Dieses Technologierisiko soll darin bestehen, dass Batteriespeichern eine immanente Brandgefahr innewohnt.¹⁴ Daraus könnte folgen, dass die Angabe einer maximalen Speicherkapazität von 5 kWh nur vorbehaltlich dieses allgemeinen Technologierisikos vereinbart wurde.

Dem steht jedoch entgegen, dass das allgemeine Lebensrisiko üblicherweise ein Risiko ist, das nicht darüber hinausgeht, was im täglichen Zusammenleben ohnehin von allen unter Billigung der Rechtsordnung hingenommen werden muss.¹⁵ Insofern ist das allgemeine Lebensrisiko das verbleibende Restrisiko, das sich unabhängig von der Einhaltung von Sorgfaltsnormen verwirklichen kann.¹⁶ Der Batteriespeicher der E konnte hingegen erst durch die Drosselung auf 70 % sicher betrieben werden. Wird das Brandrisiko durch diese Drosselung vollständig oder jedenfalls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen, zeigt dies, dass der sichere Betrieb gerade nicht mit der vereinbarten maximalen Speicherkapazität von 5 kWh gewährleistet war. Das Brandrisiko im unge-drosselten Zustand stellt damit kein bloßes allgemeines Technologierisiko dar.¹⁷

S kann sich auch nicht damit entlasten, lediglich eine „maximale“ Speicherkapazität zugesagt zu haben, denn erreicht der Speicher infolge der Drosselung niemals die vereinbarte maximale Kapazität, bleibt seine Beschaffenheit hinter der Vereinbarung zurück.¹⁸

Hinzu kommt, dass eine Brandgefahr eines Batteriespeichers in oder an einem Wohngebäude eine schwerwiegende Gefahr für Leben, Gesundheit und Eigentum darstellt, sodass hier dem allgemeinen Technologierisiko von vornherein besonders enge Grenzen zu ziehen sind. Verbraucher:innen wird es auch regelmäßig an der Kompetenz zur Beurteilung der Gefahr fehlen, weshalb sie einer sich realisierenden Gefahr weder rechtzeitig begegnen noch ihr wirksam ausweichen können.

¹⁰ BGH NJW 2016, 3015 (3018 Rn. 28).

¹¹ Maultzsch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 434 Rn. 31.

¹² BGHZ 232, 1 = NJW 2022, 686 (688 Rn. 35 m.w.N.).

¹³ BGHZ 135, 393 = NJW 1997, 2318 (2319); BGH NJW 2008, 1517 (1517).

¹⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 19.3.2026 – 1 U 613/25, Rn. 46 f. (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.2.2026 – I-10 W 71/25, Rn. 20 (juris); OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2025 – I-10 U 265/24, Rn. 59 ff. (juris).

¹⁵ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 249 Rn. 198.

¹⁶ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 249 Rn. 200; BGH NJW 2014, 1588 (1589 Rn. 12 ff.).

¹⁷ Siehe auch OLG Hamm, Urt. v. 29.1.2026 – I-2 U 18/25, Rn. 113 (juris).

¹⁸ OLG Hamm, Beschl. v. 11.4.2025 – I-2 U 5/25, Rn. 13 (juris).

Zuletzt zeigen auch die vom Hersteller ergriffenen weitreichenden Maßnahmen – die Drosselung aller Batteriespeicher der betreffenden Baureihe –, dass es sich nicht lediglich um ein allgemeines Technologierisiko handeln kann. Wäre dies der Fall, wäre das Risiko hinzunehmen gewesen, sodass derart weitreichende Maßnahmen überhaupt nicht erforderlich gewesen wären.¹⁹

Die Beschaffenheit des Batteriespeichers weicht für die Käuferin E nachteilig von der vereinbarten Beschaffenheit ab, sodass ein Sachmangel zu bejahen ist.

b) Bei Gefahrübergang

Der Hersteller hat die Speicherkapazität zwar erst lange nach Montage und Inbetriebnahme und damit nach Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB)²⁰ per Fernzugriff gedrosselt. Daraus folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass auch der Sachmangel erst nach Gefahrübergang entstanden ist.

Entscheidend ist, dass der Mangel bei Gefahrübergang vorliegt, unabhängig davon, ob er schon zu diesem Zeitpunkt erkennbar ist.²¹ Es reicht dabei aus, wenn die maßgebliche Ursache für den Mangel bei Gefahrübergang bereits angelegt war.²²

Dafür ist nicht erforderlich, dass im Batteriespeicher der E gerade die Batteriezellen verbaut worden waren, die in der Vergangenheit Brände ausgelöst haben.²³ Maßgeblich ist vielmehr, dass der Speicher zu der vom Hersteller als brandgefährdet eingestuften Baureihe gehörte. Auf diese Zugehörigkeit stützt der Hersteller die nachträgliche Drosselung der Speicherkapazität.²⁴ Die Ursache für die spätere Drosselung lag somit nicht in einem erst nach Gefahrübergang eingetretenen Umstand, sondern in der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Baureihe.

Da der Batteriespeicher der E zu dieser Baureihe gehört, war die spätere Drosselung der Speicherkapazität bereits bei Gefahrübergang angelegt, sodass ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorlag.

3. Teilrücktritt vom Kaufvertrag

E müsste vom mangelhaften Teil der Leistung zurückgetreten sein. Das setzt voraus, dass ein Teilrücktritt zulässig ist, E ein Rücktrittsrecht zusteht und sie dieses durch Erklärung gegenüber S ausübt hat.

a) Zulässigkeit des Teilrücktritts

Die grundsätzliche Möglichkeit eines Teilrücktritts folgt aus § 323 Abs. 5 S. 1 BGB, der den Teilrücktritt voraussetzt.²⁵

Voraussetzung ist zunächst, dass die Leistung wirtschaftlich-gegenständlich bzw. wirtschaftlich-rechtlich teilbar ist. Zudem muss die teilweise Abwicklung mit Inhalt und Zweck des Vertrags vereinbar sein. Daran fehlt es regelmäßig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den fraglichen Vertragsteilen besteht.²⁶

¹⁹ OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.4.2026 – 4 W 17/26, Rn. 5 (juris).

²⁰ OLG Hamm, Urt. v. 29.1.2026 – I-2 U 18/25, Rn. 110 (juris); der genaue Zeitpunkt, in dem die Gefahr überging, war daher nicht weiter zu bestimmen, siehe *Maultzsch*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 434 Rn. 8 ff.

²¹ *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 434 Rn. 26.

²² *Maultzsch*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 434 Rn. 10; BGH NJW 2021, 2281 (2287 Rn. 64 ff.); OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.4.2026 – 4 W 17/26, Rn. 5 (juris); OLG Hamm, Urt. v. 29.1.2026 – I-2 U 18/25, Rn. 111 (juris).

²³ OLG Dresden, Urt. v. 27.3.2025 – 10 U 923/24, Rn. 10 (juris).

²⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 11.4.2025 – I-2 U 5/25, Rn. 15 (juris).

²⁵ AG München VuR 2022, 189 (191); OLG Köln, Beschl. v. 19.12.2024 – I-3 U 73/24, Rn. 10 (juris); *Schall*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 349 Rn. 2; *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 323 Rn. 280.

²⁶ *H. Schmidt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 323 Rn. 51.

Ob die verschiedenen Teile der geschuldeten Leistung nach dem Parteiwillen eine (juristische) Einheit bilden, wird nach der Rechtsprechung des BGH anhand derselben Kriterien beurteilt wie die Frage, ob mehrere Verträge eine Einheit i.S.d. § 139 BGB bilden.²⁷ Maßgeblich ist, ob die Teile der Leistung miteinander „stehen oder fallen“ sollen.²⁸ Anders als Solarmodule und die zugehörigen Wechselrichter in dem vom OLG Köln entschiedenen Fall,²⁹ die erst im Zusammenwirken ihren bestimmungsgemäßen Zweck erfüllen, ist der Batteriespeicher für die technische Funktionsfähigkeit des Systems nicht zwingend erforderlich. Die Photovoltaikanlage kann auch ohne den Batteriespeicher betrieben werden. Zudem umfasst der Vertrag standardisierte und austauschbare Komponenten. Die Leistungspflichten und die hierauf entfallende Gegenleistung sind daher teilbar. Ein Teilrücktritt hinsichtlich des Batteriespeichers ist zulässig.

b) Rücktrittsrecht der E, §§ 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB

Ein Rücktrittsrecht der E könnte sich daraus ergeben, dass S i.S.d. § 437 BGB mangelhaft geleistet hat und trotz Ablauf einer angemessenen Nachfrist nicht nacherfüllt hat.

aa) Ablauf einer angemessenen Frist, § 475d BGB

Der Kaufvertrag zwischen dem Unternehmer S (§ 14 BGB) und E, die als Betreiberin einer kleinen Photovoltaikanlage auf dem eigenen Haus mit dem Ziel, den erzeugten Strom selbst zu verbrauchen, als Verbraucherin (§ 13 BGB) einzuordnen ist,³⁰ stellt einen Verbrauchsgüterkaufvertrag i.S.d. § 474 Abs. 1 BGB dar. Daher muss gem. § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB abweichend von § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Nachfrist, die mit der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs zu laufen beginnt,³¹ lediglich abgelaufen, aber nicht ausdrücklich gesetzt worden sein.

Die erfolglos abgelaufene 14-tägige Frist der E müsste auch angemessen sein. Dem Schuldner müsste die faire Chance eingeräumt werden, den Mangel zu beseitigen.³² Zur gefahrenfreien Wiederherstellung der vollen Speicherkapazität bzw. zur Neulieferung eines anderen Batteriespeichers könnte die Frist zu kurz gewesen sein.³³

Diese Frage kann jedoch dahinstehen, wenn S gem. § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB die ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert hat. Anders als bei § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt es nicht darauf an, dass die Nacherfüllung „ernsthaft und endgültig“ verweigert wird.³⁴ Das Bestreiten des Mangels genügt für eine Verweigerung i.S.d. § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB.³⁵ Es reicht daher bereits, dass S erklärt, die Drosselung sei erst nach Gefahrübergang erfolgt. Eine Frist war daher entbehrlich.

bb) Kein Ausschluss des Rücktritts, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Der Rücktritt ist gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Dies beurteilt sich nach umfassender Interessenabwägung;³⁶ ein Verstoß gegen eine Beschaffenheits-

²⁷ BGH NJW 1990, 3011 (3012); *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 323 Rn. 207.

²⁸ BGH NJW 1990, 3011 (3012); OLG Köln, Beschl. v. 19.12.2024 – I-3 U 73/24, Rn. 12 (juris).

²⁹ OLG Köln, Beschl. v. 19.12.2024 – I-3 U 73/24, Rn. 12 f. (juris).

³⁰ OLG Hamm, Urt. v. 29.1.2026 – I-2 U 18/25, Rn. 117 (juris).

³¹ *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 475d Rn. 12.

³² *Dauner-Lieb/Dubovitskaya*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 323 Rn. 19.

³³ Für ausreichend erachtet eine 14-tägige Frist, OLG Hamm, Urt. v. 29.1.2026 – I-2 U 18/25, Rn. 120 (juris).

³⁴ Zu den unterschiedlichen Maßstäben *Fervers*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 475d Rn. 240 ff.

³⁵ *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 475d Rn. 25; *Fervers*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 475d Rn. 245.

³⁶ BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229 (3229 Rn. 16); BGHZ 224, 195 = NJW 2020, 1287 (1290 Rn. 46).

vereinbarung indiziert regelmäßig die Erheblichkeit.³⁷ Da S und E eine bestimmte Speicherkapazität vereinbart haben, spricht bereits dies gegen die Unerheblichkeit.

Hinzu kommt, dass der Mangel die zentrale Funktion des Batteriespeichers auf unbestimmte Zeit erheblich beeinträchtigt: E kann überschüssigen Strom nur noch begrenzt speichern und muss Netzstrom in größerem Umfang beziehen.³⁸ Auch der Mangelbeseitigungsaufwand dürfte die von der Rechtsprechung entwickelte 5 %-Grenze des Kaufpreises überschreiten,³⁹ jedenfalls bei Lieferung eines neuen Speichers. Der Mangel ist daher erheblich, sodass § 323 Abs. 5 S. 2 BGB den Rücktritt nicht ausschließt.

c) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

E hat gegenüber S den Rücktritt bezüglich des Batteriespeichers gem. § 349 BGB erklärt.

d) Rechtsfolge

Der wirksame Teilrücktritt der E wandelt das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis um, sodass die Leistungen Zug-um-Zug (§ 348 BGB) zurückzugewähren sind (§ 346 Abs. 1 BGB). E müsste zudem tatsächlich gezogene Nutzungen herausgeben.⁴⁰ Nutzungen umfassen auch Gebrauchsvorteile (§ 100 Var. 2 BGB), wie den Betrieb des Batteriespeichers, die aber nicht in natura herausgegeben werden können,⁴¹ sodass E gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz schuldet. Den müsste S aber im Wege der Aufrechnung geltend machen.⁴²

4. Ergebnis

E hat gegen S gem. §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Batteriespeicher i.H.v. 13.000 € Zug um Zug gegen Rückgewähr des Batteriespeichers.

II. Anspruch von E gegen S gem. §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB

Ein wirksam ausgeübtes Rücktrittsrecht schließt nach h.M. die Minderung aus (siehe § 437 Nr. 2 BGB, „oder“),⁴³ sodass E wegen ihres wirksamen Teilrücktritts nicht mehr zur Minderung übergehen kann.

Fallfrage 2: Ansprüche wegen der blendenden Photovoltaikpaneele

I. Anspruch von E gegen S auf Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB

E könnte gegen S einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB in Bezug auf die blendenden Photovoltaikpaneele haben.

³⁷ BGH NJW 2013, 1365 (1366 Rn. 16); BGH NJW 2020, 1287 (1290 Rn. 46).

³⁸ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 29.1.2026 – I-2 U 18/25, Rn. 123 (juris).

³⁹ BGH NJW 2014, 3229 (3231 Rn. 30); BGH NJW 2020, 1287 (1290 Rn. 47).

⁴⁰ Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 346 Rn. 416.

⁴¹ Schall, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2024, § 346 Rn. 427.

⁴² BGHZ 215, 157 = NJW 2017, 3438 (3439 Rn. 13); H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 346 Rn. 48.

⁴³ Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 437 Rn. 86 m.w.N.; Stöber, NJW 2017, 2785 (2785 f.).

1. Anspruch entstanden

a) Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 BGB

Die Photovoltaikpaneele, die E von S käuflich erworben hat (siehe oben), müssten gem. § 437 BGB mangelhaft gewesen sein.

aa) Abweichen von den subjektiven Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB

Die Photovoltaikpaneele könnten sich aufgrund ihrer Blendwirkung gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignen. Als vereinbarte Verwendung kommt insbesondere eine bestimmte Benutzung oder eine Benutzung an einem bestimmten Ort in Frage.⁴⁴ Dabei genügt es, dass die Tauglichkeit der Kaufsache zum vertraglich vereinbarten Gebrauch gemindert ist.⁴⁵

Vorliegend haben die Parteien vereinbart, die Photovoltaikpaneele zur Stromerzeugung an einer bestimmten Hauswand zu montieren. Wegen der störenden Reflexion des Sonnenlichts auf das Nachbarhaus müssen die Photovoltaikpaneele jeden September und Oktober verhängt werden, weswegen sich die Photovoltaikpaneele nicht uneingeschränkt ganzjährig für die Stromerzeugung an dieser Hausfassade eignen.

S weist darauf hin, dass in den digital zur Verfügung gestellten technischen Unterlagen, in die E vor Kaufvertragsschluss tatsächlich Einsicht genommen hatte, darauf hingewiesen wird, dass die Photovoltaikpaneele nicht satiniert sind. Gem. § 475 Abs. 3 S. 2 BGB ist § 442 BGB nicht anwendbar, sodass E und S allenfalls eine negative Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben könnten, wonach die Verwendungsmöglichkeit der Photovoltaikpaneele wegen der fehlenden Satinierung eingeschränkt ist.

Bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag i.S.d. § 474 BGB ist eine Vereinbarung, die von den objektiven Anforderungen i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB abweicht, nur nach Maßgabe des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB zulässig.

(1) Abweichen von den objektiven Anforderungen, § 434 Abs. 3 BGB

Bei einer solchen Nachbarbebauung, wie sie das Grundstück der E umgab, werden üblicherweise blendungsarme, satinierte Photovoltaikpaneele verbaut. Dementsprechend eignen sich die von S gelieferten Photovoltaikpaneele nicht für die gewöhnliche Verwendung und weisen auch nicht die übliche von der Käuferin zu erwartende Beschaffenheit auf; sie sind daher gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 und 2 BGB mangelhaft.

(2) Voraussetzungen des § 476 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 BGB

Entsprechend gelten für eine negative Beschaffenheitsvereinbarung die besonderen Transparenz-voraussetzungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB.⁴⁶ Eine wirksame Vereinbarung über die fehlende Satinierung und die damit eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit setzt voraus, dass S die E in Form des § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB informiert und die Vereinbarung in Form des § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB festhält.

⁴⁴ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 434 Rn. 55.

⁴⁵ BGH NJW 2017, 2817 (2818 Rn. 18).

⁴⁶ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 28.

Damit müsste S die E vor Abgabe ihrer Vertragserklärung eigens in Kenntnis gesetzt haben, „dass ein bestimmtes Merkmal der Ware“ von den objektiven Anforderungen abweicht, und die Abweichung im Sinne der Nummer 1 müsste im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart worden sein.⁴⁷

Strittig ist, wie konkret der Verkäufer darauf hinweisen muss, dass diese Beschaffenheit von der üblichen Beschaffenheit abweicht; zum Teil wird zumindest ein Eventualhinweis für erforderlich gehalten.⁴⁸ Jedenfalls muss der Verkäufer jede einzelne vom objektiven Standard abweichende Beschaffenheit konkret beschreiben.⁴⁹ Maßgeblich ist schließlich, ob die Information ihre Warnfunktion erfüllen kann.⁵⁰

Damit diese Warnfunktion erfüllt ist, müsste für die Käuferin E klar sein, welche Bedeutung eine fehlende Satinierung hat. Eine für die Kaufentscheidung bedeutende Abweichung von der üblichen Beschaffenheit ergibt sich nämlich erst dadurch, dass nicht satinierte Photovoltaikpaneele im Zusammenspiel mit den örtlichen Gegebenheiten wegen ihrer Blendwirkung nicht uneingeschränkt das ganze Jahr genutzt werden können. Dabei handelt es sich, wie auch das später beauftragte sachverständige Blendungsgutachten verdeutlicht, um Expertenwissen. Bei einer Laiin wie E kann keineswegs erwartet werden, dass sie diese Schlüsse aus der Information über die fehlende Satinierung zieht. Über die Abweichung hat der Verkäufer daher erst dann informiert, wenn er auf diesen Zusammenhang von fehlender Satinierung, Blendwirkung und möglicher Einschränkung der Nutzung bei einem bestimmten Einfallswinkel hinweist.

Vor dem Hintergrund der geschilderten Umstände kann nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) keine Verzichtserklärung der Laiin E bezüglich einer ganzjährigen Verwendung der Photovoltaikanlage wegen der Blendwirkung entnommen werden.⁵¹ Eine negative Beschaffenheitsvereinbarung ist mangels Erklärung der E entsprechend schon nach allgemeinem Kaufrecht nicht zustande gekommen, erst recht nicht nach den Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB.

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 und 2 BGB liegt vor.

bb) Bei Gefahrübergang, § 446 S. 1 BGB

Bereits bei Montage und Inbetriebnahme, also bei Gefahrübergang i.S.v. § 446 S. 1 BGB, lag der Sachmangel vor.

b) Zwischenergebnis

Der Anspruch der E auf Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB ist entstanden. Bis zur Ausübung des Wahlrechts durch E kann S nachbessern oder nachliefern.

⁴⁷ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 476 Rn. 27.

⁴⁸ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 34, der allenfalls einen Eventualhinweis für verpflichtend hält; siehe auch Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 476 Rn. 25, der wie Lorenz einen Eventualhinweis genügen lassen will; strenge Anforderungen stellt das OLG Köln, Urt. v. 9.4.2025 – I-11 U 20/24, Rn. 29 f. (juris); a.A. Grunewald, in: Erman, BGB, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 476 Rn. 6.

⁴⁹ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 34.

⁵⁰ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 476 Rn. 30.

⁵¹ Vgl. BGH NJW-RR 2025, 1456 (1458 Rn. 26, 31). Selbst wenn eine negative Beschaffenheitsvereinbarung bejaht wird, scheitert diese daran, dass E nicht „eigens“, d.h. gesondert und ausdrücklich, von S informiert wurde, Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 35; OLG Köln, Urt. v. 9.4.2025 – I-11 U 20/24, Rn. 30 (juris) mit Hinweis auf BT-Drs. 19/27424, S. 42.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Nacherfüllung könnte jedoch die Einrede der Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Voraussetzung dafür ist gem. § 214 Abs. 1 BGB die Vollendung der Verjährung des Anspruchs der E.

a) Erhebung der Verjährungseinrede

Mit der Erklärung, die Forderung komme „zu spät“, hat S die Einrede der Verjährung erhoben, da hierin die Leistungsverweigerung wegen Zeitablaufs zum Ausdruck kommt.⁵²

b) Länge der Verjährungsfrist

Anmerkung: Die Verjährungsfrage lässt sich auf unterschiedlichen vertretbaren Wegen lösen. So kann – abweichend vom vorliegenden Lösungsvorschlag – die Fünfjahresfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB bejaht werden, sodass es auf die genaue Bestimmung des Fristbeginns im Ergebnis nicht ankommt. Ebenso vertretbar ist die Annahme, dass sich die Verjährungsfrist wegen arglistigen Verschweigens des Sachmangels gem. § 438 Abs. 3 S. 1 BGB nach den regelmäßigen Verjährungsvorschriften richtet. Wer diesen Lösungsweg wählt, hat die daraus folgenden Konsequenzen konsequent zu berücksichtigen, insbesondere im Hinblick auf Ansprüche aus culpa in contrahendo.

In Betracht kommen hier die fünfjährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und die zweijährige Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Im ersten Fall wäre der Anspruch jedenfalls nicht verjährt, im zweiten Fall könnte die Frist bereits abgelaufen sein.

Der Verjährungstatbestand des § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a BGB ist nicht anwendbar, da das Bauwerk nicht selbst Kaufgegenstand ist,⁵³ sondern nur an einem Bauwerk angebrachte Photovoltaikpaneele.

Fraglich ist daher, ob die Photovoltaikanlage eine Sache ist, die ihrer üblichen Verwendungsweise entsprechend für ein Bauwerk eingesetzt wird, sodass für diese die fünfjährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BGB gilt. Dabei ist danach zu fragen, ob sich das Risiko verwirklicht, das den Grund für die gesetzliche Differenzierung bildet.⁵⁴

Die fünfjährige Frist soll unter anderem dem Umstand Rechnung tragen, dass sich Mängel erst nach dem Einbau zeigen. Es geht um die bei Bauwerken typische Risikolage, dass Mängel typischerweise später erkennbar sind, da sie durch aufeinanderfolgende Arbeiten sowie durch die Witterung und Nutzung verdeckt werden können.⁵⁵ Eine solche Risikolage ist in Bezug auf die Photovoltaikanlage zumindest nicht von vornherein abwegig.

Eine Sache wird nach ständiger Rechtsprechung des BGH in Anlehnung an die für § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB entwickelten Kriterien für ein Bauwerk verwendet, wenn sie der Neuerrichtung, der Erneuerung, der Sanierung oder dem Umbau eines Bauwerkes dient, soweit die Maßnahme für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung ist und wenn die eingebaute Sache fest mit dem Bauwerk (Gebäude) verbunden ist. Nicht erfasst sind bloße Ausbesserungs- und Instandhaltungsarbeiten.⁵⁶

⁵² Henrich, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 214 Rn. 1.

⁵³ OLG München NJW 2015, 3314 (3314 Rn. 48 m.w.N.); OLG Brandenburg, Beschl. v. 6.6.2025 – 10 U 27/25, Rn. 11 (juris).

⁵⁴ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 634a Rn. 16.

⁵⁵ BGH NJW 2013, 601 (602 Rn. 17 f.); BGH NJW 2016, 2876 (2877 Rn. 19); BT-Drs. 14/6040, S. 227.

⁵⁶ BGH NJW 2016, 2645 (2648 Rn. 44); BGH NJW 2014, 845 (846 Rn. 19).

In der obergerichtlichen Rechtsprechung und beim BGH ist strittig, inwieweit an Gebäuden montierte Photovoltaikanlagen und ähnliche technische Einrichtungen unter die Fünfjahresfrist fallen.⁵⁷ Die Frage, welcher Verjährungstatbestand einschlägig ist, kann aber letztlich offenbleiben, wenn E bei Erhebung ihrer Mängelrechte am 13.6.2023 bereits die Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB von zwei Jahren gewahrt hat.

c) Fristwahrung

Gem. § 438 Abs. 2 BGB beginnt die Verjährung mit Ablieferung der Kaufsache. Fraglich ist, wann bei einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung Ablieferung vorliegt. Zwar wurden Anlagenteile bereits am 1.6. bzw. 7.6.2021 geliefert, die Montage aber erst am 10.6.2021 beendet und die Anlage am 14.6.2021 durch eine Mitarbeiterin von S in Betrieb genommen und erläutert. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass die Verjährung nicht bereits mit Lieferung der Einzelteile, sondern frühestens mit Abschluss der Montage beginnt.⁵⁸

Da die Ablieferung ein Ereignis i.S.d. § 187 Abs. 1 BGB darstellt, wird der Ereignistag nicht mitgerechnet. Bei Fristbeginn mit Montageende liefere die Frist daher ab dem 11.6.2021 und endete gem. §§ 188 Abs. 2, 193 BGB analog⁵⁹ am 12.6.2023, 24 Uhr; bei Fristbeginn mit der Einweisung begänne sie erst am 15.6.2021 und endete am 14.6.2023, 24 Uhr.⁶⁰ Die Geltendmachung am 13.6.2023 wahrt die Frist daher nur, wenn auf die Einweisung abzustellen ist.

Ratio des Ablieferungserfordernisses ist, dass Käufer:innen tatsächlich die Möglichkeit erhalten, sich von der Funktionstüchtigkeit und Mangelfreiheit der Sache zu überzeugen.⁶¹ Dies könnte E bereits ab Vollendung der Montage mithilfe der Bedienungsanleitung tun.

Andererseits könnten S und E auch privatautonom durch Vereinbarung den Ablieferungszeitpunkt zugunsten der E verschoben haben. In diesem Fall besteht kein Schutzbedürfnis des Verkäufers, da er dem Hinausschieben des Ablieferungszeitpunkts selbst zugestimmt hat.⁶² Mit der Vereinbarung der Einweisung haben S und E die Ablieferung verschoben, sodass das Ablieferungsdatum erst der 14.6.2021 ist. Die Geltendmachung am 13.6.2023 wahrt daher die Frist.

3. Ergebnis

Ein durchsetzbarer Anspruch der E gegen S auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB wegen der Blendwirkung der Photovoltaikpaneele besteht.

II. Anspruch von E gegen S auf Ersatz der entgangenen Einspeisevergütung gem. §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB

E könnte gegen S gem. §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Einspeisevergütung für die Monate September und Oktober 2022 i.H.v. 80 € haben.

⁵⁷ Siehe BGH NJW 2016, 2876 (2877 Rn. 23); OLG Köln, Urt. v. 24.6.2016 – 19 U 71/15, Rn. 56 (juris); BGH NJW 2014, 845 (846 Rn. 21); ähnlich auch OLG München NJW 2015, 3314 (3315 Rn. 51 ff.); BGH NJW 2021, 2277 (2279 Rn. 25 ff.); OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.11.2015 – 1 U 51/15, Rn. 43 (juris); OLG Stuttgart, Urt. v. 5.4.2016 – 1 U 83/15, Rn. 30 (juris).

⁵⁸ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 438 Rn. 34; Bach, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 438, Rn. 124; speziell zu einer Photovoltaikanlage OLG Köln, Urt. v. 24.6.2016 – 19 U 71/15, Rn. 58 (juris).

⁵⁹ BGH NJW-RR 2008, 459 (460).

⁶⁰ Die auf alle Waren anwendbare Ablaufhemmung des § 475e Abs. 3 BGB kommt hier nicht zum Tragen, da sich der Mangel erstmals im Juni 2022 und damit mehr als vier Monate vor Eintritt der Verjährung zeigte.

⁶¹ Maultzsch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 438 Rn. 25.

⁶² BGHZ 143, 307 = NJW 2000, 1415 (1416); Maultzsch, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 438 Rn. 25.

1. Anspruch entstanden

a) Pflichtverletzung aus dem Kaufvertrag

aa) Verletzung der Erfüllungspflicht

Mit Lieferung der mangelhaften Photovoltaikpaneele (siehe oben) hat S seine fällige Pflicht zur sachmangelfreien Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verletzt.

bb) Verletzung der Nacherfüllungspflicht

Auf das Nacherfüllungsverlangen der E vom 13.6.2023 hat S nicht geleistet, sodass er auch die fällige⁶³ und einredefreie Nacherfüllungspflicht aus § 439 Abs. 1, Abs. 2 BGB verletzt hat.

b) Weitere Voraussetzungen

Fraglich ist, ob auch die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB oder des § 286 BGB erfüllt sein müssen. Dafür kommt es auf die Schadenskategorie an.

aa) Abgrenzung der Schadenskategorien

Die zeitliche-dynamische Abgrenzung der Schadenskategorien⁶⁴ stellt die Testfrage: Würde der geltend gemachte Schaden entfallen, wenn die Leistung jetzt noch erbracht würde bzw. im letztmöglichen Zeitpunkt noch erbracht worden wäre? Ist die Frage zu bejahen, fällt der geltend gemachte Schaden unter die Kategorie des Schadensersatzes statt der Leistung.⁶⁵ Entfällt der Schaden nicht, ist der Schaden bereits endgültig eingetreten und durch eine Nachleistung des Schuldners nicht mehr zu beheben. Der Schaden kann unabhängig vom Setzen einer Nachfrist liquidiert werden – es handelt sich um Schadensersatz neben der Leistung.

Bei ordnungsgemäßer Leistung des S im hypothetischen letztmöglichen Zeitpunkt wäre der Schaden nicht entfallen. Es handelt sich um einen endgültig eingetretenen Schaden mithin um Schadensersatz neben der Leistung.

Demnach ist zu fragen, ob der Schaden auf dem Sachmangel (einfacher Schadensersatz, § 280 Abs. 1 BGB) oder auf der Verzögerung der Nacherfüllung (§ 286 BGB) beruht. Für eine Einordnung als Verzögerungsschaden spricht, dass andernfalls ein Verkäufer, der gar nicht liefert, einer weniger scharfen Haftung unterliegt als ein Verkäufer, der mangelhaft liefert. Im ersteren Fall greift das Mahnungserfordernis, im zweiten Fall nicht.⁶⁶

Die Rechtsprechung und die h.M. in der Literatur, die sich auch auf die Gesetzesbegründung stützen,⁶⁷ ordnen einen Nutzungsausfallschaden hingegen dem einfachen Schadensersatz zu.⁶⁸ Für die Annahme eines Falls des einfachen Schadensersatzes spricht, dass der Käufer bei einer mangelhaften Leistung auch besonders schutzbedürftig ist. Ein Mangel bleibt häufig zunächst verborgen, sodass

⁶³ Statt vieler Höpfner, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2025, § 439 Rn. 9.

⁶⁴ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 280 Rn. 27 ff.; Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 280 Rn. 77; zusammenfassend m.w.N. Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 215 ff.

⁶⁵ Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 28 Rn. 3.

⁶⁶ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 437 Rn. 80.

⁶⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 225.

⁶⁸ BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 (2675); Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 280 Rn. 30.

der Käufer auch nicht wie bei einer vollständigen Nichtleistung sofort mit einer rechtzeitigen Mahnung den Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallsschadens sichern kann.⁶⁹

Mit der zeitlich-dynamischen Abgrenzungslehre ist folglich ein Fall des einfachen Schadensersatzes zu bejahen, sodass die Verzugs Voraussetzungen nicht erfüllt sein müssen.⁷⁰

Die schadensphänomenologische Betrachtung ordnet die einzelnen Schadensposten dem Äquivalenzinteresse oder dem Integritätsinteresse zu. Das Äquivalenzinteresse ist das Interesse an der ungestörten Nutzung des Leistungsgegenstands und an dessen Wert oder die darauf gerichtete Erwartung des Gläubigers.⁷¹ Es ist immer dann beeinträchtigt, wenn der Gläubiger nicht die Leistung erhält, derentwegen er sich zur Gegenleistung verpflichtet hat.⁷² Vom Äquivalenzinteresse sind Substanzausfallschäden und Nutzungs- oder Nutzwertausfallschäden erfasst. Das Integritätsinteresse hingegen, welches der Erhaltung der Rechte und Rechtsgüter des Gläubigers dient, ist dem einfachen Schadensersatz neben der Leistung zuzuordnen.⁷³

Ein Schaden, der dem Äquivalenzinteresse zugeordnet wird, kann hingegen als Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 BGB) oder als Verzugsschadensersatz neben der Leistung (§ 286 BGB) ersatzfähig sein. Einer Differenzierung bedarf es bei Nutzungs- oder Nutzwertausfallschäden, die dadurch entstehen, dass der Gläubiger die Leistung nicht nutzen kann. Besteht die Leistungspflicht des Schuldners fort, beruhen diese Schäden nicht auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung. Sie sind als Verzugsschaden nach § 286 BGB ersatzfähig. Erst wenn feststeht, dass die Leistung nicht mehr erbracht wird, beruhen die Nutzungs- oder Nutzwertausfallschäden auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung, sodass sie nur noch nach § 281 BGB ersatzfähig sind.

Die entgangene Einspeisevergütung ist demnach als Nutzwertausfallschaden einzuordnen und gehört damit zum Äquivalenzinteresse der Gläubigerin E. Da der Schaden nicht auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruht, ist er an sich nach dem schadensphänomenologischen Ansatz als Verzugsschaden einzuordnen, sodass es einer Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB bedürfte.

Gegen die Einordnung des mangelbedingten Nutzwertschadens als Verzugsschaden spricht allerdings der ausdrückliche gesetzgeberische Wille, der in der Systematik des Gesetzes auch Niederschlag gefunden hat, sodass die Rechtsprechung und Vertreter:innen des schadensphänomenologischen Ansatzes diesen doch dem einfachen Schadensersatz zuordnen.⁷⁴ Vereinzelt wird auch das Mahnungserfordernis nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB generell für entbehrlich gehalten.⁷⁵ Für die h.M. bzw. zumindest für die Entbehrlichkeit der Mahnung spricht, dass nur diese Lösungen dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen Rechnung tragen. Entsprechend ist auch nach der schadensphänomenologischen Betrachtung zumindest das Mahnungserfordernis entbehrlich.

Beide Abgrenzungsansätze ordnen den Nutzungsausfallschaden entweder dem einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB zu oder halten zumindest die Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB generell für entbehrlich, sodass keine weitere Abgrenzung vorzunehmen ist.

bb) Zwischenergebnis

Die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB oder § 286 BGB sind nicht erforderlich.

⁶⁹ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 280 Rn. 30.

⁷⁰ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 280 Rn. 30.

⁷¹ BGHZ 179, 157 = NJW 2009, 1080 (1082 Rn. 19).

⁷² Kindl, Jura 2020, 773 (780).

⁷³ Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 223.

⁷⁴ BGH NJW 2009, 2674 (2675 Rn. 14 ff.); Höpfner, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2025, § 437 Rn. 99; a.A. Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Kommentar, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 280 Rn. 61.

⁷⁵ Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 291 ff.

c) Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

S müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Nach der zeitlich dynamischen Abgrenzungslehre kommt es allein auf das Vertretenmüssen der ursprünglichen mangelhaften Leistung an, nach der schadensphänomenologischen Abgrenzungslehre alternativ auch auf das der unterbliebenen Nacherfüllung.⁷⁶ Soweit der Schuldner S bereits die ursprüngliche mangelhafte Leistung zu vertreten hat, kommt es auf Letzteres nicht mehr an.

Das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutete Vertretenmüssen kann S nicht widerlegen, da ihm spätestens seit dem Vor-Ort-Termin als Fachunternehmer die störende Blendwirkung hätte auffallen müssen. Damit ist ihm jedenfalls fahrlässige Unkenntnis des Mangels (§ 276 Abs. 2 BGB)⁷⁷ vorzuwerfen.

d) Zurechenbarer Schaden

Schließlich müsste der E durch die Pflichtverletzung ein zurechenbarer und ersatzfähiger Schaden entstanden sein.

aa) Entgangene Einspeisevergütung als Schaden

Bei der entgangenen Einspeisevergütung i.H.v. 80 € handelt es sich nach der Differenzhypothese (Vergleich der realen mit der hypothetischen Vermögenslage ohne schädigendes Ereignis)⁷⁸ um einen Vermögensschaden.

Die von vornherein nicht mögliche Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) führt dazu, dass gem. § 251 Abs. 1 BGB Ersatz in Geld verlangt werden kann. Die entgangene Einspeisevergütung ist als Gewinn i.S.d. § 252 BGB ersatzfähig.

bb) Kürzung um einen Mitverschuldensanteil der E, § 254 BGB

Dieser Anspruch könnte gem. § 254 BGB wegen eines Mitverschuldens der E zu kürzen sein. In Betracht kommt, dass E die Blendungsproblematik hätte erkennen und S hierauf früher hätte hinweisen müssen, sodass diesem Gelegenheit geblieben wäre, den Eintritt des Schadens abzuwenden.

Dafür müsste ein Verschulden der E an der Entstehung oder dem Umfang des Schadens mitgewirkt haben.⁷⁹ Die Geschädigte muss die ihr in eigenen Angelegenheiten obliegende Sorgfalt vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben (§ 276 Abs. 1 BGB).⁸⁰ Erforderlich ist, dass die Geschädigte die Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die ein verständiger Mensch im eigenen Interesse aufwendet, um sich vor einem Schaden zu bewahren.⁸¹ E könnte ihre Warn- und Schadensabwendungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2 BGB) verletzt haben.

S war verpflichtet, E über den Begriff der Satinierung und die damit verbundene mögliche Blendwirkung der Photovoltaikpaneele auf Nachbargrundstücke aufzuklären (siehe oben). E durfte daher grundsätzlich darauf vertrauen, dass besondere Risiken entweder nicht bestehen oder ihr gegenüber offengelegt werden. Allein der Umstand, dass die technischen Unterlagen in einem cloudbasierten Servicebereich abrufbar waren, begründet daher noch keine Obliegenheit der E, diese auf mögliche nachbarrechtliche Risiken hin auszuwerten.

⁷⁶ Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2023, § 280 Rn. 133.

⁷⁷ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 280 Rn. 70.

⁷⁸ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 12. Aufl. 2025, § 24 Rn. 8 f.

⁷⁹ BGH NJW-RR 2015, 1056 (1057 Rn. 13).

⁸⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 56 Rn. 6.

⁸¹ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 254 Rn. 30.

Ein Sorgfaltsverstoß könnte darin liegen, dass E die Anlage bereits ein Jahr betrieb, ohne S auf mögliche Reflexionen hinzuweisen. Für E als technische Laiin war jedoch nicht ohne Weiteres erkennbar, ob die Reflexionen überhaupt die Schwelle einer nachbarrechtlich erheblichen und unzumutbaren Blendwirkung⁸² überschritten. Dies zeigte sich vielmehr erst im gerichtlichen Verfahren durch ein Sachverständigengutachten. Zudem hing die Blendwirkung von der konkreten geographischen Lage sowie dem Anbringungswinkel der Paneele ab und trat lediglich in den Monaten September und Oktober auf.

Hinzu kommt, dass das betroffene Nachbarhaus bis Juni 2022 leer stand. Vor dem Einzug der Nachbarn bestand daher für E kein konkreter Anlass, mögliche Beeinträchtigungen eines Nachbargrundstücks zu beobachten oder zu untersuchen. Anlasslose Beobachtungs- und Prüfpflichten würden die Anforderungen an Betreiber:innen von Photovoltaikanlagen überspannen. Vielmehr genügt ein anlassbezogenes Tätigwerden.

Nachdem E von der Blendungsproblematik Kenntnis erlangt hatte, reagierte sie durch das Verdecken der Paneele in den Monaten September und Oktober 2022. Die hierdurch entgangene Einspeisevergütung beruht damit auf einer Maßnahme zur Verringerung weiterer Beeinträchtigungen. Eine solche Schadensabwendungs- bzw. Schadensminderungsmaßnahme begründet kein Mitverschulden, sondern spricht gerade gegen einen Sorgfaltsverstoß der E.

Ein Mitverschulden der E i.S.d. § 254 BGB liegt daher nicht vor.

cc) Zwischenergebnis

Die entgangene Einspeisevergütung i.H.v. 80 € ist der E in vollem Umfang gem. §§ 251 Abs. 1, 252 BGB zu ersetzen.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB verjährt ebenso wie der Nacherfüllungsanspruch am 15.6.2023. Soweit E den Schadensersatzanspruch gleichzeitig mit dem Nacherfüllungsanspruch geltend gemacht hat, ist er nicht verspätet. Soweit E den Anspruch erst später geltend gemacht hat, ist die Verjährung jedoch gem. §§ 203, 213 BGB gehemmt, da E und S über den Nacherfüllungsanspruch verhandelt haben.⁸³

3. Ergebnis

E hat gegen S gem. §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Einspeisevergütung für die Monate September und Oktober 2022 i.H.v. 80 €.

III. Anspruch von E gegen S aus selbstständigem Beratungsvertrag gem. § 280 Abs. 1 BGB

Anmerkung: Die Prüfung eines Anspruchs aus einem selbstständigen Beratungsvertrag wurde von den Studierenden nicht erwartet; sie erfolgt lediglich der Vollständigkeit halber.

Bei der Anlage der E handelt es sich um eine standardisierte Komplettlösung, die immer dann von S eingesetzt wird, wenn die örtlichen Gegebenheiten keine aufwendigen Planungs- oder Umbauarbeiten

⁸² Vgl. OLG Braunschweig, Urt. v. 14.7.2022 – 8 U 166/21; OLG Hamm, Urt. v. 25.5.2020 – 5 U 113/17.

⁸³ Arnold, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2026, § 438 Rn. 150 ff.

erfordern, sodass hier kein besonderer Beratungsbedarf besteht, der sich so verselbstständigt haben könnte, dass er neben dem Kaufvertrag einen selbstständigen Beratungsvertrag (§§ 675, 611 BGB) begründet haben könnte.⁸⁴ Ein Schadensersatzanspruch aus einem selbstständigen Beratungsvertrag scheidet aus.

IV. Anspruch von E gegen S auf Ersatz der Einspeisevergütung gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

E könnte gegen S einen Anspruch auf Ersatz der Einspeisevergütung aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben, da S sie nicht über die Bedeutung der fehlenden Satinierung aufgeklärt hat.

1. Anwendbarkeit neben dem Gewährleistungsrecht

Anmerkung: Entscheidend ist, dass das Konkurrenzverhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und culpa in contrahendo erkannt wird. Mit vertretbarer Begründung konnten die Studierenden sowohl einen Ausschluss als auch eine Anwendbarkeit der culpa in contrahendo neben dem Gewährleistungsrecht annehmen.⁸⁵

Fraglich ist jedoch, ob ein Anspruch aus culpa in contrahendo wegen des Vorrangs des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 437 ff. BGB) ausgeschlossen ist. Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur schließt eine Haftung aus culpa in contrahendo grundsätzlich aus, soweit die Pflichtverletzung lediglich in der fahrlässigen Verursachung oder Nichtaufklärung eines Sachmangels besteht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht die h.M. nur bei einem vorsätzlichen Verhalten des Schuldners⁸⁶ sowie für den Fall, dass der aufklärungsbedürftige Umstand keinen Sachmangel darstellt.⁸⁷ Eine Gegenmeinung in der Literatur hält hingegen die Haftung aus c.i.c. neben dem Gewährleistungsrecht für parallel anwendbar, da es sich um zwei unterschiedliche Haftungssysteme handle, die unterschiedliche Zwecke verfolgen und unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen.⁸⁸

Für die h.M. spricht, dass es sich beim Gewährleistungsrecht um ein abschließendes Sonderregime mit besonderen Rechten, Voraussetzungen und Rechtsfolgen handelt, die durch einen Rückgriff auf die Haftung aus c.i.c. umgangen werden könnten. Besonders die kürzere Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, deren Beginn an das objektive Merkmal der Ablieferung geknüpft ist, könnte mit einem Rückgriff auf die c.i.c.-Haftung und die daraus folgende Anwendung des allgemeinen Verjährungsregimes ins Leere laufen.⁸⁹ Dagegen führt der BGH an, dass dieses Problem dadurch behoben werden könne, das Verjährungsregime des § 438 BGB entsprechend auf die Haftung aus c.i.c. anzuwenden.⁹⁰

Maßgeblich stellt der BGH aber darauf ab, dass im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht dem Verkäufer ein Recht zur zweiten Andienung, also auf Nacherfüllung, zukommt (§ 439 BGB). Ausgeschlossen sind Mängelrechte grundsätzlich schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers

⁸⁴ BGH NJOZ 2004, 2607 (2609); *Maultzsch*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/1, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 88.

⁸⁵ Zum Meinungsstand *Arnold*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2026, § 438 Rn. 22 ff.

⁸⁶ BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120.

⁸⁷ BGH NJW 2023, 2942 (2945 Rn. 33).

⁸⁸ BGH NJW 2009, 2120 (2121 Rn. 14 ff. m.w.N.); *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 437 Rn. 200.

⁸⁹ *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 311 Rn. 264 ff.

⁹⁰ BGH NJW 2009, 2120 (2122 Rn. 22).

(§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB), soweit diese Vorschrift nicht durch das Verbrauchsgüterkaufrecht ausgeschlossen ist. Könnte der Käufer sofort auf einen Anspruch aus c.i.c. zurückgreifen, würden diese Regeln unterlaufen werden. Es käme auf ein Nacherfüllungsverlangen oder auf die Kenntnis des Käufers nicht mehr an.⁹¹

Demnach käme hier ein Anspruch aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung nur in Betracht, wenn S die Aufklärungspflicht arglistig, d.h. vorsätzlich, verletzte. Die Aufklärungspflicht hat S nur fahrlässig verletzt (siehe oben).

Ein Anspruch aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung ist wegen des Vorrangs des Gewährleistungsrechts ausgeschlossen.

2. Ergebnis

Ein Anspruch der E gegen S aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB besteht nicht.

⁹¹ BGH NJW 2009, 2120 (2122 Rn. 22).

Anfängerhausarbeit Grundrechte: Missionar am Steuer

Wiss. Mitarbeiter Jim Engelbrecht, Bochum*

Sachverhalt

J ist deutscher Staatsangehöriger mit iranischen Wurzeln und lebt in Bochum, wo er seit mehreren Jahren als selbstständiger Taxifahrer tätig ist. Vor einem Jahr ist J vom Islam zum Christentum konvertiert. Seinen Glauben sieht er nach dem Durchleben mehrerer Schicksalsschläge als wichtigste Stütze zur Lebensbewältigung an. Er fühlt sich verpflichtet, die heilende Kraft des christlichen Glaubens in jeder Lebenslage in die Welt zu tragen, um insbesondere Menschen in Krisensituationen Hoffnung zu geben. Um sich dies stets zu vergegenwärtigen, trägt J auch während der Arbeitszeit stets eine Rosenkranzkette über seinem Hemd. Eines Tages beschloss er, seine religiöse Überzeugung nach außen hin für andere Personen noch stärker sichtbar zu machen.

Deshalb erwarb J im Internet einen Aufkleber, auf dem der Bibelvers 14:6 des Johannesevangeliums abgedruckt ist. Dieser lautet: „Jesus – ich bin der Weg. Die Wahrheit und das Leben“. Den Aufkleber platzierte er am unteren Ende der Heckscheibe seines PKW über dem Taxi-Schriftzug auf der Kofferraumklappe. Der Aufkleber misst 3 cm x 30 cm und kann daher nur aus geringem Abstand zum Taxi gelesen werden. Mit dem so präparierten Fahrzeug beförderte J mehrere Monate lang Kundschaft im ganzen Ruhrgebiet. Regelmäßig kam er dabei aufgrund des Aufklebers mit Fahrgästen ins Gespräch über seinen Weg zum Christentum. Negative Reaktionen auf den Aufkleber gab es während der gesamten Nutzungsdauer weder durch Fahrgäste noch durch andere Verkehrsteilnehmer.

Im Rahmen einer bahnstreikbedingten Taxifahrt entdeckt eine Mitarbeiterin der Stadtverwaltung zufällig den Aufkleber am Taxi des J. Die zuständige Ordnungsbehörde gibt J wenig später gestützt auf § 14 Abs. 1 OBG NRW schriftlich auf, den aufgeklebten Bibelspruch zu entfernen. Der Aufkleber stelle eine evidente Missachtung der Regelung des § 26 Abs. 2 S. 2 der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) dar, welche als Teil der objektiven Rechtsordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit zu schützen sei. Ein Einschreiten sei im Einzelfall auch in Ansehung möglicherweise betroffener Grundrechte des J geboten, weil Taxen Teil der Daseinsvorsorge seien und es deshalb zu verhindern gälte, dass auf eine Beförderungsleistung angewiesene Personen mit unerwünschten religiösen oder politischen Botschaften identifiziert werden. Zudem seien religiöse Botschaften generell, aber insbesondere aktuell aufgrund der angespannten weltpolitischen Lage ein denkbarer Auslöser von Auseinandersetzungen an Taxisständen oder sogar im fließenden Verkehr.

J meint, die Gestaltung seines Taxis sei als Teil seiner unternehmerischen Freiheit geschützt und gehe den Staat überhaupt nichts an. Sein Aufkleber stelle schon keine Werbung dar, weil solche üblicherweise an den Seitentüren platziert werde. Jedenfalls sei zu berücksichtigen, dass es sich um eine persönliche Stellungnahme handele, welche dem Ausdruck seines Glaubens diene, ohne andere zu beeinträchtigen. Zudem sei der Aufkleber sein überregional bekanntes Markenzeichen geworden, sodass eine Entfernung nachteilige Auswirkungen auf seine Betätigung als Taxifahrer hätte. Nach erfolgloser Beschreitung des Verwaltungsrechtswegs legt J eine zulässige Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung, welche die Rechtmäßigkeit der ordnungsbehördlichen Verfügung bestätigt, ein.

* Jim Engelbrecht forscht und lehrt an der Ruhr-Universität Bochum.

Fallfrage

Ist die Verfassungsbeschwerde des J begründet?

Bearbeitungshinweise

1. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.
2. Die formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Eingriffsgrundlage ist zu unterstellen und es bedarf keiner Prüfung von Gleichheitsrechten.

Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft)*§ 26 Kenntlichmachung*

(1) [...]

(2)¹ Nach außen wirkende Werbung an Taxen und Mietwagen ist nur auf den seitlichen Fahrzeugtüren zulässig. ² Politische und religiöse Werbung an Taxen ist unzulässig.

Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden – Ordnungsbehördengesetz (OBG NRW)*§ 14 Voraussetzungen des Eingreifens*

(1) Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren.

Vorbemerkung

Der Sachverhalt der vorliegenden Hausarbeit orientiert sich grob an einem Verwaltungsverfahren der Stadt Essen.¹ Die Konstellation weist Parallelen zur Schächten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts² auf, weshalb der Schwerpunkt der Aufgabenstellung in der sauberen Abgrenzung der betroffenen Grundrechte sowie dem Umgang mit Grundrechtskonkurrenzen liegt. Gefragt war weiterhin ein souveräner Umgang mit der Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte. Hinsichtlich der prozessualen Einkleidung in eine Urteilsverfassungsbeschwerde galt es v.a., den eingeschränkten Kontrollmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Gutachten abzubilden und konsequent zu berücksichtigen. Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2025 an der Ruhr-Universität ausgegeben und von 303 Studierenden bearbeitet. Die erzielte Durchschnittsnote betrug 6,05 Punkte und die Misserfolgsquote lag bei 19,5 %.

Lösungsvorschlag

A. Prüfungsmaßstab.....	818
B. Grundrechtsverletzung.....	818
I. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG	818

¹ Vgl. Funke Medien v. 4.12.2023 (26.6.2026)

² BVerfGE 104, 337.

1. Schutzbereich.....	819
a) Persönlicher Schutzbereich.....	819
b) Sachlicher Schutzbereich	819
2. Eingriff	820
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	821
a) Einschränkung (Schranken).....	821
b) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsgrundlage	821
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	822
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	822
(1) Zitiergebot	822
(2) Bestimmtheitsgrundsatz.....	822
(3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	823
aa) Legitimes Ziel	824
bb) Geeignetheit	824
cc) Erforderlichkeit	825
dd) Angemessenheit.....	825
c) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung: Letztinstanzliche Gerichtsentscheidung	825
aa) Schwere der Betroffenheit des J	826
bb) Geschützte Interessen	827
cc) Gewichtung.....	827
II. Verletzung von Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG.....	828
1. Anwendbarkeit (Grundrechtskonkurrenz)	828
2. Schutzbereich.....	829
a) Persönlicher Schutzbereich.....	829
b) Sachlicher Schutzbereich	829
3. Eingriff	830
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	830
a) Einschränkung.....	830
aa) Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV	831
bb) Verfassungsimmanente Schranken	831
b) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsgrundlage	832
c) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung	833
III. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG	833
IV. Verletzung sonstiger spezieller Freiheitsgrundrechte.....	834

V. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG	834
VI. Ergebnis.....	835

Zu prüfen ist, ob die Verfassungsbeschwerde des J begründet ist. Dies ist der Fall, wenn das angegriffene Urteil ihn in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt, vgl. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG.

A. Prüfungsmaßstab

Im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden gilt es zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung (vgl. Art. 95 Abs. 1 GG) keine „Superrevisionsinstanz“ ist und daher seinen Prüfungsumfang gegenüber den Fachgerichten auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt. Es prüft insoweit insbesondere³, ob bereits die normative Grundlage der Fachgerichtsentscheidungen verfassungswidrig ist, oder ob die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Einschlägigkeit von Grundrechten übersehen oder erkannte Grundrechte nicht hinreichend gewichtet haben. Außerhalb dieser Grenzen bleibt die Verfassungsbeschwerde unbegründet, selbst wenn die Fachgerichtsentscheidungen bezogen auf das einfache Recht gesetzeswidrig sein sollten.⁴

Korrekturhinweis: Da vorliegend weder eine den Schutzbereich betreffende grundsätzliche Verkenntung der Einschlägigkeit von Grundrechten noch die Verfassungswidrigkeit der angewandten Normen problematisch ist, kann auf den eingeschränkten Prüfungsumfang auch erstmalig im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingegangen werden. Es stellt ferner keinen Fehler dar, wenn die Obersätze betreffend die Prüfung des Schutzbereichs oder der Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsgrundlage auf den gerichtlichen Prüfungsmaßstab zugeschnitten werden (z.B.: „Fraglich ist, ob das Gericht zutreffend von der Eröffnung des Schutzbereichs ausgegangen ist.“ bzw. „Das Gericht könnte den Schutzbereich des Grundrechts [...] verkannt haben.“).

B. Grundrechtsverletzung

I. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung des Grundrechts auf Berufsfreiheit.

Korrekturhinweis: Hier wird analog zur ähnlich gelagerten Schächten-Entscheidung⁵ die Berufsfreiheit als sachnächstes und damit vorrangig zu prüfendes Grundrecht gewertet.⁶ Gleichmaßen vertretbar

³ Ebenfalls vom verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang umfasst sind die – vorliegend nicht einschlägigen – Aspekte der willkürlichen Gesetzesauslegung bzw. -anwendung durch die Fachgerichte sowie die Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (ausführlich zum Ganzen siehe *Schlaich/Korloth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 283 ff. m.w.N.).

⁴ Zur prinzipiellen Möglichkeit einer (im obigen Sinne dann unspezifischen) Grundrechtsverletzung durch die fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts siehe etwa *Schlaich/Korloth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 222.

⁵ BVerfGE 104, 337.

⁶ So im Ergebnis wohl auch BVerfG BeckRS 1999, 23336.

ist es, aufgrund einer abweichenden Bewertung oder des generellen Postulats des Prüfungsvorrangs vorbehaltloser Grundrechte⁷ mit der Prüfung der Religionsfreiheit zu beginnen.

Eine solche ist gegeben, wenn ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt, welcher nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

J kann sich als deutscher Staatsbürger i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG in persönlicher Hinsicht auf die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst nach vorherrschendem Verständnis entgegen der in der Gesetzessystematik angelegten Differenzierung zwischen Berufswahl- und Ausübungsfreiheit einheitlich die gesamte berufliche Betätigung, d.h. jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁸ Die entgeltliche Personenbeförderung mittels eines Taxis dient der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage und ist im Falle des J mangels entgegenstehender Angaben auch dauerhaft angelegt, sodass eine berufliche Betätigung im vorgenannten Sinne vorliegt.

Näherer Betrachtung bedarf indes noch die Frage, ob die Anbringung und Präsentation eines Bibelverses am Taxi mitgeschützt ist. Die Reichweite des Schutzes der Berufsfreiheit beschränkt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf den Kernbereich der jeweiligen beruflichen Praxis, sondern umfasst „auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient.“⁹ Die äußerliche Gestaltung des genutzten PKW als zentralem Betriebsmittel lässt sich der beruflichen Außendarstellung als mitgeschütztem Bereich¹⁰ zuordnen. Dies gilt auch, sofern die transportierte Botschaft keinen unmittelbaren Bezug zur angebotenen Dienstleistung aufweist¹¹, aber zumindest durch die Einbringung persönlicher Merkmale die angebotene Leistung durch die Schaffung eines Wiedererkennungswertes individualisiert. Die Präsentation des Bibelverses als Alleinstellungsmerkmal ist daher vorliegend Teil der geschützten Berufsausübung.¹²

Korrekturhinweis: In der Sache dürfte ein hinreichender Bezug des Bibelverses zur Berufsausübung auch abgelehnt werden können, was mit Blick auf die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der generellen Tendenz zur weiten Schutzbereichsauslegung jedoch einer vertieften Begründung bedürfte.

⁷ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 12 Abs. 1 Rn. 275.

⁸ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (401); dort auch zum folgenden Text.

⁹ BVerfGE 85, 248 (256).

¹⁰ BVerfGE 85, 248 (256).

¹¹ Vgl. die explizite Abgrenzung zur dienstleistungsbezogenen Werbung in BVerfGE 85, 248 (256).

¹² So im Ergebnis auch BVerfG, Beschl. v. 4.11.1999 – 1 BvR 2310/98, Rn. 2 (juris).

Somit ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit auch in sachlicher Hinsicht und damit insgesamt eröffnet.

2. Eingriff

Es müsste weiterhin ein Eingriff in den Schutzbereich, d.h. eine dem Staat zurechenbare Freiheitsverkürzung, vorliegen. Nach klassischem Verständnis ist ein Eingriff jede unmittelbare, bewusste und zielgerichtete Verkürzung des grundrechtlichen Schutzbereiches durch einen verbindlichen staatlichen Rechtsakt.¹³ Die angegriffene Gerichtsentscheidung stellt ausweislich des § 117 VwGO rechtsförmiges Staatshandeln dar, welches über die Herbeiführung der Bestandskraft die Verbindlichkeit der behördlichen Regelung verfestigt. Somit ist der geschützte Freiheitsraum des J durch die Aufrechterhaltung der behördlichen Verfügung (weiterhin) unmittelbar beeinträchtigt. Eingedenk der Tatsache, dass die bestätigte Verfügung ausschließlich die Unterlassung beruflicher Außendarstellung betrifft, stellt die resultierende Beeinträchtigung auch das Ziel des Staatshandelns und nicht nur eine unbeabsichtigte Nebenfolge dar. Somit liegt ein Grundrechtseingriff im klassischen Sinne vor.

Korrekturhinweis: Sofern man die Eröffnung des Schutzbereiches bejaht, erscheint die Ablehnung eines klassischen Eingriffs kaum vertretbar, insbesondere stellt die noch nicht erfolgte Verhängung von Zwangsmitteln nach ganz h.M. keine vermittelnde Zwischenursache dar. Die judikativ bestätigte ordnungsbehördliche Verfügung stellt ebenfalls einen klassischen Grundrechtseingriff dar, welcher jedoch aufgrund des mit der prozessualen Einkleidung verbundenen Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung keine eigenständige Prüfungsrelevanz hat.¹⁴

Bei Annahme eines klassischen Eingriffs ist ein Eingehen auf den modernen Begriff obsolet¹⁵ und daher als fehlerhafte Schwerpunktsetzung zu werten. Vertretbar ist es indes, mit Teilen der Literatur¹⁶ stets und ausschließlich das moderne Eingriffsverständnis zugrunde zu legen. Nur¹⁷ in diesem Fall bedarf es einer Erörterung der berufsregelnden Tendenz, welche aufgrund des eindeutigen Zuschnitts des Verbots auf die berufliche Personenbeförderung¹⁸ unproblematisch zu bejahen sein dürfte. Weiterhin ist es vertretbar, bereits an dieser Stelle auf die Besonderheiten der Drei-Stufen-Theorie einzugehen.¹⁹

¹³ Statt vieler *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 392.

¹⁴ Vgl. *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 184.

¹⁵ *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 356a.

¹⁶ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 343.

¹⁷ Zur Beschränkung auf moderne Eingriffe siehe statt vieler *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 399; unklar insoweit aber BVerfGE 163, 107 (134 f.).

¹⁸ Vgl. zum (von der Finalität zu unterscheidenden) maßgeblichen Aspekt der schwerpunktmäßigen Auswirkung auf berufliche Tätigkeiten BVerfGE 97, 228 (254).

¹⁹ Vgl. die Darstellung bei *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 1128 sowie die Falllösung bei *Klenner*, JuS 2019, S. 701 (703); wie hier *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 410 m.w.N.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der soeben festgestellte Eingriff wäre gerechtfertigt, wenn die Berufsfreiheit einschränkbar ist und eine taugliche Eingriffsgrundlage existiert, welche ebenso wie die Gesetzesanwendung im Einzelfall verfassungskonform ist.

a) Einschränkung (Schranken)

Gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Diese Abweichung von der ansonsten überwiegend gebrauchten Schranken-terminologie bedeutet nicht, dass die Legislative entsprechend der Art. 4 Abs. 3 S. 2, 12a Abs. 2 S. 3 GG nur zum Erlass konkretisierender Verfahrensvorgaben ermächtigt ist²⁰, sondern wird heute mit Blick auf die Konflikträchtigkeit der Berufsfreiheit als einfacher Gesetzesvorbehalt verstanden.²¹ Entgegen der Binnensystematik der Berufsfreiheit erstreckt sich der Regelungsvorbehalt zudem anknüpfend an das oben hergeleitete einheitliche Schutzbereichsverständnis sowohl auf Fälle der Berufswahl als auch auf solche der Berufsausübung. Eingriffe in die Berufsfreiheit können nach alledem durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen. § 14 Abs. 1 OBG NRW ist als Parlamentsgesetz folglich eine taugliche Eingriffsgrundlage für einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG.

Korrekturhinweis: Anstatt der Herleitung eines einheitlichen Regelungsvorbehalts kann im Sinne der Schwerpunktsetzung auch nur das Vorliegen einer jedenfalls vom Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG umfassten Berufsausübungsregelung thematisiert werden.

Nach hiesigem Verständnis ist die Regelung des § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft aufgrund ihrer konkretisierenden Wirkung²² grundsätzlich in die nachfolgende verfassungsrechtliche Überprüfung miteinzubeziehen. Die Beschränkung der Prüfung auf § 14 Abs. 1 OBG NRW ist ebenfalls vertretbar. Eine alleinige Heranziehung von § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft dürfte hingegen mangels aus der Norm ableitbarer Eingriffsbefugnisse nicht zulässig sein.²³ Die angrenzende Frage, ob ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 14 Abs. 1 OBG NRW neben der Möglichkeit einer Sanktionierung im Ordnungswidrigkeitsverfahren gem. § 61 Abs. 1 Nr. 4 PBefG, § 45 Abs. 1 Nr. 5 lit. j BOKraft zulässig ist, dürfte im Ergebnis zu bejahen²⁴ und überdies aufgrund ihrer einfachrechtlichen Natur bereits nicht vom bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsumfang umfasst sein.

b) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsgrundlage

Korrekturhinweis: Sofern die Vorschrift des § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft entsprechend dem vorherigen Hinweis in die Prüfung miteinbezogen wird, könnten besonders aufmerksame Bearbeitungen noch thematisieren, inwieweit auch die Vereinbarkeit einer Rechtsverordnung mit ihrer Ermächtigungsgrundlage i.S.d. Art. 80 GG, d.h. vorliegend § 57 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PBefG, Gegenstand der verfassungs-

²⁰ In diese Richtung noch BVerfGE 7, 377 (404).

²¹ BVerfGE 54, 237 (246); Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 403; Zur Relevanz der Formulierung i.R.d. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG siehe Rn. 29.

²² Vgl. hierzu etwa Gusy/Worms, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.4.2026, § 1 Rn. 56.

²³ Vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 62 m.w.N.; a.A. Reimer, JA 2006, 864 (867): dann bedürfte es Ausführungen zur Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 80, 1 [21 f.]).

²⁴ Zur Komplementarität des Gefahrenabwehr- und Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts siehe Götz/Geis, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Aufl. 2022, S. 68 f.

gerichtlichen Überprüfung ist. Diese Frage kann anknüpfend an die Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts bei abstrakten Normenkontrollen²⁵ bejaht werden.²⁶ Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde erscheint es indes vorzugswürdig, die inhaltliche Vereinbarkeit der Verordnung mit ihrer parlamentsgesetzlichen Grundlage als nicht vom gerichtlichen Prüfungsumfang umfasste Frage der Auslegung des einfachen Rechts anzusehen.²⁷

Die gesetzliche Eingriffsgrundlage müsste formell und materiell verfassungsgemäß sein, um den Grundrechtseingriff legitimieren zu können.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit des § 14 OBG NRW (i.V.m. § 26 BOKraft) ist durch den Bearbeitungsvermerk vorgegeben.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die gesetzliche Eingriffsgrundlage müsste sodann auch materiell verfassungsgemäß sein, was die Beachtung der im Wesentlichen aus den Art. 19, 20 GG abgeleiteten Schranken-Schranken erfordert.

(1) Zitiergebot

Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG findet nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts²⁸ keine Anwendung, soweit die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nur einem Regelungsvorbehalt unterliegt, wohingegen Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG auf Grundrechtseinschränkungen abstellt.

Korrekturhinweis: Auch die Gegenauffassung²⁹ ist hier mit entsprechender Begründung vertretbar. Zudem kann das Zitiergebot im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG³⁰ auch als Aspekt der formellen Verfassungsmäßigkeit verstanden werden, was dann aber zumindest kurz im Rahmen des obigen Prüfungspunktes anklingen sollte.

(2) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Regelung des § 14 Abs. 1 OBG NRW enthält zwar eine Reihe offener Rechtsbegriffe, welche jedoch dem praktischen Bedürfnis nach einer Rechtsgrundlage zum kurzfristigen Handeln in atypischen Gefahrenlagen Rechnung tragen und zudem im Laufe der Zeit durch Rechtsprechung und Literatur präzisiert wurden³¹, sodass kein Verstoß gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden Bestimmtheitsgrundsatz vorliegt.

²⁵ Vgl. etwa BVerfGE 106, 1 (1); 107, 1 (23).

²⁶ Reimer, JA 2006, 864 (867).

²⁷ So im Ergebnis auch Scherzberg, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 15 Rn. 124; anders tendenziell BVerfGE 80, 1 (22).

²⁸ BVerfGE 64, 72 (79 ff.).

²⁹ Vgl. etwa Huber, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 96 m.w.N.

³⁰ Siehe zuletzt BVerfG NVwZ 2026, 33 (40).

³¹ Vgl. BVerfGE 54, 143 (144 f.); Ullrich, in: Heusch/Ullrich/Posser, Handbuch Verfassungsrecht in der Praxis, 2024, § 7 Rn. 64 m.w.N.

Korrekturhinweis: Mit Blick auf das allgemein anerkannte und praxisgerechte Ergebnis sind hier im Sinne der Schwerpunktsetzung keine vertieften Ausführungen veranlasst. Auch hinsichtlich der in Bezug genommenen Norm des § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft bestehen keine durchgreifenden Zweifel an der Normbestimmtheit.³²

(3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Berufsfreiheit i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG lässt sich durch die Heranziehung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten „Drei-Stufen-Theorie“³³ präzisieren. Diese unterscheidet ausgehend vom Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG zwischen der Berufswahl und der Berufsausübung, welche typischerweise mit einer unterschiedlichen Eingriffsintensität einhergehen.³⁴

Korrekturhinweis: Sofern sich Bearbeitungen kritisch mit der Sinnhaftigkeit der Drei-Stufen-Theorie auseinandersetzen, ist dies gerade im Rahmen einer Hausarbeit gut vertretbar³⁵, zumal auch die Rechtsprechung in jüngeren Entscheidungen zur Berufsfreiheit nicht mehr explizit auf die Theorie rekurriert.³⁶ Mit Blick darauf, dass die wohl h.L.³⁷ (noch) für ein Festhalten an der Drei-Stufen-Theorie als Orientierungshilfe plädiert, ist aber in jedem Fall eine kurze Darstellung ihres Grundgedankens erforderlich.

Das durch § 14 Abs. 1 OBG NRW (i.V.m. § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft) bewirkte Verbot religiöser und politischer Werbung an Taxen betrifft nicht die generelle Zulässigkeit der Berufsergreifung, sondern mit der Betriebsmittelgestaltung eine Modalität der bereits ergriffenen Tätigkeit, sodass eine Berufsausübungsregelung vorliegt³⁸ und die Verhältnismäßigkeitsprüfung daher nicht zu modifizieren ist.³⁹

Vorausgesetzt wird mithin, dass die gesetzliche Eingriffsgrundlage ein legitimes Ziel verfolgt und zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sowie angemessen ist.⁴⁰

Korrekturhinweis: Ein abweichender Prüfungsmaßstab dürfte sich vorliegend auch nicht aus dem Aspekt einer atypischen Regelungsintensität⁴¹ ergeben.

Bearbeitungen die entsprechend den obigen Ausführungen nur auf § 14 Abs. 1 OBG NRW Bezug nehmen, können sich an dieser Stelle auch deutlich kürzer fassen. Die nachfolgenden Erwägungen zum Werbeverbot müssten dann aber jedenfalls bei der Prüfung der Gesetzesanwendung angebracht werden.

³² So auch BVerwG NJW 1999, 805 (806).

³³ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (402 f.).

³⁴ Ausf. zum Ganzen etwa Britz, JuS 2024, 905 (911 ff.).

³⁵ Vgl. zur Kritik etwa Ruffert, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 12 Rn. 101 f.

³⁶ Vgl. etwa BVerfG BeckRS 2016, 48701.

³⁷ Ruffert, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 12 Rn. 103 f.; Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 410 jew. m.w.N.; a.A. tendenziell Britz, JuS 2024, 904 (912); Muckel, JA 2016, 876 (878).

³⁸ So im Ergebnis auch BVerfG BeckRS 1999, 23336 Rn. 2.

³⁹ Britz, JuS 2024, 905 (911).

⁴⁰ Hierzu sowie zu den nachfolgenden Definitionen Kingreen/Poscher, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 403 ff.

⁴¹ Näher hierzu m.w.N. aus der Rspr. Kingreen/Poscher, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 1122 ff.

⁴¹ BVerfG BeckRS 1999, 23336 Rn. 3.

aa) Legitimes Ziel

Als legitimes Ziel eines Grundrechtseingriffs kommen prinzipiell alle Gemeinwohlbelange, welche nicht ausnahmsweise verboten sind, in Betracht. Das Verbot politischer und religiöser Werbung an Taxen dient der Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs.⁴² Es soll Störungen des Taxenverkehrs durch denkbare Auseinandersetzungen wegen politischer und religiöser Parolen an Taxen verhindern.⁴³ Die Sicherheit des Taxenverkehrs ist ein wichtiges Gemeinschaftsgut, das den Gesetzgeber zu Eingriffen in die Berufsfreiheit berechtigt.⁴⁴

Korrekturhinweis: Eine normative Unterfütterung des Schutzgutes (vgl. unten II. 4. a) bb)) ist an dieser Stelle noch nicht zwingend erforderlich, aber gleichwohl zu honorieren. Diskutabel erscheint zudem auch noch das Abstellen auf die negative Religionsfreiheit der Taxikundschaft.⁴⁵ Deren Betroffenheit ist im Ergebnis jedoch zweifelhaft, weil nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die negative Religionsfreiheit keinen generellen Konfrontationsschutz gewährt, sondern ihre Reichweite auf staatlich geschaffene Lagen beschränkt ist, „in welcher der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeit dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist“.⁴⁶ Diese Voraussetzung dürfte trotz des Bezugs zur öffentlichen Daseinsvorsorge wegen der bestehenden Ausweichmöglichkeiten bei der Taxinutzung nicht gleichermaßen gegeben sein, wie in den im Rahmen der zitierten Entscheidung adressierten Lebensbereichen staatlicher Schulen oder Gerichtsräumen. Die bloße Erwartung, „daß eine unbestimmte Anzahl von Kunden zu vermeiden suchen wird, in Taxen befördert zu werden, die mit von ihnen nicht geteilten oder mißbilligten werbenden politischen oder religiösen Aussagen versehen sind, und daß es hierüber zu Konflikten kommen kann“⁴⁷, rechtfertigt nach hiesigem Verständnis keine Gleichsetzung (a.A. vertretbar).

bb) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, sofern nicht ausgeschlossen ist, dass sie die Erreichung des verfolgten Zwecks zumindest fördert. Das Verbot religiöser und politischer Werbung an Taxen fördert den reibungslosen Ablauf des Taxiverkehrs, indem die Gefahr von Auseinandersetzungen aufgrund der entsprechenden Botschaften im laufenden Verkehr oder auch am Taxistand⁴⁸ verringert wird. Das Werbeverbot ist mithin geeignet.

Korrekturhinweis: Besonders aufmerksame Bearbeitungen können noch darauf hinweisen, dass die Annahme einer gesteigerten Konfliktrichtigkeit religiöser Botschaften nicht unplausibel und daher vom zugunsten der Legislative anerkannten Einschätzungsspielraum umfasst ist.

⁴² BVerfG BeckRS 1999, 23336 Rn. 3.

⁴³ BR-Drs. 294/89, S. 14.

⁴⁴ BVerfG BeckRS 1999, 23336 Rn. 3 unter Verweis auf BVerfGE 11, 168 (186 Rn. 69 bzgl. Kraftdroschken).

⁴⁵ Siehe insb. BVerwG NJW 1999, 805 (805 f.) unter Verweis auf BR-Drs. 294/89, S. 3.

⁴⁶ Grundlegend BVerfG NJW 1995, 2477 (2478); zuletzt bestätigt durch BVerfGE 153, 1 (41 f.).

⁴⁷ BVerwG NJW 1999, 805 (805 f.).

⁴⁸ Explizit hierzu siehe BR-Drs. 294/89, S. 14.

cc) Erforderlichkeit

Erforderlich im verfassungsrechtlichen Sinne ist eine Maßnahme, wenn sie das mildeste unter gleich geeigneten Mitteln darstellt. Als mildere Mittel kommen generell Appelle an die Vernunft sowie toleranzfördernde Maßnahmen bei gleichzeitiger Zulassung konfliktträchtiger Werbung in Betracht. Jedenfalls mit Blick auf die regelmäßig kurzfristige Emotionalisierung wegen abgelehnter Botschaften stellen sich diese Alternativmaßnahmen als nicht annähernd gleich effektiv dar, sodass die Verbotsergelenkung auch erforderlich ist.

dd) Angemessenheit

Die Angemessenheit staatlicher Maßnahmen ist gegeben, wenn bei einer Gesamtwürdigung die Schwere des Eingriffs in einem zumutbaren Verhältnis zur Bedeutung und Dringlichkeit des verfolgten Ziels steht. Mit Blick auf die zur Begründung des Eingriffs herangezogenen Regelungen spricht für die Zumutbarkeit, dass § 14 Abs. 1 OBG NRW durch die Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe sowie die Einräumung eines behördlichen Ermessensspielraums („können“) die Möglichkeit bietet, die im Einzelfall konfligierenden Interessen in einen sinnvollen Ausgleich zu bringen. Die Regelung ist daher auch angemessen und somit verhältnismäßig.

Korrekturhinweis: Auch im Rahmen einer Anfängerhausarbeit sind an dieser Stelle im Sinne der Schwerpunktsetzung keine vertieften Ausführungen erforderlich. Sofern gleichwohl schon auf fallbezogene Aspekte wie etwa das Vorliegen einer bloßen Berufsausübungsregelung eingegangen wird, ist dies unschädlich. Besonders aufmerksame Bearbeitungen könnten noch darauf eingehen, dass bzgl. der über § 14 Abs. 1 OBG NRW in Bezug genommenen Vorschriften der BOKraft gem. § 43 Abs. 1 die eingriffsmildernde Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmegenehmigungen besteht.

Die gesetzliche Eingriffsgrundlage genügt daher den grundgesetzlichen Schranken-Schranken und ist daher materiell und somit insgesamt verfassungsgemäß.

c) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung: Letztinstanzliche Gerichtsentscheidung

Korrekturhinweis: Wie bereits oben erwähnt, kann an dieser Stelle der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bezogen auf fachgerichtliche Entscheidungen wiederholt oder erstmals dargestellt werden. In jedem Fall gilt es, im Rahmen der Anwendung dieses Maßstabes zu erkennen, dass – entgegen der Ansicht des J – eine Prüfung, ob der Bibelvers tatbestandlich Werbung i.S.v. § 26 Abs. 2 BOKraft darstellt, gerade nicht erfolgt, zumal die behördliche Auslegung auch nicht willkürlich bzw. unvertretbar erscheint (zu diesen Ausnahmen siehe oben) und auch keine intensitätsbedingte Ausweitung des Prüfungsmaßstabs⁴⁹ angezeigt sein dürfte.

Auch die Gesetzesanwendung im Einzelfall, d.h. die gerichtliche Bestätigung der behördlichen Untersagungsverfügung, müsste verfassungsgemäß sein. Aufgrund der eingangs erörterten eingeschränkten Kontrollrechte des Bundesverfassungsgerichts bei der Überprüfung fachgerichtlicher Entschei-

⁴⁹ Zu den entsprechenden Fallgruppen siehe *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 708 ff.

dungen, beschränkt sich die Prüfung an dieser Stelle auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts durch die fehlerhafte Gewichtung der betroffenen Grundrechte.

Korrekturhinweis: Entsprechend den Ausführungen im Rahmen der Eingriffsprüfung, ist aufgrund der verfassungsprozessualen Ausgangslage prinzipiell nur das angegriffene Urteil als relevante Gesetzesanwendung anzusehen. Insoweit wird jedoch verbreitet im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung über den Aspekt der Bestätigung bzw. des Zu-eigen-Machens inhaltlich im Wesentlichen auf die behördliche Verfügung eingegangen. Diese Vorgehensweise konterkariert die o.g. prozessualen Vorgaben und missachtet tendenziell auch den vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Prüfungsrahmen, welcher sich grundsätzlich⁵⁰ nicht auf die Verhältnismäßigkeit bezieht⁵¹. Aus diesen Gründen wird nachfolgend anknüpfend an Teile der Literatur⁵² nur die Gewichtung der betroffenen Grundrechtspositionen durch die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung geprüft. Die Vornahme einer regulären Verhältnismäßigkeitsprüfung ist ebenfalls vertretbar, dürfte hinsichtlich der ersten drei Prüfungsschritte jedoch auf eine Wiederholung der vorigen Verhältnismäßigkeitsprüfung hinauslaufen⁵³, was ebenfalls für eine Entbehrlichkeit dieses Prüfungsteils spricht.

aa) Schwere der Betroffenheit des J

Zu klären ist zunächst, wie schwer die Berufsfreiheit des J infolge des gerichtlich bestätigten Verbots eines Bibelversaufklebers an seinem Taxi konkret beeinträchtigt ist. Die Intensität eines Grundrechtseingriffs hängt entscheidend vom betroffenen Freiheitsbereich, sowie der Dauer und dem Ausmaß der Beeinträchtigung ab.⁵⁴ Das Werbeverbot betrifft, wie oben dargelegt, den Bereich der Berufsausübung, welcher ausgehend von den vorliegend nicht unpassend erscheinenden Wertungen der Drei-Stufen-Theorie mit einer relativ geringen Eingriffsintensität verbunden ist. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass J den Beruf des Taxifahrers weiterhin ausüben darf und ihm i.R.d. § 26 Abs. 2 S. 1 BOKraft auch ein gewisser Spielraum zur individualisierenden Gestaltung seines Taxis als Betriebsmittels verbleibt.

Korrekturhinweis: An dieser Stelle oder auch unter cc) kann analog zur Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts in der Schächten-Entscheidung ergänzend auch auf die Betroffenheit der Religionsausübung als schutzverstärkendem Faktor eingegangen werden.⁵⁵ Gegen diese Vorgehens-

⁵⁰ Soweit in Entscheidungen mitunter trotzdem der Aspekt der Verhältnismäßigkeit erwähnt wird (etwa BVerfG NJW 2024, 1868 [1871] m.w.N.), indizieren die unterbleibenden Ausführungen zur Eignung und Erforderlichkeit der angegriffenen Entscheidungen die Relevanz nur der Verhältnismäßigkeit i.e.S.

⁵¹ Vgl. die Zusammenfassung bei Lenz/Hansel, in: Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl. 2024, § 90 Rn. 251ff.

⁵² Grundlegend Augsberg, in: Augsberg/Schwabenbauer, Klausurtraining Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2021, S. 75 ff.; vgl. aus der Falllösungspraxis auch Schneider, JuS 2025, 232 (236).

⁵³ Insbesondere erscheint es kaum vertretbar, im Rahmen der Erforderlichkeit auf die Erteilung einer Ausnahme-genehmigung zugunsten des J abzustellen, weil der Sachverhalt keine Angaben zu deren Beantragung enthält und hierdurch zudem der Prüfungsfokus vollständig von der Gerichts- auf die Behördenentscheidung verlagert wird.

⁵⁴ BVerfGE 113, 63 (80); Wienbracke, ZJS 2013, 148 (153).

⁵⁵ Hierfür tendenziell Goerlich/Zimmermann, JuS 2017, 446 (450); allg. zur Figur der Schutzverstärkung siehe etwa Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Vor Art. 1 Rn. 17a.

weise spricht jedoch das Fehlen verlässlicher Maßstäbe zur gutachterlichen Umsetzung und insbesondere die Gefahr einer Umgehung der qualifizierten Einschränkungsvoraussetzungen.⁵⁶

Für eine gesteigerte Eingriffsintensität lässt sich anführen, dass das streitgegenständliche Verbot dauerhaft und unabhängig von der konkreten Konfliktrichtigkeit der jeweiligen Botschaft gilt. Zudem macht J geltend, dass der Bibelaufkleber sein Markenzeichen geworden sei und ihm bei der befohlenen Entfernung daher betriebswirtschaftliche Nachteile entstünden. Wenngleich diese Einschätzung nicht gänzlich unplausibel erscheint, sind die behaupteten Konsequenzen aber nicht mal ansatzweise nachgewiesen. Zudem kann J sein Image als christlicher Taxifahrer auch unabhängig von der Gestaltung seines Taxis, etwa durch die Gestaltung seines eigenen Erscheinungsbildes oder auch über einen entsprechenden Auftritt in sozialen Netzwerken pflegen. Insgesamt wirkt der Eingriff in die Berufsfreiheit daher nicht besonders schwer.

bb) Geschützte Interessen

Auf der anderen Seite sind die Bedeutung sowie das Ausmaß der Betroffenheit bzw. Gefährdung der geschützten Rechtsgüter in den Blick zu nehmen. Das Verbot religiöser Werbung an Taxen dient, wie bereits gesagt, dem Schutz eines ungestörten Taxiverkehrs vor Konflikten aufgrund politischer oder religiöser Botschaften an Taxiständen oder sogar im laufenden Straßenverkehr. Hierbei handelt es sich aufgrund der Betroffenheit eines Teils der öffentlichen Daseinsvorsorge sowie des ebenso störungsempfindlichen wie auch gefährlichen Lebensbereichs des motorisierten Straßenverkehrs grundsätzlich um ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse.

Die konkrete Gefährdung des Straßen- bzw. Taxiverkehrs erscheint zunächst überschaubar. Hierfür sprechen zunächst die geringe Größe und unauffällige Gestaltung des streitgegenständlichen Aufklebers, welcher nur aus geringer Distanz und damit, gerade im fließenden Verkehr, nur von wenigen Personen inhaltlich wahrgenommen werden kann. Überdies ist nach den Sachverhaltsangaben davon auszugehen, dass sich am Bibelvers des J bislang noch keine Konflikte entzündet haben. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass die gegenwärtige weltpolitische Lage von (auch) religionsbezogenen Konflikten geprägt ist, welche sich situativ auch im Lebensbereich des deutschen Straßenverkehrs entladen können. Zudem wird man den präsentierten Bibelvers aufgrund des implizierten Absolutheitsanspruch auch nicht als völlig unkontrovers ansehen können.

Anmerkung: Abhängig von dem bei der Prüfung des legitimen Ziels gefundenen Ergebnis kann an dieser Stelle ggf. auch noch die Betroffenheit der negativen Religionsfreiheit bewertet werden.

cc) Gewichtung

Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen ist sodann zu klären, ob die vom letztinstanzlich zuständigen Gericht im Einklang mit der handelnden Verwaltungsbehörde angenommene Nachrangigkeit der Berufsfreiheit einen vertretbaren⁵⁷ Ausgleich der betroffenen (Grund-)Rechtspositionen darstellt. Aus der abstrakten Bewertung der jeweils bedeutenden Positionen folgt insoweit noch kein klares Ergebnis. Für ein Zurücktreten der Berufsfreiheit spricht indes, dass nur ein Teilausschnitt der

⁵⁶ Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, § 20 Rn. 422 f.

⁵⁷ Zur eingeschränkten Überprüfung der fachgerichtlichen Abwägung siehe zuletzt etwa BVerfG BeckRS 2023, 37236 Rn. 22; zu – hier nicht einschlägigen – Ausnahmen siehe Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 708 ff.

Berufsausübung betroffen ist und J prinzipiell weiterhin als (gläubiger) Taxifahrer seinen Lebensunterhalt bestreiten kann, sodass das Ausmaß der konkreten Betroffenheit geringfügig ist. Demgegenüber muss das dem gerichtlich bestätigten Werbeverbot zugrundeliegende Konfliktpotential religiöser Werbung⁵⁸ als nach wie vor aktuell angesehen werden, sodass die Durchsetzung des gesetzgeberischen Ziels dringend geboten erscheint. Soweit der Aufkleber des J in concreto noch nicht zu Auseinandersetzungen geführt hat, ist zu berücksichtigen, dass die Präsentationsdauer von wenigen Monaten einen relativ kurzen Zeitraum darstellt. Zudem sprechen aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen, namentlich die angespannte weltpolitische Lage sowie die realistische Möglichkeit einer viralen Verbreitung kontroverser Botschaften wie dem Bibelvers des J über soziale Netzwerke mit der eingehenden Gefahr der Konfliktentladung im realen Leben, für eine zutreffende Gewichtung der betroffenen Interessen durch das letztinstanzliche Gericht.

Die gerichtliche Bestätigung des Verbots religiöser Werbung führt folglich nicht zu einer übermäßigen Beschränkung der Berufsfreiheit des J⁵⁹ und stellt daher keine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dar.

Korrekturhinweis: Auch das gegenteilige Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

Auch die Gesetzesanwendung im Einzelfall war mithin verfassungsgemäß.

Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist somit gerechtfertigt und eine Verletzung des J in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG daher nicht gegeben.

II. Verletzung von Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

In Betracht kommt ferner eine Verletzung der Religionsfreiheit des J.

1. Anwendbarkeit (Grundrechtskonkurrenz)

Klärungsbedürftig erscheint zunächst die Anwendbarkeit der Religionsfreiheit neben dem soeben geprüften Grundrecht der Berufsfreiheit. Insoweit könnte entsprechend der Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Schächten⁶⁰ aufgrund einer Schwerpunkt Betrachtung die Spezialität bzw. Vorrangigkeit der Berufsfreiheit erwogen werden, wodurch eine selbstständige Prüfung der Religionsfreiheit ausgeschlossen wäre. Gegen eine solche Vorgehensweise spricht jedoch, dass der Umfang des Grundrechtsschutzes hierdurch ohne sachliche Rechtfertigung von subjektiven Wertungen abhängig gemacht wird.⁶¹ Auch in inhaltlicher Hinsicht unterscheidet sich die hiesige Konstellation von der des muslimischen Metzgers dahingehend, dass J ein religiöses Eigeninteresse geltend macht.⁶² Zudem dürfen durch die (gesetzlich nicht explizit vorgesehene) Annahme nachrangiger Grundrechte keine durch das Grundgesetz statuierten besonderen Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung umgangen werden, sodass im Sinne eines umfassenden Freiheitsschutzes

⁵⁸ Hierzu schon BVerfG BeckRS 1999, 23336 Rn. 3.

⁵⁹ Vgl. auch BVerfG BeckRS 1999, 23336 Rn. 3.

⁶⁰ BVerfGE 104, 337 ff.

⁶¹ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 12 Abs. 1 Rn. 274.

⁶² Zu diesem Argument bezogen auf das Schächten (mangels Berufung auf Eigenkonsum kein religiöses Interesse) Heimann, in: Heimann/Kirchhof/Waldhoff, Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2022, S. 129 (133).

mit der wohl herrschenden Meinung von der Idealkonkurrenz zwischen Berufs- und Religionsfreiheit auszugehen ist.⁶³

Korrekturhinweis: Zumindest überdurchschnittliche Bearbeitungen sollten sich kurz mit dem Konkurrenzverhältnis zwischen Religions- und Berufsfreiheit auseinandersetzen. Zwingend erforderlich sind entsprechende Ausführungen, sofern auf die Prüfung eines der beiden Grundrechte verzichtet wird. Bessere Bearbeitungen könnten noch in Betracht ziehen, die Belastungskumulationen der beiden Eingriffe im Rahmen einer Gesamtabwägung abzubilden.⁶⁴

Der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht in einem Nichtannahmebeschluss betreffend die Verfassungsbeschwerde gegen die vormalige Fassung der streitgegenständlichen Norm nicht explizit auf die Religionsfreiheit abgestellt hat⁶⁵, indiziert aufgrund der Besonderheit der gerichtlichen Praxis nicht zwingend die Irrelevanz anderer Grundrechte.⁶⁶

2. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht schützt Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG jedermann und damit auch J als natürliche Person.

b) Sachlicher Schutzbereich

Auch die Religionsfreiheit wird auf Schutzbereichsebene entgegen der in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG enthaltenen Differenzierung zur Vermeidung von Schutzlücken einheitlich verstanden.⁶⁷ Innerhalb der Religionsfreiheit wird zwischen „Forum Internum“ und „Forum Externum“ unterschieden: Im Rahmen des erstgenannten Bereichs wird die Freiheit innerer Vorgänge geschützt. Das „Forum Externum“ hingegen schützt das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln.⁶⁸

Das Christentum als Weltreligion stellt zweifellos einen geschützten Glauben dar. Klärungsbedürftig erscheint aber, inwieweit die Präsentation eines Bibelverses an seinem Dienstfahrzeug von dem gewährleisteten Schutz umfasst ist. Die Kundgabe religiöser Überzeugungen ist als wesentlicher Teil des Forum Externums geschützt und schließt die Präsentation von Symbolen ein.⁶⁹ Ferner umfasst der Schutz des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁰ auch konkret die Freiheit, für seinen Glauben zu werben, solange nicht durch die

⁶³ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 12 Abs. 1 Rn. 279; Wollenschläger, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 239 sowie nunmehr auch BVerfGE 153, 1 (33 ff.).

⁶⁴ Näher hierzu Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, § 20 Rn. 421 f.

⁶⁵ BVerfG BeckRS 1999, 23336.

⁶⁶ Vgl. auch die vorinstanzliche Entscheidung des BVerwG (NJW 1999, 805), in der religiöse Taxiwerbung „ohne weiteres“ als vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG umfasst angesehen wird.

⁶⁷ So das BVerfG in st.Rspr. seit BVerfGE 24, 236 (245 f.), siehe zuletzt BVerfGE 108, 282 (297) vgl. auch Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 308a ff.; Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 14 ff.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 108, 282 (297).

⁶⁹ Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 31.

⁷⁰ Grundlegend BVerfGE 12, 1 (4), in jüngerer Zeit bestätigt durch BVerfG NVwZ 2017, 461 (467 Rn. 102).

Nutzung von Gewalt, List oder Drohung der Rahmen lauterer geistiger Kommunikation verlassen wird. Der am Taxi des J aufgeklebte Bibelvers stellt eine symbolische Präsentation christlicher Botschaften im Rahmen geistiger Kommunikation dar und ist somit vom Forum Externum der Religionsfreiheit umfasst.

Korrekturhinweis: Besonders aufmerksame Bearbeitungen könnten an dieser Stelle (oder auch schon bei der Prüfung des Konkurrenzverhältnisses zur Berufsfreiheit) noch die Auswirkung des parallel verfolgten wirtschaftlichen Interesses des J hinterfragen. Die Rechtsprechung verlangt insoweit (v.a. in Bezug auf die korporative Betätigung), dass das Gewinnerzielungsinteresse nicht so deutlich überwiegt, dass der religiöse Bezug nur vorgeschoben erscheint⁷¹, was vorliegend nicht ersichtlich ist. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass im konkreten Fall nicht mittels einer (vorgeblich) religiösen Handlung Geld verdient werden soll⁷², sondern die Glaubenskundgabe eine abgrenzbare Begleiterscheinung des Erwerbsvorgangs darstellt.

Sofern Bearbeitungen problematisieren, inwieweit es über die subjektiv angenommene Verbindlichkeit hinaus auf die objektive (theologische) Gebotenheit der vorgenommenen Handlung ankommt⁷³, dürfte im Rahmen einer Hausarbeit zu erkennen sein, dass es aufgrund des im Matthäus-Evangelium (Kapitel 28, Verse 19–20) enthaltenen Missionsbefehls insoweit keiner vertieften Auseinandersetzung bedarf.

Somit ist der Schutzbereich der Religionsfreiheit auch in sachlicher Hinsicht und damit insgesamt eröffnet.

3. Eingriff

Das gerichtlich aufrechterhaltene Werbeverbot verkürzt zielgerichtet die Freiheit zur Kundgabe seines Glaubens in jeder Lebenslage und stellt deshalb entsprechend den obigen Ausführungen auch einen klassischen Eingriff in die Religionsfreiheit dar.

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch im oben genannten Sinne verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Einschränkung

Art. 4 GG enthält seinem Wortlaut nach keinen expliziten Gesetzesvorbehalt. Die durchaus naheliegend erscheinende Folgerung einer Uneinschränkbarkeit der Religionsfreiheit führt bei systematischer Betrachtung indes zu einem Widerspruch zur explizit als unantastbar bezeichneten Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und teleologisch zu dem praktisch untragbaren Ergebnis, dass unter Berufung auf die Religionsfreiheit selbst die Tötung anderer Menschen legitimiert werden könnte und überdies auch jedenfalls ein sinnvoller Ausgleich mit anderen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten wie etwa der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG) nicht realisiert werden könnte. Fraglich ist daher, wie sich die Einschränkung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG begründen lässt:

⁷¹ So unlängst (zur gleichermaßen geschützten Weltanschauungsfreiheit) BVerfG NVwZ 2017, 461 (466 f.); vgl. zum Ganzen auch Droege, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 76.

⁷² Vgl. hierzu BVerfGE 19, 129(133); BVerfG NJW 1998, 1166 (1167).

⁷³ Vgl. etwa Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 309 m.w.N. zur inzwischen gefestigten Rspr.

aa) Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV

Ein Gesetzesvorbehalt könnte zunächst in Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV vorgefunden werden. Diesem inkorporierten Verfassungsrecht könnte seinem Sinngehalt nach ein einfacher Gesetzesvorbehalt entnommen werden. Dafür spricht, dass Art. 136 Abs. 1 WRV aufgrund der in Art. 140 GG vorgenommenen Inkorporation formal vollgültiges Verfassungsrecht ist. Allerdings ist dagegen einzuwenden, dass die Beschränkung der Religionsausübung durch einfaches Gesetz ursprünglich in Art. 135 S. 3 WRV geregelt war. Diese Norm wurde aber gerade nicht in das Grundgesetz übernommen. Dies lässt vermuten, dass der verfassungsgebende Gesetzgeber diese Einschränkung gerade nicht wollte. Darüber hinaus sprechen auch systematische Gründe gegen einen einfachen Gesetzesvorbehalt. Zunächst sind die jeweiligen Beschränkungsmöglichkeiten ansonsten jeweils im konkreten Artikel lokalisiert, wie z.B. Art. 5 Abs. 2 GG als Schranke für die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG belegt. Zudem befindet sich Art. 136 Abs. 1 WRV wegen Art. 140 GG im XI. Abschnitt – Übergangs- und Schlussbestimmungen und nicht wie Art. 4 GG im I. Abschnitt – die Grundrechte. Letztendlich wären auch die Folgen eines einfachen Gesetzesvorbehalts, mit dem die Religionsfreiheit eingeschränkt werden könnte, nicht nachvollziehbar. Denn Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV sieht keine Beschränkungsmöglichkeit für die Weltanschauungs- oder Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG vor. Diese wären also in jedem Falle vorbehaltlos gewährleistet. Aufgrund des einheitlichen Schutzbereichs von Religion- und Weltanschauungsfreiheit wäre es wertungswidersprüchlich, unterschiedliche Gesetzesvorbehalte heranzuziehen, je nachdem, ob ein transzendentes Element vorhanden wäre oder nicht. Insgesamt sprechen nach hiesigem Verständnis die besseren Gründe dafür, dass die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG nicht dem einfachen Gesetzesvorbehalt aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV unterliegt.⁷⁴

Korrekturhinweis: In einer Hausarbeit wird auch von durchschnittlichen Bearbeitungen die Erörterung dieser immer noch umstrittenen Frage erwartet, wobei etwa unter Verweis auf ein systemwidriges Leerlaufen des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV oder die Erleichterung der Einschränkungsmöglichkeit als gebotene Reaktion auf die weite Schutzbereichsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht und der damit verbundenen ausufernden Mobilisierung verfassungsimmanenter Schranken⁷⁵ auch die Gegenauffassung⁷⁶ gut vertretbar ist.

Keiner Erwähnung mehr bedarf nach hiesiger Auffassung die bereits vor mehreren Jahrzehnten aufgrund systematischer Unhaltbarkeit zurecht abgelehnte⁷⁷ Idee einer Schrankenleihe.

bb) Verfassungsimmanente Schranken

Überzeugend ist schließlich der Ansatz, welcher zur Vermeidung der eingangs aufgezeigten Wertungswidersprüche und damit letztlich im Sinne der Einheit der Verfassung auch bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten von einer Einschränkung zugunsten kollidierender Verfassungs-

⁷⁴ So auch das BVerfG in st.Rspr. seit BVerfGE 33, 23 (30 f.); siehe überdies BVerwG BeckRS 2013, 57977 Rn. 11; Ehlers/Jasper, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 140 Rn. 4; Germann, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 4 Rn. 48 f.

⁷⁵ Vgl. die Kritik bei Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 20; Sauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Vor Art. 1 Rn. 159.

⁷⁶ BVerwG NJW 2001, 1225 (1226); Kingreen/Poscher, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 741; Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 4 Rn. 18; Sydow, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 4 Rn. 175; wohl auch Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 319.

⁷⁷ BVerfG NJW 1972, 327 (329).

güter (sog. verfassungsimmanenter Schranken) ausgeht.⁷⁸ Als geschütztes Gut von Verfassungsrang kann vorliegend daher nicht ohne weiteres erneut die Funktionsfähigkeit des Taxiverkehrs angeführt werden, sondern es bedarf einer normativen Anknüpfung des Schutzgutes an eine Bestimmung des Grundgesetzes. Denkbar erscheint insoweit ein Rückgriff auf die Kompetenzbestimmung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG, welche insbesondere die Abwehr drohender Gefahren für Teilnehmer des Straßenverkehrs umfasst.⁷⁹ Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass die Kompetenzbestimmungen der Art. 70 ff. GG über die Zuständigkeitsverteilung hinaus keine inhaltliche Aussage treffen⁸⁰ und die gleichwohl erfolgte Heranziehung solcher Normen durch die Rechtsprechung sich soweit ersichtlich im Sinne einer bereichsspezifischen Sonderdogmatik auf die strukturverschiedene Konstellation staatlichen Informationshandelns beschränkt.⁸¹ Soweit jedoch auch die Verhinderung von Auseinandersetzungen wegen politischer und religiöser Parolen an Steuern intendiert ist⁸², erscheint aufgrund des realistischen Drohens von Gewalttätigkeiten eine Anknüpfung an die staatliche Schutzpflicht⁸³ aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 bzw. Art. 14 GG möglich, sodass ein schützenswertes Interesse von Verfassungsrang vorliegt.

Korrekturhinweis: Entscheidend für die Bewertung ist an dieser Stelle vor allem die Demonstration von Problembewusstsein. Insofern sollte es als grundlegende Verkennung der Konstellation verfassungsimmanenter Schranken negativ ins Gewicht fallen, wenn hinsichtlich des Schutzgutes auf die verfassungsmäßige Unterfütterung verzichtet wird. Sofern eine solche versucht wird, dürfte entgegen dem hiesigen Vorschlag mit entsprechender Begründung auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG abgestellt und bzw. oder das Bestehen einer Schutzpflicht abgelehnt werden können.

Im Rahmen der Einschränkung zugunsten kollidierenden Verfassungsrechts gilt der grundsätzliche Vorbehalt des Gesetzes erst recht⁸⁴, sodass eine einfachgesetzliche Eingriffsgrundlage vonnöten ist. Eine solche ist entsprechend den obigen Ausführungen in § 14 Abs. 1 OBG NRW (i.V.m. § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft) zu erblicken.

b) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsgrundlage

Die zur Eingriffsbegründung herangezogenen Normen sind, wie oben dargelegt, verfassungsgemäß, insbesondere findet das Zitiergebot nach überwiegend gebilligter Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁸⁵ auch bei vorbehaltlosen Grundrechten keine Anwendung.

Korrekturhinweis: Auch insoweit kann mit Teilen der Literatur⁸⁶ Gegenteiliges vertreten werden.

⁷⁸ Ausführlich zum Ganzen sowie zu möglicher Kritik und Alternativen *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 79 ff.

⁷⁹ *Wittreck*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 108 m.w.N.

⁸⁰ So das Hauptargument der wohl h.L., vgl. *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 87; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 398; *Schoch*, NVwZ 2011, 193 (196).

⁸¹ Vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343 (344 f.) m.w.N.

⁸² BR-Drs. 294/89, S. 14.

⁸³ Allgemein hierzu und auch zur Aktivierungsschwelle siehe *Britz*, NVwZ 2023, 1449 ff.

⁸⁴ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 41. Aufl. 2025, Rn. 397 m.w.N.

⁸⁵ Vgl. (bezogen auf Art. 5 Abs. 3 GG) BVerfGE 83, 130 (154).

⁸⁶ Siehe etwa *Sachs/v. Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 30.

c) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung

Näherer Betrachtung bedarf indes noch die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung, d.h. die Frage, ob die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung auch dem Gewicht der Religionsfreiheit hinreichend Rechnung getragen hat.

Die durch das Werbeverbot betroffene Religionsfreiheit stellt ausweislich ihrer vorbehaltlosen Gewährleistung sowie ihrer identitätsstiftenden Funktion eine schon abstrakt besonders wichtige Gewährleistung dar. In konkreter Hinsicht spricht für ein erhöhtes Eingriffsgewicht, dass es J als Konsequenz der angegriffenen Gerichtsentscheidung während der Betätigung als Taxifahrer untersagt ist, für seinen Glauben zu werben. Diese Beeinträchtigung erweist sich aufgrund ihrer Dauer sowie des Sozialbezugs der vorgenommenen Tätigkeit als nicht unerheblich.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass das staatliche Handeln nur einen Teilausschnitt der Religionsausübung betrifft. Dies gilt zunächst insofern, als J, wie bereits erwähnt, nicht daran gehindert wird, außerhalb der Arbeitszeiten für seinen Glauben zu werben und somit keiner generellen Pflicht zur religiösen Neutralität unterliegt. Zudem bestehen sogar während der Betätigung als Taxifahrer Möglichkeiten, seinen Glauben auszuleben. Namentlich das Tragen sichtbarer religiöser Symbole am Körper wurde von den staatlichen Institutionen im Einklang mit dem eindeutig sachbezogenen Zuschnitt des § 26 Abs. 2 S. 2 BOKraft nicht beanstandet. Ebenfalls wird J vom Staat nicht daran gehindert, in Gesprächen mit Fahrgästen für seinen Glauben zu werben. J verbleibt damit noch ein Raum für die religiöse Entfaltung auch in der beruflichen Lebenslage, sodass sich das gerichtlich bestätigte Verbot im Ergebnis nur geringfügig auswirkt.⁸⁷

Aus diesem Grund stellt die gerichtliche Annahme des Überwiegens der entsprechend den obigen Ausführungen dringend gebotenen Sicherung des Taxiverkehrs sowie der damit zusammenhängenden Verfassungsziele keine mangelhafte Gewichtung der Religionsfreiheit des J dar.

Korrekturhinweis: Auch insoweit erscheint die Gegenauffassung noch vertretbar.

Die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung ist somit mangels Verletzung spezifischen Verfassungsrechts verfassungsgemäß.

Auch der Eingriff in die Religionsfreiheit ist mithin gerechtfertigt, weshalb eine Grundrechtsverletzung insoweit ebenfalls nicht gegeben ist.

III. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

Es könnte sodann noch eine Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG erwogen werden. Diese schützt nach einer gängigen Formel des Bundesverfassungsgerichts⁸⁸ in Abgrenzung zur erwerbsbezogenen Berufsfreiheit das Erworben, d.h. den Bestand der einer Person durch die Rechtsordnung zur eigenverantwortlichen Nutzung zugewiesenen vermögenswerten Rechte.⁸⁹ Anknüpfungspunkt einer Grundrechtsbeeinträchtigung könnte hier die Vorgabe zur Nutzung des im Sacheigentum des J stehenden Fahrzeugs sein. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass ein Großteil aller menschlichen Verhaltensweisen den Eigentumsgebrauch einschließt. Um zu vermeiden, dass die Eigentumsgarantie zu einem zweiten Auffanggrundrecht wird, ist daher eine Schutzbereichsabgrenzung in dem Sinne vorzunehmen, dass Art. 14 Abs. 1 GG nur dann (mit-)betroffen ist, wenn das

⁸⁷ Ähnlich im Ergebnis auch BVerfG NJW 1999, 805.

⁸⁸ BVerfGE 30, 292 (335).

⁸⁹ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 447.

Eingriffsziel gerade die Beeinträchtigung der fraglichen Nutzungsmöglichkeit ist⁹⁰ oder vermögenswerte Aspekte der Eigentumsnutzung im Vordergrund stehen⁹¹. Vorliegend bezweckt das staatliche Handeln nicht primär die Unterbindung der kommerziellen Nutzung des PKW als Beförderungsmittel, sondern zielt auf die Regelung seiner äußeren Gestaltung ab. Dieser Aspekt dürfte indes auch unter Berücksichtigung des von J behaupteten Wiedererkennungswertes keinen vermögenswerten Aspekt darstellen und deshalb von den oben geprüften Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG mitumfasst sein. Eine Verletzung der Eigentumsfreiheit scheidet daher aus.⁹²

Korrekturhinweis: Mit guter Argumentation dürfte hier auch die Annahme von Idealkonkurrenz vertretbar sein. Eine Erörterung der Streitfrage, inwieweit das Recht am Gewerbebetrieb von Art. 14 Abs. 1 GG mitumfasst ist, dürfte hier mangels hinreichend substantiierter Sachverhaltsangaben etwa zur Kausalität und Höhe der befürchteten Gewinneinbußen nicht zwingend veranlasst sein. Erfolgen hierzu gleichwohl Ausführungen, sollte dies honoriert werden, solange dabei keine Überdehnung des Sachverhaltes erfolgt und erkannt wird, dass die h.M. einen derartigen Schutzgehalt ablehnt und ein gegenteiliges Ergebnis daher besonders ausführlicher Begründung bedürfte.

IV. Verletzung sonstiger spezieller Freiheitsgrundrechte

Hinsichtlich der Verbreitung religiöser Stellungnahmen dürfte die Religionsfreiheit im Verhältnis zur Meinungsfreiheit das speziellere und auch schutzintensivere Grundrecht sein, sodass Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG insoweit zurücktritt.⁹³

Korrekturhinweis: Mit entsprechender Begründung kann auch Idealkonkurrenz angenommen werden.⁹⁴

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt (nur) solche Persönlichkeitsbetätigungen, „die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen“⁹⁵. Die vorliegend in Rede stehende Entfaltung der Persönlichkeit durch selbstbestimmte erwerbswirtschaftliche Betätigung und glaubensgeleitetes Handeln wird, wie oben dargelegt, umfassend durch die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 bzw. 12 Abs. 1 GG geschützt, weshalb es keiner ergänzenden Heranziehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedarf.

V. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

Die als Auffanggrundrecht konzipierte allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG tritt wegen der Eröffnung des Schutzbereichs der speziellen Freiheitsgrundrechte aus Art. 4 bzw. 12 GG im Wege der Subsidiarität zurück.

⁹⁰ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 455.

⁹¹ Axer, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 14 Rn. 31.

⁹² So im Ergebnis auch VG Berlin NVwZ 1995, 822 (824).

⁹³ Siehe etwa *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 92. Lfg., Stand: August 2020, Art. 4 Rn. 247; Das BVerfG (BeckRS 1999, 23336 Rn. 3) lehnt eine Verletzung der Meinungsfreiheit ohne Begründung ab.

⁹⁴ Die Relevanz der Meinungs- gegenüber der Berufsfreiheit betont etwa *Hufen*, JuS 2000, 83 (83).

⁹⁵ BVerfGE 101, 361 (380) m.w.N.

Korrekturhinweis: Der vorstehende Hinweis erscheint zum Beleg des Verständnisses der Subsidiarität sinnvoll, ist aber nicht zwingend erforderlich. Negativ ins Gewicht fallen muss die ausführliche Prüfung der allgemeinen Handlungsfreiheit im Falle der vorherigen Annahme der Eröffnung des Schutzbereichs eines besonderen Freiheitsrechts.

VI. Ergebnis

Die letztinstanzliche Gerichtsentscheidung verletzt J nicht in seinen Grundrechten. Die Verfassungsbeschwerde des J ist mithin unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

Examensübungsklausur: Verwaltungsprozessrecht und Gewerberecht – Nachts im Museum

Wiss. Mitarbeiter Tim Lehmann, Berlin^{*}

Diese Examensübungsklausur entstammt einer leicht modifizierten und um eine Abwandlung ergänzten Schwerpunktlausur im Öffentlichen Wirtschaftsrecht. Sie kombiniert das im Gewerberecht klassische Problem des Vorliegens eines Bewachungsgewerbes bei einer eher passiven Tätigkeit mit aktuellen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zur Unzuverlässigkeit im Bewachungsgewerbe. Entscheidend ist ein gewissenhafter Umgang mit den unbekannten Normen des Gewerberechts.

Sachverhalt

Inspiziert von der Filmreihe „Nachts im Museum“ möchte T nach mehreren Anstellungen bei privaten Sicherheitsunternehmen den Schritt in die Selbstständigkeit wagen. Deshalb gründet er im Oktober 2024 eine „Museumswächter-Agentur“ im Berliner Bezirk Treptow-Köpenick. Ein Büro unterhält T nicht. Allerdings hat er eigens für seine „Museumswächter-Agentur“ eine Website eingerichtet, auf der er unter Angabe seiner Telefonnummer seine Dienste als „Nachtwächter für Museen jedweder Art“ bewirbt. Das Geschäft läuft zunächst schleppend an. Nach einigen Monaten erhält er jedoch unverhofft einen Auftrag eines lokalen Naturkundemuseums, das auf seine Website und seine guten Referenzen aufmerksam geworden ist. Das Naturkundemuseum ist in letzter Zeit vermehrt Opfer von nächtlichen Diebstählen und Vandalismus geworden und sucht nun eine*n Nachtwächter*in. Angesichts knapper Geldmittel möchte das Naturkundemuseum anstelle eines privaten Sicherheitsunternehmens gerne T als „freien Mitarbeiter“ beauftragen und lässt ihm bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit weitestgehend freie Hand. Zentral für das Naturkundemuseum ist lediglich, dass T bei Auffälligkeiten während seines Nachtdienstes unverzüglich die Polizei informiert und für diese dann als Ansprechpartner vor Ort fungiert. T sitzt überwiegend in einem kleinen Büro im Eingangsbereich des Museums und wechselt nur gelegentlich den Raum. Systematische Patrouillengänge beinhaltet das „Überwachungskonzept“ des T nicht. Er untersucht allerdings regelmäßig die Fenster und Türen auf Einbruchspuren und überprüft die Überwachungskameras. T erzielt durch seine Tätigkeit für das Naturkundemuseum Einkünfte, die für einen durchschnittlichen Lebensstandard genügen. Zu weiteren Vorfällen kommt es in den nächsten Monaten nicht mehr. Das Naturkundemuseum zeigt sich deshalb überaus zufrieden und versichert T, dass er bis zum Erhalt neuer Aufträge weiterhin dort tätig sein dürfe. Auf Anraten einer Freundin stellt T zudem einen Antrag auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis, auch wenn er selbst nicht davon ausgeht, ein erlaubnispflichtiges Gewerbe zu betreiben.

Einige Zeit später wird T jedoch von seiner Vergangenheit eingeholt: Im Januar 2020 ging Ts Beziehung zu O zu Bruch. O machte ihm mehrfach klar, dass für sie die Beziehung vorbei sei. T wollte davon aber nichts wissen. Als sich Ts Verhalten auch nach mehreren Monaten nicht besserte, erwirkte O im April 2020 den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 4, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b Gewaltschutzgesetz vor dem zuständigen Amtsgericht. Dennoch schrieb T seiner ehe-

^{*} Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand an der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Siegel und lehrt im Schwerpunktbereich zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht.

maligen Lebensgefährtin einige Tage später eine SMS, in der er äußerte, dass das Ganze für O „kein gutes Ende nehmen“ und sie „für alles bezahlen“ werde. Wegen dieses Verstoßes gegen das Kontaktverbot wurde T im Oktober 2020 zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz verurteilt. Anschließend unternahm T keine weiteren Kontaktversuche in Richtung der O, wies aber jegliches Fehlverhalten von sich und warf O vor, in diesem Zusammenhang falsche Angaben getätigt zu haben. Ausweislich des Schlussberichts der Polizei ging diese nach Auswertung des Sachverhalts von einem hohen Gefahrenpotenzial für Leib und Leben der O aus.

Im März 2025 erhält das zuständige Bezirksamt Treptow-Köpenick einen Hinweis darauf, dass sich T trotz der Verurteilung nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz mit seiner „Museumswächter-Agentur“ selbstständig gemacht hat. Sie schickt T daraufhin einen mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Brief, in dem sie formell rechtmäßig die Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO anordnet. Zur Begründung führt sie aus, dass T die „Museumswächter-Agentur“ ohne Erlaubnis betreibe, obwohl T gewerbsmäßig das Eigentum fremder Personen bewache und daher eine Erlaubnis nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO erforderlich sei. Anders als im Falle des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO rechtfertige allein die fehlende Erlaubnis die Schließung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Zwar sei sie sich bewusst, dass die „Museumswächter-Agentur“ die einzige Erwerbsquelle des T darstelle. Doch könne die Behörde dem T die Gewerbeerlaubnis ohnehin nicht erteilen, weil das Verhalten des T gegenüber O zeige, dass er nicht die notwendige Zuverlässigkeit für das Bewachungsgewerbe aufweise. Sollten tatsächlich einmal Einbrecher*innen in eines der von ihm bewachten Museen eindringen wollen, sei ein besonnenes und kontrolliertes Auftreten erforderlich, damit die Situation nicht eskaliere. Ts früheres Verhalten ließe aber eher erwarten, dass er die Gewaltbereitschaft der Einbrecher*innen verstärke, anstatt den Konflikt gewaltfrei zu lösen.

T fällt aus allen Wolken, als er den besagten, am 8.4.2025 zur Post aufgegebenen Brief am 9.4.2025 in seinem Briefkasten auffindet. Daraufhin erhebt er am 12.5.2025 formgemäß Widerspruch gegen die Gewerbeuntersagung beim Bezirksamt Treptow-Köpenick. In diesem führt er aus, dass eine Tätigkeit für lediglich einen Auftraggeber kein Gewerbe sei. Nur weil er seinen Auftraggeber vor Einbrüchen schützen möchte, nehme er auch noch keine Bewachung vor. Schließlich überwache er nicht systematisch das gesamte Museum, sondern halte sich einfach den Großteil der Nacht passiv in seinem Büro auf. Mangels erlaubnispflichtiger Tätigkeit dürfe die Behörde daher keine Untersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO verfügen. Selbst wenn seine „Museumswächter-Agentur“ erlaubnispflichtig sei, dürfe die Behörde den ihr zustehenden Spielraum nicht für eine solche Gewerbeuntersagung nutzen. Das Verhalten gegenüber seiner ehemaligen Lebensgefährtin habe nichts mit seinen beruflichen Kompetenzen zu tun. Außerdem sei das Ganze auch schon „verdammt lang her“. In seiner neuen Beziehung habe er – was zutrifft – solches Verhalten nicht wieder an den Tag gelegt. Wenn ihm aber die bereits beantragte Erlaubnis ohnehin nicht wegen Unzuverlässigkeit versagt werden dürfe, sei die Gewerbeuntersagung mit seiner Berufsfreiheit nicht zu vereinbaren.

Das Bezirksamt Treptow-Köpenick hilft dem Widerspruch jedoch nicht ab und erlässt stattdessen einen Widerspruchsbescheid, der die Gewerbeuntersagung bestätigt. Anschließend erhebt T Klage vor dem Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, die Gewerbeuntersagung aufzuheben.

Fallfrage

Wird die Klage des T Erfolg haben? Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

Abwandlung

T entschließt sich dazu, anstelle seines Traums von einer „Museumswächter-Agentur“ lieber eine neue Anstellung bei einem anderen privaten Sicherheitsunternehmen anzunehmen. Nachdem das zuständige Bezirksamt von Ts Neuanstellung erfahren hat, holt dieses zur Überprüfung der Zuverlässigkeit des T eine unbeschränkte Auskunft nach § 41 Abs. 1 Nr. 9 des Bundeszentralregistergesetzes i.S.d. § 34a Abs. 1a S. 3 GewO ein. Diese Auskunft ergibt, dass T wegen des Verstoßes gegen das Kontaktverbot gegenüber O im Oktober 2020 zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz verurteilt wurde. Das Bezirksamt stellt aus diesem Grund in einem Schreiben gegenüber dem Arbeitgeber des T fest, dass T nicht die erforderliche Zuverlässigkeit als Wachperson nach § 34a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 GewO aufweise. Als T davon erfährt, ist er erzürnt. Aus § 34a Abs. 3 GewO ergebe sich keine Befugnis des Bezirksamts, seinem Arbeitgeber eine Rechtsauffassung auf Grundlage einer bloß vorläufigen internen Prüfung mitzuteilen. Nach einem in der Sache erfolglosem Vorverfahren erhebt T Klage zum Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, das Schreiben an seinen Arbeitgeber mit der Feststellung seiner vermeintlichen Unzuverlässigkeit aus der Welt zu schaffen.

Fallfrage

Welche Klageart ist statthaft?

Bearbeitungsvermerk

1. Gehen Sie davon aus, dass das Kontaktverbot nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 4, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b Gewaltschutzgesetz und die strafgerichtliche Verurteilung nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz *rechtmäßig* sind. Gehen Sie weiterhin davon aus, dass alle relevanten Vorschriften *verfassungsgemäß* sind.
2. Unterstellen Sie, dass andere Versagungsgründe als § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO und andere Erlaubnistatbestände als § 34a Abs. 1 S. 1 GewO *nicht* in Betracht kommen.
3. Normen des StGB und des ASOG Bln. sind *nicht* zu prüfen.
4. Die Bewachungsverordnung ist in der Prüfung *nicht* zu berücksichtigen.
5. Auf die nachfolgend abgedruckten Vorschriften des Gewaltschutzgesetzes wird hingewiesen. Auf andere Normen aus dem Gewaltschutzgesetz kommt es für die Fallbearbeitung *nicht* an.

Auszug aus dem Gewaltschutzgesetz

§ 1 Gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen

(1) Hat eine Person vorsätzlich den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person widerrechtlich verletzt, hat das Gericht auf Antrag der verletzten Person die zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Anordnungen sollen befristet werden; die Frist kann verlängert werden. Das Gericht kann insbesondere anordnen, dass der Täter es unterlässt,

[...]

4. Verbindung zur verletzten Person, auch unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, aufzunehmen,

[...]

soweit dies nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn

2. eine Person widerrechtlich und vorsätzlich

[...]

b) eine andere Person dadurch unzumutbar belästigt, dass sie ihr gegen den ausdrücklich erklärten Willen wiederholt nachstellt oder sie unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln verfolgt.

[...]

§ 4 Strafvorschriften

Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer bestimmten vollstreckbaren

1. Anordnung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 oder 3, jeweils auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 1, zuwiderhandelt.

[...]

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit des Ausgangsfalls	840
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)	840
II. Statthafte Klageart	840
III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)	841
IV. Ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführtes Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO)	841
V. Klagfrist (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO)	841
VI. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen	842
VII. Zwischenergebnis	842
B. Begründetheit des Ausgangsfalls	842
I. Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung	842
1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage	842
2. Formelle Rechtmäßigkeit	842
3. Materielle Rechtmäßigkeit	842
a) Tatbestand	843
aa) Zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe	843
bb) Fehlende Zulassung	846
cc) Richtige*r Adressat*in	846
dd) Zwischenergebnis	846
b) Rechtsfolge	846
II. Zwischenergebnis	849
C. Ergebnis des Ausgangsfalls	849
Abwandlung	849
I. Regelungswirkung der Unzuverlässigkeitsfeststellung	850

II. Unzuverlässigkeitsfeststellung als Verwaltungsakt im formellen Sinne.....	851
III. Ergebnis der Abwandlung	852

Die Klage des T vor dem Verwaltungsgericht Berlin wird Erfolg haben, soweit sie zulässig (A.) und begründet ist (B.).

A. Zulässigkeit des Ausgangsfalls

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO dann der Fall, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist.

Die Entscheidung, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Streitigkeit handelt, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus welchem die vom Kläger begehrte Rechtsfolge abgeleitet wird. Mit der Sonderrechtstheorie¹ (auch: modifizierte Subjektstheorie) handelt es sich danach um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen, aus denen sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge ergibt, einen Hoheitsträger als solchen einseitig berechtigen oder verpflichten. T begehrt die Aufhebung der Gewerbeuntersagung. Streitentscheidend für die Frage, ob die Gewerbeuntersagung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Diese Norm berechtigt gerade die zuständige Behörde als solche, einseitig eine Gewerbeuntersagung zu verfügen. Mithin ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich.

Im Kern des Rechtsstreits geht es nicht um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solchem (sog. materielle Subjektstheorie²), weshalb diese Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art ist. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Deshalb ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich maßgeblich nach dem klägerischen Begehren, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Hier könnte die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft sein. Dafür müsste T die Aufhebung eines Verwaltungsaktes durch das Gericht begehren. T begehrt die gerichtliche Aufhebung der Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Bei der Gewerbeuntersagung handelt es sich um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. Demnach ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthafte Klageart.

¹ Zu den Abgrenzungstheorien *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1323 ff.; *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2024, Rn. 31 ff.

² Die Literatur (*Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1327) geht zwar in Teilen davon aus, dass die Formel von der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ im Grundsatz weiterhin anzuerkennen ist. Spätestens seit dem eindeutigen Bekenntnis des BVerwG (NVwZ 2025, 856 [858 f. Rn. 20, 25]) zur materiellen Subjektstheorie ist von der Anwendung der Formel von der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ in der Klausur jedoch Abstand zu nehmen.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Zudem müsste T klagebefugt sein (§ 42 Abs. 2 VwGO). Dies ist dann der Fall, wenn er geltend macht, durch die Gewerbeuntersagung in seinen Rechten verletzt zu sein. Dafür genügt bereits die Möglichkeit einer solchen Rechtsverletzung. Hier erscheint nicht unter jedem erdenklichen Gesichtspunkt ausgeschlossen, dass die Gewerbeuntersagung T in seiner Gewerbefreiheit aus § 1 Abs. 1 GewO verletzt. Hilfsweise ist angesichts einer anzunehmenden subjektiv berufsregelnden Tendenz der Gewerbeuntersagung auf eine potenzielle Verletzung seiner grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, subsidiär auf eine potenzielle Verletzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (sog. Adressatentheorie)³ abzustellen. Damit ist T klagebefugt.

IV. Ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführtes Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO)

Zudem müsste T das nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO bei Anfechtungsklagen grds. statthafte und hier nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO entbehrliche Vorverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführt haben. Dies setzt nach §§ 69, 70 Abs. 1 S. 1 VwGO eine form- und fristgemäße Erhebung eines Widerspruchs bei der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, voraus. Von der Einhaltung der Schriftform ist laut Sachverhalt auszugehen. Das Bezirksamt Treptow-Köpenick hat die Gewerbeuntersagung erlassen.

Allerdings müsste T den Widerspruch auch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe erhoben haben (§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO). Nach § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am vierten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (sog. Vier-Tages-Fiktion). Die Gewerbeuntersagung wurde am 8.4.2025 zur Post aufgegeben. Damit gilt sie am 12.4.2025 als bekannt gegeben.⁴ Dem steht auch nicht entgegen, dass die Gewerbeuntersagung T bereits am 9.4.2025 zugeing (arg. e contr. § 41 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln.).⁵ Fristbeginn ist somit nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB der 13.4.2025.⁶ Fristende ist nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB der 12.5.2025. Damit war die Erhebung des Widerspruchs am 13.5.2025 fristgemäß.

Dem Widerspruch wurde nicht abgeholfen, weswegen er auch erfolglos war. Damit wurde das Vorverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführt.

V. Klagefrist (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Mangels anderweitiger Hinweise im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Anfechtungsklage des T innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben wurde (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO).

³ BVerwG NJW 1988, 2752 f.; Wysk, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 42 Rn. 128.

⁴ Bei der Berechnung der Vier-Tages-Fiktion ist nach herrschender Auffassung nicht maßgeblich, dass der 12.4.2025 auf einen Samstag fällt; § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO finden keine Anwendung: krit. Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.4.2026, § 41 Rn. 70 m.w.N.

⁵ Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.4.2026, § 41 Rn. 71.

⁶ Zwar ist strittig, ob sich die Berechnung der Widerspruchsfrist nach § 57 Abs. 2 VwGO oder nach § 31 Abs. 1 VwVfG richtet, der Streit ist letztlich aber nicht entscheidungserheblich, weil jeweils die BGB-Vorschriften entsprechende Anwendung finden: Kimmel, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2026, § 57 Rn. 2.

VI. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zuständiges Gericht ist nach §§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO i.V.m. § 5 S. 1 JustG Bln. das VG Berlin.

Angesichts einer in Berlin fehlenden Regelung i.S.d. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist das Land Berlin als Rechtsträger des Bezirksamtes Treptow-Köpenick richtiger Klagegegner nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

Als natürliche Person ist T nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin als Gebietskörperschaft und damit juristische Person des öffentlichen Rechts richtet sich nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

Die Prozessfähigkeit des T ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Das Land Berlin ist als juristische Person nach § 62 Abs. 3 VwGO (ggf. analog)⁷ prozessfähig und handelt durch seine gesetzlichen Vertreter.

Die Postulationsfähigkeit des T, also die Fähigkeit, ohne Vertretung am Verwaltungsprozess teilzunehmen, ergibt sich aus § 67 Abs. 1 VwGO.

Mangels anderweitiger Hinweise im Sachverhalt ist von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung durch T nach §§ 81 f. VwGO auszugehen.

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist indiziert.

VII. Zwischenergebnis

Die Klage des T ist zulässig.

B. Begründetheit des Ausgangsfalls

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit die Gewerbeuntersagung rechtswidrig und T dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig, soweit sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht (1.) und formell (2.) wie materiell rechtmäßig (3.) ist.

1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage

Taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Gewerbeuntersagung ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Gewerbeuntersagung ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Gewerbeuntersagung ist ferner materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen (Tatbestand, a)) und die Behörde eine ordnungsgemäße Rechtsfolge gewählt hat (b)).

⁷ Nach h.M. gilt § 62 Abs. 3 VwGO auch für juristische Personen: *Buchheister*, in: *Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 4. Aufl. 2025, § 62 Rn. 7.

a) Tatbestand

aa) Zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe

T müsste zunächst ein stehendes Gewerbe betreiben, das der Zulassung bedarf.

Hinweis: Vertiefte Kenntnisse zum Gewerbebegriff sind keineswegs erwartbar, aber zu honorieren. Doch selbst von durchschnittlichen Bearbeiter*innen ist zu erwarten, dass sie die zum Pflichtfachstoff des Handelsrechts gehörende Gewerbefinition als Vorlage nutzen, um eine eigenständige Gewerbefinition für das dem Öffentlichen Recht zugehörige Gewerberecht zu entwickeln.

Unter einem Gewerbe versteht man jede erlaubte selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit, die dauerhaft und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird (Gewerbsmäßigkeit), mit Ausnahme der Urproduktion, freier Berufe und der bloßen Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens (Gewerbsfähigkeit).⁸

Dass T bisher nur einen Auftraggeber hat, lässt insbesondere an der Dauerhaftigkeit und der Selbstständigkeit zweifeln.

Dauerhaftigkeit meint eine erkennbare Wiederholungs- und Fortsetzungsabsicht.⁹ Die „Museumswächter-Agentur“ betreibt T bereits seit mehreren Monaten und möchte sie auch – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – in Zukunft weiter betreiben. Zwar erscheint es angesichts der Äußerungen des Naturkundemuseums naheliegend, dass die dortige Tätigkeit des T nicht unbegrenzt weitergehen wird. T will aber für die Zukunft weitere Auftraggeber*innen akquirieren. Mithin ist die Tätigkeit des T durch Dauerhaftigkeit gekennzeichnet.

Selbstständig ist, wer im Außenverhältnis auf eigene Rechnung und eigene Gefahr im eigenen Namen auftritt und im Innenverhältnis in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit eigenverantwortlich handelt (im Gegensatz zu Arbeitnehmer*in).¹⁰ T betreibt die „Museumswächter-Agentur“ allein und ist in keiner Weise von einer anderen Person abhängig. Allein der Umstand, dass er bisher nur einen Auftraggeber hat, begründet angesichts der weitestgehenden Entscheidungsfreiheit noch keine abhängige Beschäftigung. Zwar macht das Naturkundemuseum dem T inhaltliche Vorgaben, etwa zu seinem Verhalten beim Melden von Auffälligkeiten. Doch dass die Wünsche des Auftraggebers bei der Ausführung der Tätigkeit Berücksichtigung finden und T deshalb seine Entscheidungen an die Bedürfnisse des Auftraggebers anpassen muss, ist auch bei selbstständigen Tätigkeiten nicht ungewöhnlich. T handelt deshalb selbstständig.

T betreibt mit der „Museumswächter-Agentur“ daher ein Gewerbe.

Stehend ist wiederum jedes Gewerbe, das kein Markt- (§§ 64 ff. GewO) oder Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO) ist. Ein Reisegewerbe betreibt insbesondere, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung ohne eine gewerbliche Niederlassung Leistungen anbietet (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO). Fraglich erscheint hier insbesondere, ob T seine Leistungen ohne vorhergehende Bestellung anbietet. Unter einer Bestellung versteht man im Sinne des Schutzzweckes des Reisegewerberechts,

⁸ BVerwG NVwZ 2003, 603 f.; Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 12; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 4.

⁹ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 18; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 12.

¹⁰ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 20 f.; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 13 f.

Verbraucher*innen vor Überrumpelung zu schützen, die der Initiative der Kund*innen zurechenbare Aufforderung zum Geschäftsabschluss.¹¹

T hat durch seine Website und den damit einhergehenden Werbeeffect zwar den Auftrag des Naturkundemuseums „provoziert“. Jedoch konnte das Naturkundemuseum ohne die Gefahr der Überrumpelung selbst entscheiden, ob es auf das Angebot des T eingeht und ihn kontaktiert oder nicht. Im Gegensatz zu einer persönlichen Ansprache potenzieller Kund*innen wirkt digitale Werbung nicht derartig auf die Entscheidungsfreiheit der potenziellen Kund*innen ein, dass die Initiative des Geschäftsabschlusses nicht mehr diesen zuzurechnen wäre.¹² Wegen der vorhergehenden Bestellung betreibt T daher kein Reisegewerbe.

Anhaltspunkte für ein Marktgewerbe bestehen ebenfalls nicht.

Bei diesem Gewerbe handelt es sich mithin um ein stehendes Gewerbe.

Hinweis: Sofern die Studierenden für die Qualifizierung eines stehenden Gewerbes ausgehend vom Wortlautverständnis „stehend“ entgegen der h.M. nicht systematisch zu den anderen Gewerbearten abgrenzen, sondern einen festen, gewerblichen Mittelpunkt voraussetzen, müssen sie diskutieren, welche Qualität dieser Mittelpunkt aufweisen muss. Sofern die Angabe einer Telefonnummer als ausreichend erachtet wird, unterscheidet sich die weitere Prüfung nicht. Sofern jedoch eine betriebsnotwendige Infrastruktur, wie z.B. ein Büro, verlangt wird, wäre der Anwendungsbereich der GewO nicht eröffnet, sodass die weitere Prüfung im Hilfsgutachten erfolgen müsste.

Dieses Gewerbe ist nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO zulassungspflichtig, wenn T gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewacht. Problematisch erscheint vor allem, ob T mit seiner weitestgehend passiven Tätigkeit als Museumswächter bereits eine Bewachungstätigkeit ausübt. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung des Begriffs „bewachen“ zu ermitteln.

Dem Wortlaut nach setzt Bewachen voraus, aktiv eine Obhutstätigkeit auszuüben, also darauf aufzupassen, dass nichts passiert, was aus der Sicht des*der zu Schützenden nicht geschehen soll oder nicht erlaubt ist.¹³ Zusätzlich wird es nach überwiegender Auffassung als erforderlich angesehen, dass das Aufpassen darauf, dass etwa Sachen vor dem Abhandenkommen geschützt werden, um seiner selbst willen ausgeübt werde.¹⁴ Demnach könne man bei Tätigkeiten, die nur zufällig oder höchst mittelbar der Abwehr von Gefahren für die schützenden Güter dienen, daran zweifeln, ob dem Wortlaut nach noch ein Bewachen vorliege.¹⁵ T ist hier in dem Museum gerade aus dem Grund tätig, die Exponate des Museums vor Diebstählen und Vandalismus zu schützen. Zu diesem Zweck nimmt er über das bloße Verweilen in seinem Büro auch aktive Tätigkeiten vor. So untersucht er regelmäßig die Fenster und Türen auf Einbruchspuren und überprüft die Überwachungskameras. Gelegentlich wechselt er sogar den Raum. Auch wenn er keine Patrouillengänge vornimmt, die eindeutig ein Aufpassen um des Aufpassens willen begründen würden, so ist doch der Zweck zumindest eines Teils seiner Tätigkeiten, Einbrüche durch aktives Verhalten zu verhindern. T verhält sich also weder die gesamte Nachtzeit über passiv noch ist das Ausbleiben weiterer Einbrüche reiner Zufall. Vielmehr

¹¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 73.

¹² Zumindest soweit diese Werbung ihrerseits mit geltendem Verbraucherschutzrecht in Einklang steht. Vgl. zur Diskussion der sog. „provozierten Bestellungen“ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2025, § 55 Rn. 39.

¹³ Thiel, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 34a Rn. 6.

¹⁴ Zumindest in der Rechtsprechung ist dies seit längerer Zeit als herrschende Auffassung anzusehen, statt vieler OVG Koblenz NVwZ-RR 1989, 73.

¹⁵ OVG Koblenz NVwZ-RR 1989, 73 f.

besteht die Tätigkeit des T aus aktiven Handlungen, die um des Aufpassens willen vorgenommen. Die Tätigkeit des T unterfällt damit dem Wortlaut des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO.

Mit Blick auf die innere Systematik des § 34a GewO werden in § 34a Abs. 1a S. 2 Nr. 1 GewO Kontrollgänge im öffentlichen Verkehrsraum oder in Hausrechtsbereichen mit tatsächlichem öffentlichem Verkehr als Tätigkeiten benannt, die unter den Begriff des Bewachens fallen. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass eine gewisse Vergleichbarkeit zu diesen Tätigkeiten gewahrt sein muss, um eine Tätigkeit als Bewachen einzustufen.¹⁶ T verzichtet jedoch gerade auf Kontrollgänge und übt seine Tätigkeit in einem Hausrechtsbereich aus, der in der Nacht gerade keinen öffentlichen Verkehr aufweist. Eine Vergleichbarkeit scheidet demnach offensichtlich aus. Allerdings erfasst § 34a Abs. 1a S. 2 Nrn. 1–5 GewO nur Fälle des Bewachungsgewerbes, für die eine erfolgreich absolvierte Sachkundeprüfung erforderlich ist. Im Umkehrschluss kann die Nachtwächtertätigkeit des T also jedenfalls als eine Tätigkeit, die keinen Sachkundenachweis erfordert, dem Begriff des Bewachens nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO unterfallen. Die innere Systematik steht daher nicht dem Befund entgegen, dass die Tätigkeit des T vom Wortlaut des Bewachens erfasst ist.

Zuletzt ergibt sich aus § 34a Abs. 1 S. 2 GewO, dass Telos der Erlaubnispflichtigkeit des Bewachungsgewerbes der Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber*innen ist. Gegenüber anderen Gewerben bestehen beim Bewachungsgewerbe besondere Gefahren, die eine Erlaubnispflichtigkeit notwendig machen¹⁷ – sowohl mit Blick auf den leichten Zugang des Gewerbetreibenden zu den bewachten Gegenständen als auch mit Blick auf die Eskalationsgefahr bei Angriffen auf die zu schützenden Gegenstände¹⁸. T befindet sich als Nachtwächter innerhalb des Museums. Anders als bei außerhalb des Gebäudes tätigen Objektschützer*innen hat T damit unmittelbaren Zugriff auf alle Exponate. Außerdem befindet sich T die gesamte Nacht in dem Museum, weswegen die abstrakte Wahrscheinlichkeit, Einbrecher*innen anzutreffen, noch größer ist als bei außerhalb des Gebäudes tätigen Objektschützer*innen. Folglich ist es bei teleologischem Vergleich erst recht nötig, für T als Nachtwächter eine erlaubnispflichtige Tätigkeit anzunehmen. Somit spricht das Telos sogar ausdrücklich dafür, die Tätigkeit des T dem Anwendungsbereich des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO zu unterwerfen.

Letztlich sprechen die besseren Argumente dafür, die Tätigkeit des T als Bewachen i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 1 GewO einzustufen.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Von den Studierenden wird für eine durchschnittliche Bearbeitung zumindest erwartet, eine eigene Definition für „Bewachen“ anhand einer Auslegung nach den klassischen Auslegungskanon (mit Ausnahme der Historie) zu entwickeln und diesen zu subsumieren.

Sofern die Studierenden die Annahme eines Bewachungsgewerbes ablehnen, müssten sie die Zulässigkeit des Austausches der Ermächtigungsgrundlage hin zu einer Verfügung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO diskutieren, die die herrschende Meinung grds. bejaht¹⁹. Während allerdings § 15 Abs. 2 S. 1 GewO als Ermessensverwaltungsakt nur an die objektive Rechtswidrigkeit der einschlägigen Tätigkeit anknüpft, beruht § 35 Abs. 1 S. 1 GewO auf Umständen in der Person des*der Gewerbetreibenden, weswegen der Verwaltungsakt in seinem Wesen verändert würde und ein Austausch der Ermächtigungsgrund-

¹⁶ Schaks, JA 2018, 687 (692 f.).

¹⁷ Schaks, JA 2018, 687 (693).

¹⁸ VGH München GewA 2014, 251 (252 Rn. 25).

¹⁹ Bamberger, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 113 Rn. 20 m.w.N.: Grenze dieses Austausches der Ermächtigungsgrundlage ist die Wesensänderung des Verwaltungshandelns oder die Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung der Kläger*innen.

lage daher ausscheidet.²⁰ Die nachfolgenden Ausführungen wären dann hilfsgutachtlich i.R.d. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO zu prüfen.

Sollten dennoch die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO geprüft oder sollte eine hilfsgutachtliche Prüfung des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ohne nähere Begründung vorgenommen werden, sollte dies angesichts der Komplexität dieses Problems nicht allzu stark negativ ins Gewicht fallen, auch wenn der Sachverhalt sowohl die Norm des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO als auch die Norm des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO erwähnt. Dementsprechend wäre eine solche Diskussion nur von erheblich überdurchschnittlichen Bearbeitungen zu erwarten.

Die übrigen Voraussetzungen des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO liegen ebenso vor. Damit betreibt T ein zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe.

bb) Fehlende Zulassung

T hat die Zulassung zwar bereits beantragt. Diese wurde ihm aber noch nicht erteilt, weshalb ihm die Zulassung fehlt.

Hinweis: Trotz eines Zeitraums von mehr als drei Monaten seit Stellung des Antrags auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO durch T ohne Sachentscheidung des Bezirksamts Treptow-Köpenick tritt keine Genehmigungsfiktion nach § 6a Abs. 1 GewO i.V.m. § 42a Abs. 1 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. ein. In § 6a Abs. 1 GewO wird nämlich keine Genehmigungsfiktion für den Fall des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO angeordnet. Die Prüfung einer etwaigen Genehmigungsfiktion ist allerdings nur von herausragenden Bearbeitungen zu erwarten.

cc) Richtige*r Adressat*in

T ist als derjenige, der die „Museumswächter-Agentur“ selbstständig betreibt, der Gewerbetreibende und damit richtiger Adressat²¹ i.S.d. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO.

dd) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ist gegeben.

b) Rechtsfolge

§ 15 Abs. 2 S. 1 GewO räumt auf Rechtsfolgenebene Ermessen ein („kann“). Die Ermessenausübung ist gerichtlich aber nur eingeschränkt auf sog. Ermessensfehler überprüfbar (§ 40 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln., § 114 S. 1 VwGO).

Hier kommt eine Ermessensüberschreitung auf Ebene des Entschließungsermessens in Betracht, wenn allein der Umstand, dass T nicht über die erforderliche Gewerbeerlaubnis nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO verfügt (formelle Illegalität), nicht für die Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung genügt, sondern stattdessen der Antrag auf Erteilung der Gewerbeerlaubnis auch negativ beschieden werden müsste (materielle Illegalität). Fraglich ist somit, ob eine ordnungsgemäße Ermessensausübung

²⁰ Diese Argumentation im Rahmen der detaillierten Überprüfung der Umdeutung einer glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung aufgreifend VG Berlin, Beschl. v. 2.4.2008 – 35 A 52/08 = BeckRS 2008, 34990 Rn. 37.

²¹ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 231.

voraussetzt, dass über die fehlende formelle Erlaubnis hinaus der Erteilung der Erlaubnis auch materielle Versagungsgründe entgegenstehen.

Dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO zufolge kommt es nur auf den Betrieb eines (stehenden) zulassungspflichtigen Gewerbes ohne Zulassung an, sodass eine Gewerbeuntersagung grds. auch bei bloß formeller Illegalität in Frage kommt.²² Allerdings bezieht sich dieses Wortlautargument nur auf den Tatbestand des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Nur weil ein bestimmter Sachverhalt den Tatbestand einer Ermächtigungsgrundlage erfüllt, führt dies nicht automatisch dazu, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, wenn der Behörde Ermessen eingeräumt worden ist. Vielmehr muss die Behörde bei der Ermessensausübung ihre Bindung an Gesetz und Recht, insbesondere ihre Grundrechtsbindung, beachten (Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG). Demzufolge ist angesichts von Verhältnismäßigkeitserwägungen zu beachten, dass die Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO stets ultima ratio bleiben muss, um in die Berufsfreiheit der Gewerbetreibenden aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht ungerechtfertigt einzugreifen.²³ Das bedeutet, dass zumindest in den Fällen, in denen die Zulassung bereits beantragt wurde oder alsbald beantragt werden soll und dem Antrag wegen materieller Genehmigungsfähigkeit auch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit stattgegeben würde, ein milderer gleichgeeignetes Mittel gegenüber der Gewerbeuntersagung in Form der Erteilung der Zulassung existiert und daher eine Gewerbeuntersagung nicht erforderlich wäre; das Ermessen der Behörde wäre somit bei lediglich formeller Illegalität auf Null reduziert.²⁴

Hinweis: Der Sachverhalt bietet genügend Anhaltspunkte für diese dogmatische Konstruktion. Insofern können Studierende auch eine Transferleistung zum allseits bekannten Problem der formellen bzw. materiellen Illegalität der baulichen Anlage bei einer Nutzungsuntersagung im Baurecht erbringen. Alternativ erscheint es denkbar, eine Verletzung der Berufsfreiheit des T für den Fall eines Anspruchs auf die begehrte Erlaubnis mangels einschlägiger Versagungsgründe wie der Unzuverlässigkeit anzunehmen und dies ebenfalls als Ermessensüberschreitung auf Rechtsfolgenebene zu prüfen. Entscheidend ist nur, die Unzuverlässigkeitsprüfung dogmatisch stimmig auf Rechtsfolgenebene einzubetten.

T hat vorliegend vorsorglich die Zulassung beantragt.

Allerdings könnte der materiellen Genehmigungsfähigkeit des Gewerbes die potenzielle Unzuverlässigkeit des T als Versagungsgrund entgegenstehen (§ 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO).

Nach § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO ist die Erlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbetreibende nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Mangels Regelunzuverlässigkeit nach § 34a Abs. 1 S. 4 GewO ist ein ungeschriebener Fall der Unzuverlässigkeit zu prüfen. Danach ist unzuverlässig, wer nach dem Gesamtbild seines gewerbebezogenen Verhaltens keine Gewähr für eine künftige ordnungsgemäße Ausübung der gewerblichen Tätigkeit, also vor allem für eine Einhaltung der geltenden Rechtsordnung, bietet.²⁵ Ob dies der Fall ist, ist bereichsspezifisch mit Blick auf die Eigenart des jeweiligen Gewerbes zu untersuchen.²⁶ Das Merkmal der Unzuverlässigkeit ist dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt.²⁷

²² Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 318.

²³ Schröder, in: Schulte/Kloos, Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 6 Rn. 38.

²⁴ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 49; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 318.

²⁵ Ennuschat, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 27, 29, 31.

²⁶ Marcks/Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, 91. Lfg., Stand: März 2023, § 35 Rn. 31.

²⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 45.

Zunächst müsste der Unzuverlässigkeitsprognose gewerbebezogenes Verhalten des T zugrunde gelegt werden können. Ein solches könnte in dem der Verurteilung des T durch das Amtsgericht wegen Verstoßes gegen das Gewaltschutzgesetz zugrundeliegenden Sachverhalt²⁸ gesehen werden. Nach den Feststellungen des zuständigen Amtsgerichts hat T entgegen der gegen ihn erlassenen einstweiligen Anordnung Kontakt zu seiner ehemaligen Lebensgefährtin, der O, aufgenommen, indem er ihr eine SMS schrieb. T wurde zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt. Bei diesem Verhalten handelt es sich zwar um ein Verhalten aus dem Privatleben des T. Doch sind nicht notwendigerweise Verhaltensweisen der gewerbetreibenden Person heranzuziehen, die in Ausübung des Gewerbes entstanden sind. Vielmehr genügt es, dass die in Rede stehenden Verhaltensweisen den Schluss zulassen, dass der*die Gewerbetreibende gerade mit Blick auf das betroffene Gewerbe unzuverlässig sein könnte.²⁹

Eine Tätigkeit im Bewachungsgewerbe betrifft nicht nur die Interessen der Auftraggeber*innen, sondern auch die der Allgemeinheit (vgl. § 34a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GewO), weshalb ein besonnenes, deeskalierendes Auftreten in Konfliktsituationen unerlässlich ist.³⁰ Außerdem ist bei der Ausübung der „Jedermann-Rechte“ nach § 34a Abs. 5 GewO insb. die strikte Wahrung des Erforderlichkeitsgrundsatzes aus § 34a Abs. 5 S. 2 GewO vonnöten, was gerade in konfliktträchtigen Situationen unter Anwendung körperlicher Gewalt ein besonderes Verantwortungsbewusstsein der im Bewachungsgewerbe tätigen Person voraussetzt.³¹ Von einer im Bewachungsgewerbe tätigen Person muss somit zum Schutz der Allgemeinheit erwartet werden, dass sie diese Verhaltensweisen insgesamt verinnerlicht hat, also diese auch im privaten Bereich an den Tag legt. Mithin weist das Konfliktverhalten des T in seinem Privatleben nach der Trennung von O Gewerbebezug auf.

Zuletzt müsste das vergangene (und gegenwärtige) Konfliktverhalten des T gegenüber O die Prognose tragen, dass dieser künftig seine gewerbliche Tätigkeit wahrscheinlich nicht im Rahmen der geltenden Rechtsordnung ordnungsgemäß ausüben wird (negative Verhaltensprognose). T hat die geltende Rechtsordnung missachtet, indem er sich über das Kontaktverbot nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 und Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b Gewaltschutzgesetz hinweggesetzt hat. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass gerade persönliche Konflikte in engen Nähebeziehungen in besonderer Weise die (Un-)Fähigkeit zur im Bewachungsgewerbe unerlässlichen Impulskontrolle aufzeigen.³² Die bis zu seiner Verurteilung führenden Verhaltensweisen des T offenbaren daher eine grundsätzliche Unfähigkeit, das Bewachungsgewerbe ordnungsgemäß und gewaltfrei auszuüben.

Allerdings ist die Frage aufzuwerfen, ob der Zeitablauf seit der Tat (ca. fünf Jahre) der Annahme entgegensteht, dass T dieses Verhalten auch zukünftig an den Tag legen wird. Dies ist auf Grundlage einer Gesamtwürdigung aller einschlägigen Umstände zu beantworten, in die namentlich die Art und Umstände der Delikte sowie die Entwicklung der Persönlichkeit des Betroffenen einzubeziehen sind.³³ Der der Verurteilung zugrundeliegende Sachverhalt bestärkt allerdings die Zweifel an der (generellen) Fähigkeit des T zur gewalt- und bedrohungsfreien Konfliktlösung. So hat er unter anderem geäußert, dass das Ganze für O „kein gutes Ende nehmen“ und sie „für alles bezahlen“ werde. Ausweislich des Schlussberichts der Polizei ging diese nach Auswertung des Sachverhalts von einem hohen

²⁸ Die maßgebliche Tatsache ist grds. nicht in der strafgerichtlichen Verurteilung, sondern in der begangenen Tat selbst zu sehen: *Ennuschat*, in: *Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar*, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 30.

²⁹ *Ziekow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 43.

³⁰ VG Potsdam GewArch 2024, 78 (79 Rn. 8).

³¹ VG Ansbach, Beschl. v. 24.1.2025 – AN 4 E 25.80, Rn. 65 (juris).

³² VG Potsdam GewArch 2024, 78 (79 Rn. 8).

³³ VGH München, Beschl. v. 19.9.2023 – 22 ZB 22.2089 = BeckRS 2023, 31908 Rn. 19; *Marcks/Heß*, in: *Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar*, 79. Lfg., Stand: Juni 2018, § 35 Rn. 41a m.w.N.

Gefahrenpotenzial für Leib und Leben der O aus. Zwar hat T (erstmalig) im Widerspruchsverfahren ein Fehlverhalten einräumt. Doch zuvor hat dieser noch jegliches Fehlverhalten von sich gewiesen und O vorgeworfen, falsche Angaben getätigt zu haben. Ein nachhaltiger innerer Einstellungswandel, der der Schwere des Delikts angemessen erscheint, ist darin noch nicht zu erblicken. Der Einwand, T habe in seiner neuen Beziehung ein vergleichbares Verhalten nicht erneut an den Tag gelegt, kann bereits aus dem Grund nicht durchdringen, dass der Anlass in der Trennung lag, zu der es in der neuen Beziehung gerade noch nicht gekommen ist. Mithin ist davon auszugehen, dass T auch in Zukunft nicht in der Lage sein wird, die für das Bewachungsgewerbe notwendige Fähigkeit zur gewalt- und bedrohungsfreien Konfliktlösung im Bedarfsfall einzusetzen.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Durchschnittliche Bearbeitungen sollten zumindest erkennen, dass die Unzuverlässigkeitsprüfung eine Prognoseentscheidung voraussetzt. Im Rahmen dieser Prognoseentscheidung sollten dann die im Sachverhalt gegebenen Hinweise verwertet werden.

Sollten die Studierenden Erwägungen dazu anstellen, dass T ein (grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet³⁴) Recht auf Resozialisierung nach einer strafgerichtlichen Verurteilung zusteht, so ist dies besonders zu honorieren. Gleichwohl spricht vieles dafür, dass im präventiven zukunftsgerichteten Gefahrenabwehrrecht über die Unzuverlässigkeit als solche unabhängig von der repressiv wirkenden vergangenheitsorientierten strafgerichtlichen Verurteilung und einem Recht auf Resozialisierung entschieden werden darf.³⁵ Allerdings ist das Verwertungsverbot des § 51 BZRG bei der Unzuverlässigkeitsprognose zu berücksichtigen.³⁶

Somit ist T unzuverlässig i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO und die gewerbliche Tätigkeit des T materiell nicht genehmigungsfähig. Die Behörde hat deshalb das ihr eingeräumte Ermessen nicht überschritten.

II. Zwischenergebnis

Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig und verletzt T nicht in seinen subjektiven Rechten.

C. Ergebnis des Ausgangsfalls

Die Klage des T ist zulässig, aber nicht begründet. Seine Klage wird deshalb keinen Erfolg haben.

Abwandlung

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich maßgeblich nach dem Begehren des Klägers T (vgl. § 88 VwGO). T will hier das Schreiben des Bezirksamts an seinen Arbeitgeber mit der Feststellung seiner vermeintlichen Unzuverlässigkeit aus der Welt schaffen. Hierfür ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthafte Klageart, wenn es sich bei der Feststellung der vermeintlichen Unzuverlässigkeit des T um einen sog. feststellenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. handelt. Der feststellende Verwaltungsakt ist aber stets von einem bloßen

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessenwerden I), Rn. 98 ff.

³⁵ Brüning, in: BeckOK GewO, Stand: 1.6.2026, § 35 Rn. 85a.

³⁶ Marcks/Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, 79. Lfg., Stand: Juni 2018, § 35 Rn. 41.

Realakt abzugrenzen. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist dabei die Regelungswirkung eines feststellenden Verwaltungsakts. Eine Regelungswirkung setzt voraus, dass die Feststellung des Bezirksamts ihrem Erklärungsgehalt nach darauf gerichtet ist, unmittelbar eine Rechtsfolge zu setzen. Das ist dann der Fall, wenn Rechte des Betroffenen mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden.³⁷

I. Regelungswirkung der Unzuverlässigkeitsfeststellung

Ausgehend vom Vorbringen des T zeigt § 34a Abs. 3 GewO, dass das Ergebnis der Auskunft nach § 41 Abs. 1 Nr. 9 BZRG einschließlich der für die Beurteilung der Zuverlässigkeit erforderlichen Daten an den Gewerbetreibenden nur übermittelt werden darf. Eine Verwaltungsaktsbefugnis, die (Un-)Zuverlässigkeit einer Wachperson des Gewerbetreibenden bereits im Rahmen dieser Mitteilung verbindlich festzustellen, ergibt sich aus § 34a Abs. 3 GewO hingegen nicht. Dies wird auch dadurch untermauert, dass § 34a Abs. 4 GewO stattdessen eine Verwaltungsaktsbefugnis in Form einer Beschäftigungsuntersagung beinhaltet, eine vorherige bindende Feststellung der (Un-)Zuverlässigkeit demgegenüber aber gerade ein aliud darstellt. Folglich könnte man allein aus der fehlenden Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts darauf schließen, dass es sich nicht um einen Verwaltungsakt handelt.³⁸

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Verwaltungsaktsbefugnis lediglich das rechtliche Dürfen der Behörde determiniert, aber keine Aussagen über das rechtliche Können trifft. Entscheidend für die Qualifizierung der Feststellung als Verwaltungsakt ist der von der Behörde gewollte Erklärungsgehalt, wie er von einem objektiven Dritten nach §§ 133, 157 BGB analog³⁹ verstanden werden durfte, nicht der von der Rechtsordnung gebilligte Erklärungsgehalt. Allerdings ist der von der Behörde gewollte Erklärungsgehalt in Zweifelsfällen so zu verstehen, dass er im Einklang mit geltendem Recht steht.⁴⁰ Dementsprechend ist der gesamte Regelungszusammenhang neben dem objektiven Erklärungsgehalt als zusätzliches Kriterium für die Prüfung der Regelungswirkung heranzuziehen.⁴¹

Ausweislich des Sachverhalts ging es dem Bezirksamt hier aber gerade darum, isoliert die Unzuverlässigkeit des T festzustellen, obwohl sie die Möglichkeit gehabt hätte, sogleich eine Beschäftigungsuntersagung nach § 34a Abs. 4 GewO auszusprechen. Dies spricht entgegen der fehlenden Verwaltungsaktsbefugnis für den Erklärungsgehalt einer verbindlichen Feststellung der Unzuverlässigkeit.

Demgegenüber würde eine isolierte Feststellung der Unzuverlässigkeit des T dazu führen, dass diese Feststellung in Bestandskraft erwachsen kann. Bei der Unzuverlässigkeit handelt es sich jedoch nicht um einen feststehenden Zustand, sondern um eine momentane Eigenschaft der Wachperson, die immer zum konkreten Zeitpunkt festzustellen ist. Eine Wachperson kann die Zuverlässigkeit verlieren, aber auch wiedererlangen. Eine grds. für die Ewigkeit festgestellte Unzuverlässigkeit des T, die das Bezirksamt erst wieder nach §§ 48 f. VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. aufheben

³⁷ VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 14 (juris).

³⁸ So zumindest die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung, statt vieler VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 19 (juris).

³⁹ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 26. Aufl. 2025, § 35 Rn. 54.

⁴⁰ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 26. Aufl. 2025, § 35 Rn. 56 f.

⁴¹ Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 38. Lfg., Stand: Januar 2020, § 42 Abs. 1 Rn. 26; v. Alemann/Scheffczyk, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 35 Rn. 163.

müsste, erscheint nicht mit dem Charakter der Unzuverlässigkeit vereinbar.⁴² Dafür dass die Behörde sich über diesen der Unzuverlässigkeit inhärenten Charakter hinwegsetzen wollte, bestehen keine besonderen Anhaltspunkte. Vielmehr hat die Behörde die Unzuverlässigkeit des T isoliert festgestellt, ohne zugleich eine Beschäftigungsuntersagung nach § 34a Abs. 4 GewO zu erlassen. Dies spricht dafür, dass zumindest die Möglichkeit einer abweichenden Einschätzung der Behörde bis zum Erlass der Beschäftigungsuntersagung besteht. Deshalb ist (unter Berücksichtigung der fehlenden Verwaltungsaktsbefugnis) davon auszugehen, dass es sich bei dieser Feststellung lediglich um die Übermittlung eines vorläufigen behördeninternen Überprüfungsergebnisses ohne Regelungswirkung handelt.

Somit ist grds. die allgemeine Leistungsklage gerichtet auf einen Folgenbeseitigungsanspruch (Widerruf der Mitteilung an den Arbeitgeber) statthafte Klageart.

Hinweis: Letztlich ist die Abgrenzung zwischen feststellendem Verwaltungsakt und bloßem Realakt im Einzelfall sehr schwierig und von einer großen Kasuistik geprägt. Der Antwortspielraum der Studierenden ist dementsprechend weit. Entscheidend ist lediglich, dass diskutiert wird, inwieweit die fehlende Verwaltungsaktsbefugnis Auswirkungen auf die Einstufung als Verwaltungsakt hat und ob dem Erklärungsgehalt der behördlichen Maßnahme eine Regelungswirkung beizumessen ist.

II. Unzuverlässigkeitsfeststellung als Verwaltungsakt im formellen Sinne

Allerdings könnte die Feststellung der Unzuverlässigkeit angesichts des Umstandes, dass das Bezirksamt diese in einem Vorverfahren bestätigt hat, doch mit der Anfechtungsklage angreifbar sein. Das Vorverfahren ist nach § 68 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwGO nur vor Erhebung einer Anfechtungsklage oder einer Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage durchzuführen, die aber bei bloßen Realakten grds. nicht statthaft sind. Die statthafte Klageart muss sich jedoch in Anbetracht der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nach der von der Behörde gewählten Form der Entscheidung richten und nicht nach dem materiellen Gehalt der Entscheidung. Der Rechtsschutzsuchende trägt insoweit nicht das Risiko der Wahl einer falschen Rechtsschutzform, sondern darf auf die Formenwahl der Behörde vertrauen. Er muss nicht verwaltungsprozessual klüger sein.⁴³ Zwar hat T durch die Widerspruchserhebung ein an sich unstatthafes Vorverfahren initiiert (siehe I.). Doch das Bezirksamt hat den Widerspruch nicht mit Verweis auf die Unstatthaftigkeit des Vorverfahrens beschieden, sondern in der Sache entschieden. Durch den Erlass des Widerspruchsbescheids und den damit gesetzten Rechtsschein ist die Feststellung der Unzuverlässigkeit daher wie ein Verwaltungsakt zu behandeln (sog. Verwaltungsakt im formellen Sinne⁴⁴).

Hinweis: Eine dogmatisch kohärente Diskussion dieses Problems kann nur von deutlich überdurchschnittlichen Bearbeitungen erwartet werden. Es ist bereits zu honorieren, den Umstand, dass die Behörde einen Widerspruchsbescheid erlassen hat, (kritisch) bei der Prüfung der Regelungswirkung zu berücksichtigen.

⁴² VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 18 (juris).

⁴³ Zum Ganzen statt vieler VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 21 (juris).

⁴⁴ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 35 Rn. 16.

III. Ergebnis der Abwandlung

Statthafte Klageart ist damit die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

Schwerpunktklausur zum Betäubungsmittelstrafrecht: „Kokain in Bewegung, Vorrat im Stillstand“

Prof. a.d. PA Dr. Andreas Mehlich, LL.M., Nienburg, Melissa Meyer, Hannover*

Diese Klausur aus dem Betäubungsmittelstrafrecht behandelt eine Rechtsmaterie, die außerhalb des Pflichtfachstoffs der staatlichen Pflichtfachprüfung liegt, im strafrechtlichen Schwerpunktstudium jedoch erhebliche Prüfungsrelevanz besitzt. In der rechtswissenschaftlichen Ausbildung kaum im Fokus, sind vertiefte Rechtskenntnisse zum Betäubungsmittelgesetz (BtMG) im strafrechtlichen Praxisalltag indes unverzichtbar. Dies gilt insbesondere für die rechtliche Einordnung des im Schrifttum nicht unumstrittenen und durch die Rechtsprechung konkretisierten Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

Der Klausurfall geht in seiner ursprünglichen Fassung auf eine Modulabschlussprüfung im Polizeistudium zurück, in der er den rechtswissenschaftlichen Prüfungsteil bildete. Für die vorliegende Veröffentlichung wurde er grundlegend überarbeitet, in seiner dogmatischen Tiefe erweitert und auf die Prüfungsanforderungen des universitären Schwerpunktstudiums zugeschnitten. Inhaltlich konzentriert sich die auf eine zweistündige Bearbeitungsdauer zugeschnittene Klausur auf zwei typische Problemfelder der Umgangsform des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. Neben der Bestimmung der tatbestandlichen Reichweite des Handeltreibens bedarf es insbesondere einer systematischen Einordnung der daran anknüpfenden Qualifikationstatbestände, die ein strukturiertes Verständnis der verzweigten Regelungssystematik der §§ 29 ff. BtMG voraussetzt.

Sachverhalt

Im Rahmen eines Spätdienstes wird der von P geführte PKW anlassbezogen kontrolliert. Vorausgegangen war ein „Rotlichtverstoß“ an einer innerörtlichen Kreuzung. Diese wurde mit offenkundig überhöhter Fahrgeschwindigkeit trotz einer Rotphase gequert. P wird durch die eingesetzten Beamten aufgefordert, alle erforderlichen verkehrsbezogenen Dokumente auszuhändigen und aus dem Fahrzeug auszusteigen.

Unmittelbar nach Verlassen des Fahrzeugs beginnt P, der weiteren Aufforderung nachzukommen, indem er seine Geldbörse aus der Hosentasche nimmt, um seinen Führerschein auszuhändigen. Dabei fallen aus seiner Bekleidung vier Kugeln aus durchsichtiger Folie zu Boden, in welchen sich jeweils eine weiße, kristalline Substanz befindet. Aufgrund polizeilicher Erfahrung besteht für die eingesetzten Beamten sofort der Verdacht, dass es sich dabei um „Kokain-Kugeln“ handelt.

Ein infolgedessen durchgeführter ESA-Schnelltest verläuft tatsächlich positiv auf Kokain. Die gesamte Bruttomenge (gewogen ohne Verpackung) beträgt 1 g Kokain.

Eine Abfrage im polizeilichen Auskunftssystem (POLAS) liefert zudem Hinweise darauf, dass P bereits wegen des Handels mit Betäubungsmitteln polizeilich in Erscheinung getreten ist (POLAS Vermerk: BtM-Händler). Eine Abfrage im Melderegisterdatenspiegel (EMA-Abfrage) ergibt, dass P ganz in der Nähe wohnhaft ist.

* Prof. a.d. PA Dr. Andreas Mehlich, LL.M., ist seit 2019 Professor an der Polizeiakademie Niedersachsen und war zuvor in der niedersächsischen Justiz tätig, zuletzt als Richter am Landgericht. Melissa Meyer ist Polizeioberkommissarin und im Einsatz- und Streifendienst des Polizeikommissariats Hannover-Mitte tätig.

Aus den von P ausgehändigten fahrzeugbezogenen Dokumenten ergeben sich keine Anhaltspunkte für etwaige Beanstandungen, auch nicht aus den Ergebnissen der ergänzend dazu veranlassten Datenbankabfragen. Die Inaugenscheinnahme des Fahrzeuges bleibt ebenfalls ohne Befund.

Durch die eingesetzten Beamten wird ein richterlicher Beschluss für die Durchsuchung des P sowie des PKW und dessen Wohnung nach Betäubungsmitteln erwirkt. Während weder bei P selbst noch in dem Fahrzeug weitere strafrechtlich relevante Gegenstände aufgefunden werden, verläuft die Durchsuchung der Wohnung positiv.

Dort werden im Schlafzimmer unter der Matratze des P weitere 15 g Kokain festgestellt. Diese sind zu insgesamt 35 Folienkugeln verpackt, die äußerlich nicht von den zuvor aufgefundenen Kugeln zu unterscheiden sind. Überdies wird neben dem Bett in einer unverschlossenen Schublade des Nachtschranks eine geladene Schreckschusspistole aufgefunden, die mit dem PTB-Prüfzeichen gekennzeichnet ist.

Nach dem eingeholten Wirkstoffgutachten ergibt sich für das Kokain ein Wirkstoffgehalt von 50 % Kokainhydrochlorid. Zudem weist das Kokain aus dem Pkw exakt dieselbe stoffliche Zusammensetzung wie das in der Wohnung aufgefundene Kokain auf, wodurch sachverständig belegt ist, dass das gesamte Kokain aus einem einheitlichen Vorrat stammt.

Durch weiterführende Ermittlungsmaßnahmen – insbesondere die Vernehmungen von P sowie die Auswertung seines Mobiltelefons – konnten zudem weitere wichtige Erkenntnisse gewonnen werden. P war am Tag der Verkehrskontrolle auf dem Weg zu einem Kunden, um die vier Kokainkugeln an diesen zu verkaufen. Zuvor hatte er in seiner Wohnung das gesamte Kokain verkaufsfertig verpackt. Die Erlöse waren dazu bestimmt, die Kosten für den eigenen Betäubungsmittelkonsum zu decken. Die Schreckschusspistole hatte sich P vor einigen Monaten auf dem Schwarzmarkt besorgt, um sich bei seinen „Geschäften“ sicherer zu fühlen.

Erkenntnisse, wie das Kokain zu P gelangt ist, konnten trotz umfänglicher Ermittlungen nicht gewonnen werden.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit des P nach dem Betäubungsmittelgesetz (BtMG)!

Bearbeitungsvermerk

Straftaten nach dem WaffG oder StGB sind nicht zu prüfen. Eine etwaige Strafbarkeit nach § 29 Abs. 3 Nr. 1 BtMG ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

- I. Strafbarkeit des P wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, 30a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 BtMG 855**
 1. Tatbestand 855
 - a) Objektiver Tatbestand § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG 855
 - aa) Betäubungsmittel 855
 - bb) Handeltreiben, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 BtMG 855
 - cc) Keine Erlaubnis, § 3 BtMG 857
 - dd) Keine Befreiung von der Erlaubnis, § 4 BtMG 858

b) Objektiver Tatbestand: Qualifikation, § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG	858
aa) Nicht geringe Menge	858
bb) Schusswaffe.....	858
cc) Mit-sich-Führen	860
c) Subjektiver Tatbestand bzgl. des Grundtatbestands § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG	861
d) Subjektiver Tatbestand: Qualifikation, § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG	862
2. Rechtswidrigkeit	863
3. Schuld.....	863
II. Ergebnis	863

I. Strafbarkeit des P wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, 30a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 BtMG

Indem P zum Zwecke der späteren Veräußerung 16 g Kokain zu 39 Kokainkugeln portionierte, 35 davon unter seinem Bett lagerte und zugleich eine Schreckschusspistole in seinem Nachtschrank aufbewahrte, könnte er sich wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, 30a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 BtMG strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

aa) Betäubungsmittel

Zunächst müsste es sich bei dem Kokain um ein Betäubungsmittel handeln. Gem. § 1 BtMG sind Betäubungsmittel im Sinne dieses Gesetzes die in den Anlagen I bis III aufgeführten Stoffe und Zubereitungen.¹ Kokain ist in Anlage III des BtMG gelistet und damit ein verkehrsfähiges und verschreibungsfähiges Betäubungsmittel im Sinne dieses Gesetzes.

bb) Handeltreiben, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 BtMG

Mit diesem Betäubungsmittel müsste P einen Umgang i.S.d. § 29 Abs. 1 BtMG gehabt haben, hier kommt als Umgangsform das Handeltreiben gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 BtMG in Betracht.

Nach ständiger Rechtsprechung beschreibt der Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Tätigkeit, auch wenn diese sich nur als gelegentlich, einmalig oder ausschließlich vermittelnd darstellt.² Hiervon können auch Tätigkeiten ohne unmittelbaren Betäubungsmittelbezug erfasst sein, etwa die Überwachung von Kurieren oder die Finanzierung des Drogenhandels.³

¹ Zum Begriff der Betäubungsmittel *Ostmeyer*, in: Krumm/Ostmeyer, Betäubungsmittelstrafrecht, Praxishandbuch, 4. Aufl. 2024, A. Rn. 1 ff.

² BGH, Beschl. v. 26.10.2005 – GSSt 1/05 = BGHSt 50, 252 (256); *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 213; eingehend *Krumm*, NJ 2020, 55; *Weber*, Der Begriff des Handeltreibens, 2008, S. 492 ff.

³ *Schütrumpf*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, BtMG § 29 Rn. 18 f.

Diese weit gefasste Begriffsbestimmung ist in der Literatur allerdings nicht unumstritten.⁴ Beanstandet wird insbesondere, dass der von der Rechtsprechung entwickelte Begriff des Handel-treibens nahezu jede eigennützige Betätigung im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln erfasst und dadurch die tatbestandlichen Grenzen des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG erheblich ausweitet. Infolge der ausgeprägten Subjektivierung der Tathandlung sei eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung faktisch aufgehoben.⁵ Damit werde die Strafbarkeit vielfach in einen Bereich vorverlagert, in dem noch nicht einmal eine abstrakte Gefährdung eines Rechtsguts vorliege, was mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nur schwer in Einklang zu bringen sei.⁶ Dies wird nicht zuletzt auf die Einordnung des Handel-treibens als unechtes Unternehmensdelikt zurückgeführt, wodurch sich das Betäubungsmittelstrafrecht von den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts entferne.⁷ Zugleich verschwimmen auch die Grenzen zwischen Täterschaft und Teilnahme, da fördernde Handlungen leicht als täterschaftliches Handel-treiben qualifiziert würden.⁸

Die Rechtsprechung hält ihre extensive Interpretation indes für geboten, um dem Gesetzeszweck Rechnung zu tragen und den besonderen Strukturen des Rauschgifthandels, der sich häufig durch Tarnung, arbeitsteiliges Zusammenwirken und Verdeckung auszeichnet, angemessen zu begegnen.⁹

Deshalb ist der von der Rechtsprechung entwickelte und von der herrschenden Lehre übernommene weite Begriff des Handel-treibens der Prüfung zugrunde zu legen. P war unterwegs, um 1 g Kokain an einen unbekannten Kunden zu verkaufen. Dies impliziert, dass das Kokain nicht nur etwa zum Selbstkostenpreis an einen Freund veräußert werden sollte, sondern mit Preisaufschlag und demnach gewinnbringend an einen unbekannten Abnehmer weitergegeben werden sollte. Die weite Auslegung des Rechtsbegriffs des Handel-treibens mit Betäubungsmitteln ermöglicht es, auch Handlungen zu erfassen, die dem eigentlichen Güterumsatz weit vorgelagert sind und nicht zwingend in räumlichem Zusammenhang mit dem Betäubungsmittel stehen.¹⁰ Bereits das Verpacken zu einzelnen Konsumeinheiten, spätestens das Einstecken der Kokainkugeln von 1 g in dem belegten Willen, es zu verkaufen, stellt eine auf Umsatz gerichtete Tätigkeit dar. Das Handel-treiben ist kein Erfolgsdelikt, sondern ein (unechtes) Unternehmensdelikt,¹¹ es werden demnach keine Umsatzgeschäfte oder ein tatsächlicher Absatz vorausgesetzt.¹² Bereits der Besitz der verkaufsfertig verpackten vier Kokainkugeln mit dem Ziel, diese gewinnbringend weiterzuverkaufen, stellt ein vollendetes Handel-treiben dar.¹³

⁴ Zum Überblick über die kritische Diskussion zur weiten Auslegung vgl. *Weber/Dietsch*, in: *Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 29 Rn. 173; *Patzak*, in: *Patzak/Fabricius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 233; *Krumdiek/Wesemann*, StV 2006, 634 (638), sprechen in diesem Zusammenhang von einer „uferlosen Begriffsbestimmung“.

⁵ *Roxin*, StV 1992, 517 (518 ff.); *Paul*, StV 1998, 623 (625).

⁶ *Roxin*, StV 2003, 619 f.; vgl. *Weber*, Der Begriff des Handel-treibens, 2008, S. 243 ff.; *Oğlakcioğlu*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 322 f.

⁷ *Neuhaus*, NSTZ 2001, 39 (41); *Endriß/Kinzig*, NJW 2001, 3217 (3219); *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, S. 430.

⁸ *Patzak*, in: *Patzak/Fabricius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 233; vgl. *Roxin*, StV 1992, 517 (518).

⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 26.10.2005 – GSSt 1/05 = BGHSt 50, 252 (261 f.).

¹⁰ BGH, Urt. v. 28.2.1997 – 2 StR 556/96 = NJW 1997, 1717.

¹¹ BGH NSTZ 2007, 531 (532 Rn. 8); BGH NJW 2018, 961 (962 Rn. 29); *Patzak*, in: *Patzak/Fabricius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 209; krit. *Neuhaus*, NSTZ 2001, 39 (41); eingehend zur Deliktsnatur *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, S. 430 ff.

¹² BVerfG NJW 2007, 1193; BGH NJW 1994, 2162; *Becker*, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.12.2025, § 29 Rn. 66.

¹³ Vgl. hierzu BGH NSTZ 1981, 263; *Becker*, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.12.2025, § 29 Rn. 78.

Überdies werden in der Wohnung des P weitere 15 g Kokain festgestellt, die bereits verkaufsfertig zu 35 Kokainkugeln verpackt sind. Es stellt sich die Frage, ob insofern eine Verklammerung der beiden Teilmengen im Rahmen des Handeltreibens in Betracht kommt. Nach den Grundsätzen zur tatbestandlichen Bewertungseinheit ist dies selbst bei einem länger andauernden Gesamtgeschehen der Fall, sofern die verschiedenen Betätigungen bzw. Teilakte auf die Förderung ein und desselben Güterumsatzes abzielen und diese sich auf dieselbe erworbene oder besessene Betäubungsmittelmenge beziehen.¹⁴ Weitere Handlungen zur Umsetzung des angestrebten Betäubungsmittelumsatzes nach erstmaliger Erfüllung des Tatbestands des Handeltreibens begründen keine gesonderte Tatbestandsverwirklichung, sondern gelten als unselbstständige Teilakte desselben einheitlichen Tatgeschehens.¹⁵

Zum einen ist aufgrund der Verpackung des aufgefundenen Kokains zu verkaufsfertigen Einheiten sowie der Erkenntnisse über P, dass dieser bereits wegen des Handelns mit Betäubungsmitteln polizeilich in Erscheinung getreten ist, lebensnah davon auszugehen, dass auch diese Menge von 15 g Kokain für weitere Verkaufsgeschäfte gedacht ist. Insofern ist auch der Teilakt des Herstellens von Betäubungsmitteln durch das Verpacken des Kokains¹⁶ durch P in Folienkugeln eine auf den Umsatz mit Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Sowohl der Besitz des 1 g Kokain im PKW als auch das Lagern der 15 g Kokain sowie das vorangegangene Herstellen sind demnach auf ein gewinnorientiertes Umsatzgeschäft ausgerichtet.¹⁷

Zum anderen weist das im PKW festgestellte Kokain dieselbe stoffliche Zusammensetzung wie das in der Wohnung aufgefundene Kokain auf, sodass der Stoff auf einen einheitlichen Vorrat zurückgeht. Dies führt zur Annahme einer einheitlichen Betäubungsmittelmenge, sodass die Gesamtmenge von 16 g Kokain im Rahmen einer Bewertungseinheit zu erfassen ist. Die Teilakte des jeweiligen Besitzes an verschiedenen Örtlichkeiten sowie das Herstellen des Kokains werden damit verklammert und gehen in einer Tat des Handeltreibens auf. Somit ist ein Handeltreiben gegeben.

Hinweis: Ein vorangegangener Erwerb des Kokains gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 9 BtMG lässt sich nicht feststellen, da der konkrete Weg, auf dem P die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel erlangt hat, nicht nachweisbar ist. Damit verbleibt es bei der Ungewissheit, ob die tatsächliche Sachherrschaft einverständlich mit dem zuvor Verfügungsberechtigten begründet wurde oder ein Sichverschaffen in sonstiger Weise i.S.d. § 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 10 BtMG gegeben ist.¹⁸ Die Frage ist aus konkurrenzrechtlichen Erwägungen ohnehin nicht tragend, da bei einem einheitlichen Absatzdelikt die unselbstständigen Teilakte des Handels über die Bewertungseinheit zu einer einheitlichen Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verschmelzen.¹⁹

cc) Keine Erlaubnis, § 3 BtMG

Das Handeltreiben müsste ferner unerlaubt stattfinden.

¹⁴ BGH NStZ-RR 2012, 121 f.; BGH NStZ-RR 2019, 250 (251); *Weber/Dietsch*, in: *Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2025, vor § 29 Rn. 615 f. m.w.N.

¹⁵ *Oğlakcioğlu*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 445.

¹⁶ Hierzu *Patzak*, in: *Patzak/Fabricius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 119, § 29 Rn. 251.

¹⁷ Vgl. auch BGH NStZ 1997, 344 (345); BGH NStZ-RR 2004, 146 (147).

¹⁸ Siehe zu den hierzu geforderten Urteilsfeststellungen *Oğlakcioğlu*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 950 m.w.N.

¹⁹ BGHSt 30, 28 (31); BGH, Urt. v. 9.5.2001 – 3 StR 36/01 = BeckRS 2001, 30179486; *Patzak*, Konkurrenzverhältnisse beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, 2021, S. 227.

Gem. § 3 BtMG bedarf einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, wer u.a. mit Betäubungsmitteln Handel betreiben will.²⁰ Aus dem Sachverhalt geht keine derartige Erlaubnis für das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln für P hervor.

dd) Keine Befreiung von der Erlaubnis, § 4 BtMG

Ferner ist nicht ersichtlich, dass P in irgendeiner Form von der Erlaubnispflicht²¹ zum Handeltreiben mit Kokain befreit wurde. Mithin ist dieses Merkmal erfüllt. Die Tätigkeit des P fällt somit nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 4 BtMG.

b) Objektiver Tatbestand: Qualifikation, § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

P könnte zudem den o.g. Verbrechenstatbestand erfüllen. Dieser stellt das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bei gleichzeitigem Mit-sich-Führen einer Schusswaffe unter Strafe.

aa) Nicht geringe Menge

Zunächst müsste es sich bei den 16 g Kokain um eine nicht geringe Menge Betäubungsmittel handeln. Ein Betäubungsmittel liegt in nicht geringer Menge vor, wenn die darin enthaltene Wirkstoffmenge einen für diese Betäubungsmittelart ermittelten Grenzwert erreicht oder übersteigt.²² Für die Bestimmung des Grenzwerts ist entscheidend auf die spezifische Wirkintensität und -weise des betreffenden Betäubungsmittels abzustellen, wobei insbesondere die äußerst gefährliche, unter Umständen letale Wirkstoffmenge von ausschlaggebender Bedeutung ist.²³ Die Wirkstoffmenge errechnet sich nach dem Wirkstoffgehalt der festgestellten Gesamtmenge und wird nicht anhand des Bruttogewichts bestimmt. Bei Kokain beläuft sich die nicht geringe Menge auf 5 g des Wirkstoffs Kokainhydrochlorid.²⁴ Das sichergestellte Kokain weist einen Wirkstoffgehalt von 50 % auf. Dies entspricht bei einer Bruttomenge von insgesamt 16 g einer Wirkstoffmenge von 8 g Kokainhydrochlorid. Demnach handelt es sich hier um eine nicht geringe Menge Betäubungsmittel.

bb) Schusswaffe

Die aufgefundene Schreckschusspistole könnte als Schusswaffe einzuordnen sein. Die Einordnung orientiert sich ebenso wie bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB an § 1 Abs. 2 Nr. 1 WaffG.²⁵ Erfasst sind Gegenstände, die etwa zum Angriff oder zur Verteidigung bestimmt sind und bei denen Geschosse durch einen Lauf getrieben werden.²⁶

²⁰ Oğlakcioğlu, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, 2022, BtMG Rn. 46; Wagner, MedR 2004, 373 m.w.N.

²¹ Hierzu Malek, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, BtMG § 4 Rn. 1 ff.; Dähne, MedR 2003, 547 (548).

²² BGHSt 33, 8 (9); Wettley, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.9.2025, § 30a Rn. 58.

²³ BGHSt 35, 179 (183); 60, 134 (136 f.); Krumm, NJ 2024, 151.

²⁴ BGH, Urt. v. 1.2.1985 – 2 StR 685/84 = NJW 1985, 2771; OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2003, 23 (24).

²⁵ Vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 41.

²⁶ Anlage 1, Abschnitt 1, Unterabschnitt 1 Nr. 1.1 zu § 1 Abs. 4 WaffG; Wettley, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.9.2025, § 30a Rn. 72 m.w.N.

Hinweis: § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG stellt – anders als § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB – nicht auf eine Waffe allgemein, sondern ausdrücklich auf eine Schusswaffe ab.

Bei der Schreckschusspistole handelt es sich um einen der Gaspistole gleichgestellten Gegenstand, bei dem beim Abfeuern infolge des Explosionsdrucks Geschosse nach vorne aus dem Lauf austreten.²⁷ Gleichzeitig war die Schreckschusspistole geladen²⁸ und damit auch im konkreten Fall einsetzbar.²⁹

Problematisch ist allerdings, ob eine geladene Schreckschusswaffe generell als Schusswaffe i.S.d. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG einzuordnen ist. Hiergegen werden in der Literatur teilweise durchgreifende dogmatische Bedenken erhoben. Insbesondere überzeugt die Begründung nicht, soweit darauf abgestellt wird, dass bei aufgesetzten Schüssen mit Schreckschusswaffen aufgrund des nach vorne wirkenden Explosionsdrucks ein vergleichbarer Gefahrengrad wie bei Gaswaffen angenommen werden könne.³⁰ Damit wird maßgeblich auf die konkrete Verwendungsweise beziehungsweise Zweckwidmung durch den Täter abgestellt und das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen Schusswaffen im technischen Sinne und sonstigen Gegenständen, die lediglich in gefährlicher Weise eingesetzt werden können, relativiert.³¹ Denn die Gefährlichkeit wohnt nicht dem Gegenstand selbst inne, sondern wird erst durch dessen konkrete Verwendung durch den Täter begründet.³²

Hierin liegt der maßgebliche Unterschied zwischen Schreckschusspistolen und mit Gaspatronen geladenen Gaspistolen oder sonstigen Schusswaffen, weshalb eine Erweiterung des Waffenbegriffs auch nicht mit der optischen Ähnlichkeit geladener Gaspistolen und Schreckschusspistolen begründet werden kann.³³ Eine lediglich im Einzelfall durch konkrete Verwendung begründete Gefährlichkeit – wie bei Nahschüssen – ist allein zutreffender Anknüpfungspunkt der Definition des gefährlichen Werkzeugs.³⁴ Eine solche nutzungsbezogene Betrachtung droht den spezifisch waffenrechtlichen Schusswaffenbegriff zugunsten einer rein wirkungsbezogenen Gefährlichkeitsbetrachtung aufzuweichen.

Gleichwohl ist dieser Ansicht nicht zu folgen. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums, auf die objektive Gefährlichkeit geladener Schreckschusswaffen abzustellen, die sich bei Nahschüssen zeigt, wenn der Explosionsdruck nach vorne durch den Lauf entweicht.³⁵ Denn es kann für den Schusswaffenbegriff weder auf die technische Art des Antriebs noch auf die stoffliche Konsistenz des Geschosses ankommen, selbst wenn nur ein akustischer Knalleffekt beabsichtigt ist. Maßgeblich ist allein der nach vorne durch den Lauf wirkende Druck der Explosionsgase, die nach

²⁷ Vgl. nur Anlage 1 Abschnitt, 1 Unterabschnitt 1 Nr. 2.6: Feuerwaffen; für tatbestandsmäßig erachtet in BGH NStZ 2006, 176 f.; BGH NStZ 2015, 349; grdl. GSSt, BGHSt 48, 197.

²⁸ Der bestimmungsgemäße Betrieb von Schreckschusspistolen erfolgt mit Platzpatronen bzw. Kartuschenmunition (Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 3 Nr. 1.2 WaffG).

²⁹ Vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 11.11.2014 – 3 StR 451/14 = BeckRS 2015, 464 Rn. 2; *Oğlacioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 30a Rn. 136; *Krumm*, in: Krumm/Ostmeyer, Betäubungsmittelstrafrecht, Praxis-handbuch, 4. Aufl. 2024, C. Rn. 118.

³⁰ *Oğlacioğlu*, in: Kotz/Rahlf, Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, Kap. 3 Rn. 292.

³¹ *Erb*, JuS 2004, 653 (655); *Fischer*, NStZ 2003, 569 (572 f.).

³² *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 244 Rn. 3c.

³³ *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 8.

³⁴ *Habetha*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 250 Rn. 10; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 7.

³⁵ BGH NStZ 2006, 176 (177); BGH NStZ 2015, 349; *Maier*, in: Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 30a Rn. 98; *Patzak*, in: Patzak/Fabrizius, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 30a Rn. 66.

vorne austreten und dabei Munitionspartikel mitreißen können.³⁶ Diese Auslegung fügt sich dogmatisch ein, da Schreckschusspistolen zuvorderst zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken dienen und über eine abstrakte Verletzungseignung verfügen.³⁷ Hingegen würde eine Einordnung geladener Schreckschusspistolen als bloß „gefährliche Werkzeuge“ zu systematischen Brüchen führen, weil die Gefährlichkeit in diesem Fall allein von der konkreten Verwendungsabsicht im Einzelfall abhängig wäre.³⁸ Dies stünde im Widerspruch zu dem Ziel, den Waffen- und den Werkzeugbegriff anhand objektiver Kriterien trennscharf abzugrenzen und würde die dem Bestimmtheitsgebot geschuldete Vorhersehbarkeit der Qualifikation bewaffneter Betäubungsmitteldelikte unterminieren. Gleichzeitig trägt diese Auslegung dem erhöhten Gefährdungspotential bewaffneter Betäubungsmitteldelikte Rechnung und gewährleistet eine konsistente Anwendung der Qualifikationstatbestände. Dass die Schreckschusswaffe über eine PTB-Kennzeichnung verfügt, ist unerheblich und nur unter waffenrechtlichen Gesichtspunkten von Interesse. Mithin handelt es sich bei der geladenen Schreckschusspistole um eine Schusswaffe i.S.d. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.³⁹

Hinweis: Aufgrund ihrer typischen Gefährlichkeit ist bei Schusswaffen die Eignung und Zweckbestimmung zur Verletzungsverursachung stets gegeben, weshalb entsprechende tatrichterliche Feststellungen sowie eine gutachtliche Prüfung in der Klausur entbehrlich sind.⁴⁰ In der Praxis kann eine geladene Schreckschusspistole auch ohne Feststellungen zur konkreten Bauart aufgrund ihrer Typenbezeichnung wegen Allgemeinkundigkeit als Schusswaffe i.S.d. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG eingeordnet werden.⁴¹

cc) Mit-sich-Führen

Weiter müsste P die Schusswaffe mit sich geführt haben. Ein Mit-sich-Führen liegt dann vor, wenn dem Täter die Waffe zur Verfügung steht, d.h. sich so in seiner räumlichen Nähe befindet, dass er sich dessen jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann.⁴² Ein Tragen der Waffe am Körper ist hierfür ebenso wenig erforderlich wie das unmittelbare Hantieren mit dem Betäubungsmittel unter Zugriffsmöglichkeit auf die Waffe.⁴³ Es ist folglich nicht erforderlich, dass die Waffe während des gesamten Geschehens jederzeit zugriffsbereit ist.⁴⁴ Vielmehr genügt es, wenn die Schusswaffe lediglich beim Portionieren und Verpacken einer Teilmenge mitgeführt wird.⁴⁵ Die Waffe befindet sich hier im Nachtschrank, während das zuvor verkaufsfertig vorportionierte Kokain unmittelbar daneben unter der Matratze des Bettes gelagert ist. Zudem ist die Waffe geladen und somit einsatzbereit. P kann demnach ohne Mühe und innerhalb weniger

³⁶ Zur Wirkungsweise und den hieraus resultierenden Gefahren von Schreckschusswaffen *Rothschild*, NSTz 2001, 406.

³⁷ *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 244 Rn. 3a.

³⁸ *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 244 Rn. 3a.

³⁹ Vgl. zur gegenteiligen Auffassung *Schrott*, ZJS 2022, 896 (900 f.).

⁴⁰ Vgl. OLG Düsseldorf NSTz-RR 1996, 375; *Maier*, in: Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 30a Rn. 104.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 10.2.2015 – 5 StR 594/14 = NSTz 2015, 349.

⁴² St.Rspr., vgl. BGHSt 43, 8 (10); 31, 105; 52, 89 (93); BGH NJW 1999, 3206; *Teuter/Diebel*, in: Münchener Anwalts-handbuch, Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 46 Rn. 185.

⁴³ *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 30a Rn. 164.

⁴⁴ BGHSt 64, 266 (268 f.); *Wettley*, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.9.2025, § 30a Rn. 90.

⁴⁵ BGH NSTz-RR 2019, 220 (221); *Wettley*, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.9.2025, § 30a Rn. 59.

Sekunden die Schublade öffnen und die Schusswaffe zur Hand nehmen, wobei die verkaufsfertigen Betäubungsmittel gleichzeitig ebenfalls nahezu griffbereit sind.

Dabei stellt sich die Frage, ob dem der Umstand entgegensteht, dass P beim geplanten Absatz der vier Kokainkugeln die Schusswaffe überhaupt nicht zur Verfügung stand. Zwar kann sich die mit der geladenen Schusswaffe einhergehende Gefährlichkeit auf dem Weg zum Kunden nicht in waffentypischen Verletzungen realisieren. Doch ist die notwendige räumliche Nähe des Täters zur Schusswaffe in der Regel auch dann vorhanden, wenn sich die Waffe in dem Raum befindet, in dem der Handel mit Betäubungsmitteln erfolgt.⁴⁶ Vorliegend setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen. Besteht die Tat aus mehreren Teilakten, genügt es nach ständiger Rechtsprechung für die Erfüllung des Qualifikationstatbestands, wenn der Täter lediglich in einem dieser Teilakte einen gefährlichen Gegenstand mit sich führt.⁴⁷ Zwar hatte P die Schusswaffe auf dem Weg zur Übergabe der vier Kokainkugeln nicht dabei, doch stand ihm die geladene Schreckschusspistole griffbereit zur Verfügung, als er in seiner Wohnung das Kokain portionierte, in Folie verpackte und vorrätig hielt. Die Schusswaffe muss ihm nicht notwendigerweise auch bei etwaigen Geld- oder Rauschgiftübergaben außerhalb der Wohnung zur Verfügung stehen. Er hat die Schusswaffe also bei den Einzelakten Besitz und Herstellen in der Wohnung im Rahmen des übergeordneten Handeltreibens im Bereich des Betts verwahrt. Es handelt sich hierbei um Teilakte des Handeltreibens, da sie auf den Umsatz von Betäubungsmitteln abzielende Tätigkeiten darstellen. Damit hatte er jedenfalls zu diesem Zeitpunkt die geladene Schreckschusswaffe situativ zugriffsbereit gehabt, sodass eine räumliche Nähe gegeben ist. In derartigen Konstellationen treten das Risiko der Entdeckung, das Bedürfnis nach Sicherung des Rauschgifts sowie die durch Waffenbesitz belegte Gewaltbereitschaft des Täters in besonderer Weise zusammen.⁴⁸ Zudem lässt sich nie vollständig ausschließen, dass Kokainhändler wie P im Zusammenhang mit Drogengeschäften z.B. von Geschäftspartnern oder Kunden in ihrer Wohnung aufgesucht werden.

Damit hat P gem. § 30a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 BtMG eine Schusswaffe mit sich geführt.

c) Subjektiver Tatbestand bzgl. des Grundtatbestands § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

P müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wollen der Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.⁴⁹ P war bekannt, dass es sich bei den Substanzen um Rauschgift im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes handelt. Er hatte zudem Kenntnis von seiner fehlenden Erlaubnis in Bezug auf den Umgang mit dem Kokain sowie der für ihn nicht vorhandenen Ausnahme.

Der Vorsatz beim Handeltreiben muss sich weiter auf die eigennützige Förderung des Umsatzes von Betäubungsmitteln beziehen. P hat das Kokain bewusst in verkaufsfertige Kugeln abgepackt und bereitgehalten. Diese Vorbereitungsmaßnahmen traf er in der Motivation, das Kokain an Kunden zu verkaufen und den Absatz von Betäubungsmitteln zu fördern, sowie dem ernsthaften Wollen, Umsätze zu erzielen. Verkaufswille respektive Absatzwille sind daher vorliegend gegeben.

Daneben setzt der subjektive Tatbestand das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Eigennützigkeit, also eine besondere Form von Bereicherungsabsicht voraus.

⁴⁶ Vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 16 (17); BGH NSTZ 2020, 554 (555).

⁴⁷ BGHSt 43, 8 (10); BGH NSTZ 2020, 233 (234); BGH NSTZ 2017, 714 (717).

⁴⁸ BGH, Urt. v. 28.2.1997 – 2 StR 556/96 = NJW 1997, 1717.

⁴⁹ RGSt 51, 305 (311); BGHSt 36, 1 (10 f.); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 3.

Hinweis: Bei der Eigennützigkeit handelt es sich bei Lichte betrachtet um ein subjektives Merkmal, da es der psychischen Sphäre des Täters entspringt.⁵⁰ Im wissenschaftlichen Schrifttum wird wegen der Verknüpfung zum objektiven Tatbestandsmerkmal des Handeltreibens teilweise eine Prüfung im objektiven Tatbestand befürwortet,⁵¹ was methodisch gleichermaßen vertretbar ist.

Eigennützig ist eine Tätigkeit nur, wenn das Handeln des Täters vom Streben nach wirtschaftlichem Gewinn geleitet wird oder er sich irgendeinen anderen materiellen oder objektiv messbaren immateriellen persönlichen Vorteil verspricht, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wird.⁵² P beabsichtigt, seinen gesamten Kokainvorrat mit Gewinnerzielungsabsicht an Dritte zu veräußern, sodass er ein erkennbares finanzielles Eigeninteresse verfolgt, zuvorderst, um seinen eigenen Konsum zu finanzieren. Dass P den erstrebten Vorteil tatsächlich nicht erlangt hat, ist unerheblich, weil die innere Erwartungshaltung des Täters genügt.⁵³ Somit handelte P eigennützig.

d) Subjektiver Tatbestand: Qualifikation, § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

P müsste auch bezüglich der Qualifikation vorsätzlich gehandelt haben, also zumindest Eventualvorsatz hinsichtlich des Handeltreibens in nicht geringer Menge bei gleichzeitigem Mit-sich-Führen einer Schusswaffe haben.

Zunächst ist fraglich, ob sich der Vorsatz des P auf die nicht geringe Menge bezieht. Erforderlich ist, dass der Täter die tatsächlichen Gegebenheiten erkennt, die den Tatbestand der nicht geringen Menge erfüllen; ein Bewusstsein über deren rechtliche Einordnung ist hingegen nicht erforderlich.⁵⁴ Daher handelt es sich um ein normatives Tatbestandsmerkmal,⁵⁵ sodass P im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre eine entsprechende Vorstellung vom Wirkstoffgehalt des Kokains besessen haben muss. P ist bereits wegen Betäubungsmittelhandels polizeilich in Erscheinung getreten und dementsprechend auch nicht unerfahren im Umgang damit. Es ist also davon auszugehen, dass er gerade auch in Hinblick auf die große Bruttomenge von 16 g (deren Wirkstoffmenge mit 8 g Kokainhydrochlorid die Grenzmenge deutlich überschreitet) eine konkrete Vorstellung von der Menge und Qualität besitzt, womit er die tatsächlichen Voraussetzungen des Begriffes erfasst hat. P rechnete aus Laiensicht mit der erhöhten Gefährlichkeit des Kokains entsprechend dem festgestellten Wirkstoffgehalt und nahm diese jedenfalls billigend in Kauf.

Darüber hinaus müsste P zumindest bedingten Vorsatz dahin haben, eine Schusswaffe mit sich zu führen. Auch der Begriff der Schusswaffe stellt ein normatives Tatbestandsmerkmal dar, sodass es für die Erfüllung des Merkmals nicht auf die genaue Kenntnis seiner rechtlichen Bedeutung durch den Täter ankommt. Maßgeblich ist vielmehr, dass sich ihm die Funktionsweise und Zweckbestim-

⁵⁰ So auch BGH NSTZ-RR 2021, 382 (383); *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, S. 44.

⁵¹ *Weber/Dietsch*, in: *Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 29 Rn. 309; vgl. ergänzend hierzu *Oğlakcioğlu*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 283.

⁵² St.Rspr. BGHSt 34, 124 (126); BGH NSTZ-RR 2016, 212 (213); *Patzak*, in: *Patzak/Fabircius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 342 m.w.N.

⁵³ Vgl. BGH NSTZ-RR 2021, 382; *Patzak*, in: *Patzak/Fabircius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 342.

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 13.10.2016 – 1 StR 366/16 = BeckRS 2016, 20126 Rn. 17; *Patzak*, in: *Patzak/Fabircius*, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2024, § 29a Rn. 107.

⁵⁵ *Oğlakcioğlu*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29a Rn. 74.

mung aus einer Parallelwertung in der Laiensphäre erschließt.⁵⁶ P beschaffte sich die Schreckschusswaffe erst vor einigen Monaten auf dem Schwarzmarkt, um sich bei seinen Geschäften sicherer zu fühlen. Auch die anschließende Aufbewahrung direkt neben seinem Betäubungsmitteldepot an seiner Schlafstätte, welche man regelmäßig aufsucht, dürfte P die Existenz der Waffe täglich vor Augen führen und zeigt ebenfalls sein Bewusstsein hinsichtlich der unmittelbaren Verfügbarkeit der Schusswaffe. Dass P die Schusswaffe aus Sicherheitsgründen bereithielt, steht der Tatbestandserfüllung nicht entgegen, da die damit verbundene erhöhte abstrakte Gefährlichkeit ausschlaggebend ist.⁵⁷ Eine Zweckbestimmung des Täters, den Gegenstand gegebenenfalls auch einsetzen zu wollen, ist als weiteres Vorsatzelement bei dem Merkmal der Schusswaffe nicht erforderlich.⁵⁸

P handelt somit vorsätzlich bezüglich der Qualifikation des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.

2. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. P handelte rechtswidrig.

3. Schuld

Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe kommen nicht in Betracht. P handelte schuldhaft.

II. Ergebnis

P hat sich wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, 30a Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 BtMG strafbar gemacht.

⁵⁶ Wettley, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.9.2025, § 30a Rn. 94; Maier, in: Weber/Kornprobst/Maier/Dietsch, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 30a Rn. 194.

⁵⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 4.6.1985 – 2 StR 125/85 = NStZ 1985, 547.

⁵⁸ BGHSt 43, 266 (269 f.); BGH NStZ 2013, 663; Wettley, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.9.2025, § 30a Rn. 95.

Zwischenprüfungsklausur: „Ein Plan für die Tonne“

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin Lena Böger, Düsseldorf*

Die Klausur wurde im WS 2025/26 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Zwischenprüfungsklausur i.S.d. § 28 JAG NRW gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 180 Minuten. Von den 226 Teilnehmern bestanden 26,55 % die Klausur nicht. Die Durchschnittspunktzahl waren 5,13 Punkte.

Sachverhalt

Alexander (A) wohnt im Einfamilienhaus seiner Eltern in einem beschaulichen Wohngebiet in Neuss. Eines Tages erzählt ihm seine Nachbarin Shirin (S), dass sie im Internet beim Versandhändler V ein neues Tablet im Wert von 800 Euro bestellt habe, das am nächsten Tag geliefert werden solle. A ist neidisch und überlegt, wie er an das Tablet herankommen könnte.

Aus Erfahrung weiß A, dass die Postboten in seiner Straße bei Abwesenheit der Empfänger häufig Pakete in der Papiertonne deponieren und die Empfänger mit einem Foto der Tonne darüber benachrichtigen. Dies kommt auch bei S, die tagsüber arbeitet, häufiger vor. A möchte deshalb warten, bis am Vormittag die Paketlieferung erfolgt ist, und dann das Paket aus der Mülltonne nehmen. Er nimmt an, dass S dadurch keinen Nachteil haben werde, weil das Tablet dann immer noch im Eigentum des V stünde und S deswegen einfach ein neues Tablet zugeschickt bekommen würde.

A ist fest entschlossen, den Plan umzusetzen. Er hat allerdings Sorge, dass es den Nachbarn auffallen könnte, wenn er eine fremde Mülltonne durchwühlt, und fragt daher seinen besten Freund Björn (B) um Rat. B findet den Plan gut und sagt dies auch. Er schlägt vor, dass A sich als „Müllmann“ verkleiden könne, um weniger aufzufallen. Ein passendes Kostüm könne er A leihen. A solle außerdem mit einem Schal sein Gesicht verdecken, um nicht so leicht erkannt zu werden. Er bietet außerdem an, für A „Schmiere zu stehen“, was A dankend annimmt. Eine Konfrontation mit anderen Personen wollen A und B unbedingt vermeiden.

Am nächsten Tag läuft zunächst alles wie geplant. Der Postbote deponiert das Paket in der Papiertonne der S und schickt ihr eine Benachrichtigung, die sie sofort liest. A geht verkleidet, in Begleitung des B, zum Haus der S. A hat auch noch einen Stoffbeutel mitgenommen, in dem er das Paket schnell verschwinden lassen will. A betritt durch das Tor die Einfahrt, in der die Mülltonnen stehen. Während A in der Mülltonne nach dem Paket sucht, bleibt B auf der Straße vor dem Grundstück stehen, um die Umgebung im Blick zu behalten. Plötzlich sieht B eine Polizeistreife. Nachdem er A gewarnt hat, versteckt sich B auf einem öffentlichen Grünstreifen.

Den uniformierten Polizeibeamt*innen Paula (P) und Quentin (Q), die mit dem Streifenwagen unterwegs sind, kommt die Situation komisch vor, weil kein Müllfahrzeug in der Nähe ist. Sie halten deshalb vor dem Grundstück der S an. P steigt aus, nähert sich dem Gartentor und fragt, was A da mache. A hat gerade das etwa Din-A4-große Paket aus der Papiertonne geholt und hält es in der Hand. Nervös stotternd behauptet A, er mache nichts Bestimmtes. P findet das Verhalten des A verdächtig und fragt, ob A sich ausweisen könne. Als A nicht reagiert, betritt P das Grundstück, um sich den Ausweis von A zeigen zu lassen und mit der Adresse abzugleichen. A geht irrtümlich davon aus, dass P keine Berechtigung dazu habe, sich seinen Ausweis zeigen zu lassen. Er erwägt, über den

* Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Lena Böger ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

Zaun zu fliehen, müsste dafür aber das Paket zurücklassen. Er geht außerdem davon aus, dass P auf eine Feststellung seiner Personalien verzichten würde, wenn er erklären würde, er sei ein Nachbar der S und habe für diese ein Paket angenommen, das er vorbeibringen wolle. Auch dann müsste A allerdings auf das Paket verzichten, was er auf keinen Fall will. Weil er das Paket unbedingt behalten möchte, greift A deshalb blitzschnell eine der Mülltonnen und schubst sie P mit aller Kraft entgegen. A geht dabei davon aus, dass die Mülltonne P zu Fall bringen könnte und sie durch den Aufprall auf den Boden leichte Verletzungen davontragen könnte. Schwere oder gar tödliche Verletzungen hält A für ausgeschlossen. P wird durch die Wucht der Mülltonne allerdings so unglücklich gegen den metallenen Gartenzaun gestoßen, dass eine der Metallspitzen ihr linkes Auge durchbohrt.

B, der dies alles beobachtet hat, möchte mit der Angelegenheit nichts mehr zu tun haben und läuft weg. A erkennt, dass er keine Chance mehr hat, mit dem Paket zu fliehen, und lässt dieses fallen. Ohne Paket schafft er es, über den Zaun zum Nachbargarten zu klettern und zu entkommen. A und B gehen beide zutreffend davon aus, dass P nicht lebensgefährlich verletzt ist und Q, der als Polizist entsprechend geschult ist, P unverzüglich erste Hilfe leisten und den Notarzt alarmieren wird. P ist infolge der Verletzung auf einem Auge blind und kann ihren Beruf als Polizistin nicht mehr ausüben.

Aufgabe

Wie haben sich A und B strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

1. §§ 114, 123, 244, 250, 251, 263, 303 und 323c StGB sind *nicht* zu prüfen.¹
2. Regelbeispiele sind *nicht* zu prüfen.²
3. Gehen Sie davon aus, dass es sich bei der Frage nach den Ausweispapieren und dem damit zusammenhängenden Betreten des Grundstücks durch P um eine *rechtmäßige Vollstreckungshandlung* handelt.
4. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

¹ Straftatbestände können aus verschiedenen Gründen von der Prüfung ausgeschlossen sein und sind dann nicht im Gutachten anzusprechen. Für diejenigen, die es interessiert, wird hier kurz erläutert, warum die jeweiligen Straftatbestände nicht zu prüfen waren (Spoiler!): § 114 StGB entspricht im Wesentlichen § 113 StGB, sodass die Prüfung keinen großen Mehrwert bringt und aus Zeitgründen entbehrlich ist. § 123 StGB wäre hier unproblematisch verwirklicht und entfällt ebenfalls aus Zeitgründen. §§ 244, 250 StGB könnte man v.a. in Bezug auf die Verwendung bzw. das Beisichführen der Mülltonne prüfen. Da die Prüfung relativ lang ist und die Verwendung der Mülltonne auch bei § 224 StGB zu prüfen ist, wurde ebenfalls aus Zeitgründen hierauf verzichtet (in der Originalklausur war nur § 250 StGB ausgeschlossen, nachdem aber relativ häufig fehlerhaft die Raubdelikte übersehen wurden, wurde § 244 StGB für die Veröffentlichungsversion aufgenommen). Für §§ 251, 263, 303 StGB gibt es keine Anhaltspunkte, sie wurden aber vorsichtshalber ausgeschlossen (§ 263 StGB ist an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zudem nicht Gegenstand der Zwischenprüfung). § 323c Abs. 1 StGB wäre zu prüfen gewesen, konnte aus Zeitgründen aber auch hier entfallen.

² Regelbeispiele sind im Gesetz enthaltene Fallgruppen, die *in der Regel* einen besonders schweren Fall darstellen und zu einer höheren Strafe führen. Hierdurch sollte v.a. § 113 Abs. 2 StGB ausgeschlossen werden, da die Klausur sonst zu umfangreich gewesen wäre. Auch § 243 StGB war als Regelbeispiel nicht zu prüfen (und ohnehin nicht einschlägig).

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des A	869
I. § 242 Abs. 1 StGB.....	869
1. Tatbestand.....	869
a) Objektiver Tatbestand	869
aa) Fremde bewegliche Sache	869
bb) Wegnahme.....	870
(1) Fremder Gewahrsam	870
(2) Begründung neuen Gewahrsams	870
2. Ergebnis.....	871
II. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB.....	871
1. Versuchsstrafbarkeit.....	871
2. Keine Vollendung	871
3. Tatbestand.....	872
a) Tatentschluss	872
aa) Bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	872
bb) Absicht rechtswidriger Zueignung	872
(1) Aneignungsabsicht	872
(2) Enteignungsvorsatz	872
(3) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung.....	873
b) Unmittelbares Ansetzen.....	873
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	873
5. Kein Rücktritt.....	873
6. Ergebnis.....	874
III. § 113 Abs. 1 StGB.....	874
1. Tatbestand.....	874
a) Objektiver Tatbestand	874
aa) Vollstreckungsbeamter	874
bb) Bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung	874
cc) Widerstand leisten	874
b) Subjektiver Tatbestand.....	874
c) Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung, § 113 Abs. 3 StGB	875
2. Rechtswidrigkeit	875
3. Schuld.....	875

4. Strafzumessung.....	875
5. Ergebnis.....	876
IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3, 4, 5 StGB	876
1. Tatbestand.....	876
a) Objektiver Tatbestand	876
aa) Voraussetzungen des Grunddelikts	876
(1) Körperliche Misshandlung	876
(2) Gesundheitsschädigung.....	876
bb) Voraussetzungen der Qualifikation	876
(1) Gefährliches Werkzeug, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB	876
(2) Hinterlistiger Überfall, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB	877
(3) Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB	877
(4) Das Leben gefährdende Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB	877
b) Subjektiver Tatbestand.....	878
2. Rechtswidrigkeit	878
a) Rechtfertigung	878
b) Erlaubnistatumstandsirrtrum.....	878
aa) Notwehrlage	879
bb) Notwehrhandlung.....	879
(1) Verteidigung	879
(2) Geeignetheit	879
(3) Erforderlichkeit	880
cc) Zwischenergebnis.....	880
3. Schuld.....	880
4. Strafantrag.....	881
5. Ergebnis.....	881
V. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	881
1. Tatbestand.....	881
a) Verwirklichung des Grunddelikts	881
b) Eintritt der schweren Folge.....	881
c) Kausalität und objektive Zurechnung	881
d) Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang	881
e) Fahrlässigkeit hinsichtlich der schweren Folge.....	882
2. Rechtswidrigkeit	882

3. Schuld.....	882
4. Ergebnis.....	882
VI. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB	882
1. Versuchsstrafbarkeit.....	882
2. Keine Vollendung	883
3. Tatbestand.....	883
a) Tatentschluss	883
aa) Bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	883
bb) Bzgl. Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels.....	883
cc) Raubspezifischer Zusammenhang.....	883
dd) Absicht rechtswidriger Zueignung	883
b) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB	883
4. Rechtswidrigkeit	884
5. Schuld.....	884
6. Kein Rücktritt.....	884
7. Ergebnis.....	884
B. Strafbarkeit des B	884
I. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB	884
1. Vorprüfung.....	884
2. Tatbestand.....	884
3. Ergebnis.....	885
II. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.....	885
1. Versuchsstrafbarkeit.....	885
2. Keine Vollendung	885
3. Tatbestand.....	885
a) Tatentschluss	885
aa) Bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	885
(1) Bzgl. eines gemeinsamen Tatplans.....	885
(2) Bzgl. gemeinschaftlicher Tatausführung	885
4. Ergebnis.....	886
III. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB.....	886
1. Tatbestand.....	886
a) Objektiver Tatbestand	886
aa) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat	886

bb) Hilfeleisten.....	887
b) Subjektiver Tatbestand.....	887
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	887
3. Kein Rücktritt.....	887
4. Ergebnis.....	887
C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen	887

A. Strafbarkeit des A

Hinweis: Die vorgeschlagene Prüfungsreihenfolge ist nicht zwingend. Es kann genauso gut mit der Körperverletzung und dem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (in beliebiger Reihenfolge) begonnen werden. Das hätte den Vorteil, dass die Einordnung des Irrtums geklärt werden kann, bevor die Eigentumsdelikte geprüft werden.

I. § 242 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Tablet an sich nahm.

Hinweis: Es ist auch möglich, direkt den Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) zu prüfen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Tablet müsste es sich um eine für den A fremde bewegliche Sache gehandelt haben. Das Tablet stellt einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB dar, der tatsächlich fortbewegt werden kann.³ Somit ist es eine bewegliche Sache.

Fremd ist die Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist.⁴ Ursprünglich stand das Tablet im Eigentum des Versandhändlers V. Durch das Versenden des Pakets könnte er ein Angebot auf Übereignung des Tablets abgegeben haben. Fraglich ist jedoch, ob S dieses Angebot bereits angenommen hat. Persönlich hat sie das Paket noch nicht entgegengenommen. Die Übereignung ist Teil der Erfüllung des Kaufvertrags, sodass davon auszugehen ist, dass S vor einer Annahme des Angebots zunächst den Zustand des Tablets überprüfen möchte.⁵ Insofern ist noch nicht von einer Übereignung an S auszugehen. Jedenfalls aber möchte V das Eigentum an dem Tablet nur auf S übertragen und nicht aufgeben, sodass eine Dereliktion nach § 959 BGB ausscheidet. Eigentümer des Tablets ist weiterhin V (a.A. vertretbar).

³ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 2 Rn. 6 ff.

⁴ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 242 Rn. 5; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 2 Rn. 9.

⁵ Klinck, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2026, § 929 Rn. 65.1; Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 929 Rn. 29.

Somit stellt das Tablet für A eine fremde bewegliche Sache dar.

Hinweis: Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn Eigentum der S angenommen wird oder offengelassen wird, ob S oder V Eigentümer*in ist.

bb) Wegnahme

A müsste das Tablet auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.⁶

(1) Fremder Gewahrsam

Ursprünglich müsste fremder Gewahrsam an dem Tablet bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene, in ihrer Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmte, tatsächliche Sachherrschaft.⁷

Ursprünglich hatte der Paketbote Gewahrsam an dem Tablet. Dieser könnte durch das Deponieren des Tablets in der Mülltonne übergegangen sein. Die Mülltonne steht auf dem Grundstück der S. Der Inhaber eines räumlichen Machtbereichs kann grundsätzlich Gewahrsam an allen darin befindlichen Gegenständen erlangen, sofern er einen entsprechenden Herrschaftswillen hat.⁸ Nach der Verkehrsanschauung ist davon auszugehen, dass S bereits einen generellen Herrschaftswillen bezüglich der Sachen auf ihrem umzäunten Privatgrundstück hat. Das Tablet befand sich durch das Ablegen in der Papiertonne im Herrschaftsbereich der S. Sie wusste durch die Benachrichtigung auch, dass das von ihr bestellte Tablet dort lag. Somit hatte sie auch einen konkreten Herrschaftswillen in Bezug auf das Tablet. Es bestand mithin fremder Gewahrsam.

Hinweis: Sollte hier fälschlicherweise fremder Gewahrsam verneint werden, wären im Anschluss § 246 StGB und dann in Bezug auf den Stoß mit der Mülltonne § 240 StGB zu prüfen.

(2) Begründung neuen Gewahrsams

A müsste neuen Gewahrsam an dem Tablet begründet haben. Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn der Täter die Sachherrschaft derart erlangt, dass er die freie Zugriffsmöglichkeit des Opfers auf die Sache ausschließt.⁹

A hielt das Tablet in den Händen, befand sich allerdings noch auf dem Grundstück der S und damit in ihrer Gewahrsamssphäre. In einer fremden Gewahrsamssphäre kann neuer Gewahrsam dadurch begründet werden, dass der Täter kleinere Sachen derart in seine höchstpersönliche Sphäre verbringt, dass hierdurch selbst in einem fremden Gewahrsamsbereich neuer Gewahrsam begründet wird (sog. Gewahrsamsenklave).¹⁰ A hat zwar eine Tasche zum Verpacken des Tablets dabei, hält dieses jedoch bloß in der Hand. Durch das offene Tragen des Tablets verbringt er dieses noch nicht in eine höchst-

⁶ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 2 Rn. 22; Schmitz, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 242 Rn. 50.

⁷ Fischer, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 242 Rn. 11; Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 28.

⁸ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 33.

⁹ BGHSt 26, 24 (26); BGH NSTZ-RR 2013, 276; Fischer, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 242 Rn. 17.

¹⁰ BGH NSTZ 2019, 613; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 2 Rn. 47; Rönau, *JuS* 2009, 1088 (1089).

persönliche Sphäre und begründet damit keine Gewahrsamsenkklave. Bei dem Tablet handelt es sich auch nicht um einen so kleinen Gegenstand, dass bereits mit Ergreifen ein Gewahrsamsübergang anzunehmen wäre. Vielmehr schließt das offene Tragen des Tablets die Zugriffsmöglichkeit der S auf das Tablet nicht aus.

Mithin wurde kein neuer Gewahrsam begründet. A hat das Tablet nicht weggenommen.

Hinweis: Eine a.A. ist mit guter Begründung vertretbar. Dann wäre die Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB zu bejahen und im Anschluss § 252 StGB zu prüfen, dessen Voraussetzungen unproblematisch vorliegen. § 252 StGB setzt nach h.M. einen vollendeten Diebstahl voraus und ist daher bei einem nur versuchten Diebstahl als Vortat nicht einschlägig.¹¹ Die Mindermeinung, die einen versuchten Diebstahl genügen lässt, verlangt jedenfalls einen vollendeten Gewahrsamsübergang und käme daher auch hier nur zu einem versuchten Raub.¹²

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er das Tablet an sich nahm.

II. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis: Es ist ebenso gut möglich, direkt versuchten Raub zu prüfen. Die Prüfung von versuchtem Diebstahl und versuchtem Raub wurde hier getrennt, um die mögliche Rechtfertigung und den Irrtum vorab im Rahmen der Körperverletzungsdelikte diskutieren zu können.

1. Versuchsstrafbarkeit

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 242 Abs. 2 StGB.

2. Keine Vollendung

Mangels Wegnahme ist die Tat nicht vollendet und der Versuch damit nicht subsidiär.

¹¹ BGHSt 16, 271 (277); Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 252 Rn. 4; Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2025, § 16 Rn. 2; Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 252 Rn. 18.

¹² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 252 Rn. 3; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 252 Rn. 7.

3. Tatbestand

a) Tatentschluss

A müsste Tatentschluss gehabt haben. Tatentschluss ist der Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen etwaiger subjektiver Merkmale.¹³ Vorsatz beschreibt den Willen zur Verwirklichung des Tatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Umstände.¹⁴

aa) Bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Der Tatentschluss müsste sich zunächst auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache beziehen. A wusste, dass das Tablet einen körperlichen Gegenstand, der tatsächlich fortbewegt werden kann, darstellt. Ebenfalls war ihm bewusst, dass er kein Eigentum an dem Tablet hat, sondern dies V gehört, und dieses somit für ihn fremd ist.

A stellte sich vor, das Tablet in die Stofftasche zu packen und damit das Grundstück zu verlassen. Durch das Einpacken in die Stofftasche hätte S keine Möglichkeit mehr, auf das Tablet zuzugreifen, ohne die Gewahrsamssphäre des A zu verletzen. Er stellte sich somit vor, die Zugriffsmöglichkeit der S auf das Tablet aufzuheben. Weiterhin war ihm bewusst, dass dies gegen ihren Willen geschehen würde, sodass er sich auch einen Gewahrsamsbruch vorstellte.¹⁵ A hatte somit Tatentschluss bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

A müsste mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Weiterhin müsste die angestrebte Zueignung nach der Vorstellung des A rechtswidrig gewesen sein.

Hinweis: Nach h.M. ist die Rechtswidrigkeit der Zueignung ein objektives Tatbestandsmerkmal, weshalb bei der Prüfung des versuchten Diebstahls nur Vorsatz in Bezug auf die Rechtswidrigkeit zu fordern ist.

(1) Aneignungsabsicht

A müsste mit der Absicht zumindest vorübergehender Aneignung gehandelt haben.¹⁶ Er müsste hierfür zielgerichtet angestrebt haben, sich das Tablet zumindest vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben.¹⁷ A kam es gerade darauf an, das Tablet für sich zu behalten, womit er zielgerichtet anstrebte, es dem eigenen Vermögen einzuverleiben.

(2) Enteignungsvorsatz

A müsste weiterhin zumindest bedingten Enteignungsvorsatz gehabt haben.¹⁸ Hierzu muss er zumindest billigend in Kauf genommen haben, den Eigentümer dauerhaft aus seiner Eigentümerposition

¹³ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 23 Rn. 17; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 31 Rn. 4.

¹⁴ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 14 Rn. 5; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 314.

¹⁵ Fischer, in: Fischer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 73. Aufl. 2026, § 242 Rn. 16.

¹⁶ Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 68.

¹⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 2 Rn. 91.

¹⁸ Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 2 Rn. 69.

zu verdrängen.¹⁹ A wollte das Tablet für sich mitnehmen und stellte sich nicht vor, dieses V zurückzugeben. Er nahm somit billigend in Kauf, V dauerhaft aus dessen Eigentümerposition zu verdrängen. Er handelte somit mit Zueignungsabsicht.

Hinweis: Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn Eigentum der S angenommen wird oder offengelassen wird, ob S oder V Eigentümer*in ist. Auch wenn man Eigentum der S annimmt, liegt Enteignungsvorsatz vor. Dass A dachte, S werde ein neues Tablet von V erhalten und sei deshalb nicht benachteiligt, ändert nichts daran, dass er sich vorstellt, dass dieses Tablet der S dauerhaft entzogen wird.

(3) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung

A müsste auch Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung haben. Die angestrebte Zueignung ist rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf die Sache hat.²⁰ A wusste, dass ihm das Tablet nicht zustand und er damit keinerlei Ansprüche hierauf hatte, womit er ebenfalls Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung hatte.

b) Unmittelbares Ansetzen

A müsste auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben, § 22 StGB. Der Täter setzt unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung von der Tat ohne weitere wesentliche Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung führen, sodass nach seiner Vorstellung die Rechtsgüter des Opfers bereits konkret gefährdet sind.²¹

A hielt das Paket schon in den Händen, nach seiner Vorstellung waren auch keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte zur Vollendung der Wegnahme erforderlich. A hat somit unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

A könnte jedoch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB straffbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, indem er das Paket fallen ließ. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Täter nach seiner Vorstellung die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.²² A erkannte, dass er keine Chance haben würde, mit dem Paket zu entkommen. Der Versuch ist damit fehlgeschlagen und der Rücktritt ausgeschlossen.

¹⁹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 2 Rn. 90.

²⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 242 Rn. 187.

²¹ BGHSt 48, 34 (36); BGH NSTZ 2014, 447 (448); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 34 Rn. 22 ff.

²² BGH NSTZ 2010, 690 (691); BGH NSTZ 2020, 82; Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 24 Rn. 7.

6. Ergebnis

A hat sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er das Tablet an sich nahm.

III. § 113 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch das Schubsen der Mülltonne gegen P wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vollstreckungsbeamter

P müsste hierfür Vollstreckungsbeamtin sein, also eine Amtsträgerin, die zur Vollstreckung von Gesetzen berufen ist. Gem. § 11 Abs. 1 Nr. lit. a StGB ist sie als Beamtin Amtsträgerin. Sie ist als Polizeibeamtin auch dazu befugt, Entscheidungen zur unmittelbaren Verwirklichung der gesetzlichen Vorschriften zu treffen, und damit zur Vollstreckung berufen. P ist Vollstreckungsbeamtin.

bb) Bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung

P müsste eine Vollstreckungshandlung vorgenommen haben. Vollstreckungshandlung ist jede gezielte hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines konkreten Einzelfalles.²³ Die Frage nach den Ausweis-papieren und das damit zusammenhängende Betreten des Grundstücks stellen eine Vollstreckungs-handlung dar.

cc) Widerstand leisten

A müsste Widerstand geleistet haben. Hier kommt das Leisten von Widerstand mit Gewalt in Betracht. Hierunter fällt jede durch aktives Handeln bewirkte, gegen die Person des Amtsträgers gerichtete und von diesem körperlich empfundene Kraftentfaltung, die geeignet ist, die Vollendung der Vollstreckungshandlung zumindest zu erschweren.²⁴ P stürzte durch das Schubsen der Mülltonne, womit eine körperlich empfundene Kraftentfaltung vorliegt. Hierdurch wurde sie ebenfalls daran gehindert, die Identitätsfeststellung weiter durchzuführen. A leistete Widerstand mit Gewalt.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Er war sich bewusst, dass P als Polizeibeamtin zur Vollstreckung von Gesetzen und Einzelmaßnahmen befugt ist und gerade eine Vollstreckungshandlung vornahm. Dass er die Handlung für rechtswidrig hielt, ist für den Vorsatz irrelevant. Ihm kam es zudem darauf an, Widerstand zu leisten. Er handelte somit vorsätzlich.

²³ BGHSt 25, 313 (314); *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 36 Rn. 9; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2026, § 113 Rn. 5.

²⁴ BGH NSTZ 2013, 336 (337); *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 113 Rn. 23.

c) Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung, § 113 Abs. 3 StGB

Die Vollstreckungshandlung war rechtmäßig.

2. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Sein Verhalten könnte durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein, sofern ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff durch P vorlag.

Allerdings handelte P rechtmäßig, sodass ein rechtswidriger Angriff nicht in Betracht kommt. Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass A davon ausging, P sei in der konkreten Situation nicht zur Feststellung seiner Identität berechtigt. A irrte über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung. Hierzu trifft § 113 Abs. 4 StGB eine abschließende Spezialregelung, welche die allgemeine Irrtumsdogmatik verdrängt.²⁵

Nach § 113 Abs. 4 StGB entfällt die Strafe lediglich dann, wenn der Täter einen solchen Irrtum nicht vermeiden konnte. Vermeidbar ist ein Irrtum, wenn dem Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre.²⁶ A überlegte nicht lange, sondern schubste die Papiertonne ohne Weiteres gegen P. Er hätte zuvor jedoch zumindest verbal Zweifel an der Rechtmäßigkeit äußern können, woraufhin P ihm die Sachlage hätte erklären können. Somit war der Irrtum für A vermeidbar. In Betracht kommt damit lediglich eine Strafmilderung durch das Gericht.

Hinweis: Die genaue Einordnung des § 113 Abs. 4 StGB wird nicht einheitlich beurteilt.²⁷ Insofern kann die Prüfung sowohl im Anschluss an die Diensthandlung als auch – wie hier – in der Rechtswidrigkeit oder der Schuld erfolgen. Der Prüfungsstandort hat wegen der abschließenden Regelung auch keine Auswirkung auf das Ergebnis der Prüfung.

3. Schuld

A handelte schuldhaft.

4. Strafzumessung

Die Strafe kann gem. § 113 Abs. 4 S. 1 StGB gemildert werden.

Hinweis: Ein Fall geringer Schuld, der es ermöglichen würde, von Strafe abzusehen, dürfte hier angesichts der leichten Vermeidbarkeit und der schweren Folgen für P nicht vorliegen. Ausführungen zur Strafzumessung sind positiv zu bewerten.

²⁵ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 36 Rn. 46.

²⁶ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 17 Rn. 7; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 31 Rn. 19 ff.

²⁷ Siehe hierzu Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 113 Rn. 58.

5. Ergebnis

A hat sich durch das Schubsen der Mülltonne wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3, 4, 5 StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3, 4, 5 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis: Es ist auch zulässig, zunächst nur § 223 Abs. 1 StGB zu prüfen, um anhand des Grunddelikts die Irrtumsproblematik zu klären.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Voraussetzungen des Grunddelikts

Hierfür müssten zunächst die Voraussetzungen der einfachen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB vorliegen. A müsste P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

(1) Körperliche Misshandlung

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.²⁸ Durch das Schubsen der Mülltonne gegen P stürzte diese gegen den Gartenzaun, wodurch ihr linkes Auge durchbohrt wurde. Diese schwere Verletzung verursacht starke Schmerzen und stellt damit eine nicht bloß unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens dar. A hat P körperlich misshandelt.

(2) Gesundheitsschädigung

Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines pathologischen Zustands.²⁹ Das Durchbohren des linken Auges und die daraufhin eintretende Erblindung stellen einen krankhaften Zustand dar, der auch kausal und objektiv zurechenbar auf dem Schubsen der Mülltonne beruht.

Die Voraussetzungen des § 223 Abs. 1 StGB liegen somit vor.

bb) Voraussetzungen der Qualifikation

(1) Gefährliches Werkzeug, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

A könnte die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art der Verwendung im konkreten Fall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³⁰ Eine Papier-

²⁸ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 13 Rn. 9.

²⁹ BGH NJW 2013, 3383; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 13 Rn. 16.

³⁰ Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 16.

mülltonne ist weder aus einem besonders harten Material gefertigt, noch hat sie gefährliche spitze Ecken oder ist besonders schwer. Die Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen ist damit bereits fraglich.

Jedenfalls müsste die Körperverletzung auch mittels des Werkzeugs begangen worden sein. Dies setzt voraus, dass die Körperverletzung durch die zweckgerichtete Verwendung des Werkzeugs herbeigeführt wurde und das Werkzeug unmittelbar auf das Opfer eingewirkt hat.³¹

Zwar stieß P mit der Mülltonne zusammen, allerdings zog sie sich ihre Verletzungen erst infolge des Sturzes zu. Das Schubsen der Mülltonne führte somit erst mittelbar zu einer Verletzung der P.

Fraglich ist, ob der Zaun ein gefährliches Werkzeug darstellt. P fiel jedoch erst durch den Zusammenstoß mit der Mülltonne gegen den Zaun, womit der Zaun nicht zweckgerichtet zur Herbeiführung der Verletzung verwendet wurde.

Die Körperverletzung wurde somit nicht mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

(2) Hinterlistiger Überfall, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

A könnte die Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben. Hinterlistig ist ein Überfall, wenn der Täter seine wahren Absichten planmäßig verdeckt, um die Abwehr des Angriffs zu erschweren.³² A schubste die Mülltonne aufgrund eines spontanen Entschlusses gegen P, womit jedenfalls die Planmäßigkeit des Überfalls zu verneinen ist. A hat die Körperverletzung nicht mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen.

(3) Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

A könnte die Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben. Hierfür ist erforderlich, dass mindestens zwei Beteiligte am Tatort bewusst zusammenwirken.³³ A fasste den Entschluss zum Schubsen der Mülltonne spontan und ohne jegliche Absprache mit B, der das Geschehen lediglich aus einiger Entfernung beobachtete. Somit liegt kein bewusstes Zusammenwirken vor und A hat die Körperverletzung nicht mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen.

(4) Das Leben gefährdende Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

A könnte die Körperverletzung jedoch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben.

Umstritten ist, welche Anforderungen an die Lebensgefährlichkeit zu stellen sind.

Eine Ansicht fordert, dass die Körperverletzungshandlung abstrakt lebensgefährlich sein muss.³⁴ Dies setzt voraus, dass die Handlung generell dazu geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.³⁵ P ist infolge des Zusammenstoßes mit der Mülltonne gegen den Zaun gestürzt, was die generelle Möglichkeit lebensgefährlicher Verletzungen begründet. Die Körperverletzungshandlung war somit abstrakt lebensgefährlich.

³¹ BGH NSTZ 2016, 724; Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 224 Rn. 10 f.

³² Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 9 Rn. 17.

³³ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 224 Rn. 23.

³⁴ BGH NSTZ 2024, 285 (286); BGH NSTZ 2025, 679 (680); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 224 Rn. 64.

³⁵ Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 34.

Einer anderen Ansicht zufolge muss die Behandlung konkret lebensgefährlich sein.³⁶ P wurde nicht lebensgefährlich verletzt, womit nach dieser Ansicht keine das Leben gefährdende Behandlung vorliegt.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Für die zweite Ansicht mag zunächst die erhöhte Strafandrohung des § 224 StGB sprechen, die eine restriktive Auslegung erforderlich erscheinen lässt.³⁷

Für die erste Ansicht spricht hingegen, dass sich ansonsten der Unrechtsgehalt der Nr. 5 zu weit von den anderen Nummern entfernen würde und die Abgrenzung zum bedingten Tötungsvorsatz nur schwer möglich wäre.³⁸ Somit ist der ersten Ansicht zu folgen. A beging die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung.

Hinweis: Es ist kein schwerer Fehler, wenn § 224 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB nicht angesprochen werden. Ausführungen zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB werden hingegen erwartet.

b) Subjektiver Tatbestand

A nahm leichte Verletzungen der P billigend in Kauf und handelte somit vorsätzlich bezüglich der einfachen Körperverletzung.

Fraglich ist, ob A auch Vorsatz bezüglich einer das Leben gefährdenden Behandlung hatte. Voraussetzung hierfür ist zumindest, dass er die Umstände erkannt hat, die die abstrakte Lebensgefährlichkeit begründen.³⁹ A sah lediglich die Möglichkeit, dass P auf den Boden stürzen und sich leichte Verletzungen zuziehen könnte. Tödliche Verletzungen hielt er hingegen für ausgeschlossen und war sich auch der Möglichkeit eines Aufpralls auf den Zaun nicht bewusst. Insofern erkannte er die Umstände nicht, die die abstrakte Lebensgefährlichkeit begründen. Er hatte somit keinen Vorsatz bezüglich einer das Leben gefährdenden Behandlung (a.A. vertretbar).

2. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben.

a) Rechtfertigung

Möglicherweise kommt in Bezug auf die Körperverletzung eine Rechtfertigung durch Notwehr gem. § 32 StGB in Betracht. P nahm jedoch eine rechtmäßige Diensthandlung vor, sodass kein rechtswidriger Angriff und damit keine Notwehrlage i.S.d. § 32 StGB vorlag.

b) Erlaubnistatumstandsirrtum

Allerdings könnte die Strafbarkeit des A wegen vorsätzlicher Körperverletzung dadurch ausgeschlossen sein, dass dieser dachte, P habe keine Berechtigung zur Vornahme einer solchen Identitätsfeststellung. Dies setzt voraus, dass A sich damit Umstände vorstellte, bei deren Vorliegen er gerech-

³⁶ Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.

³⁷ Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.

³⁸ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 224 Rn. 64.

³⁹ BGH NStZ 2025, 679 (680); Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 37.

fertigt gehandelt hätte (sog. Erlaubnistatumsirrtum),⁴⁰ und bei Vorliegen eines solchen Irrtums die Strafbarkeit aus dem Vorsatzdelikt entfällt, was strittig ist.

Hinweis: § 113 Abs. 4 StGB ist nicht auf Körperverletzungsdelikte übertragbar, sodass das Problem hier nach den allgemeinen Irrtumsregeln zu behandeln ist.

Es ist somit eine hypothetische Prüfung der Rechtfertigung auf Grundlage der Vorstellung des Täters vorzunehmen.

aa) Notwehrlage

Es müsste eine Notwehrlage vorliegen. Diese setzt einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus. Angriff ist jede drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten.⁴¹ Durch die Feststellung der Identität wäre A in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, durch ein etwaiges Festhalten zur Durchführung der Maßnahme auch in seiner Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigt.

Der Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch andauert.⁴² P forderte A bereits auf, sich auszuweisen, womit der Angriff bereits begonnen hätte. Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er seinerseits nicht gerechtfertigt ist.⁴³ Wenn P tatsächlich nicht zur Feststellung der Personalien berechtigt wäre, würde sie die Rechtsgüter des A auch rechtswidrig beeinträchtigen. Ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff läge somit vor.

bb) Notwehrhandlung

(1) Verteidigung

Die Notwehrhandlung müsste zudem eine Verteidigungshandlung darstellen, sich also gegen die Rechtsgüter des Angreifers richten.⁴⁴ A schubste die Mülltonne gegen P, die diesen nach seiner Vorstellung in seinen Rechten beeinträchtigte, womit eine Verteidigungshandlung vorliegen würde.

(2) Geeignetheit

Weiterhin müsste die Notwehrhandlung geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn sie den Angriff zumindest abschwächen kann.⁴⁵ Das Schubsen der Mülltonne hielt P davon ab, sich den Ausweis des A zeigen zu lassen, und wäre damit geeignet, den Angriff abzuwehren.

⁴⁰ Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 68; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 743.

⁴¹ Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. 2026, § 16 Rn. 6.

⁴² Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 18 Rn. 19; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 500.

⁴³ Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. 2026, § 16 Rn. 22.

⁴⁴ Fischer/Anstötz, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 32 Rn. 24.

⁴⁵ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2025, § 18 Rn. 33; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 513.

(3) Erforderlichkeit

Die Notwehrhandlung müsste auch erforderlich sein. Dies setzt voraus, dass sie das relativ mildeste Mittel zur Abwehr des Angriffs darstellt.⁴⁶ A stellte sich vor, über den Zaun fliehen zu können und damit dem vermeintlichen Angriff ausweichen zu können. Flucht stellt jedoch kein milderes Mittel im Rahmen der Notwehr dar („Recht braucht Unrecht nicht zu weichen“), womit die Fluchtmöglichkeit für die Bestimmung der Erforderlichkeit nicht relevant ist.⁴⁷

A ging jedoch davon aus, dass P auf die Feststellung seiner Personalien verzichten würde, wenn er erklären würde, er sei ein Nachbar der S und habe für diese ein Paket angenommen, das er vorbeibringen wolle. Dies würde, auch nach Vorstellung des A, nicht die körperliche Integrität der P beeinträchtigen und würde somit ein milderes Mittel darstellen. Dass A dann nach seiner Vorstellung das Tablet abgeben müsste, ändert nichts an dieser Wertung, weil der unrechtmäßig erworbene Besitz nicht schützenswert ist, vgl. § 859 Abs. 2 BGB. Dieser Umstände war sich A bewusst. A ging somit nicht davon aus, dass das Schubsen der Mülltonne eine erforderliche Verteidigungshandlung darstellt. Damit liegt kein Erlaubnistatumsirrtum vor.

Hinweis: Nach dem Sachverhalt ist die Erforderlichkeit eindeutig nicht gegeben. Wer – zu Unrecht – doch die Erforderlichkeit bejaht, müsste im Rahmen der weiteren Prüfung des § 32 StGB die Gebotenheit bejahen sowie im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselements die Anforderungen an dieses Merkmal diskutieren. Setzt man einen Verteidigungswillen voraus, würde das subjektive Rechtfertigungselement nicht vorliegen, weil A ausschließlich handelt, um das Paket behalten zu können, und ein Erlaubnistatumsirrtum damit ausscheiden. Sofern man lediglich Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände fordert und die Erforderlichkeit bejaht hat, wäre der Erlaubnistatumsirrtum zu bejahen. Zwischen diesen Ansichten wäre demnach ein Streitentscheid erforderlich.

cc) Zwischenergebnis

A unterlag somit keinem Erlaubnistatumsirrtum. Er handelte rechtswidrig.

Hinweis: Eine Einordnung des Irrtums als Erlaubnistatumsirrtum ist kein schwerer Fehler. Es muss dann aber konsequent weitergeprüft werden, d.h. es müsste der Streit um die rechtliche Behandlung des Irrtums geführt und im Anschluss ggf. die fahrlässige Körperverletzung geprüft werden, falls die Rechtsfolgen § 16 Abs. 1 StGB entnommen werden.⁴⁸

Wird wegen des Irrtums die Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt ausgeschlossen, sind §§ 224, 226 StGB dann folgerichtig nicht mehr zu prüfen. Die Punkte, die durch die Prüfung der §§ 224, 226 StGB gesammelt worden wären, werden dann durch den Theorienstreit kompensiert.

3. Schuld

A handelte schuldhaft.

⁴⁶ BGHSt 42, 97 (100); Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 16 Rn. 32.

⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 520.

⁴⁸ Zum Meinungsstreit siehe etwa Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 29 Rn. 13 ff.; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 30 Rn. 13 ff.; Rönnau/Saathoff, JuS 2023, 916.

4. Strafantrag

Die einfache Körperverletzung wird gem. § 230 Abs. 1 StGB nur auf Antrag verfolgt. Dieser wurde gestellt.

5. Ergebnis

A hat sich durch das Schubsen der Mülltonne wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung wegen schwerer Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Verwirklichung des Grunddelikts

A hat das Grunddelikt der Körperverletzung verwirklicht.

b) Eintritt der schweren Folge

P ist auf dem linken Auge erblindet, womit die schwere Folge des § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB eingetreten ist.

c) Kausalität und objektive Zurechnung

Die Körperverletzung war auch kausal für den Eintritt der schweren Folge. Ebenfalls stellt das Schubsen der Mülltonne gegen P ein rechtlich missbilligtes Risiko dar, welches sich schließlich im Eintritt der schweren Folge realisiert hat. Die objektive Zurechnung ist ebenfalls zu bejahen.⁴⁹

d) Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Weiterhin müsste der spezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang vorliegen. Dies setzt voraus, dass sich im Eintritt der schweren Folge gerade eine spezifische Gefahr des Grunddelikts realisiert hat.⁵⁰

Das Schubsen einer Mülltonne gegen eine andere Person in unmittelbarer Nähe eines Zauns bringt gerade die besondere Gefahr mit sich, dass auch schwere Verletzungen durch den Aufprall entstehen können. Im Eintritt der schweren Folge hat sich damit eine spezifische Gefahr des Grunddelikts realisiert.

⁴⁹ Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 10 Rn. 4.

⁵⁰ *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 18 Rn. 2; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 34 Rn. 7.

e) Fahrlässigkeit hinsichtlich der schweren Folge

A müsste mindestens fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge gehandelt haben, § 18 StGB. Dies setzt eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts voraus.⁵¹

Die Begehung der Körperverletzung stellt eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung dar. Weiterhin ist es naheliegend, dass auch durch den Aufprall auf in der Nähe befindliche Gegenstände schwere Verletzungen entstehen können. Der Aufprall auf den Gartenzaun und die infolgedessen eintretende Erblindung waren somit objektiv vorhersehbar.

A handelte objektiv fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge.

Hinweis: Da A offensichtlich keinen Vorsatz bzgl. der schweren Folge hatte, sollte hier direkt die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination geprüft werden.

2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte schuldhaft. Insbesondere war es ihm auch nach seinen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten möglich, die Sorgfaltspflichtverletzung sowie die Möglichkeit des Erfolgseintritts zu erkennen und zu verhindern,⁵² womit er auch subjektiv fahrlässig handelte.

4. Ergebnis

A hat sich durch dieselbe Handlung wegen schwerer Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

VI. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen versuchten Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Tablet an sich nahm und die Mülltonne gegen P schubste.

Hinweis: Die Voraussetzungen des §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB (oder, bei Annahme eines vollendeten Diebstahls, des § 252 StGB) liegen unproblematisch vor, weshalb die Prüfung auch knapper gefasst werden kann.

1. Versuchsstrafbarkeit

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB i.V.m. der Strafandrohung des § 249 Abs. 1 StGB.

⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1118; vgl. auch Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 227 Rn. 7a.

⁵² Hierzu Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 52 Rn. 83.

2. Keine Vollendung

Mangels Wegnahme ist die Tat nicht vollendet und der Versuch damit nicht subsidiär.

3. Tatbestand

a) Tatentschluss

A müsste Tatentschluss gehabt haben.

aa) Bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

A hatte Tatentschluss bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.

bb) Bzgl. Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels

A müsste auch Tatentschluss bezüglich der Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels gehabt haben. In Betracht kommt Gewalt gegen eine Person. Gewalt gegen eine Person ist der körperlich wirkende Zwang durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu brechen oder zu verhindern.⁵³

A wollte die Mülltonne gegen P schubsen, wobei er in Kauf nahm, dass diese stürzen könnte. Somit stellte er sich eine Einwirkung auf diese vor, die eine körperliche Zwangswirkung hervorrufen sollte. Er hatte somit Tatentschluss bezüglich der Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels.

cc) Raubspezifischer Zusammenhang

Weiterhin müsste sich der Tatentschluss des A auf den raubspezifischen Zusammenhang beziehen. Die Gewaltanwendung müsste nach der Vorstellung des A der Ermöglichung der Wegnahme dienen.⁵⁴ Das Schubsen der Mülltonne sollte nach der Vorstellung des A die Flucht mit dem Paket ermöglichen und damit der Wegnahme dienen. A rechnete zudem damit, dass P durch den Zusammenstoß mit der Mülltonne zu Boden stürzen würde und er dann mit dem Paket fliehen könnte. Er ging davon aus, andernfalls auf das Paket verzichten zu müssen. A stellte sich somit einen Kausalzusammenhang zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme vor.

dd) Absicht rechtswidriger Zueignung

A handelte zudem mit der Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen.

b) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

A hat auch unmittelbar zum Raub angesetzt, § 22 StGB.

⁵³ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 249 Rn. 4a; Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 249 Rn. 11.

⁵⁴ BGHSt 61, 197 (199); Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2024, § 13 Rn. 22.

4. Rechtswidrigkeit

A müsste rechtswidrig gehandelt haben. Die Gewaltanwendung war nicht durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt. Auch befand sich A insoweit nicht in einem Erlaubnistatumstandsirrtum (siehe oben). A handelte daher rechtswidrig.

Hinweis: Es ist positiv zu bewerten, wenn die Bearbeiter die mögliche Relevanz des Irrtums für Raub/räuberischen Diebstahl diskutieren.

Wenn man den Erlaubnistatumstandsirrtum bejaht und deswegen die Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt analog § 16 Abs. 1 StGB verneint, ist entsprechend auch eine Bestrafung wegen versuchten Raubs oder – falls die Wegnahme angenommen wurde – vollendeten räuberischen Diebstahls analog § 16 Abs. 1 StGB auszuschließen. Dann bliebe nur der (versuchte) Diebstahl übrig.

Sofern man versuchten Raub oder räuberischen Diebstahl – anders als hier – vor §§ 113, 223 StGB prüft, was an und für sich nahe liegt, müsste man eigentlich schon dort im Rahmen der Rechtfertigung auf den möglichen Erlaubnistatumstandsirrtum des A eingehen. Dies ist schwierig zu erkennen, daher wurde es in der Originalklausur nicht negativ bewertet, wenn der Irrtum in den entsprechenden Fällen erst bei der Körperverletzung angesprochen wurde.

5. Schuld

A handelte schuldhaft.

6. Kein Rücktritt

Wegen des Fehlschlags liegt kein Rücktritt vor.

7. Ergebnis

A hat sich wegen versuchten Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er das Tablet an sich nahm und die Mülltonne gegen P schubste.

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

B könnte sich wegen versuchten Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er A in dessen Vorhaben bestärkte, ihm Ratschläge erteilte, die Verkleidung lieh und Schmiere stand.

1. Vorprüfung

Der versuchte Raub ist strafbar und die Tat ist nicht vollendet (siehe oben).

2. Tatbestand

B müsste Tatentschluss bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache unter Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels haben. B ging jedoch überhaupt nicht von einer Konfrontation

mit anderen Menschen aus und hatte somit keinen Tatentschluss bezüglich der Anwendung von Gewalt gegen eine Person, weder durch ihn noch durch A.

3. Ergebnis

B hat sich nicht wegen versuchten Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht, indem er A in dessen Vorhaben bestärkte, ihm Ratschläge erteilte, die Verkleidung lieh und Schmiere stand.

II. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen versuchten Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Versuchsstrafbarkeit

Der versuchte Diebstahl ist gem. § 242 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Keine Vollendung

Mangels Wegnahme ist die Tat nicht vollendet und der Versuch damit nicht subsidiär.

3. Tatbestand

a) Tatentschluss

aa) Bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Auch nach der Vorstellung des B stellte das Tablet eine fremde bewegliche Sache dar. B ging davon aus, dass A das Tablet an sich nehmen und damit das Grundstück der S verlassen würde. Er stellte sich somit eine Wegnahme durch A vor.

Fraglich ist, ob ihm dies nach den Grundsätzen der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. B müsste hierfür Tatentschluss bezüglich eines gemeinsamen Tatplans sowie einer gemeinschaftlichen Tatausführung gehabt haben.

(1) Bzgl. eines gemeinsamen Tatplans

B sprach sich mit A über die Ausführung der Tat ab und ging somit vom Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans aus.

(2) Bzgl. gemeinschaftlicher Tatausführung

B müsste jedoch auch Tatentschluss bezüglich einer gemeinschaftlichen Tatausführung gehabt haben. Wann eine gemeinschaftliche Tatausführung vorliegt und jemand Mittäter ist, wird uneinheitlich beurteilt.

Die *Rechtsprechung (eingeschränkt subjektive Theorie)* setzt Täterwillen voraus. Ob dieser vorliegt, wird nach folgenden Kriterien beurteilt: Tatherrschaft, Umfang der Tatbeteiligung, Interesse

am Taterfolg und Wille zur Tatherrschaft.⁵⁵ B stellte sich mit dem Schmiere-Stehen lediglich einen geringen Umfang der Tatbeteiligung vor. Er wollte A Ratschläge für die Tatausführung geben. An der Erlangung des Tablets hatte er allerdings keinerlei eigenes Interesse, vielmehr wollte er lediglich seinen Freund bei der Tat unterstützen. B hatte somit keinen Täterwillen.

Die *herrschende Lehre* (*Tatherrschaftslehre*) setzt Tatherrschaft voraus, unter der das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs zu verstehen ist.⁵⁶ B wollte während der Tatausführung Schmiere stehen, war sich jedoch bewusst, dass er auf die Ausführung des Diebstahls kaum Einfluss haben würde. Auch seine Ratschläge bewertete er nicht als entscheidend. B hatte nach seiner Vorstellung keine Tatherrschaft und somit nach Ansicht der herrschenden Lehre keinen Vorsatz bezüglich einer gemeinschaftlichen Tatausführung.

Beide Ansichten kommen somit zum selben Ergebnis. B hatte keinen Tatentschluss bezüglich einer gemeinschaftlichen Tatbegehung, sodass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB nicht vorliegen.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Wenn Mittäterschaft bejaht wird, ist eine Beihilfe zu derselben Tat nicht mehr zu prüfen, weil Teilnahme hinter Täterschaft im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

4. Ergebnis

B hat sich nicht wegen versuchten Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Beihilfe zum versuchten Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis: Es ist auch möglich, zunächst Beihilfe zum versuchten Raub zu prüfen. B fehlt jedoch der Vorsatz in Bezug auf einen von A begangenen vorsätzlichen rechtswidrigen Raubversuch, weil er nicht mit Gewaltanwendung rechnete.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

In dem versuchten Raub des A ist der versuchte Diebstahl als vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat enthalten.

⁵⁵ BGHSt 28, 346 (349); 48, 52 (56); BGH NStZ 2025, 217 (218).

⁵⁶ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 41 Rn. 10 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 810.

Hinweis: Auch ein Versuch kann Haupttat einer vollendeten Beihilfe sein.

bb) Hilfeleisten

B müsste hierzu Hilfe geleistet haben. Hilfeleisten meint jede Förderung der Haupttat.⁵⁷ B bestätigte A in seinem Plan, riet ihm, sich zu verkleiden und sein Gesicht zu verdecken. Er lieh ihm die entsprechende Kleidung und stand zudem während der Tat Schmiere. B förderte somit die Haupttat des A und leistete Hilfe.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte sowohl bezüglich der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat als auch bezüglich des Hilfeleistens vorsätzlich, insbesondere stellte er sich auch vor, dass die Haupttat vollendet werden würde.

Hinweis: Bei der Beihilfe zum Versuch wird Vollendungsvorsatz gefordert.⁵⁸

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Kein Rücktritt

B könnte gem. § 24 Abs. 2 StGB zurückgetreten sein. Hierfür hätte er jedoch eine Rücktrittshandlung vornehmen müssen. B beobachtete die Angelegenheit und lief dann weg. Er hat somit weder die Vollendung verhindert (S. 1) noch sich um Vollendungsverhinderung bemüht (S. 2). Ein Rücktritt gem. § 24 Abs. 2 StGB kommt damit nicht in Betracht.

Hinweis: Der Rücktritt ist zu prüfen, weil die Haupttat im Versuchsstadium stecken geblieben ist, auch wenn eine vollendete Beihilfe vorliegt und die Beihilfe deshalb im Vollendungs Aufbau geprüft wird.

4. Ergebnis

B hat sich wegen Beihilfe zum versuchten Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB sowie gem. § 113 Abs. 1 StGB und §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte erfolgte während der angestrebten Wegnahme, wobei A weiterhin mit der Absicht der Sicherung des Pakets handelte. Die Taten stehen somit in Tateinheit. Ebenfalls steht die schwere Körperverletzung zu den Delikten in Tateinheit. § 223 StGB tritt im Wege der Spezialität hinter §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurück. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB treten hinter §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB zurück.

⁵⁷ BGHSt 61, 252 (257); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 82.

⁵⁸ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 910.

A ist damit strafbar gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 113 Abs. 1, 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 1, 52 StGB.

B ist strafbar gem. §§ 242 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 11.2.2026 – VIII ZR 37/24¹

Widerruf, Rücktritt und Sittenwidrigkeit

1. Erklärt ein Käufer ausdrücklich (nur) die Anfechtung und den Widerruf des Kaufvertrags, schließt dies auch dann, wenn die Erklärung nicht von dem Käufer persönlich, sondern von dessen Rechtsanwalt abgegeben wurde, eine Auslegung dahingehend, dass der Käufer damit (konkludent) auch den Rücktritt von dem Vertrag erklärt hat, nicht aus (im Anschluss an BGH, Urt. v. 9.10.1980 – VII ZR 332/79, BGHZ 78, 216, 221; BGH, Urt. v. 13.7.2011 – VIII ZR 215/10, ZIP 2011, 1571 Rn. 1, 12; BGH, Beschl. v. 3.11.2014 – IV ZR 230/14, juris Rn. 12; jeweils m.w.N.).
2. Ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung – wie für die Bejahung eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB erforderlich – vorliegt, ist anhand eines Vergleichs der vertraglich jeweils geschuldeten – und nicht anhand eines Vergleichs der von den Parteien nachfolgend jeweils erbrachten – Leistungen zu bestimmen (im Anschluss an BGH, Urt. v. 25.2.2011 – V ZR 208/09, NJW-RR 2011, 880 Rn. 15 m.w.N.; BGH, Urt. v. 20.2.2013 – VIII ZR 40/12, juris Rn. 10; BGH, Urt. v. 21.4.2022 – I ZR 214/20, NJW 2022, 2614 Rn. 27; BGH, Urt. v. 16.11.2022 – VIII ZR 436/21, WM 2023, 742 Rn. 34). Ergibt sich ein Missverhältnis erst daraus, dass eine Partei ihre Leistung nicht mangelfrei erbracht hat, führt das demnach nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrags, sondern zur Anwendung des Gewährleistungsrechts (Bestätigung von BGH, Urt. v. 20.2.2013 – VIII ZR 40/12, a.a.O.).

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 133, 138

Prof. Dr. Constantin Willems, Marburg*

I. Einführung

Die Entscheidung des BGH vom 11.2.2026 betrifft Fragen aus dem Allgemeinen Teil des BGB, aus dem Allgemeinen Schuldrecht sowie aus dem Kaufrecht und berührt das Bereicherungsrecht. Die Leitsätze muten auf erste Sicht wenig spektakulär an, jedoch lässt sich aus dem Fall unschwer eine Klausur auf Examensniveau stricken, die auch intrikate Probleme zum Verbraucherwiderruf betrifft, die der BGH angesichts des Zeitablaufs dahinstehen lassen konnte, die in einer klausurmäßigen Lösung jedoch zu diskutieren wären.

* Prof. Dr. Constantin Willems ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Römisches Recht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht unter anderem in BeckRS 2026, 2975 und NJW 2026, 1353; Besprechungen bislang von Omlor, JuS 2026, 461 f., Rapp, NJW 2026, 1357 f., Feldmann, ZIP 2026, 1440 f. und Jaensch, jM 2026, 169–171.

II. Sachverhalt

Der in der Folge wiedergegebene Sachverhalt wurde aus didaktischen Gründen² geringfügig gegenüber dem Original modifiziert; die Änderungen sind durch eckige Klammern („[...]“) kenntlich gemacht. Der BGH hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen (vgl. § 563 Abs. 1 ZPO),³ da zu den betreffenden Punkten den Parteien die Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag gewährt werden musste.⁴ In einer Klausur könnte eine gegenteilige Ergänzung („Wie wäre die Rechtslage, wenn nicht [...], sondern [...]“) z.B. im Wege einer Abwandlung zu diskutieren sein.

Der Fall selbst⁵ ist schnell erzählt. Anfang Februar [2024] suchte die professionelle Buchverkäuferin V (bzw. ihr Angestellter⁶) die Privatperson K unaufgefordert zu Hause auf und bot dieser für einen Kaufpreis von 15.999 € das Faksimile eines bestimmten Buchs („G...-Buch“), Exemplar 375/999, versehen mit einem Messingschild mit ihrem Namen und der Editionsnummer, an. Im Rahmen des Verkaufsgesprächs unterzeichnete K ein Informationsblatt, in dem es unter anderem heißt: „[Bei einem Faksimile] streben die darauf spezialisierten Buchdruckereien den maximal möglichen Perfektionsgrad an, um das Faksimile dem Original so ähnlich wie möglich zu machen. Der Einsatz von altem Handwerkszeug und Techniken sorgt für eine möglichst originalgetreue Nachbildung [...]“. [Für ein solches Faksimile ist der genannte Preis durchaus realistisch.] K nahm das Angebot an und zahlte Mitte Februar [2024] K den Kaufpreis; das Buch wurde ihr übersandt. Im Dezember [2025] sendete R, der Rechtsanwalt der K, ein Antwortschreiben an V und verlangte in ihrem Namen Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Buchs. R machte geltend, das der K übersandte Buch weise die im Informationsblatt angegebenen Eigenschaften eines Faksimiles nicht auf; es handle sich um einen einfachen, nicht limitierten Nachdruck, dessen Herstellung nicht besonders aufwendig sei. Zudem berief R sich auf eine Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 138 Abs. 1 und 2 BGB: Der tatsächliche Wert des Buchs stehe in einem krassen Missverhältnis zum gezahlten Kaufpreis und betrage nicht einmal 10 % des gezahlten Kaufpreises. Ferner erklärte R den Widerruf [...] des Kaufvertrags [...]. V lehnte eine Rückabwicklung [in jeglicher Hinsicht ernsthaft und endgültig] ab. Zu klären ist, ob K von V Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Buchs verlangen kann.

III. Entscheidung und Bewertung

Grundsätzlich kommen in dieser Fallkonstellation – wie auch der BGH erkennt – verschiedene Anspruchsgrundlagen in Betracht. Zu denken ist zunächst an eine Rückabwicklung infolge Widerrufs, §§ 355, 357 Abs. 1, 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1 BGB. Weiterhin zu erwägen ist eine kaufmängelgewährleistungsrechtliche Rückabwicklung infolge Rücktritts, §§ 437 Nr. 2, 433, 434, 323, 346 BGB. Auch könnte man eine Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes in natura wegen vorvertrag-

² Vgl. *Omlor*, JuS 2026, 461: „Die Urteilsanalyse wird dadurch erschwert, dass das OLG Hamm als Berufungsinstanz zahlreiche Tatsachen nicht festgestellt hat, die der BGH für entscheidungsrelevant hielt. Der Fall hinterlässt daher mehrere offene Enden.“

³ Vgl. zu dieser Option *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, Rn. 996 f.; *Gomille*, Zivilprozessrecht I, Erkenntnisverfahren, 2024, 293.

⁴ Vgl. BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 49.

⁵ Vgl. BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 1–5.

⁶ Hier ließe sich unschwer ein ergänzendes Problem zur Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB und zu Fragen der Zurechnung in einen Klausursachverhalt integrieren; vgl. dazu etwa *Wertenbruch*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, §§ 28–32.

licher Pflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB, und eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung wegen Nichtigkeit des Vertrags aufgrund von Sittenwidrigkeit bzw. Wucher, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB, prüfen.

1. Rückabwicklung infolge Widerrufs, §§ 355, 357 Abs. 1, 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1 BGB

Mit der Rückabwicklung infolge Widerrufs, §§ 355, 357 Abs. 1, 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1 BGB, setzt sich der BGH nur knapp auseinander. Dies ist angesichts der Tatsache, dass das Widerrufsrecht im Fall nach § 356 Abs. 3 S. 2 BGB erloschen ist, nicht verwunderlich; in einem klausurmäßigen Gutachten wäre jedoch gleichwohl eine eingehendere Prüfung opportun, um – wie es in vielen Bearbeitungsvermerken zu Examensklausuren heißt – „auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen“.

a) Widerrufserklärung

Die – bei jedem Gestaltungsrecht⁷ erforderliche – Widerrufserklärung ist im Fall unproblematisch gegeben: Im Dezember 2025 wurde ausdrücklich gegenüber V widerrufen, § 355 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB.

b) Widerrufsrecht

Da es sich bei dem Vertrag zwischen der professionellen Buchverkäuferin V (Unternehmerin i.S.v. § 14 BGB) und der Privatperson K (Verbraucherin i.S.v. § 13 BGB)⁸ um einen Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB handelt, der in einer „Haustür-Situation“ zustande gekommen ist, liegt ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag i.S.v. § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB vor, der grundsätzlich ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB nach sich zieht. Hier wären jedoch zwei Fragen näher zu beleuchten.

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Widerruf eines bereits nichtigen Vertrags möglich ist, schließlich macht K geltend, der Kaufvertrag sei nach § 138 Abs. 2 bzw. 1 BGB wegen Wucher bzw. als wucherähnliches Geschäft nichtig.⁹ Diese Frage betrifft einen „all-time-classic“: Wie der BGH vor einigen Jahren in der berühmten „Radarwarngerät-Entscheidung“¹⁰ erkannt hat, können auch nichtige Verträge grundsätzlich widerrufen werden. Begründet wurde dies mit der ratio legis der Vorschriften über den Verbraucherwiderruf:

„Der Sinn des Widerrufsrechts [...] besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten besteht, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließt“.¹¹

⁷ Vgl. zum Gestaltungsrecht im Zivilrecht nunmehr *Schrader*, JA 2026, 353; zu den Gestaltungsrechten im Anspruchsaufbau *Boës*, JuS 2024, 300.

⁸ Zur Verbraucher- und Unternehmereigenschaft vgl. etwa *Wertenbruch*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 4 Rn. 20–25.

⁹ Die Frage wird vom BGH hier nicht adressiert; *Omlor*, JuS 2026, 461 (462), reißt sie knapp an.

¹⁰ BGH NJW 2010, 610 – Widerrufs- und Rückgaberecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag – Radarwarngerät. Zustimmung etwa *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 355 Rn. 42; *Sagan*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2026 (online-first), § 355 Rn. 31.

¹¹ BGH NJW 2010, 610 (611 Rn. 17).

Für den hier in Frage stehenden außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag kann zu diesen für den Fernabsatzvertrag geäußerten teleologischen Erwägungen ergänzt werden, dass in einer „Haustürsituation“ ein Widerrufsrecht insbesondere aufgrund des möglichen Überraschungsmoments und/oder psychologischen Drucks gewährt werden soll;¹² dieser Aspekt des Verbraucherschutzes würde umgangen, wenn im Falle eines aus anderem Grund nichtigen Vertrags ein Widerruf ausscheiden müsste. In der Sache aufgegriffen wurde durch den BGH damit die ein Jahrhundert zuvor von *Theodor Kipp* entwickelte „Lehre von der Doppelnichtigkeit“; *Kipp* hatte erstmals argumentiert, dass auch die Anfechtung nichtiger Rechtsgeschäfte möglich sein müsse.¹³ Folgt man dem BGH und lässt man einen Verbraucherwiderruf auch und selbst bei nichtigem Vertrag zu, kann die Nichtigkeit des Vertrags an dieser Stelle – anders als später beim Rücktritt – siehe sogleich 2. b) – vorerst dahinstehen.

Weiterhin wäre zu erwägen, ob das Widerrufsrecht nicht nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sein könnte.¹⁴ Dies betrifft „Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind“. Dem Wortlaut nach könnte man dies ob der Personalisierung des Faksimiles durch das Messingschild mit dem Namen der K annehmen wollen. Die ratio legis – ein Widerrufsrecht soll nicht bestehen, da die Sache sonst nur „mit Mühe und unter Inkaufnahme von Preisabschlägen anderweitig verwertbar“¹⁵ sei, streitet dagegen – bei einem Buch für fast 16.000,- € dürfte der Austausch eines Messingschildes mit Namensgravur nicht nennenswert ins Gewicht fallen; der Fall ist insofern nicht vergleichbar mit den vom europäischen Gesetzgeber in den Erwägungsgründen exemplarisch genannten nach Maß gefertigten Vorhängen.¹⁶ Für das gleiche Ergebnis streitet letztlich auch das systematische Argument: Als Ausnahmenvorschriften sind die Fälle des § 312g Abs. 2 BGB – in Einklang mit der alten *Maxime singularia non sunt extendenda* bzw. *exceptiones sunt strictae interpretationis*¹⁷ – eng auszulegen.¹⁸ Letztlich kann jedoch auch diese Frage dahinstehen, wenn das Widerrufsrecht zwischenzeitlich infolge Zeitablaufs erloschen ist.

c) Widerrufsfrist

Grundsätzlich beträgt die Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB 14 Tage ab Vertragsschluss. Bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenem Vertrag beginnt die Frist jedoch erst mit

¹² Vgl. RL (EU) 2011/83 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011, ABl. Nr. L 304, S. 64, ErwG 21 und 37 (Verbraucherrechte-RL).

¹³ Vgl. *Kipp*, in: FS v. Martitz, 1911, S. 211 (212): „In den Mittelpunkt stellen wir die Frage nach der Möglichkeit einer Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Es ist herrschende Ansicht, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht angefochten werden kann: denn da, wo keine Rechtswirkung sei, könne keine durch Anfechtung beseitigt werden. Ich glaube, daß diese Meinung irrig ist“. Vgl. dazu etwa *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, §§ 142–144 Rn. 8, *Herbert*, JZ 2011, 503–513, *Würdinger*, JuS 2011, 769–774 sowie knapp *Wertenbruch*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 12 Rn. 56.

¹⁴ BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 28 reißt diese Frage zumindest an.

¹⁵ So *Gomille*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/1b, 13. Aufl. 2022, § 312g Rn. 14. Siehe ferner *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 312g Rn. 25; *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 312g Rn. 16.

¹⁶ Vgl. RL (EU) 2011/83 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011, ABl. Nr. L 304, S. 64, ErwG 49 (Verbraucherrechte-RL).

¹⁷ Näher dazu *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 340–346.

¹⁸ Vgl. *Gomille*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/1b, 13. Aufl. 2022, § 312g Rn. 7 und 17; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 312g Rn. 20; *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 2025, § 312g Rn. 7.

Erhalt der Waren, § 356 Abs. 2 Nr. 1a BGB, zudem erst bei ordnungsgemäßer Information des Verbrauchers i.S.v. § 356 Abs. 3 S. 1 BGB. Jedoch gilt – aus Gründen der Rechtssicherheit¹⁹ – die Höchstfrist des § 356 Abs. 3 S. 2 BGB: „Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 2 oder § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt“. ²⁰ Somit ist – bei Vertragschluss und Erhalt der Ware im Februar 2024 – das Widerrufsrecht spätestens im März 2025 erloschen.

d) Ergebnis

Der Widerruf im Dezember 2025 ist somit jedenfalls verfristet, sodass ein Anspruch aus §§ 355, 357 Abs. 1, 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1 BGB ausscheidet.

2. Kaufmängelgewährleistungsrechtliche Rückabwicklung infolge Rücktritts, §§ 437 Nr. 2, 433, 434, 323, 346 BGB

Die Musik spielt für den BGH bei der Frage nach der kaufmängelgewährleistungsrechtlichen Rückabwicklung infolge Rücktritts gem. §§ 437 Nr. 2, 433, 434, 323, 346 BGB. Diesen Anspruch betreffen auch die beiden amtlichen Leitsätze des BGH.

a) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Zunächst erforderlich ist eine Rücktrittserklärung i.S.v. § 349 BGB – auch der Rücktritt ist ein Gestaltungsrecht. Im Fall erklärte der Rechtsanwalt der K im Dezember 2025 gegenüber B den „Widerruf“. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Auslegung (§ 133 BGB) dieser Erklärung als Rücktrittserklärung möglich ist. Der BGH betont, dass bei einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht allein der Wortlaut maßgeblich ist, diese sei vielmehr „so auszulegen, wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste“. ²¹ Im Fall erfolgte zwar eine Bezeichnung als „Widerruf“, gleichzeitig aber wurde ausdrücklich ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises geltend gemacht und Rückgabe der Kaufsache angeboten. K hat dem BGH zufolge somit „unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass sie den mit [V] geschlossenen Kaufvertrag auf jeden Fall und demnach unter jedem in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkt rückabgewickelt wissen will“; das Wort „Rücktritt“ und damit der spezifische juristische Terminus Technicus muss nicht fallen. ²² Ohne zusätzliches Sachargument bejaht der BGH, dass auch das Faktum einer durch einen Rechtsanwalt abgegebenen Erklärung nichts an dem soeben Gesagten ändert. ²³ Auch wenn man in der Sache natürlich erwägen könnte, ob für eine durch einen juristischen Fachmann und zudem ein „Organ der Rechtspflege“ (vgl. § 1 BRAO) ²⁴ abgegebene Erklärung ein anderes gelten sollte, ²⁵ überzeugt der Standpunkt des

¹⁹ Vgl. RL (EU) 2011/83 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011, ABl. Nr. L 304, S. 64, ErwG 43 (Verbraucherrechte-RL).

²⁰ Vgl. dazu etwa Gsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, Rn. K-21.

²¹ BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 34. Vgl. dazu auch Wertenbruch, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 9 Rn. 2.

²² BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 37.

²³ BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 38.

²⁴ Vgl. dazu etwa Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, Rn. 43. Siehe auch zur Geschichte des Begriffs Kilian, DStR-Beih 2019, 38; Busse, in: Henssler/Prütting, BRAO, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 1 Rn. 9–20.

²⁵ Anders sah dies wohl das OLG Hamm in der Vorinstanz, vgl. BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 10: Gegen eine entsprechende Auslegung bzw. Umdeutung „spreche bereits der eindeutige Wortlaut der Dokumente. Im Übrigen sei für eine ‚laienfreundliche‘ Auslegung kein Raum, da die Erklärung von einem zugelassenen Rechtsanwalt abgegeben worden sei“. Rapp, NJW 2026, 1357, ergänzt, dass sich in diesem Fall der Rechtsanwalt gegenüber

BGH letztlich, wenn man insbesondere auf die Perspektive des objektiven Empfängerhorizonts rekurriert.

b) Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

Mit der Einigung zwischen K und V über alle essentialia negotii im Februar 2024 liegt grundsätzlich ein wirksamer Kaufvertrag vor.

K moniert im Fall nun jedoch dessen Nichtigkeit nach § 138 BGB. Wichtig ist, dass dies an dieser Stelle vorab in der Sache zu prüfen ist – anders als der Widerruf – siehe oben, 1. b) – setzt der Rücktritt einen wirksamen Kaufvertrag voraus.²⁶

Beginnt man mit § 138 Abs. 2 BGB (Wucher) – nach h.M.²⁷ handelt es sich bei diesem „insbesondere“ zu erwägenden Fall um eine vorrangig zu prüfende *lex specialis*²⁸ zur Generalklausel des Abs. 1 – scheitert dieser Fall jedoch jedenfalls am Fehlen des besonderen subjektiven Elements: Hinweise auf eine Ausbeutung von Zwangslage, Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder erheblicher Willensschwäche eines anderen enthält der Sachverhalt nicht.

In Betracht kommt somit nur § 138 Abs. 1 BGB in Gestalt des sog. „wucherähnlichen Geschäfts“. Als objektives Element setzt dieser in Tradition der *laesio enormis* des mittelalterlichen Rechts²⁹ voraus, dass „der Wert der Leistung annähernd doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung“. ³⁰ Im Fall stellt der BGH klar, die objektiven Werte seien dabei „nach den vertraglichen Vereinbarungen zu bemessen [...] und nicht danach, was die Parteien sich nachfolgend einander gewährt haben“. ³¹ Maßgeblich ist demnach der Wert des vertraglich versprochenen, hochwertigen Faksimiles, nicht der Wert des konkret gelieferten Buchs. Hier kann indes nach obiger Sachverhaltsergänzung kein auffälliges bzw. besonders grobes Missverhältnis ausgemacht werden. Oder anders gefasst: Ist das tatsächlich gelieferte Buch deutlich weniger wert als das vertraglich versprochene, so führt dies nicht etwa zur Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 138 BGB wegen Wucher (Abs. 2) oder wucherähnlichem Geschäft (Abs. 1) und zu einer allfälligen Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht über § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB – vgl. unten, 4. –, sondern weicht die Ist-Beschaffenheit der Sache in negativer Weise von der Soll-Beschaffenheit ab – vgl. sogleich, 2. c). –, sodass das Kaufmängelgewährleistungsrecht einschlägig ist. Der BGH schreibt insofern zutreffend:

seinem Mandanten regresspflichtig gemacht hätte. *Jaensch*, jM 2026, 169 (171) postuliert indes, die Gestaltungserklärung „nicht als Rücktrittserklärung auszulegen, sondern in diese umzudeuten“.

²⁶ Vgl. *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2023, § 434 Rn. 7 und 9.

²⁷ Vgl. etwa *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 138 Rn. 268 f.; *Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 138 Rn. 236; *Borges/Sesing-Wagenpfeil*, in: BeckOK IT-Recht, Stand: 1.4.2026, BGB § 138 Rn. 26; *Wertenbruch*, BGB, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2024, § 19 Rn. 3.

²⁸ Siehe zu Spezialitätsverhältnissen und zur *Maxime lex specialis derogat legi generali* etwa *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 197–209.

²⁹ Dazu etwa *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, 2019, § 5 Rn. 8 und 11; *Harke*, Römisches Recht, 3. Aufl. 2024, § 5 Rn. 30–36; für Details etwa *Grebieniow*, Rechtsfolgen der Übervorteilung: neue Perspektiven, 2017.

³⁰ BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 44.

³¹ BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 45.

„Ergibt sich ein Missverhältnis erst daraus, dass eine Partei ihre Leistung nicht mangelfrei erbracht hat, führt das nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrags, sondern zur Anwendung des Gewährleistungsrechts“.³²

Das OLG Hamm, das dies in der Vorinstanz anders sah, hat hierdurch, wie *Julian Rapp* treffend anmerkt, „die distinkte Trennlinie zwischen sittenwidrigem Rechtsgeschäft und Gewährleistung unzulässig vermischt“.³³

Somit kommt im Fall eine Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 138 Abs. 2 oder 1 BGB nicht in Betracht; es handelt sich um einen wirksamen Kaufvertrag.

c) Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 BGB

Wurde nun tatsächlich nicht das versprochene hochwertige Faksimile, sondern – wie von K geltend gemacht – nur ein einfacher, nicht limitierter Nachdruck geliefert, dessen Herstellung nicht besonders aufwendig ist, liegt unproblematisch eine negative Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit³⁴ in Gestalt einer Verletzung der subjektiven Anforderungen i.S.v. § 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB („vereinbarte Beschaffenheit“)³⁵ und somit ein Sachmangel vor, der auch bereits bei Gefahrübergang, also Übergabe der Kaufsache (vgl. § 446 BGB), vorlag.

d) Fristsetzung, § 323 Abs. 1 BGB

Die nach § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderliche Fristsetzung ist im Fall nicht erfolgt; dies ist jedoch wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung seitens V aufgrund von § 323 Abs. 2 Nr. 1 (bzw. § 475d Abs. 1 Nrn. 1, 4 oder 5) BGB³⁶ entbehrlich.

e) Kein Ausschluss des Rücktritts, § 323 Abs. 5 und 6 BGB

Hinweise für einen Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 5 und 6 BGB bestehen nicht.

f) Ergebnis

Somit besteht der Anspruch gem. §§ 437 Nr. 2, 433, 434, 323, 346 BGB; K kann von V Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung des erhaltenen Buchs verlangen.

3. Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes in natura wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB

Zu erwägen wäre weiter eine Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes in natura wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB. Hier wäre in der Klausur zunächst die Anwendbarkeit bzw. das Verhältnis dieses Anspruchs zum Sachmängelrecht der §§ 434 ff. BGB zu prüfen. Diese Vorschriften genießen – wie auch der BGH klarstellt – grund-

³² BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 45.

³³ *Rapp*, NJW 2026, 1357 (1358).

³⁴ Vgl. dazu nur *Emmerich*, BGB – Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2025, § 4 Rn. 12.

³⁵ Dazu etwa *Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, Rn. N-41 f.

³⁶ Vgl. generell zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung beim Rücktritt *Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 9. Aufl. 2024, Rn. N-163 ff.

sätzlich Vorrang; für eine Ausnahme – namentlich bei arglistigem (d.h. vorsätzlichem) Verhalten des V – fehlt es im Fall an hinreichenden Hinweisen.³⁷

4. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung wegen Nichtigkeit des Vertrags aufgrund von Sittenwidrigkeit/Wucher, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Letztlich kann kurz auf die – nach dem unter 2. b) Geprüften nicht einschlägige – Möglichkeit einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wegen Nichtigkeit des Vertrags aus Leistungskondiktion, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB, eingegangen werden. V als Anspruchsgegner hat zwar mit dem Auszahlungsanspruch gegen seinen Zahlungsdienstleister „etwas“, also eine vermögenswerte Rechtsposition, erlangt. Dies geschah auch durch Leistung des Anspruchstellers, nämlich bewusst und zweckgerichtet (zur Erfüllung des Kaufvertrags) durch K. Jedoch erfolgte die Bereicherung nicht ohne rechtlichen Grund: Der Kaufvertrag ist wirksam, eine Nichtigkeit nach § 138 BGB ist – siehe oben, 2. b) – nicht gegeben. Somit besteht kein Anspruch aus Leistungskondiktion; einschlägig ist vielmehr das Kaufmängelgewährleistungsrecht.

IV. Fazit

Während der Erkenntnisgewinn aus der Lektüre der beiden amtlichen Leitsätze auf erste Sicht marginal erscheinen mag, bietet die Fallkonstellation gleichwohl Gelegenheit für eine vertiefte gutachtliche Prüfung, die „Klassiker“ des Examensstoffs mit neuen Sichtweisen auf klassische Probleme verbindet. Die Entscheidung betrifft die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, namentlich bezüglich (von einem juristischen Fachmann abgegebener) Gestaltungserklärungen, die Voraussetzungen von Wucher und wucherähnlichem Geschäft, die Voraussetzungen des Verbraucherschützenden Widerrufs, das Verhältnis von Nichtigkeit, Widerruf und Rücktritt sowie von Allgemeinem Schuldrecht, Kaufmängelgewährleistung und Bereicherungsrecht. Sie sei daher allen Studierenden – von der Zwischenprüfung bis zum Staatsexamen – ans Herz gelegt.

³⁷ BGH BeckRS 2026, 2975 Rn. 30; vgl. auch Omlor, JuS 2026, 461.

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21¹

Drohneneinsatz Ramstein – Grundrechtliche Schutzpflichten bei Nutzung eines US-Luftwaffenstützpunktes im Inland für Drohnenangriffe im Ausland

1. Der Bundesrepublik Deutschland obliegt ein allgemeiner Schutzauftrag dahingehend, dass der Schutz grundlegender Menschenrechte und der Kernnormen des humanitären Völkerrechts auch bei Sachverhalten mit Auslandsberührung gewahrt bleibt.
2. Dieser Schutzauftrag kann sich unter bestimmten Bedingungen je nach Einzelfall zu einer konkreten grundrechtlichen Schutzpflicht verdichten.
 - a) Eine solche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bezieht sich auf die Einhaltung des anwendbaren Völkerrechts zum Schutz des Lebens. Sie erfasst auch Gefährdungen, die von einem anderen Staat ausgehen.
 - b) Eine Eingrenzung dieser verfassungsrechtlichen Schutzpflicht auf deutsche Staatsangehörige oder Gebietsansässige sieht die Verfassung nicht vor. [...]
 - c) Die Frage, ob ein hinreichender Bezug gegeben ist, ist anhand einer an den Umständen des Einzelfalls ausgerichteten wertenden Gesamtbetrachtung zu beantworten. [...] Es bedarf [...] eines spezifischen Beitrags von einem gewissen Gewicht, um einen hinreichenden Bezug zur grundrechtsgebundenen deutschen öffentlichen Gewalt herzustellen.
 - d) Für eine Verdichtung eines allgemeinen Schutzauftrags zu einer konkreten extraterritorialen Schutzpflicht im Hinblick auf das Handeln eines Drittstaats muss außerdem die ernsthafte Gefahr bestehen, dass dem Schutz des Lebens dienende Regeln des humanitären Völkerrechts und/oder der internationalen Menschenrechte systematisch verletzt werden. Erforderlich sind gewichtige Anhaltspunkte, die den Eintritt derartiger Verletzungen nicht bloß möglich erscheinen, sondern ernstlich befürchten lassen.
 - e) Bei der Prüfung, ob eine solche Gefahr durch das Handeln eines Drittstaats besteht, ist die Rechtsauffassung der für außen- und sicherheitspolitische Fragen zuständigen deutschen Staatsorgane maßgeblich zu berücksichtigen, soweit sich diese als vertretbar erweist.

(Amtliche Leitsätze, gekürzt)

GG Art. 1 Abs. 2, Abs. 3, 2 Abs. 2 S. 1, 24 Abs. 2

Prof. Dr. Robert Frau, Freiberg, Prof. Dr. Manuel Brunner, LL.M. (Maastricht), Bielefeld*

* Dr. Robert Frau ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, insb. Rohstoffrecht, Umwelt- und Wirtschaftsrecht an der Technischen Universität Bergakademie Freiberg (robert.fraul@rewi.tu-freiberg.de); Dr. Manuel Brunner, LL.M. (Maastricht), ist Professor für Eingriffsrecht und Staatsrecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Studienort Bielefeld (manuel.brunner@hspv.nrw.de).

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in NVwZ 2025, 1254 ff.

I. Einführung, Grundlagen, Kontextualisierung

Die in einer Verfassung enthaltenen Grundrechte wirken zugunsten derjenigen Personen, die auf dem Territorium desjenigen Staates leben, für den die entsprechende Verfassung gilt, oder die sich dort aufhalten.² Die öffentliche Gewalt dieses Staates hat die Grundrechte bei Interaktionen mit diesen Personen zu achten; dies ergibt sich für die Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG)³, der die Grundrechtsbindung von Legislative, Exekutive und Judikative vorsieht.⁴ Über diese auf den deutschen Territorialstaat bezogene Erkenntnis hinaus, stellte sich in der Vergangenheit die Frage, ob Grundrechte auch außerhalb des Staatsgebietes Anwendung finden, wenn Staatsgewalt im Ausland oder in hoheitsfreien Räumen, wie etwa auf Hoher See, ausgeübt wird.⁵ Die Frage wurde bezüglich des im deutschen Verfassungsrechts zunächst vor allem mit Blick auf die Entsendung von Soldat:innen der Bundeswehr, etwa im Rahmen der Kosovo Force in den Kosovo⁶ oder der International Security Assistance Force nach Afghanistan⁷ intensiv diskutiert.⁸ In der Rechtsprechung wurde diese Frage relativ spät aufgegriffen, in der Folge dann Stück für Stück konturiert. Bedeutsam war in diesem Zusammenhang ein Urteil des Verwaltungsgerichts (VG) Köln aus dem Jahr 2011, in dem es um freiheitsentziehende Maßnahmen zulasten vermeintlicher Piraten auf der Fregatte „Rheinland-Pfalz“ der Deutschen Marine im Golf von Aden ging.⁹ In diesem Urteil ging das Gericht von der Geltung der Verfahrensgarantien aus Art. 104 GG aus, die das Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG begleiten.¹⁰ Im Urteil zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst (BND) aus dem Jahr 2020 stellte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) über Art. 1 Abs. 3 GG „eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes“ fest; „einschränkende Anforderungen, die die Grundrechtsbindung von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig machen“, könnten sich der Vorschrift nicht entnehmen lassen.¹¹ Dies gelte jedenfalls für die Abwehrdimension der Grundrechte, Modifikationen des Grundrechtsschutzes wegen eines Auslandsbezuges seien möglich. Mit diesem Ansatz liegt die Rechtsprechung deutscher Gerichte auch auf der Linie internationaler Organe des Menschenrechtsschutzes. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist bereits seit Langem anerkannt, dass die Rechte aus der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹² grundsätzlich auch extraterritoriale Wirkung entfalten.¹³ Gleiches gilt nach Auffassung des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen für die bürgerlichen und politi-

² Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2026, Art. 1 Rn. 48.

³ BGBl. I 1949, S. 1, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 22.5.2025, BGBl. I 2025 Nr. 49.

⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 32 ff.

⁵ Vgl. zu hoheitsfreien Räumen instruktiv Häußler, JA 2002, 817 ff.

⁶ Vgl. UN-Dok. S/RES/1244 (1999) v. 10.6.1999; BT-Drs. 14/1133 v. 11.6.1999, BT-Drs. 14/1138 v. 11.6.1999.

⁷ Vgl. BT-Plenarprotokoll 14/202 v. 16.11.2001.

⁸ Vgl. etwa Werner, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, 2006; Link, Grundrechtsbindung der Bundeswehr im Ausland, 2020; Zimmermann, ZRP 2012, 116 ff.

⁹ VG Köln, Urt. v. 11.11.2011 – 25 K 4280/09.

¹⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2026, Art. 2 Rn. 128.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 88 ff.

¹² BGBl. II 1952, S. 685, BGBl. II 1954, S. 14. Neubekanntmachung BGBl. II 2002, S. 1054, 1055.

¹³ Vgl. etwa EGMR (GK), Urt. v. 7.7.2011 – 52207/99 (Banković u.a. ./ Belgien u.a.); EGMR, Urt. v. 12.12.2001 – 55721/07 (Al-Skeini u.a. ./ Vereinigtes Königreich).

schen Rechte aus dem International Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)¹⁴.¹⁵ Gegenstand der referenzierten Rechtsprechung der deutschen Gerichte war bisher stets die Geltung von Grundrechten in ihrem status negativus, also in der Eingriffsabwehrdimension.¹⁶ Dies wirft sodann die Frage auf, inwieweit sich diese Rechtsprechung auf den status positivus der Grundrechte und damit ihre Leistungsdimension übertragen lässt. Im oben angeführten Urteil des BVerfG zur Auslandsaufklärung durch den BND wurde bereits eine Modifizierung des Grundrechtsschutzes in der Eingriffsabwehrrechtsdimension der Grundrechte angedeutet. Da dem Staat bereits bei der Erfüllung von grundrechtlichen Leistungspflichten im Inland ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht,¹⁷ kann dies bei Sachverhalten mit (starkem) Auslandsbezug grundsätzlich nicht anders sein.

Teil dieser leistungsrechtlichen Dimension sind die grundrechtlichen Schutzpflichten.¹⁸ Hiernach muss der Staat die Grundrechtsträger vor Beeinträchtigungen ihrer Grundrechte, die nicht vom eigenen Staat, sondern von Dritten ausgehen, schützen.¹⁹ Die Schutzpflicht lässt sich aus den Grundrechten als „objektive Wertordnung“ begründen, die vom Staat verlangt, für eine tatsächliche Verwirklichung dieser Werteordnung in allen Lebensbereichen einzutreten.²⁰ Zudem zeigt bereits die Formulierung des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG („[...] zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“) in Bezug auf die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, dass eine Schutzdimension der Grundrechten dem Verfassungstext bereits inbegriffen ist.²¹

Der hier zu besprechenden Entscheidung des BVerfG lag eine besonders komplexe Situation zugrunde. Sie dreht sich um die Frage, ob und wie die deutsche Staatsgewalt ihre Schutzpflichten ausüben muss, wenn eine Grundrechtsbeeinträchtigung von ausländischer Staatsgewalt im Ausland ausgeht, das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland eine für die Grundrechtsbeeinträchtigung (notwendige) Zwischenstation ist, und sich der Grundrechtseingriff gegen Personen richtet, die selbst Ausländer sind.

II. Entscheidungserheblicher Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des BVerfG war die Nutzung der Ramstein Air Base durch das Militär der Vereinigten Staaten von Amerika.²² Die 1951 eröffnete Militärbasis in Rheinland-Pfalz beherbergt unter anderem einen Militärflugplatz und das Hauptkommando der US-Luftwaffe für Europa und Afrika. Im April 2010 und im November 2011 informierten die US-Luftstreitkräfte das Bundesministerium der Verteidigung über die Errichtung einer Satelliten-Relaisstation auf dem Gelände des Stützpunktes. Die Station sollte nach Auskunft der US-amerikanischen Streitkräfte auch dazu benutzt werden, bewaffnete Drohnen im Ausland zu steuern. Von Seiten der Bundesrepublik Deutschland wurde dazu erklärt, dass gegen den Bau der Anlage keine Bedenken bestünden.

Die Beschwerdeführer in dem Verfahren vor dem BVerfG waren Staatsangehörige der Jemenitischen Republik. Die Vereinigten Staaten von Amerika führen mindestens seit dem Jahr 2009 immer

¹⁴ BGBl. II 1973, S. 1533, 1534.

¹⁵ Vgl. etwa United Nations Human Rights Committee, Auffassung v. 28.7.1981, Delia Saldias Lopez Burgos ./Uruguay, No. 52/1979, UN-Dok. CCPR/C/OP/1 at 88 (1984).

¹⁶ Vgl. Jellinek, System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 81 ff.

¹⁷ Epping, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 16.

¹⁸ Epping, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 16.

¹⁹ BVerfGE 35, 79 (113).

²⁰ BVerfGE 39, 1 (41).

²¹ BVerfGE 39, 1 (41).

²² BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 3 ff.

wieder Angriffe mittels Kampfdrohnen im Jemen gegen von ihnen als Terrororganisationen eingestufte Gruppierungen wie al-Qaida auf der Arabischen Halbinsel oder den Islamischen Staat durch.²³ Verwandte der Beschwerdeführer waren im August 2012 bei einem Angriff durch eine Drohne des US-Militärs in ihrem Heimatort getötet worden. Im Jahr 2014 wurde durch die Beschwerdeführer Klage vor dem VG Köln erhoben. Rechtsschutzziel war es dabei, zu erreichen, die beklagte Bundesrepublik Deutschland zu verurteilen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Nutzung des Luftwaffenstützpunktes im Ramstein, dabei vor allem der Satelliten-Relaisstation, durch die Vereinigten Staaten von Amerika für Drohnen-Einsätze im Jemen zu unterbinden. Das VG Köln wies die Klage ab.²⁴ Die Berufung der späteren Beschwerdeführer vor dem Obergericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) hatte hingegen in Teilen Erfolg. Das Gericht in Münster verurteilte die Bundesrepublik Deutschland, sich durch geeignete Maßnahmen zu vergewissern, dass die Nutzung der Air Base Ramstein durch die Vereinigten Staaten von Amerika für Einsätze mit bewaffneten Drohnen auf dem Staatsgebiet des Jemen nur im Einklang mit den Regeln des Völkerrechts stattfindet.²⁵ Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), welches das von der Bundesrepublik Deutschland eingeleiteten Revisionsverfahren zu entscheiden hatte, änderte schließlich das Urteil des OVG NRW und wies die Berufung gegen das Urteil des VG Köln zurück.²⁶

Die Beschwerdeführer wandten sich mit der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gegen die Urteile des VG Köln und des BVerwG. Dabei rügten sie vor allem die Verletzung des Rechts auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Kernpunkt der Argumentation der Beschwerdeführer war es dabei, dass die Bundesrepublik Deutschland die ihr obliegende Schutzpflicht für die genannten Grundrechte verletzt habe. Diese beziehe sich auch auf Ausländer, die sich im Ausland befinden würden.

III. Entscheidung des BVerfG

1. Zulässigkeit

Das BVerfG nimmt zur Begründetheit ausführlich Stellung. Im Kontrast dazu, kommt es bei der Zulässigkeitsprüfung mit nur wenigen Zeilen aus. Es verweist ausschließlich darauf, dass das Bestehen einer in Frage stehenden Schutzpflicht eine Frage der Begründetheit sei. Die Verfassungsbeschwerde war damit ohne Schwierigkeiten zulässig.²⁷

2. Begründetheit

Hier, wie auch sonst bei verfassungsrechtlichen Leitentscheidungen, unterteilt das BVerfG die Prüfung in zwei große Abschnitte. Zunächst wird der Prüfungsmaßstab dargelegt.²⁸ Unter der Gliederungsnummer C. I. erfolgen abstrakte und allgemeine Ausführungen, die noch keine Subsumtion beinhalten. Ob und wie weit dieser Maßstab verallgemeinerungsfähig ist, ist eine für Studierende relevante Herausforderung, die als Transferleistung abgeprüft werden kann. Die Subsumtion des Sachverhal-

²³ Siehe hierzu näher *Hathaway/Haviland/Kehtireddy/Yamamoto*, Harvard National Security Journal 2019, 1 ff.

²⁴ VG Köln, Urt. v. 27.5.2015 – 3 K 5625/14.

²⁵ OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 – 4 A 1361/15.

²⁶ BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 – 6 C 7.19.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 80.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 82 ff.

tes unter diesen Maßstab erfolgt dann unter C. II.²⁹ Das BVerfG prüft an dieser Stelle, ob die Verfassungsbeschwerde in materieller Hinsicht begründet ist und die Beschwerdeführer in der Sache Recht bekommen.

Für Examenskandidat:innen ist der allgemeine Prüfungsmaßstab besonders interessant. Die Lektüre der Subsumtion ist vor allem für Studierende gewinnbringend, die einschlägige Schwerpunktbereiche, etwa Internationales Recht, Sicherheitsrecht oder Verfassungsrecht, gewählt haben, da dort aufschlussreiche Ausführungen insbesondere zum humanitären Völkerrecht zu finden sind.

a) Allgemeiner Prüfungsmaßstab

Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung des BVerfG ist die Frage, ob „eine grundrechtliche Schutzpflicht, die darauf gerichtet ist, gegenüber einem Drittstaat auf die Einhaltung des dem Schutz des Lebens dienenden humanitären Völkerrechts und der einschlägigen Menschenrechte hinzuwirken“ besteht.³⁰ Diese Schutzpflicht stellt sich als eine Verdichtung eines allgemeinen Schutzauftrags dar.³¹ Damit gibt das BVerfG eine zweistufige Prüfung vor,³² die allerdings nicht unbedingt neu ist.³³

aa) Normative Anknüpfung

Die Existenz dieser Schutzpflicht, in deren Genuss vor allem ausländische Personen im Ausland kommen, ist der erste wichtige Punkt. Das BVerfGE begründet diese Schutzpflicht mit dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), der „Dunkelnorm“ des Art. 1 Abs. 2 GG und dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.

(1) Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit müssen Studierenden der Rechtswissenschaft geläufig sein. Das BVerfG betont bei seinen entsprechenden Ausführungen den Wert dieses Grundrechts für die objektive Werteordnung des GG.³⁴ Daraus kann sich eine staatliche Schutzpflicht für das Grundrecht ergeben, wonach der Staat Eingriffe in den Schutzbereich durch Dritte zu verhindern hat.

(2) Menschenrechte als Grundlage menschlicher Gemeinschaften, von Frieden und Gerechtigkeit

Art. 1 Abs. 2 GG fristet zwischen der Menschenwürdegarantie im ersten Absatz des Artikels und der Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt im dritten Absatz ein Schattendasein, wobei die Vorschrift in der Werteordnung des Grundgesetzes und der friedlichen Integration der Bundesrepublik Deutschland in die Staaten- und Völkergemeinschaft eine zentrale Rolle spielt. Immerhin sind die Grundrechte des Grundgesetzes nicht nur Abwehrrechte, sondern nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 GG auch „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“ Das BVerfG hält fest, dass über diese Vorschrift dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten ein besonderer Schutz zugewiesen sei. Damit wird die Brücke in den Bereich des Völkerrechts gebaut, die das BVerfG insbesondere nutzt, um zu den (zwingenden) Menschenrechten sowie zum humanitären Völkerrecht vorzustoßen.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 113 ff.

³⁰ BVerfG Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 81.

³¹ So auch Payandeh, JuS 2025, 987 (988).

³² Wentker/Marxsen, JZ 2025, 813 (815).

³³ Detaillierter Schmahl, GSZ 2025, 235 (237).

³⁴ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 83.

(3) Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit

Zuletzt zieht das BVerfG den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG heran. Hergeleitet wird dieser wiederum aus einer Gesamtschau an grundgesetzlichen Normen;³⁵ neben Art. 1 Abs. 2 GG sind dies vor allem diejenigen Vorschriften, die Völker- und Europarecht direkt adressieren, namentlich Art. 23, 24, 25, 26, 59 Abs. 2 und 100 Abs. 2 GG.³⁶ Folgen dieses Grundsatzes sind insbesondere die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland, Völkerrecht zu befolgen, durch deutsche Organe begangene Völkerrechtsverstöße zu korrigieren sowie das Völkerrecht durch deutsche Staatsorgane „im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen.“³⁷

bb) Allgemeiner Schutzauftrag

Auf diesen drei Pfeilern steht der vom BVerfG in der Entscheidung postulierte allgemeine Schutzauftrag, der zunächst nur objektiv-rechtlicher Natur ist.³⁸ Hier lohnt sich ein Blick auf frühere Entscheidungen des Gerichts, in denen ein solcher Auftrag bereits angedeutet wird. So verweist das BVerfG in seinem Urteil selbst auf die Entscheidung zu Zwangsbehandlungen.³⁹ Die Entscheidung aus dem Jahr 2016 hatte Behandlungen für untergebrachte und andere, nicht entscheidungsfähige Personen zum Gegenstand.⁴⁰ Aus den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat das BVerfG damals nicht nur „ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in diese Rechtsgüter“ herausgelesen, sondern aufgrund der „objektive(n) Wertentscheidung“ die staatliche Schutzpflichten begründet, wonach der Staat die Pflicht hat, „sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen.“⁴¹ Das BVerfG sprach damals allerdings noch nicht von einem allgemeinen Schutzauftrag.

Dies änderte sich im Jahr 2021 mit der Entscheidung des BVerfG zu IT-Sicherheitslücken.⁴² Das Gericht identifizierte einen auch so bezeichneten „allgemeinen Schutzauftrag“, der sich dann zu einer konkreten grundrechtlichen Verpflichtung verdichtet, Nutzer:innen informationstechnischer Systeme vor Dritten zu schützen, wenn der Staat von Sicherheitslücken Kenntnis erlangt.⁴³ Diesen Schutzauftrag basiert das BVerfG auf dem Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme, das es 2008, in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung, entwickelt hatte.⁴⁴ Verstärkt wird diese Basis durch die praktische Bedeutung, welche die Grundrechtsausübung für die Einzelnen hat und deren Abhängigkeit davon, gekoppelt wohl mit dem informationstechnischen Herrschaftswissen, welches den Grundrechtsträger:innen im Regelfall abgehen dürfte.

Ende des Jahres 2021 hat das BVerfG unterlassene Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderungen für grundrechtswidrig erklärt, wenn Menschen „wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressour-

³⁵ Ständige Rspr. seit BVerfGE 18, 112 (121). Vgl. nur *Proelß*, in: Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 2009, S. 553 ff.

³⁶ Vgl. nur BVerfGE 111, 307 (317 f.).

³⁷ BVerfGE 112, 1 (26).

³⁸ *Wentker/Marxsen*, JZ 2025, 813 (815).

³⁹ BVerfGE 142, 313.

⁴⁰ Dazu *Sachs*, JuS 2016, 1147.

⁴¹ BVerfGE 142, 313 (338).

⁴² BVerfGE 158, 170. Interessanterweise findet sich der Schutzauftrag in der Entscheidung v. 24.6.2025 – 1 BvR 180/23 zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung nicht wieder.

⁴³ BVerfGE 158, 170 (186).

⁴⁴ BVerfGE 120, 274, (302).

cen benachteiligt“ werden⁴⁵ Das Gericht hatte einen „grundrechtliche[n] Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG“ identifiziert, der sich „unter bestimmten Bedingungen zu einer Handlungspflicht des Staates verdichten“ könne.⁴⁶ Dies sei vor allem in „bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit“ der Fall.⁴⁷

Näheres folgt zum allgemeinen Schutzauftrag in der vorliegenden Entscheidung nicht. Bedeutsam ist, dass sich die Einzelnen auf diesen allgemeinen Schutzauftrag noch nicht berufen können, sondern erst, wenn er sich zu einer konkreten grundrechtlichen Schutzpflicht verdichtet und damit eine subjektiv-rechtliche Dimension bekommt.

cc) Konkrete grundrechtliche Schutzpflicht

Grundrechtliche Schutzpflichten sind ein Klassiker der Grundrechtsdogmatik. Interessant an dem vorliegenden Fall ist, dass das BVerfG die Voraussetzung für deren Existenz besonders deutlich konkretisiert. Es betont, dass die Verdichtung des Schutzauftrags zu einer Schutzpflicht beim Handeln anderer Staaten dann in Betracht kommt, „wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass durch dessen Handeln das humanitäre Völkerrecht und/oder die internationalen Menschenrechte, insbesondere das Recht auf Leben, systematisch verletzt werden.“⁴⁸ Damit sind erstens ein hinreichender Bezug zur deutschen Staatsgewalt erforderlich und zweitens das Vorliegen einer ernsthaften Gefahr systematischer Völkerrechtsverletzungen.

(1) Welches Recht steht im Zentrum?

Inhaltlich scheint das BVerfG vorsichtig zu sein, um welche Rechte diese Schutzpflicht kreisen kann. Das Gericht hält fest, dass nicht jede völkerrechtliche Pflicht durch eine Schutzpflicht von deutschen Staatsorganen begleitet wird.⁴⁹ Im Fall vor dem Gericht geht es insbesondere um das Recht auf Leben, das in Menschenrechtsinstrumenten – etwa durch Art. 6 Abs. 1 S. 1 IPbpR oder Art. 2 Abs. 1 EMRK – gesichert und auch vom humanitären Völkerrecht geschützt wird, vgl. etwa Art. 51 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte von 1977 (ZP I)⁵⁰. Zumindest für dieses Grundrecht sowie andere elementare Menschenrechte, wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit oder das Folterverbot (vgl. Art. 3 EMRK), dürfte sich die Argumentation ohne weiteres übertragen lassen.

(2) Hinreichender Bezug zur deutschen Staatsgewalt

Ausgangspunkt für die Schutzpflicht ist Art. 1 Abs. 3 GG, der eine umfassende Bindung deutscher Staatsgewalt an die Grundrechte vorsieht, „die nicht auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt ist.“⁵¹ Dies ist jedoch nur der bloße Startpunkt der Überlegungen. Das BVerfG betont, dass zwischen den unterschiedlichen Grundrechtsdimensionen unterschieden werden müsse. Mithin sei es möglich, dass sich der konkrete Umfang je nach Konstellation ergibt und von Fallgestaltung zu Fallgestaltung verändern kann. Modifikationen und Differenzierungen, in der Terminologie des BVerfG, sind damit geboten.

⁴⁵ BVerfGE 160, 79.

⁴⁶ BVerfGE 160, 79 (114).

⁴⁷ BVerfGE 160, 79 (114).

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 86.

⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 91.

⁵⁰ BGBl. II 1990, S. 1551.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 88, unter Berufung auf frühere Rechtsprechung.

Aufgrund der Anknüpfung in Art. 1 Abs. 3 GG verbiete sich jede Beschränkung einer etwaigen Schutzpflicht auf deutsche Staatsbürger:innen oder das Territorium der Bundesrepublik Deutschland. Hierin spiegele sich die Abkehr von der deutschen Geschichte wider; vielmehr solle dies eine Reaktion auf das nationalsozialistische Unrecht darstellen, das nicht nur, aber auch ohne jegliche Grundrechtsbindung im Ausland operiert hat. Eine strikte und im Grundsatz ausnahmslos geltende Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Inland wie im Ausland verpflichte die deutschen Staatsorgane immer und überall dazu, Grundrechte zu achten.⁵²

Hinter Art. 1 Abs. 3 GG stehe nach Auffassung des BVerfG die Überlegung, dass alle Entscheidungen, die den Anspruch erheben können, im Namen aller Bürger:innen autorisiert getroffen zu werden, von der Grundrechtsbindung erfasst werden. Zentral für die Entscheidung sei die Verknüpfung zwischen Grundrechtsbindung und politischer Entscheidungsverantwortung. Das BVerfG bezeichnet die Bindung an die Grundrechte als „Korollar der politischen Entscheidungsverantwortung,“ welche „der jeweiligen legislativen und exekutiven Verantwortung“ entsprechen würde.⁵³ Ob Anknüpfungspunkt damit eine rechtsförmige Handlung oder ein Realakt, ein Handeln, Dulden oder Unterlassen ist, ist damit zweitrangig. Es kommt nach dem BVerfG auf eine an den Umständen des Einzelfalles ausgerichtete wertende Gesamtbetrachtung an,⁵⁴ bei der ein „spezifischer Beitrag von einem gewissen Gewicht“ im Fokus steht. Das mit dieser Formulierung des BVerfG noch nichts gewonnen ist, sei angemerkt.⁵⁵

(3) Ernsthafte Gefahr der systematischen Völkerrechtsverletzungen

Das Risiko von Völkerrechtsverstößen, hier also in Bezug auf das Recht auf Leben, reiche nach dem BVerfG noch nicht aus, um eine Schutzpflicht deutscher Staatsorgane gegenüber dem Handeln fremder Staaten zu begründen. Auch vergangene Völkerrechtsverstöße würden für sich genommen nicht ausreichen, um anzunehmen, dass auch in Zukunft solche Verstöße begangen würden, ihnen könne indes eine Indizwirkung zukommen. Verlangt werden vielmehr gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen der Gefahr, „dass der Bündnispartner nicht lediglich in Einzelfällen, sondern systematisch gegen das humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte verstößt.“⁵⁶ Solche Anhaltspunkte könnten sich auch aus Entscheidungen internationaler Gerichte oder aus Berichten von Menschenrechtsorganisationen ergeben.⁵⁷

(4) Beurteilungsspielraum durch die Bundesregierung

Diese Argumentation und Analyse stehen allerdings unter einem Vorbehalt. Denn immer wieder betont das BVerfG in dem Urteil, dass die Bundesrepublik Deutschland in ein internationales Bündnissystem eingegliedert sei und die Zuständigkeit für außen- und sicherheitspolitische Fragen bei der Bundesregierung liege und gerade nicht in Karlsruhe.⁵⁸ Über Art. 24 Abs. 2 GG, der es erlaubt, dass sich die Bundesrepublik Deutschland zur Wahrung des Friedens in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen kann, ist diese Erkenntnis sogar verfassungsrechtlich abgesichert.⁵⁹

⁵² BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 95 ff.

⁵³ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 99.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 101.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 102.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 106.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 106.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 109.

⁵⁹ So schon *Prust*, GSZ 2023, 262 (263).

b) Subsumtion des konkreten Sachverhalts

Nachdem der Prüfungsmaßstab definiert wurde, wendet sich das BVerfG der Subsumtion des konkreten Sachverhalts zu.

aa) Hinreichender Bezug zur deutschen Staatsgewalt

Die Tatsache, dass die Satelliten-Relaisstation eine zentrale Rolle bei der Durchführung US-amerikanischer Drohneneinsätze spiele, reiche hier aus, um einen Bezug zur deutschen Staatsgewalt zu begründen. Der Kontakt mit dem deutschen Staatsgebiet sei nämlich nicht bloß zufällig, sondern es sei dort sogar eine entsprechende Infrastruktur geschaffen worden.⁶⁰

bb) Ernsthafte Gefahr der systematischen Völkerrechtsverletzungen

Eine ernsthafte Gefahr systematischer Völkerrechtsverletzungen durch die Vereinigten Staaten von Amerika vermag das BVerfG aufgrund der fachgerichtlichen Feststellungen nicht zu erkennen. Die Verfassungsbeschwerde scheitert daran, dass eine Verdichtung des allgemeinen Schutzauftrags zu einer Schutzpflicht nicht stattgefunden habe. Sauber subsumiert hier das BVerfG die entsprechenden Vorschriften des humanitären Völkerrechts. Es wägt die unterschiedlichen Rechtsauffassungen ab und hält fest, dass die US-amerikanische Auslegung des Völkerrechts vertretbar sei und die entsprechende Praxis sich in diesem Rahmen halte. Inhaltlich dreht sich die Auslegung um humanitär-völkerrechtliche Statusfragen und die Zieldefinition sowie die Zulässigkeit von Kollateralschäden.⁶¹

cc) Humanitär-völkerrechtliche Fragen

Für Studierende entsprechender Schwerpunktbereiche sind die Ausführungen zum Nachweis eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts, zu den Kardinalprinzipien des humanitären Völkerrechts und der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten nach Art. 51 Abs. 3 ZP I und Art. 13 Abs. 3 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte von 1977⁶² als Lektüre absolut empfehlenswert.⁶³ Sehr sorgfältig, methodisch einwandfrei und instruktiv subsumiert das BVerfG diese Aspekte. Sehr präzise arbeitet das Gericht, wenn es von „exzessiven“ und nicht von „unverhältnismäßigen“ Kollateralschäden spricht.⁶⁴ Damit nutzt das BVerfG die korrekte Übersetzung der entsprechenden Vorschrift.⁶⁵

IV. Rechtliche Bewertung**1. Allgemeiner Schutzauftrag****a) Existenzberechtigung des allgemeinen Schutzauftrags**

Das BVerfG scheint gewillt zu sein, den allgemeinen Schutzauftrag für unterschiedliche Grundrechte in Anschlag zu bringen. Dabei dürfte es sich nicht um eine gänzlich neue verfassungsrechtliche Ent-

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 116 ff.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 121 ff.

⁶² BGBl. II 1990, S. 1637.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 122–159.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 126.

⁶⁵ Dazu *Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen, Völkerrecht, 8. Aufl. 2024, § 65 Rn. 34.

wicklung handeln, denn die Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte durch den Staat ist eine altbekannte Verpflichtung jeglicher öffentlicher Gewalt. Interessant ist jedoch der Grund für diesen allgemeinen Schutzauftrag.

Bei näherer Betrachtung scheint Grund für den Schutzauftrag das erhöhte Gefährdungspotenzial beziehungsweise die drohenden schweren Beeinträchtigungen in Bezug auf die einschlägigen Grundrechtspositionen zu sein. In der vorliegenden Konstellation stehen immerhin militärische Operationen der größten und stärksten Streitkräfte der Welt in Frage, denen sich der Einzelne absolut wehrlos ausgeliefert sehen kann.

In dieser Richtung gehen auch bereits frühere Entscheidungen aus Karlsruhe. So erklärte das BVerfG in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung, dass moderne Informations- und Kommunikationstechnologie einzelne Grundrechtsträger:innen überfordern könnten. Diese selbst könnten für ihren Grundrechtsschutz stellenweisen nichts beitragen und seien der Technologie und deren inhärenten Gefährdungspotential ausgeliefert. Wie das BVerfG bereits im Jahr 2008 festgestellt hat, ist hier der Selbstschutz durch die Grundrechtsträger:innen schlicht nicht möglich.⁶⁶ Dieser Linie folgend spricht das BVerfG in der Entscheidung zur Behinderung in der Triage von einer zumutbaren Möglichkeit, sich selbst zu schützen.⁶⁷ Der Faktor des Selbstschutzes spielt auch dort eine entscheidende Rolle. Anderswo verweist das BVerfG auf „Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit“ und „Situationen struktureller Ungleichheit“,⁶⁸ die dort als Verdichtungsfall gedeutet werden. In der vorliegenden Entscheidung scheinen potenzielle „schwere Beeinträchtigungen“ den Schutzauftrag zu einer Schutzpflicht zu verdichten.

Alles in allem besteht der Schutzauftrag, der sich in für Grundrechtsträger:innen hoch riskanten Situationen zu einer konkreten grundrechtlichen Schutzpflicht verdichten kann. Diese entspricht dabei allerdings nicht zwangsläufig der Situation einer Ermessensreduzierung, wie sie aus dem Gefahrenabwehrrecht bekannt ist. Vielmehr hängt die Grundrechtsgefährdung wie ein Damoklesschwert über der Situation. In dieser Situation beschränkt sich der allgemeine Schutzauftrag wohl auf eine „allgemeine Wachsamkeit für die Einhaltung“ entsprechender völkerrechtlicher Normen.⁶⁹ Daraus lassen sich möglicherweise Parallelen im Bereich des Umwelt- beziehungsweise Klimaschutzes sowie in anderen Bereichen ziehen.

b) Parallele im Klimaschutz

In seinem Beschluss zum Bundes-Klimaschutzgesetz aus dem Jahr 2021 verortet das BVerfG einen Schutzauftrag für das Klima in Art. 20a GG.⁷⁰ Diese verfassungsrechtliche Vorschrift – genauso wie der Schutzauftrag! – enthält allerdings keine subjektiven Rechte. Im Klimaschutzverfassungsrecht stellt sich die Differenz zwischen Schutzauftrag und Schutzpflicht mutatis mutandis also identisch zum vorliegenden Fall dar. Während dort der Schutzauftrag in Art. 20a GG und die grundrechtliche Schutzpflicht in den entsprechenden Grundrechten, also denjenigen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angeknüpft werden, liegt im hier zu besprechenden Fall sowohl der Schutzauftrag als auch die Schutzpflicht nur in dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit begründet. Die Übertragung des allgemeinen Schutzauftrags auf das Feld des Klimaschutzes liegt damit nahe; Studierenden sollte diese Parallelität bei gleichzeitig leicht unterschiedlicher Begründung bekannt sein.

⁶⁶ BVerfGE 120, 274 (306)

⁶⁷ BVerfGE 160, 79 (114).

⁶⁸ BVerfGE 160, 79 (114).

⁶⁹ *Schmahl*, GSZ 2025, 235 (239).

⁷⁰ BVerfGE 157, 30.

c) Mögliche Parallelen in weiteren Lebensbereichen

Es erscheint weiterhin möglich, dass der allgemeine Schutzauftrag Eingang in die Diskussion um staatliches Handeln in anderen Lebensbereichen findet. Das könnte bezüglich sozialer Medien der Fall sein. Denn hier steht dem Nutzer auch ein übermächtiger Akteur, in Form des entsprechenden Techunternehmens, gegenüber, dessen Handeln großen Einfluss auf die Lebensgestaltung haben kann und bei dem ein Schutz durch die Grundrechtsträger:innen selbst im Regelfall unzumutbar sein wird, weil er die Nutzer:innen überfordert oder es ihnen schlicht technisch nicht möglich ist, diesen selbst zu gewährleisten. Andere Felder, in denen der allgemeine Schutzauftrag greifen könnte, werden durch aktuelle Szenarien sichtbar. Hierzu gehören etwa die Überflüge unbekannter Drohnen über Flughäfen und andere kritischen Infrastrukturen, über die im Jahr 2025 berichtet wurde.⁷¹

Für Grundrechtsafficionados sei angemerkt, dass sich das BVerfG mit dem allgemeinen Schutzauftrag schon fast der spezifischen Konstellation annähert. Während wir hier mit dem allgemeinen Schutzauftrag die Basis für eine grundrechtliche Schutzpflicht durch den Staat vor Handlungen anderer Akteure begründen, führt die spezifische Konstellation zu einer mittelbaren Grundrechtsbindung privater Akteure. Spezifische Konstellationen zeichnen sich ebenfalls durch besonders belastende Auswirkungen gegenüber einer Privatperson oder durch eine strukturelle Unterlegenheit im Verhältnis zwischen Privaten aus.⁷²

d) Nachfolgerechtsprechung: Waffenlieferungen an Israel

Bislang scheint der Hauptanwendungsbereich der hier interessierenden Rechtsprechung aber die „Beteiligung“ im weiteren Sinne der Bundesrepublik Deutschland an Konflikten anderswo zu sein. Im Februar 2026 hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, die sich im Kern gegen die Genehmigungspraxis der Bundesregierung wandte, Waffenlieferungen nach Israel zu genehmigen.⁷³

Gescheitert ist die Verfassungsbeschwerde an der fehlenden grundsätzlichen Bedeutung nach § 93a Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG)⁷⁴. Für die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Standards verweist das die Kammer auf die Ramstein-Entscheidung – das mag nicht überraschen, denn alle drei Richter:innen der Kammer waren auch an der Senatsentscheidung zu Ramstein beteiligt.⁷⁵

Inhaltlich basiert diese Entscheidung zu den Waffenlieferungen auf der Argumentation in dem hier besprochenen Urteil, das ausgiebig zitiert wird. Neu ist also nichts, vielmehr festigt das BVerfG damit den „Ramstein-Ansatz“. Vor allem der Schutzauftrag in Bezug auf den extraterritorialen Schutz von Grundrechten wird herangezogen.⁷⁶

Es überrascht, dass die entscheidende Kammer des BVerfG dabei ausdrücklich auf die Bündnisfähigkeit verweist,⁷⁷ denn Israel ist weder Mitglied der Organisation des Nordatlantikvertrages (NATO) noch im Rahmen bilateraler völkerrechtlicher Verträge Bündnispartner der Bundesrepublik Deutsch-

⁷¹ Vgl. [NDR-Online v. 29.9.2025](#) zu Vorfällen an den Flughäfen von Hannover und Bremen (15.4.2026).

⁷² BVerfGE 148, 267 (282).

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 3.2.2026 – 2 BvR 1626/25.

⁷⁴ BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung v. 11.8.1993, BGBl. I 1993, S. 1473, zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes v. 22.12.2025, BGBl. I 2025, Nr. 349 geändert.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 3.2.2026 – 2 BvR 1626/25, Rn. 71.

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 3.2.2026 – 2 BvR 1626/25, Rn. 78 ff.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 3.2.2026 – 2 BvR 1626/25, Rn. 80.

land, sodass die Verfassungsrechtslage möglicherweise abweichend zu beurteilen wäre (dazu sogleich).

Eingehend befasst sich die Kammer mit dem Außenwirtschaftsrecht. Im Zentrum steht die Frage, ob § 8 Abs. 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG)⁷⁸, § 8 Abs. 1 der Außenwirtschaftsverordnung⁷⁹ sowie § 4 Abs. 1 AWG drittschützende Wirkung haben. Dies wird im Ergebnis und unter Rückgriff auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Telos des Außenwirtschaftsrechts verneint.⁸⁰

Mit dem Beschluss liegt nun eine zweite Entscheidung vor, die auf dem Schutzauftrag zu Gunsten der Menschenrechte außerhalb deutschen Staatsgebiets rekurriert.

2. Prüfungsmaßstab

In Frage steht hier das Handeln der Vereinigten Staaten von Amerika, einem NATO-Partnerstaat. Dass diesem Staat aus historischen, politischen und auch rechtlichen Gründen ein Vertrauensvorschuss gewährt werden kann, ist nicht zwingend überraschend. Immerhin ist der Bundesregierung grundsätzlich bekannt, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika militärische Prozesse ablaufen, wie strategische, operative oder auch taktische Entscheidungen⁸¹ gefällt und von welchen rechtlichen und politischen Leitplanken diese eingefasst werden. Nicht zuletzt durch gemeinsame NATO-Übungen können die entsprechenden deutschen Staatsorgane beurteilen, ob eine „ernsthafte Gefahr der systematischen Völkerrechtsverletzungen“ besteht oder nicht.⁸² Das BVerfG spricht ausdrücklich vom „grundsätzlich zwischen Bündnispartnern herrschende(n) Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Handelns des anderen“.⁸³

Offen bleibt selbst nach der neuesten Entscheidung, ob dieser Maßstab bei anderen Staaten modifiziert werden muss oder ob die Existenz einer rechtlichen Bündnisverpflichtung zu einem Vertrauensvorschuss führt?⁸⁴ Bedenkt man nämlich, dass die Bundesrepublik Deutschland auch Waffen an Staaten im Nahen Osten liefert, die nicht immer einen lupenreinen Menschenrechtsschutz gewährleisten, wird das nächste Feld der verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung offensichtlich.⁸⁵

V. Lernziele und Resümee

Zu beachten ist zunächst die Schwerpunktsetzung des BVerfG. Die knappen Ausführungen zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde im hier besprochenen Urteil spiegeln einen Teil der Klausurrealität wider. Studierenden und Examenskandidat:innen sollte bewusst sein, dass die Zulässigkeitsprüfung im Regelfall nicht den größten Raum einnehmen sollte. In Examensklausuren kann die erstellende Person zwar eher einfach verfassungsprozessrechtliche Probleme einbauen. Regelmäßig werden diese aber nicht den Großteil der Punkte ausmachen.

Für alle Examenskandidat:innen gehören die grundrechtlichen Schutzpflichten zum Standardrepertoire, ohne deren Kenntnis man nicht ins Examen gehen sollte. Daher verdienen die Ausführun-

⁷⁸ BGBl. I 2013, S. 1482, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 3.2.2026, BGBl. I 2026 Nr. 27.

⁷⁹ BGBl. I 2013, S. 2865, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 11.3.2026, BGBl. I 2026 Nr. 66.

⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 3.2.2026 – 2 BvR 1626/25, Rn. 84 ff.

⁸¹ Diese drei Ebenen werden regelmäßig genutzt, um verschiedene Planungshorizonte und Entscheidungsebenen, die sich nach Zeithorizont und Detaillierungsgrad unterscheiden, zu beschreiben.

⁸² Ob sich unter Einfluss der derzeitigen US-Regierung daran etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Siehe dazu Landgericht Bonn, Urt. v. 3.6.2025 – 13 O 156/24, Rn. 40.

⁸³ BVerfGE, Urt. v. 15.7.2025 – 2 vR 508/21, Rn. 156.

⁸⁴ Instrukтив *Prust*, GSZ 2023, 262 (263 ff.).

⁸⁵ *Heinemann*, LTO v. 16.7. 2025; *Meyer*, NVwZ 2025, 1568 (1269).

gen im besprochenen Urteil zu deren Voraussetzungen besondere Beachtung. Gleiches gilt für den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, der zumindest in Grundzügen auch solchen Kandidat:innen bekannt sein sollte, die das öffentliche Recht nicht im Fokus haben.

Für Studierende entsprechender Schwerpunktbereiche bleiben neben den internationalen Bezügen des Grundgesetzes die völkerrechtlichen Ausführungen im Urteil des BVerfG höchst spannend. Es ist nicht kompliziert, einen Klausursachverhalt zu erstellen, der verfassungsrechtlichen Fragen der Schutzpflicht mit völkerrechtlichen Fragen der Rechtmäßigkeit von militärischen Operationen verknüpft. Entsprechende Sachverhalte könnte etwa das Thema der Waffenlieferungen, die Weitergabe von Ergebnissen militärischer oder nachrichtendienstlicher Aufklärung oder die Bereitstellung logistischer Kapazitäten zum Thema haben. Angesichts der weltpolitischen Lage und der medialen Diskussion scheinen entsprechende Examensklausuren vorprogrammiert.

Studierende sollten – wie stets – darauf achten, die korrekten Begrifflichkeiten zu nutzen. Leider benutzt das BVerfG im Urteil den Begriff „Zivilist“ beziehungsweise „Zivilisten“.⁸⁶ Die amtlichen Übersetzungen der vier Genfer Abkommen vom 12.8.1949 und der Zusatzprotokolle von 1977 hierzu verwenden hingegen den Begriff „Zivilperson“ beziehungsweise „Zivilpersonen“.⁸⁷

⁸⁶ Siehe etwa BVerfG, Urt. v. 15.7.2025 – 2 BvR 508/21, Rn. 134, 136.

⁸⁷ Neben den oben bereits angeführten Zusatzprotokollen von 1977 sind dies das I. Genfer Abkommen v. 12.8.1949 zur Verbesserung des Loses des Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde, BGBl. II 1954, S. 783, das II. Genfer Abkommen v. 12.8.1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See, BGBl. II 1954, S. 813, das III. Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen, BGBl. II 1954, S. 838 und das IV. Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten, BGBl. II 1954, S. 917.

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20¹

Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität bei Sprungrevision, Zitiergebot, Schutzbereich der Versammlungsfreiheit bei Blockade

1. Die Erfordernisse der Erschöpfung des Rechtswegs und der Subsidiarität können auch bei Einlegung einer Sprungrevision anstelle einer Berufung gewahrt sein. Die Verfassungsbeschwerde kann in diesem Fall allerdings nicht auf solche Einwände gestützt werden, die fachrechtlich nur vor der übersprungenen Instanz hätten geltend gemacht werden können.
2. Das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG findet jedenfalls nur auf solche Grundrechtseinschränkungen Anwendung, die der Gesetzgeber vorhergesehen hat oder die für ihn hinreichend vorhersehbar waren. Zur Beurteilung der hinreichenden Vorhersehbarkeit ist maßgeblich darauf abzustellen, was von einem sorgfältig handelnden Gesetzgeber ausgehend von einer strikten ex-ante-Perspektive realistischweise erwartet werden kann.
3. Die Versammlungsfreiheit zählt zu den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens und ist für die freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierend. Der einer Demokratie immanente kontinuierliche Meinungskampf mit seinen wiederkehrenden, auf der Grundlage des Mehrheitsprinzips zu treffenden Entscheidungen erfordert fortwährend einen freien, offenen und pluralistischen Diskurs, in dem auch andersdenkende Minderheiten zu Wort kommen und Gehör finden.
4. Eine Versammlung in physischer Präsenz im öffentlichen Raum stellt auch in einer zunehmend digitalisierten Welt ein unverzichtbares Instrument der kollektiven Meinungskundgabe dar, durch das ein gemeinsames kommunikatives Anliegen unmittelbar erlebbar wird und unabhängig von selektierenden Mechanismen direkt an einen konkreten Adressatenkreis oder allgemein an die Öffentlichkeit gerichtet werden kann.
 - a) Bei einer Zusammenkunft ist der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG jedenfalls dann eröffnet, wenn sie – über die bloße Negation der gestörten Meinungskundgabe hinaus – ein eigenständiges Element der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung aufweist, ohne dass es auf dessen Gewichtung gegenüber einem Störungselement ankäme. Sofern eine Zusammenkunft hingegen ausschließlich auf die Störung einer anderen Versammlung gerichtet ist und sie nicht zugleich auf einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung abzielt, fällt sie mangels Versammlungseigenschaft nicht in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in u.a. NJW 2026, 585.

- b) Es ist für ein demokratisches Gemeinwesen von zentraler Bedeutung, dass das Recht, seine Meinung gemeinschaftlich mit anderen öffentlich kundzutun, nicht zum Mittel wird, um Menschen mit anderen Überzeugungen an der Wahrnehmung desselben Rechts zu hindern.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 8

Wiss. Mitarbeiter David Ohler, Wiss. Mitarbeiter Paul Benk, Kiel*

I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht befasste sich im hier besprochenen Beschluss mit der Verfassungsbeschwerde eines Teilnehmers einer Gegendemonstration, der auf Grundlage des § 21 VersG wegen grober Störung einer Versammlung strafrechtlich verurteilt wurde. Unmittelbar gegen die strafrechtliche Verurteilung und mittelbar gegen § 21 VersG wandte sich der Verurteilte im Wege der Verfassungsbeschwerde. Im Rahmen dessen musste das BVerfG auf Ebene der Zulässigkeit entscheiden, ob und wie sich die Einlegung der Sprungrevisions auf das Gebot der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität auswirkt. In der Begründetheit nahm das BVerfG instruktiv zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit in einer digitaler werdenden Gesellschaft Stellung. Ferner bot der Fall dem BVerfG die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu Blockadeaktionen für den Fall einer Sitzblockade durch eine Gegendemonstration weiterzuentwickeln. Schwerpunkt war darüber hinaus die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 21 VersG, insbesondere im Lichte des Zitiergebots. Hierbei statuierte das BVerfG eine neue Ausnahme vom Zitiergebot.

II. Sachverhalt

In der Freiburger Innenstadt fand am 10.4.2015 eine angemeldete Versammlung einer Vereinigung „[zum] Schutz des ungeborenen Lebens“ statt. Die Versammlung sollte nach einer Auftaktkundgebung durch die zentrale Kaiser-Joseph-Straße zur Örtlichkeit der Abschlusskundgebung führen. Der Beschwerdeführer war Teil einer sich gegen diese Versammlung gerichteten nicht angemeldeten Gegendemonstration, zu welcher vorher unter dem Titel „[...] aufmischen, blockieren, abschaffen“ aufgerufen wurde. Rund 70 Teilnehmer der Gegendemonstration setzten sich hinter das Martinstor, ein historisches Stadttor, das mit zwei Torbögen die Breite der Straße begrenzt und durch das der Aufzug der angemeldeten Demonstration führen sollte. Neben vereinzelt Plakaten und Transparenten setzten die Gegendemonstranten auch Trillerpfeifen und eine laut heulende Sirene ein. Ebenfalls störten die Gegendemonstranten Durchsagen, Gebete und Gesänge der Demonstranten durch Sprechchöre, in denen sie ihre Gegenansichten zu den von der Demonstration geäußerten Ansichten äußerten. Aufgrund der baulichen Gegebenheiten sah sich die Polizei veranlasst, den Aufzug der Demonstration zu stoppen. Nach mehrmaliger erfolgloser Aufforderung seitens der Polizei gegenüber den Gegendemonstranten, die Straße für den Aufzug freizugeben, wurde die Auflösung der Sitzblockade verfügt, die anschließend von der Polizei durchgesetzt wurde. Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer, der Teil der Sitzblockade war, wegen Störung von Versammlungen und Auf-

* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht von RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

zügen gem. § 21 VersG zu einer Geldstrafe und legte dabei auch den Zeitraum des Protests zugrunde, in welchem die Protestversammlung noch nicht aufgelöst war. Gegen das Urteil wandte sich der Beschwerdeführer mit einer Sachrüge im Wege der Sprungrevision. Diese Revision verwarf das Oberlandesgericht schließlich als unbegründet.

III. Einführung in die Schwerpunkte des Falls

Auf Ebene der Zulässigkeit musste das BVerfG die bisher noch offengelassene Frage² beantworten, wie sich das Einlegen der Sprungrevision grundsätzlich auf das Rechtsschutzbedürfnis in Form der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität auswirkt. Auf Ebene der Begründetheit befasste sich das BVerfG umfangreich mit Bedeutung und Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG im Falle einer blockierenden Gegendemonstration, sowie der Verfassungsmäßigkeit des § 21 VersG, insbesondere dem Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.

1. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität bei Sprungrevision

Probleme bei der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde stellen sich in Prüfungsarbeiten häufig im Rahmen der Prüfungspunkte der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität. Beide Prüfungspunkte sind dem Rechtsschutzbedürfnis zuzuordnen,³ sodass sie sich in Zweck und Funktion ähnlich sind.⁴ Deshalb lassen sich die Prüfungspunkte in einfach gelagerten Fällen auch zusammenfassen.⁵ Das Bundesverfassungsgericht nimmt selbst keine eindeutige Abgrenzung zwischen der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität vor.⁶ Dennoch sind die beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht identisch.⁷

a) Rechtswegerschöpfung bei Sprungrevision

Eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde ist die Ausschöpfung des Rechtswegs, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Nach ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung wird unter dem Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG „jede gesetzlich normierte Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts“⁸ verstanden. Daraus folgt, dass der Rechtsweg erschöpft ist, „wenn der Beschwerdeführer von jedem zulässigen Rechtsmittel der jeweiligen Prozessordnung vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde Gebrauch gemacht hat“⁹. Nach der erstinstanzlichen Verurteilung boten sich dem Beschwerdeführer als Rechtsmittel entweder die Berufung nach §§ 312 ff. StPO oder alternativ die Sprungrevision nach § 335 StPO an. In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass bei zwei alter-

² BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20; m.Anm. Sinn, ZJS 2024, 1391.

³ Geis/Thirmeyer, JuS 2012, 316 (320); Bachmann, JA 2025, 750 (751).

⁴ Bachmann, JA 2025, 750 (751).

⁵ Ebert, ZJS 2015, 485 (489).

⁶ Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 3. Aufl. 2025, Rn. 188. Früher verwendete das BVerfG beide Begriffe noch synonym, löste aber darauf folgend den Subsidiaritätsgrundsatz weiter ab und „verselbstständigte“ das Gebot, siehe dazu Niesler, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 90 Abs. 2 Rn. 44 und 44.1.

⁷ Bachmann, JA 2025, 750 (756).

⁸ BVerfGE 67, 157 (170); 122, 190 (203) – *Hervorhebungen durch die Verf.*

⁹ BVerfGE 1, 13 (14); BVerfG NJW 1997, 46 (47) m.w.N. – *Hervorhebungen durch die Verf.*

nativen Rechtsmitteln die zulässige Ausnutzung einer Rechtsmittelinstanz zur Rechtswegerschöpfung ausreicht.¹⁰

b) Subsidiaritätsgrundsatz und Sprungrevision

Die Einlegung der Sprungrevision könnte im Einzelfall, insbesondere wenn sich die Beschwerde auf den Tatsachenteil des erstinstanzlichen Urteils bezieht, aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität zur Unzulässigkeit führen. Die Sprungrevision führt dazu, dass die Berufungsinstanz ausgelassen wird. Das ist erneut zu betonen, da sich Berufung und Revision in ihren Eigenschaften als Rechtsmittel unterscheiden und diese Unterschiede sich im Lichte des Subsidiaritätsgrundsatzes auswirken.

Die Revision nach §§ 333 ff. StPO stellt eine Möglichkeit zur Überprüfung von Rechtsfragen dar.¹¹ Entsprechend prüft das Revisionsgericht allein die rechtliche Würdigung, nicht aber die Sachverhaltsfeststellungen des Tatgerichts.¹² Die Berufung nach §§ 312 ff. StPO hingegen stellt eine zweite Tatsacheninstanz dar.¹³ So wird in der Berufungshauptverhandlung eine neue Beweisaufnahme vorgenommen, vgl. § 324 Abs. 2 StPO. Die Sprungrevision führt dazu, dass ein Urteil, gegen das grundsätzlich Berufung zulässig wäre, auch mit der Revision angefochten werden kann, § 335 StPO. Mit dem Einlegen der Sprungrevision entscheidet sich der Beschwerdeführer gerade gegen eine neue Tatsacheninstanz. Dies könnte sich theoretisch auf die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde auswirken.

Der Grundsatz der Subsidiarität dient dazu, dem BVerfG durch die fachgerichtlichen Instanzen vorgeprüftes Tatsachenmaterial¹⁴ und die Rechtsauffassung der Instanzgerichte,¹⁵ insbesondere der obersten Bundesgerichte zu liefern.¹⁶ Dies soll das BVerfG entlasten¹⁷ und die grundgesetzliche Zuständigkeitsaufteilung wahren: Rechtsschutz gegen Verfassungsverletzungen gewähren primär die Fachgerichte.¹⁸ Daraus folgt, dass Beschwerdeführer vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde, über die Erschöpfung des Rechtswegs hinaus,¹⁹ alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen müssen, um die Grundrechtsverletzung zu korrigieren oder bereits im Vorfeld zu verhindern.²⁰ Weiter ergeben sich auch inhaltliche Anforderungen an die Erschöpfung der einzelnen Rechtsschutzmöglichkeiten.²¹ So müssen die verfassungsrechtlich entscheidungserheblichen Tatsachen bereits vor den Fachgerichten vorgetragen werden.²² Zwar ist der Beschwerdeführer nicht verpflichtet, verfassungsrechtliche Bedenken im fachgerichtlichen Verfahren vorzutragen, gleichwohl

¹⁰ Eschelbach, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 31 Rn. 62; vgl. auch BayVerfGE 36, 187 = BeckRS 1983, 6772; Niesler, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 90 Abs. 2 Rn. 119; Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 3. Aufl. 2025, Rn. 235.

¹¹ Neuhaus, in: NK-StPO, Bd. 2, 2025, Vor §§ 333–358 Rn. 2.

¹² Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 17 Rn. 25.

¹³ Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 17 Rn. 12, auch mit Verweis auf Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 54 Rn. 17, aber mit der Formulierung „Zweite Erstinstanz“.

¹⁴ Vgl. Bachmann, JA 2025, 750 (751).

¹⁵ BVerfGE 8, 222 (227).

¹⁶ BVerfGE 72, 39 (43) unter Verweis auf BVerfGE 8, 222 (227) und BVerfGE 9, 3 (7).

¹⁷ König/Kuhn, JuS 2025, 289 (292).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 47, 144 (145); 68, 376 (380); erläutert auch bei Bachmann, JA 2025, 750 (751).

¹⁹ BVerfGE 78, 58 (68); 79, 275 (278 f.); 86, 15 (22 f.).

²⁰ BVerfGE 68, 384 (389).

²¹ BVerfGE 81, 22 (27 f.); 84, 203 (208).

²² Zum sog. Verbot der Vorratshaltung von Tatsachen ausführlich Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 3. Aufl. 2025, Rn. 274 m.w.N. zur st.Rspr.

obliegt es ihm, die entscheidungsrelevanten Tatsachen bereits im fachgerichtlichen Verfahren darzulegen, da die Verfassungsbeschwerde keinen Raum für einen neuen Tatsachenvortrag bietet.²³

Vor diesem Hintergrund könnte die Einlegung der Sprungrevision theoretisch generell zur Unzulässigkeit führen. Mit der Berufungsinstanz wird auf eine Abhilfemöglichkeit verzichtet.²⁴ Einigkeit besteht jedoch darüber, dass die Sprungrevision mit dem Grundsatz der Subsidiarität vereinbar ist, soweit sich die Verfassungsbeschwerde allein auf reversible Rechtsfehler bezieht.²⁵ Ungeklärt war bisher nur, ob die Sprungrevision auch zur Unzulässigkeit führt, wenn sich die Beschwer auf den Tatsachenteil des erstinstanzlichen Urteils und somit auf nicht reversible Fehler bezieht. Stützt der Beschwerdeführer die gerügte Verfassungsverletzung auf Tatsachen, die bislang keinen Eingang in das Verfahren gefunden haben, aber in einem Berufungsverfahren hätten vorgebracht werden können, so hat der Beschwerdeführer eine ihm zumutbare Möglichkeit zur Beseitigung der Beschwer ausgelassen. In diese Richtung nahm auch der Generalbundesanwalt im Verfahren Stellung, in dem die hier besprochene Fragestellung offengeblieben ist.²⁶ Dieser verlangt einschränkend, „dass bei Einlegung einer Sprungrevision mit der Verfassungsbeschwerde ausschließlich Rechtsfehler beanstandet werden könnten, die auch mit den Mitteln des Revisionsgerichts feststellbar seien“.²⁷

2. Bedeutung der Versammlungsfreiheit in einer digitalen Gesellschaft

Die Versammlungsfreiheit stellt ein wichtiges Instrument der Partizipation im demokratischen Rechtsstaat dar.²⁸ Dies wird insbesondere im Zusammenspiel mit der Meinungsfreiheit deutlich: Die Versammlungsfreiheit kann als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe verstanden werden.²⁹ Als kollektives Kommunikationsgrundrecht stellt die Versammlungsfreiheit ein Werkzeug zur Meinungsbildung, –bündelung und –äußerung dar, welches in einer repräsentativen Demokratie zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess dient.³⁰ Daher betont das BVerfG stetig, dass „[d]ie Versammlungsfreiheit [...] zu den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens [gehört] und [...] für die freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierend [ist]“.³¹ Diese heutige Bedeutsamkeit gewann die Versammlungsfreiheit erst ab den 1960er-Jahren des letzten Jahrhunderts.³² Mit dem gesellschaftlichen Kontext variiert die Form der Ausübung der Versammlungsfreiheit.³³ Mit zunehmender Digitalisierung werden gleichermaßen politische Diskurse vermehrt im digitalen Raum geführt. Im Zusammenhang damit, in der hier besprochenen

²³ König/Kuhn, JuS 2025, 289 (292) mit Verweis auf BVerfGE 112, 50 (60 ff.).

²⁴ Vgl. Sinn, ZJS 2023, 1391 (1393).

²⁵ Siehe Stellungnahme des GBA zu BVerfG, Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rn. 25; VerfGH Bayern, Urte. v. 2.12.1983 – Vf. 94-VI-81 = BeckRS 1983, 6772; Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 3. Aufl. 2025, Rn. 235; Niesler, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 90 Abs. 2 Rn. 118 m.w.N.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rn. 25; m.Bespr. Sinn, ZJS 2024, 1391.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, Rn. 25.

²⁸ Vgl. nur Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 7; mit weiterer Erläuterung ebd. Rn. 22 ff.

²⁹ BVerfGE 69, 315 = NJW 1985, 2395 (2396) – Brokdorf.

³⁰ Vgl. BVerfGE 69, 315 (343) – Brokdorf.

³¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/2 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 70) – *Hervorhebungen* sowie Ergänzungen und Kürzungen in eckigen Klammern durch die Verf.; wortgleich schon BVerfGE 128, 226 (250) als Kurzformel von BVerfGE 69, 315 (344 f., 347); siehe auch Pötters/Werkmeister, ZJS 2011, 222 (222).

³² Vgl. Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 7 ff.

³³ Vgl. Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 7 ff.

Entscheidung aber nicht gegenständlich, steht die Frage, wie kollektive Meinungsäußerungen im Virtuellen im Lichte von Art. 8 Abs. 1 zu beurteilen sind.³⁴

3. Sitzblockade im Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG umfasst die Freiheit, sich mit anderen Personen an einem Ort der eigenen Wahl zu einem frei gewählten Zeitraum friedlich und ohne Waffen zusammenzufinden.³⁵ In Abgrenzung zur bloßen Ansammlung muss die Versammlung einen gemeinsamen Zweck verfolgen, nämlich den der kollektiven Meinungsäußerung in öffentlichen Angelegenheiten.³⁶ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zählen zu solchen geschützten Versammlungen nicht Zusammenkünfte von Menschen, die das alleinige Ziel verfolgen, eine andere Versammlung zu verhindern oder ihre Durchführung zu beeinträchtigen.³⁷ Bisher wurde in der Rechtsprechung des BVerfG zwischen einer Blockadeaktion zur zwangsweisen Durchsetzung von Forderungen (insb. dem Abbruch einer anderen Versammlung) einerseits und einer Blockadeaktion, die darauf gerichtet ist, an der öffentlichen Meinungsbildung teilzuhaben, andererseits anhand des Schwerpunkts der Zusammenkunft unterschieden.³⁸

4. Zitiergebot und Ausnahmen

Aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG folgt das sog. Zitiergebot: Ein Gesetz, das ein Grundrecht einschränkt, muss den eingeschränkten Grundrechtsartikel nennen. Das Zitiergebot richtet sich an den Gesetzgeber und hat eine Warn- und Besinnungsfunktion: dem Gesetzgeber soll die Grundrechtsrelevanz seines Handelns bewusst werden.³⁹ Allerdings hat das BVerfG den Anwendungsbereich des Zitiergebots durch zahlreiche Ausnahmen zusammengestutzt: Auf Grundlage des Wortlauts von Art. 19 Abs. 1 GG „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ beschränkt das BVerfG die Anwendung des Zitiergebots auf Art. 2 Abs. 2, 6, 8, 10, 11, 13 Abs. 1, 16 GG, in denen wortlautgleiche Einschränkungsmöglichkeiten normiert sind.⁴⁰

Zudem gilt das Zitiergebot nur für nachkonstitutionelle Gesetze, also solche Gesetze, die nach Inkrafttreten des GG verabschiedet wurden, da den vorkonstitutionellen Gesetzgeber die Warn- und Besinnungsfunktion des Zitiergebots nicht mehr erreichen kann.⁴¹ Es gilt auch dann nicht, wenn der Gesetzgeber Eingriffe im Rahmen einer Reform nur wiederholt.⁴² Darüber hinaus gilt das Zitiergebot nicht für offensichtliche Grundrechtseinschränkungen.⁴³

³⁴ Zu virtuellen Versammlungen *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 109. Lfg., Stand: Januar 2026, Art. 8 Rn. 46; *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366 (367 f.).

³⁵ Umfangreich zur Konturierung des Schutzbereichs *Pötters/Werkmeister*, ZJS 2011, 222.

³⁶ BVerfGE 104, 92 (104).

³⁷ BVerfGE 104, 92 (104); BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/2 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 77 ff.).

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/2 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 76), unter Verweis auf BVerfGE 104, 92 (104 f.).

³⁹ *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 109. Lfg., Stand: Januar 2026, Art. 19 Abs. 1 Rn. 40.

⁴⁰ Umfangreich bei *Lindner*, Jura 2020, 1180 (1181).

⁴¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/2 = NVwZ 2026, 33 (41 Rn. 117); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 109. Lfg., Stand: Januar 2026, Art. 19 Abs. 1 Rn. 48.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (41 Rn. 117).

⁴³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/2 = NVwZ 2026, 33 (41 Rn. 117); a.A. *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 109. Lfg., Stand: Januar 2026, Art. 19 Abs. 1 Rn. 50.

IV. Die Entscheidung des BVerfG

1. Zulässigkeit

Das Bundesverfassungsgericht befand die Verfassungsbeschwerde als nur teilweise zulässig. Nur im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 GG genügte der Beschwerdeführer seiner Darlegungslast nach §§ 23 Abs. 2, 92, BVerfGG.⁴⁴ Das Vorbringen des Beschwerdeführers zur Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG einerseits durch § 21 VersG und andererseits durch die Anwendung dieser Norm durch die Gerichte wurde unter Verweis auf §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG als nicht hinreichend begründet verworfen.⁴⁵ Trotz der Sprungrevision und damit dem Auslassen der Berufungsinstanz als Möglichkeit zur Ausräumung von Grundrechtsverletzungen sah das BVerfG die Grundsätze der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität als gewahrt an. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert dabei aber nicht (ausdrücklich) mit dem Zweck des Instituts der Rechtswegerschöpfung, sondern stellt viel eher eine formale Betrachtung des Rechtswegs an und verweist auf die Funktionen einer „Rechtswegsabkürzung“ in Form des Rechtsmittels der Berufung.⁴⁶ Wenn eine Verfahrensordnung – wie hier die StPO – eine Möglichkeit der Abkürzung in Form der Sprungrevision zugunsten der Prozessökonomie einrichte, stelle der abgekürzte Rechtsweg den gesetzlich zulässigen und mithin den für § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG maßgeblichen Rechtsweg dar.⁴⁷ Mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität führt das BVerfG aus, ob sich die Sprungrevision hindernd auf die Zulässigkeit auswirkt. Diese führe nicht per se zur Unzulässigkeit, was damit begründet wird, dass ansonsten den Zwecken der Sprungrevision, namentlich der Verfahrensbeschleunigung und Prozessökonomie,⁴⁸ widersprochen würde. Einschränkend wird jedoch klargestellt, die Verfassungsbeschwerde könne nicht auf solche Einwände gestützt werden, die vor der übersprungenen Instanz hätten geltend gemacht und somit möglicherweise beseitigt werden können.

2. Begründetheit

Das BVerfG sah die Verfassungsbeschwerde als unbegründet an.⁴⁹

a) Schutzbereich

aa) Bedeutung der Versammlungsfreiheit

Unter Heranziehung der historischen Vorbilder betont das BVerfG die Bedeutung von physischen Versammlungen im öffentlichen Raum als „zentrale gesellschaftliche Plattform“⁵⁰ zur Meinungsbildung und -kundgabe und führt zur überragenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie aus.⁵¹ Dabei richtet es den Fokus auf die Bedeutsamkeit der Versammlungsfreiheit in einer zunehmend digitalen Gesellschaft. Bemerkenswert, nicht zuletzt deshalb, weil der Ausgangs-

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (34 Rn. 46 f.).

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (34 Rn. 46, 48 ff.).

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (35 Rn. 59).

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (35 Rn. 59).

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (35 Rn. 64).

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 67).

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 72) – *Hervorhebungen durch die Verf.*

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 72); zu den Ausführungen des BVerfG zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit siehe unten IV. 2. a).

fall keinerlei Bezug zu Digitalem aufweist.⁵² Ein gänzlich analoger Aufzug und eine gänzlich analoge Sitzblockade kollidieren. Dennoch führt das BVerfG zur fundamentalen Bedeutung der Freiheit zur Versammlung in physischer Präsenz für die freiheitliche demokratische Staatsordnung in einer durch fortschreitende Digitalisierung und wachsende Bedeutung sozialer Medien geprägten Gesellschaft aus.⁵³ Durch soziale Netzwerke sei es dem Einzelnen theoretisch möglich, die Aufmerksamkeit von unzähligen Bürgerinnen und Bürgern zu erlangen und so einen nennenswerten Einfluss auf den politischen Diskurs auszuüben.⁵⁴ Im Unterschied zu sozialen Netzwerken seien Versammlungen im öffentlichen Raum unabhängig von der Steuerung durch Algorithmen. Die Wirkmacht der physischen Versammlung sei gerade nicht durch Filterblasen begrenzt. Daher habe sie keine vollständig funktionsgleiche digitale Entsprechung.⁵⁵

bb) Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs bei Blockadeaktionen

Das BVerfG sah den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit als eröffnet an.⁵⁶ Es entwickelte seine Rechtsprechung zu der Frage fort, wann Blockadeaktionen in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit fallen. Zwar sei eine reine „Verhinderungsblockade“, die ausschließlich die Störung einer anderen Versammlung bezweckt, gleichsam aber keinen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leistet, mangels kommunikativen Zwecks nicht vom Schutzbereich umfasst.⁵⁷ Nunmehr differenziert das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung weiter aus: Eine Gegendemonstration falle jedoch dann in den Schutzbereich, wenn die Zusammenkunft über die bloße Negation der gestörten Meinungskundgabe hinaus ein eigenständiges Element der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung aufweise.⁵⁸ Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit sei also auch eröffnet, wenn die Blockade oder Verhinderung selbst ein Element der Meinungsbildung oder Stellungnahme beinhaltet, welches neben der Blockade der anderen Versammlung eigenständige Bedeutung erlangt.⁵⁹ Entgegen der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg⁶⁰ komme es also nicht darauf an, dass die Versammlung vom Kommunikationsanliegen geprägt ist bzw. die Blockade das Kommunikationsanliegen überlagert. Die Gewichtung gegenüber der Blockadeelemente ist unerheblich.⁶¹ Hier läge ein eigenständiges Kommunikationselement vor, da die Gruppe von Befürwortern des Rechts auf Abtreibung zwar durch eine Sitzblockade den Aufzug einer Gruppe von Abtreibungsgegnern verhinderte, ihre Meinung zu diesem Thema aber durch zusätzliche Elemente der Meinungsäußerung in Form von Plakaten, Sprechchören und Gesang kundtat.⁶²

⁵² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (33).

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 71).

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 71).

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 72) – *Hervorhebungen und Ergänzungen in eckigen Klammern durch die Verf.*

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 68).

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 77).

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 80 – *Hervorhebungen durch die Verf.*

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 77).

⁶⁰ VGH Baden-Württemberg BeckRS 2021, 37249 Rn. 47.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 f. Rn. 80, 82).

⁶² BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (38 f. Rn. 93, 95).

b) Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die strafrechtliche Verurteilung stelle einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit dar, der allerdings verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei.⁶³ Die nach Art. 8 Abs. 2 GG maßgebliche Schranke sei hier § 21 VersG.⁶⁴

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit von § 21 VersG

Das BVerfG beurteilt § 21 VersG als formell verfassungsmäßig.⁶⁵ Die Gesetzgebungskompetenz für § 21 VersG liege beim Bund.⁶⁶ Einerseits könne § 21 VersG, wenn er dem Bereich des Strafrechts zuzuordnen wäre, der konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unterliegen.⁶⁷ Andererseits sei es auch denkbar, die Norm dem Versammlungsrecht zuzuordnen.⁶⁸ In diesem Falle bestünde nach der Änderung des Grundgesetzes 2006 keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes mehr. Eine Fortwirkung des VersG für das fragliche Bundesland, Baden-Württemberg, ergebe sich aber aus Art. 125a Abs. 1 GG.⁶⁹ Die Zuordnung des § 21 VersG zum Strafrecht oder Versammlungsrecht müsse somit nicht entschieden werden.⁷⁰

Trotz fehlender Zitierung des Art. 8 Abs. 1 GG in § 21 VersG liege kein Verstoß gegen das Zitiergebot vor.⁷¹ Als Eingriffsnorm in Art. 8 Abs. 1 GG unterfalle § 21 VersG zwar grundsätzlich dem Zitiergebot. Auch griffen die bisher entwickelten Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Zitiergebots nicht.⁷² Das BVerfG entwickelt allerdings im hier besprochenen Beschluss eine weitere Ausnahme: Das Zitiergebot sei nur für solche Grundrechtseinschränkungen anwendbar, die der historische Gesetzgeber vorhergesehen hat oder die für ihn hinreichend vorhersehbar waren.⁷³ Die Vorhersehbarkeit beurteile sich nach der ex-ante-Perspektive des sorgfältig handelnden Gesetzgebers.⁷⁴ Denn der Gesetzgeber könne nur die grundrechtsrelevanten Wirkungen eines Gesetzes prüfen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesetz für ihn erkennbar war.⁷⁵ Für das BVerfG spricht entscheidend gegen die Vorhersehbarkeit einer Einschränkung von Art. 8 Abs. 1 GG, dass zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes im Jahre 1953 eine engere Auslegung des Schutzbereichsbeschränkung „friedlich“ i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG vorgeherrscht habe. Der historische Gesetzgeber durfte für die Fälle, die § 21 VersG unter Strafe stellt, davon ausgehen, dass diese (mangels Friedlichkeit i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG) ohnehin nicht dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG unterfallen würden.⁷⁶ Ausdrücklich ließ das BVerfG indes offen, ob noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um einen Verstoß gegen das Zitiergebot zu begründen.⁷⁷

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (39 Rn. 102 f.).

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 106).

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 109).

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 110).

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 110).

⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 110).

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 110).

⁷⁰ Zum Ganzen BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (40 Rn. 110).

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (42 Rn. 127).

⁷² BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (42 f. Rn. 127, 138 ff.).

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (41 Rn. 120).

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (41 Rn. 122).

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (41 Rn. 122).

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (44 Rn. 156 ff.).

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (42 Rn. 126), das BVerfG zieht insbesondere eine weitere Eingrenzung durch ein Finalitätskriterium in Erwägung.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 21 VersG

§ 21 VersG ist nach Auffassung des Gerichts auch verhältnismäßig und materiell verfassungsmäßig.⁷⁸ § 21 VersG diene dem legitimen Zweck, nicht verbotene Versammlungen ungestört durchführen zu können und die Teilnehmer solcher Versammlungen zu schützen.⁷⁹ Zwar sei Strafrecht „ultima ratio“ – tatsächliche Einschränkungen ergeben sich daraus für den Gesetzgeber aber nach Rechtsprechung des Gerichts nicht. Der Gesetzgeber sei nach Ansicht des Gerichts grundsätzlich frei, darüber zu entscheiden, welches Verhalten er als strafbar ausgestalte und welches nicht, solange die Strafnorm dem Schutz anderer Personen oder der Allgemeinheit diene.⁸⁰ § 21 VersG sei zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet und erforderlich.⁸¹

§ 21 VersG sei auch in der Variante der „groben Störung“ verhältnismäßig im engeren Sinne.⁸² Aufgrund des im Strafrecht geltenden Schuldprinzips müsse die Schwere der Tat und das Verschulden des Täters in einem gerechten Verhältnis zur Strafe stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).⁸³ Der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG durch § 21 VersG sei grundsätzlich von hohem Gewicht, da die Versammlungsfreiheit schlechthin unentbehrlich für die Demokratie sei.⁸⁴ Allerdings mindere sich das Gewicht des Eingriffs, da § 21 VersG nur die Art und Weise der Durchführung einer Versammlung betreffe.⁸⁵ Die Bedeutung der von § 21 VersG verfolgten legitimen Zwecke sei hingegen in den Fällen des § 21 VersG überragend, da im Falle der Elementarstörungen die Durchführbarkeit grundsätzlich in Frage gestellt werde.⁸⁶ Daher überwiege das Interesse der Teilnehmer an der Ausgangsversammlung an der Durchführung der Versammlung das Interesse der Teilnehmer der Gegenversammlung an einer störenden Durchführung ihrer Versammlung.⁸⁷ Zu einem anderen Ergebnis gelange man auch nicht unter Einbeziehung der in § 21 VersG enthaltenen Sanktionsnorm.⁸⁸

Zudem sei § 21 VersG auch verfassungsgemäß angewendet worden.⁸⁹

V. Bewertung der Entscheidung

1. Sprungrevision

Hinsichtlich der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität kommt das BVerfG zu einem prozessökonomisch begrüßenswerten Ergebnis. Von einer Entscheidung im Sinne der Funktionstüchtigkeit der Justiz zu sprechen, wäre angesichts der geringen praktischen Bedeutung der Sprungrevision in der strafrechtlichen Praxis⁹⁰ wohl zu viel gesagt. Dennoch hat die Sprungrevision eine Daseinsberechtigung, der insoweit Rechnung getragen wird. Ein generelles Zulässigkeitshindernis bei Einlegung der Sprungrevision würde, wie das BVerfG zutreffend anführt, einen Anreiz schaffen, von die-

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 173).

⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 176 ff.).

⁸⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (45 Rn. 161, 163).

⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 171 f.).

⁸² BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 173).

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (45 Rn. 161).

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 175).

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 176).

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 177 f.).

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (47 Rn. 179).

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (47 Rn. 180).

⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (47 Rn. 184).

⁹⁰ Neuhaus, in: NK-StPO, Bd. 2, 2025, § 335 Rn. 2 m.w.N.

sem Rechtsmittel Abstand zu nehmen. Der Rückgriff auf die gesetzgeberische Intention überzeugt: Ob das zwingende Durchschreiten der Berufungsinstanz bei feststehenden Sachverhalten einen Mehrwert in Bezug auf die Beseitigung der Grundrechtsverletzung bietet, ist fraglich. Gerade in solchen Fällen wäre der Nutzen einer Annahme eines generellen Zulässigkeitshindernisses im Falle der Sprungrevision eher gering, gleichsam würde die Sprungrevision als Instrument der Prozessökonomie entwertet werden.⁹¹ Zu befürchten wäre gar, dass die Nutzung der Sprungrevision trotz rechtlicher Möglichkeit gänzlich ausbliebe und so die missliche Ausgangslage, aus der die Sprungrevision erwuchs,⁹² wieder auflebt. Im Einzelfall kann die Einlegung der Sprungrevision jedoch zur Unzulässigkeit führen. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn sich die Beschwerde auf den Tatsachenteil des erstinstanzlichen Urteils bezieht. Beruft sich der Beschwerdeführer etwa auf die Unrichtigkeit der tatsächlichen Feststellungen, so wäre dies keine im Wege der Revision statthafte Beschwerde, gleichsam könnte eine Berufungsverhandlung jedoch Abhilfe schaffen. Dann würde eine Möglichkeit zur Abhilfe mit der Sprungrevision übersprungen, sodass der Grundsatz der Subsidiarität greifen muss und zur Unzulässigkeit führt.

2. Zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die Versammlungsfreiheit auch im Zeitalter der Digitalisierung ein unentbehrliches Element einer funktionierenden Demokratie darstellt. Das BVerfG nutzt die Gelegenheit, um die Grundsätze der für die Versammlungsfreiheit grundlegenden Brokdorf-Entscheidung in das digitale Zeitalter zu überführen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung 1985 standen dem Einzelnen nur beschränkte Möglichkeiten zur Meinungsäußerung und entsprechend zur Teilnahme am politischen Meinungsbildungsprozess zur Verfügung.⁹³ Diese Ausgangslage hat sich in Zeiten sozialer Netzwerke verändert. Entscheidend ist nunmehr weniger das Merkmal des Monopols, welches die Versammlung der kollektiven Meinungskundgabe und damit als Verstärker einer Einzelmeinung im politischen Diskurs innehatte, sondern die Unmittelbarkeit und die Unabhängigkeit, die eine Versammlung im Vergleich zur algorithmengesteuerten digitalen Meinungskundgabe aufweist. Hinzu tritt auch die Wirkungsmacht und die Werthaltigkeit des „pluralistischen Raums“⁹⁴ gegenüber digitalen Filterblasen. Daran anknüpfend schließt das BVerfG, dass eine physische Versammlung gerade keine „vollständig funktionsgleiche Entsprechung“⁹⁵ hat.⁹⁶ Damit positioniert sich das BVerfG zugleich zur Diskussion um die Frage, ob eine „virtuelle“ Versammlung, d.h. eine Zusammenkunft im virtuellen Raum ohne physische Präsenz dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG unterfällt. Es hält somit weiter die Fahne der „physischen Präsenz“ als konstitutives Merkmal einer Versammlung⁹⁷ hoch.⁹⁸

⁹¹ Vgl. exemplarisch zur ZPO BT-Drs. 14/4722, S. 108 f.

⁹² Dazu Neuhaus, in: NK-StPO, Bd. 2, 2025, § 335 Rn. 1.

⁹³ Zum Sachverhalt und Kernaussagen des „Brokdorf-Beschlusses“ Hussendörfer, Jura 2025, 502.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 72) – Hervorhebungen durch die Verf.

⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 72) – Hervorhebungen und Ergänzungen in eckigen Klammern durch die Verf.

⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (36 Rn. 72).

⁹⁷ Vgl. Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 33.

⁹⁸ Anders Welzel, JuWissBlog Nr. 89/2021 v. 5.10.2021 (6.2.2026).

3. Zum Zitiergebot

Ob das Zitiergebot zur Anwendung kommt, bestimmt sich nunmehr danach, ob der historische Gesetzgeber vorhersehen musste, dass die geschaffene Norm in Grundrechte eingreift. Die im Beschluss durch das BVerfG neu entwickelte Ausnahme vom Anwendungsbereich des Zitiergebots ist daher im Grunde nichts anderes als eine Prüfung, ob der Gesetzgeber das Zitiergebot nur fahrlässig missachtet hat (dann kein Verstoß) oder ob er eine vorsätzlich das Zitiergebot nicht beachtet hat (dann Verstoß). Das BVerfG deutet dabei zumindest an, dass der Maßstab der groben Fahrlässigkeit erfüllt sein muss, um die Vorhersehbarkeit des Grundrechtseingriffs zu bejahen.⁹⁹

Es bleibt abzuwarten, wie das BVerfG die neu entwickelte Ausnahme vom Anwendungsbereich des Zitiergebots in Zukunft handhaben wird. Bleibt es beim großzügigen Maßstab der groben Fahrlässigkeit, den das Gericht in der hier besprochenen Entscheidung angelegt hat, dann dürfte vom Zitiergebot bei Anwendung aller durch das BVerfG entwickelten Ausnahmen fast nichts mehr übrigbleiben. Wenn das BVerfG nun über eine Vielzahl von Ausnahmen dazu kommt, dass Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG faktisch gar nicht mehr zur Anwendung kommt, dann könnte diese Rechtsprechung sogar verfassungswidrig sein, da sie einer Streichung der Norm durch den Gesetzgeber gleichkommt.¹⁰⁰

4. Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu Blockadeaktionen

Das BVerfG entwickelt seine Rechtsprechung zu Blockadeaktionen weiter. Nach dem Beschluss des BVerfG kann man hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG bei Blockadeaktionen nunmehr drei Fallgruppen bilden:

aa) Ausschließlicher Störungszweck

Eine Zusammenkunft, die von Anfang an ausschließlich auf die Störung einer anderen Versammlung ausgerichtet ist, unterfällt wie bisher nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.¹⁰¹ Das gilt auch für Zusammenkünfte, die eine Blockade errichten, um Forderungen im Wege der „Selbsthilfe“ durchzusetzen.¹⁰²

bb) Eigenständiges kommunikatives Element

Anders ist es aber, wenn eine Zusammenkunft sowohl Blockadeelemente als auch eigenständige Elemente der kollektiven Meinungskundgabe vereint. Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ist in so einem Fall eröffnet, wenn die Zusammenkunft neben der bloßen Ablehnung der Meinung, die von der gestörten Versammlung vertreten wird, eigene Elemente der Meinungsäußerung (in dem Beschluss zugrundeliegenden Sachverhalt waren dies Sprechchöre und Plakate¹⁰³) enthält, ohne dass es darauf ankommt, ob der Blockade- oder der Meinungsäußerungsanteil überwiegt.¹⁰⁴ Offengelassen hat das Gericht indes, ob Ausnahmen gemacht werden müssen, wenn der kommunikative Teil völlig untergeordnet ist.¹⁰⁵

⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (44 Rn. 150): „musste sich [...] nicht aufdrängen [...]“ – Hervorhebung und Kürzung durch die Verf.

¹⁰⁰ Vgl. Schäffer, Verfassungsblog v. 23.12.2025 (6.2.2026).

¹⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 77).

¹⁰² Vgl. BVerfGE 104, 92.

¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (39 Rn. 95).

¹⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 80).

¹⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (38 Rn. 83).

cc) Kommunikatives Element nur in Form der Negation

Der dritte Fall ist der, in welchem eine Versammlung blockiert wird und sich die geäußerte Meinung genau in dieser Blockade erschöpft, im Gegensatz zu Fall aa) aber an der öffentlichen Meinungsbildung mitwirken möchte.¹⁰⁶ Gemeint ist, dass in einer Form der Blockade, z.B. indem der Zug der Demonstration durch eine Sitzblockade verhindert wird, gleichzeitig konkludent eine Ablehnung der Meinung zum Ausdruck kommen kann, welche von den blockierten Demonstranten vertreten wird. Diesen Fall hat das BVerfG ausdrücklich offengelassen.¹⁰⁷ Es ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich, dass auch Blockadeaktionen ohne zusätzliche Kommunikationsmittel stattfinden können. Wenn beispielsweise aufgrund wiederholter Blockadeaktionen des immer gleichen Musters in der Öffentlichkeit bekannt ist, wogegen protestiert wird, könnte es Situationen geben, in welchen die Protestierenden von der Nutzung von Plakaten oder anderen Kommunikationsmitteln absehen.¹⁰⁸ Richtigerweise wird man aber mangels Unfriedlichkeit und aufgrund des Bezugs zur öffentlichen Meinungsbildung auch hier den Schutzbereich als eröffnet ansehen müssen.¹⁰⁹

dd) Bewertung dieser Differenzierung

Die Konkretisierung und Differenzierung der Rechtsprechung zu Blockadeaktionen verdient Zustimmung. Im Sinne einer freiheitsfreundlichen Interpretation grundrechtlicher Schutzbereiche müssen Blockadeaktionen mit eigenständigem kommunikativen Element vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst sein.¹¹⁰ Gerade bei Gegendemonstrationen können die Elemente der Meinungskundgabe und der Blockade überdies nicht sinnvoll voneinander getrennt werden.¹¹¹ Daher ist es nur konsequent, dass das Gericht von Gewichtungserwägungen zwischen Blockadeelementen und Kommunikationselementen abgerückt ist. Die Entscheidung fördert damit auch die Rechtssicherheit. Über das Merkmal der Friedlichkeit können ohnehin jene Blockadeaktionen aus dem Schutzbereich entnommen werden, bei denen die Meinungskundgabe vollends in den Hintergrund rückt, weil Handlungen von einiger Gefährlichkeit stattfinden.¹¹² Für alle anderen Blockadeaktionen mit Meinungselement sollten die widerstreitenden Interessen nicht durch eine Ausklammerung aus dem Schutzbereich, sondern im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ausgeglichen werden.

5. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung und Auslegung von § 21 VersG

Weniger Zustimmung verdient indes die Auffassung des BVerfG, es hätte im vorliegenden Fall keiner Entscheidung darüber bedurft, ob eine Verurteilung aufgrund § 21 VersG eine vorherige rechtmäßige Auflösung der Versammlung voraussetzt.¹¹³ Damit erörtert das BVerfG nicht, ob die Auslegung des

¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 79).

¹⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (37 Rn. 79).

¹⁰⁸ Denkbar wäre zum Beispiel, dass in kontroversen, öffentlich ausgetragenen Debatten eine Gruppe systematisch durch Sitzblockaden Aufzüge anderer Gruppen zu verhindern sucht und dabei auf zusätzliche Protestmittel verzichtet, weil der Öffentlichkeit, z.B. aufgrund den Blockaden vor- oder nachgelagerter Medieninterviews, hinlänglich bekannt ist, warum die Blockaden stattfinden bzw. welche Meinung damit zum Ausdruck kommen soll.

¹⁰⁹ Vgl. *Rusteberg*, NJW 2011, 2999 (3001 f.).

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 104, 92 (104 f.), hier war noch entscheidend, dass der Blockadezweck dem Kommunikationszweck untergeordnet war; vgl. auch BVerfGE 143, 161 (210 Rn. 110 ff.), in welcher das BVerfG eine Gesamtbetrachtung vornimmt.

¹¹¹ Vgl. dazu auch die Kritik der Gewichtung bei *Veermann/Wagner, Verfassungsblog v. 26.11.2025* (6.2.2026).

¹¹² Vgl. BVerfGE 104, 92 (106).

¹¹³ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (39 Rn. 105).

Merkmals der „groben Störung“, § 21 VersG, durch die Fachgerichte gegen Art. 8 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Das ist angesichts der vom BVerfG betonten Bedeutung der Versammlungsfreiheit erstaunlich.¹¹⁴ Denn bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts müssen die Gerichte die Grundrechte beachten, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG.¹¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht prüft im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde allerdings nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.¹¹⁶ Insbesondere im Falle unbestimmter Rechtsbegriffe, die durch Auslegung präzisiert werden müssen, kommt den Wertungen der Grundrechte eine besondere Bedeutung zu. Sind mehrere Auslegungsvarianten denkbar, aber nur einer dieser Varianten verfassungsmäßig, dann muss die verfassungskonforme Auslegungsvariante gewählt werden.¹¹⁷ Das Gericht beschränkt sich indes darauf festzustellen, dass strafbares Verhalten nicht allein durch den Versammlungskontext legitimiert wird, ohne sich näher mit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „groben Störung“ im Lichte des Art. 8 Abs. 1 GG auseinanderzusetzen.¹¹⁸ Diese Aussage ist unpräzise: Ein Versammlungskontext hebt Strafbarkeit nicht auf, kann allerdings den Anwendungsbereich strafrechtlicher Verbotsnormen durch grundrechtsspezifische Auslegung verengen und dazu führen, dass eine außerhalb eines Versammlungskontextes verfassungskonforme Auslegung des Merkmals der „groben Störung“, § 21 VersG, in einem Versammlungskontext verfassungswidrig ist. Eine Störung i.S.d. § 21 VersG ist dann „grob“, wenn es sich um eine „Elementarstörung“ handelt.¹¹⁹ Damit sind solche Störungen gemeint, die die Durchführbarkeit einer Versammlung insgesamt in Frage stellen.¹²⁰ Dabei müssen konsequenterweise aber zwei Konstellationen unterschieden und auch unterschiedlich bewertet werden.

In der ersten Konstellation handelt es sich bei einer solchen Störung um eine Situation, in der auf der einen Seite das Grundrecht der Versammlungsfreiheit der Teilnehmer der gestörten Versammlung betroffen ist, dem Störer aber „lediglich“ seine allgemeine Handlungsfreiheit und ggf. die Meinungsfreiheit zur Verfügung stehen. In diesem Fall spricht bei einer Abwägung der Grundrechte im Einzelfall vieles dafür, dass o.g. Auslegung des Merkmals der „groben Störung“, § 21 VersG, verfassungskonform ist: bei einer Elementarstörung ist die Versammlungsfreiheit der Demonstranten in hohem Maße betroffen, weil die Durchführung der gesamten Versammlung unmöglich wird. Ein Verbot der groben Störung führt andererseits nicht dazu, dass eine schwere Beeinträchtigung des Störenden erfolgt, er kann weiterhin seine Ablehnung kundtun, nur eben nicht in einer Weise, die die Durchführbarkeit der Versammlung insgesamt in Frage stellt.¹²¹

In der zweiten Konstellation, die auch dem Beschluss des BVerfG zugrunde lag, treffen aber zwei versammlungsgrundrechtlich geschützte Zusammenkünfte aufeinander. Im Unterschied zur ersten Konstellation ändern sich auch die im Einzelfall betroffenen Grundrechte: Nunmehr steht auch auf Seite der „Störer“ die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG. Bleibt es dennoch bei der oben genannten Gewichtung, die auch das BVerfG andeutet, dann ergibt sich daraus, dass die blockierenden bzw. störenden Demonstranten sich wegen Handlungen strafbar machen, die vollumfänglich in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit fallen. Damit ist das prima facie spezifisch versammlungsgrundrechtlich legitime Verhalten der gemeinsamen Kundgabe der Meinung in öffentlichen

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 69, 315 (315 Ls. 1) in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 GG.

¹¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 69, 315 (315 Ls. 1) in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 GG.

¹¹⁶ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51 Rn. 60 ff. (sog. *Heck'sche Formel*).

¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (47 Rn. 189).

¹¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (39 Rn. 105).

¹¹⁹ *Gerhold*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, VersammlG § 21 Rn. 40.

¹²⁰ BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 178 m.w.N.).

¹²¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.10.2025 – 1 BvR 2428/20 = NVwZ 2026, 33 (46 Rn. 176).

Angelegenheiten gleichzeitig auch strafbar. Für die Demonstranten ist die Grenze zwischen legitimen Protest und strafbarer Störung nicht erkennbar, wenn sie ihr Verhalten auf das beschränken, was in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fällt. Dieser Widerspruch führt dazu, dass bei der herkömmlichen Auslegung des § 21 VersG in der zweiten Konstellation die Anforderungen an die Bestimmtheit, Art. 103 Abs. 2 GG, nicht erfüllt sind.¹²² Daran ändert es auch nichts, dass die Demonstranten in beiden Fällen Verhinderungsabsicht haben – das Vorliegen von Verhinderungsabsicht i.S.d. § 21 VersG lässt das objektive Merkmal der groben Störung nicht obsolet werden, anders ausgedrückt: verhindert man eine nicht verbotene Versammlung mit anderen Mitteln als der der groben Störung oder der Gewalttätigkeit oder Drohung mit Gewalttätigkeiten, so ist das strafrechtlich jedenfalls nicht für § 21 VersG relevant.

Diese herkömmliche Auslegung des Merkmals der „groben Störung“ ist also in der zweiten Konstellation verfassungswidrig. Erschöpft sich die „grobe Störung“ i.S.d. § 21 VersG also in Verhaltensweisen, die ohne weiteres dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG unterfallen, dann muss das Tatbestandsmerkmal der „groben Störung“ daher verfassungskonform so ausgelegt werden, dass es in Fällen „kollidierender“ Versammlungen erst nach rechtmäßiger Auflösung der Versammlung erfüllt sein kann. Sobald die Versammlung aufgelöst ist, ist für die Teilnehmer nämlich erkennbar, dass nunmehr die Grenze vom legitimen Protest zur Strafbarkeit überschritten ist.¹²³

VI. Fazit und Ausblick

Der „Martinstor-Beschluss“¹²⁴ vereint Neues, wie die Ausführungen zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bei Sprungrevision und die neu entwickelte Ausnahme zum Zitiergebot, mit „alten Bekannten“, insbesondere durch die Präzisierung der Rechtsprechung zu der Frage, ob bei Blockadeaktionen der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit eröffnet ist. Daher ist sie ein lehrreiches Anschauungsbeispiel für Fragen der Zulässigkeit und des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG.

Auch nach dem Beschluss des BVerfG bleiben aber ungeklärte Rechtsfragen. Das BVerfG ließ ausdrücklich offen, wie Blockadeaktionen, deren Element der öffentlichen Meinungsbildung sich allein in der Negation und mithin der Störung erschöpft, zu bewerten sind. Daher kann man mit Spannung abwarten, ob das BVerfG Gelegenheit bekommen wird, zu derartigen Fallkonstellationen und der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG zu entscheiden.¹²⁵

¹²² Ausführlich zum Bestimmtheitsgebot BVerfG BeckRS 2022, 2993 Rn. 88 ff.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 109. Lfg., Stand: Januar 2026, Art. 103 Abs. 2 Rn. 87 ff.

¹²³ So i.E. auch *Veermann/Wagner, Verfassungsblog v. 26.11.2025* (6.2.2026).

¹²⁴ *Veermann/Wagner, Verfassungsblog v. 26.11.2025* (6.2.2026).

¹²⁵ Skeptischer *Veermann/Wagner, Verfassungsblog v. 26.11.2025* (6.2.2026).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24¹

Finalzusammenhang beim besonders schweren Raub

1. An dem beim Raubtatbestand (§ 249 Abs. 1 StGB) vorausgesetzten Finalzusammenhang fehlt es, wenn die Drohung oder die Gewalt nicht als Nötigungsmittel zum Zweck der Wegnahme eingesetzt wird, sondern der Täter den Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung fasst (Rn. 5).
2. Die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB erfordert eine schwere körperliche Misshandlung bei der Tat. Das Tatbestandsmerkmal „bei der Tat“ bezieht sich auf die finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und rechtswidriger Vermögensverfügung, durch die die Raubdelikte geprägt sind. Der Qualifikationstatbestand ist daher nur erfüllt, wenn die schwere körperliche Misshandlung zur Duldung der Wegnahme oder zumindest zur Beutesicherung verübt wird (Rn. 5).

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiter Bennet Sietas, Hamburg*

I. Einleitung und Sachverhalt

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte über ein Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 18.7.2024 zu entscheiden, in dem unter anderem eine Strafbarkeit wegen besonders schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB bejaht worden war. Der Senat hatte sich dabei insbesondere mit der Frage zu befassen, ob das von § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB vorausgesetzte Merkmal „bei der Tat“ gegeben ist. Zum Tathergang führt der Senat in seinem Beschluss aus:

„Nach den Feststellungen traf der [...] Angeklagte zufällig den Nebenkläger, mit dem er eng befreundet war. Er begrüßte ihn freundlich und begleitete ihn. Unvermittelt und ohne äußeren Anlass geriet der Angeklagte in Wut, packte den Nebenkläger an Hals und Hosenbund und zerrte ihn in einen nahegelegenen Park. Dort riss er ihn zu Boden. Er warf ihm vor, ‚schlecht über ihn zu reden‘ und mit der Polizei zu seinem Nachteil zusammenzuarbeiten. Sodann schlug und trat er mehrfach kraftvoll gegen den Kopf und den linken unteren Rippenbogen des Nebenklägers, um ihn zu erniedrigen. Anschließend riss er dem weiterhin am Boden liegenden Nebenkläger eine Goldkette vom Hals und eine Uhr vom Arm; ferner nahm er eine während der vorangegangenen Misshandlungen zu Boden gefallene Sonnenbrille des Geschädigten sowie Geld aus dessen Portemonnaie an sich, um die Sachen für sich

* Milan Kuhli ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg und im zweiten Hauptamt Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht, Bennet Sietas ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur.

¹ Der Beschluss ist veröffentlicht in BeckRS 2025, 15802.

zu behalten. Der Nebenkläger ließ die Wegnahme der Gegenstände vor dem Hintergrund der vorangegangenen Gewalttätigkeiten geschehen; dies wollte der Angeklagte.“²

Hinsichtlich des zuletzt genannten Aspekts stellt der *Senat* fest, „dass der Nebenkläger die Wegnahme der Wertgegenstände vor dem Hintergrund der vorangegangenen Gewalttätigkeiten des Angeklagten duldete, der Angeklagte die Wirkung der zuvor – ohne Wegnahmeabsicht – angewendeten massiven körperlichen Gewalt bewusst als aktuelle Drohung mit erneuter Gewaltanwendung einsetzte und konkludent eine Wiederholung der Gewalthandlungen für den Fall des Widerstands in Aussicht stellte“.³

II. Gängige Dogmatik zu §§ 249, 250 StGB

Maßgeblich ging es in der Entscheidung um die Frage, ob ein besonders schwerer Raub gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB gegeben ist, dessen gängige Dogmatik im Folgenden kurz vorgestellt wird:

1. Überblick

Nach dem Wortlaut des § 249 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, „wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen“. § 249 ist ein selbständiges Delikt,⁴ das sich der Sache nach aus einem Diebstahl (§ 242 StGB) und einer gesteigerten Form der Nötigung (§ 240 StGB) zusammensetzt.⁵ Der Täter muss also eine fremde bewegliche Sache wegnehmen und hierzu ein Nötigungsmittel einsetzen, das gegenüber § 240 StGB qualifizierte Anforderungen erfüllt (sog. qualifizierte Nötigungsmittel).⁶ Ist der Raub objektiv besonders gefährlich,⁷ kommt in der Regel auch der (besonders) schwere Raub des § 250 StGB als Qualifikation in Betracht.⁸ Nach der im vorliegenden Fall in Betracht kommenden Raubqualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB macht sich der Täter strafbar, wenn er oder ein anderer Beteiligter eine andere Person „bei der Tat“ körperlich schwer misshandelt – auf die Auslegung dieses Merkmals wird noch zurückzukommen sein.

2. Finalzusammenhang

Das spezifische Unrecht eines jeden Raubes ist durch die zweckgerichtete Verknüpfung von qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme (den sog. Finalzusammenhang) gekennzeichnet.⁹ Schon der Wortlaut des § 249 Abs. 1 StGB („mit“ Gewalt [...] oder „unter“ Anwendung von Drohungen) zeigt, dass zwischen qualifizierter Nötigung und Wegnahme ein funktionaler Zusammenhang bestehen

² BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24, Rn. 3.

³ BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24, Rn. 6.

⁴ BGH NJW 1968, 1292.

⁵ Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 249 Rn. 1.

⁶ Anders als bei § 240 Abs. 1 StGB muss der Täter für § 249 Abs. 1 StGB Gewalt „gegen eine Person“ oder Drohungen „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ einsetzen.

⁷ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2026, § 250 Rn. 1.

⁸ Eingehend hierzu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 8.

⁹ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2026, § 249 Rn. 1.

muss.¹⁰ Dies verlangt, dass der Täter die Gewalt oder Drohung vor der Wegnahme und zu ihrer Vollendung anwendet.¹¹ Der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels muss – zumindest aus Sicht des Täters – gerade für die Wegnahme des Gegenstandes erforderlich sein.¹² Ob die Nötigung tatsächlich für die Wegnahme kausal wird, ist nach überwiegender Ansicht hingegen ohne Belang.¹³

An der finalen Verknüpfung fehlt es insbesondere dann, wenn der Täter die Gewalt oder die Drohung nicht zum Zwecke der Wegnahme, sondern aus anderen Gründen vornimmt und den Entschluss zur Wegnahme erst *nach* Abschluss dieser Handlung fasst.¹⁴ Droht der Täter jedoch mit der Wiederholung der abgeschlossenen Personengewalt zum Zwecke der – jetzt beschlossenen – Wegnahme, so ist der Finalzusammenhang gegeben.¹⁵ Nutzt der Täter hingegen lediglich die bloße Angst des Opfers vor weiteren Übergriffen aus, so genügt dies für sich genommen noch nicht.¹⁶ Der Finalzusammenhang liegt erst dann vor, wenn der Täter durch sein (zumindest konkludentes) Verhalten eine Gefahr für Leib oder Leben „genügend erkennbar“ in Aussicht stellt.¹⁷

Über die subjektive Komponente des Finalzusammenhangs hinaus müssen die beiden Raubelemente auch in einem zeitlich-örtlichen Zusammenhang stehen.¹⁸ Dies soll eine raubspezifische Einheit von qualifizierter Nötigung und Wegnahme sicherstellen.¹⁹ Danach müssen die Orte der Nötigungs- und Wegnahmehandlung zwar keine bestimmte Nähe aufweisen oder gar identisch sein;²⁰ entscheidend ist jedoch, „ob es zu einer – vom Täter erkannten – nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft gekommen ist“.²¹

In der Fallbearbeitung empfiehlt es sich, den Finalzusammenhang im subjektiven Tatbestand zu prüfen, da sich die Finalität nach der Tätervorstellung richtet. Allerdings wird die subjektive Komponente durch den objektiv zu bestimmenden zeitlich-örtlichen Zusammenhang begrenzt. Je nach Aufgabenstellung lässt sich das Merkmal des Finalzusammenhangs also auch im objektiven Tatbestand verorten.²²

III. Gerichtliche Entscheidung

1. § 249 Abs. 1 StGB

Im vorliegenden Fall ist der Tatbestand eines einfachen Raubes (§ 249 Abs. 1 StGB) zweifellos zu bejahen. Zwar ergibt sich aus den oben (I.) dargelegten Feststellungen nicht, dass der Angeklagte die Gewaltanwendung (Schlagen, Treten) durchführte, um die Wegnahme zu ermöglichen; vielmehr geschah dies, um das Opfer „zu erniedrigen“.²³ Jedoch ist den Feststellungen zu entnehmen, dass

¹⁰ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2026, § 249 Rn. 16.

¹¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 7 Rn. 22.

¹² Vgl. nur BGH NJW 1995, 2799; BGH NJW 2004, 528 (529); Piel, NSTz 2015, 585 (586).

¹³ Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 249 Rn. 6b m.w.N.

¹⁴ BGH NJW 1995, 2799; BGH NSTz 2015, 156 (157).

¹⁵ BGH NSTz 2013, 471 (472); BGH BeckRS 2021, 8272 Rn. 15.

¹⁶ BGH NSTz 2015, 156 (157) unter Verweis auf BGH NSTz 2013, 648.

¹⁷ BGH NSTz 2013, 648.

¹⁸ So die Leitlinie von BGH NJW 2016, 2900 (2901); vgl. bereits BGH NSTz 2006, 38; eingehend hierzu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 7 Rn. 29 ff.

¹⁹ BGH NJW 2016, 2900 (2901).

²⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 7 Rn. 29.

²¹ BGH NJW 2016, 2900 (2901).

²² Näheres zum Aufbau in Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 28. Aufl. 2026, § 7 Rn. 30a.

²³ BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24, Rn. 3.

der Täter dem Opfer konkludent mit erneuter Gewalt drohte, um die Wegnahme (von Goldkette, Sonnenbrille und Geld) zu ermöglichen.

2. § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB

Problematisch ist allerdings, ob auch der Tatbestand der Qualifikation gem. § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB zu bejahen ist. Hierzu schreibt der *Senat*:

„Die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB erfordert eine schwere körperliche Misshandlung bei der Tat. Das Tatbestandsmerkmal ‚bei der Tat‘ bezieht sich auf die finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und rechtswidriger Vermögensverfügung, durch die die Raubdelikte geprägt sind. Zwischen der Drohung mit oder dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub muss eine finale Verknüpfung bestehen; Gewalt oder Drohung müssen das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein. An dem tatbestandlich vorausgesetzten Finalzusammenhang fehlt es, wenn die Drohung oder die Gewalt nicht als Nötigungsmittel zum Zweck der Wegnahme eingesetzt wird, sondern der Täter den Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung fasst [...]. Der Qualifikationstatbestand ist daher nur erfüllt, wenn die schwere körperliche Misshandlung zur Duldung der Wegnahme oder zumindest zur Beutesicherung verübt wird.“²⁴

Der 6. *Strafsenat* kann mit dieser Auslegung an eine Entscheidung des 5. *Strafsenats* aus dem Jahr 2009 anknüpfen, in der es zu der eben genannten Qualifikation heißt:

„Da die Raubdelikte durch die finale Verknüpfung von Gewalt und rechtswidriger Vermögensverfügung geprägt sind, bezieht sich das Merkmal ‚bei der Tat‘ auf eben diese Verknüpfung.“²⁵

Damit zeichnet sich eine Rechtsprechungslinie ab, die insgesamt betont, dass auch i.R.v. § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB der Finalzusammenhang näher zu prüfen ist. Ein schlichter zeitlich-örtlicher Zusammenhang zwischen einer unmittelbar vorausgegangenen schweren Misshandlung und einem Raub (und umgekehrt) soll nach der Entscheidung des 6. *Strafsenats* gerade nicht ausreichen.²⁶

IV. Bewertung

Hinsichtlich der vom 6. *Strafsenat* genannten und oben zitierten ersten Fallgruppe („schwere körperliche Misshandlung zur Duldung der Wegnahme“) ist die Entscheidung ohne Weiteres nachvollziehbar: Zwar lässt der Wortlaut von § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB („bei der Tat“) auch eine Auslegung zu, der zufolge Gewaltanwendung bei Gelegenheit eines Raubes ebenfalls tatbestandsmäßig wäre. Jedoch sprechen der hohe Straffrahmen der Qualifikation und der Zusammenhang mit dem Grunddelikt dafür, das Merkmal „bei der Tat“ (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB) in der oben zitierten engen Weise auszulegen.

Fraglich ist allerdings, ob die vom *Senat* genannte und oben zitierte zweite Fallgruppe („schwere körperliche Misshandlung [...] zumindest zur Beutesicherung“) ebenfalls tatbestandsmäßig i.S.d.

²⁴ BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24, Rn. 5.

²⁵ BGH NJW 2009, 3041 (3042).

²⁶ BGH, Beschl. v. 23.1.2025 – 6 StR 569/24, Rn. 5.

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB ist.²⁷ Letztlich kommt es hier auf diese Frage aber nicht an, da im vorliegenden Fall weder die erste noch die zweite Fallgruppe einschlägig sind: Die schwere körperliche Misshandlung lag hier letztlich ausschließlich in der anfangs ausgeführten Gewaltanwendung (Schlagen, Treten), die für sich genommen weder zur Duldung der Wegnahme noch zur Beutesicherung erfolgte. Die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB ist daher bereits auf Tatbestands-ebene zu verneinen.

²⁷ Kritisch hierzu und zu der damit verbundenen Frage der Verwirklichung von Qualifikationen in der Beendigungsphase *Kiworr*, JuS 2018, 424 (426 f.); vgl. zu der Rspr. ferner *Sinn*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 250 Rn. 21, 58.

Tagungsbericht: Jura lebt vom Diskurs Reflexionen zur Jungen Tagung Öffentliches Recht 2026

*Akad. Rat a.Z. Dr. Patrick R. Hoffmann, Osnabrück**

Jura lebt vom Diskurs, wie exemplarisch die für Jurist*innen völlig selbstverständlichen Abkürzungen (h.M., h.L., str.) zeigen. Ein Beispiel für gelebten rechtswissenschaftlichen Diskurs ist die jährlich stattfindende Junge Tagung Öffentliches Recht (JTÖR), die dieses Jahr vom 20. bis 22. Mai von der Georg-August-Universität Göttingen ebendort ausgerichtet wurde. Die JTÖR versammelt junge Nachwuchswissenschaftler*innen – habilitierte Personen sind ausgeschlossen – aus Deutschland, Österreich und der Schweiz und ermöglicht sowohl rechtswissenschaftliche Debatte wie auch persönliches Kennenlernen.

In diesem Jahr stand die Tagung unter dem Thema „Recht und Gericht“. Im Fokus stand also die Dritte Gewalt in ganz unterschiedlichen Facetten, z.B. deren Grenzen, deren Funktionsweise¹ und auch deren Schutz (Stichwort: resiliente Justiz). Der Breite des Themas entsprechend wurden beispielsweise sowohl Fragen des gerichtlichen Aktivismus diskutiert als auch ein empirischer Blick auf die Zusammensetzung von Richterbanken geworfen.

Wie in vergangenen Jahren auch waren nicht nur die methodischen Zugänge der Teilnehmer*innen zu Recht sehr unterschiedlich, sondern auch der Kreis der Teilnehmer*innen war bunt gemischt (soweit das bei Jura überhaupt geht). Unterschiede gab es z.B. bei der akademischen Heimat, der wissenschaftlichen Qualifikationsstufe (Anfang der Promotionsphase bis Ende der Habilitationsphase) und dem Forschungsschwerpunkt.

Der Diskurs fand zum einen im Rahmen der insgesamt sechs Panels statt. Zum anderen – und das scheint mir sowohl quantitativ wie qualitativ bedeutsamer – wurde der Diskurs abseits der Bühne in Einzel- und Kleingruppengesprächen geführt. Es herrschte reger Austausch über die Vorträge, die eigenen Forschungsvorhaben und über juristische Themen allgemein.

Viele Gedanken und Ideen werden im Diskurs entwickelt. Das juristische Studium erzieht oft leider genau zum Gegenteil: Einsames Studieren in Bibliotheken, Auswendiglernen von Meinungsständen, die Klausur als wichtigste Prüfungsleistung etc. Das juristische Studium lässt sich wie ein einsames Handwerk betreiben. Das ist eine Falle. Wer nie gezwungen wurde, eine rechtliche Lösung einer anderen Person zu erklären, die zuhört und widerspricht, weiß nicht wirklich, ob sie die Lösung verstanden hat. Diskurs ist der Prüfstein für das eigene Verstehen und das eigene Argument. Aber nicht nur das. Denn insbesondere die juristische Praxis ist Austausch. Ständig muss man juristische Punkte erklären, begründen, verteidigen. Wer jetzt nur an die Gerichtsverhandlung denkt, der übersieht die unzähligen anderen Situationen des Austausches. Anwält*innen müssen ihren Mandant*innen die juristische Lage erklären und zum Teil auch Verständnis und Akzeptanz der Rechtslage herstellen. Immer wieder muss man Kolleg*innen in den Sach- und Streitstand eines Falles einführen. Komplexe Fälle, insbesondere zu Normen, für die nicht ein Dutzend verschiedener Kommentare zur Verfügung steht, lassen sich oft am besten im Austausch mit Kolleg*innen lösen. Juristisch zu diskutieren ist eine

* Patrick Hoffmann ist Akad. Rat a.Z. an der Universität Osnabrück. Von 2023 bis 2026 war er Rechtsanwalt.

¹ Lesenswert dazu jüngst Rennert, Richter, Gericht, Gerichtsbarkeit: Wie Justiz funktioniert, 2026.

essenzielle Fähigkeit. Diese sollte man bereits im Studium trainieren (Moot Courts sind eine exzellente Möglichkeit hierzu)².

Darüber hinaus hat die Kommunikation von Recht auch eine gesellschaftliche Dimension: Jurist*innen sind Rechtserklärer*innen für die breite Bevölkerung. Unser liberaler Rechtsstaat lebt von Akzeptanz des Rechts und Vertrauen in das Recht. Selbstverständlich muss die breite Bevölkerung Recht nicht in der Tiefe durchdringen wie wir Jurist*innen, aber ein grundlegendes Verständnis ist stets erforderlich. Plastisch zeigt dies z.B. das Wahlrecht. Die Bürger*innen müssen § 5 Bundeswahlgesetz (bitte jetzt lesen) nicht im Detail nachvollziehen, aber sie müssen dem Grunde nach verstehen, wie die Sitze im Bundestag verteilt werden. Hier kommt auch Gerichten eine wichtige Rolle zu, denn sie sind es, die die oftmals öffentlich diskutierten Entscheidungen treffen. So haben selbst erstinstanzliche gerichtliche, insbesondere verwaltungsgerichtliche, Entscheidungen zum Teil eine große gesellschaftliche Relevanz; man denke nur an die Beschlüsse des VG Berlin aus Juni 2025 zu den von der Regierung aus Union und SPD eingeführten Grenzkontrollen³ und die Entscheidungen des VG Köln zu den verschiedenen Einstufungen der AfD durch das Bundesamt für Verfassungsschutz⁴. Diese Entscheidungen wurden durch entsprechende Pressemitteilungen begleitet. Der althergebrachte Satz der deutschen Justiz „Das Gericht spricht durch seine Urteile“, stimmt heute in dieser Absolutheit nicht mehr. Vielmehr ist es heutzutage selbstverständlich, dass Gerichte, insbesondere Ober- und Höchstgerichte, offizielle Pressestellen und Pressesprecher*innen besitzen. Die Professionalisierung von Gerichtskommunikation hat spürbar zugenommen, was auch beim Eröffnungsabend der JTÖR 2026 herausgestellt wurde.

Insgesamt wurde die gesellschaftliche Dimension der Gerichte auf der JTÖR 2026 deutlich. So wurde immer wieder über Aspekte strategischer Prozessführung und gerichtlicher Rechtsfortbildung gesprochen. Die gesellschaftliche Relevanz zeigte sich eindrücklich beim Eröffnungsabend, der von einer Paneldiskussion unter dem Thema „Möglichkeiten und Grenzen der dritten Gewalt“ eingeleitet wurde. Hierbei diskutierten die ehemalige Vizepräsidentin des Bundesverfassungsgerichts *Doris König*, der Soziologe *Matthias Meyer* und die Klimaschutzaktivistin *Carla Reemtsma* unter anderem zu verfahrensrechtlichen Aspekten gerichtlicher Entscheidungen zu Fragen des Klimaschutzes, aber auch zum Missbrauch gerichtlicher Verfahren durch sog. SLAPPs (Strategic Lawsuits Against Public Participation).

An Rechtsfragen mangelt es nie. Die JTÖR 2026 zeigte mal wieder: Es mangelt auch nicht an klugen Köpfen, die zur Beantwortung dieser Fragen beitragen wollen.

² Siehe hierzu z.B. *Lorenzmeier/Indlekofer*, ZJS 2010, 574; *Kleis*, ZJS 2012, 299; *Eitel*, ZJS 2021, 686.

³ Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 2.6.2025 – VG 6 L 191/25; VG Berlin, Beschl. v. 2.6.2025 – VG 6 L 192/25; VG Berlin, Beschl. v. 2.6.2025 – VG 6 L 193/25.

⁴ Vgl. z.B. VG Köln, Urt. v. 8.3.2022 – 13 K 326/21; VG Köln, Beschl. v. 20.5.2026 – 13 L 3120/25.