

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

5/2026
19. Jahrgang

S. 932–1152

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Der Einsatz künstlicher Intelligenz in der Geschäftsleitung

Dr. iur. Leander Brandt, Berlin

932

Der neue Widerrufsbutton nach § 356a BGB

– Zwischen Verbraucherschutz und Umsetzungsunsicherheit

Stud. iur. Luca Grupico, Frankfurt a.M.

945

Öffentliches Recht

Einführung in die Rechtsfragen digitaler Verwaltungsverfahren

Dr. Daniel Busche, Düsseldorf

958

Die Verfassungstheorie als Vorverständnis und Kontrastfolie des Verfassungsrechts:

Eine Einführung in die Verfassungstheorie

Mathias Honer, Leipzig/Frankfurt (Oder)

967

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Die Beleidigung gemäß § 185 StGB

Grundlagen, Tatbestandsmerkmale und Prüfungssystematik (Teil 3)

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Stark-Lütke Schwienhorst, Hamburg

991

Allgemeines

Die Entscheidungsanmerkung

Methodik der Analyse und Anforderungen an die Darstellung

Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, LL.M. (Münster), Tübingen

1001

Von der Arbeitsmoral bis zum Meinungsstreit:

Ein Wegweiser durch das Studium – Teil 2

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

1014

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur im Schuldrecht: Zur falschen Zeit am falschen Ort

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

1032

Öffentliches Recht

Abschlussklausur Grundrechte: Keine Versammlungsfreiheit auf Autobahnen?

Wiss. Mitarbeiter Jonas Schumacher, Bochum

1042

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Die Qual der Wahl“

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Wittenbrock, Stud. Hilfskraft Bjane Lehde,
Osnabrück

1061

Strafrecht

Fortgeschrittenenhausarbeit: Der glückliche Fehlwurf – Teil 1

Wiss. Mitarbeiter Matthias Kuhn, Wiss. Mitarbeiter Jakob Leonardy, Bonn

1084

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

OLG Nürnberg, Beschl. v. 14.4.2026 – 11 UF 940/25

(Sperrwirkung; Beweislast; Eigentumsübertragung eines Pkw durch Besitz-
konstitut unter Ehegatten; Formstatut)

(Dr. Christoph Weber, Ass. iur., Dipl.-Rpfl. [FH], Wiss. Mitarbeiter Lasse Scherer,
Bayreuth)

1107

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25

(Keine „Heilung“ des Abhandenkommens durch Duldung der Besitzlage)

(Stud. iur. Tijan Ballhausen, Mannheim)

1120

Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 26.3.2025 – 6 C 6.23

(Kein Verwaltungsrechtsweg für Rechtsschutz gegen schlichten Parlamentsbeschluss)

(Wiss. Mitarbeiter Max Benjamin Hopp, B.A., Wiss. Mitarbeiter David Neuhoﬀ, München)

1126

Strafrecht

BayObLG, Beschl. v. 17.9.2025 – 201 StRR 59/25

(Nötigung durch Aufstellen eines Transparents auf einem Bahngleis und hierdurch bedingter Schnellbremsung des Zugführers)

(Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin Clara Beckmann Petey, Düsseldorf)

1139

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

Der Einsatz künstlicher Intelligenz in der Geschäftsleitung

Dr. iur. Leander Brandt, Berlin*

Der Beitrag untersucht die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Einsatzes künstlicher Intelligenz in der Geschäftsleitung. Er zeigt auf, in welchen Formen KI zur Entscheidungsvorbereitung und Entscheidungsfindung eingesetzt werden kann und welche rechtlichen Anforderungen hierbei zu beachten sind. Im Mittelpunkt stehen die Organisations- und Sorgfaltspflichten der Leitungsorgane sowie die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich aus dem geltenden Gesellschaftsrecht bereits eine Pflicht zum Einsatz von KI ergeben kann.

I. Einleitung	933
II. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen	933
1. Leitung der Gesellschaft	933
2. Haftung der Gesellschaft und der Leitung	934
III. Einsatz von KI als Entscheidungsgrundlage in der Geschäftsleitung	934
1. Informationsbeschaffende KI	935
a) Das Blackbox-Problem	935
b) Keine Eigenhaftung	937
2. Entscheidende KI	937
3. Eigene Organfähigkeit von KI	938
a) Geschäftsführung von Personengesellschaften	938
b) Leitung von Kapitalgesellschaften	939
4. KI als singuläre Leitungsinstanz	939
5. Zwischenergebnis	939
IV. Pflicht zur Nutzung eines KI-Systems	940
1. In Kapitalgesellschaften	940
a) Nutzungspflicht resultierend aus der BJR (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)?	940
b) Nutzungspflicht resultierend aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG (i.V.m. § 76 Abs. 1 AktG)/§ 43 Abs. 1 GmbHG)?	942
2. In Personengesellschaften	942
3. Auswahlmessen der Geschäftsleitung beim Einsatz von KI	942
4. Pflicht zur Nutzung intern oder extern betriebener KI	943
5. Zwischenfazit	943
V. Fazit	944

* Der Verf. ist freier Wiss. Mitarbeiter bei Prof. Dr. Michael Dengä, LL.M. (London), Maître en droit (Paris).

I. Einleitung

KI bietet der Geschäftsleitung die Möglichkeit, Betriebsabläufe zu optimieren, datengesteuerte Entscheidungen zu treffen und innovative Lösungen für komplexe Probleme zu entwickeln. Basierend auf maschinellem Lernen¹, neuronalen Netzwerken² und fortschrittlichen Algorithmen³ ist KI in der Lage, eine menschlich nicht bewältigbare Menge an Daten⁴ zu analysieren und Entscheidungsvorschläge zu unterbreiten.⁵

Nach Darlegung der gesellschaftlichen Grundlagen (II.) wird auf die möglichen Nutzungsarten von KI als Entscheidungsgrundlage in der Geschäftsleitung eingegangen (III.). Abschließend wird die Frage erörtert, ob bereits jetzt eine Pflicht der Geschäftsleitung besteht, KI zu nutzen (IV.).

II. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Für die Einordnung des Einsatzes von KI auf der Leitungsebene ist zunächst der gesellschaftsrechtliche Rahmen darzulegen. In der AG agiert der Vorstand als Leitungs- und Vertretungsorgan,⁶ während in der GmbH der Geschäftsführer diese Funktion übernimmt.⁷ Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, dass der Vorstand einer AG im Allgemeinen autonom handelt (§ 76 Abs. 1 AktG), während der Geschäftsführer einer GmbH an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist.⁸ Zunächst wird die Geschäftsleitung dargelegt (1.) mit Blick auf den später behandelten möglichen Einsatz von KI als Entscheidungsgrundlage. Anschließend wird auf die potenziellen Folgen einer Sorgfaltspflichtverletzung eingegangen, nämlich der Haftung der Gesellschaft und Geschäftsleitung (2.).

1. Leitung der Gesellschaft

Entscheidend ist – hinsichtlich der möglichen Delegation von Leitungsaufgaben an KI – die Abgrenzung zwischen Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben. Der Vorstand fungiert als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der AG und führt somit die Leitung der Gesellschaft (§§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 1, 78 Abs. 1 S. 1 AktG).⁹ Dabei umfasst die Geschäftsführung jede nach innen oder außen gerichtete tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vorstands für die AG.¹⁰ Der Begriff „Leitung“ wird allerdings nicht näher definiert; in der Regel wird davon gesprochen, dass es sich um einen herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung handelt.¹¹ Dabei sind die zentralen Bereiche der Unternehmensplanung und -politik¹² umfasst, einschließlich der grundlegenden Ausrichtung der AG,

¹ Meyer, NJW 2023, 1841 (1841 Rn. 2 f.).

² Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131 (1132).

³ Steege, MMR 2022, 926; ders., NZV 2021, 6; Meyer, NJW 2023, 1841 (1843 Rn. 14).

⁴ Groh, in: Weber kompakt, Rechtswörterbuch, „Künstliche Intelligenz“, 12. Edition 2025: große Mengen an Daten nennt man auch „Big Data“.

⁵ Vetter, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 4. Aufl. 2023, Rn. 26.87.

⁶ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 16; Fest, JuS 2023, 304.

⁷ Goette, in: MüKo-GmbHG, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 6 Rn. 12.

⁸ Fest, JuS 2023, 304 (306); Goette, in: MüKo-GmbHG, Bd. 1, 5. Aufl. 2025, § 6 Rn. 12.

⁹ Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (723 ff.); Fest, JuS 2023, 304.

¹⁰ Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 77 Rn. 2.

¹¹ Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 76 Rn. 5; vgl. Koch, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2025, § 76 Rn. 10 ff.

¹² Koch, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2025, § 76 Rn. 13.

der Überwachung des Unternehmens sowie der Besetzung von Führungspositionen sowie jene Aufgaben, die das Aktiengesetz ausdrücklich¹³ dem Vorstand als Kollegialorgan zuweist.¹⁴

Die zuvor angestellte Distinktion zwischen Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben ist essenziell, da im Bereich der Leitung ein Delegationsverbot gilt, diese Aufgaben sich also nicht ohne weiteres auf Dritte übertragen lassen.¹⁵ Jedoch lassen sich Leitungsaufgaben grundsätzlich in eine Planungs-, Entschluss- und Ausführungsphase trennen. In den letzten beiden Phasen gilt, dass die Leitung – also der Vorstand – die Letztentscheidungskompetenz innehaben muss.¹⁶ Eine höchstpersönliche Erledigung von Vorbereitungs- und Ausführungsmaßnahmen ist hingegen nicht nötig.¹⁷ So kann hier de lege lata Unterstützung etwa durch Mitarbeiter (sog. vertikale Delegation) oder fremde Dienstleister (sog. Outsourcing) bezogen werden.¹⁸

Die Frage, ob die Delegation auch an eine KI in gleicher Weise wie an Mitarbeiter im Rahmen einer vertikalen Delegation erfolgen kann, bedarf einer näheren Untersuchung im Hinblick auf die unterschiedlichen Anwendungsmodalitäten von KI.

2. Haftung der Gesellschaft und der Leitung

Die Unternehmensleitung muss sich im Rahmen der Rechtsordnung bewegen („Legalitätsprinzip“).¹⁹ Ein Verstoß kann zu Haftungsansprüchen gegenüber der Gesellschaft und der Geschäftsleitung selbst führen.

Im Innenverhältnis haftet die Geschäftsleitung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG der Gesellschaft für unternehmerische Entscheidungen, die der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht entsprechen. Im Außenverhältnis hingegen bleibt es bei einer Haftung der Gesellschaft nach § 823 Abs. 1 BGB sowie § 826 BGB. Dabei muss sich die Gesellschaft nach § 31 BGB die Handlungen der Geschäftsleitung zurechnen lassen.

Fehler seitens der Geschäftsleitung führen somit zu potenziellen Haftungsansprüchen gegenüber der Gesellschaft oder der Geschäftsleitung selbst.²⁰

III. Einsatz von KI als Entscheidungsgrundlage in der Geschäftsleitung

KI übernimmt bereits etliche Aufgaben bei Entscheidungsprozessen in Unternehmen. Aufgrund der stetigen Verbesserung von KI-Systemen wird der Einsatz von KI nicht mehr nur zur bloßen Datenbeschaffung und -auswertung genutzt, sondern auch zur Hilfestellung bei der Auswahl möglicher unternehmerischer Maßnahmen (1.), bis hin zur selbstständigen Entscheidung durch die KI (2.). Dies wirft die Frage der eigenen Organfähigkeit von KI in der Geschäftsleitung (3.) oder gar KI als singulärer Leitungsinstanz auf (4.).

¹³ §§ 83, 90, 91, 92, 110 Abs. 1; 118 Abs. 1 S. 2, 121 Abs. 2, 170, 245 Nr. 4 AktG.

¹⁴ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 17.

¹⁵ Möslin, ZIP 2018, 204 (208); Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (725 ff.); Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 20 f.; Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (343 ff.).

¹⁶ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 22; Möslin, ZIP 2018, 204 (208).

¹⁷ Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (725).

¹⁸ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 22, § 93 Rn. 186; Möslin, ZIP 2018, 204 (208); Schulz/Galster, in: Bürkle/Hauschka, Der Compliance Officer, Handbuch, 2. Aufl. 2024, § 3 Rn. 92; auch Sander/Schneider, ZGR 2013, 725 (735) – ergebend aus einem Erst-Recht-Schluss zu § 109 Abs. 1 S. 2 AktG.

¹⁹ Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 5. Aufl. 2026, § 43 Rn. 21.

²⁰ Staudenmayer, NJW 2023, 894; Denga, CR 2018, 69.

1. Informationsbeschaffende KI

Durch den Einsatz informationsbeschaffender KI-Systeme können große Mengen an Daten analysiert und Muster sowie Zusammenhänge identifiziert werden, um Prognosen abzugeben, die für Menschen schwer bis gar nicht auswertbar sowie erkennbar gewesen wären.²¹ Da es sich bei informationsbeschaffender KI nicht um die Entscheidung über den Einsatz von KI handelt - welche als nicht delegierbare Leitungsaufgabe anzusehen ist -, sondern um eine Vorbereitungs- und Ausführungsmaßnahme,²² kann diese grundsätzlich delegiert werden, solange die Letztentscheidungskompetenz bei der Geschäftsleitung verbleibt.²³ Aufgrund der enormen Datenmenge geht deren Nutzung jedoch mit etwaigen Transparenzpflichten, vor allem aus Datenschutzaspekten²⁴, einher.²⁵

Fraglich ist, ob die nötige Letztentscheidungskompetenz der Geschäftsleitung für die Nutzung informationsbeschaffender KI, wie bei der Delegation an rechtsfähige Personen, ausreicht. Dabei ergibt sich das Problem, dass sich bei der KI anders als bei einem Menschen die Informationserlangung nicht nachvollziehen lässt (sog. Blackbox-Problem)²⁶ und die KI selbst keine eigene Haftung übernehmen kann.

a) Das Blackbox-Problem

Fraglich ist, ob die Geschäftsleitung ihre Pflichten angemessen erfüllt, indem sie die Letztentscheidungskompetenz bei der Nutzung von „Black-Box-erlangter-Information“ ausreichend wahrt, weil sie deren Validität in aller Regel nicht austesten kann.²⁷ Allerdings weist eine Meinung zutreffend darauf hin, dass auch die menschliche Informationsgewinnung durchaus auch als „Black Box“ betrachtet werden kann, da der Entscheidungsprozess eines Assistenten²⁸ – inklusive der Kriterien oder Beweggründe²⁹ sowie der möglichen Nutzung von KI ohne Wissen des Vorstands – für die Geschäftsleitung (ebenso) oftmals undurchsichtig bleibt.³⁰

Andere sehen Parallelen zu einer BGH-Entscheidung, die auf die Nutzung beratender, informationsbeschaffender KI übertragbar sein könnte. Gemäß den sog. „ISION“-Grundsätzen³¹ des BGH darf bei Rat von Fachkundigen der Vorstand nicht „blind“ auf Informationen Dritter vertrauen. Ihm obliegt vielmehr die Pflicht, unter umfassender Darlegung der Verhältnisse der Gesellschaft und unter Offenlegung der erforderlichen Unterlagen einen fachkundigen Berater auszuwählen und dessen Empfehlung einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.³²

²¹ Vgl. Groh, in: Weber kompakt, Rechtswörterbuch, „Künstliche Intelligenz“, 12. Edition 2025, Big-Data; Dany, BB 2022, 2056; Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131.

²² Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 22, § 93 Rn. 186; Möslin, ZIP 2018, 204 (208); Schulz/Galster, in: Bürkle/Hauschka, Der Compliance Officer, Handbuch, 2. Aufl. 2024, § 3 Rn. 92.

²³ Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131 (1132); Dany, BB 2022, 2056; Schubert, in: Tietje/Kraft/Kupman, Digital Corporate Governance, S. 28; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 28.

²⁴ Neben der KI-VO gilt weiterhin die DSGVO wonach bei einem Verstoß gem. § 82 DSGVO ein Schadensersatzanspruch entsteht (insbesondere zu berücksichtigen §§ 22, 25 DSGVO); auch zu beachten § 44a UrhG.

²⁵ Dany, BB 2022, 2056.

²⁶ Burgstaller/Hermann/Lampesberger, Künstliche Intelligenz, 2019, S. 31; Lücke, BB 2019, 1986 (1987); Möslin, RD 2020, 34 (37).

²⁷ Zetzsche, AG 2019, 7.

²⁸ Noack, in: FS Windbichler, 2020, S. 947 (950); Linardatos, ZIP 2019, 504 (507 f.); Möslin, Der Aufsichtsrat 1/2020, 2.

²⁹ Noack, in: FS Windbichler, 2020, S. 947 (950).

³⁰ Spindler/Seidel, in: Chibanguza/Kuß/Steege, Künstliche Intelligenz, Handbuch, 2. Aufl. 2026, § 5 C Rn. 7; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 28 f.

³¹ BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 = NZG 2011, 1271 (1273 Rn. 18).

³² Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (729); BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 = NZG 2011, 1271 (1273 Rn. 18);

In Bezug auf KI kann sich der Vorstand demnach auf die Zertifizierung des KI-Systems verlassen, muss jedoch eine Plausibilitätsprüfung der von der KI vorgeschlagenen Lösung durchführen. Damit bezieht sich die Plausibilitätskontrolle nur auf die Ergebnisse der automatisierten Handlungsempfehlung.

Ein daraus ableitbarer „Pflichtenkanon“, der eine gewisse Technikbeherrschung des Vorstands voraussetzt, um die Logik, Arbeitsweise und Erkenntnisgewinnung der KI nachvollziehen zu können, lässt sich nicht feststellen.³³ Auch ohne ein grundlegendes Verständnis der technischen Funktionen kann der Vorstand seine Letztentscheidungskompetenz als „Herr des Verfahrens“ ausüben.³⁴

Das Erfordernis der Einhaltung eines solchen „Pflichtenkanons“ würde die Tatsache ignorieren, dass eine KI im Gegensatz zum Menschen nicht reflexionsfähig ist und ihre Aktivitäten nicht begründen kann.³⁵ Etwaige Kontrollpflichten führen auch gegen eine effiziente, zeitsparende Alternative der Entscheidungsvorbereitung unternehmerischer Entscheidungen und führen so zur Innovationshemmung.³⁶ KI-Systeme werden gerade wegen ihrer Fähigkeit zum Selbstlernen und ihrer kontinuierlichen Entwicklung herangezogen, um innovative Informationen zu generieren, die ein menschlicher „Mitarbeiter“ möglicherweise nicht, jedenfalls nicht so schnell, hätte erlangen können.³⁷

Festzuhalten bleibt, dass der Vorstand zur Wahrung der Letztentscheidungskompetenz KI zur Informationsbeschaffung nicht pauschal nutzen sollte, ohne die Sachlage eigens zu durchdenken und die Entscheidung abzuwägen oder eine Plausibilitätskontrolle der von der KI vorgeschlagenen Lösung vorzunehmen. Eine generelle Überwachungspflicht, die sich auch bei informationsbeschaffenden Mitarbeitern ergibt und sich aus Ermittlungs-, Auswahl- und Gewichtungspflichten zusammensetzt, bleibt also bestehen, insbesondere die Pflicht, die KI – wie einen Mitarbeiter auch – sachgerecht auszuwählen und einzuweisen. Prüft die Geschäftsleitung dementsprechend die Ausgestaltung des KI-Systems, also ob sich dieses zur Vorbereitung von Geschäftsführungs- und Leitungsaufgaben eignet,³⁸ muss es reichen, wenn der Vorstand zum Schluss der jeweiligen Entscheidungsvorbereitung diese dann in eigener Verantwortung überlegt entscheidet.³⁹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Black-Box-Problem informationsbeschaffender KI keine grundsätzlichen rechtlichen Probleme aufwirft, solange die Letztentscheidungsbefugnis bei der Geschäftsleitung verbleibt, und diese so in der Lage ist, den Rat zu ignorieren oder mit anderen Vergleichsparametern zu evaluieren. Die Leitung ist folglich an Auswahl-, Überwachungs- und (Evidenz-) Kontrollpflichten der erlangten Information gebunden.

Ob zukünftig eine Pflicht zur Nutzung sog. „explainable AI“⁴⁰ die Lösung des Problems darstellt oder ob eine solche KI überhaupt praxistauglich⁴¹ ist, bleibt abzuwarten.

Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131 (1133); Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 60.

³³ Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131 (1132); Möslin, ZIP 2018, 204 (209).

³⁴ Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (725); Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131 (1132); Möslin, ZIP 2018, 204 (209).

³⁵ Li, Künstliche Intelligenz im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen des Vorstands der AG, 2021, S. 148.

³⁶ Dany, BB 2022, 2062 (2065).

³⁷ Vgl. Möslin, Der Aufsichtsrat 1/2020, 2.

³⁸ Weber/Kiefner/Wobst, NZG 2018, 1131 (1132).

³⁹ Möllmann, GmbHR 2021, 1033 (1037).

⁴⁰ Müller/Kirchner/Schüßler, in: Kuschel/Asmussen/Golla, Intelligente Systeme – Intelligentes Recht, 2021, S. 85 (96); Puppe, in: Beck/Kusche/Valerius, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, 2020, S. 121 (126).

⁴¹ Sog. „XAI“, aber wenn schon die Ergebnisse von „Black-Box“ KI-Systemen menschlich nicht nachvollziehbar sind, dann möglicherweise auch die Rechenprozesse und die Entscheidungsfindung nicht. Es müsste der XAI also möglich sein, ihre „Rechenwege“ kurz und verständlich dazulegen, was bei der Auswertung von Big-Data Schwierigkeiten bereitet.

b) Keine Eigenhaftung

In Anbetracht der fehlenden Eigenhaftung von KI im Gegensatz zur Delegation an Menschen und deren Haftungsmöglichkeiten könnte der Einsatz informationsbeschaffender KI als problematisch angesehen werden.⁴² Während bei menschlichen Beratern Haftungsvereinbarungen üblich sind, trägt KI selbst keine direkte Haftung. Da sich der Betreiber bei Entscheidung die Informationsbeschaffung des KI-Systems zurechnen lassen muss, resultiert die fehlende Eigenhaftung der KI in keiner Nutzungseinschränkung.⁴³

2. Entscheidende KI

Neben der Nutzung informationsbeschaffender KI kommt auch eine vollständige Delegation von Leitungsaufgaben an eine KI in Betracht. Sog. „Entscheidende KI“ treffen selbstständig Entscheidungen und setzen diese auch um.⁴⁴

Bei entscheidender KI ist es besonders wichtig, zwischen vollautomatisierten Systemen und autonomen Systemen zu unterscheiden. Vollautomatisierte Systeme treffen Entscheidungen innerhalb vordefinierter, betreiberspezifischer Parameter. Autonome Systeme hingegen können über selbstständiges Lernen ihre ursprünglich festgelegten Grenzen erweitern und eigenständig agieren.⁴⁵

Bei informationsbeschaffender KI erfolgt die Letztentscheidungskompetenz nach Erlangung und Analyse der Informationen, wobei die Geschäftsleitung die ermittelten Ergebnisse auswertet und darauf basierend Entscheidungen trifft.⁴⁶ Im Gegensatz dazu erfordert der Einsatz von vollautomatisierten KI-Systemen eine präzise Vorabdefinition der Entscheidungsgrenzen. Dabei muss die Geschäftsleitung – um die Letztentscheidungskompetenz einzuhalten – im Voraus die Grenzen festlegen, in welchem Rahmen die KI eigenständige Entscheidungen treffen darf.⁴⁷

Beim Einsatz autonomer KI-Systeme wird, wenn die festgelegten Grenzen überschritten werden, die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands in Frage gestellt. Wann genau diese Grenzen überschritten werden, wird in der Praxis jedoch schwer festzustellen sein.⁴⁸ Der Einsatz autonomer KI-Systeme in der Unternehmensleitung verbleibt daher *de lege lata* riskant.⁴⁹

Damit bleibt festzuhalten, dass die Geschäftsleitung die Möglichkeit hat „Entscheidende KI“ zu nutzen, jedoch die Letztentscheidungskompetenz sowie Legalitätspflicht gewahrt bleiben muss. Daher könnte es sinnvoll sein, innerhalb der Unternehmensleitung eine spezielle Position zu schaffen, die die Letztverantwortung trägt.⁵⁰ Da dies jedoch sehr komplex erscheint und es ausreichen würde, wenn die Geschäftsleitung die Informationen abnimmt, weil dann die Leitungskompetenz in jedem Fall gewahrt bleibt, ist der Leitung zu raten, bei autonomen Systemen entscheidender KI genau dies zu tun. Dann handelt es sich jedoch nicht mehr um entscheidende, sondern lediglich um informationsbeschaffende KI.

⁴² Li, Künstliche Intelligenz im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen des Vorstands der AG, 2021, S. 66; Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1132).

⁴³ Neben nationalen Haftungsrechten (§ 823 Abs. 1 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. KI-VO).

⁴⁴ Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1134).

⁴⁵ Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1134).

⁴⁶ Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1134).

⁴⁷ Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1134); Lücke, BB 2019, 1986 (1993).

⁴⁸ Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1134).

⁴⁹ Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1134).

⁵⁰ Sog. „independent director“ nach: Armour/Eidenmüller, Selbstfahrende Kapitalgesellschaften (20.9.2026), S. 10, 20.

3. Eigene Organfähigkeit von KI

Bereits im Jahre 2014 kursierten Medienberichte, dass in Hongkong ein Algorithmus namens VITAL („Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences“) in den Vorstand berufen und ein Stimmrecht eingeräumt bekommen hat.⁵¹ Dies entsprach zwar nicht der Wahrheit, da VITAL lediglich als ein Beobachter menschlicher Entscheidungen diente. Der Grund der vermeintlichen Einräumung eines vollen Stimmrechts lag in der Fähigkeit der KI, „due dilligence“ größtenteils zu automatisieren, historische Daten zu analysieren und einen Trend zu entwickeln.⁵²

Angesichts dieser Medienberichte stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, ob eine eigenständige Organfähigkeit von KI möglich ist und diese somit Teil der Geschäftsleitung werden könnte.

a) Geschäftsführung von Personengesellschaften

In Personengesellschaften steht das Prinzip der Selbstorganschaft im Vordergrund, demzufolge die Gesellschafter grundsätzlich selbst für die Geschäftsführung verantwortlich sind. Die Voraussetzung für die Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben ist die Gesellschafterbeteiligung, welche zumindest beschränkte Rechtsfähigkeit voraussetzt.⁵³ Zwar wird über eine Einführung der Rechtspersönlichkeit autonomer Systeme bereits seit Jahren⁵⁴ diskutiert⁵⁵, bis dato gilt KI jedoch noch nicht als rechtsfähig. Auch eine in naher Zukunft liegende Änderung scheint trotz prominenter Aufforderung des Europäischen Parlaments, „langfristig einen speziellen rechtlichen Status für Roboter zu schaffen“,“⁵⁶ nicht sachgerecht.

Die Diskussion um die Einführung einer „e-Person“ zielt darauf ab, Verantwortungslücken zu schließen. Insbesondere bei autonomen Systemen die Entscheidungen treffen, die weder für den Anbieter noch den Betreiber vorhersehbar sind.⁵⁷ Die Zurechnungsproblematik, die durch die Einführung einer „e-Person“ – die neben natürlichen und juristischen Personen gleichermaßen rechtsfähig wäre – und mit der dadurch möglichen direkten Anwendung des § 278 BGB gelöst werden könnte, wirft jedoch zahlreiche rechtliche, ökonomische sowie ethische Fragen auf.⁵⁸ Darüber hinaus ist die Schaffung einer eigenständigen Rechtspersönlichkeit für KI-Systeme nicht erforderlich, um Verantwortungslücken zu schließen. Stattdessen erscheint es zweckmäßiger, den für die Nutzung von Software bereits etablierten Werkzeuggedanken auf KI-Anwendungen zu übertragen. Dies erfordert eine sorgfältige Auswahl, Implementierung und Überwachung der KI als Werkzeug. Die Zurechnung von Handlungen oder Ergebnissen würde somit unmittelbar durch die Nutzung des KI-Systems erfolgen, wobei eine klare Verantwortungszuweisung gewährleistet wird.

⁵¹ Strohn, ZHR 182 (2018), 371–377; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 76 Rn. 27 ff.

⁵² Möslin, ZIP 2018, 204 (206).

⁵³ Möslin, ZIP 2018, 204 (212).

⁵⁴ Bereits Teubner, ZfRS 2006, 5.

⁵⁵ Linke, MMR 2021, 200 (204); Schirmer, JZ 2019, 711 (718).

⁵⁶ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 16.2.2017 mit Empfehlung an die Europäische Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen (2015/2103 (INL)) (1.12.2025), unter C252/250, Punkt 59 lit. f.

⁵⁷ Teubner, AcP 218 (2018), 155 ff.; Gruber, in: Beck, Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, S. 133 ff.; Schirmer, JZ 2016, 660 ff.

⁵⁸ Verdeutlicht in einem „Letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics“ (1.12.2025) mehrere Experten.

b) Leitung von Kapitalgesellschaften

In Kapitalgesellschaften regelt bereits der Wortlaut, dass die Leitung, sprich der Geschäftsführer bzw. der Vorstand, ausschließlich von natürlichen, unbeschränkt geschäftsfähigen Personen ausgeübt werden kann.⁵⁹ Die Geschäftsleitung durch eine KI ist somit de lege lata ausgeschlossen.

4. KI als singuläre Leitungsinstanz

Auch ein weiterführender Einsatz von KI als singuläre Leitungsinstanz stellt gegenwärtig nicht nur eine rechtliche Unmöglichkeit dar,⁶⁰ sondern wirft auch vielschichtige Fragestellungen auf.

Zunächst: Bedarf es überhaupt einer so starken, multidisziplinären KI,⁶¹ die in der Lage ist, ein Unternehmen autonom zu organisieren und vollständig alle Prozesse zu automatisieren?⁶² Wenn ja, bedarf es einer umfassenden Klärung von Haftungsfragen:

- Ist das Unternehmen allein haftbar, oder ist es verpflichtet, eine spezifische Haftpflichtversicherung abzuschließen?
- Sollte eventuell eine unbeschränkte Haftung der Anteilseigner in Betracht gezogen werden, oder ist ein gänzlich neues Haftungsmodell erforderlich?⁶³

Darüber hinaus ergeben sich ethische Herausforderungen sowie die Notwendigkeit einer präzisen Zieldefinition für Entscheidungsprozesse.⁶⁴

Selbstfahrende Unternehmen sind zukünftig denkbar, deren Realisierung erfordert jedoch sorgfältig ausgearbeitete rechtliche Rahmenbedingungen, um Risiken zu vermeiden und Missbrauchspotenziale effektiv zu kontrollieren.

5. Zwischenergebnis

Der Einsatz von KI in der Geschäftsleitung revolutioniert die Entscheidungsfindung. Während KI eine effiziente Datenanalyse und Erkennung von Mustern ermöglicht, bleibt die Letztentscheidungskompetenz und Verantwortung fest in den Händen der Geschäftsleitung.

Die Frage der eigenständigen Organfähigkeit von KI und die vollautomatisierte Entscheidungsfindung werfen grundlegende, zukünftig noch zu beantwortende Fragen auf. Aktuell ist die rechtliche Anerkennung von KI als Teil der Geschäftsleitung oder als singuläre Leitungsinstanz ausgeschlossen, jedoch könnte sich dies mit der fortschreitenden Entwicklung von KI-Technologien ändern. Ob der Unternehmensleitung in Zukunft auch eine KI mit eigenständiger Rechtspersönlichkeit und Letztverantwortung zu empfehlen sein wird, bleibt abzuwarten.

⁵⁹ Siehe Wortlaut des § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 1 AktG.

⁶⁰ Vgl. § 76 Abs. 3 S. 1 AktG.

⁶¹ Vgl. Armour/Eidenmüller, Selbstfahrende Kapitalgesellschaften (20.9.2026), S. 13 ff., 20.

⁶² Schnitzhofer, Das selbstfahrende Unternehmen, 2021, S. 85, 105, 147.

⁶³ Armour/Eidenmüller, Selbstfahrende Kapitalgesellschaften (20.9.2026), S. 16 ff., 20 f.

⁶⁴ Vgl. Schnitzhofer, Das selbstfahrende Unternehmen, 2021, S. 10, 23 ff.

IV. Pflicht zur Nutzung eines KI-Systems

Fraglich ist, ob für die Geschäftsleitung eine rechtliche Verpflichtung zum Einsatz von KI besteht, bevor die Frage nach deren internem oder externem Betrieb erörtert wird.⁶⁵ Die Delegation von Entscheidungen an KI könnte in speziellen Entscheidungssituationen aufgrund ihrer überlegenen Fähigkeit nicht nur erlaubt, sondern verpflichtend sein.⁶⁶

1. In Kapitalgesellschaften

Als pflichtbegründende Vorschrift kommt in der gegenwärtigen Diskussion vorrangig die Business Judgement Rule (BJR) aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Betracht.⁶⁷ Eine Pflicht könnte sich ebenfalls aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG (i.V.m. § 76 Abs. 1 AktG)/§ 43 Abs. 1 GmbHG ergeben.⁶⁸

a) Nutzungspflicht resultierend aus der BJR (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)?

Die BJR, verankert in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, schafft einen Haftungsfreiraum für den Vorstand, sofern er seine Entscheidungen auf der Grundlage „angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft“ trifft.⁶⁹ Gleiches gilt⁷⁰ für den Geschäftsführer einer GmbH, § 43 Abs. 1 GmbHG.⁷¹ Die Einhaltung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG schließt eine Pflichtverletzung somit aus.⁷² Falls die Erlangung angemessener Information für unternehmerische Entscheidungen nur durch die Nutzung von KI möglich ist, könnte daraus eine verpflichtende Nutzung von KI resultieren, um den Anforderungen der BJR gerecht zu werden.

In dem aktuellen Meinungsspektrum über die Einordnung der BJR wird einerseits argumentiert, dass die BJR über die Enthftung hinaus den Sorgfaltsmaßstab nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG konkretisiert, wonach eine Missachtung der BJR eine Pflichtverletzung des Vorstands bedeutet.⁷³ Andererseits betrachtet eine Gegenmeinung die BJR als eigenständigen Ausschlusstatbestand, dem bei Einhaltung lediglich entlastende Wirkung zukommt.⁷⁴ Auch der BGH sieht die BJR als eine Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Erfolgshaftung an, die einen Haftungsfreiraum – bei Einhaltung – schafft.⁷⁵ Hieraus ergeben sich somit noch keine greifbaren Anhaltspunkte für eine aus der BJR herzuleitenden

⁶⁵ Vgl. Dahmen, BKR 2019, 533 (534).

⁶⁶ Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (347); Möslin, ZIP 2018, 207 (209); Lücke, BB 2019, 1986 (1989); Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1133 f.); Dany, BB 2022, 2064; Wagner, BB 2018, 1097 (1099).

⁶⁷ Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (347); Möslin, ZIP 2018, 207 (209); Lücke, BB 2019, 1986 (1989); Weber/Kiefner/Jobst, NZG 2018, 1131 (1133 f.); Dany, BB 2022, 2064; Wagner, BB 2018, 1097 (1099); Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 64 ff.

⁶⁸ Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (347); Möslin, ZIP 2018, 207 (209).

⁶⁹ Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (347); Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 17; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43 ff.; Fest, JuS 2023, 304 (307).

⁷⁰ Gleiches gilt auch für unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrates gem. § 116 AktG; siehe auch BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG-Garmenbeck) = BGHZ 135, 244.

⁷¹ Eufinger, GWR 2018, 267 (268).

⁷² Becker/Pordzik, ZfPW 2020, 334 (347); Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 17; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43 ff.; Fest, JuS 2023, 304 (307).

⁷³ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 46 f.

⁷⁴ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2025, § 93 Rn. 85.

⁷⁵ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2025, § 93 Rn. 81.

Nutzungspflicht der Leitungsgremien für KI. Ergänzend kann folglich auf den Wortlaut, die Historie und die teleologische Auslegung abgestellt werden.⁷⁶

Der Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn“ spricht gegen eine verwobene Konkretisierung mit dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, sondern nur für eine Privilegierung bei Einhaltung der BJR.⁷⁷ Daraus folgt aber noch keine Nutzungspflicht von KI, um auf der Grundlage angemessener Information zu handeln, selbst wenn nur durch diese eine solche „angemessene Information“ beschafft werden kann. Zudem hätte der Gesetzgeber die BJR auch positiv formulieren können, sodass die Leitung dann sorgfältig handelt, wenn sie auf Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft handelt.⁷⁸ Aus dem Wortlaut ergibt sich somit keine KI-Nutzungspflicht.⁷⁹

Der Gesetzesentwurf des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG spricht von einem „sichere[n] Hafen“ („Safe Harbour“) sowie einer „Tatbestandseinschränkung“. ⁸⁰ Dies spricht ebenfalls allein für eine Haftungsbeschränkung.⁸¹ Es finden sich auch keine Anhaltspunkte, dass die BJR, bevor es potente KI gab, zu einer Nutzungspflicht irgendeiner überlegenen (nicht künstlichen) „Hilfsperson“ geführt hätte.

Sinn und Zweck der BJR ist es, einen allgemeinen Maßstab vorzugeben, bei dessen Einhaltung die Geschäftsleitung vor einer Haftung für unternehmerische Entscheidungen sicher ist.⁸² Sie unterstützt damit unternehmerische Risikobereitschaft, die zwar häufig in eine Innovationsförderung mündet, allerdings nicht die Verpflichtung zur Nutzung von KI zur Erlangung „angemessener“ Information beinhaltet.⁸³

Somit besteht keine rechtliche Verpflichtung, Entscheidungen gemäß den Grundsätzen der BJR zu treffen, was wiederum bedeutet, dass sich daraus keine verbindliche Notwendigkeit zur Nutzung von KI ableiten lässt.⁸⁴ Die BJR dient vielmehr als Leitfaden für eine pflichtgemäße Unternehmensführung, wobei ein Abweichen an sich keinen Rechtsverstoß gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG oder § 43 Abs. 1 GmbHG darstellt. Eine Rechtsverletzung muss separat nachgewiesen werden, wobei das Nichtbeachten der BJR als Indiz für eine pflichtwidrige Handlung angesehen werden kann.⁸⁵

⁷⁶ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 64 ff.

⁷⁷ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 64.

⁷⁸ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 64 unter Hinweis auf die Formulierung der österreichischen Fassung der BJR gem. § 84 Abs. 1a AktG.

⁷⁹ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 64.

⁸⁰ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 65; RegE, BT-Drs. 15/5092, S. 11 f.

⁸¹ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 65.

⁸² Vgl. Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 65.

⁸³ Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43 f., 48; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 17.

⁸⁴ Telle, Einsatz Künstlicher Intelligenz zur vorbereitenden Unterstützung von Leitungsentscheidungen des Vorstands einer AG, 2023, S. 65.; anders wohl Li, Künstliche Intelligenz im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen des Vorstands der AG, 2021, S. 51 ff.; Möslin, ZIP 2018, 204 (209).

⁸⁵ Eufinger, GWR 2018, 267 (268).

b) Nutzungspflicht resultierend aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG (i.V.m. § 76 Abs. 1 AktG⁸⁶)/§ 43 Abs. 1 GmbHG)?

Eine Pflicht zur Nutzung von KI kommt somit lediglich aus dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab in Betracht. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbHG regeln, dass Vorstandsmitglieder und der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben.⁸⁷ Daraus abgeleitet kann die Leitung im Einzelfall, wenn nur durch Nutzung von KI angemessene Information eingeholt werden kann, verpflichtet sein, KI zu nutzen, um sorgfältig zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁸⁸

Die Beurteilung einer Nutzungspflicht hängt somit von etlichen Faktoren ab. Dazu gehören neben der Art und Folgeschwere der Leitungsentscheidung insbesondere auch die datenbezogene Komplexität und die Verfügbarkeit eines geeigneten KI-Systems.⁸⁹

2. In Personengesellschaften

In Personengesellschaften ist grundsätzlich keine verpflichtende Nutzung von KI vorgesehen. Gleichwohl eröffnet sich eine potenzielle Schadensersatzpflicht für Gesellschafter, wenn eine KI-Nutzung offensichtlich geboten erscheint, sich quasi aufdrängt, der Einsatz dieser jedoch ohne sachlichen Grund unterlassen wird. Diese Konstellation erfährt ab dem 1.1.2024, mit Inkrafttreten des MoPeG, eine wesentliche Änderung. Mit der Abschaffung des § 708 BGB, welcher bis dato die Haftung auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (*diligentia quam in suis*, vgl. § 277 BGB) beschränkt hat, orientiert sich die Innenhaftung fortan am Maßstab des § 280 BGB. Hierdurch entfällt jegliche Haftungsbeschränkung. Der Gesetzgeber zielt mit dieser Novellierung darauf ab, den sorgfältig agierenden Gesellschafter nicht zu benachteiligen. Künftig wird der Einwand, die Nutzung von KI würde nicht der eigenüblichen Sorgfalt entsprechen – ein Argument, das nach *Möslein* für viele Gesellschafter bisher leicht anzubringen war –, nicht länger haltbar sein.⁹⁰ Daneben wird weiterhin eine explizite Verpflichtung zur KI-Nutzung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden können.

3. Auswahlermessen der Geschäftsleitung beim Einsatz von KI

Es stellt sich die Frage, welches Auswahlermessen die Geschäftsleitung trifft, falls die Nutzung eines KI-Systems in der konkreten Entscheidung erforderlich wäre.

Der nötige Umfang der Informationsbeschaffungspflicht bei unternehmerischen Entscheidungen variiert. Zwar lässt sich die Qualität der Informationsgrundlage theoretisch unbegrenzt verbessern.⁹¹ Dies ist jedoch nicht immer praktikabel oder im gesellschaftlichen Interesse, da Entscheidungen auch unter Zeitdruck getroffen werden müssen und somit zwangsläufig in praxi auch Entscheidungen auf einer begrenzten Informationsbasis getroffen werden (müssen).⁹² So kann sich eine Nutzungspflicht eines KI-Systems zwar aus dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab ergeben, die Entscheidung über den

⁸⁶ Koch, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2025, § 93 Rn. 8.

⁸⁷ Koch, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2025, § 93 Rn. 8; Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 5. Aufl. 2026, § 43 Rn. 60.

⁸⁸ Koch, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2025, § 93 Rn. 42; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 56; Lücke, BB 2019, 1986 (1989, 1994).

⁸⁹ Langenheld/Haagen, NZG 2023, 1535 (1537); Lücke, BB 2019, 1986 (1989).

⁹⁰ Möslein, ZIP 2018, 207 (209).

⁹¹ Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (730 f.).

⁹² Langenbucher, ZHR 187 (2023), 723 (730 f.); Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.10.2025, § 93 Rn. 80, 92.

Einsatz im Einzelfall ist jedoch gleichwohl eine Frage, die der BJR unterliegt. Anhand dieser muss die Einsatzpflicht in der konkreten Entscheidung verhältnismäßig („angemessen“) sein.

4. Pflicht zur Nutzung intern oder extern betriebener KI

Die Frage, ob KI-Systeme intern betrieben⁹³ oder extern ausgelagert werden sollten, unterliegt keiner gesetzlichen Verpflichtung und fällt somit in den Bereich des unternehmerischen Ermessens.⁹⁴ Es werden sich meist Vorteile für beide Optionen identifizieren lassen, die je nach Einzelfall in Betracht kommen können.

Ein interner Betrieb empfiehlt sich insbesondere dann, wenn eine häufige Nutzung vorgesehen ist, der interne Organisationsaufwand als beherrschbar gilt und eine hohe Vertraulichkeit sowie direkter Zugriff auf die Technik gewünscht ist.⁹⁵

Die Auslagerung erscheint sinnvoll, wenn KI nicht zur Kernkompetenz des Unternehmens zählt und die Integration einen überproportionalen Umorganisations- und Planungsaufwand sowie eine intensive Ressourcenbeanspruchung nach sich ziehen würde.⁹⁶ Nebenaspekt einer Auslagerung ist, dass diese auch zu einem zusätzlichen Haftungspartner führen kann, mit der Möglichkeit Regressansprüche geltend zu machen.⁹⁷ Oftmals gehen auch Kosteneinsparungen einher, was insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) relevant sein kann, die nicht über die Ressourcen für den Aufbau einer internen KI-Infrastruktur verfügen.⁹⁸ Als Kehrseite kann die Auslagerung möglicherweise eine schlechtere Servicequalität mit sich bringen, die in Folge zu Reputationseinbußen führen kann.⁹⁹ Es könnte auch der Eindruck entstehen, die Geschäftsleitung sei fremdbeeinflusst, obwohl – wie oben dargelegt – die Letztentscheidungskompetenz bei ihr verbleibt. Je nach Wahl der Betriebsweise – intern oder extern – ergeben sich auch unterschiedliche Sorgfaltspflichten, die es im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfindung zu berücksichtigen gilt.

5. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für Kapitalgesellschaften eine Nutzungspflicht für KI bestehen kann. Diese Pflicht kann sich aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbHG ergeben. Die Frage, ob diese Pflicht aus der BJR (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) oder der allgemeinen Sorgfaltspflicht abzuleiten ist, hat eher theoretischen Charakter und ist von geringerer praktischer Relevanz. Interessant bleibt weiter die Frage, ob und wie eine Nutzungspflicht sich aus dem Gesichtspunkt der Selbstregulierung (Satzung/Gesellschaftsvertrag) ergeben kann und inwieweit sich das Maß der Verpflichtung auch auf die Befolgung der von der KI gegebenen Empfehlungen erstreckt.

⁹³ Sog. „In-House“ Betrieb.

⁹⁴ Möslein, ZIP 2018, 204 (204 ff., 208) unter Verweis auf LG Darmstadt ZIP 1986, 1389 (1389, 1391 f.).

⁹⁵ Linnertz, Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft, 2020, S. 188.

⁹⁶ Linnertz, Die Delegation durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft, 2020, S. 188.

⁹⁷ Vgl. Deng, CR 2023, 277 (284 Rn. 45, 49).

⁹⁸ Insbesondere Start-ups.

⁹⁹ Wolf, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, Handbuch, 3. Aufl. 2020, § 18 Rn. 22; Thalhofer/Zdanowiecki, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 19 Rn. 4.

V. Fazit

Die Möglichkeit, dass KI nicht nur unterstützend in der Informationsbeschaffung und Entscheidungsfindung wirkt, sondern potenziell selbst geschäftsleitende Funktionen übernehmen oder gar als eigenständige Leitungsinstanz agieren könnte, markiert einen Wendepunkt in der Evolution des Gesellschaftsrechts. Es ist unerlässlich zu erkennen, dass die Nutzung von KI in Kapitalgesellschaften unter bestimmten Umständen bereits jetzt nicht mehr nur eine Option, sondern eine explizite Verpflichtung darstellen kann. Diese Verpflichtung, gekoppelt mit dem Gebot des unternehmerischen Auswahlmessens bei der Implementierung sowie der Wahl des internen oder externen Betriebs, verlangt eine umsichtige Integration dieser Technologien in die Unternehmensstrukturen. Die Möglichkeiten von KI, unternehmerische Entscheidungen zu unterstützen, verlangen eine Auseinandersetzung der Unternehmensträger mit dem möglichen Einsatz sowie den einhergehenden Sorgfaltpflichten von KI in ihrem jeweiligen Unternehmen.

Der neue Widerrufsbutton nach § 356a BGB – Zwischen Verbraucherschutz und Umsetzungsunsicherheit

Stud. iur. Luca Grupico, Frankfurt a.M.*

I. Einleitung	946
II. Normativer Hintergrund und nationale Umsetzung durch § 356a BGB	947
1. Unionsrechtlicher Ursprung	947
2. Umsetzung in das deutsche Recht	947
III. Anwendungsbereich der neuen elektronischen Widerrufsfunktion	948
1. Fernabsatzverträge mit Widerrufsrecht	948
2. Online-Benutzeroberfläche als auslegungsbedürftiger Begriff	949
3. Drittplattformen und plattformübergreifende Vertragsschlüsse	950
IV. Ausgestaltung der Widerrufsfunktion	951
1. Zugang beim Verbraucher	951
2. Platzierung des Widerrufsbuttons	951
3. Verfügbarkeit des Widerrufsbuttons	951
4. Angaben des Verbrauchers	952
5. Bestätigung der Widerrufserklärung	952
V. Vergleich mit Bestell- und Kündigungsbutton	952
1. Vergleich mit dem Bestellbutton nach § 312j Abs. 3 BGB	952
2. Vergleich mit dem Kündigungsbutton nach § 312k BGB	953
VI. Rechtsfolgen fehlerhafter Umsetzung	953
1. Auswirkungen auf Widerrufsfrist und Zugang	953
2. Beweislast	954
3. Schadensersatzansprüche des Verbrauchers	954
4. Wettbewerbsrechtliche Folge	954
VII. Bewertung der Einführung des Widerrufsbuttons durch § 356a BGB	955
1. Verbraucherschützender Mehrwert	955
2. Klärungsbedürftige Umsetzungsfragen	956
3. Abwägung zwischen Verbraucherschutz und Unternehmerbelastung	957
VIII. Fazit	957

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 6. Fachsemester an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

I. Einleitung

Mit § 356a BGB ist am 19.6.2026 eine weitere digitale Pflichtfunktion in das deutsche Verbraucherrecht in Kraft getreten. Nach dem Bestellbutton i.S.d. § 312j Abs. 3 BGB und dem Kündigungsbutton i.S.d. § 312k BGB tritt nun die elektronische Widerrufsfunktion hinzu.¹ Sie verpflichtet Unternehmer bei Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, sicherzustellen, dass Verbraucher ihre Widerrufserklärung auch über eine solche Funktion abgeben können.² Der unionsrechtliche Ausgangspunkt hierfür ist Art. 11a Verbraucherrechte-Richtlinie (VRRL)³. Danach muss die Widerrufsfunktion gut lesbar gekennzeichnet, während der Widerrufsfrist durchgehend verfügbar, hervorgehoben platziert und für Verbraucher leicht zugänglich sein.⁴ Ziel der Neuregelung ist es, die Ausübung des Widerrufsrechts im digitalen Fernabsatz zu erleichtern. Der Widerruf soll für Verbraucher nicht aufwendiger sein als der Vertragsschluss selbst.⁵ Während der Bestellbutton vor unbewussten Zahlungspflichten schützt und der Kündigungsbutton die Beendigung bestimmter Dauerschuldverhältnisse erleichtert, soll § 356a BGB die tatsächliche Ausübung eines bereits bestehenden Widerrufsrechts niedrigschwelliger gestalten.⁶ Die Nähe zu bereits bekannten digitalen Pflichtschaltflächen darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass § 356a BGB eigenständige Auslegungs- und Umsetzungsprobleme aufwirft. Anders als der Kündigungsbutton beruht der Widerrufsbutton auf unionsrechtlichen Vorgaben. Die zu § 312k BGB entwickelten Maßstäbe können daher zwar als Orientierung dienen, aber nicht schematisch übertragen werden.⁷ Zudem bleiben mehrere Fragen offen: Wie weit reicht der Begriff der Online-Benutzeroberfläche? Wo muss die Widerrufsfunktion platziert werden? Genügt eine pauschale Bereithaltung oder ist eine individualisierte Anzeige erforderlich? Welche Anforderungen gelten bei Kundenkonten und Drittplattformen? Und welche Folgen hat eine fehlerhafte Umsetzung für Widerrufsfrist und wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit?⁸ Diese offenen Fragen zeigen, dass § 356a BGB trotz seiner Nähe zu Bestell- und Kündigungsbutton eigenständigen Konkretisierungsbedarf erzeugt: Die Norm soll den Verbraucherschutz stärken, belastet Unternehmer und Rechtsanwender zugleich aber mit erheblicher Rechtsunsicherheit.⁹

Dieser Beitrag untersucht daher, inwieweit § 356a BGB eine verbraucherschützende Vereinfachung des Widerrufs gelingt, ohne Unternehmer durch unklare technische und rechtliche Vorgaben unverhältnismäßig zu belasten. Dazu werden zunächst der unionsrechtliche und nationale Regelungsrahmen dargestellt. Anschließend werden Anwendungsbereich und Ausgestaltung der Widerrufsfunktion untersucht. Darauf aufbauend erfolgt ein Vergleich mit Bestell- und Kündigungsbutton, bevor die Rechtsfolgen fehlerhafter Umsetzung und eine abschließende Bewertung in den Blick genommen werden.

¹ Pech, MMR 2026, 472 (472).

² § 356a Abs. 1 S. 1 BGB; Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 6.

³ RL (EU) 2011/83 des EP und des Rates v. 25.10.2011, ABl. EU 2011 Nr. L 304, S. 64.

⁴ Art. 11a Abs. 1 VRRL; Pech, MMR 2026, 472 (472 f.).

⁵ ErwG 37 der RL (EU) 2023/2673 des EP und des Rates v. 22.11.2023 zur Änderung der Richtlinie 2011/83/EU in Bezug auf im Fernabsatz geschlossene Finanzdienstleistungsverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/65/EG, ABl. EU 2023 Nr. L; Bitkom, Praxisleitfaden zur Umsetzung des Widerrufsbuttons, 2026, S. 4.

⁶ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 1–5.

⁷ Pech, MMR 2026, 472 (472); Prem, VuR 2026, 173 (174).

⁸ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 50; Pech, MMR 2026, 472 (473); Prem, VuR 2026, 173 (174); Bitkom, Praxisleitfaden zur Umsetzung des Widerrufsbuttons, 2026, S. 5.

⁹ Seiwert, NJW 2026, 945 (946 f.).

II. Normativer Hintergrund und nationale Umsetzung durch § 356a BGB

§ 356a BGB lässt sich nicht allein aus dem nationalen Verbraucherrecht heraus verstehen. Die Vorschrift beruht auf unionsrechtlichen Vorgaben und regelt die technische Gestaltung der digitalen Erklärungssituation. Das materielle Widerrufsrecht bestand schon zuvor. § 356a BGB betrifft allein die Art und Weise seiner Ausübung und schafft damit kein neues Widerrufsrecht, sondern einen gesetzlich ausgestalteten elektronischen Ausübungsweg. Für das Verständnis der Vorschrift ist daher zunächst ihr unionsrechtlicher Ursprung darzustellen, bevor die nationale Umsetzung und ihre systematische Einordnung in das deutsche Verbraucherwiderrufsrecht untersucht werden.

1. Unionsrechtlicher Ursprung

Der Ausgangspunkt der neuen digitalen Widerrufsfunktion liegt im Unionsrecht. Mit der Richtlinie (EU) 2023/2673 wurde die Verbraucherrechterichtlinie um Art. 11a VRRL ergänzt.¹⁰ Die Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass Verbraucher bei Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, ihr Widerrufsrecht auch über eine elektronische Widerrufsfunktion ausüben können.¹¹

Der Sinn und Zweck der Regelung liegt darin, die Ausübung des Widerrufsrechts für den Verbraucher zu erleichtern. Dieser soll den Vertrag nicht einfacher schließen als widerrufen können.¹² Art. 11a VRRL setzt deshalb direkt bei der praktischen Durchsetzung des Widerrufsrechts an. Am materiellen Widerrufsrecht selbst ändert § 356a BGB nichts. Die Vorschrift ergänzt es nur um einen erweiterten digitalen Ausübungsweg. Gem. Art. 11a Abs. 1 VRRL muss der Unternehmer dafür zunächst eine Widerrufsfunktion bereitstellen, die gut lesbar mit den Worten „Vertrag widerrufen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung gekennzeichnet ist. Diese Funktion muss während der Widerrufsfrist durchgehend verfügbar, hervorgehoben platziert und leicht zugänglich sein.¹³ Sodann muss der Verbraucher in die Lage versetzt werden, die für die Widerrufserklärung erforderlichen Angaben bereitzustellen oder zu bestätigen. Hierzu zählen insbesondere sein Name, Angaben zur Identifizierung des Vertrags und Angaben zu einem elektronischen Kommunikationsmittel, über das ihm die Eingangsbestätigung übermittelt werden soll.¹⁴ Im letzten Schritt muss der Verbraucher seine Widerrufserklärung über eine Bestätigungsfunktion absenden können. Nach Eingang der Erklärung hat der Unternehmer dem Verbraucher unverzüglich eine Eingangsbestätigung auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln.¹⁵

Somit liegt der Schwerpunkt von Art. 11a VRRL auf der Ausgestaltung des digitalen Erklärungsvorgangs. Der Verbraucher soll das Widerrufsrecht kennen und es zugleich ohne Suchaufwand oder zusätzliche technische Hürden ausüben können.

2. Umsetzung in das deutsche Recht

Der deutsche Gesetzgeber hat Art. 11a VRRL durch § 356a BGB umgesetzt. Die Vorschrift trägt die Überschrift „Elektronische Widerrufsfunktion bei Fernabsatzverträgen“ und ist in die Regelungen

¹⁰ RL (EU) 2023/2673 des EP und des Rates v. 22.11.2023, ABl. EU 2023 Nr. L; Halder, jurisPR-ITR 18/2025, Anm. 2.

¹¹ Art. 11a Abs. 1 VRRL; Halder, jurisPR-ITR 18/2025, Anm. 2.

¹² ErwG 37 der RL (EU) 2023/2673 des EP und des Rates v. 22.11.2023, ABl. EU 2023 Nr. L; Halder, jurisPR-ITR 18/2025, Anm. 2.

¹³ Pech, MMR 2026, 472 (472 f.).

¹⁴ Art. 11a Abs. 2 VRRL; Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 21–35.

¹⁵ Art. 11a Abs. 3 und 4 VRRL; Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 36–47.

zum Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen eingefügt worden.¹⁶ Systematisch knüpft die Norm an § 355 BGB und die erweiterten Vorschriften des § 356 BGB an. § 356a Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet den Unternehmer bei Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, sicherzustellen, dass der Verbraucher auf dieser Online-Benutzeroberfläche durch das Nutzen einer Widerrufsfunktion eine Widerrufserklärung abgeben kann. Die Widerrufsfunktion muss nach § 356a Abs. 1 S. 2 BGB gut lesbar mit „Vertrag widerrufen“ oder einer anderen gleichbedeutenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein. Nach § 356a Abs. 1 S. 3 BGB muss sie während des Laufs der Widerrufsfrist ständig verfügbar, hervorgehoben platziert und für den Verbraucher leicht zugänglich sein. Die weiteren Absätze regeln den Ablauf des elektronischen Widerrufs. § 356a Abs. 2 BGB bestimmt, welche Angaben der Verbraucher über die Widerrufsfunktion machen oder bestätigen können muss. § 356a Abs. 3 BGB sieht eine Bestätigungsfunktion vor, durch deren Betätigung die Widerrufserklärung abgesendet wird. § 356a Abs. 4 BGB verpflichtet den Unternehmer zur Eingangsbestätigung auf einem dauerhaften Datenträger. § 356a Abs. 5 BGB enthält schließlich eine Fristwahrungsregelung: Die Widerrufserklärung gilt als innerhalb der Widerrufsfrist zugegangen, wenn der Verbraucher sie vor Ablauf der Widerrufsfrist über die Widerrufsfunktion versandt hat. Die deutsche Umsetzung folgt im Grundsatz der unionsrechtlichen Struktur, übernimmt sie aber nicht vollständig wortgleich. Besonders deutlich wird dies bei § 356a Abs. 5 BGB. Während Art. 11a Abs. 5 VRRl darauf abstellt, dass das Widerrufsrecht innerhalb der Frist „ausgeübt“ ist, verwendet § 356a Abs. 5 BGB den aus der deutschen Rechtsgeschäftslehre bekannten Begriff des Zugangs. Inhaltlich soll damit ersichtlich keine strengere Voraussetzung für den Verbraucher geschaffen werden. Vielmehr soll die rechtzeitige Versendung über die Widerrufsfunktion genügen.¹⁷ § 356a BGB begründet somit kein neues Widerrufsrecht und lässt weder einen zusätzlichen Widerrufsgrund noch eine verlängerte Widerrufsfrist entstehen. Regelt wird allein die Art und Weise, wie ein bereits bestehendes Widerrufsrecht ausgeübt wird. Praktisch bedeutsam ist dies vor allem für die Frage, wie einfach dem Verbraucher die Ausübung seines Widerrufsrechts ermöglicht werden muss. Ob er widerrufen darf, steht damit nicht mehr im Streit.

III. Anwendungsbereich der neuen elektronischen Widerrufsfunktion

Die Probleme des § 356a BGB beginnen bereits bei dessen Anwendungsbereich. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Fernabsatzvertrag über eine sog. „Online-Benutzeroberfläche“ geschlossen wurde und der Verbraucher über diese Online-Benutzeroberfläche eine Widerrufserklärung abgeben können muss. § 356a Abs. 1 BGB knüpft damit nicht an jeden denkbaren Fernabsatzvertrag an, sondern verbindet das Bestehen der Pflicht zur Widerrufsfunktion mit der Art des Vertragsschlusses. Diese Verknüpfung wirft Abgrenzungsfragen auf: Erfasst sind nur Verträge mit bestehendem Widerrufsrecht, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen wurden. Unklar bleibt jedoch, wie weit dieser Begriff reicht und welche Anforderungen gelten, wenn der Vertrag nicht auf der eigenen Internetseite des Unternehmers, sondern über eine Drittplattform geschlossen wurde.¹⁸

1. Fernabsatzverträge mit Widerrufsrecht

§ 356a Abs. 1 S. 1 BGB gilt bei Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden. Der Unternehmer hat in diesem Fall sicherzustellen, dass der Verbraucher auf der

¹⁶ BGBl. I 2026 Nr. 28, S. 3, § 356a BGB; Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 6.

¹⁷ Pech, MMR 2026, 472 (474).

¹⁸ Vgl. Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 (118).

Online-Benutzeroberfläche durch das Nutzen einer Widerrufsfunktion eine Widerrufserklärung abgeben kann.¹⁹ Nach § 312c Abs. 1 BGB handelt es sich bei Fernabsatzverträgen um Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, sofern der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.²⁰ Die Pflicht zur Bereitstellung der Widerrufsfunktion setzt allerdings voraus, dass für den jeweiligen Vertrag überhaupt ein gesetzliches Widerrufsrecht besteht, denn die Norm regelt wie gezeigt nur dessen Ausübung, nicht sein Entstehen. Besteht für die angebotenen Verträge von vornherein kein Widerrufsrecht, fehlt es folglich auch an einer über § 356a BGB zu erleichternden Widerrufsübung.²¹ Die Vorschrift ist deshalb im Zusammenspiel mit den allgemeinen Regeln über das Verbraucherwiderrufsrecht und den Ausschlussstatbeständen des § 312g BGB zu lesen.

Der sachliche Anwendungsbereich ist damit enger, als eine rein wörtliche Betrachtung des Begriffs „Fernabsatzverträge“ nahelegen könnte. Nicht jeder Vertragsschluss unter Nutzung von Fernkommunikationsmitteln löst die Pflicht zur elektronischen Widerrufsfunktion aus. Vorausgesetzt ist ein Fernabsatzvertrag mit bestehendem Widerrufsrecht, der zudem über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen wurde. Entscheidend ist damit, wie der Begriff der Online-Benutzeroberfläche abzugrenzen ist.

2. Online-Benutzeroberfläche als auslegungsbedürftiger Begriff

Der Begriff der Online-Benutzeroberfläche ist für § 356a BGB zentral, bleibt aber auslegungsbedürftig. Die Gesetzesfassung verwendet ihn als Anknüpfungspunkt für die Pflicht zur Bereitstellung der Widerrufsfunktion, ohne ihn im BGB selbst näher zu definieren. In den unionsrechtlichen Materialien werden als Beispiele insbesondere Websites und Anwendungen genannt. Nach der Gesetzesbegründung soll der Begriff Websites oder Teile davon sowie Anwendungen einschließlich Mobil-Apps umfassen.²² Ein ausdrücklicher Verweis findet sich nur in dem neu eingefügten Art. 16e VRRL, der auf eine „Online-Benutzeroberfläche im Sinne von Art. 3 Buchstabe m der Verordnung (EU) 2022/2065“ abstellt. Eine Legaldefinition der Online-Benutzeroberfläche existiert stattdessen in Art. 3 Nr. 16 der Geoblocking-VO.²³ Teilweise wird zur Konkretisierung auf Art. 3 lit. m DSA zurückgegriffen.²⁴ Danach kann eine Online-Schnittstelle als Software verstanden werden, darunter Websites, Teile davon und Anwendungen einschließlich Mobil-Apps. Ergänzend werden in den Erwägungsgründen der Änderungsrichtlinie auch Chatbots, Robo-Advice, interaktive Tools oder ähnliche Mittel genannt.²⁵ Daraus folgt zunächst ein weiter technischer Begriff. Erfasst sind sowohl klassische Internetseiten als auch App-basierte Bestellumgebungen und sonstige digitale Oberflächen, über die der Verbraucher eine vertragsbezogene Erklärung abgibt. Gleichzeitig darf der Begriff nicht unbegrenzt verstanden wer-

¹⁹ § 356a Abs. 1 S. 1 BGB.

²⁰ Martens, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 312c Rn. 9.

²¹ Pech, MMR 2026, 472 (473).

²² BT-Drs. 21/1856, S. 37: Zu Nummer 7 (Einfügung des neuen § 356a BGB); Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 7.

²³ Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 (118 Rn. 14); VO (EU) 2018/302 des EP und des Rates v. 28.2.2018, ABl. EU 2018 Nr. L 60 I, S. 1.

²⁴ Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (575 Rn. 5); Becker/Rätze, WRP 2024, 280 (287 Rn. 82 f.); Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 (118 Rn. 14).

²⁵ ErwG 37 der RL (EU) 2023/2673 des EP und des Rates v. 22.11.2023, ABl. EU 2023 Nr. L; Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 7.

den. Individuelle Kommunikation zwischen Unternehmer und Verbraucher, etwa per E-Mail oder individueller Chat-Nachricht, wird auch dann nicht ohne Weiteres zur Online-Benutzeroberfläche, wenn sie softwaregestützt erfolgt.²⁶ Entscheidend ist daher nicht allein, ob irgendeine digitale Technik verwendet wird. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Vertragsschluss über eine vom Unternehmer bereitgestellte digitale Benutzeroberfläche erfolgt, die eine strukturierte Erklärungssituation eröffnet. Für die Praxis ist diese Abgrenzung bedeutsam, weil sie darüber entscheidet, ob der Unternehmer eine Widerrufsfunktion bereithalten muss oder ob es bei den allgemeinen Widerrufsmöglichkeiten bleibt.

Unklarheiten entstehen ferner, wenn der Unternehmer den Verbraucher für die Ausübung des Widerrufs auf eine andere technische Umgebung verweist. Wird der Vertrag etwa über eine Website geschlossen, stellt sich die Frage, ob die Widerrufsfunktion auf derselben Domain bereitstehen muss oder ob ein Link auf eine andere Seite genügt. Die Gesetzesmaterialien deuten darauf hin, dass jedenfalls kein Medienbruch verlangt werden soll. Der Verbraucher soll also nicht gezwungen sein, für den Widerruf erst eine andere Anwendung herunterzuladen, wenn der Vertrag nicht über diese Anwendung geschlossen wurde.²⁷

3. Drittplattformen und plattformübergreifende Vertragsschlüsse

Besonders problematisch ist der Anwendungsbereich bei Vertragsschlüssen über Drittplattformen. Bietet der Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen nicht nur auf der eigenen Website, sondern auch über Plattformen Dritter an, stellt sich die Frage, wo die Widerrufsfunktion bereitzustellen ist und wer ihre technische Umsetzung sicherstellen muss.

Aus dem Zweck des § 356a BGB spricht viel dafür, die Pflicht nicht auf die eigene Website des Unternehmers zu beschränken. Wird der Vertrag über eine Drittplattform geschlossen, muss der Verbraucher sein Widerrufsrecht auch in dieser digitalen Umgebung einfach ausüben können. In der Literatur wird deshalb überwiegend vertreten, dass die Widerrufsfunktion auch auf den Plattformen bereitzustellen ist, über die der Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen anbietet.²⁸ Andernfalls müsste der Verbraucher nach Vertragsschluss erst auf die eigene Internetseite des Unternehmers wechseln und dort den passenden Widerrufsweg suchen. Dies würde dem Grundgedanken widersprechen, den Widerruf nicht aufwendiger auszugestalten als den Vertragsschluss selbst.²⁹ Gerade bei Plattformen mit vielen verschiedenen Anbietern entstehen jedoch erhebliche Umsetzungsprobleme. Der Verbraucher darf nicht faktisch darauf verwiesen werden, innerhalb einer Vielzahl von Anbietern zunächst den richtigen Vertragspartner herauszusuchen. Näher liegt es, die Identifizierung über Bestell-, Vertrags- oder Rechnungsnummern zu ermöglichen.³⁰ Praktisch setzt dies aber voraus, dass Plattformbetreiber und Unternehmer technisch zusammenwirken. Damit entsteht eine Verantwortungsfrage: Der Unternehmer ist Adressat der Pflicht, hat aber bei Drittplattformen nicht stets unmittelbare Kontrolle über die technische Oberfläche.

Dieses Spannungsverhältnis zeigt die Umsetzungsunsicherheit des § 356a BGB besonders deutlich. Verbraucherschutzrechtlich spricht viel dafür, die Widerrufsfunktion dort bereitzustellen, wo der Verbraucher den Vertrag geschlossen hat. Unternehmerisch kann dies aber bedeuten, dass Anbieter auf die Mitwirkung der Plattform angewiesen sind. Kann der Unternehmer die rechts-

²⁶ Pech, MMR 2026, 472 (473).

²⁷ Vgl. BT-Drs. 21/1856, S. 37: Zu Nummer 7 (Einfügung des neuen § 356a BGB); Rätze, WRP 2025, 1398 (1399 f.).

²⁸ Vgl. Rätze, WRP 2025, 1398 (1403); Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 75; Buchmann/Panfili, K&R 2023, 24 (29).

²⁹ Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (581).

³⁰ Rätze, WRP 2025, 1398 (1403).

konforme Bereitstellung auf einer Drittplattform nicht sicherstellen, wird die Konsequenz gezogen, dass er seine Waren oder Dienstleistungen über diese Plattform nicht anbieten sollte.³¹ Das ist streng, entspricht aber dem Gedanken des europäischen Gesetzgebers, dass der Unternehmer das Risiko der von ihm gewählten Vertriebswege trägt.

IV. Ausgestaltung der Widerrufsfunktion

§ 356a BGB beschränkt sich nicht auf die bloße Bereitstellung einer einzelnen Schaltfläche. Die Vorschrift ordnet vielmehr einen mehrstufigen elektronischen Widerrufsprozess an. § 356a Abs. 1 BGB betrifft Bereitstellung, Beschriftung, Platzierung und Verfügbarkeit der Widerrufsfunktion. § 356a Abs. 2 BGB regelt die Angaben, die der Verbraucher machen oder bestätigen können muss. § 356a Abs. 3 BGB sieht eine Bestätigungsfunktion vor, während § 356a Abs. 4 BGB den Unternehmer zur Eingangsbestätigung verpflichtet.

1. Zugang beim Verbraucher

Die Widerrufsfunktion muss gem. § 356a Abs. 1 S. 2 BGB gut lesbar mit „Vertrag widerrufen“ oder einer anderen gleichbedeutenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein.³² Daneben muss sie gem. § 356a Abs. 1 S. 3 BGB während des Laufs der Widerrufsfrist ständig verfügbar, hervorgehoben platziert und für den Verbraucher leicht zugänglich sein. Diese Anforderungen sollen verhindern, dass der Widerruf praktisch durch Suchaufwand oder technische Hürden erschwert wird.

2. Platzierung des Widerrufsbuttons

Der Widerrufsbutton muss zudem an einem hervorgehobenen Ort auffindbar sein.³³ Nach der Gesetzesbegründung soll sie zudem von jeder Unterseite der Online-Benutzeroberfläche unmittelbar zugänglich sein.³⁴ Leichte Zugänglichkeit bedeutet ferner, dass der Verbraucher weder zur Anmeldung in einem Kundenkonto noch zum Herunterladen zusätzlicher Software gezwungen werden darf.³⁵ Ist der Verbraucher hingegen bereits in seinem Kundenkonto angemeldet, spricht viel dafür, ihm die Ausübung des Widerrufs ohne erneute Identifizierung zu ermöglichen.³⁶

3. Verfügbarkeit des Widerrufsbuttons

Praktische Schwierigkeiten bereitet die ständige Verfügbarkeitspflicht des Widerrufsbuttons während der gesamten Widerrufsfrist. Eine für jeden Verbraucher und jeden Vertrag individuell berechnete Anzeige wäre technisch aufwendig und setzt regelmäßig eine Identifizierung des Verbrauchers voraus. Demgegenüber hält die Gesetzesbegründung eine pauschale Bereithaltung der Widerrufsfunktion für zulässig.³⁷ In der Literatur wird allerdings darauf hingewiesen, dass eine dauerhafte pauschale

³¹ Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (581); Billing/Vetter, K&R 2024, 387 (391); Lommatzsch/Albrecht, GWR 2024, 141 (143).

³² Art. 16b Abs. 5 des Entwurfs der Verbraucherrechterichtlinie (VRRL-Entwurf/RL (EU) 2023/2673); Vgl. Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 f.

³³ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 72; Rätze, WRP 2025, 1398 (1400).

³⁴ BT-Drs. 21/1856, S. 38.

³⁵ Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (578); Rätze, WRP 2025, 1398 (1400).

³⁶ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 74; Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 (119); Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (577).

³⁷ BR-Drs. 433/25, S. 38.

Anzeige den Eindruck erwecken könne, es bestehe auch dann ein Widerrufsrecht, wenn dies im konkreten Fall nicht zutrifft.³⁸

4. Angaben des Verbrauchers

Über die Widerrufsfunktion muss der Verbraucher die zur Erklärung des Widerrufs erforderlichen Angaben machen oder bestätigen können. § 356a Abs. 2 BGB nennt hierfür den Namen des Verbrauchers, Angaben zur Identifizierung des Vertrags oder Vertragsteils sowie Angaben zu einem elektronischen Kommunikationsmittel für die Eingangsbestätigung. Bei Teilwiderrufen muss die Funktion so ausgestaltet sein, dass der Verbraucher erkennen lassen kann, welchen Vertragsteil er widerrufen möchte.³⁹

5. Bestätigung der Widerrufserklärung

Die eigentliche Widerrufserklärung wird erst durch die Bestätigungsfunktion nach § 356a Abs. 3 BGB abgesendet. Zweck der Bestätigungsfunktion ist es, einer unbeabsichtigten Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher über das elektronische System vorzubeugen.⁴⁰

Nach Eingang der Erklärung muss der Unternehmer dem Verbraucher unverzüglich eine Eingangsbestätigung auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln, § 356a Abs. 4 BGB. Diese Bestätigung muss insbesondere den Inhalt der Widerrufserklärung sowie Datum und Uhrzeit ihres Eingangs enthalten.⁴¹ Die Eingangsbestätigung erfüllt damit eine doppelte Funktion: Sie informiert den Verbraucher über den Eingang seiner Erklärung und erleichtert zugleich den Nachweis der rechtzeitigen Ausübung. Eine eigenständige Speichermöglichkeit bereits auf der Bestätigungsseite sieht § 356a BGB dagegen anders als § 312k BGB nicht ausdrücklich vor.⁴²

V. Vergleich mit Bestell- und Kündigungsbutton

Der Widerrufsbutton steht in einer Reihe mit anderen digitalen Pflichtschaltflächen des Verbraucherrechts. Ein Vergleich zu bereits bekannten Buttons wie dem Bestell- und Kündigungsbutton liegt daher nahe. Gleichwohl sollte er nicht zu weit geführt werden, weil die drei Regelungen unterschiedliche Schutzrichtungen haben.

1. Vergleich mit dem Bestellbutton nach § 312j Abs. 3 BGB

Der Bestellbutton des § 312j Abs. 3 BGB soll verhindern, dass Verbraucher im elektronischen Geschäftsverkehr eine Zahlungspflicht eingehen, ohne dies hinreichend deutlich zu erkennen. Deshalb muss die Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechend eindeutigen Formulierung beschriftet sein, § 312j Abs. 3 S. 2 BGB. Beim Widerrufsbutton geht es demgegenüber nicht um die Begründung einer Zahlungspflicht, sondern um die Ausübung eines bereits bestehenden Gestaltungsrechts.⁴³ Daraus folgt zugleich, dass die Rechtsprechung zum Bestellbutton nur begrenzt auf den Widerrufsbutton übertragbar ist. Sie kann zwar Hinweise für Lesbarkeit

³⁸ Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 (118); Rätze, WRP 2025, 1398 (1400).

³⁹ Billing/Vetter, K&R 2024, 387 (391).

⁴⁰ BT-Drs. 21/1856, S. 38.

⁴¹ Art. 11a Abs. 4 VRRL.

⁴² BT-Drs. 21/1856, S. 39; Rätze, WRP 2025, 1398 (1401 f.); Behling/Schirmbacher, CR 2026, 182 (188 Rn. 61).

⁴³ ErwG 39 der RL (EU) 2023/2673 des EP und des Rates v. 22.11.2023, ABl. EU 2023 Nr. L.

und Eindeutigkeit einer digitalen Schaltfläche geben. Die strengerer Anforderungen des § 312j Abs. 3 BGB, insbesondere die Formulierung „mit nichts anderem“, finden sich in § 356a BGB jedoch nicht. Der Widerrufsbutton ist daher nicht als bloße Spiegelung des Bestellbuttons, welcher eine Zahlungspflicht erst auslöst, zu verstehen, sondern als eigenständiger elektronischer Ausübungsweg des Widerrufs.⁴⁴

2. Vergleich mit dem Kündigungsbutton nach § 312k BGB

Näher liegt der Vergleich mit dem Kündigungsbutton des § 312k BGB. Beide Regelungen betreffen die digitale Ausübung eines Verbraucherschützenden Gestaltungsrechts und arbeiten mit einem mehrstufigen Verfahren: Zunächst wird der Verbraucher zur Erklärung hingeführt, anschließend wird die Erklärung über eine Bestätigungsfunktion abgesendet. Auch die Anforderungen an leichte Zugänglichkeit und klare Auffindbarkeit ähneln sich.⁴⁵ Entscheidend ist aber auch hier die Grenze der Übertragbarkeit. Der Kündigungsbutton beruht auf nationalem Recht, während der Widerrufsbutton unionsrechtlich durch Art. 11a VRRRL geprägt ist.⁴⁶ Zudem enthält § 312k Abs. 6 BGB eine ausdrückliche Sanktion bei fehlender oder fehlerhafter Kündigungsschaltfläche. Eine vergleichbare unmittelbare Sanktion enthält § 356a BGB nicht.⁴⁷ Die zu § 312k BGB entwickelten Maßstäbe können daher zwar als Orientierung dienen, dürfen aber nicht schematisch auf § 356a BGB übertragen werden.

VI. Rechtsfolgen fehlerhafter Umsetzung

Bei Ausbleiben oder fehlerhafter Umsetzung der elektronischen Widerrufsfunktion des § 356a BGB drohen Unternehmer rechtliche Folgen. Dabei ist zwischen individualrechtlichen Folgen im Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer und wettbewerbsrechtlichen Sanktionen zu unterscheiden. Hier zeigt sich, dass § 356a BGB zwar eine Verbraucherschützende Funktion erfüllt, seine Sanktionierung aber weniger eindeutig ausgestaltet ist als etwa beim Kündigungsbutton.

1. Auswirkungen auf Widerrufsfrist und Zugang

§ 356a Abs. 5 BGB regelt, dass die Widerrufserklärung des Verbrauchers als innerhalb der Widerrufsfrist zugegangen gilt, wenn sie vor Ablauf der Widerrufsfrist über die Widerrufsfunktion versandt wurde. Die Vorschrift knüpft damit an die rechtzeitige Nutzung der elektronischen Widerrufsfunktion an und übernimmt im Kern den Gedanken des Art. 11a Abs. 5 VRRRL. Danach soll es für die Wahrung der Widerrufsfrist auf die rechtzeitige Abgabe der Online-Widerrufserklärung ankommen.⁴⁸

Die Regelung steht zugleich in einem engen Verhältnis zu § 355 Abs. 1 S. 5 BGB, wonach zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung des Widerrufs genügt. § 356a Abs. 5 BGB bedient sich allerdings zusätzlich einer Zugangsfiktion. Damit wird der Verbraucher davor geschützt, dass technische Verzögerungen auf Seiten des Unternehmers den rechtzeitig über die Widerrufsfunktion abgesendeten Widerruf entwerten. In der Sache bestätigt sich damit erneut, dass § 356a Abs. 5 BGB nicht das Bestehen

⁴⁴ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 46.

⁴⁵ Rätze, WRP 2025, 1398 (1403).

⁴⁶ Pech, MMR 2026, 472 (472); Prem, VuR 2026, 173 (173 f.).

⁴⁷ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 60; Pech, MMR 2026, 472 (475).

⁴⁸ Art. 11a Abs. 5 VRRRL; § 356a Abs. 5 BGB.

des Widerrufsrechts betrifft, sondern die rechtzeitige Ausübung über den elektronischen Ausübungsweg.⁴⁹

2. Beweislast

Eine Beweislastumkehr enthält § 356a Abs. 5 BGB dagegen nicht. Der Verbraucher trägt weiterhin die Beweislast dafür, dass er seine Widerrufserklärung fristgerecht über die Widerrufsfunktion abgesendet hat.⁵⁰ Praktisch gewinnt deshalb die Eingangsbestätigung nach § 356a Abs. 4 BGB erhebliche Bedeutung. Sie dokumentiert Inhalt, Datum und Uhrzeit des Eingangs der Widerrufserklärung und erleichtert dem Verbraucher damit den Nachweis der rechtzeitigen Ausübung. Fehlt die Widerrufsfunktion oder ist sie fehlerhaft ausgestaltet, führt dies als solches nicht ohne Weiteres zu einer allgemeinen Verlängerung der Widerrufsfrist. Eine Verlängerung der Widerrufsfrist kommt vielmehr über die allgemeinen Regeln nur dann in Betracht, wenn zugleich die hierfür maßgeblichen Informationspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt wurden.⁵¹

3. Schadensersatzansprüche des Verbrauchers

Neben der fristbezogenen Wirkung kommt ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers in Betracht. Wird der Verbraucher durch eine fehlende oder fehlerhaft ausgestaltete Widerrufsfunktion an der rechtzeitigen Ausübung seines Widerrufsrechts gehindert, kann darin eine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten liegen. Als Anspruchsgrundlage kommen §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.⁵²

Praktisch denkbar ist dies etwa, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht bei ordnungsgemäßer Bereitstellung rechtzeitig ausgeübt hätte, daran aber durch die fehlerhafte Gestaltung gehindert wurde. Die Anspruchsdurchsetzung dürfte im Einzelfall jedoch beweisrechtlich schwierig sein, weil der Verbraucher darlegen und beweisen muss, dass gerade der Verstoß gegen § 356a BGB ursächlich für die versäumte Ausübung des Widerrufsrechts war.

4. Wettbewerbsrechtliche Folge

Von größerer praktischer Bedeutung dürfte daher die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung sein. § 356a BGB ist als verbraucherschützende Vorschrift im Fernabsatzrecht einzuordnen. In der Literatur wird deshalb vertreten, dass Verstöße gegen § 356a BGB nach dem UKlaG durch die in § 3 UKlaG genannten anspruchsberechtigten Stellen verfolgt werden können.⁵³ Verbraucherverbände können danach insbesondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen.

Daneben kommen lauterkeitsrechtliche Ansprüche in Betracht. § 356a BGB regelt das Marktverhalten des Unternehmers gegenüber Verbrauchern im digitalen Fernabsatz. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Bereitstellung einer gesetzeskonformen Widerrufsfunktion kann daher als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG eingeordnet werden.⁵⁴ In Betracht kommen dann insbesondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 8 UWG.

Teilweise wird zusätzlich eine Irreführung durch Unterlassen nach §§ 5a Abs. 1, 5b Abs. 1 Nr. 5 UWG diskutiert, wenn der Unternehmer die Widerrufsfunktion nicht oder nicht ordnungsgemäß bereit-

⁴⁹ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 69.

⁵⁰ Rätze, WRP 2025, 1398 (1402); Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 49.

⁵¹ Pech, MMR 2026, 472 (476).

⁵² Billing/Vetter, K&R 2024, 387 (389).

⁵³ Pech, MMR 2026, 472 (476).

⁵⁴ Pech, MMR 2026, 472 (476); Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 70.

stellt.⁵⁵ Im Wettbewerbsrecht zeigt sich damit ein erheblicher praktischer Druck auf Unternehmer: Auch wenn § 356a BGB keine unmittelbare zivilrechtliche Sanktion nach Art des § 312k Abs. 6 BGB enthält, kann eine fehlerhafte Umsetzung wettbewerbsrechtlich abgemahnt und gerichtlich verfolgt werden.

VII. Bewertung der Einführung des Widerrufsbuttons durch § 356a BGB

Die Einführung des Widerrufsbuttons ist ambivalent zu bewerten. Sie verfolgt ein legitimes und verbraucherschutzrechtlich überzeugendes Ziel: Der Widerruf soll im digitalen Fernabsatz nicht schwerer auszuüben sein als der Vertragsschluss selbst. Zugleich zeigt die nähere Betrachtung des § 356a BGB, dass der Gesetzgeber dieses Ziel mit einer Regelung verfolgt, die zahlreiche Konkretisierungsfragen offenlässt. Die Bewertung muss daher zwischen der grundsätzlichen Idee eines niedrigschwelligen elektronischen Widerrufs und der konkreten normativen Umsetzung unterscheiden.

1. Verbraucherschützender Mehrwert

Für die Einführung des § 356a BGB spricht zunächst, dass die Vorschrift eine praktische Schwäche des bisherigen Widerrufsrechts adressiert. Das Widerrufsrecht ist nur dann effektiv, wenn Verbraucher es auch tatsächlich ohne übermäßigen Aufwand ausüben können. Ein bloß abstrakt bestehendes Widerrufsrecht verliert an Bedeutung, wenn der Verbraucher die richtige Erklärungsmöglichkeit erst suchen, Formulare herunterladen oder eine E-Mail-Adresse aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen herausfiltern muss. Der Widerrufsbutton verschiebt den Schwerpunkt daher zu Recht von der bloßen Information über das Widerrufsrecht hin zu dessen tatsächlicher Ausübbarkeit.⁵⁶ Besonders überzeugend ist dieser Ansatz im digitalen Fernabsatz. Unternehmer gestalten den Vertragsschluss regelmäßig so, dass er für Verbraucher möglichst einfach und schnell möglich ist. Dann erscheint es folgerichtig, auch die Lösung vom Vertrag nicht unnötig zu erschweren. Der Gedanke, dass der Widerruf nicht aufwendiger sein soll als der Vertragsschluss, bildet deshalb den zentralen Rechtfertigungsgrund der Neuregelung.⁵⁷

Hinzu kommt, dass der Widerrufsbutton nicht nur gut informierten Verbrauchern hilft. Gerade weniger rechtskundige, weniger aufmerksame oder technisch unsichere Verbraucher können von einer klar erkennbaren und leicht zugänglichen Widerrufsfunktion profitieren. So kann § 356a BGB einem bekannten Problem des Verbraucherrechts entgegenwirken: Informationspflichten nützen vor allem denjenigen Verbrauchern, die Informationen tatsächlich finden, verstehen und rechtzeitig nutzen. Eine klar platzierte digitale Funktion kann demgegenüber auch solchen Verbrauchern helfen, die mit längeren Widerrufsbelehrungen oder versteckten Kontaktmöglichkeiten überfordert sind.⁵⁸ Der Widerrufsbutton kann zudem als Reaktion auf manipulative oder jedenfalls erschwerende Gestaltungen digitaler Benutzeroberflächen verstanden werden. Wenn Unternehmer den Vertragsschluss durch wenige Klicks ermöglichen, den Widerruf aber faktisch in schwer auffindbare Unterseiten oder umständliche Kommunikationswege verlagern, entsteht ein strukturelles Ungleichgewicht. Eine gesetzlich vorgeschriebene Widerrufsfunktion kann dieses Ungleichgewicht zumindest

⁵⁵ Pech, MMR 2026, 472 (476); Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 70.

⁵⁶ Seiwerth, NJW 2026, 945 (949); Bitkom, Praxisleitfaden zur Umsetzung des Widerrufsbuttons, 2026, S. 4.

⁵⁷ ErwG 37 der RL (EU) 2023/2673 des EP und des Rates v. 22.11.2023, ABl. EU 2023 Nr. L; Pech, MMR 2026, 472 (472).

⁵⁸ Seiwerth, NJW 2026, 945 (949).

teilweise korrigieren und dadurch einen Beitrag gegen verbraucherbenachteiligende Gestaltungspraktiken leisten.⁵⁹

Im Kern überzeugt der Grundgedanke des Gesetzgebers bezüglich des eingeführten § 356a BGB. Die Norm unterstützt die Ausübung und damit die praktische Wirksamkeit des bereits bestehenden Widerrufsrecht.

2. Klärungsbedürftige Umsetzungsfragen

Der verbraucherschützende Mehrwert wird allerdings durch erhebliche Umsetzungsunsicherheiten wiederum relativiert. Bereits der Begriff der Online-Benutzeroberfläche bleibt auslegungsbedürftig. Für Unternehmer ist damit nicht in jedem Fall eindeutig erkennbar, welche digitalen Vertriebskanäle die Pflicht zur Bereitstellung der Widerrufsfunktion auslösen. Diese Unsicherheit setzt sich bei der Frage fort, wo genau die Widerrufsfunktion platziert werden muss und welche Anforderungen an ihre leichte Zugänglichkeit zu stellen sind. Die gesetzlichen Vorgaben verlangen eine hervorgehobene Platzierung und leichte Zugänglichkeit. Daraus folgt zwar, dass ein bloßer Link in der Fußzeile eines Onlineshops nicht genügt. Zugleich bleibt aber offen, welcher Platzierungsgrad im Einzelfall ausreicht. Die Gesetzesbegründung fordert sogar, dass die Widerrufsfunktion von jeder Unterseite der Online-Benutzeroberfläche unmittelbar zugänglich sein soll.⁶⁰ Diese Vorgabe erhöht die Sichtbarkeit für Verbraucher, führt aber zugleich zu praktischen Folgefragen: Muss die Funktion dauerhaft auf jeder Seite sichtbar sein? Genügt ein fest platzierter Link? Wie ist die Funktion auf mobilen Endgeräten oder in App-Oberflächen auszugestalten?

Besonders problematisch ist die Vorhaltdauer. § 356a Abs. 1 S. 3 BGB verlangt, dass die Widerrufsfunktion während des Laufs der Widerrufsfrist ständig verfügbar ist. Eine individualisierte Anzeige, die für jeden Verbraucher und jeden Vertrag exakt die jeweilige Widerrufsfrist berechnet, erscheint jedoch technisch aufwendig und setzt regelmäßig eine Identifizierung des Verbrauchers voraus. Das steht in Spannung zur Vorgabe, dass die Widerrufsfunktion auch ohne vorherigen Login leicht zugänglich sein muss. Deshalb wird eine vollständig individualisierte Bereitstellung in der Literatur als praktisch kaum umsetzbar angesehen.⁶¹

Die Alternative einer pauschalen Bereithaltung löst das Problem ebenfalls nicht vollständig. Zwar hält die Gesetzesbegründung eine solche pauschale Bereithaltung für zulässig und nicht irreführend. Demgegenüber wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass eine dauerhaft bereitgestellte Widerrufsfunktion den Eindruck erwecken könne, ein Widerrufsrecht bestehe auch dann, wenn dies im konkreten Fall nicht zutrifft.⁶² Der Unternehmer steht damit vor einem Dilemma: Individualisiert er die Anzeige, drohen technische Komplexität und Zugangshürden; hält er die Funktion pauschal bereit, drohen Irreführungsrisiken.

Auch Drittplattformen verschärfen die Unsicherheit. Wie bereits gezeigt, spricht viel dafür, die Widerrufsfunktion dort bereitzustellen, wo der Vertrag geschlossen wurde. Praktisch bleibt der Unternehmer auf Drittplattformen aber häufig auf die Mitwirkung des Plattformbetreibers angewiesen. Die Pflicht trifft aber den Unternehmer, der die Waren oder Dienstleistungen dort anbietet. Kann er die technische Umsetzung auf der Drittplattform nicht sicherstellen, wird ihm letztlich zugemutet,

⁵⁹ Seiwerth, NJW 2026, 945 (950).

⁶⁰ BT-Drs. 21/1856, S. 38.

⁶¹ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 76; Rätze, WRP 2025, 1398 (1400); Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (578).

⁶² Föhlisch/Löwer, CR 2024, 116 (118); Rätze, WRP 2025, 1398 (1400).

diese Vertriebsplattform nicht zu nutzen.⁶³ Das ist aus Sicht effektiver Rechtsdurchsetzung konsequent, belastet aber gerade kleinere Unternehmer, die auf Plattformvertrieb angewiesen sind.

Die Umsetzung des § 356a BGB erzeugt deshalb nicht nur einmalige technische Umstellungskosten. Sie verlangt auch eine dauerhafte rechtliche und technische Kontrolle der jeweiligen Benutzeroberflächen. Hinzu kommen wettbewerbsrechtliche Risiken bei fehlender oder fehlerhafter Bereitstellung.⁶⁴

3. Abwägung zwischen Verbraucherschutz und Unternehmerbelastung

Die entscheidende Frage lautet daher, ob die konkrete Ausgestaltung des § 356a BGB ein angemessenes Verhältnis zwischen Verbraucherschutz und Unternehmerbelastung herstellt.

Für Verbraucher ist der Nutzen vor allem dort hoch, wo der Widerruf bisher faktisch erschwert wurde. Bei schwer auffindbaren Widerrufswegen, unübersichtlichen Plattformstrukturen oder umständlichen Kontaktmöglichkeiten. In diesen Fällen kann die Widerrufsfunktion die Ausübung des Widerrufsrechts spürbar erleichtern. Der Nutzen ist dagegen geringer, wenn Unternehmer bereits bisher transparente und einfache Widerrufswege bereitgestellt haben. Dann führt § 356a BGB eher zu einer Formalisierung bereits bestehender guter Praxis.

Auf Unternehmenseite wiegen die Belastungen unterschiedlich schwer. Große Onlinehändler dürften die technische Umsetzung eher in bestehende Shop- und Kundenkontosysteme integrieren können. Für kleinere Unternehmer oder Anbieter, die stark über Drittplattformen vertreiben, kann die Umsetzung dagegen erheblich aufwendiger sein. Besonders belastend ist für den einzelnen Unternehmer dabei die Unsicherheit darüber, welche konkrete Ausgestaltung rechtssicher genügt für die digitale Implementierung des Widerrufsbuttons.

VIII. Fazit

Im Ergebnis überzeugt § 356a BGB vor allem in seiner Zielrichtung, weniger aber in seiner Ausgestaltung. Der Gesetzgeber stärkt die tatsächliche Ausübung des Widerrufsrechts und reagiert damit auf reale Schwierigkeiten digitaler Verbraucherkommunikation. Gleichzeitig hätte die Norm klarer regeln können, welche Mindestanforderungen an Platzierung, pauschale Bereithaltung und Drittplattformen gelten. Diese Fragen werden nun voraussichtlich durch Literatur, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung konkretisiert werden müssen.

Damit ist der Widerrufsbutton kein bloßer Symbolakt. Er besitzt einen eigenständigen verbraucher-schützenden Mehrwert. Dieser Mehrwert wird jedoch dadurch geschwächt, dass die Norm erhebliche Umsetzungsunsicherheit erzeugt und die Konkretisierung zentraler Pflichten weitgehend der Praxis überlässt. Die Einführung des § 356a BGB ist daher grundsätzlich zu begrüßen, bleibt aber in ihrer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung präzisierungsbedürftig.

⁶³ Wiebe/Sengül, WRP 2025, 574 (581); Billing/Vetter, K&R 2024, 387 (391).

⁶⁴ Buchmann, in: Buchmann/Kroschwald, Das neue Schuldrecht, 2026, § 2 Rn. 69 f.

Einführung in die Rechtsfragen digitaler Verwaltungsverfahren

Dr. Daniel Busche, Düsseldorf*

I. Einführung.....	958
II. Digitale Bereitstellung von Verwaltungsdienstleistungen	959
III. Elektronische Bekanntgabe	960
1. Bekanntgabe mittels elektronischer Kommunikationsformen	960
a) § 3a Abs. 1 VwVfG als Regelung für die elektronische Kommunikation im Verwaltungsverfahren	960
b) Vorliegen einer Widmung als zentrale Voraussetzung des § 3a Abs. 1 VwVfG.....	961
c) Rechtsfolgen des § 3a Abs. 1 VwVfG.....	962
2. Digitale Bekanntgabe über Behördenportale.....	962
IV. Elektronischer Verwaltungsakt und die elektronische Form.....	963
V. Digitalisierung im behördlichen Innenbereich	964
VI. Fazit und Ausblick auf die Vollautomation	965

I. Einführung

Die Digitalisierung der deutschen Verwaltung schreitet langsam, aber stetig voran.¹ Sie ist eine notwendige Voraussetzung für die Automatisierung von Prozessen und den Einsatz von KI, aber grundsätzlich davon zu unterscheiden. Digitalisierung im engeren Sinne meint allein die schrittweise Ersetzung analoger durch digitale Speicher- und Kommunikationsformen. Auch das auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtete Verfahren kann digital durchgeführt werden.² Dabei gibt es drei wesentliche Ansatzpunkte für eine Digitalisierung: Den Beginn des Verwaltungsverfahrens, die Bekanntgabe an den Bürger sowie die Durchführung des Verfahrens auf Seiten der Behörde. Werden all diese Verfahrensschritte digital durchgeführt, kann man von einem digitalen Verwaltungsakt sprechen. Dieser Beitrag soll einen Überblick zum Stand im Bereich digitaler Verwaltungsverfahren geben und für etwaige rechtliche Besonderheiten sensibilisieren, die auch in der juristischen Ausbildung zunehmend eine Rolle spielen werden.

* Der Autor ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht (Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Siehe hierzu Digital Decade Country Report 2025 Germany, SWD (2025) 294 final v. 16.6.2025, S. 18 f.

² Siegel, NVwZ 2023, 193 (201).

II. Digitale Bereitstellung von Verwaltungsdienstleistungen

Fallbeispiel: S möchte einen kleinen Catering-Service betreiben. Im Zuge ihrer Geschäftsgründung muss sie zahlreiche Anträge bei unterschiedlichen Behörden stellen (z.B. Zulassung eines KFZ, Anmeldung eines Gewerbes). Sie fragt sich, ob sie die entsprechenden Anträge auch digital stellen kann.

Das Verwaltungsverfahren wird entweder von Amts wegen oder durch einen Antrag des Bürgers eingeleitet.³ Insofern ist insbesondere die Möglichkeit des Bürgers, Verwaltungsleistungen digital zu beantragen, relevant. Die digitale Bereitstellung von Verwaltungsleistungen wird aktuell schrittweise ausgebaut. Rechtlicher Hintergrund ist das Online-Zugangs-Gesetz (OZG). Dessen Anwendungsbereich wird in § 1 OZG bestimmt. Das OZG bezieht sich grundsätzlich auf alle Ebenen des Staatsaufbaus, d.h. auf die Behörden des Bundes, der Länder und auch der Kommunen. In § 1a OZG ist festgelegt: „Bund und Länder sind verpflichtet, ihre Verwaltungsleistungen auch elektronisch über Verwaltungsportale anzubieten“. Dem Wortlaut nach ergibt sich aus § 1a OZG i.V.m. § 1 OZG eine umfassende, objektive Digitalisierungspflicht im Hinblick auf alle Verwaltungsleistungen. Zugleich ist aber klar, dass nach gegenwärtigem Stand zahlreiche Verwaltungsleistungen noch nicht digital angeboten werden können. Das war – wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt – auch dem Gesetzgeber beim Normerlass bewusst.⁴ Der Verzicht auf eine Umsetzungsfrist in § 1a Abs. 1 OZG soll zum Ausdruck bringen, dass die Verwaltungsdigitalisierung von einem befristeten Projekt zu einer Daueraufgabe wird.⁵ Die Verwaltung ist verpflichtet, alle bereits bestehenden Verwaltungsleistungen sukzessive digital bereitzustellen und alle neu hinzukommenden Verwaltungsleistungen sogleich digital anzubieten.⁶ Eine ungeschriebene Ausnahme von der Digitalisierungspflicht gilt für solche Verwaltungsleistungen, die für die Digitalisierung aus rechtlichen, tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen ungeeignet sind.⁷ Auch wenn eine entsprechende Vorgabe im Wortlaut fehlt, ergibt sich dieses Ergebnis unzweifelhaft aus den Gesetzgebungsmaterialien zum OZG⁸ und dem Sinn und Zweck der Digitalisierung (Kostenvorteile, Verfahrensbeschleunigung, etc.). Letztere lassen sich nicht erreichen, wenn beispielsweise die digitale Bereitstellung einer konkreten Verwaltungsleistung deutlich höhere Kosten verursacht als sodann im weiteren Verlauf eingespart werden können.

§ 1a Abs. 1 OZG normiert allerdings nur eine objektive Pflicht und kein subjektives Recht.⁹ Der einzelne Bürger kann die digitale Bereitstellung einer konkreten Verwaltungsleistung nach aktuellem Stand¹⁰ nicht gerichtlich einfordern.¹¹ Konkret auf unser Beispiel bezogen hat S keinen subjektiven Anspruch darauf, die Verwaltungsleistungen digital beantragen zu können. Allerdings hat S

³ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 22 Rn. 4 f.

⁴ BT-Drs. 20/8093, S. 23.

⁵ BR-Drs. 226/23, S. 33.

⁶ BR-Drs. 226/23, S. 33 f.

⁷ Thiele, in: Chibanguza/Kuß/Steege, Künstliche Intelligenz, Handbuch, 2. Aufl. 2026, § 10 Rn. 30.

⁸ Vgl. BT-Drs. 18/12589, S. 143 und BT-Drs. 20/10417, S. 23.

⁹ Guckelberger, DÖV 2024, 849 (854).

¹⁰ Zumindest für die Zukunft und beschränkt auf die Verwaltungsleistungen des Bundes wird sich diese Situation ändern. So ergibt sich ab dem 1.1.2029 aus § 1a Abs. 2 OZG ein subjektiver Anspruch auf die digitale Bereitstellung von Verwaltungsleistungen des Bundes (BT-Drs. 20/10417, S. 23 f.).

¹¹ Guckelberger, DÖV 2024, 849 (854).

Glück; die Zulassung eines KFZ¹² und auch die Anmeldung eines Gewerbes¹³ lassen sich in den meisten Kommunen bereits digital beantragen.

III. Elektronische Bekanntgabe

Fortführung des Falls: Die S hat auf ihrer geschäftlichen Homepage zu Werbezwecken u.a. ihre E-Mail-Adresse angegeben. Ihr Auto parkt während einer Veranstaltung im absoluten Halteverbot und wird deshalb rechtmäßig abgeschleppt. Der Sachbearbeiter A übersendet am 1.4.2026 einen Kostenbescheid an die angegebene E-Mail-Adresse der S.

1. Bekanntgabe mittels elektronischer Kommunikationsformen

Die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes ist in § 41 Abs. 1 VwVfG geregelt. Die Bekanntgabe ist die zentrale Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Verwaltungsakt. Ein Verwaltungsakt, der nicht bekannt gegeben worden ist, ist im rechtlichen Sinne nicht existent und kann keine Rechtsfolgen auslösen.¹⁴ Insofern sind die Voraussetzungen der elektronischen Bekanntgabe von entscheidender Bedeutung. Die Bekanntgabe setzt allgemein voraus, dass der Verwaltungsakt mit Wissen und Willen der Behörde in den Verkehr gegeben wird und dem Adressaten zugeht.¹⁵ Bezogen auf das Fallbeispiel hat der A als Sachbearbeiter die E-Mail bewusst abgeschickt und dadurch willentlich in den Verkehr gegeben. Die S hatte Zugriff auf das Postfach und konnte die E-Mail samt Bußgeldbescheid unproblematisch zur Kenntnis nehmen. Grundsätzlich wäre der Bußgeldbescheid der S insofern zugegangen.

a) § 3a Abs. 1 VwVfG als Regelung für die elektronische Kommunikation im Verwaltungsverfahren

Allerdings findet sich in § 3a Abs. 1 VwVfG eine allgemeine Regelung für die Zulässigkeit der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel. § 3a Abs. 1 VwVfG betrifft nicht nur die Bekanntgabe, sondern die Zulässigkeit der Nutzung elektronischer Kommunikation im Verwaltungsverfahren insgesamt. Es handelt sich um eine Generalklausel, die immer dann einschlägig ist, wenn es an einer spezielleren Vorschrift mangelt (z.B. § 41 Abs. 2a VwVfG). § 3a Abs. 1 VwVfG gilt auch für Behörden. Die praktische Bedeutung ist in dieser Hinsicht aber gering.¹⁶ Behörden sind nach den jeweiligen E-Government-gesetzen (z.B. § 2 EGovG Bund oder § 3 Abs. 1 EGovG NRW) ohnehin dazu verpflichtet, einen entsprechenden elektronischen Kommunikationszugang zu eröffnen; eine echte Wahlfreiheit besteht insofern nicht mehr.¹⁷

Der Wortlaut des § 3a VwVfG lautet: „Die Übermittlung elektronischer Dokumente ist zulässig, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet.“ Davon ausgehend hängt die Zulässigkeit von zwei Voraussetzungen ab:¹⁸ Erstens muss eine digitale Zugangsmöglichkeit objektiv bestehen.¹⁹ Das

¹² Beispielsweise Service Düsseldorf, Zulassungsbehörde Online (1.4.2026).

¹³ Beispielsweise Service Düsseldorf, Gewerbemeldung bei der Gewerbemeldestelle (1.4.2026).

¹⁴ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 41 Rn. 3.

¹⁵ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 41 Rn. 8.

¹⁶ Für eine ausnahmsweise abweichende Fallgestaltung OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 7 f.).

¹⁷ Müller, RD 2021, 266 (267); Müller-Terpitz/Rauchhaus, MMR 2013, 10 (11).

¹⁸ OVG Bautzen LKV 2020, 558 (559); OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 7).

¹⁹ BVerwG NVwZ 2017, 967 (Rn. 19); OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 7); Siegel, NVwZ 2023, 193 (194).

wäre z.B. nicht der Fall, wenn eine E-Mail-Adresse inaktiv ist oder der Amtswalter eine falsche E-Mail-Adresse verwendet. Zweitens ist eine Widmung erforderlich.²⁰ Das Verhalten des Bürgers muss den subjektiven Willen erkennen lassen, dass der Bürger bereit ist, elektronisch (z.B. per E-Mail) zu kommunizieren.²¹

b) Vorliegen einer Widmung als zentrale Voraussetzung des § 3a Abs. 1 VwVfG

Die Widmung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.²² Um zu bestimmen, ob eine Widmung vorliegt, muss das Verhalten des Bürgers unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ausgelegt werden.²³ Als Ausgangspunkt empfiehlt sich die folgende dreifache Differenzierung: Auf der einen Seite scheidet eine Widmung zweifelsfrei aus, wenn die Behörde nur zufällig von einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit weiß, der Bürger selbst die Kommunikationsmöglichkeit hingegen nicht mitgeteilt hat (z.B. weil es sich um einen privaten Bekannten des Sachbearbeiters handelt). Auf der anderen Seite kann eine Widmung unproblematisch angenommen werden, wenn der Bürger eine elektronische Kommunikationsform (z.B. seine E-Mail-Adresse) ausdrücklich gegenüber der Behörde als akzeptierte Kommunikationsform angibt oder aber selbst in einer bestimmten elektronischen Form mit der Behörde Kontakt aufnimmt.²⁴ Die Zugangseröffnung beschränkt sich dabei aber nur auf die konkrete Behörde und auf das konkrete Anliegen; weder kann es auf andere Behörden noch auf andere Vorgänge übertragen werden.²⁵ Auch kann ein einmalig eingeräumter Zugang wieder geschlossen werden; aus Gründen der Rechtssicherheit bedarf es dafür allerdings einer ausdrücklichen Erklärung.²⁶

Differenziert zu beurteilen sind Situationen, in denen der Bürger seine elektronische Erreichbarkeit zwar bewusst angegeben hat, allerdings ohne Bezug zur behördlichen Kommunikation. Relevant ist insbesondere die Angabe einer E-Mail-Adresse auf einer Homepage oder in einem (privaten) Briefkopf. Zur Beurteilung des Erklärungswertes dieses Verhaltens kommt es nach der Verkehrsanschauung entscheidend darauf an, ob wir uns im privaten oder im geschäftlichen Bereich befinden.²⁷ Eine Person, die eine E-Mail-Adresse in einem geschäftlichen Kontext angibt, muss sodann auch damit rechnen, dass sie über diese E-Mail-Adresse rechtlich relevante Nachrichten (z.B. Rechnungen oder geschäftliche Anfragen) erhalten wird.²⁸ Das schließt auch eine etwaige Kommunikation mit einer Behörde ein. Anders ist die Situation nach herrschender Meinung im privaten Bereich.²⁹ Es dürfte weiterhin Menschen geben, die ihr E-Mail-Postfach nur unregelmäßig überprüfen. Sie vertrauen darauf, dass Sie ihre rechtlich relevanten Angelegenheiten per Post erhalten werden.³⁰ Auch dürfte die Nutzung elektronischer Kommunikationsformen insbesondere gegenüber

²⁰ BVerwG NVwZ 2017, 967 (968 Rn. 19); OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 7); Siegel, NVwZ 2023, 193 (194).

²¹ BVerwG NVwZ 2017, 967 (968 Rn. 19); OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 7).

²² OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 7).

²³ BVerwG NVwZ 2017, 967 (968 Rn. 19); so auch BT-Drs. 14/9000, S. 30 f.

²⁴ OVG Bautzen LKV 2020, 558 (559); Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 39, 47.

²⁵ Schmitz/Prell, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 3a Rn. 12.

²⁶ Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 48, 50.

²⁷ OVG Münster NVwZ-RR 2015, 172 (172); OVG Bautzen LKV 2020, 558 (559).

²⁸ OVG Münster NVwZ-RR 2015, 172 (172); OVG Bautzen LKV 2020, 558 (559).

²⁹ OVG Bautzen LKV 2020, 558 (559); so auch BT-Drs. 14/9000, S. 30 f.

³⁰ Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 42.

Behörden für viele Bürger nicht besonders verbreitet sein. Aus der Nutzung einer E-Mail-Adresse im Privatbereich kann gegenwärtig (noch) nicht geschlossen werden, dass der Bürger auch bereit ist, mit einer Behörde über diese E-Mail-Adresse zu kommunizieren.³¹ Allerdings könnte sich diese Bewertung in der Zukunft ändern.³² Die Verkehrsanschauung wird sich wandeln, wenn die Nutzung elektronischer Kommunikationsformen auch im Verwaltungsbereich die postalische Versendung weiter verdrängt.

c) Rechtsfolgen des § 3a Abs. 1 VwVfG

Liegen die Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 VwVfG vor, ist die elektronische Kommunikation zulässig. Allerdings ist die Behörde nicht dazu verpflichtet, die elektronische Kommunikationsmöglichkeit auch zu nutzen.³³ Vielmehr steht ihr ein Wahlrecht zu; sie kann sich auch dazu entscheiden, einen Bescheid postalisch zu übermitteln.³⁴ Liegen die Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 VwVfG nicht vor, geht ein elektronisch übermitteltes Dokument rechtlich nicht zu.³⁵ Mangels Zugangs scheidet insofern auch eine Bekanntgabe gem. § 41 Abs. 1 VwVfG aus.³⁶ Bei dieser Rechtsfolge bleibt es auch dann, wenn das Dokument tatsächlich zur Kenntnis genommen wird. Für diese strikte Rechtsfolge spricht der Schutzzweck des § 3a Abs. 1 VwVfG.³⁷ Die Norm schützt die Wahlfreiheit der Beteiligten; sie sollen freiwillig entscheiden dürfen, ob sie am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen wollen oder nicht.³⁸

Bezogen auf das Fallbeispiel hängt die Frage der wirksamen Bekanntgabe also davon ab, ob die Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 VwVfG vorliegen. Erstens muss objektiv eine digitale Zugangsmöglichkeit bestehen. Die S hat Zugriff auf das Postfach, sodass eine Zugangsmöglichkeit objektiv besteht. Zweitens muss das Postfach auch für die Kommunikation mit der Behörde gewidmet sein. Diesbezüglich ist das Verhalten der S auszulegen. Sie hat die E-Mail-Adresse auf ihrer beruflich genutzten Homepage und damit in einem geschäftlichen Kontext bekannt gegeben. Nach der Verkehrsanschauung hat die S durch die Angabe im geschäftlichen Kontext zum Ausdruck gebracht, auch in rechtlich relevanten Angelegenheiten über diese E-Mail-Adresse kommunizieren zu wollen. Sie musste damit rechnen, auch geschäftsbezogene Kommunikation der Behörde zu erhalten. Die Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 VwVfG liegen insofern vor und die Behörde durfte mit der S per E-Mail kommunizieren. Der Bußgeldbescheid ist der S zugegangen und damit ihr gegenüber wirksam bekannt gegeben worden.

2. Digitale Bekanntgabe über Behördenportale

Eine spezielle Möglichkeit der elektronischen Bekanntgabe ist in § 41 Abs. 2a VwVfG geregelt. Danach können Verwaltungsakte im Rahmen digitaler Verwaltungsverfahren auch über Portale bekannt

³¹ Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 43.

³² So bereits BT-Drs. 14/9000, S. 30 f.

³³ BVerwGE 182, 11 (35 f. Rn. 69).

³⁴ BVerwGE 182, 11 (35 f. Rn. 69).

³⁵ OVG Magdeburg NVwZ 2026, 679 (680 Rn. 5 ff.); Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 58.

³⁶ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 41 Rn. 87.

³⁷ Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 58.

³⁸ Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 3a Rn. 58.

gegeben werden (z.B. über ein entsprechendes Antragsportal des Bundes für ein Subventionsprogramm).³⁹ Diese Form der Bekanntgabe ist nur möglich, wenn der Beteiligte eingewilligt hat.⁴⁰ Die Bewirkung der Bekanntgabe setzt nach § 41 Abs. 2a S. 1 VwVfG voraus, dass der Verwaltungsakt über ein öffentlich zugängliches Netz bereitgestellt und vom Beteiligten oder einem Bevollmächtigten auch tatsächlich abgerufen wird. Zusätzlich muss nach § 41 Abs. 2a S. 2 VwVfG eine Speicherungsmöglichkeit bestehen. Seinem Sinn und Zweck nach, die dauerhafte Verfügbarkeit für den Bürger zu ermöglichen, handelt es sich hierbei um eine Bekanntgabevoraussetzung.⁴¹ Die ebenfalls vorgesehene Notwendigkeit der Authentifizierung sowie der Benachrichtigung des Adressaten sind hingegen keine Bekanntgabevoraussetzungen, solange der Abruf tatsächlich erfolgt.⁴²

Auf den ersten Blick irritiert, dass der Bürger die Bekanntgabe verhindern kann, indem er den Verwaltungsakt schlicht nicht abrufen.⁴³ Um diese unsichere Situation abzumildern, ist gem. § 41 Abs. 2a S. 4 VwVfG vorgesehen, dass die Bereitstellung nach zehn Tagen beendet wird. Sodann kann die Behörde entscheiden, ob Sie den Verwaltungsakt erneut zum Abruf bereitstellt oder aber eine Bekanntgabe auf andere Weise bewirkt (vgl. § 41 Abs. 2a, 5 VwVfG). Die Bekanntgabe per Abruf über ein Verwaltungsportal dürfte sich grundsätzlich vor allem dann anbieten, wenn der Bürger ein eigenes Interesse an der zeitnahen Bekanntgabe hat. Die Vorschrift des § 41 Abs. 2a VwVfG ist von den meisten (z.B. § 41 Abs. 2a VwVfG NRW, § 41 Abs. 2a VwVfG RLP), aber nicht von allen Bundesländern (z.B. § 41 VwVfG Bayern) in ihre jeweiligen Verwaltungsverfahrensgesetze übernommen worden. Teilweise finden sich auch inhaltlich abweichende Regelungen in spezielleren Gesetzen (z.B. § 122a Abs. 1 AO oder § 9 OZG), die den § 41 Abs. 2a VwVfG verdrängen.⁴⁴

IV. Elektronischer Verwaltungsakt und die elektronische Form

Abwandlung des Falls: Unterstellen Sie, dass für Kostenbescheide die Schriftform gesetzlich angeordnet ist. Der Kostenbescheid wird als PDF mit qualifizierter elektronischer Signatur übersendet.

Grundsätzlich können Verwaltungsakte nach § 37 Abs. 2 VwVfG schriftlich, mündlich oder elektronisch ergehen. Die Gemeinsamkeit schriftlicher und elektronischer Verwaltungsakte besteht darin, dass jeweils Gedanken mit Hilfe von Schriftzeichen auf einem *Datenträger* verkörpert werden.⁴⁵ Ein schriftlicher Verwaltungsakt liegt dann vor, wenn ein *analoger* Datenträger (z.B. Niederschriften oder Ausdrucke auf Papier) verwendet wird.⁴⁶ Ein elektronischer Verwaltungsakt liegt vor, wenn der Verwaltungsakt auf einem digitalen Speichermedium elektronisch gespeichert ist.⁴⁷ Letzteres würde z.B. auch für einen Verwaltungsakt gelten, der auf einem USB-Stick gespeichert ist und sodann physisch übergeben wird. Für die Qualifikation als schriftlicher oder elektronischer Verwaltungsakt kommt es nur auf die Art des Speichermediums – analog oder digital – an.

³⁹ Vgl. VG München, Urt. v. 24.9.2025 – M 31 K0 25.2605 = BeckRS 2025, 2828 Rn. 14.

⁴⁰ Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 41 Rn. 82b.

⁴¹ Baer/Wiedmann, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 41 Rn. 68.

⁴² Baer/Wiedmann, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 41 Rn. 67.

⁴³ Siegel, NVwZ 2023, 193 (198).

⁴⁴ Schulz, NVwZ 2024, 1703 (1707 f.).

⁴⁵ Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 37 Rn. 28, 30.

⁴⁶ Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 37 Rn. 28.

⁴⁷ Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 37 Rn. 30.

In § 3a Abs. 2 VwVfG ist speziell für elektronische Verwaltungsakte die „elektronische Form“ eines Verwaltungsakts geregelt.⁴⁸ Angesichts der sprachlichen Ähnlichkeit ist es wichtig sich zu vergegenwärtigen, dass im Verwaltungsrecht zwischen der Erlassform eines Verwaltungsaktes (vgl. § 37 Abs. 2 VwVfG) und darüberhinausgehenden besonderen Formerfordernissen zu unterscheiden ist.⁴⁹ Das gilt auch für das Verhältnis des elektronischen Verwaltungsakts i.S.d. § 37 Abs. 2 VwVfG zur in § 3a Abs. 2 VwVfG vorgesehenen elektronischen Form: Ein elektronischer Verwaltungsakt kann in elektronischer Form ergehen, aber nicht jeder elektronisch erlassene Verwaltungsakt hält die elektronische Form ein.⁵⁰ Die elektronische Form setzt nach § 3a Abs. 2 S. 2 VwVfG zusätzlich voraus, dass der elektronische Verwaltungsakt mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird. Die qualifizierte Signatur soll die Authentizität des Ausstellers belegen und erfüllt insofern eine vergleichbare Funktion wie die eigenhändige Unterschrift bei der Schriftform; dabei dürfte die qualifizierte elektronische Signatur noch einmal deutlich fälschungssicherer sein als handschriftlich unterschriebene Dokumente.⁵¹ Der rechtliche Vorteil der elektronischen Form liegt darin, dass sie gem. § 3a Abs. 2 S. 1 VwVfG eine gesetzlich angeordnete Schriftform ersetzen kann.⁵² Die elektronische Form ermöglicht es, die der Schriftform zugewiesenen Funktionen (insbesondere Authentizitäts-, Beweis-, Warn- und Abschlussfunktion) auch in der digitalen Kommunikation zu erfüllen.⁵³ In unserem Beispielsfall wird der Kostenbescheid als PDF mit qualifizierter elektronischer Signatur versendet. Insofern ist gem. § 3a Abs. 2 S. 2 VwVfG die elektronische Form eingehalten. Durch den in elektronischer Form erlassenen Verwaltungsakt wird sodann gem. § 3a Abs. 2 S. 1 VwVfG auch das gesetzlich angeordnete Schriftformerfordernis gewahrt.

Weitere Möglichkeiten, die gesetzlich angeordnete Schriftform zu ersetzen, sind in § 3a Abs. 3 Nrn. 1–3 VwVfG vorgesehen. Insgesamt regeln die § 3a Abs. 2, 3 VwVfG abschließend auf welche Art und Weise in der elektronischen Kommunikation die gesetzlich angeordnete Schriftform gewahrt werden kann.⁵⁴

V. Digitalisierung im behördlichen Innenbereich

Die digitale Bereitstellung von Verwaltungsdienstleistungen und die Bekanntgabe an den Bürger betreffen das sog. *Frontend*, d.h. den für den Bürger sichtbaren Teil der IT-Infrastruktur. Damit sich aber die erhofften Effizienz-, Beschleunigungs- und Kostenvorteile der Digitalisierung⁵⁵ realisieren lassen, reicht es nicht aus, dabei stehen zu bleiben. Vielmehr ist es erforderlich, auch die Durchführung des Verfahrens im behördlichen Innenbereich zu digitalisieren. Ein Negativbeispiel ist die Umstellung des Bafög-Verfahrens auf einen digitalen Antrag im Jahr 2021.⁵⁶ Im Zuge der Umstellung ist es versäumt worden, die behördeninternen Voraussetzungen für eine digitale Bearbeitung zu schaffen, sodass alle eingereichten Anträge ausgedruckt und sodann in Papierform weiter bearbeitet

⁴⁸ OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2024, 10075 Rn. 8.

⁴⁹ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 46.

⁵⁰ VGH Mannheim BeckRS 2024, 37954 Rn. 27; Schmitz/Schlatmann, NVwZ 2002, 1281 (1286).

⁵¹ Schmitz/Prell, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 3a Rn. 19.

⁵² OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2024, 10075 Rn. 8.

⁵³ Schmitz/Prell, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 3a Rn. 19; ähnlich VGH Mannheim BeckRS 2024, 37954 Rn. 31.

⁵⁴ BVerwG BeckRS 2021, 41975 Rn. 23; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2024, 10075 Rn. 8; VGH Mannheim BeckRS 2024, 37954 Rn. 27 ff.

⁵⁵ Thiele, in: Chibanguza/Kuß/Steege, Künstliche Intelligenz, Handbuch, 2. Aufl. 2026, § 10 Rn. 7.

⁵⁶ Ulrich, NVwZ 2025, 981 (981).

werden mussten.⁵⁷ Solche *Medienbrüche* sollten möglichst vermieden werden, weil sie die erhofften Effizienz- und Kostenvorteile konterkarieren.⁵⁸ Behördenintern ist es erforderlich, insbesondere die Vorgangsbearbeitung und die Aktenführung zu digitalisieren. Das wichtigste Instrument in dieser Hinsicht ist die elektronische Aktenführung (kurz *E-Akte*).⁵⁹ Alle bisher in Papierform aufbewahrten Dokumente, E-Mails und etwaige Aktennotizen werden nunmehr digital gespeichert. Aus rechtlicher Hinsicht ist es entscheidend, dass die Dokumente dauerhaft gespeichert bleiben und vor allem nicht mehr beliebig geändert werden können; beides ist erforderlich, damit die E-Akte die Grundsätze ordnungsgemäßer Aktenführung – insbesondere das Gebot der wahrheitsgetreuen Aktenführung sowie das Gebot der Sicherung von Authentizität und Integrität der Akte – einhält.⁶⁰ Eng mit der Einführung der E-Akte verbunden ist auch der Übergang zu einer insgesamt digitalen Vorgangsbearbeitung.⁶¹ Die Arbeitsabläufe der Behörde sollen in elektronische Workflows übertragen und Schritt für Schritt mithilfe eines digitalen Vorgangsmanagementsystems bearbeitet werden können.⁶²

Eine Verpflichtung zur schrittweisen Einführung der E-Akte ergibt sich für die Bundesbehörden aus § 6a EGovG; für die Landesbehörden finden sich vergleichbare Regelungen regelmäßig in den jeweiligen E-Governmentgesetzen der Länder (z.B. Verpflichtung der Einführung bis zum 31.12.2025 nach § 9 Abs. 3 EGovG NRW).⁶³ Die meisten Bundes- und Landesbehörden haben die Umstellung auf die E-Akte bereits abgeschlossen.

VI. Fazit und Ausblick auf die Vollautomation

Es zeigt sich, dass die digitale Durchführung von Verwaltungsverfahren zunehmend die Behördenpraxis prägt und neue rechtliche Fragen aufwirft. Für die Ausbildung besonders relevant dürfte die elektronische Kommunikation und die Bekanntgabe von Verwaltungsakten per E-Mail oder über Behördenportale sein. Ebenso dürfte die Einhaltung besonderer Formerfordernisse – etwa der elektronischen Form mit qualifizierter elektronischer Signatur – an Bedeutung gewinnen. Die diesbezüglichen Sonderregelungen sollten in der juristischen Ausbildung zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen vermittelt werden. Neben der digitalen Kommunikation mit dem Bürger ist auch die Digitalisierung der behördeninternen Abläufe eine zentrale Voraussetzung für die Realisierung der erwarteten Effizienz- und Beschleunigungseffekte. Die Digitalisierung der Verwaltung ist kein kurzfristiges Projekt, sondern als dauerhafte Aufgabe zu verstehen. Sie wird auch in der juristischen Ausbildung zunehmend an Bedeutung gewinnen.

Im größeren Kontext der digitalen Transformation ist die Digitalisierung der Kommunikationsbeziehungen und der behördeninternen Prozesse der erste Schritt. Weiteres Potenzial zur Beschleunigung und Einsparung von Kosten verspricht mittel- bis langfristig die vollautomatisierte Durchführung der Verwaltungsverfahren. Eine zunehmende Anzahl von Verfahren wird bereits vollautomatisiert durchgeführt (z.B. die internetbasierte Fahrzeugzulassung gem. § 6g Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StVG i.V.m. § 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 FZV, die Erstellung der Rundfunkgebührenbescheide gem. § 10a

⁵⁷ Ulrich, NVwZ 2025, 981 (981).

⁵⁸ Dürrschmidt, JuS 2024, 193 (196).

⁵⁹ Britz/Eifert, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 26 Rn. 74.

⁶⁰ Ulrich, NVwZ 2025, 981 (981 f.).

⁶¹ Britz/Eifert, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 26 Rn. 73.

⁶² Britz/Eifert, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 26 Rn. 77 f.

⁶³ Siegel, NVwZ 2023, 193 (197).

RBStV oder auch große Teile der Einkommensteuerveranlagung gem. § 155 Abs. 4 AO).⁶⁴ Es ist nicht abwegig, davon auszugehen, dass die vollautomatisierte Durchführung im Bereich der leicht standardisierbaren Verfahren mittel- bis langfristig zum Regelfall wird. In rechtlicher Hinsicht sind bereits gegenwärtig in allen drei großen Verfahrensordnungen Sonderregelungen für die vollautomatisierte Verfahrensdurchführung vorgesehen (insbesondere: § 35a VwVfG, § 31a SGB X und § 155 Abs. 4 AO). Praktisch besonders wichtig ist das in § 35a VwVfG normierte Erfordernis einer speziellen Zulassung der Vollautomation durch eine Rechtsnorm.⁶⁵ § 35a VwVfG normiert im Anwendungsbereich des VwVfG insofern ein ausnahmsweise an die Behörden gerichtetes präventives Verbot mit materiell-gesetzlichem Erlaubnisvorbehalt. Durch das Erfordernis einer vorherigen Zulassung durch einen Normgeber soll sichergestellt werden, dass nur geeignete Verfahren für die Vollautomation ausgewählt werden.⁶⁶ Zugleich soll nach dem Wortlaut des § 35a VwVfG der Einsatz vollautomatisiert erlassener Verwaltungsakte ausscheiden, wenn ein Beurteilungsspielraum oder Ermessen besteht. Der Wortlaut der Regelung ist allerdings missglückt; das vom Gesetzgeber eigentlich angestrebte Regelungsziel wird überschießend zum Ausdruck gebracht und muss teleologisch reduziert werden.⁶⁷ Die Anforderungen des § 35a VwVfG verfolgen den Zweck, sicherzustellen, dass nur Verfahren vollautomatisiert durchgeführt werden, die sich dafür eignen.⁶⁸ Dem Ausschluss der Vollautomation speziell beim Bestehen eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums liegt die Wertung zu Grunde, dass die Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls bei der Spielraumausübung nur durch einen menschlichen Bearbeiter und nicht durch Algorithmen erfolgen solle.⁶⁹ Wenn hingegen eine Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls durch einen Algorithmus nicht zu erfolgen hat (z.B. bei einer Selbstbindung durch Verwaltungsvorschriften), ist auch ein vollständig automatisiert erlassener Verwaltungsakt trotz eines abstrakt bestehenden Ermessens- oder Beurteilungsspielraums mit § 35a VwVfG zu vereinbaren.⁷⁰

⁶⁴ Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, 7. Lfg., Stand: Mai 2025, § 35a Rn. 81 ff.

⁶⁵ Busche, Verwaltungsautomation 2.0, 2023, S. 61 ff.

⁶⁶ Busche, Verwaltungsautomation 2.0, 2023, S. 67.

⁶⁷ Dazu ausführlich Busche, Verwaltungsautomation 2.0, 2023, S. 212 ff.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 18/8434, S. 122.

⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 18/8434, S. 122.

⁷⁰ Busche, Verwaltungsautomation 2.0, 2023, S. 217.

Die Verfassungstheorie als Vorverständnis und Kontrastfolie des Verfassungsrechts: Eine Einführung in die Verfassungstheorie

Mathias Honer, Leipzig/Frankfurt (Oder)*

Demokratie, Rechtsstaat, Menschenwürde... Das Verfassungsrecht operiert mitunter mit anspruchsvollen Konzepten. Schon deshalb ist seine Interpretation mitunter auf theoretisch fundierte Erkenntnisse angewiesen. Diese bietet die Verfassungstheorie. Wer Verfassungsrecht auslegt und anwendet, besitzt daher – bewusst oder unbewusst – eine oder gar mehrere Verfassungstheorien. Das ist Grund genug, um sich mit der Disziplin der Verfassungstheorie und ihren Perspektiven zu beschäftigen.

I. Theoriebedürftigkeit von Verfassungsinterpretation und Verfassungsanwendung ...	969
II. Grundlagen: Begriff, Abgrenzung und Funktion der Verfassungstheorie	970
1. Verfassungstheorie – eine klassische Definition, ein erster Zugriff	970
2. Verfassungstheorie im Kontrast zur Verfassungsdogmatik und zum positiven Verfassungsrecht.....	970
3. Verfassungstheorie als Vorverständnis und Reflexionsebene des positiven Verfassungsrechts und der Dogmatik	971
4. Vielfalt verfassungstheoretischer Perspektiven	972
5. Abgrenzung zu anderen (Grundlagen-)Disziplinen	972
6. Etablierung von Verfassungstheorie	973
7. Angemessene Verfassungstheorie	974
8. Standort in der Rechtsgewinnung	975
a) Verfassungstheorie als Erkenntnishilfe für die Rechtserkenntnis	975
b) Verfassungstheorie als Orientierungshilfe für die Rechtserzeugung	976
III. Themen	976
1. Begriff der Verfassung.....	976
a) Formeller Verfassungsbegriff	976
b) Funktioneller Verfassungsbegriff	977
c) Materieller Verfassungsbegriff.....	977
d) Testfall: Hat die Europäische Union eine Verfassung?	978
2. Deutungen der Verfassungen	978
a) Gehalt: Verfassung als (Leit-)Bild oder Rahmen?	978

* Der Autor vertritt an der Universität Leipzig die Professur für Öffentliches Recht und das Recht der Politik und ist Habilitand an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

aa)	Verfassung als (Leit-)Bild.....	978
bb)	Verfassung als Rahmen	978
cc)	Implikationen: Grundrechte als Werteordnung?	979
b)	Basis: Verfassung aufgrund einer Entscheidung oder einer Norm?	980
aa)	Verfassung als eine bzw. aufgrund einer tatsächlichen Entscheidung	980
bb)	Verfassung aufgrund einer Norm	980
cc)	Implikationen: Vorrechtliche Souveränität des Staates als Verfassungs- postulat?	980
c)	Ziel: Verfassung als Ermöglichung oder als Begrenzung demokratischer Politik?	981
aa)	Verfassung als Begrenzung von demokratischer Politik	981
bb)	Verfassung als Ermöglichung von demokratischer Politik.....	982
cc)	Kompromiss: Verfassung als Verkopplung von (liberalen) Rechten und (demokratischer) Politik?.....	982
dd)	Implikationen: Gewaltenteilung	983
3.	Elemente der Verfassung.....	983
a)	Strukturen: Demokratie	983
aa)	Demokratie als vernünftiger Diskurs über konsensfähige Normen	984
bb)	Demokratie als fairer Wettbewerb um politische Macht	984
cc)	Implikationen: Parlament als Forum rationaler Deliberation oder als Arena legitimer politischer Gegnerschaft?	985
b)	Institutionen: Verfassungsgericht	985
aa)	Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung	985
bb)	Verfassungsgericht als Hüter des politischen Prozesses.....	986
cc)	Implikationen: Kontrollfokus und Kontrolldichte	986
c)	Rechte: Menschenwürde.....	986
aa)	Menschenwürde als Eigenwert des Menschen	987
bb)	Menschenwürde als Bedingung und Ausdruck gelungener Selbst- darstellung (Leistungstheorie)	987
cc)	Menschenwürde als Folge wechselseitiger Anerkennung (Kommunikationstheorie)	988
dd)	Implikationen: Folter als Missachtung der Menschenwürde!	988
4.	Horizonte	989
a)	Postformale Verfassungstheorien?	989
b)	Verfassungstheorien der Autonomie des Individuums!	989
IV.	Abschluss: Perspektivenvielfalt der Verfassungstheorie.....	990

I. Theoriebedürftigkeit von Verfassungsinterpretation und Verfassungsanwendung

Die Interpretation des Verfassungsrechts kann sich auf einen Kanon etablierter Auslegungsmethoden und juristischer Argumentationsfiguren stützen. Sie erleichtern die Anwendung des Verfassungsrechts und machen die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht vorhersehbarer. Nichtsdestotrotz sind zahlreiche Probleme der Verfassungsinterpretation von Vorannahmen getragen, die sich dem positiven Recht nicht ohne Weiteres entnehmen lassen. Dies sei an zwei Fallstudien verdeutlicht.

- Nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung entfalten die Grundrechte des Grundgesetzes Ausstrahlungswirkung auch zwischen Privaten.¹ Ihre Grundlage findet diese Rechtsprechung in dem Verständnis der Grundrechte als Ausdruck einer „objektiven Werteordnung“, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner berühmten Lüth-Entscheidung entfaltet hat.² Eine objektive Werteordnung ist dem Grundgesetz allerdings ausdrücklich fremd. Das Grundgesetz gibt der staatlichen Gewalt die Grundrechte lediglich „als unmittelbar geltendes Recht“ (Art. 1 Abs. 3 GG) vor. Auch dem Verfassungsgeber dürfte die Vorstellung von Grundrechten als eine objektive Werteordnung unbekannt gewesen sein. Zumindest Wortlaut, Systematik und Historie des Grundgesetzes halten für ein Verständnis der Grundrechte als objektive Werteordnung also keine Anhaltspunkte bereit.
- Als das Bundesverfassungsgericht die Ratifikation des Vertrages von Lissabon gem. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG am Maßstab der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG beurteilte, entnahm es dieser ein Gebot zum Schutz der „souveränen Staatlichkeit“ Deutschlands.³ Hieraus leitete das Bundesverfassungsgericht konkrete Grenzen für die Kompetenzübertragung auf die Europäische Union ab. Die sog. Verfassungsidentität des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3 GG) schweigt hinsichtlich eines Schutzgutes der „souveränen Staatlichkeit“ jedoch.

Objektive Werteordnung und die souveräne Staatlichkeit: Das Bundesverfassungsgericht argumentiert mit Phänomenen, die sich nicht ohne Weiteres dem Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes entnehmen lassen. Vielmehr handelt es sich um Überlegungen, die über den tieferen Sinn ausgewählter Verfassungsnormen oder das normative Fundament der Verfassungsordnung Auskunft geben. Betreten ist damit das Feld jenseits des positiven Rechts und der Dogmatik. Die Rede ist insoweit auch von „Verfassungslehre“ oder gleichsinnig von „Verfassungstheorie“. Ihre Bedeutung dürfte für die Erkenntnis und die Anwendung des Verfassungsrechts unbestritten sein. Dementsprechend ist sie, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß, für die rechtswissenschaftliche Forschung von hoher Relevanz. Lehrstuhldenominationen bekräftigen dies.⁴ Jüngst wurde gar konstatiert: „Die Verfassungstheorie feiert eine Renaissance.“⁵

Nicht zu Unrecht: Zunehmend beanspruchen Strukturen jenseits des Staates verfassungsäquivalente Qualität. Immer mehr stellen autoritäre Bewegungen die Mechanik des liberal-demokratischen Verfassungsstaates infrage. Schon längst fordert die anhaltende Klimakrise gewohnte Strukturen

¹ Ausf. zur Entwicklung der Privatrechtswirkung der Grundrechte Ruffert, JuS 2020, 1 ff.

² BVerfGE 7, 198 (204 f.).

³ BVerfGE 123, 267 (343).

⁴ Siehe zum Beispiel die von Arnd Uhle an der Universität Leipzig bekleidete Professur für „Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht, Allgemeine Staatslehre und Verfassungstheorie“; die Professur für „Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht und Verfassungstheorie“, die Sophie Schönberger an der Freien Universität Berlin innehat, oder von Julian Krüper an der Universität Bochum wahrgenommene Professur für „Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung“.

⁵ <https://www.jura.ruhr-uni-bochum.de/verfassungstheorie/veranstaltungen/index.html.de> (20.9.2026).

des Verfassungsrechts heraus. Das Anwendungsfeld der Verfassung ist also zunehmend ungewiss, seine Versprechen werden von einigen Seiten angefochten und seine Leistungsfähigkeit wird bisweilen bezweifelt. Das verlangt danach, den Charakter, die Funktion und die Mechanik der Verfassung und ihrer Elemente kritisch in den Blick zu nehmen. Das leistet die Verfassungstheorie. In der rechtswissenschaftlichen Lehre fristet sie jedoch (bislang) ein Schattendasein. Ihre Grundlagen sollen in einem ersten Schritt aufgezeigt werden (II.), bevor in einem zweiten Schritt (III.) ausgewählte Themen und Fragestellungen der Verfassungstheorie vorgestellt und schließlich aktuelle Entwicklungen in der Verfassungstheorie beleuchtet (IV.) werden.

II. Grundlagen: Begriff, Abgrenzung und Funktion der Verfassungstheorie

1. Verfassungstheorie – eine klassische Definition, ein erster Zugriff

Nach einer geläufigen Definition bezeichnet Verfassungstheorie⁶ „eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile“⁷. Die Verfassungstheorie fragt hiernach unter anderem nach den grundlegenden Merkmalen („allgemeinen Charakter“) und der Funktion („normativer Zielrichtung“) von Verfassungen und ihren einzelnen Elementen (wie Institutionen, Funktionen oder Normbereichen). Außerdem soll sie dabei mit einem systematischen Anspruch („systematisch orientierte Auffassung“) operieren. Die Verfassungstheorie versucht, ihre Überlegungen über die Institutionen und Funktionen der Verfassung und ihrer Teile also in ein möglichst widerspruchsfreies gedankliches System einzupflegen.⁸ Das grenzt die Verfassungstheorie allerdings noch nicht von anderen disziplinären Zugriffen auf die Verfassung ab. Das betrifft namentlich die Verfassungsdogmatik, die ebenso einen systematischen Anspruch erhebt. Das gilt aber ebenso für andere Grundlagenfächer wie die Verfassungsgeschichte, die sich – durch den Blick auf die historische Genese – grundlegende Einsichten über die Verfassung, ihre Prinzipien und Institutionen erhofft.

2. Verfassungstheorie im Kontrast zur Verfassungsdogmatik und zum positiven Verfassungsrecht

Der Anwendungsbereich der Verfassungstheorie erschließt sich daher letztlich im Kontrast zu anderen Perspektiven, insbesondere zu ihrer rechtswissenschaftlichen Komplementärdisziplin: der Verfassungsdogmatik⁹. Die Verfassungsdogmatik beschreibt das positive Verfassungsrecht und bereitet es anwendungsorientiert auf.¹⁰ Hierfür kategorisiert sie die Wirkungen der Rechtsnormen, entwickelt Prüfungsstrukturen für ihre Anwendung, speichert rechtliche Lösungen für bestimmte Fallgruppen

⁶ Grundlegend zur Verfassungstheorie siehe *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1; *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; zu verschiedenen Begriffen von Verfassungstheorie siehe auch *Volkman*, Der Staat 54 (2015), 35 f.

⁷ *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2098).

⁸ Den systematisch-holistischen Anspruch der Verfassungstheorie unterstreicht *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 34 f.

⁹ Die Unterscheidung von Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik hebt ebenso hervor *Krüper*, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht, 2019, S. 159 (181).

¹⁰ Zu einem solchen Verständnis der Verfassungsdogmatik siehe *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 22 ff.

für die Praxis¹¹ ab. Dabei verfährt sie nach langläufiger Einschätzung ebenso systematisch, pflegt jene Kategorien, Begriffe und Fallgruppen also in ein konsistentes Gedankengebäude ein.

Damit die Verfassungsdogmatik das positive Verfassungsrecht für die Rechtspraxis anwendungsorientiert aufbereiten kann, müssen sich die Begriffe der Verfassungsdogmatik zum einen durch das positive Recht begründen lassen („Positivitätsbezug“¹²) und zum anderen für die Rechtspraxis zweckmäßig sein¹³. Insoweit unterscheidet sie sich von der Verfassungstheorie.

Hinweis: Die Legitimationskettentheorie¹⁴ mit den Elementen des personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimationsmodus erleichtert die Anwendung des in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG normierten Rechtsgebots („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“). Sie ist daher ein typisches Beispiel für die Begriffe der Verfassungsdogmatik. Davon zu unterscheiden wäre ein verfassungstheoretisches Demokratiemodell, das, gewissermaßen „hinter“ dem positiven Recht, zum Verständnis des Demokratieprinzips und damit auch zum in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG normierten demokratischen Ableitungszusammenhang beiträgt.

Verfassungstheorie darf des Weiteren nicht mit dem positiven Verfassungsrecht selbst verwechselt werden. Das positive Verfassungsrecht ist die Summe der zahlreichen Einzelnormen der Verfassung. Ihrem Verständnis können grundlegende Prinzipien, verbindende Ideen und leitende Grundgedanken zugrunde liegen. Sie sind jedoch nicht selbst Bestandteil des positiven Rechts. Identifiziert die Verfassungstheorie leitende und verbindende Grundgedanken, trägt sie diese also in gewissem Umfang immer auch an das positive Recht heran.

Hinweis: So kann beispielsweise ein verfassungstheoretisches Modell der „wehrhaften Demokratie“ („militant democracy“) in positiv-rechtlichen Instituten wie dem Vereinsverbot (Art. 9 Abs. 2 GG), der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) und dem Parteiverbotsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GG) zum Ausdruck gelangen. Positives Verfassungsrecht sind aber nur das Vereinsverbot (Art. 9 Abs. 2 GG), die Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) und das Parteiverbotsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GG) in ihrer konkreten positiv-rechtlichen Gestalt, nicht ein verfassungstheoretisches Konzept der „wehrhaften bzw. der streitbaren Demokratie“¹⁵.

3. Verfassungstheorie als Vorverständnis und Reflexionsebene des positiven Verfassungsrechts und der Dogmatik

Ausgehend und abgrenzend vom Verständnis der Verfassungsdogmatik bietet sich der Verfassungstheorie die Möglichkeit, die Verfassung ohne Rücksicht auf das geltende Recht und die Bedürfnisse der Rechtsanwendung umfassend theoretisch auszuleuchten. Sie kann die Verfassung und ihre ein-

¹¹ Bumke, JZ 2014, 641 (641).

¹² Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 24.

¹³ Den Anwendungsbezug der Verfassungstheorie unterstreicht Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 23; kritisch zum Abgrenzungsmerkmal des Anwendungsbezugs Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 4.

¹⁴ Siehe hierzu Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 803.

¹⁵ Zum Konzept der streitbaren Demokratie im Allgemeinen und für das Grundgesetz im Besonderen Dreier, JZ 1994, 741 (751 f.) sowie Papier/Durner, AöR 128 (2003), 340 ff.; grundlegend Loewenstein, American Political Science Review 31 (1937), 417 ff., 638 ff.; ders., Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, S. 348 ff.; siehe jüngst auch Lübke-Wolff, Verfassungsblog v. 13.10.2023 (20.9.2026).

zelnen Elemente mithin jenseits des positiv-rechtlich Geltenden und des praktisch Zweckmäßigen kritisch reflektieren, wissenschaftlich analysieren, ihren tieferen Sinn und ihre optimale Funktion präsentieren. Vereinfacht könnte auch gesagt werden, die Verfassungstheorie offenbart das „Warum und Wozu der Verfassung“¹⁶ und ihrer Elemente. Bildlich ließe sich auch von der „Verfassung hinter der Verfassung“¹⁷ sprechen.

4. Vielfalt verfassungstheoretischer Perspektiven

Ausgehend von einem solch weiten Verständnis lassen sich mit der Verfassungstheorie vielfältige Perspektiven verbinden: Sie kann sich sowohl auf eine konkrete Verfassung wie etwa das Grundgesetz beziehen. Sie kann sich aber auch mit Verfassungen im Allgemeinen befassen.¹⁸ Im ersten Fall könnte man von einer besonderen, im zweiten Fall von einer allgemeinen Verfassungstheorie sprechen.¹⁹ Während eine besondere Verfassungstheorie im Sinne der oben aufgeführten Böckenförd'schen Definition die Grundideen einer konkreten Verfassung sowie die Funktion und die Beziehung ihrer Elemente untersucht, fragt eine allgemeine Verfassungstheorie etwa danach, was eine Verfassung als solche idealer- oder typischerweise kennzeichnet, wodurch sich ihre notwendigen oder typischen Inhalte auszeichnen. Zusätzlich könnte auch noch (auf einer Metaebene) der wissenschaftliche Umgang mit Verfassungen in den Blick genommen werden, insbesondere die richtige Methode der Verfassungsinterpretation einbezogen werden.²⁰ Verfassungstheorie kann sich daher Verfassungen im Allgemeinen, einer Verfassung im Besonderen oder ihren konkreten Teilen widmen. In jedem Fall tritt Verfassungstheorie Verfassungen und ihren Elementen mit einem theoretisch-wissenschaftlichen und idealisierten Anspruch gegenüber.²¹ Damit nimmt sie ihr gegenüber auch eine kritisch-distanzierende Haltung ein und unterwirft sich nicht der Binnenlogik des positiven Rechts.

5. Abgrenzung zu anderen (Grundlagen-)Disziplinen

Mit einem solchen Verständnis unterscheidet sich die Verfassungstheorie nicht nur von der Verfassungsdogmatik, sondern ebenso von anderen Disziplinen, die sich dem Recht im Allgemeinen oder dem Verfassungsrecht im Besonderen widmen. So erbringt die Rechtsphilosophie eine mit der Verfassungstheorie vergleichbare Funktion: Sie setzt sich kritisch mit dem Recht auseinander, erklärt die Phänomene des Rechts und stiftet Orientierung für seine Anwendung.²² Vergleichbares gilt für die Rechtstheorie, die seine Funktionsweise analysiert.²³ Rechtsphilosophie und Rechtstheorie sind – anders als die Verfassungstheorie – aber nicht auf die Verfassung begrenzt. Ähnliche Perspektiven wie die Verfassungstheorie steuert die Staatslehre bei. Sie fokussiert sich indes, anders als die Verfassungstheorie, nicht auf die Eigengesetzlichkeiten, Phänomene und Wirkungsweisen der

¹⁶ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, § 1 Rn. 33.

¹⁷ Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009.

¹⁸ Zu verschiedenen Dimensionen der Verfassungstheorie siehe Honer, Der Staat 61 (2022), 235 (246 ff.).

¹⁹ Siehe dazu Honer, JöR 73 (2025), 199.

²⁰ In diese Richtung der Begriff der Verfassungstheorie im disziplinären Sinne bei Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 (35–37).

²¹ Den theoretischen Anspruch der Verfassungstheorie unterstreicht Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 51 ff.

²² Zu den Themen der Rechtsphilosophie Benedict, Jura 2010, 121 ff.

²³ Zu den Perspektiven der Rechtstheorie Krüger, JuS 2012, 873 ff.

Verfassung, sondern auf die des Staates. Sie fragt etwa nach Formen, Aufgaben oder Rechtfertigung des Staates, tritt insoweit aber auch in eine Konkurrenz zur Politikwissenschaft.²⁴

In einer besonderen Beziehung steht die Verfassungstheorie zum Verfassungsvergleich und zur Verfassungsgeschichte. Beide nehmen Verfassungen vergleichend in den Blick: diachron (Verfassungsgeschichte) oder synchron (Verfassungsvergleich).²⁵ Hiervon erhoffen sie sich auch Erkenntnisse über die Genese verfassungsrechtlicher Institute oder bisweilen über (ideal-)typische, gar notwendige oder schlicht alternative Ausgestaltungstechniken von Verfassungen. Speziell, soweit sie damit über den tieferen Sinn oder die ideale Ausgestaltung der Verfassung und ihrer Institute berichten, entpuppen sie sich als eine ideale Theoriequelle für die Verfassungstheorie.²⁶

6. Etablierung von Verfassungstheorie

Um diese Funktionen zu erbringen, speist sich die Verfassungstheorie aus normativen Überlegungen jenseits des positiven Rechts, greift etwa auf Erkenntnisse der politischen Theorie und Philosophie zurück.²⁷ Geht man davon aus, dass sich die Verfassungsrechtswissenschaft auch dem Realbereich ihres Regelungsgegenstandes öffnen muss, könnte die Verfassungstheorie obendrein Überlegungen der empirischen „Rechtswirklichkeit“²⁸, etwa der politischen Praxis, verarbeiten. Insoweit steht die Verfassungstheorie mit der politischen Philosophie und der empirisch arbeitenden Politikwissenschaft in Kontakt.²⁹ Besonders gewinnbringend für die Etablierung verfassungstheoretischer Argumente ist, das deutete sich bereits an, der diachrone wie synchrone Vergleich mit früher geltenden oder heute geltenden fremden Verfassungsordnungen³⁰: Der Einblick in frühere oder ausländische Verfassungsordnungen illustriert, wie politische und gesellschaftliche Selbstbestimmung auch organisiert werden kann. Dadurch bietet er eine lohnenswerte Kontrastfolie zur eigenen Verfassungsordnung und veranschaulicht die Potenziale ihrer Veränderung. Mitunter deckt er aber auch wiederkehrende Prinzipien des modernen Verfassungsstaates auf.

Hinweis: So lehrt etwa der Blick in andere Verfassungsordnungen liberaler Demokratien: Alle Verfassungen liberaler Demokratien kennen verschiedene Mechanismen, um das Rechtssystem vom politischen System zu verselbstständigen.³¹ Alle sehen hierfür jedoch eine – im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltete – Form der Unabhängigkeit der Justiz vor. Die Unabhängigkeit der Justiz kann daher aus guten Gründen als Kernelement moderner Rechtsstaatlichkeit identifiziert werden.³²

²⁴ Meinel, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2021, Eintrag: Staatslehre.

²⁵ Zur Terminologie siehe Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 31.

²⁶ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 31 f.

²⁷ Krüper, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht, 2019, S. 159 (181).

²⁸ Zum Wirklichkeitsbezug der Verfassungstheorie siehe Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 60 ff.

²⁹ Insoweit treffend die Charakterisierung der Verfassungstheorie als „Schnittstellen- und Relaisdisziplin“ bei Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 48.

³⁰ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 31 f. Die notwendig verfassungsvergleichende Perspektive verfassungstheoretischen Arbeitens unterstreicht außerdem C. Schönberger, VRÜ 43 (2010), 6 (26 f.).

³¹ Darin die Grundidee der Rechtsstaatlichkeit erblickend Möllers, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 2024, § 35 Rn. 31.

³² Siehe auch v. Arnould, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 21 Rn. 19, der die Kontrolle durch unabhängige Richter als einen Kerngehalt der Rechtsstaatsidee begreift.

7. Angemessene Verfassungstheorie

Verfassungstheoretische Aussagen lassen sich auf unterschiedliche Weise begründen. Hierfür ist die Verfassungstheorie nicht vom geltenden Verfassungsrecht abhängig. Immerhin eröffnet die Arbeitsweise jenseits geltenden Rechts der Verfassungstheorie wertvolle Perspektiven. Ein verfassungstheoretisches Argument gewinnt seine Überzeugungskraft folglich nicht durch seine Übereinstimmung mit dem positiven Verfassungsrecht.

Soll eine Verfassungstheorie allerdings nicht nur eine Kontrastfolie zum geltenden Verfassungsrecht bilden, sondern zugleich zu seiner Erkenntnis und Anwendung beitragen, lässt sich eine Verfassungstheorie auch nicht beliebig formulieren.³³ Wenn das richtig ist, führt dies in ein gewisses Dilemma: Einerseits soll das positive Recht in einem gewissen Umfang den Kreis jener verfassungstheoretischen Überlegungen begrenzen, die zu seinem Verständnis beitragen. Andererseits kann eine Verfassungstheorie nicht vollumfänglich aus dem positiven Recht entnommen werden. Immerhin erschließt sich das positive Verfassungsrecht vollständig erst durch eine Verfassungstheorie.³⁴ Dieser paradox anmutende Zusammenhang lässt sich erkenntnistheoretisch auch als hermeneutischer Zirkel beschreiben.³⁵

Dem hermeneutischen Zirkel ist jedoch nicht auszuweichen. Vielmehr gilt es, ihn anzuerkennen und produktiv zu wenden.³⁶ Für die konkrete Gewinnung verfassungstheoretischer Argumente bedeutet das: Verfassungstheoretische Erkenntnisse setzen jenseits des geltenden Rechts an. Wollen sie zur Erkenntnis des geltenden Rechts beitragen, müssen sie sich mit verallgemeinerungsfähigen Struktur- und Richtungsvorgaben des positiven Rechts vereinbaren lassen.³⁷ Ansonsten bleiben sie als Erkenntnishilfe des positiven Verfassungsrechts außen vor. Treffend wurde dementsprechend mit Blick auf eine Verfassungstheorie des Grundgesetzes gesagt, dass eine „Theorie des Führerstaates“ oder der „Diktatur des Proletariats“ als eine Verfassungstheorie des Grundgesetzes ausscheiden muss.³⁸ In Anschluss an *Winfried Brugger* ließe sich im Sinne einer „besten Verfassungstheorie“ auch verlangen, dass sich für die jeweilige Verfassungstheorie möglichst viele Anknüpfungspunkte im positiven Verfassungsrecht identifizieren lassen.³⁹ Allerdings kann es nie darum gehen, verfassungstheoretische Überlegungen eins zu eins aus dem positiven Verfassungsrecht abzuleiten oder hierauf abzustimmen. Schließlich ist das geltende Verfassungsrecht gerade auf jene externen Erkenntnisse angewiesen. Daher kann das Ziel auch nicht eine *verfassungsrangige*, sondern nur eine *verfassungsgemessene* oder auch *verfassungsadäquate* Verfassungstheorie sein.⁴⁰

³³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 63.

³⁴ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 67.

³⁵ Gadamer, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. 1986, S. 270 ff.; zum hermeneutischen Zirkel in der Rechtswissenschaft Lindner, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 130–133; hierzu speziell im Kontext der Grundrechtstheorie Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021, S. 15.

³⁶ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 67; die Unausweichlichkeit des hermeneutischen Zirkels betonen Lindner, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 131 f., Morlok, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, 1988, S. 136.

³⁷ Böckenförde, NJW 1976, 2089 (2098): Erarbeitung einer „verfassungsgemäßen Verfassungstheorie“ u.a. anhand der „Grundentscheidungen und tragenden Prinzipien“ der Verfassung.

³⁸ Vgl. Krüper, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht, 2019, S. 159 (181).

³⁹ Brugger, JZ 1987, 633 (634) für die „beste Grundrechtstheorie“ unter Rückgriff auf R. Dworkins Modell der „besten Theorie“ u.a. aus R. Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 122 ff.

⁴⁰ So bereits Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 67, der insoweit von „verfassungsgemäße[r] Verfassungstheorie“ spricht.

8. Standort in der Rechtsgewinnung

Eine Verfassungstheorie besitzt zwar nicht den Status des positiven Rechts, ist für die Rechtsgewinnung, also für die Auslegung und Anwendung des positiven Rechts, gleichwohl in mehrfacher Hinsicht relevant.

a) Verfassungstheorie als Erkenntnishilfe für die Rechtserkenntnis

So erschließen sich die Begriffe des positiven Rechts oftmals nicht allein durch ihren Wortlaut. Das gilt insbesondere für die abstrakt-generellen Begriffe des Verfassungsrechts.⁴¹ Werden die Begriffe des positiven Rechts interpretiert, braucht es hierfür mitunter ein theoretisch inspiriertes Verständnis.⁴² Das vermittelt die Verfassungstheorie. Insoweit ist verfassungstheoretische Arbeit für die Rechtsgewinnung unausweichlich.⁴³ Daher kommt es nicht darauf an, ob man über eine Verfassungstheorie verfügt, sondern ob man sie transparent und damit auch kritisierbar macht.⁴⁴ Eine Verfassungstheorie bietet damit eine Einstiegs- und Erkenntnishilfe für das Verständnis des positiven Rechts.⁴⁵ Verfassungstheorie fungiert gewissermaßen als eine Art „verfassungseigentümliches Vorverständnis“⁴⁶. An anderer Stelle ist von Verfassungstheorie treffend auch von einer „zugespitzte[n] Interpretation“⁴⁷, einer „bestimmte[n] Lesart“⁴⁸ oder dem „Grund- oder Vorverständnis“⁴⁹ der Verfassung gesprochen worden, die die Teleologien⁵⁰ oder „Narrative“⁵¹ einer Verfassung präsentiert.

Hinweis: Aufgrund ihrer abstrakten Formulierung sind etwa die Auslegung und Anwendung der Grundrechte auf ein grundgesetzaäquates Vorverständnis angewiesen. Dementsprechend wurden liberale, institutionelle oder kommunitaristische Grundrechtstheorien begründet.⁵² Legt man zum Beispiel eine strikt liberal-abwehrrechtliche Grundrechtstheorie an die Auslegung der Rundfunkfreiheit an (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), vermittelt die Rundfunkfreiheit hiernach einen Anspruch auf Abwehr staatlicher Regelungen; ihre staatliche Ausgestaltung gerät dann unter Rechtfertigungsdruck. Am Maßstab einer institutionellen Grundrechtstheorie, die stärker auf die objektive Gewährleistung setzt, ist die staatliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung hingegen nicht per se zu beanstanden.

⁴¹ Breyer, Reading the Constitution, 2024, S. 160.

⁴² Die Notwendigkeit eines Vorverständnisses für die Auslegung im Allgemeinen betont Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, passim; speziell für die Auslegung der Verfassung Schmitt Glaeser, Vorverständnis als Methode, 2004, S. 31 ff.

⁴³ Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 128 ff.

⁴⁴ Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 3 mit Verweis auf Möllers, RW 2010, 188.

⁴⁵ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 63 f.

⁴⁶ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 60 ff.; im Anschluss hieran Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 64.

⁴⁷ Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, 2020, S. 38.

⁴⁸ Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 f.

⁴⁹ Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 3.

⁵⁰ Ingold, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, § 5 Rn. 31 ff.

⁵¹ So die Selbstbeschreibung bei Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, Rn. 1.

⁵² Grundlegend Böckenförde, NJW 1974, 1537; ein Überblick über Grundrechtstheorien findet sich bei Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021.

b) Verfassungstheorie als Orientierungshilfe für die Rechtserzeugung

Soweit das positive Recht einen Rahmen für eine eigenständige und autonome Rechtserzeugung schafft, skizziert die Verfassungstheorie, wie dieser ausgefüllt werden könnte.⁵³ Verfassungstheorie präsentiert daher Möglichkeiten, wie das positive Verfassungsrecht verändert werden könnte.⁵⁴ Es fungiert gleichsam als eine Orientierungshilfe.

Hinweis: Modifiziert der verfassungsändernde Gesetzgeber zum Beispiel die grundgesetzliche Institutionsordnung, zeigt ein verfassungstheoretisches Modell der Gewaltengliederung⁵⁵, wie Institutionen und Funktionen in einer demokratisch und rechtsstaatlich angemessenen Weise zugeordnet werden können, ohne ihn hierbei rechtlich zu binden. Die verfassungsrechtlichen Grenzen normiert hingegen allein das in Art. 79 Abs. 3 GG Statuierte.

III. Themen

Die Verfassungstheorie bietet die angemessene Betrachtungsebene, um sich darüber zu verständigen, wodurch sich eine Verfassung kennzeichnet (1.) und über welche „normative Zielrichtung“ (2.) sie verfügt. Das gilt aber nicht nur hinsichtlich der Verfassung als solcher, sondern auch hinsichtlich ihrer Elemente (3.).

1. Begriff der Verfassung

Welche typischen oder gar notwendigen Merkmale Verfassungen kennzeichnen, kann das Verfassungsrecht nicht selbst anordnen. Das lässt sich nur aus einer Perspektive jenseits des Verfassungsrechts bestimmen. Hier kommt die Verfassungstheorie ins Spiel. Sie hat hierzu unterschiedliche Vorschläge unterbreitet.

Vorweggeschickt sei: Die Existenz einer Verfassung ist nach keiner ersichtlichen Position von der Bezeichnung „Verfassung“ abhängig. Genauso wie ein Phänomen nicht schlicht durch die Bezeichnung „Verfassung“ zur Verfassung avanciert, mangelt es einer Verfassung im Falle einer fehlenden dementsprechenden Bezeichnung nicht an der Verfassungsqualität. Dass das deutsche Grundgesetz nicht explizit „Verfassung“ heißt, steht seiner verfassungsrechtlichen Qualität folglich nicht entgegen.

a) Formeller Verfassungsbegriff

Zunächst einmal ließe sich als Verfassung die jeweils höchste Normschicht innerhalb eines – wie auch immer gearteten – Gemeinwesens begreifen.⁵⁶ Weil diese Position danach fragt, welche Normenordnung die jeweils höchste Normebene bildet und damit auf ein rein formelles Kriterium abstellt, kann diese Auffassung auch als ein formeller Verfassungsbegriff bezeichnet werden. Diese Position hat den Vorteil, ein recht eindeutiges Abgrenzungskriterium herauszugreifen, das auch rechtsordnungsübergreifend eine relativ leichte Identifikation der Verfassung ermöglicht. Außerdem bleibt am Maßstab dieses Verfassungsbegriffs das Konzept der Verfassung nicht auf die politische Ordnung

⁵³ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 65 f.; siehe auch Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 161.

⁵⁴ Grimm, AöR 97 (1972), 489 (489): „Verfassungstheorie als Orientierungsrahmen der Verfassungsreform“.

⁵⁵ Möllers, Gewaltengliederung, 2005.

⁵⁶ In diese Richtung etwa der Begriff bei Schiffbauer, Formale Verfassungslehre, 2021, S. 243 ff., wonach sich die Verfassung „als höchstrangige Grundordnung einer Gemeinschaft“ verstehen lasse (246).

oder gar den Staat begrenzt. Schließlich können auch der Verein, die Gemeinde oder die Vereinten Nationen als ein Gemeinwesen verstanden werden, das eine höchste Norm besitzt. Ist etwa von der „Gemeindeverfassung“ die Rede, gelangt der Verfassungsbegriff in diesem Sinne zur Anwendung. Ein solcher Verfassungsbegriff konnte sich aber nicht zuletzt aufgrund dieses weiten Anwendungsbereichs nicht durchsetzen. Nach überwiegender Auffassung bleibt der Verfassungsbegriff dem demokratisch-politischen System vorbehalten.

b) Funktioneller Verfassungsbegriff

Nach teilweise vertretener Position handelt es sich um eine Verfassung, wenn sie gewisse Funktionen für das politische Gemeinwesen erfüllt.⁵⁷ Zu nennen sind zum einen insbesondere die Funktion der Ermöglichung politischer Herrschaft (zum Beispiel durch ein Organisationsverfassungsrecht) und zum anderen die Funktion der Begrenzung politischer Herrschaft (zum Beispiel durch Grundrechte). Hinzu treten Funktionen wie eine Integrationsfunktion, die zum Beispiel durch die Anordnung von Werten eine Integration in das politische Gemeinwesen ermöglichen soll. Ein so verstandener Verfassungsbegriff ist intuitiv plausibel. Moderne Verfassungen wie die des Grundgesetzes ermöglichen politische Herrschaft (Art. 38 ff. GG), begrenzen sie aber auch (Art. 1 ff. GG) und stiften durch die Anordnung von Grundrechten obendrein Integration. Es wurde jedoch zu Recht auf die Beliebigkeit der genannten Funktionen hingewiesen⁵⁸ und eine damit verbundene Entwertung des Verfassungsbegriffs beklagt.⁵⁹ Damit der Begriff der Verfassung sein kritisch-emanzipatorisches Potenzial bewahre, dürfe er sich nicht in bloßen Funktionen erschöpfen; es brauche vielmehr anspruchsvollere Kriterien.⁶⁰

c) Materieller Verfassungsbegriff

Dementsprechend verknüpfen andere den Verfassungsbegriff mit der Begründung von Herrschaft. Gemeint ist an dieser Stelle nicht nur die Begründung im Sinne der Errichtung, sondern auch im Sinne einer normativen Rechtfertigung.⁶¹ Weil sich als ein Rechtfertigungstitel seit der Moderne nur die Idee gleicher Freiheit eignet, soll eine Verfassung nur dann existieren, wenn staatliche Macht vollumfänglich mit politischen Willensbildungsmöglichkeiten verkoppelt wird, die ihrerseits gleicher Freiheit genügen. Versteht man staatliche Macht aus rechtlicher Perspektive als Rechtserzeugung, bedeutet dies: das Rechtssystem auf gleiche Freiheit zurückzuführen, letztlich Recht und Politik demokratisch zu verkoppeln.⁶² Ein solcher Verfassungsbegriff entfaltet durchaus ein hinreichend kritisches Potenzial, begrenzt Verfassungen aber im Grunde auf die liberal-demokratischen Verfassungsordnungen westlicher Prägung.

⁵⁷ In diese Richtung im Kontext der Europäischen Union v. *Bogdandy*, in: v. Danwitz u.a., Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 9 (24 ff.); *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 38 ff., 76 ff., 91 ff.

⁵⁸ *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (244).

⁵⁹ *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013, S. 36.

⁶⁰ *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (244–247).

⁶¹ Vgl. *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (232).

⁶² Dafür *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (238–240).

d) Testfall: Hat die Europäische Union eine Verfassung?

In der Rechtswissenschaft wurde intensiv diskutiert, ob die Europäische Union über eine Verfassung verfügt.⁶³ Wer auf die Existenz einer für ein Gemeinwesen höchsten Normschicht abstellt (a)), muss dies bejahen: Das Primärrecht (EUV, AEUV, GRCh, allgemeine Rechtsgrundsätze) genießt Vorrang vor dem Sekundär- und Tertiärrecht. Es beansprucht damit, die höchste Normschicht für die Europäische Union zu sein. Weil das Primärrecht die politische Herrschaft ermöglicht (Art. 13 ff. EUV), durch die Grundrechte (GRCh) aber auch begrenzt, erfüllt es auch grundlegende Funktionen von Verfassungen; sie wahrt damit ebenso die Anforderungen eines funktionellen Verfassungsbegriffs (b)). Allerdings führt das Unionsrecht die politische Willensbildung nicht vollumfänglich auf die gleiche Freiheit der Bürgerinnen und Bürger der EU zurück. Das zeigt sich am degressiv-proportionalen Wahlsystem, das Bürger aus kleineren Staaten begünstigt (Art. 14 Abs. 2 S. 2 EUV), und an der immer noch schwachen Rolle des Europäischen Parlaments. Auf der Basis eines anspruchsvollen materiellen Verfassungsbegriffs (c)) fehlt es der Europäischen Union folglich an einer Verfassung.

2. Deutungen der Verfassungen

Verfassungstheorie kann nicht nur darüber reflektieren, was eine Verfassung kennzeichnet, sondern weitergehend erörtern, welche Zielrichtung eine Verfassung besitzt und welche Funktion sie für Staat und Gesellschaft zu erfüllen hat. Dementsprechend finden sich in der Verfassungstheorie verschiedene Deutungsangebote über das „Warum und Wozu“ der Verfassung. Ausgewählte Theorien seien im Folgenden als Bestandteil von verschiedenen Konfliktlinien skizziert. Sie betreffen die Frage, welchen (Aussage-)Gehalt Verfassungen besitzen (a)), auf welche tatsächliche oder normative Basis sie sich stützen (b)) und welches Ziel sie verfolgen (c)).

a) Gehalt: Verfassung als (Leit-)Bild oder Rahmen?

aa) Verfassung als (Leit-)Bild

Mehrere Theorien schreiben der Verfassung zu, für Staat wie Gesellschaft den maßgeblichen Bestand an anzustrebenden Werten zu verkörpern. Die Verfassung reduziert sich hiernach nicht auf die Summe von spezifischen Geboten und Verboten, sondern verkörpert eine Wertordnung, zeichnet gleichsam ein Bild der „gute[n] und gerechte[n] Ordnung“⁶⁴. Man könnte auch von einer Verfassung als einem Leitbild sprechen. Eine solche Lesart stützt sich beispielsweise auf die Verfassungstheorie von *Rudolf Smend*. Dieser verstand die Verfassung nicht vorrangig als ein statisches Normengefüge, sondern als Ausdruck und Medium eines kontinuierlichen Integrationsprozesses, in dem sich Staat und Gesellschaft konstituieren.⁶⁵

bb) Verfassung als Rahmen

Andere Theorien votieren hingegen für einen zurückgenommenen Anspruch der Verfassung. So hat etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde* die Verfassung als eine Rahmenordnung verstanden, die der politischen Gemeinschaft äußerste Handlungsgrenzen verbindlich auferlegt, ihr ansonsten aber einen

⁶³ Siehe etwa *Grimm*, JZ 1995, 581 ff.; *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 227 (240 ff.); *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; überblicksartig m.w.N siehe *Streinz*, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 148 f.

⁶⁴ *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013, S. 41.

⁶⁵ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, insbes. S. 18 ff.

verfassungsrechtlich nicht determinierten Raum zur politischen Gestaltung überlässt.⁶⁶ Das überschneidet sich mit dem Verständnis von *Hans Kelsen*. Ausgehend von seiner Vorstellung vom Stufenaufbau der Rechtsordnung begreift er die Verfassung schlicht als eine Normebene, die weitere Rechtserzeugungsprozesse organisiert, also zum Beispiel Vorgaben für die Gesetzgebung trifft und dieser wiederum eigenständige Rechtssetzungsbefugnisse überträgt.⁶⁷ Darin soll sich die Verfassung qualitativ auch nicht von übrigen Recht unterscheiden.⁶⁸ Genauso wie die Verfassung den Gesetzgeber bindet und ermächtigt, verpflichtet der Gesetzgeber die Verwaltung und überantwortet ihr eigenständige Rechtserzeugungsbefugnisse.

Die vorangegangenen Modelle divergieren im Einzelnen stark. Sie eint jedoch ein zurückgenommener Anwendungsbereich und Geltungsanspruch: Die Verfassung beansprucht nicht, eine umfassende Wert- oder Sinnordnung des Gemeinwesens zu formulieren. Stattdessen beschränkt sie sich auf eine positiv-rechtlich verbindliche, aber sachlich begrenzte Verpflichtung und Ermächtigung von Institutionen, sie ist eine „verbindliche Grenzfestlegung“⁶⁹ des politischen Prozesses“. Die Verfassung zeichnet hiernach also kein Bild von einer umfassenden Gerechtigkeit, sondern statuiert einen sachlich begrenzten, aber insoweit robusten Rahmen.

cc) Implikationen: Grundrechte als Werteordnung?

Welche Konsequenzen sind mit den unterschiedlichen Deutungen verbunden? Vorab sei klargestellt: Für verfassungstheoretische Modelle stehen nicht unmittelbar positiv-rechtliche Konsequenzen in Rede. Geltend-rechtliche Konsequenzen löst allein das positive Recht aus. Indem die Verfassungstheorie Strukturen des positiven Rechts erklärt und kritisiert, kann sie indes zum Verständnis des positiven Rechts beitragen (ausf. II. 8.). Gewendet auf die zuvor gestellte Frage: Verkörpert die Verfassung eine Werteordnung, liegt es nahe, diese Lesart auch und gerade auf die Grundrechte zu erstrecken und sie als eine „objektive Werteordnung“ zu begreifen. In diesem Sinne hat *Rudolf Smend* speziell den Grundrechten die Funktion beigemessen, zur kontinuierlichen gesellschaftlichen Integration beizutragen.⁷⁰

Plädiert man hingegen für einen abgeschwächten Aussagegehalt der Verfassung, liegt es fern, die Grundrechte zu einer Werteordnung zu stilisieren. Die Grundrechte halten für die Rechtserzeugung ihrer Verpflichtungsadressaten hiernach schlicht Achtungsgebote bereit und zeigen hierfür Überwindungsmöglichkeiten auf, statuieren in den Worten der Grundrechtsdogmatik also schlicht Schranken und Schranken-Schranken; einen darüber hinausgehenden Werte- und Gerechtigkeitsanspruch erheben sie – zumindest aus juristischer Perspektive – hingegen nicht.

Hinweis: Repräsentieren die Grundrechte hingegen eine Werteordnung, liegt es durchaus nahe, sie auch zwischen Privaten (zumindest mittelbar) zur Anwendung bringen. Die Idee der grundrechtlichen Werteordnung fungiert daher auch in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als ein tragendes Begründungselement, um die sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu erklären.⁷¹

⁶⁶ Siehe nur *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2099); ähnlich auch *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 17.

⁶⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 73 ff.

⁶⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 82 ff.

⁶⁹ *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2099).

⁷⁰ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 158 ff.

⁷¹ Angefangen mit BVerfGE 7, 198 (205).

b) Basis: Verfassung aufgrund einer Entscheidung oder einer Norm?

aa) Verfassung als eine bzw. aufgrund einer tatsächlichen Entscheidung

Die verschiedenen Verfassungstheorien lassen sich auch danach klassifizieren, auf welche Grundlage sie die Verfassung stützen. Danach ließen sich zunächst solche Theorien identifizieren, die die Verfassung auf eine *tatsächliche* Basis stellen. So geht etwa *Carl Schmitt* davon aus, dass der Verfassung ein handlungsfähiges Kollektivsubjekt als Träger einer verfassungsgebenden Gewalt vorausliege.⁷² Dieser vorrechtliche Akteur begründet sich bei *Schmitt* durch sein politisches Wesen, das er wiederum als die Fähigkeit begreift, zwischen Freund und Feind zu unterscheiden.⁷³ Jene tatsächliche und vorrechtliche politische Gewalt trifft eine „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“⁷⁴. Aus ihr leitet sich dann wiederum das Verfassungsrecht ab. Das Verfassungsrecht basiert hiernach also auf einer tatsächlichen Machtentscheidung.

Hinweis zur Terminologie: Zu beachten ist jedoch, dass *Carl Schmitt* hinsichtlich jener Gesamtentscheidung von „Verfassung“ spricht und das positive Verfassungsrecht als „Verfassungsgesetz“ bezeichnet.⁷⁵

bb) Verfassung aufgrund einer Norm

Einer solchen Deutung stehen Modelle gegenüber, die die Verfassung nicht auf eine tatsächliche Entscheidung, sondern auf eine Norm zurückführen. Hervorzuheben ist hier die bereits angesprochene Rechts- und Verfassungslehre *Hans Kelsens*. Unterscheidet man mit *Kelsen* konsequent zwischen Sein und Sollen, ist Recht ausschließlich ein Phänomen des Sollens. Recht wird dementsprechend nicht empirisch wahrgenommen, sondern als normative Ordnung gedacht. Ihre Grundlage verdankt das Recht nicht etwas Tatsächlichem, sondern allein dem Sollen, spezifischer:

„Das Recht regelt seine Erzeugung [selbst]“.⁷⁶

Das illustriert der bereits erwähnte Stufenbau der Rechtsordnung⁷⁷: Jede Norm verdankt ihren Geltungsgrund der jeweils ranghöheren Norm. Gleiches gilt für die Verfassung. Sie kann sich zwar nicht auf einen positiv-rechtlichen Rechtsakt stützen. Um die Unterscheidung von Sein und Sollen konsequent durchzuhalten, entwickelt *Kelsen* jedoch die Grundnorm.⁷⁸ Sie ist eine denknotwendig vorausgesetzte Fiktion. Hierin findet das Verfassungsrecht seine Grundlage.

cc) Implikationen: Vorrechtliche Souveränität des Staates als Verfassungspostulat?

In der Staats- und Verfassungslehre ist es umstritten, ob Verfassungen einen Staat voraussetzen.⁷⁹ Wer das bejaht, behält die Verfassung jenen politischen Gemeinschaften vor, die die Anforderungen

⁷² *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 21 ff.

⁷³ *Schmitt*, Begriff des Politischen, 9. Aufl. 2015, S. 25.

⁷⁴ *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 20.

⁷⁵ Siehe *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 20 ff.

⁷⁶ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 74.

⁷⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 73 ff.

⁷⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 67 ff.

⁷⁹ Zur Debatte m.w.N siehe *Waldhoff*, JuS 2021, 289 (294).

eines Staates erfüllen. Aufbauend auf dieser Position ist es zwar nicht zwingend notwendig, aber gut zu begründen, dass die Verfassung ihre eigene Voraussetzung – den Staat – garantiert. In diesem Sinne argumentierte, wie bereits gezeigt, auch der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Lissabon-Entscheidung. Danach verbietet das Grundgesetz (Art. 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG), die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union dergestalt zu ändern, dass – abgesehen von den in Art. 79 Abs. 3 GG ausdrücklich genannten Rechtsgütern – die „souveräne Staatlichkeit“ Deutschlands berührt werde. Damit verbindet das Bundesverfassungsgericht konkrete rechtliche Grenzen.⁸⁰ Eine solche Anschauung kann sich auf jene Verfassungstheorien stützen, die die Grundlage der Verfassung in einer vorrechtlichen politischen Gemeinschaft erblicken. Fußt die Verfassung demgegenüber einzig auf einer Norm, scheidet eine vorrechtliche politische Gemeinschaft als Grundlage und Voraussetzung der Verfassung aus. Hier liegt es vielmehr nahe, die Grenzen der Verfassungsänderung allein anhand der in Art. 79 Abs. 3 GG normierten Grundsätze zu bestimmen.

Hinweis: Wer die Verfassung einzig als Norm begreift, die ihrerseits auf einer Norm beruht, wird außerdem Positionen kritisch entgegentreten, die aufgrund faktisch-praktischer Notwendigkeiten für eine Suspendierung des Verfassungsrechts votieren, wie es mit der Figur des Ausnahmezustandes bisweilen versucht wurde.⁸¹

c) Ziel: Verfassung als Ermöglichung oder als Begrenzung demokratischer Politik?

Die Verfassung steht von jeher in einer besonderen Nähebeziehung zur politischen Gemeinschaft. Das wird – wie gezeigt – bisweilen sogar dazu zugespitzt, die politische Gemeinschaft zur Geltungsgrundlage der Verfassung zu erheben. Losgelöst davon ist die funktionale Beziehung der Verfassung zur politischen Gewalt. Hat die Verfassung die Funktion, politische Herrschaft zu begrenzen oder zu ermöglichen?

aa) Verfassung als Begrenzung von demokratischer Politik

Nach einer Traditionslinie zielt die Verfassung darauf ab, Politik zu begrenzen. Die typischerweise mit dem Verfassungsrecht verbundenen Institutionen und Charakteristika – Grundrechte, Vorrang der Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit – haben hiernach vor allem die Aufgabe, Willkür und Machtmissbrauch der politischen Gewalt zu verhindern und ihren Aktionsradius zugunsten privatrechtlicher Ordnungen zurückzudrängen. Dies ist zunächst einmal der Anspruch sog. herrschaftsbegrenzender Verfassungen.⁸² Anders als sog. herrschaftsbegründende Verfassungen verfolgten sie nicht das Ziel, Herrschaft umfassend neu zu begründen, nämlich zum einen eine neue Ordnung zu etablieren und diese zum anderen auf eine neue Legitimationsgrundlage zu stellen. Stattdessen traten sie im Deutschland des 19. Jahrhunderts (lediglich) dazu an, eine vorhandene – monarchische – Gewalt im Interesse des aufstrebenden Bürgertums an Form- und Verfahrensvorschriften zu binden und ihnen gewisse Rechtspositionen vorzugeben. Zwar wurde der bürgerliche Stand hier auch in politische Entscheidungen involviert. Dabei ging es aber weniger darum, eine

⁸⁰ BVerfGE 123, 267 (381 ff. Rn. 298 ff.).

⁸¹ Kritisch dazu auch Kersten, JuS 2016, 193 ff., treffend: „Unsere Verfassung ist auf Krisenzeiten vorbereitet. Sie kommt ohne Ausnahmezustand aus. Not kennt nur ein Gebot: das Grundgesetz!“ (193).

⁸² Siehe hierzu und zum Folgenden Möllers, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (230 ff.).

politische Gewalt umfassend zu mobilisieren, als die politische Gewalt zur Entfaltung und Sicherung gesellschaftlicher Ordnungsbildungen zurückzudrängen. Das veranschaulicht zum Beispiel der Vorbehalt des Gesetzes, der stets (nur) dort eine gesetzgeberische Entscheidung verlangte, wo „Freiheit und Eigentum“ berührt wurden.⁸³ Auch nach der Demokratisierung politischer Herrschaft wird ein entsprechender Begrenzungsbedarf angemahnt und der Verfassung jene Begrenzungsfunktion zugedacht. Das zeigt sich eindrucksvoll an der herrschaftsbegründenden Verfassung der US-amerikanischen Verfassung: Die Verfassungsberatungen und die Diskussionen über die Ratifikation der US-Verfassung kreisten insbesondere um die Frage, wie eine Tyrannei verhindert und Freiheit geschützt werden können.⁸⁴ Im 20. Jahrhundert hat u.a. *Friedrich August von Hayek* für eine primär politikbegrenzende Verfassung plädiert.⁸⁵ Können ebenso demokratische Mehrheiten politische Macht konzentrieren und individuelle Freiheit bedrohen, habe dem eine Verfassung entgegenzuwirken.

bb) Verfassung als Ermöglichung von demokratischer Politik

Einer solchen Rolle treten Theorien entgegen, die die politikermöglichende Rolle des Rechts im Allgemeinen und des Verfassungsrechts im Besonderen akzentuieren. Dieser Theoriestrang beruft sich auf den demokratischen Legitimationstitel moderner Politik und den Selbststand politisch-demokratischer Freiheit. Sie vermögen, so die Argumentation, eine pauschale Begrenzung demokratischer Politik nicht zu erklären. Vielmehr drängen sie danach, politische Herrschaft zu institutionalisieren und demokratische Selbstbestimmung zu ermöglichen. Verfassungstheorie müsse daher immer eine demokratische Verfassungstheorie sein.⁸⁶

cc) Kompromiss: Verfassung als Verkopplung von (liberalen) Rechten und (demokratischer) Politik?

Beide Ansätze verweisen auf einen zutreffenden Punkt: Einerseits besitzt selbst demokratische Politik ein Exzesspotenzial für die individuelle Selbstbestimmung. Andererseits realisiert sich Selbstbestimmung auch in demokratischer Form. Verfassungen tun daher gut daran, demokratische Politik zu ermöglichen und gleichzeitig zu begrenzen. Diesem Anliegen fühlen sich Theorien verpflichtet, die eine wechselseitige Abhängigkeit von (Verfassungs-)Recht und (demokratischer) Politik betonen. Das gilt insbesondere für *Jürgen Habermas'* Rechts- und Verfassungslehre.⁸⁷ Hiernach verdienen nur solche Normen Anerkennung, die aus einem rationalen Diskurs hervorgehen. Einen solchen Diskurs stellen demokratisch-politische Verfahren bereit. Gleichzeitig sind jene demokratisch-politische Verfahren allerdings auf Rechte angewiesen. Denn nur diese stellen politische Mitwirkungsmöglichkeiten im Interesse gleicher Freiheit sicher. Recht kommt hiernach nicht ohne Politik, Politik aber gleichermaßen nicht ohne Recht aus. Vielmehr sind beide aufeinander angewiesen, lassen sich aber auch nicht identifizieren. Danach müsste die Funktion der Verfassung darin bestehen, Recht und Politik angemessen zu verkoppeln. Damit sie sich wechselseitig stützen können, brauchen sie indes zugleich Raum, um ihre Selbstständigkeit zu entfalten.

⁸³ Voßkuhle, JuS 2007, 118.

⁸⁴ Dies zeigt sich besonders deutlich in Federalist No. 51 (20.9.2026) von *James Madison*, worin dieser erörtert, wie die US-Verfassung eine staatliche Machtkonzentration zu verhindern versucht.

⁸⁵ Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl. 1991.

⁸⁶ Häberle, AöR 102 (1977), 27 ff.; Lepsius, *Der Staat* 52 (2013), 157 (168 ff.).

⁸⁷ Habermas, *Faktizität und Geltung*, 8. Aufl. 2023, insbes. S. 167 ff.; siehe auch Möllers, in: v. Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 227 (238 ff.).

dd) Implikationen: Gewaltenteilung

Mit der Idee der Gewaltenteilung werden unterschiedliche Zwecke verbunden. Prominent ist ein Theoriestrang, der im Interesse individueller Freiheit auf eine wechselseitige Kontrolle und ein Gleichgewicht von staatlicher Macht setzt.⁸⁸ In Anlehnung an die US-amerikanische Verfassungslehre ist insoweit auch von „checks and balances“ die Rede.⁸⁹ Im Hintergrund einer solchen Lesart deutet sich eher ein Verfassungsverständnis an, das auf eine Begrenzung politischer Gewalt setzt. Das Bundesverfassungsgericht betont demgegenüber in ständiger Rechtsprechung, dass die Gewaltenteilung auch dazu diene, dass „staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“⁹⁰. Insoweit besitzt der Grundsatz der Gewaltenteilung tendenziell eher eine politik- und herrschaftsermöglichende Stoßrichtung. Lässt man sich hingegen darauf ein, dass es darum geht, Recht und Politik zu verkoppeln, beide aber auch zu verselbstständigen, bietet sich ein davon abweichendes Verständnis der Gewaltenteilung an: Gewaltenteilung dient hiernach dazu, staatliche Funktionen so auf Institutionen zu verteilen, dass Recht und Politik einerseits angemessen verflochten werden, sich das Recht andererseits aber auch gegenüber der Politik verselbstständigt.⁹¹ Vor diesem Hintergrund könnten Legislative, Exekutive und Judikative als Ausschnitte eines Rechtserzeugungsprozesses verstanden werden, in dem sich Politik und Recht zunächst in Gestalt der Legislative treffen, bevor sich das Recht anschließend gegenüber dem politischen System zunehmend autonomisiert. Das zeigt sich bereits mit der Verwaltung. Es spitzt sich schließlich in der Judikative zu, deren Institutionen, Verfahren und Arbeitsweise sich weitgehend vom politischen System entkoppeln.

Hinweis: Das hielte zum Beispiel ein Argument dafür bereit, den Gerichtsprozess nicht nach politisch-demokratischen, sondern rechtlichen Eigenrationalitäten zu organisieren, also insbesondere den Kreis der Beteiligten auf die in eigenen Rechten Betroffenen zu begrenzen.

3. Elemente der Verfassung

Vorstellungen über die ideale Funktion und normative Zielrichtung lassen sich in der Verfassungstheorie aber nicht nur hinsichtlich der Verfassung als solcher, sondern auch hinsichtlich ihrer Elemente entfalten. Dies sei an ausgewählten Strukturen (a)), Institutionen (b)) und Rechten (c)) veranschaulicht.

a) Strukturen: Demokratie

Die Politik- und Demokratietheorie hat verschiedene Angebote unterbreitet, wie Demokratie verstanden werden kann. Dabei lassen sich beispielsweise solche Theorien identifizieren, die Demokratie stärker als einen rationalen Diskurs begriffen haben (aa)). Dem stehen Modelle gegenüber, die im demokratischen Prozess vorrangig einen Wettbewerb um politische Macht erblicken (bb)).

⁸⁸ Ein entsprechendes Verständnis von Gewaltenteilung findet sich in Federalist No. 47 (20.9.2026) bei *James Madison*.

⁸⁹ Die Formel der „checks and balances“ findet sich ebenso im bereits erwähnten Federalist No. 51 (20.9.2026) von *James Madison* über die Gewaltenteilung.

⁹⁰ BVerfGE 95, 1 (15).

⁹¹ Grundlegend Möllers, Gewaltengliederung, 2005.

aa) Demokratie als vernünftiger Diskurs über konsensfähige Normen

Demokratische Ordnungen stehen vor der Herausforderung, wie unter den Bedingungen einer pluralistischen Gesellschaft kollektive Normen begründet werden können, die eine hinreichende Akzeptanzfähigkeit besitzen. Ein im 20. Jahrhundert auf *Jürgen Habermas* zurückgehender Theoriestrang erblickt diese Möglichkeit in einem vernünftigen öffentlichen Diskurs. Das sog. Modell der deliberativen Demokratie begreift das Wesen der Demokratie folglich darin, durch einen rationalen Diskurs Normen zu begründen, die unter freien und gleichen Bürgern die begründete Zustimmung aller Betroffenen finden könnten.⁹² Dieser rationale Diskurs kennzeichnet sich durch die freie und gleiche Partizipationsmöglichkeit der Bürger. *Habermas* spricht insoweit auch von einem „herrschaftsfreien Diskurs“⁹³. Nur ein solcher biete die Grundlage dafür, dass sich seine Teilnehmer vollumfänglich an der Kraft des besseren Arguments orientieren und ihre Positionen allein im Lichte vernünftiger Gründe überprüfen können, sie sich „zwangslos dem Zwang des besseren Arguments“⁹⁴ hingeben.

Ein solches Modell ist voraussetzungsreich. Es operiert mit schwer erreichbaren kommunikativen Bedingungen. Außerdem ist zu bezweifeln, dass sich politische Selbstbestimmung vollständig rationalisieren lässt. Sind politische Positionen nicht immer auch Ausdruck individueller Präferenzen, die sich kaum verallgemeinern lassen? Das müsste insbesondere für die ausdifferenzierte Gesellschaft der Moderne gelten. In ihr ist jeder Einzelne in gänzlich unterschiedliche Lebenszusammenhänge verstrickt. Sie eröffnen jedem Einzelnen verschiedene Erfahrungswelten, die die Grundlage seiner kaum verallgemeinerungsfähigen politischen Präferenzen bilden.

bb) Demokratie als fairer Wettbewerb um politische Macht

Hier setzen voraussetzungsärmere Modelle an. Sie tragen regelmäßig nicht zu hohe rationale Erwartungen an politische Prozesse heran. In diesem Sinne versteht *Chantal Mouffe* die Politik als das Aufeinandertreffen von jedenfalls unterschiedlichen und zu einem gewissen Grad immer auch unvereinbaren politischen Werten.⁹⁵ Konsequenterweise zielt Demokratie daher auch nicht auf einen vernünftigen Diskurs, der die mit den konkurrierenden Werten verbundenen Konflikte auflöst. Stattdessen bestehe die Leistung der Demokratie darin, die unvermeidlichen politischen Konflikte in institutionalisierte Bahnen zu lenken und aus potenziell unversöhnlichen Feinden legitime Gegner zu machen.⁹⁶ *Mouffe* spricht davon, einen *Antagonismus* in einen *Agonismus*, einen geregelten Wettstreit konkurrierender Positionen, zu verwandeln.⁹⁷

In eine ähnliche Richtung weist *Josef Schumpeter*. Er begreift Demokratie als ein institutionelles Arrangement, in dem Politiker in einem Wettbewerb um die Stimmen der Wähler und um politische Führung konkurrieren.

„[D]ie demokratische Methode ist diejenige Ordnung der Institutionen zur Erreichung politischer Entscheidungen, bei welcher einzelne die Entscheidungsbefugnis vermittels eines Konkurrenzkampfs um die Stimmen des Volkes erwerben.“⁹⁸

⁹² Zum Begriff der deliberativen Politik siehe insbes. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 8. Aufl. 2023, 349 ff.

⁹³ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 12. Aufl. 1995.

⁹⁴ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 12. Aufl. 1995.

⁹⁵ *Mouffe*, Über das Politische, 8. Aufl. 2020, S. 17 ff.

⁹⁶ *Mouffe*, Über das Politische, 8. Aufl. 2020, S. 29 ff.

⁹⁷ *Mouffe*, Über das Politische, 8. Aufl. 2020, S. 29; *dies.*, Agonistik, S. 21 ff.

⁹⁸ *Schumpeter*, in: Breit/Massing/Buchstein, Demokratietheorien, 2011, S. 218.

Hierbei müsse der Einzelne auch nicht von seinen Präferenzen Abstand nehmen. An die Stelle eines Diskurses mit rationalen Argumenten tritt der Wettbewerb konkurrierender Interessen und Meinungen.

cc) Implikationen: Parlament als Forum rationaler Deliberation oder als Arena legitimer politischer Gegnerschaft?

Implikationen besitzen die verschiedenen Theorien beispielsweise für das Verständnis der Rolle des Parlaments. Vor dem Hintergrund einer diskurstheoretischen Folie erscheint das Parlament als ein Ort rationaler Deliberation. Seine zentrale Funktion liegt danach weniger in der bloßen Artikulation politischer Präferenzen, sondern vielmehr in der öffentlichen und vernünftigen Beratung über allgemein zustimmungsfähige Normen. Begreift man den demokratischen Prozess hingegen eher als einen Wettbewerb konkurrierender politischer Konzepte um politische Macht, hat das Parlament die unterschiedlichen, teils unvereinbaren politischen Positionen abzubilden. Das parlamentarische Verfahren hat Konflikte nicht aufzulösen und Konsens zu erzeugen, sondern Konflikte auszuhalten und Unterschiede hervorzuheben.

Hinweis: Konkrete rechtliche Relevanz gewinnt dies zum Beispiel für die Beurteilung des parlamentarischen Rederechts: Am Maßstab eines wettbewerbs- und konfliktorientierten Demokratiebegriffes besitzen Zuspitzung und symbolische Kommunikation in der parlamentarischen Debatte einen legitimeren Anwendungsbereich als für ein deliberatives Diskursmodell. Das hält zum Beispiel Implikationen für die Handhabung von § 38 GO BT bereit: Hiernach können Mitglieder des Bundestages „wegen gröblicher Verletzung der Ordnung oder der Würde des Bundestages“ von einer Sitzung ausgeschlossen werden. Im Lichte eines wie eben skizzierten demokratietheoretischen Modells erfolgt politische Willensbildung in der Mediendemokratie immer auch symbolisch verdichtet und sprachlich zugespitzt. Der Ausschluss von Abgeordneten allein wegen des Tragens von symbolbehafteter Kleidung erfüllt den Tatbestand von § 38 GO BT noch nicht. Wenn außerdem § 28 GO BT dem Bundestagspräsidenten für die Bestimmung der Reihenfolge der Redner mehrere Kriterien an die Hand gibt, wäre an dieser Stelle zu ergänzen: Das Kriterium der Rede und Gegenrede von Regierung und Opposition müsste vor dem Hintergrund eines stärker konfliktorientierten Demokratiebegriffs zu einem dominanten Faktor avancieren.

b) Institutionen: Verfassungsgericht

Nicht nur Großbegriffe wie die der Demokratie sind auf theoretische Aufklärung angewiesen, sondern ebenso Institutionen. Ihre Rolle in der Verfassungsordnung erschließt sich regelmäßig nicht ohne Weiteres mit Blick auf das positive Recht. Das gilt oftmals auch für Verfassungsgerichte. Für sie lassen sich unterschiedliche Funktionszuschreibungen beobachten.

aa) Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung

Die Notwendigkeit und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich zunächst einmal aus der Normenhierarchie ableiten. Beansprucht die Verfassung einen Vorrang gegenüber dem einfachen Gesetzesrecht, so bedarf es einer Institution, die diesen Vorrang im Konfliktfall auch durchsetzt. Weil hier die Auflösung eines rechtlichen Konflikts in Rede steht, benötigt es dafür ein nach rechtlichen Grundsätzen verhandelndes Organ, das sich primär an rechtlichen Eigengesetzlichkeiten orientiert. Das leistet ein Verfassungsgericht. Prominenter Vertreter einer solchen Theorie ist *Hans*

Kelsen.⁹⁹ Er begreift die Verfassungsgerichtsbarkeit als einen „negativen Gesetzgeber“, der die Vorgaben der Verfassung für den Gesetzgeber sichert.

bb) Verfassungsgericht als Hüter des politischen Prozesses

Nach vorangegangener Theorie fühlt sich das Verfassungsgericht schlicht dem Vorrang der Verfassung verpflichtet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich jedoch auch stärker zugunsten der Funktionsfähigkeit des politischen Prozesses instrumentalisieren. Das Verfassungsgericht übt auch hiernach eine kontrollierende Funktion aus. Sie bezieht sich jedoch nicht auf alle Verfassungsnormen gleichermaßen, sondern auf jene, die die demokratische Qualität des politischen Prozesses sicherstellen. In diesem Sinne soll die Verfassungsgerichtsbarkeit etwa nach der *political process theory* sicherstellen, dass der politische Prozess inklusiv bleibt und die Mechanismen demokratischer Repräsentation gewahrt werden. Die Verfassungsgerichtsbarkeit solle vor allem dort eingreifen, wo Mehrheiten den politischen Wettbewerb verzerren oder strukturelle Minderheiten („discrete and insular minorities“) ohne gerichtliche Intervention ansonsten von politischer Teilhabe ausgeschlossen werden.¹⁰⁰ Diese von *John Hart Ely* vertretene Theorie erschließt sich insbesondere auf der Basis eines Verfassungsverständnisses, das auf die Ermöglichung des politischen Prozesses setzt (2. b) bb)).

cc) Implikationen: Kontrollfokus und Kontrolldichte

Die verschiedenen Theorien der Verfassungsgerichtsbarkeit implizieren unterschiedliche Kontrollperspektiven und Kontrolldichten von Verfassungsgerichten. Für die erstgenannte, juristische Theorie bestimmen sich diese schlicht danach, ob und inwiefern das geltende Verfassungsrecht ein Gebot statuiert; eine Relevanz für den politischen Prozess ist unerheblich. Demgegenüber würde die *political process theory* eine umso intensivere gerichtliche Kontrolldichte anmahnen, je stärker der Fall die Bedingungen chancengleichen politischen Wettbewerbs tangiert oder strukturelle Minderheiten betrifft.¹⁰¹ Eine Rechtsfrage, die wie zum Beispiel auf dem Gebiet sozio-ökonomischer Konflikte (Steuern, Rente, Arbeit, ...) weniger die Bedingungen als die Folgen des politischen Prozesses berührt, würde daher eine zurückgenommenere gerichtliche Kontrolle erfordern als die Ausgestaltung des politischen Prozesses (z.B. Wahlrecht).

Hinweis: In der juristischen Rechtsanwendung ließen sich diese Überlegungen beispielsweise fruchtbar machen, wenn ein Gesetz aus einer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollperspektive auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft wird. Hier könnten speziell bei einer Verhältnis- und Angemessenheitsprüfung – je nach Vorverständnis – unterschiedliche Kontrollintensitäten angenommen werden.

c) Rechte: Menschenwürde

Art. 1 Abs. 1 S. 1 des Grundgesetzes erklärt die „Würde des Menschen“ für „unantastbar“. Hierbei handelt es sich nach ganz herrschender Meinung nicht nur um eine unverbindliche Verfassungs-

⁹⁹ Siehe dazu *Kelsen*, in: van Ooyen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, 2. Aufl. 2019, S. 58 ff.

¹⁰⁰ *Ely*, *Democracy and Distrust*, 1980, S. 105 ff., 135 ff.

¹⁰¹ *Ely*, *Democracy and Distrust*, 1980, S. 105 ff., 135 ff.

programmatik, sondern um einen Satz des geltenden Verfassungsrechts.¹⁰² An einer Bestimmung des Normgehalts führt daher nichts vorbei. Orientierung können dabei verschiedene Theorien geben.¹⁰³

aa) Menschenwürde als Eigenwert des Menschen

Mehrere Modelle begreifen die Menschenwürde als eine – wie auch immer geartete – Eigenwertigkeit des Menschen.¹⁰⁴ Ein solches Verständnis erschließt sich unter anderem vor dem Hintergrund von christlich begründeten Modellen der Menschenwürde. Nachhaltig wirkte etwa die Lehre der Gottes-ebenbildlichkeit (Imago-Dei-Lehre)¹⁰⁵: Hat Gott den Menschen nach seinem Ebenbild geschaffen, komme dem Menschen eine (göttlich vermittelte) einzigartige Würde zu. Eine als innerer Wert verstandene Menschenwürde kann aber auch auf den Menschenwürdebegriff bei *Immanuel Kant* aufbauen.¹⁰⁶ Dieser leitet die Menschenwürde aus der dem Menschen eigenen Vernunft- und Autonomiefähigkeit ab. Damit gelangt er auf der Basis abweichender Vorannahmen zu einer mit der christlichen Würdebegründung vergleichbaren Schlussfolgerung: Die Menschenwürde ist eine allen Menschen innewohnende und unveränderliche Qualität.

bb) Menschenwürde als Bedingung und Ausdruck gelungener Selbstdarstellung (Leistungstheorie)

Ein solches werthafte Verständnis der Menschenwürde hat von verschiedenen Seiten Kritik erfahren. *Niklas Luhmann* zum Beispiel weist die Position zurück, dass der Mensch einen spezifischen Wert qua Naturausrüstung „hat“ oder „in sich trägt“.¹⁰⁷ Menschenwürde markiere stattdessen, so *Luhmann*, die Bedingungen für eine gelungene öffentliche Selbstdarstellung der Persönlichkeit.¹⁰⁸ Nur so könne der Mensch seine Persönlichkeit stabilisieren und komme als ein Kommunikationspartner in Betracht.¹⁰⁹

„Der Mensch soll sich vor jedermann sehen lassen können!“¹¹⁰

Ein so verstandenes, auch als Leistungstheorie bezeichnetes Menschenwürdeverständnis schützt demnach vor den Gefährdungen für eine gelungene, und das bedeutet insbesondere eine freie¹¹¹ Selbstdarstellung in sozialen Beziehungen. Eine solche Perspektive blickt demnach nicht auf eine etwaige innere Qualität des Menschen, sondern auf dessen Möglichkeit zur Selbstentfaltung in sozialen

¹⁰² Siehe nur *Wapler*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Rn. 42.

¹⁰³ Zum Folgenden siehe bereits *Honer*, in: Eisentraut u.a., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 2026, Art. 1 (i.E.).

¹⁰⁴ *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (125 ff.).

¹⁰⁵ *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 177; zu verschiedenen Erklärungsansätzen siehe von der *Pfordten*, Menschenwürde, 2016, S. 21–24.

¹⁰⁶ Siehe dazu insbes. *Kant*, in: der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Kant's gesammelte Schriften, Bd. 4, 1903, S.428 ff.

¹⁰⁷ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 68.

¹⁰⁸ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 61 ff., siehe insbesondere: „die äußeren und inneren Vorbedingungen der Selbstdarstellung als individuelle Persönlichkeit im Kommunikationsprozeß“ (70); kritisch *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 1, Rn. 44 sowie *Starck*, JZ 1981, 457 (463).

¹⁰⁹ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 69.

¹¹⁰ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 70.

¹¹¹ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 66.

Verbindungen. Das betrifft beispielsweise das Eindringen in die Intimsphäre, das dazu geeignet ist, die öffentliche Selbstdarstellung zu sabotieren und die Persönlichkeitsentfaltung zu verhindern.¹¹²

cc) Menschenwürde als Folge wechselseitiger Anerkennung (Kommunikationstheorie)

Nach teilweise vertretener Auffassung lasse sich die Menschenwürde weder als eine spezifische Qualität des Menschen noch als eine individuelle Leistung begreifen. Mit Blick auf die soziale Bedingtheit der individuellen Autonomie wird die Menschenwürde stattdessen als ein Produkt sozialer Anerkennung verstanden. Dabei gehe es nicht nur um „wechselseitige Achtung des Lebens, der Unverletzlichkeit und der Freiheit im negativen Sinne gegenseitiger Ungestörtheit“, sondern auch um „gegenseitige Anerkennung des anderen in seiner Eigenart und individueller Besonderheit“¹¹³. Die Würde sei demnach „kein Substanz-, Qualitäts- oder Leistungs-, sondern ein Relations- oder Kommunikationsbegriff“¹¹⁴. Dementsprechend ist auch von „Anerkennungstheorie“¹¹⁵ oder „Kommunikationstheorie“¹¹⁶ die Rede.

dd) Implikationen: Folter als Missachtung der Menschenwürde!

Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass Folter den aus der Menschenwürde resultierenden Achtungsanspruch vermissen lasse.¹¹⁷ Warum ist das so? Die verschiedenen Theorien bieten hierfür unterschiedliche Erklärungen. Resultiert die Menschenwürde mit *Immanuel Kant* aus der Autonomie des Menschen, verletzt Folter die Würde, weil sie den Menschen zur Durchsetzung fremder Zwecke instrumentalisiert. Sie missachtet damit seine aus der Autonomie folgende Fähigkeit zur Setzung eigener Zwecke. Für die Leistungstheorie kommt es nicht auf die Missachtung einer wie auch immer gearteten inneren Qualität an, sondern auf die Etablierung einer Persönlichkeit in sozialen Netzwerken. Danach verletzt die Folter die Menschenwürde nicht allein schon deshalb, weil das Individuum hierdurch zur Abgabe einer Erklärung gezwungen wird, sondern weil die unter Zwang abgegebene Erklärung ihm der Möglichkeit beraubt, sich glaubwürdig gegenüber Dritten zu der Äußerung zu bekennen.¹¹⁸ Dadurch fällt er als authentischer Kommunikationspartner aus. Die Anerkennungstheorie erklärt die Menschenwürdeverletzung schließlich damit, dass die Folter die grundlegende wechselseitige Anerkennung von Personen aufhebt, die Person durch die Verobjektivierung gleichsam aus dem Verhältnis gegenseitiger Achtung ausgeschlossen ist.

Hinweis: In der juristischen Fallbearbeitung kann speziell bei recht voraussetzungsreichen Rechtsbegriffen wie der Menschenwürde die Vielfalt unterschiedlicher Interpretationszugänge transparent gemacht werden und es können namentlich die in der Grundrechtstheorie etablierte Mitgifttheorie, Leistungs- und Kommunikationstheorie angeführt werden.

¹¹² Luhmann, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 67.

¹¹³ Hofmann, AöR 118 (1993), 353 (370).

¹¹⁴ Hofmann, AöR 118 (1993), 353 (364).

¹¹⁵ Poscher, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 17 Rn. 61.

¹¹⁶ Hufen, JuS 2010, 1 (2).

¹¹⁷ Augsberg, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 75; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 21; Wapler, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Rn. 109.

¹¹⁸ Enders, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 2024, § 30 Rn. 43.

4. Horizonte

a) Postformale Verfassungstheorien?

Es ist wissenschaftlich legitim, das Verfassungsrecht aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Perspektiven zu durchleuchten. Sie müssen sich nicht der Logik des positiven Verfassungsrechts unterwerfen, sondern können eigene Erkenntnisinteressen verfolgen, wissenschaftliche Maßstäbe entfalten und verschiedene Kontrastfolien an das geltende Verfassungsrecht herantragen. Dementsprechende Herangehensweisen lassen sich auch zahlreich beobachten. Sie können zum Beispiel das Verfassungsrecht, das regelmäßig in abstrakten Formen denkt, über etwaige materielle strukturelle Ungleichheiten aufklären. Sie werden deshalb auch als postformale Verfassungstheorien bezeichnet.¹¹⁹ Das gilt allen voran für feministische Verfassungstheorien.¹²⁰ Sie treten dazu an, über die Diskrepanz von Rechten und Wirklichkeit, etwa einer faktischen Unterrepräsentation von Frauen im politischen Prozess, zu informieren. Verfassungstheorien können aber auch die Verstrickung verfassungsrechtlicher Strukturen mit Traditionen des Unrechts aufdecken. Dem fühlen sich etwa postkoloniale Verfassungstheorien verpflichtet.¹²¹

b) Verfassungstheorien der Autonomie des Individuums!

Solche Theorien neigen nicht selten dazu, ihre Erklärungsversuche überzustrapazieren.¹²² Gleichwohl haben sie ihre Berechtigung. Wenn sie aufzeigen, dass es formalen Gleichheitsgarantien misslingt, faktische Diskriminierungen abzubauen, sie diese gar perpetuieren und reproduzieren, stellen sie sich in den Dienst einer an gleicher Freiheit orientierten Verfassung. Wenn sie aufdecken, wie universelle Ansprüche bisweilen systematisch vorenthalten wurden, zeigen sie, dass die Postulierung universeller Ideale nicht davor bewahrt, sie selektiv anzuwenden, um strukturelle Ausschlüsse und Ungleichheiten fortzuschreiben.

Das sollte aber nicht dazu führen, ein emanzipatorisches Projekt in Gänze zu diskreditieren. Vielmehr sollte es zu einer anhaltenden kritischen Prüfung veranlassen, wo das Freiheits- und Gleichheitsversprechen auch heute noch nicht eingelöst wird. Insoweit können entsprechende Perspektiven blinde Flecken des „formalen“ Verfassungsrechts aufdecken. Dabei empfiehlt es sich jedoch, am Ziel gleicher Freiheit festzuhalten. Die gleiche Freiheit eignet sich in einer weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft am ehesten als Leitwert einer Verfassungstheorie. Will die Verfassungstheorie obendrein zur Erkenntnis des geltenden Verfassungsrechts beitragen, sollte sie sich ohnehin an der Idee gleicher Freiheit orientieren. Immerhin bildet die gleiche Autonomie den Basiswert von Verfassungen wie der des Grundgesetzes.¹²³ Auf der Basis einer solchen Verfassungstheorie der Autonomie lassen sich dann auch durchaus die Voraussetzungen von Freiheit, die strukturellen Hürden für ihre effektive Realisierung, die Inkonsistenzen im Recht und in der Rechtspraxis bei der Gewährung gleicher Freiheit kritisch analysieren, ohne die Idee einer auf gleiche Freiheit gepolten Verfassung zu verwerfen. Das erscheint gerade dann ratsam, wenn autoritäre Verfassungstheorien die Bühne betreten,

¹¹⁹ Möllers/Müller-Mall, Verfassungstheorie, 2024, S. 155–160.

¹²⁰ MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State, 1989.

¹²¹ Pichl, KJ 45 (2012), 131 ff.

¹²² Siehe nur Möllers/Müller-Mall, Verfassungstheorie, 2024, S. 171: „So ist es kaum möglich, Verfassungstraditionen zu finden, die nicht in der einen oder anderen Art durch den Kolonialismus geprägt wurden.“

¹²³ Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 340 ff.

die nicht auf eine Kritik, sondern auf die Überwindung des liberal-demokratischen Verfassungsprojekts zielen.

Fühlt sich eine Verfassungstheorie dem Ziel der individuellen Autonomie verpflichtet, führt an einer formalen Verfassungstheorie im Übrigen langfristig kein Weg vorbei: Das Denken in formalen Rechten und das Beharren auf rechtlichen Formen unterstreicht, dass grundlegende Rechte nicht erst über soziale Zusammenhänge, historische Verstrickungen oder materielle Voraussetzungen vermittelt bzw. bedingt sind, sondern das Individuum letztlich kraft seiner Stellung als ein autonomes Subjekt adressieren.

IV. Abschluss: Perspektivenvielfalt der Verfassungstheorie

Zahlreiche Argumente und Begriffe des Verfassungsrechts sind auf eine theoretische Aufklärung angewiesen. Hier kommt die Verfassungstheorie ins Spiel. Verfassungstheorie ist für die Erkenntnis des positiven Verfassungsrechts daher bisweilen unerlässlich. Indem die Verfassungstheorie Regelungsalternativen aufzeigen kann, ist sie darüber hinaus ebenso für die Erzeugung neuen Verfassungsrechts relevant. Aber auch jenseits der Rechtsgewinnung besitzt die Verfassungstheorie gewinnbringende Potenziale. Sie erlaubt es, Verfassungen losgelöst von ihrer Anwendung auf einen konkreten Fall wissenschaftlich zu beobachten – so etwa ihre grundlegende Teleologie zu ergründen, (ungewollte) Wirkungen zu erkennen und fortwirkende Traditionslinien nachzuzeichnen, letztlich: die Verfassung – als eines der bedeutendsten Phänomene der Moderne – aus unterschiedlichen Perspektiven und mit diversen Erkenntnisinteressen zu analysieren.

Die Beleidigung gemäß § 185 StGB – Grundlagen, Tatbestandsmerkmale und Prüfungssystematik (Teil 3) –*

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Stark-Lütke Schwienhorst, Hamburg**

7. Taterfolg.....	991
8. Qualifikation gem. § 185 Hs. 2 StGB.....	992
a) Die öffentliche Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 1 StGB.....	992
b) Die Beleidigung in Versammlungen gem. § 185 Hs. 2 Alt. 2 StGB.....	993
c) Die Beleidigung durch Verbreiten von Inhalten gem. § 185 Hs. 2 Alt. 3 StGB.....	994
d) Die tätliche Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 4 StGB.....	994
9. Subjektiver Tatbestand.....	995
10. Rechtswidrigkeit.....	996
11. Schuld.....	998
12. Prozessuales: Strafantrag (§ 194 StGB) und wechselseitig begangene Beleidigungen (§ 199 StGB).....	998
a) Strafantrag (§ 194 StGB).....	998
b) Wechselseitig begangene Beleidigungen (§ 199 StGB).....	998
13. Öffentliche Bekanntgabe (§ 200 StGB).....	999
II. Weitere Qualifikation gem. § 188 Abs. 1 StGB: Die gegen Personen des politischen Lebens gerichtete Beleidigung.....	999

7. Taterfolg

Der Taterfolg der Beleidigung besteht darin, dass die ehrenrührige Äußerung von einem anderen zur Kenntnis genommen wird. Im Falle eines ehrverletzenden Werturteils ist dabei nicht erforderlich, dass dieser andere mit dem Betroffenen identisch ist.¹

Fall 27: B ruft O leise hinterher, dass dieser ein Depp sei, was O jedoch nicht mehr hören kann. Die direkt neben O stehende N hat die Äußerung jedoch gehört.

* Teil 1 ist in Ausgabe 3/2026, Teil 2 in Ausgabe 4/2026 erschienen.

** 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 Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 22 Rn. 14.

Darüber hinaus setzt die Tatvollendung nach h.M. voraus, dass der Adressat der ehrenrührigen Äußerung deren ehrenrührigen Inhalt zumindest sinngemäß erfasst.²

Fall 28: H bezeichnet seine Nachbarin N, die sich wiederholt über die aus seiner Wohnung dringende abendliche Klaviermusik beschwert hat, in freundlichem Ton als „Xanthippe“. Die nur mittelmäßig gebildete N versteht die Äußerung als Kompliment und reagiert erfreut.

8. Qualifikation gem. § 185 Hs. 2 StGB

§ 185 Hs. 2 StGB sieht für den Fall, dass die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB oder mittels einer Tätlichkeit begangen wird, einen erhöhten Strafraum vor.

a) Die öffentliche Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 1 StGB

Fall 29: Twitter-Nutzer T twittet auf seinem öffentlichen Twitter-Profil an den Hamburger Innensenator Andy Grote gerichtet: „Du bist so 1 Pimmel“.³

Fall 30: Die Twitter-Nutzerin V sieht den Tweet des T und retweetet ihn, ohne hierzu einen eigenen Kommentar abzugeben.

Die Qualifikation der öffentlichen Beleidigung zielt namentlich auf im Internet begangene Beleidigungen ab⁴, ist in ihrem Anwendungsbereich jedoch nicht auf das Internet als Verbreitungsmedium beschränkt. Öffentlich begangen ist eine Beleidigung, wenn sie von einem größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder durch nähere Beziehungen nicht verbundenen Personenkreis wahrgenommen werden kann.⁵ Erfolgt die Beleidigung im Internet, ist sie öffentlich i.S.d. § 185 Hs. 2 Alt. 1 StGB, sofern sie für Nutzer frei abrufbar ist.⁶

In *Fall 29* kommt eine Strafbarkeit des T wegen öffentlicher Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 1 StGB in Betracht, da er den Tweet für beliebige Nutzer frei lesbar auf der Plattform X (ehemals Twitter) veröffentlicht hatte und dieser mithin von einem größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten und durch nähere Beziehungen nicht verbundenen Personenkreis wahrgenommen werden konnte.

In *Fall 30* hat V den Tweet des T zwar retweetet und ihn damit einem ebenso unbestimmten Personenkreis zugänglich gemacht. Da die Beleidigung ein höchstpersönliches Äußerungsdelikt ist, kann Täter

² Tenckhoff, JuS 1988, 787 (789); Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 18; Bock, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 265; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 595; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 444.

³ Vgl. die sog. „Pimmelgate-Affäre“ um den Hamburger Innensenator Andy Grote: Der betreffende Tweet löste nicht nur die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Absender wegen Beleidigung aus, sondern hatte darüber hinaus die Durchsuchung von dessen Wohnung zur Folge, was in der Öffentlichkeit und den Medien auf erhebliche Kritik stieß, z.B. bei Twickel im Interview mit Marlon P., Zeit v. 12.9.2021 (24.9.2026); FAZ v. 9.9.2021 (24.9.2026).

⁴ BT-Drs. 19/17741, S. 35; zur öffentlichen Beleidigung Doerbeck, JR 2021, 55 (55 ff.).

⁵ BT-Drs. 19/17741, S. 35; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 447.

⁶ BT-Drs. 19/17741, S. 35.

jedoch nur sein, wer seine eigene Nicht- oder Missachtung kundgibt.⁷ Die strafrechtliche Bewertung des kommentarlosen Teilens oder Retweetens strafbarer Inhalte Dritter ist umstritten.⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung stellt das kommentarlose Retweeten eines Tweets keine Kundgabe einer eigenen Äußerung dar, sondern einen bloßen Hinweis auf die Äußerung eines anderen, in *Fall 30* auf diejenige des T. Da V ihren Retweet nicht kommentiert und sich den Inhalt des Tweets damit nicht zu eigen gemacht hat, fehlt es an der Kundgabe einer eigenen Nicht- oder Missachtung. Eine Täterstrafbarkeit der V wegen öffentlicher Beleidigung scheidet damit aus. Ob das Teilen einer auf einer Social-Media-Plattform geäußerten Beleidigung eine strafbare Beihilfe begründen kann, ist ebenfalls umstritten. Fraglich ist dabei bereits, ob eine Beihilfestrafbarkeit überhaupt in Betracht kommt, da die Beleidigung grundsätzlich mit der Kenntnisnahme und dem Verstehen ihres ehrenrührigen Sinns durch einen Dritten vollendet ist.⁹ In der Literatur wird hierzu vertreten, dass bei Beleidigungen im Internet, jedenfalls so lange, bis sie von ihrem Urheber gelöscht werden, von einer Dauerkundgabe auszugehen sei, sodass auch nach Abgabe des beleidigenden Posts oder Tweets eine strafbare Beihilfe noch möglich bleibe.¹⁰ Ein Hilfeleisten i.S.d. § 27 StGB dürfte im vorliegenden Fall durch V gleichwohl nicht vorliegen, da sie durch den Retweet zwar die Kenntnisnahme durch weitere Personen ermöglicht hat, der ursprüngliche Äußerungsgehalt jedoch keine eigene Kundgabe der V darstellt und die Vollendungshandlung bereits mit der ursprünglichen Veröffentlichung abgeschlossen war.¹¹

Ein Beispiel für eine öffentliche Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 1 StGB außerhalb des digitalen Raums bildet der bereits dargestellte *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 H8TE STUPID ASS PROF. F“.

b) Die Beleidigung in Versammlungen gem. § 185 Hs. 2 Alt. 2 StGB

Eine Versammlung i.S.d. § 185 Hs. 2 Alt. 2 StGB setzt eine räumlich zu einem bestimmten Zweck vereinigte größere Anzahl von Personen voraus.¹²

Fall 31: Politiker P äußert sich in einer Rede auf dem Parteitag seiner Partei über eine bekannte Fernsehmoderatorin mit den Worten, diese sei als „verblödetes Blondchen“ geradezu symptomatisch für das niedrige Niveau im Privatfernsehen.

⁷ Reinbacher, JZ 2020, 558 (559); Eckel/Rottmeier, NStZ 2021, 1 (4); Krischker, JA 2013, 488 (490).

⁸ Hier nur etwa Krischker, JA 2013, 488 (493 ff.).

⁹ BGHSt 9, 17 (19); Reinbacher, JZ 2020, 558 (560).

¹⁰ Reinbacher, JZ 2020, 558 (560 f.); Reinbacher (JZ 2020, 558 [561]) schlägt hier nur die Rechtsfigur der sog. „durativen Tatbegehung“ vor, die sich durch eine kontinuierliche Fortsetzung des Delikts bei gleichbleibendem Vorsatz, welche trotz bereits eingetretener Verletzung des Rechtsguts zu einer Intensivierung des Tatunrechts führt, auszeichnet.

¹¹ Reinbacher, JZ 2020, 558 (562 f.).

¹¹ Vgl. auch Reinbacher, JZ 2020, 558 (563).

¹² BT-Drs. 19/17741, S. 35; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 447.

Die Qualifikation der Beleidigung in einer Versammlung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 2 StGB entfaltet gegenüber der öffentlichen Beleidigung namentlich bei geschlossenen Versammlungen eigenständige Bedeutung.¹³

c) Die Beleidigung durch Verbreiten von Inhalten gem. § 185 Hs. 2 Alt. 3 StGB

Eine Beleidigung ist gem. § 185 Hs. 2 Alt. 3 StGB qualifiziert, wenn sie durch Verbreiten eines Inhalts i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB begangen wird.

Gem. § 11 Abs. 3 StGB sind Inhalte solche, die in Schriften, auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder, auch unabhängig von einer Speicherung, mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden.

Auch diese Qualifikation zielt namentlich auf im Internet geäußerte Beleidigungen ab.¹⁴ Im Unterschied zur öffentlichen Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 1 StGB erfasst sie jedoch auch Beleidigungen, die in nichtöffentlichen Gruppen oder gegenüber einem zahlenmäßig begrenzten Personenkreis, etwa in einer geschlossenen Benutzergruppe, geäußert werden, sofern der Äußernde die Weiterverbreitung der Beleidigung durch die Empfänger nicht zu kontrollieren vermag.¹⁵

Fall 32: In der geschlossenen Chat-Gruppe „Quasselgruppe“ auf WhatsApp sind mindestens 76 Bundestagsabgeordnete der A-Partei Mitglied. Ein Mitglied der „Quasselgruppe“ schreibt über die damalige Bundeskanzlerin M, diese sei eine „Ratte“ und „Volksverräterin“.¹⁶

Ein Verbreiten liegt im Internet bereits dann vor, wenn die die ehrenrührige Äußerung enthaltende Datei auf dem Rechner des Nutzers angekommen ist, unabhängig davon, ob dies im temporären Arbeitsspeicher oder auf einem permanenten Speichermedium geschehen ist.¹⁷ Nicht erforderlich ist, dass der Nutzer von der Möglichkeit des Datenzugriffs tatsächlich Gebrauch gemacht oder der Anbieter die Daten aktiv übermittelt hat.¹⁸

d) Die tätliche Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 Alt. 4 StGB

§ 185 Hs. 2 Alt. 4 StGB sieht einen erhöhten Strafraum vor, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird.

Eine tätliche Beleidigung setzt voraus, dass der Täter unmittelbar auf den Körper des Betroffenen einwirkt und dadurch seine Nicht- oder Missachtung kundgibt.¹⁹

Fall 33: T schneidet die Haare seiner jüngeren Schwester O ab, um sie zu erniedrigen, weil sie gegen den Willen der Familie eine Beziehung mit einem deutlich älteren Mann führt. In diesem Fall liegt nicht lediglich eine Körperverletzung gem. § 223 StGB vor. Das Abschneiden des Haares begründet

¹³ BT-Drs. 19/17741, S. 35.

¹⁴ BT-Drs. 19/17741, S. 35; Simon, JR 2020, 599 (602).

¹⁵ BT-Drs. 19/17741, S. 35.

¹⁶ Fall angelehnt an den Skandal um die ursprünglich geheime AfD-Chatgruppe, aus der rund. 40.000 Posts den Medien zugespielt wurden, sog. AfD-Leaks, vgl. hier nur etwa die WDR/NDR Reportage „Die Jagd – Die geheimen Chats der AfD-Bundestagsfraktion“ (24.9.2026).

¹⁷ BT-Drs. 19/17741, S. 35.

¹⁸ BT-Drs. 19/17741, S. 35.

¹⁹ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 467; Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 23 Rn. 12; Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 40.

zwar einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, erschöpft sich hierin jedoch nicht. Entscheidend ist vielmehr, dass T durch die Handlung zugleich seine Missachtung gegenüber O zum Ausdruck bringt und die Handlung erkennbar auf deren Erniedrigung abzielt. Die körperliche Einwirkung dient damit als Ausdrucksmittel einer Geringschätzung, die den sozialen Geltungsanspruch der O beeinträchtigt.

Fall 34: In der U-Bahn wird T von Kontrolleur O nach seinem Fahrschein gefragt. Anstatt das Fehlen eines gültigen Fahrscheins einzuräumen, spuckt T dem O ins Gesicht, um auf diese Weise seine Geringschätzung ihm gegenüber zum Ausdruck zu bringen.

Fall 35: C teilt D mit, dass F, die Freundin des D, in der Schule bekannt dafür sei, „jeden ranzulassen“. D, dem an der Ehre der F mehr gelegen ist als an einer verbalen Erwiderung, verpasst C daraufhin eine kräftige „Respektschelle“ – nicht um ihn zu verletzen, sondern um ihn zu demütigen und ihm auf dem kürzesten Weg begreiflich zu machen, dass derartige Äußerungen über F nicht folgenlos bleiben. Die körperliche Einwirkung des D auf C begründet nicht lediglich eine Körperverletzung gem. § 223 StGB, sondern zugleich eine tätliche Beleidigung gem. § 185 StGB: Entscheidend ist, dass D den Schlag nicht als bloße Gewaltanwendung, sondern als körperlich vermittelte Reaktion auf die von C geäußerte Herabsetzung der F einsetzt und damit zugleich seine Missachtung gegenüber C zum Ausdruck bringt. Die körperliche Einwirkung dient damit als Ausdrucksmittel einer Geringschätzung. Sie richtet sich nicht primär gegen die körperliche Unversehrtheit des C, sondern gegen dessen sozialen Geltungsanspruch, den D durch den Schlag demonstrativ in Frage stellt. Dass D durch den Schlag zugleich auf die Äußerung des C reagiert und dessen Verhalten als ehrmindernd empfindet, macht den kommunikativen Charakter der Handlung unmittelbar kenntlich.

Die Annahme einer tätlichen Beleidigung setzt stets eine körperliche Berührung des Betroffenen voraus.²⁰ Der Eintritt eines Körperverletzungserfolgs ist hingegen nicht erforderlich.²¹

Nicht jede Körperverletzung stellt zugleich eine Beleidigung des Betroffenen dar.²² Erforderlich ist vielmehr, dass die Tätlichkeit über die Körperverletzung hinaus eine eigenständige Herabsetzung der Ehre des Betroffenen zum Ausdruck bringt.²³

9. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht genügt Eventualvorsatz hinsichtlich sämtlicher Merkmale des objektiven Tatbestands.²⁴ Begeht der Täter die Beleidigung durch die Äußerung unwahrer Tatsachen, muss sich der Vorsatz nach h.M. auch auf die Unwahrheit der behaupteten Tatsache erstrecken.²⁵

²⁰ Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 40; a.A. Geppert, Jura 1983, 580 (588).

²¹ Bock, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 279.

²² Tenckhoff, JuS 1988, 787 (790); Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 601.

²³ Tenckhoff, JuS 1988, 787 (790); Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 601.

²⁴ Eppner/Hahn, JA 2006, 860 (861); Rogall, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 185 Rn. 19; Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 598.

²⁵ Eppner/Hahn, JA 2006, 860 (861); Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 598.

10. Rechtswidrigkeit

§ 193 StGB regelt mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen einen besonderen Rechtfertigungsgrund,²⁶ der nach h.M. nicht analogiefähig ist.²⁷

Gem. § 193 StGB sind tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen oder Tathandlungen nach § 192a StGB, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgenommen werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

Für die Falllösung ist dabei namentlich die Prüfung einer Rechtfertigung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB von Bedeutung.

Gerechtfertigt ist eine Äußerung nach dieser Vorschrift, wenn das Interesse des Täters den Achtungsanspruch des Betroffenen überwiegt.²⁸ Als berechtigt in diesem Sinne gelten alle von der Rechtsordnung als schützenswert anerkannten Interessen.²⁹

Im Rahmen der Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Äußernden und dem Achtungsanspruch des Betroffenen sind sämtliche berührten Grundrechte entsprechend ihrer Betroffenheit zu berücksichtigen, auf Seiten des Äußernden namentlich die Meinungs- und Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG sowie die Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, auf Seiten des Betroffenen namentlich dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Darüber hinaus muss die Äußerung zur Interessenwahrnehmung geeignet und erforderlich, mithin das relativ mildeste Mittel, sowie angemessen sein.³⁰

Konkret setzt dies voraus, dass die beanstandete Äußerung, ex ante betrachtet, ein geeignetes und zugleich das mildeste Mittel zur Wahrnehmung der berechtigten Interessen dargestellt haben muss.³¹

Schließlich setzt § 193 StGB auf Seiten des Äußernden ein subjektives Rechtfertigungselement voraus.³² Der Äußernde muss also in der Absicht der Interessenwahrnehmung gehandelt haben.³³

Im Übrigen weist § 185 StGB auf der Ebene der Rechtswidrigkeit keine Besonderheiten auf. Neben § 193 StGB kommen damit auch die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, namentlich Einwilligung und Notwehr, in Betracht.

²⁶ Die dogmatische Begründung für § 193 StGB ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass es sich hierbei um eine einfachgesetzliche Konkretisierung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1, Abs. 2 GG) handelt, so etwa *Otto*, NJW 2006, 575 (575). Die Gegenauffassung vertritt die Ansicht, dass es sich bei § 193 StGB um einen Anwendungsfall der Güter- und Interessenabwägung handelt, so etwa *Küpper*, JA 1985, 453 (460).

²⁷ *Tenckhoff*, JuS 1989, 198 (199); *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 27 Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 29 Rn. 44.

²⁸ BayObLGSt 1994, 152 (155 f.); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2026, § 193 Rn. 11.

²⁹ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 29 Rn. 49; *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 31 Rn. 642.

³⁰ *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 276; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 27. Aufl. 2026, § 29 Rn. 51.

³¹ *Tenckhoff*, JuS 1989, 198 (201); *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, § 31 Rn. 644.

³² *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 276.

³³ *Küpper*, JA 1985, 453 (460); *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 27 Rn. 19.

In Fall 25 (Schmähgedicht) wurde das u.a. wegen Beleidigung³⁴ gegen B geführte Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt.³⁵ Die Generalstaatsanwaltschaft bestätigte die Einstellung und führte in ihrer Entscheidung namentlich aus, dass aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen, zur Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des künstlerischen Gesamtkonzepts bereiten Beobachters der Aussagekern der Darbietung des Beschuldigten in der Kritik an dem Umgang des E mit den Grundfreiheiten aus Art. 5 GG liege.³⁶ Nach Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft sei zwar auch eine strafrechtlich relevante Interpretation der Darbietung möglich.³⁷ Um eine Verurteilung des Beschuldigten herbeizuführen, müsste eine anderweitige Deutung aber ausgeschlossen werden können.³⁸ Dies war vorliegend nicht der Fall, da der Beitrag u.a. in eine Satiresendung eingebettet worden sei und schlechterdings nicht ernst genommen werden könnte.³⁹ So sei der Text des „Gedichts“ von einer Reihe offensichtlicher Unsinnigkeiten und völlig übersteigter Absurditäten gekennzeichnet.⁴⁰ Selbst wenn man also eine Ehrverletzung annähme, sei ihre Rechtfertigung durch die Kunst- und Meinungsfreiheit des B nicht ausgeschlossen.

Die Entscheidung der Generalstaatsanwaltschaft ist in der Literatur auf Widerspruch gestoßen. Vertreten wird insbesondere, das Gedicht sei als nicht mehr zu rechtfertigende Schmähkritik i.S.d. § 185 StGB zu qualifizieren.⁴¹

In der anlässlich des Schmähgedichts geführten zivilgerichtlichen Auseinandersetzung war das OLG Hamburg der Auffassung gewesen, dass die Äußerungen des B unzulässige Schmähkritik darstellten: Diese hätten zwar satirischen Charakter, und auch die Botschaft der Sendung des B, wonach zu kritisieren sei, wenn ein Betroffener auf eine zulässige Meinungsäußerung mit überzogenen Maßnahmen reagiere, sei rechtlich zulässig.⁴² Die Einkleidung des Gedichts sei jedoch nach Meinung des OLG Hamburg keine vorlesungsähnliche Demonstration möglicher Arten von Meinungsäußerungen, sondern stelle eine konkret auf E bezogene Kritik dar, die in Form einer Vielzahl von zuvor als unerlaubt charakterisierten Beschimpfungen erfolge.⁴³ Bei den zitierten Äußerungen fehle es an jeglichem Zusammenhang zwischen der beabsichtigten kritischen Aussage und der Einkleidung.⁴⁴ Die Verwendung herabsetzender Äußerungen aus dem Intimbereich diene vielmehr erkennbar ausschließlich dazu, einen Angriff auf die personale Würde des Klägers zu führen.⁴⁵ Der vorangestellte Vorbehalt, nicht beleidigen zu wollen, stehe im Widerspruch zum eindeutigen Erklärungswert und greife daher nicht.⁴⁶

Wie die unterschiedlichen Auffassungen belegen, ist festzuhalten, dass eine unterschiedliche rechtliche Würdigung derselben Äußerung im Straf- und im Zivilrecht schon im Hinblick auf die unter-

³⁴ Das Verfahren wurde wegen des erst später aufgehobenen Tatbestands der Majestätsbeleidigung, § 103 StGB, sowie wegen Beleidigung, § 185 StGB, und Volkverhetzung, § 130 StGB, geführt, vgl. GenStA Koblenz AfP 2016, 556 (557).

³⁵ GenStA Koblenz AfP 2016, 556; zustimmend *Sajuntz*, NJW 2017, 698 (702).

³⁶ GenStA Koblenz AfP 2016, 556 (563).

³⁷ GenStA Koblenz AfP 2016, 556 (563).

³⁸ GenStA Koblenz AfP 2016, 556 (563).

³⁹ GenStA Koblenz AfP 2016, 556 (563).

⁴⁰ GenStA Koblenz AfP 2016, 556 (563).

⁴¹ *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl. 2025, § 5 Rn. 34; *Fahl*, NStZ 2016, 313 (318); a.A. etwa *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 185 Rn. 31a.

⁴² OLG Hamburg AfP 2018, 335.

⁴³ OLG Hamburg AfP 2018, 335; zustimmend *Fricke*, GRUR-Prax 2018, 337 (337).

⁴⁴ OLG Hamburg AfP 2018, 335.

⁴⁵ OLG Hamburg AfP 2018, 335.

⁴⁶ OLG Hamburg AfP 2018, 335.

schiedlichen Schutzrichtungen beider Rechtsgebiete durchaus sachgerecht sein kann. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Strafrecht nicht die faktische Zulässigkeitsgrenze einer Äußerung markiert.⁴⁷ Dass eine Äußerung strafrechtlich nicht relevant ist, schließt ihre zivilrechtliche Unzulässigkeit und die damit verbundene Begründung von Ansprüchen des Betroffenen nicht aus. Umgekehrt lässt das Vorliegen zivilrechtlicher Ansprüche wegen einer Äußerung nicht den Schluss zu, dass diese zugleich strafrechtliche Konsequenzen zeitigt.

Die unterschiedlichen Schutzrichtungen der jeweiligen Rechtsgebiete sind stets in den Blick zu nehmen, wenn ein aus dem Zivilrecht bekannter Sachverhalt Gegenstand einer strafrechtlichen Prüfung ist. Die Ergebnisse des einen Rechtsgebiets können nicht ohne weiteres auf das andere übertragen werden.

11. Schuld

Hier bestehen keine Besonderheiten.

12. Prozessuales: Strafantrag (§ 194 StGB) und wechselseitig begangene Beleidigungen (§ 199 StGB)

a) Strafantrag (§ 194 StGB)

Gem. § 194 Abs. 1 S. 1 StGB wird die Beleidigung nur auf Antrag verfolgt.

Eine Ausnahme besteht gem. § 194 Abs. 1 S. 2 StGB in Fällen, in denen die Beleidigung in einer Versammlung oder dadurch begangen wurde, dass ein Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde und die Beleidigung sich gegen NS-Verfolgte oder andere Opfer einer Gewalt- oder Willkürherrschaft richtet. Solche Beleidigungen können grundsätzlich von Amts wegen verfolgt werden, wenn ein Strafantrag des Berechtigten nicht vorliegt, die Verfolgung jedoch im besonderen öffentlichen Interesse liegt.⁴⁸ Die berechtigte Person, mithin der Verletzte, hat die Möglichkeit, durch Widerspruch die Strafverfolgung von Amts wegen zu beenden, § 194 Abs. 1 S. 4 StGB. Der Widerspruch kann gem. § 194 Abs. 1 S. 5 StGB nicht zurückgenommen werden.

b) Wechselseitig begangene Beleidigungen (§ 199 StGB)

Wird eine Beleidigung auf der Stelle erwidert, kann das Gericht gem. § 199 StGB beide Beleidigte oder einen von ihnen für straffrei erklären. Voraussetzung ist, dass die Zweitbeleidigung Folge der durch die Erstbeleidigung hervorgerufenen Empörung ist.⁴⁹

Hintergrund dieser Privilegierung des Ersttätters ist die Überlegung, dass ihm durch die beleidigende Erwidern des Zweittätters bereits ein Nachteil zugefügt wurde, der das in Bezug auf ihn bestehende Strafbedürfnis befriedigt.⁵⁰ Die Privilegierung des Zweittätters begründet sich wiederum damit, dass die durch die Erstbeleidigung ausgelöste Empörung, die Anlass des Ausspruchs der Zweitbeleidigung war, unrechts- und schuld mindernd wirkt.⁵¹

⁴⁷ Teichmann, JZ 2020, 549 (557).

⁴⁸ BT-Drs. 19/17741, S. 36.

⁴⁹ Küpper, JA 1985, 453 (461).

⁵⁰ Geppert, Jura 1983, 580 (591).

⁵¹ Geppert, Jura 1983, 580 (591).

Fall 36: Wirtschaftsprüfer W teilt seinem Arbeitskollegen T mit, dass dessen Auftreten mit seinen schlechtsitzenden Anzügen eine Schande für die ganze Branche sei. T kontert, dass er im Gegenzug zu W wenigstens sauber prüfe und nicht mit einem Bein im Gefängnis stehe.

13. Öffentliche Bekanntgabe (§ 200 StGB)

Durch das 60. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. November 2022⁵² wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2023 auch ein neuer § 200 StGB geschaffen. § 200 Abs. 1 StGB sieht nun vor, dass in dem Fall, dass die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) begangen und ihretwegen auf Strafe erkannt wurde, auf Antrag des Verletzten oder eines sonst zum Strafantrag Berechtigten anzuordnen ist, dass die Verurteilung wegen der Beleidigung öffentlich bekanntgemacht wird. § 200 Abs. 2 S. 1 StGB bestimmt, dass die Art der Bekanntmachung im Urteil zu bestimmen ist. Wurde die Beleidigung durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) begangen, soll die Bekanntmachung, wenn möglich, auf dieselbe Art erfolgen (§ 200 Abs. 2 S. 2 StGB). Bei der Anordnung der Bekanntgabe gem. § 200 Abs. 1 handelt es sich um eine Nebenstrafe, die der Genugtuung des Verletzten dient.⁵³

II. Weitere Qualifikation gem. § 188 Abs. 1 StGB: Die gegen Personen des politischen Lebens gerichtete Beleidigung

Der ebenfalls anlässlich des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität⁵⁴ erweiterte Tatbestand des § 188 Abs. 1 StGB sieht einen gegenüber dem Grundtatbestand des § 185 StGB erhöhten Strafraum (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) für Beleidigungen vor, die sich gegen Personen des politischen Lebens richten.⁵⁵ § 188 Abs. 1 StGB ist am 1. Juli 2021 in Kraft getreten.⁵⁶

Gem. § 188 Abs. 1 S. 1 StGB ist strafbar, wer gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) eine Beleidigung (§ 185 StGB) aus Beweggründen begeht, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, sofern die Tat geeignet ist, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren. § 188 Abs. 1 S. 2 StGB n.F. stellt klar, dass das politische Leben des Volkes in diesem Sinne sich bis auf die kommunale Ebene erstreckt.

Die Erweiterung des § 188 Abs. 1 StGB auf Beleidigungen von Personen des politischen Lebens beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, dass auch Beleidigungen geeignet sein können, das öffentliche Wirken solcher Personen zu beeinträchtigen.⁵⁷

Im politischen Leben des Volkes stehen solche Personen, die sich für eine gewisse Dauer mit grundsätzlichen Angelegenheiten des Staates, der Verfassung, der Gesetzgebung und der Verwaltung befassen und maßgeblichen politischen Einfluss ausüben.⁵⁸ Hierunter fallen etwa Mitglieder der Regierung, Parteipolitiker, aber auch Bundesverfassungsrichter.⁵⁹

⁵² BGBl. I 2020, S. 2600.

⁵³ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 200 Rn. 1.

⁵⁴ BGBl. I 2021, S. 441.

⁵⁵ Kritisch zu der Aufnahme von § 185 StGB als Grunddelikt von § 188 Abs. 1 StGB Simon, JR 2020, 599 (602).

⁵⁶ Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität v. 30.3.2021, BGBl. I 2021, S. 441 (446).

⁵⁷ BT-Drs. 19/20163, S. 43.

⁵⁸ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 25 Rn. 10.

⁵⁹ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 25 Rn. 10.

Fall 37: Nutzer N schreibt auf Facebook in Bezug auf die Bundespolitikerin K, diese sei u.a. ein „Sondermüll“, eine „Pädophilen-Trulla“ sowie „Pädodreck“, „krank im Kopf“ und „hohl wie Schnittlauch“. ⁶⁰

Nunmehr werden von § 188 Abs. 1 StGB auch Personen, die in Teilen eines Landes, auf kommunaler Ebene (z.B. auf Ebene der Landkreise, der Städte, Gemeinden und Ortsteile) und auf Ebene von landesrechtlich geregelten Verwaltungseinheiten (z.B. im Land Berlin die Bezirke) politisch tätig sind, geschützt. ⁶¹ So ist beispielsweise die Beleidigung der Mitglieder von Gemeinderäten ebenfalls tatbestandsmäßig gem. § 188 Abs. 1 StGB. ⁶² Darüber hinaus muss die Tat geeignet sein, das öffentliche Wirken des Betroffenen erheblich zu beeinträchtigen. Dies setzt nach allgemeiner Auffassung voraus, dass die Äußerung das Vertrauen in die Integrität erschüttert, deren der Betroffene zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. ⁶³

⁶⁰ In Anlehnung an den „Fall Künast“. Diese und eine Reihe weiterer Äußerungen wurden von verschiedenen Nutzern auf Facebook über Frau Künast geäußert; vgl. hier nur KG Berlin MMR 2020, 867 und BVerfG NJW 2022, 680.

⁶¹ BT-Drs. 19/17741, S. 36.

⁶² Simon, JR 2020, 599 (602).

⁶³ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2026, § 25 Rn. 11.

Die Entscheidungsanmerkung

Methodik der Analyse und Anforderungen an die Darstellung

*Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, LL.M. (Münster), Tübingen**

I. Einleitung	1002
II. Vorüberlegungen und terminologische Grundlagen	1002
1. Funktionsbestimmung und Zielsetzung der Besprechung	1002
2. Methodische Vorbereitung und Recherche	1003
3. Terminologische Grundlagen	1003
4. Fundstellen und Zitierweise	1004
III. Der Aufbau von Gerichtsentscheidungen und das Lesen von Entscheidungen.....	1004
1. Das zivilgerichtliche Urteil.....	1004
a) Die Bestandteile eines zivilgerichtlichen Urteils	1004
aa) Rubrum	1004
bb) Tenor	1005
cc) Tatbestand	1005
dd) Entscheidungsgründe	1005
b) Das systematische Lesen von Gerichtsentscheidungen.....	1005
aa) Vom Tenor zu den Gründen	1005
bb) Die Struktur der Entscheidungsgründe	1006
cc) Schlüsselwörter und Fachbegriffe identifizieren.....	1006
dd) Aktiv lesen und markieren	1006
ee) Tragende und nicht tragende Erwägungen unterscheiden.....	1006
ff) Fundstellen und Verweise verzeichnen	1007
2. Bezüge zu anderen Rechtsgebieten und Unterschiede im Aufbau von Entscheidungen.....	1007
IV. Aufbau der Entscheidungsanmerkung	1008
1. Berücksichtigung von Vorgaben.....	1008
2. Einleitende Angaben und Abstract.....	1008
3. Wiedergabe der Entscheidung.....	1009
a) Leitsatz.....	1009
b) Sachverhalt.....	1009

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

c) Tenor	1009
d) Entscheidungsgründe	1009
4. Herausarbeitung der rechtlichen Kernfrage	1010
5. Kritische Einordnung	1010
6. Ausblick und/oder Fazit.....	1011
V. Formale und sprachliche Anforderungen	1012
1. Formale Anforderungen	1012
2. Sprachliche Anforderungen	1012
VI. Schlussbemerkung	1013

I. Einleitung

Die Entscheidungsanmerkung ist eine eigenständige juristische Textgattung an der Schnittstelle von Wissenschaft und Praxis. Sie begegnet in Fachzeitschriften ebenso wie im universitären Kontext, insbesondere als Prüfungsleistung in Seminaren.¹ Ihr Ziel besteht nicht in der bloßen Wiedergabe einer gerichtlichen Entscheidung, sondern in ihrer systematischen Durchdringung, Einordnung und kritischen Bewertung. Wer eine Entscheidungsanmerkung verfasst, rekonstruiert die Argumentation des Gerichts, ordnet sie in Rechtsprechung und Literatur ein und entwickelt eine begründete eigene Position.

Gerade als Seminarleistung verlangt die Entscheidungsanmerkung mehr als die Darstellung einer „richtigen Lösung“. Anders als im Gutachtenstil steht nicht die fallbezogene Subsumtion im Vordergrund, sondern die dogmatische Analyse einer bereits ergangenen Entscheidung. Der Verfasser tritt in einen wissenschaftlichen Diskurs ein und muss zeigen, dass er die Argumentationsstruktur des Gerichts verstanden, kritisch hinterfragt und in einen größeren rechtlichen Zusammenhang gestellt hat. Diese Kompetenz ist nicht nur für die akademische Ausbildung von Bedeutung, sondern bereitet auch auf spätere berufliche Anforderungen vor, die nicht in der Wissenschaft liegen, sei es in der Kanzlei, bei Gericht oder in der Verwaltung, wo die Fähigkeit zur kritischen Analyse von Gerichtsentscheidungen unverzichtbar ist.

Der folgende Beitrag bietet eine systematische Anleitung zur Erstellung einer Entscheidungsanmerkung. Er orientiert sich an der häufigen Form, bei der lediglich der Leitsatz der Entscheidung vorgegeben ist und Sachverhalt sowie Entscheidungsgründe eigenständig aufzubereiten sind. Die methodischen Grundsätze gelten jedoch unabhängig vom konkreten Veröffentlichungs- oder Prüfungsformat. Ergänzend werden praktische Hinweise zur Recherche, häufige Fehlerquellen und Besonderheiten verschiedener Rechtsgebiete behandelt, um den Lesern einen umfassenden Leitfaden an die Hand zu geben.

II. Vorüberlegungen und terminologische Grundlagen

1. Funktionsbestimmung und Zielsetzung der Besprechung

Vor Beginn der Ausarbeitung ist zu klären, welche Funktion die Entscheidungsanmerkung im jeweiligen Kontext erfüllt. In einer wissenschaftlichen Zeitschrift steht regelmäßig die Fortentwicklung

¹ Noltensmeier/Schuhr, JA 2008, 576; Büdenbender/Bachert/Humbert, JuS 2002, 24.

des Diskurses im Vordergrund. Hier geht es darum, über den konkreten Fall hinauszugehen und dogmatische Linien zu entwickeln, Kritik zu üben oder Perspektiven für die Rechtsanwendung aufzuzeigen. In einem Seminar dient die Anmerkung zugleich dem Nachweis methodischer Kompetenz.² Die Betreuenden prüfen, ob die Studierenden in der Lage sind, eine Entscheidung eigenständig zu analysieren, in den systematischen Zusammenhang einzuordnen und eine begründete Position zu beziehen. In beiden Fällen ist entscheidend, dass die Darstellung nicht referierend stehen bleibt, sondern in eine eigenständige Bewertung mündet.

2. Methodische Vorbereitung und Recherche

Eine fundierte Entscheidungsanmerkung setzt eine gründliche Recherche voraus. Zunächst ist die vollständige Entscheidung zu beschaffen. Hierbei bieten sich verschiedene Wege an: Die amtlichen Sammlungen, Datenbanken wie juris, Beck-Online oder die kostenlos zugänglichen Entscheidungsarchive der Gerichte. Besonders bei neueren Entscheidungen ist darauf zu achten, ob bereits eine amtliche Leitsatzfassung vorliegt oder nur ein vorläufiger Text. Für die Veröffentlichung in Zeitschriften werden Entscheidungen häufig gekürzt, als Ausgangspunkt für eine eigene Besprechung sollte aber stets der vollständige Text herangezogen werden.

Im nächsten Schritt ist die einschlägige Rechtsprechung zu ermitteln. Hierfür empfiehlt sich ein systematisches Vorgehen: Zunächst sind Vorentscheidungen des entscheidenden Gerichts zu ähnlichen Fragestellungen zu recherchieren, anschließend die Rechtsprechung anderer Gerichte, insbesondere bei divergierenden Auffassungen. Auch die Instanzrechtsprechung kann aufschlussreich sein, etwa wenn das Oberlandesgericht oder das Landgericht in der Sache bereits entschieden hatte. Kommentare und Handbücher geben erste Hinweise auf die Rechtsprechungslage, ersetzen aber nicht die eigenständige Recherche in den Entscheidungsdatenbanken.

Die Literaturrecherche umfasst Kommentare, Lehrbücher, Monografien und insbesondere Zeitschriftenaufsätze. Letztere sind für eine Entscheidungsanmerkung besonders wertvoll, da sie oft aktuelle Diskussionsstände widerspiegeln. Dabei ist sowohl das ältere Schrifttum zu berücksichtigen, auf das das Gericht möglicherweise Bezug nimmt, als auch neuere Veröffentlichungen, die die Entscheidung bereits kommentieren. Die Nutzung von juristischen Datenbanken erleichtert diese Recherche erheblich, erfordert jedoch die Fähigkeit, Trefferlisten kritisch zu sichten und relevante Fundstellen zu identifizieren.

3. Terminologische Grundlagen

Bereits im Umgang mit Begrifflichkeiten ist wissenschaftliche Präzision geboten. Der Terminus „Entscheidung“ bezeichnet den Oberbegriff für unterschiedliche gerichtliche Entscheidungsformen. Ein Urteil unterscheidet sich vom Beschluss sowohl hinsichtlich seiner prozessualen Voraussetzungen als auch hinsichtlich seines Zustandekommens. Das Urteil ergeht nach mündlicher Verhandlung und ist den Parteien zuzustellen; der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen und wird oft durch Verkündung bekanntgemacht. Diese Unterscheidung ist nicht nur formaler Natur, sondern kann prozessuale Konsequenzen haben, etwa hinsichtlich der Anfechtbarkeit oder der Bindungswirkung.

Weitere Formen wie Gerichtsbescheide, Versäumnisurteile oder Strafbefehle unterliegen jeweils besonderen gesetzlichen Regelungen. Der Gerichtsbescheid etwa vereint Entscheidung und Begründung in einem Dokument und ist in bestimmten Verfahrensarten zulässig. Das Versäumnisurteil

² Zur Didaktik juristischer Seminare *Mosenheuer/Strasser/Wißmann*, JuS 2005, 670.

ergeht, wenn eine Partei im Termin ausbleibt oder nicht verhandelt (§§ 330 f. ZPO). Der Strafbefehl ist eine besondere Form der abschließenden Entscheidung im Strafverfahren ohne Hauptverhandlung (§ 407 StPO). Die korrekte Bezeichnung der Entscheidungsform ist kein bloß formaler Akt, sondern Ausdruck juristischer Genauigkeit und schafft Vertrauen in die fachliche Kompetenz der Verfasserin oder des Verfassers.

4. Fundstellen und Zitierweise

Die korrekte Angabe der Fundstellen ist unerlässlich für die wissenschaftliche Arbeit. Eine Entscheidung wird in der Regel durch die Gerichtsbezeichnung, das Datum und das Aktenzeichen identifiziert (z.B. BGH, Urt. v. 15.3.2024 – VII ZR 123/22). Ergänzend sind die Fundstellen in amtlichen Sammlungen (z.B. BGHZ 234, 45) und Fachzeitschriften (z.B. NJW 2024, 1234) anzugeben.³ Online-Quellen werden nur dann hinzugezogen, wenn keine anderweitige Veröffentlichung auffindbar ist; dann ist zusätzlich das Abrufdatum zu nennen, da sich ihr Inhalt ändern kann. Eine konsistente Zitierweise erleichtert den Lesern die Nachvollziehbarkeit und zeigt die Sorgfalt der Bearbeitung.

III. Der Aufbau von Gerichtsentscheidungen und das Lesen von Entscheidungen

Bevor man mit der Erstellung einer Entscheidungsanmerkung beginnt, ist es unerlässlich, den Aufbau von Gerichtsentscheidungen zu verstehen und sie systematisch lesen zu können. Wenn die Entscheidung Grundlage einer Besprechung werden soll, sollte man immer darauf achten, die gesamte Entscheidung und keine gekürzte Fassung (wie es gelegentlich beim Abdruck in Zeitschriften der Fall ist) zu verwenden. Gerichtsentscheidungen sind nicht willkürlich strukturiert, sondern folgen einem klaren Aufbau, der durch gesetzliche Vorgaben bestimmt ist. Kenntnis dieser Struktur erleichtert nicht nur das Verständnis der Entscheidung, sondern bildet auch die Grundlage für eine präzise Rekonstruktion der Argumentation in der Anmerkung. Zum besseren Verständnis wird zunächst das Zivilurteil in den Blick genommen (1.), da das Zivilurteil in Aufbau und Struktur am klarsten gegliedert ist und als Modell für das systematische Lesen von Entscheidungen besonders geeignet ist, um sodann Unterschiede und Gemeinsamkeiten in anderen Rechtsgebieten aufzuzeigen (2.).

1. Das zivilgerichtliche Urteil⁴

a) Die Bestandteile eines zivilgerichtlichen Urteils

Das zivilgerichtliche Urteil gliedert sich gem. § 313 Abs. 1 ZPO in vier Hauptbestandteile: Rubrum, Tenor, Tatbestand und Entscheidungsgründe. Hinzu kommen erforderlichenfalls eine Rechtsmittelbelehrung sowie die richterlichen Unterschriften (§ 315 Abs. 1 ZPO).⁵

aa) Rubrum

Das Rubrum enthält alle zur Identifikation des Verfahrens notwendigen Angaben. Hierzu gehören die Bezeichnung des entscheidenden Gerichts, das Aktenzeichen, das Datum der Verkündung der

³ Schmidt, JuS 2003, 649 (653).

⁴ Dieser Beitrag soll lediglich den Umgang mit bereits vorhandenen Entscheidungen aufzeigen. Für die im Referendariat zu erlernende Erstellung eigener zivilrechtlicher Entscheidungen vgl. *Arz/Gemmer*, JA 2020, 608; *Stein*, JuS 2014, 607.

⁵ Zur Qualität dieser Elemente vgl. *Oswald*, NJW 2020, 3701.

Entscheidung sowie die vollständige Bezeichnung der Parteien mit ihren gesetzlichen Vertretern und Prozessbevollmächtigten. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren werden die Parteien als Antragsteller und Antragsgegner bezeichnet. Das Rubrum eröffnet das Urteil mit der Formel „Im Namen des Volkes“.

bb) Tenor

Der Tenor ist der Entscheidungsausspruch des Gerichts. Er enthält in knapper Form das Ergebnis der Entscheidung und bildet die Grundlage der Zwangsvollstreckung (vgl. § 750 ZPO). Der Tenor ist daher der wichtigste Teil des Urteils für die Praxis. Er wird meist nummeriert und enthält die einzelnen Anträge, über die das Gericht entscheidet. Bei einem Widerspruch zwischen Tenor und Entscheidungsgründen ist im Zweifel der Tenor maßgeblich, da die Gründe der Auslegung der Formel dienen.⁶

cc) Tatbestand

Der Tatbestand enthält die Darstellung des Sach- und Streitstands. Gem. § 313 Abs. 2 ZPO sollen im Tatbestand die erhobenen Ansprüche sowie die Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden. Wegen der Einzelheiten soll auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen verwiesen werden. Der Tatbestand ist damit ein Spiegelbild der Entscheidungsgründe: Umstände, die für die Entscheidung ohne Bedeutung sind, brauchen im Tatbestand nicht ausführlich dargestellt zu werden. Gleichzeitig dient der Tatbestand der Selbstkontrolle des Gerichts und ermöglicht den Parteien die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung.

dd) Entscheidungsgründe

Die Entscheidungsgründe sind das Kernstück des Urteils. Nach § 313 Abs. 3 ZPO sollen sie eine kurze Zusammenfassung der für das Urteil kausalen Erwägungen enthalten. Die Entscheidungsgründe rechtfertigen das im Tenor zusammengefasste Ergebnis und erläutern den Parteien, warum die Entscheidung so ergangen ist.⁷ Sie richten sich vor allem an die unterlegene Partei, die die Entscheidung akzeptieren und die Einlegung eines Rechtsmittels erwägen muss. Auch das Rechtsmittelgericht muss anhand der Entscheidungsgründe die Entscheidung überprüfen können. Die Entscheidungsgründe enthalten daher die tatrichterliche Würdigung des Sachverhalts und die rechtliche Begründung der Entscheidung.

b) Das systematische Lesen von Gerichtsentscheidungen

Das Lesen von Gerichtsentscheidungen erfordert eine systematische Vorgehensweise. Anders als bei Lehrbüchern, die oft linear gelesen werden,⁸ sollte eine Gerichtsentscheidung strategisch gelesen werden. Zunächst empfiehlt es sich, die Entscheidung in ihrer Gesamtheit zu überfliegen, um einen ersten Eindruck von Umfang und Struktur zu gewinnen.

aa) Vom Tenor zu den Gründen

Der erste Schritt beim Lesen einer Entscheidung sollte die Lektüre des Tenors sein. Erst nach der Kenntnis des Tenors sollte man sich den Entscheidungsgründen zuwenden. Diese Vorgehensweise

⁶ BGH NJW 1997, 3448.

⁷ Ausführlich dazu Stein, JuS 2014, 320.

⁸ Wolff/Langbein, JuS 2025, 296 (300).

hat den Vorteil, dass man beim Lesen der Gründe bereits weiß, wohin die Argumentation führen soll, und die einzelnen Schritte besser nachvollziehen kann. Bei komplexen Entscheidungen kann es hilfreich sein, die einzelnen Tenorbestandteile zu nummerieren, um sie beim Lesen der Gründe leichter zuordnen zu können.

bb) Die Struktur der Entscheidungsgründe

Die Entscheidungsgründe sind in der Regel systematisch aufgebaut. Zunächst werden die tatsächlichen Feststellungen getroffen, sodann die rechtliche Würdigung vorgenommen. Bei der tatsächlichen Würdigung ist zwischen unstreitigen und streitigen Tatsachen zu unterscheiden. Im Unterschied zu Ausbildungsfällen muss das Gericht Beweise würdigen und selbst zu einem Sachverhalt gelangen, den es der rechtlichen Würdigung zugrunde legen kann. Die rechtliche Würdigung beginnt meist mit der Klärung der prozessualen Voraussetzungen, gefolgt von der materiell-rechtlichen Prüfung. Es empfiehlt sich, beim Lesen die Struktur der Argumentation zu skizzieren, um den Gedankengang des Gerichts besser nachvollziehen zu können.

cc) Schlüsselwörter und Fachbegriffe identifizieren

Ein häufiger Grund dafür, dass Gerichtsentscheidungen missverstanden werden, ist, dass zentrale Begriffe nicht bekannt sind oder überlesen werden. Dazu gehören etwa Rechtsbegriffe, Tatbestandsmerkmale, dogmatische Figuren oder Abgrenzungen. Sind diese unbekannt, sollten sie schon während des Lesens nachgelesen und nicht schlicht überlesen werden; nicht selten kann ein einzelnes Wort oder eine Rechtsfigur dazu führen, dass die folgenden Ausführungen eine andere Bedeutung erlangen. Das Identifizieren dieser Schlüsselwörter erleichtert das Verständnis der Argumentation und hilft bei der späteren Einordnung der Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur.

dd) Aktiv lesen und markieren

Das effektive Lesen von Gerichtsentscheidungen erfordert aktive Auseinandersetzung mit dem Text. Es empfiehlt sich, den Text nicht passiv zu konsumieren, sondern Fragen an den Text zu formulieren und diese beim Lesen zu beantworten. Markierungen im Text können die spätere Nacharbeit erleichtern, sollten jedoch überlegt vorgenommen werden. Grundsätzlich sollte nur Wichtiges unterstrichen oder hervorgehoben werden. Als Richtlinie für die Markierung kann dienen: Nur das markieren, was für die Beantwortung der zentralen Fragen der Entscheidung unbedingt notwendig ist. Besonders sinnvoll ist es, in jedem Absatz mindestens ein inhaltliches Leitwort hervorzuheben, um die Bedeutung des Absatzes für den Gesamtkontext zu erfassen.

ee) Tragende und nicht tragende Erwägungen unterscheiden

Beim Lesen der Entscheidungsgründe ist es entscheidend, zwischen tragenden und nicht tragenden Erwägungen zu unterscheiden. Tragende Erwägungen (sog. *ratio decidendi*) sind solche, die für das Ergebnis des Urteils unerlässlich sind. Nicht tragende Erwägungen, sogenannte *obiter dicta*, sind zwar Teil der Entscheidung, aber für das Ergebnis nicht erforderlich. Sie können dennoch für die Rechtsentwicklung von Bedeutung sein, etwa wenn das Gericht Grundsatzfragen nur beiläufig behandelt. Beim Lesen sollte man daher stets fragen: Ist diese Erwägung für das Ergebnis notwendig oder handelt es sich um ein *obiter dictum*? Diese Unterscheidung ist für die spätere Entscheidungsanmerkung von zentraler Bedeutung, da nur die tragenden Erwägungen für die rechtliche Bindungswirkung der Entscheidung maßgeblich sind.

ff) Fundstellen und Verweise verzeichnen

Gerichtsentscheidungen enthalten zahlreiche Verweise auf andere Entscheidungen, Gesetze und Literatur. Beim Lesen sollten diese Fundstellen systematisch verzeichnet werden, da sie für die eigene Recherche und die Einordnung der Entscheidung von großer Bedeutung sind.⁹ Besonders wichtig sind Verweise auf Vorentscheidungen des gleichen Gerichts, auf Entscheidungen anderer Gerichte sowie auf die einschlägige Literatur. Diese Fundstellen bilden den Ausgangspunkt für die Literatur- und Rechtsprechungsrecherche bei der Erstellung der Entscheidungsanmerkung. Es empfiehlt sich, die Fundstellen bereits beim ersten Lesen zu notieren, um Zeit bei der späteren Ausarbeitung zu sparen.

2. Bezüge zu anderen Rechtsgebieten und Unterschiede im Aufbau von Entscheidungen

Die vorstehenden Ausführungen konzentrierten sich auf das zivilgerichtliche Urteil nach § 313 ZPO. Die grundlegende Lesestrategie – vom Tenor zu den Gründen, die Unterscheidung tragender und nicht tragender Erwägungen, die Identifikation von Schlüsselbegriffen – lässt sich jedoch auf alle Rechtsgebiete übertragen. Die methodischen Grundsätze des Entscheidungslesens sind rechtsgebietsübergreifend gültig; lediglich die konkrete Ausgestaltung der Entscheidungsstruktur weist spezifische Besonderheiten auf.

Im Strafrecht folgt das Urteil einem anderen Aufbau. Das Urteil enthält die Bezeichnung des Gerichts und der Parteien, die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten, die Urteilsformel, die angewandten Strafvorschriften, die Urteilsgründe und die Entscheidungen über die Kosten des Verfahrens (vgl. § 267 Abs. 1–5 StPO [zu den Urteilsgründen] i.V.m. § 260 Abs. 4 und 5 StPO [Urteilsformel und Verkündung]).¹⁰ Anders als im Zivilprozess gibt es im Strafurteil keine Trennung zwischen Tatbestand und Entscheidungsgründen im herkömmlichen Sinne; vielmehr werden die Gründe unter der Überschrift „Gründe“ zusammengefasst und orientieren sich an fünf Fragen: Wer ist der Angeklagte? Was hat er getan? Aus welcher Beweislage ergibt sich das? Gegen welche Strafnormen hat er verstoßen und warum? Welche Rechtsfolge ergibt sich daraus und warum? Die Urteilsgründe müssen gem. § 267 Abs. 1 StPO die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden, und sollen eine zusammenhängende, zeitlich und gedanklich geordnete Darstellung des Sachverhalts zur äußeren und inneren Tatseite enthalten. Diese andere Struktur erfordert eine leicht angepasste Lesestrategie, im Wesentlichen gilt aber das zum Zivilrecht Gesagte.

Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren weicht der Aufbau von Entscheidungen vom zivilprozessualen Vorbild ab.¹¹ Nach § 117 Abs. 1 VwGO ergeht das verwaltungsgerichtliche Urteil „Im Namen des Volkes“ und ist schriftlich abzufassen und von den Richtern zu unterschreiben, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben. Es unterteilt sich ebenfalls in Rubrum, Tenor, Tatbestand, Entscheidungsgründe und Rechtsmittelbelehrung (§ 117 Abs. 2 VwGO), weist jedoch in der Praxis Besonderheiten auf – etwa das Fehlen einer Unterschrift der ehrenamtlichen Richter oder die häufigere Verwendung von Beschlüssen statt Urteilen; im Beschlussverfahren werden die Parteien außerdem als Antragsteller und Antragsgegner bezeichnet.¹² Besonders im Eilverfahren sind die Entscheidungen oft kürzer formuliert und konzentrieren sich auf die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten.

⁹ Schmidt, JuS 2003, 649 (653).

¹⁰ Zur Erstellung eines Strafurteils im zweiten Examen vgl. Ludwig/Martini, JA 2015, 61; Melzer, JuS 2008, 878.

¹¹ Zur Erstellung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im zweiten Examen vgl. Finger, JA 2008, 635.

¹² Eingehend Wittmann/Sandner, JuS 2022, 1121.

Entscheidungen des Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs folgen wiederum eigenen Strukturprinzipien. Das Bundesverfassungsgericht weist oft eine besonders argumentative Dichte auf und verlangt eine sorgfältige Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlichen Grundfragen. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs erfordern die Berücksichtigung des Unionsrechts und seiner spezifischen Auslegungsmethoden. Diese Entscheidungen sind häufig international ausgerichtet und verweisen auf Entscheidungen verschiedener nationaler Gerichte, was die Einordnung in den Rechtsprechungskontext erschweren, aber zugleich bereichern kann.

Trotz dieser Unterschiede bleibt das grundlegende Prinzip des Entscheidungslesens unverändert: Zunächst das Ergebnis erfassen, sodann die Begründung nachvollziehen, tragende von nicht tragenden Erwägungen unterscheiden und die Entscheidung in den Rechtsprechungskontext einordnen. Die im Zivilrecht entwickelte Lesestrategie bildet daher eine solide Grundlage, die an die spezifischen Besonderheiten der einzelnen Rechtsgebiete angepasst werden kann. Wer das zivilgerichtliche Urteil als Ausgangspunkt nimmt und die Lesetechnik auf andere Rechtsgebiete überträgt, ist gut gerüstet, Entscheidungsanmerkungen zu allen Arten von Gerichtsentscheidungen zu verfassen – sei es im Zivilrecht, Strafrecht, öffentlichen Recht oder im Europarecht.

IV. Aufbau der Entscheidungsanmerkung

1. Berücksichtigung von Vorgaben

Sowohl im Rahmen einer Prüfungsleistung als auch bei geplanten Veröffentlichungen sollten immer eventuelle Vorgaben hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung berücksichtigt werden. Ein vorgegebener Aufbau, das Erfordernis eines Abstracts und natürlich auch Gestaltungsvorgaben (dazu unter V.) sind stets zu berücksichtigen.¹³

2. Einleitende Angaben und Abstract

Sofern ein Abstract verlangt wird, hat es die Problemstellung, die Kernaussage der Entscheidung und die zentrale Bewertung in knapper Form zusammenzufassen. Es enthält keine Fußnoten und keine detaillierten Nachweise. Das Abstract soll dem Leser auf einen Blick ermöglichen, zu entscheiden, ob die Anmerkung für den eigenen Forschungs- oder Arbeitszusammenhang relevant ist. Während das Abstract rein referierend bleibt, darf das spätere Fazit eine klare Position formulieren. Wird kein Abstract gefordert, beginnt die Anmerkung unmittelbar mit der Darstellung der Entscheidung.

Der Kopf der Anmerkung enthält die vollständigen Entscheidungsnachweise. Hierzu gehören die Gerichtsbezeichnung, das Aktenzeichen, das Entscheidungsdatum sowie alle verfügbaren Fundstellen. Eine kurze inhaltliche Kennzeichnung in Klammern (z.B. „Zur Haftung des Geschäftsführers für Pflichtverletzungen bei der GmbH“) kann die Orientierung erleichtern. Diese Praxis ist insbesondere in Zeitschriften üblich, um die schnelle Einordnung des Beitrags zu ermöglichen. Sofern es sich um eine Prüfungsleistung handelt, sind diese Angaben ggf. bereits im ausgegebenen Thema enthalten.

¹³ Bei einer geplanten Veröffentlichung der Entscheidungsbesprechung lassen sich die entsprechenden Vorgaben meistens auf den Webseiten der jeweiligen Zeitschrift finden (etwa unter dem Stichwort „Autorenhinweise“).

3. Wiedergabe der Entscheidung

a) Leitsatz

Am Anfang steht die sachgerechte Aufbereitung der Entscheidung. Ein vorhandener amtlicher Leitsatz ist unverändert wiederzugeben. Eigene Umformulierungen sind unzulässig, da der Leitsatz selbst Teil der Entscheidung ist. Er bringt die rechtliche Bewertung des Gerichts in verdichteter Form zum Ausdruck und genießt als solcher eine gewisse Autorität. Fehlt ein amtlicher Leitsatz, kann ein eigener formuliert werden. Dieser ist deutlich als solcher zu kennzeichnen und darf die Entscheidung nicht verfälschen oder über das tatsächlich Entschiedene hinausgehen.

b) Sachverhalt

Der Sachverhalt ist sodann im Präteritum darzustellen. Dabei ist eine funktionale Verdichtung vorzunehmen. Maßgeblich sind ausschließlich diejenigen Tatsachen, die für das Verständnis der rechtlichen Problematik erforderlich sind. Die Darstellung darf weder in eine ausführliche Nacherzählung ausufern noch entscheidungserhebliche Umstände unterschlagen. Eine gute Faustregel lautet: Der Sachverhalt sollte so knapp wie möglich, so ausführlich wie nötig sein.

In Seminararbeiten ist besondere Vorsicht geboten: Die Versuchung, den Sachverhalt aus der Entscheidung nahezu wörtlich zu übernehmen, ist groß, verstößt jedoch gegen wissenschaftliche Standards, sofern keine Kennzeichnung erfolgt.¹⁴ Ziel ist eine eigenständige, strukturierte und sprachlich präzise Zusammenfassung. Dabei empfiehlt es sich, den Sachverhalt logisch aufzubauen, etwa chronologisch, nach Parteien oder nach Rechtsbeziehungen. Besonders bei komplexen Fallgestaltungen kann eine Untergliederung die Lesbarkeit erhöhen.

c) Tenor

Der Tenor ist der Entscheidungsausspruch des Gerichts. Er gibt an, worüber das Gericht entschieden hat, etwa die Verurteilung zur Zahlung eines bestimmten Betrags, die Zurückweisung der Klage oder die Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Sofern er wiedergegeben wird, muss das wörtlich und vollständig erfolgen. Er ermöglicht den Lesern, auf einen Blick das Ergebnis der Entscheidung zu erfassen. Bei umfangreichen Tenoren kann eine zusammenfassende Darstellung angezeigt sein, sofern die wesentlichen Aussagen vollständig erfasst werden.

d) Entscheidungsgründe

Anschließend sind die tragenden Entscheidungsgründe darzustellen. Dabei ist zwischen zentralen Argumenten und bloßen Randbemerkungen zu unterscheiden. Die Darstellung kann in einem eigenen Abschnitt erfolgen oder in die spätere Diskussion integriert werden. Entscheidend ist, dass die Argumentationsstruktur des Gerichts nachvollziehbar rekonstruiert wird. Der Leser muss erkennen können, welche dogmatischen Prämissen das Gericht zugrunde legt und wie es von ihnen zur konkreten Entscheidung gelangt.

¹⁴ Herold/Müller, JA 2013, 808.

Besonderheiten, etwa obiter dicta,¹⁵ Sondervoten¹⁶ oder die Vorlage an andere Gerichte (insbesondere an das Bundesverfassungsgericht¹⁷ oder den EuGH¹⁸) sind als solche immer zu kennzeichnen und zu würdigen. Diese können wertvolle Hinweise auf dogmatische Kontroversen geben und verdienen besondere Aufmerksamkeit in der kritischen Würdigung.

4. Herausarbeitung der rechtlichen Kernfrage

Nach der Darstellung der Entscheidung ist die maßgebliche rechtliche Fragestellung präzise zu formulieren. Dieser Schritt erfordert analytische Eigenständigkeit. Nicht immer liegt die dogmatisch interessante Problematik dort, wo das Gericht den Schwerpunkt seiner Ausführungen gesetzt hat. Mitunter entfaltet eine bestimmte Begründungsfigur oder eine Nebenüberlegung besondere Bedeutung für die Rechtsentwicklung. Die Kunst besteht darin, aus dem konkreten Fall die abstrakte Rechtsfrage zu destillieren, die über den Einzelfall hinausweist.

In Seminararbeiten ist dieser Schritt besonders prüfungsrelevant. Die Fähigkeit, aus einem konkreten Fall eine abstrakte Rechtsfrage zu entwickeln, zeigt, ob die Entscheidung in ihrem systematischen Kontext verstanden wurde. Werden mehrere Fragen berührt, ist eine Schwerpunktsetzung erforderlich. Die Auswahl bedarf einer sachlichen Rechtfertigung, die sich aus der Relevanz und Tragweite der jeweiligen Problematik ergeben sollte. Dabei kann hilfreich sein, nach der dogmatischen Bedeutung, der praktischen Relevanz oder der innovativen Kraft der Entscheidung zu differenzieren. Teilweise geben Seminarthemen auch Schwerpunkte vor. Beschäftigt eine Entscheidung sich also beispielsweise sowohl mit dem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern als auch mit dem Erwerb und Besitz von Kinderpornografie und lautet das ausgegebene Thema der Seminararbeit „Das ‚Verbreiten‘ kinderpornografischer Inhalte (BGH, Urt. v. 16.5.2024 – 3 StR 112/23)“, dann wäre es verfehlt, sich überhaupt mit dem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern auseinanderzusetzen, da es offensichtlich vor allem um die Beschäftigung des Gerichts mit dem Merkmal des „Verbreitens“ (§ 184b Abs. 1 StGB) gehen soll.

5. Kritische Einordnung

Der Kern jeder Entscheidungsanmerkung liegt in der kritischen Einordnung. Diese beginnt mit der Analyse der bisherigen Rechtsprechung. Zu prüfen ist, ob einschlägige Vorentscheidungen existieren, ob eine Rechtsprechungsänderung vorliegt oder ob divergierende Auffassungen in der Instanzrechtsprechung erkennbar sind. Eine Rechtsprechungsänderung ist ausdrücklich herauszuarbeiten und in ihren Gründen zu bewerten. Die Darstellung der Rechtsprechung erfolgt im Präsens.

Bei der Rechtsprechungsanalyse empfiehlt sich ein systematisches Vorgehen: Zunächst sind die Vorentscheidungen des entscheidenden Gerichts darzustellen, um die Kontinuität oder den Wandel der Rechtsprechung aufzuzeigen. Sodann sind die Auffassungen anderer Gerichte zu berücksichtigen, etwa bei divergierender Instanzrechtsprechung oder bei Entscheidungen anderer Oberster Gerichtshöfe. Besonders aufschlussreich ist der Vergleich mit Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, falls verfassungsrechtliche Fragen berührt sind. Auch die Rechtsprechung des Europäischen

¹⁵ Siehe dazu bereits oben unter III. 1. b) ee).

¹⁶ Ein Sondervotum ist die abweichende Meinung eines Richters oder einer Richterin des Bundesverfassungsgerichts, wenn er/sie mit der Mehrheitsentscheidung oder deren Begründung nicht einverstanden ist. Diese Meinung wird der Entscheidung beigelegt und veröffentlicht, § 30 Abs. 2 BVerfGG.

¹⁷ Hält ein Gericht ein entscheidungserhebliches Gesetz für verfassungswidrig, muss es nach Art. 100 Abs. 1 GG die Frage dem BVerfG vorlegen.

¹⁸ Hat ein nationales Gericht Zweifel über die Auslegung oder Gültigkeit von EU-Recht, kann bzw. muss es nach Art. 267 AEUV den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anrufen.

Gerichtshofs oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann relevant sein, sofern die Entscheidung Unionsrecht oder die EMRK berührt.

Darüber hinaus ist das einschlägige Schrifttum systematisch auszuwerten. Kommentare, Aufsätze, Monografien und frühere Anmerkungen sind daraufhin zu untersuchen, welche Argumentationslinien sie vertreten. Die Wiedergabe fremder Auffassungen erfolgt im Konjunktiv, um die notwendige Distanz zu wahren. Pauschale Formeln sollten vermieden werden; vielmehr ist die jeweilige Begründungsstruktur offenzulegen. Die Bezeichnung als „herrschende Meinung“ (h.M.) setzt voraus, dass diese tatsächlich dominiert; empfehlenswert sind nach wie vor eher neutrale Formulierungen („Teile der Literatur vertreten...“, „In der Literatur wird überwiegend angenommen...“). Keinesfalls darf ein Verweis auf eine „herrschende Meinung“ als Argument verwendet werden.¹⁹

Die eigene Stellungnahme bildet den Abschluss der Einordnung. Eine Entscheidungsanmerkung ist nur dann wissenschaftlich überzeugend, wenn sie eine klar erkennbare Position bezieht. Die Argumente des Gerichts sind zu würdigen und gegebenenfalls zu kritisieren. Dabei ist eine strukturierte, nachvollziehbare Argumentation erforderlich.²⁰ Die Kritik darf nicht im bloßen Unmut verharren, sondern muss argumentativ untermauert werden. Dogmatische Argumente, teleologische Erwägungen, systematische Gesichtspunkte und praktische Auswirkungen können hierfür herangezogen werden.²¹

In Seminararbeiten wird hier besonders deutlich, ob der Verfasser in der Lage ist, dogmatische Überlegungen eigenständig zu entwickeln und gegeneinander abzuwägen. Offene Fragen dürfen nur dann offenbleiben, wenn sie für die behandelte Kernproblematik nicht entscheidungserheblich sind. Ansonsten ist zu zeigen, dass man sich mit der Problematik auseinandergesetzt und eine begründete Position bezogen hat. Die eigene Meinung sollte deutlich, aber maßvoll formuliert sein und sich aus der vorangegangenen Analyse ergeben. Oberflächlichkeiten und Redundanzen sind unbedingt zu vermeiden.²²

Häufige Fehler bei der kritischen Einordnung sind die bloße Wiedergabe von Literaturmeinungen ohne eigene Positionierung, die Kritik an der Entscheidung ohne Berücksichtigung der dogmatischen Zusammenhänge, die Überbewertung von obiter dicta, die Vernachlässigung der praktischen Auswirkungen oder die Unkenntnis über die Rechtsprechungslage.²³ Diese Fehler lassen sich durch sorgfältige Vorbereitung und methodisch sauberes Vorgehen vermeiden.

6. Ausblick und/oder Fazit

Gerichtliche Entscheidungen können über den konkreten Fall hinausreichen. Sie können gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzeigen, neue dogmatische Linien eröffnen oder praktische Unsicherheiten erzeugen. Ein Ausblick kann solche Aspekte aufgreifen, sofern sie in engem Zusammenhang mit der analysierten Problematik stehen. Auch hier ist wissenschaftliche Zurückhaltung geboten: Der Ausblick darf nicht in spekulative Erwägungen ausufern, sondern muss argumentativ angebunden bleiben. Ein Ausblick kann mit einem Fazit zusammengefasst werden.

¹⁹ Pilniok, JuS 2009, 394.

²⁰ Dabei sollte schon vorab eine Befassung mit der Art und Weise juristischer Argumentation erfolgt sein, vgl. etwa Neumann, Juristische Argumentationstheorie, 2. Aufl. 2025 und Lagodny, Juristisches Begründen, 2013.

²¹ Eine vorherige Befassung mit der juristischen Methodenlehre ist dafür unausweichlich, empfehlenswert ist etwa Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 5. Aufl. 2023 oder Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021.

²² Siehe dazu auch Kaiser, ZJS 2021, 407 (412 ff.).

²³ Herold/Müller, JA 2013, 808 (811).

Das Fazit beschließt die Anmerkung mit einer prägnanten Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse. Anders als ein Abstract darf es eindeutig Stellung beziehen. Es verdichtet die Argumentation und formuliert klar, ob und aus welchen Gründen die Entscheidung überzeugt oder kritikwürdig erscheint. Unklare oder ausweichende Formulierungen sind zu vermeiden. Ein gutes Fazit gibt dem Leser die Kernaussage der Anmerkung in knapper Form wieder und ermöglicht so eine schnelle Orientierung.

V. Formale und sprachliche Anforderungen

1. Formale Anforderungen

Die formalen Anforderungen richten sich nach den jeweiligen Vorgaben des Publikationsorgans oder der Prüfungsordnung. Unabhängig davon gelten allgemeine wissenschaftliche Standards. Fußnoten dienen primär dem Nachweis fremder Gedanken. Jeder Satz, der nicht auf eigener Überlegung beruht, ist mit einer präzisen Quellenangabe zu versehen.²⁴ Sammelnachweise am Ende größerer Textabschnitte genügen regelmäßig nicht den Anforderungen an wissenschaftliche Genauigkeit. Da Entscheidungsanmerkungen in Zeitschriften in der Regel kein gesondertes Literaturverzeichnis enthalten, müssen die Fußnoten sämtliche Angaben enthalten, die eine Auffindung der Quelle ermöglichen. Für Prüfungsleistungen wird gemeinhin ein Literaturverzeichnis von Nöten sein.²⁵

2. Sprachliche Anforderungen

Die Ausführungen sind in freier, sachlich-berichtender Fließtextform zu verfassen, nicht im Gutachten- oder Urteilsstil. Der Eindruck einer klausurtypischen Subsumtionslösung ist zu vermeiden. Die Darstellung soll klar, präzise und argumentativ stringent sein. Lange und verschachtelte Sätze beeinträchtigen die Lesbarkeit;²⁶ zugleich darf die notwendige dogmatische Differenzierung nicht zugunsten bloßer Kürze aufgegeben werden. Eine sorgfältige Überarbeitung des Textes ist unerlässlich, um Unklarheiten, Wiederholungen und stilistische Schwächen zu beseitigen. Gerade im Seminarzusammenhang empfiehlt es sich, vor der Abgabe eine kritische Durchsicht mit zeitlichem Abstand vorzunehmen. Die Nutzung von generativer Künstlicher Intelligenz als „Sparringpartner“ und der Einsatz von Korrektursoftware zur Beseitigung von Rechtschreibfehlern bietet sich als Unterstützung an, sofern die jeweilige Prüfungsordnung dies zulässt.

Häufige sprachliche Mängel sind die Verwendung von umgangssprachlichen Ausdrücken, die unklare Verwendung von juristischen Termini, die Wiederholung derselben Formulierungen, die übermäßige Verwendung von Füllwörtern, falsche oder irreführende Abkürzungen²⁷ oder die mangelnde Unterscheidung zwischen beschreibenden und bewertenden Aussagen. Diese Mängel lassen sich durch sorgfältige Korrekturlesung vermeiden.

²⁴ Zur Präzision in Prüfungsarbeiten eingehend *Halkenhäuser/Blum*, JuS 2021, 297.

²⁵ Zur formalen Gestaltung von juristischen Arbeiten empfiehlt sich die Lektüre von *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 8. Aufl. 2025.

²⁶ Siehe dazu eindrücklich *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 4. Aufl. 2024 und *Schmuck*, Deutsch für Juristen, 5. Aufl. 2021.

²⁷ *Höhne*, JA 2014, 737.

VI. Schlussbemerkung

Die Entscheidungsanmerkung ist eine anspruchsvolle wissenschaftliche Textform. Sie verlangt die Fähigkeit, gerichtliche Argumentation präzise zu rekonstruieren, sie in Rechtsprechung und Literatur einzuordnen und eine eigenständige Bewertung zu entwickeln. Ob als Publikationsbeitrag oder als Seminarleistung: Ihr Gelingen hängt von methodischer Klarheit, terminologischer Genauigkeit und argumentativer Stringenz ab. Wer diese Anforderungen erfüllt, demonstriert nicht nur inhaltliche Durchdringung einer konkreten Entscheidung, sondern wissenschaftliche Urteilsfähigkeit im juristischen Diskurs insgesamt. Wer die in diesem Beitrag dargestellten methodischen Grundsätze beherrscht, ist gut gerüstet, um Entscheidungsanmerkungen zu verfassen, die sowohl wissenschaftlichen Ansprüchen genügen als auch für die Praxis von Nutzen sind.

Von der Arbeitsmoral bis zum Meinungsstreit: Ein Wegweiser durch das Studium – Teil 2*

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

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

4. Zwischen (Rechts-)Gutachten, Esoterik und Märchen	1015
a) Der strafbare Genitiv	1015
b) Grammatikalische Spekulationsgeschäfte	1015
c) So kurz wie möglich, so lang wie nötig.....	1016
d) Kein „Geschwafel“	1016
e) Zwischen Sachgutachten und Tagebüchern	1017
f) Märchenonkel und Regieanweisungen	1017
g) Arroganz und Ego bleiben vor der Tür	1018
5. Der Meinungsstreit: Phantastische Rechtsprobleme und wo sie zu finden sind	1018
a) Warum die Definition keinen Punkt wert ist... ..	1018
b) Rechtsprobleme sind keine seltenen Einhörner... ..	1019
c) Dezenzte Annäherung, statt mit der Tür ins Haus fallen... ..	1021
d) Was Juristen vom Papst unterscheidet... ..	1023
aa) Unzulässige (Schein-)Argumente	1024
bb) Zulässige Argumente	1025
e) Das „Herzstück“: Ihre Rechtsansicht im Meinungsstreit!	1026
aa) Ohne Meinung kein Meinungsstreit	1027
bb) Unreflektierte Annahmen: Wasser predigen und Wein trinken	1028
6. Ein Wort noch zur Bewertung von Prüfungsleistungen	1028
II. Fazit – Und nun?	1030

* Teil 1 ist in Ausgabe 4/2026 erschienen.

** 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.

4. Zwischen (Rechts-)Gutachten, Esoterik und Märchen

Nach der Grundlagenarbeit soll es nun um einige stilistische Feinheiten und Anmerkungen, bewusste Akzentuierungen sowie besonders negativ auffallende Formulierungen gehen.

a) Der strafbare Genitiv

Achten Sie schon bei der Obersatzbildung auf grammatikalische Richtigkeit und benutzen Sie den richtigen Kasus. Es heißt entweder: „A könnte sich wegen [...] strafbar gemacht haben.“ oder aber: „A könnte sich eines/des [...] schuldig gemacht haben“;¹ Konstellationen wie „wegen [...] schuldig“ oder „des [...] strafbar“ sind schlicht falsch und als solche zu werten. Dabei handelt es sich auch um keine Petitesse, wenn man bedenkt, dass z.B. *Walter* die Sache unter einem eigenen Abschnitt: „Der strafbare Genitiv“ behandelt². Prüfern fällt es (negativ) auf.

b) Grammatikalische Spekulationsgeschäfte

Auch sei hier gleich mit anderen grammatikalischen Spekulationsgeschäften abgerechnet. Zur korrekten Sprachanwendung gehört auch der richtige Modus. Es handelt sich um eine Verbkategorie, die die Art und Weise des Gesagten hinsichtlich des Verhältnisses zur Wirklichkeit bestimmt; relevant sind für unsere Zwecke nur zwei Modi: einerseits der Indikativ, der die Wirklichkeit ausdrückt, andererseits die Formen des Konjunktivs, die Möglichkeiten und Wünsche vermitteln. Der Indikativ wird zum Ausdruck eigener Gedanken genutzt; außerdem dann, wenn Sie auf fremdes Gedankengut referenzieren und mit einer subjektbezogenen Präposition zum Inhalt überleiten, z.B.: „Nach/Laut der h.M. ist die Strafbarkeit [...]“. Dagegen dient der Konjunktiv I der Wiedergabe fremder Gedanken in indirekter Rede, meist gekennzeichnet durch ein Verb des Ausdrucks oder Dafürhaltens („Kopfverben“), etwa: „A denkt/meint, dies sei ein [...]“, oder ein damit verknüpft Substantiv, etwa: „Die Bedenken der Gegenposition, dies führe zu [...]“; würde die Referenz übrigens auf einen Plural abzielen, mithin: „Meyer meint, die Argumente gelten nicht“, fiel dieser mit dem Indikativ zusammen, sodass auf den Konjunktiv II auszuweichen wäre, dann:

„Meyer meint, die Argumente gölten/gälten nicht“.

Achten Sie in diesem Zusammenhang auch auf inhaltsleere konjunktivische Obersätze ohne Prämissen, wie z.B.: „A könnte einen Anspruch haben“. Der Obersatz gibt den eigenen Prüfungsmaßstab vor. Er muss also sowohl die Hypothese als auch irgendeine Prämisse (Abhängigkeit) enthalten. Völlig verfehlt ist wiederum die Verwendung des (verneinenden) Irrealis³ als Paarung zweier verknüpfter Formen des Konjunktiv II, etwa: „Könnte [...] haben/sein. Voraussetzung wäre [...]“⁴. Der Irrealis ist der Modus des irrealen Wunsches und drückt die Unmöglichkeit aus („Ich wäre gekommen, hätte ich Zeit gehabt“) – damit ist nichts gewonnen. Ganz im Gegenteil, schreibt man: „A hätte einen Anspruch, wenn die Voraussetzungen vorlägen“, sagt man schlicht:

¹ Vgl. dazu *Trinh*, ZJS 2022, 516 (518); *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290).

² *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 4. Aufl. 2024, S. 54.

³ *Wolf*, JuS 1996, 30 (32).

⁴ *Schnapp*, Jura 2002, 32 (33).

„A hat keinen Anspruch!“

Dabei handelt es sich um keine höhere Germanistik oder Raketenwissenschaft, sondern Schulwissen, dessen Erwerb Sie mit Vorlage Ihrer Hochschulreife bei Immatrikulation garantiert haben.

c) So kurz wie möglich, so lang wie nötig

Gutachterliche Leitmaxime ist, dass Ihr juristischer Gedankengang samt Entscheidung deutlich hervortritt, schlüssig und transparent ist. Formulieren Sie kurz, nüchtern, trennscharf und kernprägnant. Der Rezipient Ihres Gutachtens ist an objektivem Informationsgewinn interessiert und will „gedanklich geführt werden“⁵, „hat es allerdings auch meist sehr eilig“⁶; denken Sie daran und kommen Sie ihm entgegen. Jede „subsumtionsirrelevante Angabe“ und jedes „unreflektierte, auswendig gelernte Schema ohne Inhalt“⁷ schaden eher. Verzichteten Sie auf lange „Schnörkelsätze“ oder „Satzgirlanden“ und drücken sich klar und insbesondere präzise aus, auch damit gute Argumente im „Gestrüpp schlechter Formulierungen“ nicht untergehen.⁸

d) Kein „Geschwafel“

Worauf Sie als Bearbeiter und insbesondere der prüfende Leser verzichten können, sind inhaltsleere Formulierungen. Sämtliche Kraftausdrücke wie „unproblematisch“, „selbstverständlich“, „zweifelsfrei“, „offensichtlich“, „ganz klar“ usw.⁹ bewirken immer das Gegenteil des Intendierten und rufen dem Prüfer quasi zu, dass es hier an belastbaren Sachargumenten fehlt und Sie unsicher sind. Gibt es diese doch, bedarf es der Kraftausdrücke nicht; zumal man als Studierender ohnehin mit einer gesunden Demut vor der Materie gut beraten ist. Dazu gehören auch alle (unnötigen) Modalpartikel, worauf Sie „ja“ „halt“ „auch“ „wohl“ „eh“ verzichten können, weil diese „eben“ „rein“ „gar“ kein Sachargument befördern, sondern das Ergebnis verwässern, etwa: „Damit gilt As Handeln ja als rechtswidrig“ (nein, es ist rechtswidrig), oder auch: „A hat wohl vorsätzlich gehandelt“¹⁰ (nein, A hat vorsätzlich gehandelt); zumal Unterstellungen ohnehin (insbesondere zulasten des Betroffenen) stets unzulässig sind.¹¹ Auch auf den sog. „Erschöpfungs-Konjunktiv“¹² am Ende der Abschnitte können Sie verzichten („Im Ergebnis hätte A einen Anspruch“), da dies auch wieder auf eine Wunschvorstellung des Unwirklichen abzielt und den Leser zurück zum Obersatz schickt. Der Sachverhalt ist „Ihre Wirklichkeit“ und real – entsprechend realer Ergebnisse bedarf es. Verwässern Sie Ihre Ergebnisse generell nicht, etwa so:

„Rechtswidrigkeit und Schuld unterliegen keinen Bedenken“.

⁵ Zieschang, JA 2021, 529 (535).

⁶ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (292).

⁷ Trinh, ZJS 2022, 516 (516).

⁸ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (288); vgl. Wolf, ZJS 2020, 553 (554).

⁹ Unverfänglich und daher nicht zu beanstanden sind aber: „zutreffend“, „überzeugend(er)“, „fälschlicherweise“ und „richtigerweise“, „vorzugswürdig“; vgl. Wohlers/Schuh/Kudlich, Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht, 7. Aufl. 2024, Rn. 141; Fahl, JA 2008, 350 (353): Aber auch das ersetzt keine sachlich fundierte Begründung.

¹⁰ Beaucamp, JA 2018, 757 (759).

¹¹ Zieschang, JA 2019, 529 (535).

¹² Wieduwilt, JuS 2010, 288 (291): i.S.v. „Puh, das wäre geschafft!“

Teilweise wird sogar dafür plädiert, sinnlose Ausführungen hierzu wegzulassen, soweit es keine Anhaltspunkte für Probleme gibt.¹³ Von der Rechtswidrigkeit und normativen Ansprechbarkeit geht das Recht nämlich grds. aus.¹⁴ Insoweit genügt die Feststellung:

„A handelte rechtswidrig und schuldhaft“.

Damit vermeiden Sie auch den teils als solchen betitelten „Asthmastil“¹⁵:

„A handelte vorsätzlich. A handelte rechtswidrig. A handelte schuldhaft“.

Als „goldene Gutachtenregel“ dient insoweit, dass eine Arbeit erst dann fertig ist, wenn man nichts mehr weglassen kann.¹⁶

e) Zwischen Sachgutachten und Tagebüchern

Das juristische Gutachten ist „keine Belletristik, sondern eine methodisch abgeleitete, wissenschaftlich exakt begründete Antwort auf eine Rechtsfrage“¹⁷. Diese zwanghafte „Genauigkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit und der Ausschluss jeder willkürlichen Entscheidung [...] sind Grundvoraussetzungen für eine Anerkennung der Jurisprudenz als Wissenschaft“¹⁸. Differenzieren Sie zwischen Fakten, Tatsachen sowie Argumenten einerseits und Gefühlsbekundungen, Empfindungen sowie Mutmaßungen andererseits. Letztere gehören nicht ins Gutachten. Jede Annahme muss sich (un-)mittelbar aus dem Sachverhalt bzw. aus Gesetz und Recht ergeben. Sachargumente sind als solche sachlich zu stützen, entsprechend zu begründen. Ihre ganz ureigene Einstellung zur Sache ist hingegen – ohne juristisch nachvollziehbar begründeten Gedankengang – irrelevant. Auch alle Pauschalsätze ohne Inhalt und Fallbezug i.S.v.: „Das ist hier der Fall“ oder „Das liegt vorliegend gerade nicht vor“ könnten überall stehen und bringen die Falllösung nicht voran.

f) Märchenonkel und Regieanweisungen

Ebenso unnütz, entbehrlich und zeitverschwendend sind sowohl Ausschweifungen im „Märchenonkelstil“¹⁹ wie: „Zunächst ist nun erst einmal zu prüfen, ob [...]“; nachdem [...] geklärt ist, ist nunmehr danach zu fragen, wie [...]“, als auch „Regieanweisungen“²⁰ oder selbstverständliche Redundanzen wie etwa: „Es wird jetzt die Strafbarkeit von X geprüft. Dafür müsste X [...]. Zunächst ist der Tatbestand [...]. Dafür müssten [...] vorliegen“ usw. Derartige Füllsätze steuern nichts Relevantes zur Lösung bei – mit Goethe: „Getretner Quark wird breit, nicht stark“.²¹

¹³ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (159): Anwendbarkeit deutschen Strafrechts werde auch nicht anlasslos geprüft, obschon dies Grundvoraussetzung jeder Strafbarkeit wäre.

¹⁴ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (159): „Das klingt revolutionär, wird sich aber früher oder später durchsetzen, weil es keinen überzeugenden Sachgrund gibt, das Gewohnte beizubehalten.“

¹⁵ Klaas/Scheineld, Jura 2010, 542 (544).

¹⁶ Lagodny, Juristisches Begründen, 2013, S. 155.

¹⁷ Wolf, JuS 1996, 30 (36).

¹⁸ G. Wolf, in: GS Meurer, 2002, S. 665 (682).

¹⁹ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (290); vgl. zum juristischen Stil Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Aufl. 2018, S. 73 ff. mit weiteren Beispielen.

²⁰ Wolf, ZJS 2020, 553 (556).

²¹ Goethe, West-östlicher Divan, Stuttgart: in der Cotta'schen Buchhandlung (Cotta), 1819, S. 111.

Übrigens gibt es gar keinen Bedarf für eine ständige Sachverhaltsreferenz. Vertrauen Sie (bittet!) darauf, dass der Korrektor sowohl weiß, dass Sie sich ausschließlich mit dem vorgelegten Sachverhalt befasst haben (welchen denn sonst?!), als auch selbst mit diesem vertraut ist. Verweise wie: „laut/gemäß/nach Sachverhalt“ oder „vorliegend“, „hier“, „im vorliegenden Fall“ (wo sonst?!) sind entsprechend unnötig. Letztlich gilt: „Überflüssiges ist überflüssig“²².

g) Arroganz und Ego bleiben vor der Tür

Tragen Sie einen gewissen Respekt und eine Prise Demut für Ihr Fach sowie andere Rechtswissenschaftler (mit anderen Meinungen) in sich. Verlieren Sie nicht aus dem Blick, dass Sie als Studierende naturgemäß noch ganz am Anfang Ihrer juristischen Eigenständigkeit stehen, ergo weit entfernt von dogmatisch ausgefeilt begründeten Eigenkreationen sind. Wenn Sie also das nächste Mal einen Meinungsstreit zu einem „Standardproblem“ führen, verzichten Sie bzgl. einer anderen Rechtsmeinung grds. auf „Schärfe, Spott, Übertreibung oder Überheblichkeit“²³ mit Ausdrücken wie: „unsinnig“, „grundlegend verkannt“, „übersehen“, „unrichtig“, „abwegig“, „unhaltbar“ oder „völlig verfehlt“. Bleiben Sie sachlich. Es ist höchstunwahrscheinlich, dass die „Gegenseite“ (allesamt qualifizierte spezialisierte Juristen) ein gerade „von Ihnen“ (aus dem Lehrbuch übernommenes) Argument in all den Dekaden „übersehen“ oder das wahre Recht „grob verkannt“ hat; wahrscheinlicher ist eher, dass Sie die andere Rechtsauffassung in Tiefe und Breite zu durchdringen noch gar nicht die Zeit gefunden haben. Bedenken Sie auch, wie es auf Prüfer, die die von Ihnen verworfene Meinung ggf. (mit-)geprägt haben oder vertreten, wirken wird, wenn Sie ihnen groben Unverstand attestieren.

5. Der Meinungsstreit: Phantastische Rechtsprobleme und wo sie zu finden sind

Nachfolgend soll es um das Auffinden und Erkennen von Rechtsproblemen sowie deren Hinführung zum Streitstand und Lösung gehen. „Punkteträchtig“ ist die inhaltlich tiefgehende Auseinandersetzung mit Sachverhalt und Rechtsfrage, nicht der bloße Nachvollzug vorgeprägter Ansichten.

a) Warum die Definition keinen Punkt wert ist...

Verinnerlichen Sie zuvörderst, dass es für die Wiedergabe von auswendig gelerntem „Konsumwissen“ (i.S.v. „Definitionen-Lernen“) keine Punkte gibt. Diese gibt es nämlich nur „für die Behandlung von Problemen, nicht für die Abhandlung von Banalitäten“²⁴; i.Ü. helfen Definitionen ohnehin nur bei Unproblematischem weiter²⁵. Lösen Sie sich bei Definitionen von der Fehlvorstellung, das Auswendig-gelernte kurzerhand „abzuladen“, nur um schon mal „irgendetwas“ auf Papier zu haben. Beachten Sie eher, dass die Definition als verlängerter Arm des Obersatzes Ihren eigenen Prüfungsmaßstab wiedergibt. Wenn Sie also einen Rechtsbegriff z.B. wie folgt definieren: „Ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ist (i.) jeder körperliche Gegenstand, der (ii.) nach seiner objektiven Beschaffenheit und der (iii.) Art seiner konkreten Verwendung (iv.) geeignet ist, erhebliche Verletzun-

²² Walter, *Kleine Stilkunde für Juristen*, 4. Aufl. 2024, S. 61.

²³ Möllers, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 9. Aufl. 2018, S. 76. Wolf, *ZJS* 2020, 553 (562): ebenso auf „gönnerrhafte Lobpreisungen“.

²⁴ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, *ZJS* 2014, 157 (161).

²⁵ Klaas/Scheineld, *Jura* 2010, 542 (546 f.). Sobald Auslegung und Interpretation strittig sind, erstreckt sich das Problem bereits auf die Definition selbst. Dazu Lagodny/Mansdörfer/Putzke, *ZJS* 2014, 157 (162). Dass dabei die meisten Definitionen der Lösung ob der zu- als abnehmenden Vagheiten und Unklarheiten eher abträglich sind, ist ein Problem für sich. Siehe dazu Puppe, *JA* 1989, 345 (347) sowie Klaas/Scheineld, *Jura* 2010, 542 (546).

gen herbeizuführen“, dann aber (nur) subsumieren: „A hat dem B mit einem Baseballschläger auf den Kopf geschlagen und ihn so stark verletzt“, so ist der Subsumtionsversuch fehlgeschlagen und Ihre Definition ad absurdum geführt. Es bedarf keiner Definitionen, wenn Sie sich nicht daran messen lassen (wollen). Dass der Prüfer die Definitionen auch selbst kennt, kann im Zweifel unterstellt werden. Achten Sie also darauf, alle definitorischen Merkmale („Definitionsanker“) in Ihrer Subsumtion auch widerzuspiegeln, z.B.:

„Bei dem Baseballschläger handelt es sich um einen (i.) fass- und spürbaren, mithin körperlichen Gegenstand, dessen (ii.) objektive Beschaffenheit gerade von dessen Härte und Unnachgiebigkeit (als Schlaginstrument) geprägt ist. Die (iii.) konkrete Verwendungsart, hier der wuchtige Schlag auf den Kopf des B, ist auch (iv.) dazu geeignet, Platzwunden, Gehirnerschütterungen oder Schädelbrüche, mithin erhebliche Verletzungen herbeizuführen.“

Auch unnütz und sinnentleert sind aneinandergereihte Definitionen, auf die nur eine Behauptung folgt. Ein Beispiel (aus einer originalen, Fortgeschrittenenklausur):

„Tatobjekt: Eine Sache i.S.d. § 242 StGB ist jeder körperliche Gegenstand; auf den Aggregatzustand kommt es dabei nicht an. Beweglich ist sie, wenn sie fortgeschafft, also weggetragen werden kann. Eine Sache ist fremd, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht, auch fremdes Miteigentum genügt für die Fremdheit. Der Karton ist eine fremde bewegliche Sache.“

Mit so einer „Leistung“ haben Sie nichts geleistet; ganz im Gegenteil, Sie zeigen damit ein deutliches Missverständnis für die Anforderungen, da Sie die Sache weder souverän als unproblematisch annehmen noch eine saubere gutachtliche Prüfung vornehmen; demonstriert wird damit sozusagen ein „besonders aufschlussreicher Fehler“, den man nur begehen kann, wenn man „ein bisschen Jura“ gemacht hat, aber keine darüber hinausgehenden Ansprüche hatte. Das Kennen von Definitionen zählt zum juristischen Handwerkszeug und weiter noch: zum absolut basalen Existenzminimum eines jeden Juristen – ohne dieses, brauchen Sie erst gar keine Prüfung antreten. Entsprechend sollten Sie sich von der „Erwartungshaltung“ frei machen, für das Auswendiglernen von irgendetwas, seien es nun Definitionen oder Gedichte, in einer Prüfungsleistung „honoriert“ zu werden. Um im Bilde zu bleiben, ist es wie mit dem „echten Handwerker“: Nur weil der Klempner Ihr Haus gefunden und auch noch seinen Werkzeugkoffer dabei hat, wird er (noch) nicht bezahlt – die Bezahlung folgt auf die Behebung des Problems hin.

b) Rechtsprobleme sind keine seltenen Einhörner...

Tatsächlich handelt es sich bei Rechtsproblemen aber um keine seltenen Einhörner, auf die man nur alle Jubeljahre bei Emergenz der Planeten einen kurzen Blick erhaschen kann, sondern meist um natürliche „Störgefühle“, die sich einem bei sorgsamer und gewissenhafter Arbeit als Divergenz von Sachverhalt und Rechtssatz automatisch aufdrängen. Ungeachtet der Eigentümlichkeiten einzelner Rechtsgebiete²⁶ möchte ich für einen recht zugänglichen Ansatz der Problemfindung auf Basis von Sorgfalt, Logik und Rechtsempfinden werben: Vergegenwärtigt man sich, dass der Obersatz nicht so benannt ist, weil er oben steht, sondern weil er sich als logisch vorgelagerte Prämisse auf den Unter-

²⁶ Vgl. Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (161 ff.) mit sehr anschaulicher Differenzierung zwischen Interpretations-, Abgrenzungs-, Anwendungs- und Konsequenzproblemen.

satz bezieht, ist er weitaus mehr als nur ein Einleitungssatz.²⁷ Der Obersatz ist bestimmt vom jeweiligen Rechtssatz, ggf. weiter ausgeprägt durch die Definition und gibt eine allgemein abstrakte Regel wieder, an der der Untersatz sich als konkreter Lebensausschnitt messen lassen muss. Besteht eine logische Identität, also ist der Untersatz vom Obersatz gedeckt, fällt der Sachverhalt unter die abstrakte Regel und es folgt eine eindeutige Konklusion. Sobald beides keine (vertretbare) Kongruenz mehr aufweist, ergibt sich schon ein „Rechtsproblem“. Je größer nun die Kluft zwischen (tatsächlichem) Untersatz und (rechtlichem) Obersatz ist, desto „größer“ ist das Problem und desto höher fällt der juristische Begründungsaufwand aus,²⁸ will man ersteres noch unter letzteres fassen. Die Divergenz von Sachverhalt und Rechtssatz wird entweder durch ein sofortiges inneres „Störgefühl“ spürbar oder es kommen Zweifel bzgl. Wortlaut, Systematik o.Ä. auf.

Dabei kann man sich gut und gerne auf „einige traditionelle rechtsdogmatische Topoi berufen, die [... teils] etwas kompliziert“ sind und „zum Teil [ein] tiefes normtheoretisches Verständnis voraus[setzen]“²⁹. Es handelt sich um eine Trias messerscharfer Argumentationsstränge am juristischen Hochreck, die regelmäßig auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁰ und gewichtigen Literaturstimmen bedient werden (sog. Empörungs- und Dambruchargumente). Erstens: „Das kann nicht sein!“ – das klassische (Empörungs-)Argument der krassen Härte, Unbilligkeit und Ungerechtigkeit. Zweitens: „Da könnte ja jeder kommen!“ – ganz ähnlich, aber anders akzentuiert wird hier z.B. die uferlose Ausweitung einer (Straf-)Norm bemängelt, die Tür und Tor für jeden und alles öffnen könnte (Dambruch). Drittens: „Wo kommen wir denn da hin?“ – diese schon prophetische Argumentationslinie zielt per Fortbildung und Transfer auf die untragbaren Folgen in vergleichbaren Situationen ab. Empfinden Sie ein solches „Störgefühl“, liegen Sie intuitiv meist richtig – übergehen Sie es nicht.

Fiktives Beispiel: „In Land L gibt es in allen Fernverkehrszügen für betroffene Personen sog. Mutter-Kind-Abteile.“

Methodisch funktioniert das Vorgehen unabhängig vom Rechtsgebiet.³¹

Fall 1: Die 28-jährige M setzt sich mit ihrer dreijährigen Tochter T in das Abteil.

Fall 2: Die 93 Jahre alte M setzt sich mit ihrem 68 Jahre alten Sohn S in das Abteil.

Fall 3: Vater V setzt sich mit seiner zweijährigen Tochter T in das Abteil. Dort sitzt auch Betreuerin B mit dem verhaltensauffälligen achttjährigen Kind K. Einige Zeit später kommen der 19-jährige Onkel O und seine schüchterne und zurückhaltende neun-jährige Nichte N dazu.

²⁷ Wagner/McColgan, Die BGB-Klausur, 10. Aufl. 2024, § 6 Rn. 1: Eine erfahrende Prüferin erkennt den Ausbildungsstand eines Kandidaten an den ersten drei Sätzen der Bearbeitung“.

²⁸ Vgl. Möllers, ZfPW 2019, 94 (117): „Je unbestimmter oder unklarer die Norm für die Lösung des konkreten Falls ist, desto aufwendiger muss die Begründung sein.“

²⁹ Wegner, Vortrag beim JuraSlam Hamburg v. 10.5.2016 (4.4.2026).

³⁰ BGH NJW 1990, 2560 (2567): „Daß dies nicht Rechtsens sein kann, liegt auf der Hand“; BAG NZA 2020, 1491 (1493): „zu praktisch untragbaren Ergebnissen“; BFH DStRE 2012, 112 (114): „zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führte“; BGH BeckRS 2007, 18753 Rn. 10: „uferlos dahin zu erweitern [...]“; BGH NJW-RR 2018, 1023 (1024): „weil andernfalls der Rechtsunsicherheit und dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet wäre“.

³¹ Es könnte bzgl. des Mutter-Kind-Abteils heißen, etwa strafrechtlich: „Das unberechtigte Betreten wird [...] bestraft – Strafbarkeit?“, zivilrechtlich: „Betroffene Personen haben Anspruch auf Zugang – Rechtslage?“ oder öffentlich-rechtlich: „Auf Antrag erteilt die zuständige Behörde Berechtigten eine Sondernutzungsgenehmigung – Ist die Genehmigung zu erteilen?“

Lösung – Fall 1: M und T sind Mutter und Kind (vgl. § 1591 BGB); es gibt keine Probleme.

Lösung – Fall 2: Da haben wir es aber, das „Störgefühl“ – sofort regt sich ein innerer Widerstand: „Das kann ja nicht sein!“ Das erkannte „Problem“ müssen Sie nun juristisch aufreißen und vertretbar lösen. Bspw. ließe sich das Wortlautargument anführen, dass M zwar Mutter und S auch ihr Sohn ist, das Alter von 68 Jahren aber den Rahmen des „Kindes“ im Sprachgebrauch sprengt, wie es im Recht eher mit Minderjährigkeit assoziiert wird³². Sinn und Zweck der Norm dienen sowohl den Interessen ggf. noch stillender Mütter (Privatsphäre) als auch den Interessen anderer Fahrgäste (Abschirmung von lärmenden Kleinkindern) [... usw.].

Lösung – Fall 3: Hier mag es prima facie kein direktes „Störgefühl“ geben, da es sich um sozialadäquate Nutzungsformen handeln könnte. Doch auch hier ergibt sich mit Blick auf den Wortsinn der Norm eine (teils erhebliche) Abweichung, weil weder der Vater noch die Betreuerin eines Kindes die geforderte Mutterrolle erfüllen; ebenso bzgl. Onkel sowie Nichte i.S.v. Kind. Es lassen sich für V und B aber eine gleiche Interessenlage sowie ggf. Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote anführen; ebenso Erwägungen zu Schutzzwecken und Schutzwürdigkeiten. Hinsichtlich O und N überzeugen diese Erwägungen eher nicht.

Daran sehen Sie, wie schnell sich Probleme auftun und dass Sie erkannte Probleme „nur“ noch einer möglichen Lösung zuführen müssen. Ganz regelmäßig ist von Ihnen nämlich gefordert, unbekannte Fragestellungen per juristischer Methodik unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen einer begründeten und daher vertretbaren Lösung zuzuführen.³³

c) Dezente Annäherung, statt mit der Tür ins Haus fallen...

Haben Sie ein Problem erkannt, ist es unverzichtbar, dem Leser darzulegen, was überhaupt streitig ist³⁴. Dafür müssen Sie die „konkrete Frage in eine abstrakte Rechtsfrage [übersetzen]“³⁵ und sich an das „Hervorholen des Problemkerns“³⁶ wagen. Das ist eine entscheidende Anforderung, die Sie in puncto Rechtsverständnis und -anwendung von vielen abgrenzt und zeigt, dass Sie verstanden haben, worum es geht.³⁷

Negativbeispiel: „A hat Hausangestellte H getäuscht, infolgedessen H dem A die wertvolle Uhr des B herausgibt. H ist nicht B, es liegt ein Dreiecksbetrug vor. Wie das zu behandeln ist, ist stark umstritten: [...]“

³² Vgl. § 19 StGB, §§ 1612a, 1619, 1629, 1629a BGB.

³³ Zieschang, JA 2019, 529 (534).

³⁴ Wolf, ZJS 2020, 553 (561); Steinberg, Angewandte juristische Methodenlehre für Anfänger, 2006, Rn. 108; Zieschang, JA 2019, 529 (534); vgl. auch ders., JA 2019, 529 (535) mit ausformulierten Beispielen.

³⁵ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (291).

³⁶ Bringewat, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, 5. Aufl. 2024, Rn. 261.

³⁷ Ferner gebietet es die Logik, da die (rechtliche!) Streitfrage keinen Bezug zum (tatsächlichen!) Sachverhalt hat; m.a.W.: Wenn A eine Bank ausraubt, während B Schmiere steht und den Fluchtwagen fährt, ist nicht „umstritten“, ob B Mittäter ist, sondern welche Anforderungen an die Mittäterschaft in Abgrenzung zur Beihilfe zu stellen sind.

Damit zeigen Sie deutlich, wo der Sachverhalt endet und die Lehrbuchwiedergabe beginnt. Es fehlt jede Verknüpfung, die zeigt, dass Sie das eigentliche Problem und die Hintergründe verstanden haben. Deutlich besser wäre also:

„A hat Hausangestellte H getäuscht, infolgedessen H dem A die wertvolle Uhr des B herausgibt. Getäuschte und Verfügende fallen in der Person der H zusammen, bzgl. Verfügender und Geschädigtem mit H und B aber auseinander. Um dem Charakter des Betrugers als Selbstschädigungsdelikt – in Abgrenzung zum (mittelbaren) Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt – gerecht zu werden, müsste B sich wirtschaftlich selbst geschädigt haben. Da B nicht selbst verfügte, kommt das nur dann in Betracht, wenn Hs Verfügung dem B zugerechnet werden kann. Dafür müssten H und B eine (vermögensbezogene) Zurechnungseinheit bilden. Nach welchen Kriterien dieses Näheverhältnis zu bestimmen ist, wird nicht einheitlich beantwortet: [...]“

Gerade anfangs neigen Studierende dazu, den Klang gelesener Texte wie ein Resonanzkörper wiederzugeben,³⁸ doch ist mehr verlangt als das „schikanöse“ Abfragen und Abspulen „angelesenen Wissen[s] über festgefahrene Theoriestreitigkeiten“³⁹ oder bloße „Meinungsleier“⁴⁰. Von dieser „unnütze[n] und unschöpferische[n] Fleißarbeit“⁴¹ sollten Sie sich frei machen und auch nicht über schnöde Passivformulierungen mit der Tür ins Haus fallen („ist strittig“, „ist umstritten“), da Sie damit deutlich machen, dass Sie nur reproduzieren können⁴². Leiten Sie verschiedene Ansätze besser direkt anhand der Auslegungsmethoden sowie ihrer Argumente her und zeigen Sie die Kompetenz, die Ansätze direkt mit dem Gesetz zu verknüpfen.⁴³ Zur Veranschaulichung ein Beispiel zum Streit über die das Leben gefährdende Behandlung i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB⁴⁴:

Fall: A schlägt B zuerst zu Boden und tritt dem mittlerweile bewusstlosen B mit festem Schuhwerk mehrmals gegen den Kopf. Das Leben des B war nie in Gefahr.

Es wäre eine denkbar schlechte Formulierung, wenn Sie im objektiven Tatbestand schreiben:

„Indem A dem B mehrmals gegen den Kopf getreten hat, könnte er ihn in Lebensgefahr nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB gebracht haben. Die Anforderungen sind aber umstritten. Eine Ansicht [...]“, weil niemand in Rspr. und Lit. über A und B streitet, die Übersetzung zur Rechtsfrage fehlt, man mit der Tür ins Haus fällt und nur Konsumiertes wiedergegeben wird. Im nächsten besseren Beispiel gehe ich (anregungshalber) auf mehrere mögliche Anknüpfungspunkte ein:

„Durch die Kopftritte könnte A auch den objektiven Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt haben, wonach die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen worden sein müsste. Soweit die Norm eine „das Leben gefährdende Behandlung“ fordert, fragt sich, ob eine konkrete oder nur abstrakte Lebensgefahr gemeint ist. Schließlich adressiert die Norm mit „Körperverletzung“ und „Behandlung“ eine Handlungsweise und spricht gerade in Nr. 5 von „(das

³⁸ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (288).

³⁹ Puppe, JA 1989, 345 (351).

⁴⁰ Klaas/Scheinfeld, Jura 2010, 542 (546) mit Referenz auf Röhl.

⁴¹ Puppe, JA 1989, 345 (351).

⁴² Vgl. Trinh, ZJS 2022, 516 (521).

⁴³ Vgl. Trinh, ZJS 2022, 516 (521).

⁴⁴ Zur Auslegung und dem Streitstand eingehend Beck, ZIS 2016, 692.

Leben) gefährdend“ anstatt wie in Nr. 2 Alt. 2 von „gefährlich“. Insoweit ließe sich nach allgemeinem Sprachverständnis zwischen „lebensgefährdend“ und „lebensgefährlich“ differenzieren; zumal das Gesetz mit Blick auf andere konkrete Gefahrenkonstellationen von einer „Gefahr des Todes“ spricht (vgl. §§ 221 Abs. 1, 225 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1, 250 Abs. 2 Nr. 3b StGB). Korrespondierend könnte „das Leben“ sich sowohl auf das Leben im Allgemeinen als auch das tatgegenständliche Leben im Besonderen beziehen. Ein systematischer Abgleich mit den Nrn. 1–4 zeigt durchwegs Gefährdungscharakter, doch begegnet die Übertragung auf Nr. 5 ob der Hürde, die Gefährdung anders als konkret zu bestimmen, erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten.“

Das müssen Sie natürlich nicht alles so abspulen; damit haben Sie aber genug Anregungen, wie Sie den Streitstand qualitativ hochwertig und mit Gesetzesbezug herleiten können.

d) Was Juristen vom Papst unterscheidet...

... ist die argumentativ überzeugende Argumentation. Sicherlich ist Ihnen in Texten oder Voten der Terminus des „apodiktischen Duktus“ begegnet. Im kirchlichen Kontext meint das die unwiderlegbare, final-autoritäre und keinen Widerspruch duldende Ausdrucksweise des Papstes als Jurisdiktionsprimat im Lichte des Unfehlbarkeitsdogmas. Der Papst braucht weder etwas zu erklären noch zu begründen, geschweige denn rechtfertigen. Normalsterblichen wird dieses Privileg nicht zuteil. Vielmehr müssen Juristen via Syllogismen, Argumentation und Rhetorik für den eigenen Standpunkt werben.⁴⁵ Von der Methodenlehre als „Navigationsgerät [...] in den Fluten und Nebeln der geltenden Rechtsordnung“⁴⁶ ist die Rede. Dabei ist die Sprache das wichtigste Ausdrucksmedium;⁴⁷ sie soll über die Informationsvermittlung hinaus auch Wirkung entfalten,⁴⁸ die eigenen Behauptungen unterlegen und andere überzeugen.⁴⁹ Es stellt sich dann früher oder später die Frage, welche Argumente im Diskurs überhaupt zulässig sind, welches Gewicht bzw. welcher Stellenwert ihnen beigemessen werden kann⁵⁰ und wie dabei per kritischer Beleuchtung der Überzeugungskraft die „guten“ von den weniger guten Gründen zu [unter]scheiden“ sind⁵¹.

Maßgeblich hat *Arthur Schopenhauer* die Argumentationslehre mit seiner „Eristischen Dialektik“ als „die Kunst zu disputieren und zwar so zu disputieren, daß man *recht* behält, also *per fas et nefas* [mit fairen sowie unfairen Mitteln]“⁵² geprägt und – ausgehend von der „natürlichen Schlechtigkeit des menschlichen Geschlechts“⁵³ – 38 Kunstgriffe als rhetorische Strategeme zum Disputieren an die Hand gegeben, und zwar unabhängig von der Wahrheit der vertretenen Position. Zwar geht es im Gutachten nicht um „Meinungsmache“, sodass diesem Credo nicht blind gefolgt werden kann, allerdings lässt sich daraus eine wertvolle Grundordnung von Argumentationstypen gewinnen: Zum Belegen oder Widerlegen einer These kann man sich zweier Modi bedienen. Das argumentum ad rem

⁴⁵ Früh, JuS 2021, 905 (905).

⁴⁶ Würdinger, JuS 2016, 1 (1); Rüthers, JuS 2011, 865 (867).

⁴⁷ Christensen/Kudlich, ARSP 2002, 30.

⁴⁸ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. 2009, S. 18.

⁴⁹ Früh, JuS 2021, 905 (906).

⁵⁰ Vgl. dazu umfassend Früh, JuS 2021, 905 (906); Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 39 ff.; zur Zulässigkeit v. Argumenten Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 124 ff.

⁵¹ Duttge, ZDRW 2020, 75 (75).

⁵² Schopenhauer, Eristische Dialektik – Die Kunst, recht zu behalten, 2012, S. 7. Mit Übersetzung v. Hackermann (nach der kritischen Edition von: Arthur Hübscher) – Hervorhebungen im Original.

⁵³ Schopenhauer, Eristische Dialektik – Die Kunst, recht zu behalten, 2012, S. 8. Dagegen aus neuerer Zeit mit diversen Belegen Bregman, Im Grunde gut – Eine neue Geschichte der Menschheit, 6. Aufl. 2020.

richtet sich als Argument in der Sache gegen die These selbst, wohingegen das *argumentum ad hominem* sich als „Argument“ in der Person gegen das Gegenüber selbst richtet. Dabei kann die These entweder direkt bei ihren Gründen oder indirekt bei ihren Folgen angegriffen werden. Direkt können etwa die Gründe der Behauptung angefochten werden, indem der Ober- oder Untersatz bestritten wird (*nego majorem; minorem*), oder aber dessen Konsequenz durch Bestreiten der Schlussfolgerung (*nego consequentiam*).⁵⁴ Indirekt stellt die *Apagoge* die These als wahr hin, überführt sie dann aber durch Übertragung auf einen anderen anerkannten Satz, bei dem es zu einem offensichtlich falschen Ergebnis käme, als falsch, während die *Instanzen* die Annahme dadurch widerlegt, dass anhand ausgesuchter Einzelfälle, auf die sich die Annahme begrifflich auch bezieht, direkt nachgewiesen wird, dass sie dort nicht gilt. Nachfolgend wird die kategoriale Unterscheidung zulässiger Argumente und unzulässiger (Schein-)Argumente forciert. Im Einzelnen:

aa) Unzulässige (Schein-)Argumente

Das *argumentum ad hominem* kann nie ein valides Sachargument sein, da es sich gegen die persönliche Eigenschaft oder den Charakter der Person selbst richtet („A kann nicht gefolgt werden, weil A sowieso nichts von Jura versteht“) – ein logischer Fehlschluss. „Das ist doch Quatsch! Ende!“ ist als *argumentum ad lapidem* oder *ad absurdum* ebenso unbrauchbar und fehlschlüssig, da die Behauptung hier schlicht als falsch oder absurd abgetan wird, ohne dafür Argumente oder Beweise zu liefern. Ein logisch falsches und daher auch nur Scheinargument ist das *argumentum ad populum*, bei dem eine Aussage mit der (angenommenen Volks-)Mehrheit „begründet“ wird; Popularität geht hier vor logische Beweisführung („Die meisten sehen das so“). Das *argumentum ad ignorantiam* basiert auf schlichtem Nichtwissen, sodass eine Aussage als wahr/falsch behauptet wird, nur weil sie (noch) nicht bewiesen/widerlegt wurde (früher: „Die Erde ist eine Scheibe“). Der nach wie vor ungebrochenen Popularität zum Trotz ist ebenso fadenscheinig das *argumentum ad auctoritatem*, womit die These hauptsächlich oder nur auf eine Autorität gestützt wird, die für sich schon als „Grund“ in der Sache angenommen wird („Nach der h.M. ist das abzulehnen und deshalb lehnen wir das hier auch ab“). Wird das Autoritätsargument zudem als *argumentum ad verecundiam* missbraucht, weil die aufgeführte Autorität auf dem Gebiet nicht einmal ein Experte ist, wird der logische Fehl- zum vollendeten Trugschluss („Meine [juristische ungebildete] Oma hat gesagt, dass Mittäterschaft hier nicht geht – basta!“).

Keypoints: Was zählt, ist immer nur das Argument in der Sache!

All dies sind unbrauchbare Argumentationslinien, insbesondere bzgl. des Autoritätsarguments: Auch das Berufen auf scheinbare Autoritäten (h.M.⁵⁵, h.L. und BGH) ersetzt keine eigene Argumentation! M.a.W.: Eine Zitrone ist und bleibt gelb, weil sie gelb ist – und zwar unabhängig davon, ob der BGH das in höchstrichterlicher oder Ihre Oma in häuslicher Rechtsprechung feststellt.

⁵⁴ Schopenhauer, *Eristische Dialektik – Die Kunst, recht zu behalten*, 2012, S. 27.

⁵⁵ Eingehend zur h.M. als Argument *Djeffal*, ZJS 2013, 463. *Zieschang*, JA 2019, 529 (535): „[...] wobei natürlich die [...] h.M. [...] für sich kein Argument ist und nicht für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht.“

bb) Zulässige Argumente

Gerechtigkeits- und Wertungsfragen müssen „juristisch operational“⁵⁶, also rational nachvollziehbar und somit überprüfbar gemacht werden.⁵⁷ Zulässig sind insoweit nur die unterschiedlichen Ausprägungen des Sacharguments, insbesondere dergestalt, wie sie sich qua Auslegungsmethoden auffinden lassen:

„Nur wer methodisch denkt, kann Komplexes reduzieren und den Rechtsstoff komprimieren“.⁵⁸

Von Studierenden kaum oder erst viel zu spät zu schätzen gelernt, sind allem voran *allgemeine Rechtsprinzipien* wegen ihrer übergeordneten Bedeutung und vielseitigen Einsetzbarkeit argumentative „Wunderwaffen“. Wer bspw. ein solides Systemverständnis für die (straf-)verfahrensrechtlichen Prozessmaximen entwickelt hat, wird auf nahezu jede (straf-)prozessrechtliche Fragestellung eine zumindest plausible Antwort geben können. Rechtsgrundsätze sind meist von normativer Dialektik geprägt, die sich bei der Fallarbeit als abwägendes Tauziehen darstellen – oder mit *Martin Walser*: „Nichts ist ohne sein Gegenteil wahr“; entsprechend lohnenswert ist ein verknüpftes Lernen.⁵⁹ Auch die *Einheit der Gesamtrechtsordnung* und *Systemkohärenz* sind fruchtbare Argumentationsquellen. Denkt man etwa an Art. 20 Abs. 3 GG, gilt die Bindung „an Gesetz und *Recht*“, sodass das Recht nichts Unmögliches, Unrechtes oder Unzumutbares verlangen kann. So kann Unzumutbarkeit, wie sie vieltalig im Zivil- aber auch Straf- und öffentlichem Recht anzutreffen ist, als gefühlter Gerechtigkeitsmangel eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) bedeuten, weil sie vom „Normalfall“ im Rechtssinne stark abweicht.⁶⁰ Hierzu gehören auch basale Einsichten, wie etwa, dass das Strafrecht nichts unter Strafe stellen kann, was das Zivilrecht erlaubt oder gar gebietet (vgl. §§ 228, 904 BGB) bzw. andersherum (vgl. §§ 134, 138 BGB) oder Kollisionsregeln, wonach dem höherrangigen gegenüber dem niederrangigen, dem späteren gegenüber dem früheren und dem spezielleren gegenüber dem allgemeineren Gesetz der Vorrang gebührt. Aus dem *Regel-Ausnahme-Prinzip* folgt weiter, dass die „Regel“ die Marschroute vorgibt und „Ausnahmen“ entsprechend restriktiv und eng auszulegen sind. Mit einem *Erst-recht-Schluss* kann vom Großen auf das Kleine (argumentum a maiori ad minus) oder vom Stärkeren auf das Schwächere (argumentum a fortiori) geschlossen werden.⁶¹ Ist ein bestimmter Sachverhalt gesetzlich nicht geregelt, kann sowohl eine *Analogie* in Betracht kom-

⁵⁶ Esser, AcP 172 (1972), 97 (113).

⁵⁷ Möllers, ZfPW 2019, 94 (99).

⁵⁸ Zitate: Würdinger, JuS 2016, 1 (1); vgl. auch ders., JuS 2008, 949.

⁵⁹ Während das Legalitätsprinzip einen Verfolgungszwang statuiert, gewährt das Opportunitätsprinzip ausnahmsweise Ermessen. Im Zivilrecht sind Privatautonomie und Vertragsfreiheit, aber auch die folgende Vertragsbindung (pacta sunt servanda) elementare Rechtsinstitute, denen als Äquivalente und Regulative der Kontrahierungszwang bzw. § 313 BGB entgegenstehen. Im öffentlichen Recht stehen sich die staatliche Gefahrabwendungspflicht und das bürgerliche Freiheitsrecht ggü., bei Eingriffen sind Untermaß- wie Übermaßverbot zu berücksichtigen und ist die Verhältnismäßigkeit quasi der Polarstern, an dem sich jedes Staatshandeln auszurichten hat.

⁶⁰ Früh, JuS 2021, 905 (908). Nicht anders liegt es, wenn das Gesetz (u.a. im Miet- und Sozialrecht) von einer unbilligen (sozialen oder wirtschaftlichen) Härte spricht.

⁶¹ Früh, JuS 2021, 905 (909 f.). So etwa i.R.v. Dauerschuldverhältnissen, dass ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund erst recht eine ordentliche Kündigung rechtfertigt (weswegen § 140 BGB die Umdeutung von ersterem in letzteres erlaubt).

men, aber auch aus einem *Umkehrschluss* resultieren, dass der Sachverhalt (bewusst) nicht vom Gesetz erfasst wurde⁶².

Keypoints: Rechtlich systematisch-verknüpftes Lernen bringt weitaus mehr als streitstandspezifisches Faktenwissen. Verlieren Sie nie das große Ganze aus den Augen.

Mit dem Rationalitätsanspruch schaffen Methoden- und Argumentationslehre Vertrauen in die juristische Entscheidung⁶³; zwar kann dadurch vielleicht das Recht „schwerer werden, aber auch schöner, weil ehrlicher und – wenn es denn [...] auf dem zwanglosen Zwang der besseren Argumente ruht – überzeugender und deshalb gerechter“⁶⁴.

e) Das „Herzstück“: Ihre Rechtsansicht im Meinungsstreit!

Zu einem Meinungsstreit gehört also mehr, als reflexartig h.M., Rspr. und je zwei Standardargumente in den Orbit zu blasen. Rechtswissenschaftliche Prüfungsleistungen sind gerade deshalb so anspruchsvoll, weil es eben nicht genügt, Dinge auswendig zu lernen und dann zu reproduzieren.⁶⁵ Auf stumpfe Wiederkäuerei und (noch zudem verkürzte) Reproduktion fremden Gedankenguts können Sie hingegen getrost verzichten. Neben dem nötigen Fachwissen bedarf es nämlich auch immer einer eigenen begründeten Positionierung i.S.e. individuellen Note. Denn ohne Ihre eigene Meinung bleibt der Meinungsstreit wie ein Echo: Man hört etwas, aber es stammt nicht von Ihnen.

Keypoints: Meinungsbildung geht vor Meinungsäußerung und wer keine Meinung hat, kann auch nichts vertreten.

Natürlich müssen Sie das Rad nicht ganz neu erfinden. Es ist auch „keine Schande, ein gutes Argument von einem anderen Denker zu übernehmen“, und i.Ü. ein Irrglaube, dass besondere Originalität gefragt sei.⁶⁶ Die „ultimative eigenständige Lösung des Problems“ ist nicht verlangt.⁶⁷ Teilweise ist sogar von einer „völlig unrealistisch[en]“ Erwartungshaltung bzgl. einer eigenen Bewertung sowie der „Unmöglichkeit eigener Stellungnahme“ die Rede⁶⁸ und wird empfohlen, in „wohlbegründeter Bescheidenheit“ auf dieses „Wagstück“ zu verzichten⁶⁹. Auch wenn „das Auffinden eines neuen Arguments bei einem ausdiskutierten Problem“⁷⁰ schwerfallen dürfte und ein „diszipliniertes Misstrauen gegenüber der Stichhaltigkeit der eigenen Argumente“⁷¹ anzuraten ist, bleibt doch die eigenständige Meinungsfindung ein Bemühen, das im Erfolgsfalle besondere Honorierung verdient⁷². Auch weil jeder Prüfungssachverhalt ein Unikat ist, sind „Einfallsreichtum, Eigenständigkeit und Ori-

⁶² Etwa wenn der Gesetzesabschnitt schon mehrfach reformiert wurde, den zu entscheidenden Sachverhalt aber immer noch nicht umfasst (vgl. §§ 22, 24, 31 StPO bzgl. fehlender Ablehnungsmöglichkeit des [befangenen] Staatsanwaltes).

⁶³ Möllers, ZfPW 2019, 94 (121); Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 82 ff.

⁶⁴ Simon, in: Grimm/Kemmerer/Möllers, Gerüchte vom Recht, 2015, S. 201 (225).

⁶⁵ Zieschang, JA 2021, 529 (533); vgl. Möllers, ZfPW 2019, 94 (95): „Zwang zum Transfer“.

⁶⁶ Puppe, JA 1989, 345 (351 f.).

⁶⁷ Vgl. dazu Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 310 ff.

⁶⁸ Arzt, Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 53.

⁶⁹ Puppe, JA 1989, 345 (351 f.).

⁷⁰ Wolf, ZJS 2020, 553 (561).

⁷¹ Bringewat, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, 5. Aufl. 2024, Rn. 269.

⁷² So i.E. auch Wolf, ZJS 2020, 553 (561).

ginalität“ eine Freude für jeden Prüfer, die per Anwendung des juristischen Handwerkszeugs auf den konkreten Einzelfall zu demonstrieren sind.⁷³ Die Darstellung des Meinungsstreits ist aber auch kein Selbstzweck, weswegen er bei Ergebnisidentität nicht nur um seiner selbst willen auszutreten ist.⁷⁴ Man sollte den Streit dann zwar nicht übergehen,⁷⁵ doch genügt es, die „Ansichten kurz zu skizzieren und Ergebnisidentität“ festzustellen⁷⁶ oder sich auf die strengste Ansicht zu beschränken⁷⁷.

aa) Ohne Meinung kein Meinungsstreit

Bei strittigen Punkten bleibt es aber wichtig, deutlich zu machen, welche Haltung Sie persönlich einnehmen und warum Sie davon überzeugt (!) sind, dass Sie damit „Recht finden“. Denn die allermeisten Rechtsfragen sind Wertungsfragen, zu denen jeder mündige Bürger sich (in der Laiensphäre) eine Meinung bilden kann. Wer hier nur fremde Auffassungen und geliehene Gedanken referiert, der streitet nicht, sondern protokolliert. Wenig bis kaum überzeugend ist es also, wenn Sie am Ende schreiben: „Der dritten Ansicht ist aus o.g. Gründen zu folgen“ oder „die besseren Argumente (welche?!) sprechen für die zweite Ansicht“. Das provoziert den Eindruck eines Losverfahrens.⁷⁸ Auch Pauschalitäten und Allgemeinplätze i.S.v. die eine Ansicht führe „zu unbilligen Ergebnissen“, sei „nicht tragbar“, „zu eng/weit“ usw. sind wegen ihrer Austauschbarkeit nicht besser und taugen nicht dazu, Ihre Präferenz argumentativ abzusichern.⁷⁹ Als „beliebter Kunstgriff“⁸⁰ wird gehandelt, immer noch ein besonders „starkes Totschlagargument“ der präferierten Ansicht parat zu haben, um es dann beim Entscheid „wie ein Variétékünstler das Kaninchen“ aus dem Hut zu zaubern und „quasi selbst neu zu erfinden“⁸¹. Solcher „Taschenspielertricks“ bedarf es aber nicht, zumal sich das Problem formal nur stellt, wenn man dem wenig überzeugenden blockweisen Standardschema⁸² folgt, und es auch nicht darum geht, wahllose Argumente anzuhäufen, um sich dann „anhand eines einzelnen, scheinbar entscheidenden Arguments zu entscheiden“⁸³. Hier gibt es eine viel elegantere Lösung mit einem feinen Hauch Polemik und überwiegender Sachlichkeit, und zwar („das ist der Schlüssel!“⁸⁴) ein altbekannter Freund: der Irrealis. Man beginne mit der abzulehnenden Auffassung im Irrealis (unwirklich, unmöglich) und schließe daran die präferierte Ansicht im Indikativ (tatsächlich, wirklich, real) an. Beispielsweise dazu im Kontext von Antrag und Schaufensterware:

„Indem A im Schaufenster seines Kaufhauses Verkaufsware ausgestellt hat, die B begutachtet, könnte A einen Antrag gemacht haben. Fraglich ist, ob derjenige, der Schaufensterware auslegt, einem anderen bereits die Schließung eines Vertrages gem. § 147 BGB anträgt. (1. Ansicht: Irrealis) Man könnte nun annehmen, dass bereits die Bereitstellung der Ware ein bindendes Angebot wäre,

⁷³ Arzt, Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 55.

⁷⁴ Puppe, JA 1989, 345 (349).

⁷⁵ Wolf, ZJS 2020, 553 (562); auch Fahl, JA 2008, 350 (354); Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (161).

⁷⁶ Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (161).

⁷⁷ Wolf, ZJS 2020, 553 (562). Z.B. (Dreiecksbetrug): „Auch nach der strengsten Befugnistheorie, wonach die Zurechnung auf einer (zivilrechtlichen) Zurechnungsnorm basieren soll, bilden B und die bevollmächtigte Stellvertreterin H eine Zurechnungseinheit, sodass B die Vermögensverfügung (nach allen Ansichten) zuzurechnen ist.“

⁷⁸ Arzt, Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 53.

⁷⁹ Wolf, ZJS 2020, 553 (564); Puppe, JA 1989, 345 (351).

⁸⁰ Fahl, JA 2008, 350 (353).

⁸¹ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (291); vgl. zur Unzulässigkeit bei wissenschaftlichen Arbeiten Pilniok, JuS 2009, 394.

⁸² „Nach e.A. [...] Nach a.A. [...] Hierfür spricht [...]. Dafür spricht [...]. Streitentscheid [...]“

⁸³ Früh, JuS 2021, 905 (911).

⁸⁴ Wieduwilt, JuS 2010, 288 (291).

weil der Verkäufer bzgl. seiner Willenserklärung seine Schutzbedürftigkeit verlöre, indem er die Ware derart präsentiert, dass der Käufer sie selbst nehmen könnte, was auf einen personalen Kontrahierungszwang hinausliefe. (2. Ansicht: Indikativ) Tatsächlich aber hat der Verkäufer als Ausfluss seiner Vertragsfreiheit immer noch ein berechtigtes Interesse daran, sich seinen Vertragspartner selbst auszusuchen und den Verkaufsvorgang an der Kasse nochmals zu prüfen. Auch muss ihm zugestanden werden, bzgl. Lieferbarkeit und Menge einzugreifen, sodass der Antrag erst mit Vorlage der Ware an der Kasse seitens des Käufers erfolgt, der vom Verkäufer durch Verbuchung in der Kasse konkludent angenommen wird, sodass sich die Warenauslage nur als sog. *invitatio ad offerendum* darstellt. A hat noch keinen Antrag gemacht.“

Durch diese Abfolge mit deutlicher Zäsur im Modus, drängen sich dem Fachpublikum zur ersten Ansicht ganz unterschwellig die o.g. rechtlichen Topoi des irrealen Wunschdenkens geradezu auf („Das kann ja nicht sein!“, „Wo kämen wir denn da hin?“ usw.), während Sie mit der von Ihnen verfolgten zweiten Ansicht mit Kompetenz und Selbstbewusstsein aufwarten können.

bb) Unreflektierte Annahmen: Wasser predigen und Wein trinken

Zu guter Letzt: Verzichten Sie auf jedwede unreflektierten oder pauschalen Annahmen. Kaum etwas ist so ärgerlich und dabei so augenfällig, wie wenn Bearbeiter offensichtlich eine nur adaptierte Meinung wiederzugeben versuchen (nicht vertreten!), die sie entweder nicht verstanden haben oder bei der deutlich wird, dass Sie als Bearbeiter nicht wirklich dahinterstehen (können oder wollen). Doppel-moral – im Sinne von Wasser predigen und Wein trinken – hat sich noch nie bewährt.

Keypoints: Bei der Streitführung ist es wie im Vertrieb und Verkauf – Stehen Sie nicht hinter Ihrem eigenen Produkt (Meinung), kauft es Ihnen keiner ab!

So neigen Studierende gerade anfangs dazu, bspw. im Strafrecht aus jedem Faustschlag von hinten einen versuchten Heimtückemord zu basteln, im Verfahrens- und Verwaltungsrecht jeden Eingriff des Staatsapparates mit einem „Ja, und Amen!“ abzusegnen bzw. im Zivilrecht für eine Bagatelle auf den Rücktritt zu bestehen oder aber eine Studenten-WG wegen einer Verfehlung direkt auf die Straße zu setzen. Sicherlich sind Sie einerseits Jurist und werden Sie gerade auf sachbezogene, nüchterne Gutachtenarbeit getrimmt. Andererseits sind Sie aber auch Mensch und stehen im Recht fast immer vor Wertungsfragen. Es lohnt sich ab und an aus der „Jura-Bubble“ herauszutreten und die Dinge in ihrem Gesamtzusammenhang als Mensch mit Rechtsempfinden zu betrachten. Besonders deutlich wird diese Abweichung im Gespräch mit Studierenden einer Straf(verfahrens)rechts-Lehrveranstaltung, wenn ich frage, ob der Studierende das Ergebnis (lebenslange Freiheitsstrafe, Untersuchungshaft usw.) auch genauso sicher vertreten würde, wenn es sich um die eigene Wenigkeit, die Eltern oder Geschwister handeln würde? Die lange Pause bis zur Antwort (wenn überhaupt) ist mir dann meist schon Antwort genug. Insoweit sei *Goethes* Appell weitergetragen: „Soll er strafen oder schonen, muss er Menschen menschlich sehn.“⁸⁵

6. Ein Wort noch zur Bewertung von Prüfungsleistungen

Bei gewissenhafter Umsetzung der Beitragsinhalte stehen die Sterne für Ihre nächste Klausur günstig. Mitunter kann es aber vorkommen, dass Ihre Leistung nicht den Anforderungen genügt. Reflexartig

⁸⁵ *Goethe*, *Der Gott und die Bajadere*, in: *Erich Trunz, Goethes Werke*, Bd. 1, 12. Aufl. 1981, S. 273.

neigen Studierende dann per Federgriff zur Wappnung für die Remonstration. Das ist Ihr gutes Recht! Fragen Sie sich aber vorher ganz ehrlich, ob Sie diese auch auf valide Sachargumente stützen können, oder ob der bloße Wunsch zum Vater des Gedankens wurde.

Korrekturkräfte sind keine finster dreinblickenden, gott- und freudlosen Kreaturen aus düsteren Sumpf- und Mooregebieten. Nein, es sind ganz „normale Menschen“ mit Herz und Verstand, die Ihnen nie (!) etwas Böses wollen, aber stets zur pflichtgemäßen Wahrheit und Beurteilung berufen sind. Genauso, wie es jeden Korrektor freut, mit gutem Gewissen zweistellige Notenpunkte vergeben zu können, betrübt es auch jeden Korrektor, sich durch eine mangelhafte Leistung zu quälen und diese letztlich (teils nach tagelangem Grübeln) auch als solche zu bewerten. Bedenken Sie auch, dass alle Korrekturkräfte (!) Ihre Studiensituation genau kennen, einfach weil sie sie selbst durchlaufen haben, zumal universitäre Prüfungsanforderungen stetig abnehmen und studentische Freiheiten tendenziell eher zunehmen; m.a.W.: Nie war es einfacher als heute. Beachten Sie weiter, dass jede Prüfung und Lösung extrem sorgfältig erstellt wird und letztere mehr vertretbare Ansichten aufführt, als Sie überhaupt kennen dürften. Nach jedem Korrekturdurchgang steht Hochschullehrern eine eigene Durchsicht offen, die sich üblicherweise neben den besten auf jene Prüfungsleistungen verdichtet, die sich im Grenzbereich zwischen noch ausreichend und mangelhaft (3–4 Punkte) bewegen.⁸⁶ Die Differenzierung ist „daher Resultat einer zweifach wohlüberlegt getroffenen Entscheidung, insbesondere natürlich im Bewusstsein von deren besonderer Relevanz“⁸⁷. Auch wenn es aus Ihrer Sicht so wirken mag, dass dazwischen nur ein Punkt liegt, sei versichert, dass „zwischen den beiden Ufern eine bewusst gezogene scharfe Grenze [liegt]“⁸⁸, derer sich alle Beteiligten auch sehr wohl bewusst sind.

Zur Rechtslage: Prüfern steht ein umfassender und prüfungsrechtlicher Beurteilungsspielraum zu, was neben Notenvergabe auch die Würdigung der Qualität, der Stärken und Schwächen sowie Art und Ausmaß der Fehler umfasst.⁸⁹ Dem steht ein angemessener Antwortspielraum des Prüflings gegenüber, sodass „eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch gewertet“ werden darf.⁹⁰ Das „bedeutet allerdings nicht, dass die Bewertung [...] nicht von der Persönlichkeit des Prüfers geprägt sein darf; dass in die Leistungsbeurteilung die Überzeugungen [...] und Wertvorstellungen des Prüfers mit einfließen, hat die Rechtsprechung seit langem [...] anerkannt und [...] rechtlich gebilligt“.⁹¹ Auch schließt das nicht aus, „auf schlechte schriftliche Leistungen mit harten Randbemerkungen zu reagieren“, etwa „Unsinn“ oder „Phrasen“ zu kommentieren, oder sich „eine gewisse Ironie“ zu erlauben; denn „allein aus einer drastischen Ausdrucksweise des Prüfers wird man [...] nicht auf eine unsachliche Bewertung [...] schließen können“⁹². Also nicht jeder Kommentar, der Ihnen schlicht nicht gefällt, rechtfertigt i.E. eine andere Bewertung. Allgemein ist im Laufe der Zeit bei Studierenden eine überbordende Sensibilität – vornehmlich in eigenen Belangen – zu beobachten, die den akademischen Diskurs sowie die der Leistung entsprechende ehrliche Kritik erschwert. Das ist beiderseits belastend. Weitere Missverständnisse tun sich dort auf, wo Studierende eine „erneute wohlwollende Korrektur“ oder „Nachprüfung“ wünschen, da eine Leistung schon aus Gründen der Chancengleichheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 GG) niemals gänzlich, außerordentlich neu begutachtet werden kann und darf.⁹³ Vielmehr kann

⁸⁶ Bei den nicht mehr ausreichenden Leistungen, schreibt § 4 Abs. 3 S. 1 ZwPrO (Göttingen) ohnehin die Mitwirkung einer Person mit Befähigung zum Richteramt vor.

⁸⁷ Duttge, iurratio 2016, 98 (98).

⁸⁸ Duttge, iurratio 2016, 98 (98).

⁸⁹ Vgl. BVerwGE 105, 328 (333) = NVwZ 1998, 636; NVwZ 1998, 109 (211 ff.) = NJW 2000, 1055 = JuS 2000, 926.

⁹⁰ BVerfG NJW 1991, 2005 (2008).

⁹¹ OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2003, 152760 Rn. 27; vgl. BVerfGE 84, 34 (46).

⁹² OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2003, 152760 Rn. 27 f.

⁹³ Duttge, iurratio 2016, 98 (99).

Remonstrationsgegenstand nur (i.) die Beanstandung eines konkreten objektiven Korrektur-/Rechtsfehlers zulasten des Prüflings sein, (ii.) wenn und soweit sich dieser entscheidend in der Gesamtbewertung niedergeschlagen hat. Die Darlegungs- und Beweislast für beides liegt beim Beschwerdeführer, also Ihnen.⁹⁴

Die ernsthafte, gewissenhafte und tiefgründige Auseinandersetzung mit Ihrer Leistung im Lichte des Erwartungshorizontes ist Grundvoraussetzung, „um die eigene Leistung und die Angemessenheit ihrer Bewertung überhaupt annäherungsweise beurteilen zu können“⁹⁵, denn eine Remonstration ist kein Forum allgemeiner Unzufriedenheit. Blickt man auf die ernüchternden Beteiligungszahlen bei den Besprechungsterminen und dort in die ernüchterten Gesichter und gleicht die Anforderungen mit den späteren als Remonstrationen getarnten „Gnadenersuchen“ und „Bittstellerschreiben“ ab, verwundert die Erfolgsquote von Remonstrationen von < 5% nicht.

II. Fazit – Und nun?

Und nun wird erst einmal nichts passieren; es sei denn, Sie selbst nehmen die Zügel aktiv in die Hand und tragen dazu bei, dass das Ideal des strebsam-passionierten und kritisch-hinterfragenden Studierenden nicht nur eine blasse Gestalt neben anderen Fabelwesen bleibt. Auch wenn demütige Wertschätzung sicherlich ein Kontrasterlebnis sein mag, das Studierenden des 21. Jahrhunderts – wohl weitestgehend unverschuldet – ob des Ausbaus akademischer Einrichtungen zu studierendenfreundlichen sowie „serviceorientierten Supramaximal- und Exzellenz-Universitäten“ mitsamt kostenlosem Internet-, Datenbanken- wie Literaturzugang und einem warmen, nahrhaften Mittagessen für teils 2,50 € verlustig gegangen zu sein scheint, darf in Erinnerung gerufen werden, dass jede Art der Ausbildung wegen der vergleichsweise hohen Ausbildungskosten und zu zahlenden Lehrgelder über den Großteil der Geschichte hinweg mit einem horrenden Investment verbunden war – m.a.W.: Lehrlinge suchten wohl noch aus einer vormodernen Marotte heraus unter größter Mühe die Gelehrten auf und waren bereit, viel Geld in die Hand zu nehmen, um über Bildung an Erkenntnis gelangen zu dürfen.

Zwar ist es gut und richtig, dass die Gesellschaft heute in der Lage ist, einem jeden das Privileg einer nahezu kostenlosen und qualitativ extrem hochwertigen Bildungslandschaft vorzuhalten, doch war es nicht im Sinne der Erfinder, damit eine ausgeprägte Erwartungshaltung seitens der Studierenden zu befördern. Ganz im Gegenteil, als Studierende sind Sie der die öffentlichen Bildungseinrichtungen finanzierenden Solidargemeinschaft in besonderer Weise verpflichtet, diesem Privileg mit Ernsthaftigkeit zu begegnen, jeden Tag mit Wertschätzung in Ihre Alma Mater (dt. „nährende/gütige Mutter“) zu treten und Ihr Bestes zu geben, um das Bestmögliche aus sich herauszuholen. Damit würden Sie m.E. einen angemessenen und erfolgsverheißenden ersten Schritt in die Fußstapfen bedeutender Lehrlinge vor Ihnen machen, die das Studieren noch im eingangs behandelten Wortsinne anerkannten. Denn: *Platon* fragte *Sokrates* vermutlich nicht, ob die Dialektik dieses Semester klausurrelevant sei; er wollte offenbar noch wirklich etwas wissen und hielt es wohl auch für möglich, dass Bildung einen Eigenwert besitzt. Ebenso spricht Einiges dafür, dass *Aristoteles* in der Akademie noch nicht jenes pädagogisch verheerende Ideal kultivierte, nur das zu lernen, was mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der Klausur verwertet werden kann, und auch *Theophrast* wiederum dürfte bei *Aristoteles* kaum vorgefühlt haben, welche Begriffe man sich sparen könne, wenn man nur irgendwie durchkommen wolle. *Thomas von Aquin* saß bei *Albertus Magnus* eher nicht mit der Sorge, welche

⁹⁴ Insoweit spricht § 9 Abs. 3 ZwPrO (Göttingen) auch davon, dass „[o]ffensichtliche Bewertungsfehler [...] unverzüglich [...] konkret und substantiiert schriftlich geltend zu machen [sind]“.

⁹⁵ Duttge, iurratio 2016, 98 (99).

Quaestiones man guten Gewissens weglassen könnte, und *Zengzi* wird *Konfuzius* kaum mit der Bitte behelligt haben, ob man die Selbstkultivierung angesichts der Prüfungsdichte vielleicht auf das Nötigste reduzieren könne. *Galilei* lernte Mathematik bei *Ricci* offenbar noch in der irrigen Annahme, „Verstehen sei wichtiger als Bestehen“, und *Darwin* folgte *Henslow* noch aus jener altertümlichen Caprice heraus, Wissenschaft tatsächlich lernen zu wollen. Der Lebensgang dieser einstigen Lehrlinge zu großen Vordenkern ihrer Zeit samt ihrem Schaffen und Wirken beweist vielmehr eindrucklich, dass ihr Selbst- und Studienverständnis ein nachahmungswürdiges ist.

Es wäre dem Lehrbetrieb also eine erfrischend willkommene Abwechslung, wenn Studierende wieder mehr Verantwortung für Ihre eigenen Geschicke jenseits des unbedingt Nötigsten übernehmen und nicht nur per Prüfungsdruck extrinsisch motiviert und determiniert lernen würden, sondern wieder einfach „nur“ aus Freude an der Sache und um des freudvollen Fortkommens selbst willen – auch auf die Gefahr hin, möglicherweise einen über die Prüfungsabfrage hinausgehenden Erkenntnisgewinn zu erzielen. Wenn das die Motivation ist, fügen sich die Leistungen von ganz allein.

Anfängerklausur im Schuldrecht: Zur falschen Zeit am falschen Ort*

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

Sachverhalt

Valerian (V) verkauft Kira (K) zum Preis von 200 € eine Eichenholzkommode (Wert: 300 €), die ihm seine Oma geschenkt hat, die aber für seine kleine Wohnung leider viel zu sperrig ist und deshalb momentan im Keller steht, den er aber eigentlich dringend für seine Fahrräder benötigt. Am nächsten Tag erscheint K, um die Kommode abzuholen, die ihr V aber nicht aushändigt, weil sie nicht bereit ist, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Verärgert und unverrichteter Dinge tritt sie den Heimweg an und reagiert auf telefonische Aufforderungen des V, den gescheiterten Leistungsaustausch rasch nachzuholen, nicht. Einstweilen gestattet Natalie (N), dass V die Kommode für 10 € pro angefangenen Monat in ihrer benachbarten Garage unterstellt, wobei sie auf Vorauszahlung in bar für den ersten Monat besteht.

Nach zwei Wochen hat K endlich den Kaufpreis beisammen, überweist diesen auf das Konto des V und kündigt telefonisch ihr erneutes Kommen für den Folgetag an, um die Kommode abzuholen. Nachdem V diese am nächsten Morgen unter dem (vor Wind und Regen schützenden) Vordach des Hauseingangs bereitgestellt hat, zieht ein Gewitter auf, ein Blitz schlägt im Garten ein, ein Baum fängt Feuer, das auf Büsche und Hecken und dann auf die Kommode übergreift und diese zerstört. K ist der Auffassung, dass sie von V Rückzahlung von 200 € verlangen kann bzw. sogar Schadensersatz i.H.v. 300 €. V ist hingegen der Meinung, dass K ihm 10 € für die Aufbewahrung der Kommode schuldet.

Aufgabe

Wie ist die Rechtslage?

Variante

Wie der Ausgangsfall, nur dass V die Kommode sofort nach der telefonischen Ankündigung der K, diese am Folgetag abzuholen, unter dem Vordach auf dem Bürgersteig bereitstellt und diese dort über Nacht von einem unauffindbaren Dieb (D) gestohlen wird. K ist aufgebracht und verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises.

Aufgabe

Kann K von V Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 200 € verlangen?

* Der Sachverhalt beruht auf einem Fall, der im Rahmen der Vorlesung Grundkurs Zivilrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2025 als Klausur gestellt wurde. Er richtet sich an Anfänger im Zivil-, insbesondere Schuldrecht. Der Notendurchschnitt betrug 4,98 Punkte.

** Die Autorin Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Autor Andreas Freiwald ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

Bearbeitungsvermerk

Die Fragen sind in der vorgegebenen Reihenfolge in einem Gutachten, das – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, zu beantworten.

Ansprüche aus GoA sind nicht zu prüfen.

Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.

Lösungsvorschlag

Ausgangsfall	1034
I. Anspruch K gegen V auf Rückzahlung von 200 € aus § 346 Abs. 1 BGB	1034
1. Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungsrechts	1034
2. Leistung trotz Nichtbestehen der Kaufpreisschuld nach § 326 Abs. 1–3 BGB	1034
a) Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB	1034
b) Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB	1035
aa) Annahmeverzug der K, §§ 293 ff. BGB	1035
(1) Bestehendes Schuldverhältnis	1035
(2) Erfüllbarkeit der Leistung durch V	1035
(3) Leistungsbereitschaft des V, § 297 BGB	1036
(4) Annahmeverzugsbegründendes Angebot, §§ 294 ff. BGB i.V.m. § 298 BGB	1036
bb) Kein Vertretenmüssen des V	1036
cc) Zwischenergebnis	1037
3. Ergebnis	1037
II. Anspruch K gegen V auf Rückzahlung von 200 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion)	1038
III. Anspruch K gegen V auf Zahlung von 300 € aus Schadensersatz, §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 BGB	1038
1. Anwendbarkeit neben §§ 346 ff. BGB	1038
2. Schuldverhältnis	1038
3. Pflichtverletzung in Form der Unmöglichkeit, § 283 BGB	1038
4. Vertretenmüssen der Pflichtverletzung	1039
5. Ergebnis	1039
IV. Anspruch V gegen K auf Erstattung der Aufbewahrungskosten i.H.v. 10 € aus § 304 Alt. 2 BGB	1039
1. Annahmeverzug der K nach §§ 293 ff. BGB	1039
2. Rechtsfolge: Ersatz der erforderlichen Mehraufwendungen	1039
V. Gesamtergebnis	1040

Variante..... 1040

1. Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB 1040
2. Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB 1040
3. Ergebnis..... 1041

Ausgangsfall**I. Anspruch K gegen V auf Rückzahlung von 200 € aus § 346 Abs. 1 BGB**

K könnte gegen V aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 326 Abs. 4 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung der an V geleisteten 200 € haben. Voraussetzung hierfür ist, dass das allgemeine Leistungsstörungenrecht Anwendung findet (1.), und K eine nach § 326 Abs. 1–3 BGB nicht geschuldete Leistung bewirkt hat (2.).

1. Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

§§ 346 ff. BGB sind ohne Verweisungsnorm des § 437 Nr. 2 BGB anwendbar, da K keinen Sachmangel i.S.d. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, sondern eine schlichte Nichtleistung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) geltend macht.

2. Leistung trotz Nichtbestehen der Kaufpreisschuld nach § 326 Abs. 1–3 BGB

K müsste eine nach § 326 Abs. 1–3 BGB nicht geschuldete Leistung erbracht haben. Indem K den Kaufpreis überwies, hat sie auf die Verpflichtung aus § 433 Abs. 2 BGB geleistet (§ 362 Abs. 1 BGB) und damit eine Leistung erbracht. Maßgeblich kommt es also darauf an, ob K auch von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung (= Kaufpreisschuld) nach § 326 Abs. 1 und 2 BGB befreit ist.

a) Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB

Gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB entfällt die Gegenleistung, wenn der Schuldner (hier: V) wegen Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1–3 BGB nicht (mehr) zu leisten braucht. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Leistungserbringung für V unmöglich geworden ist.¹

Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB erfordert ein dauerndes unüberwindbares Leistungshindernis und liegt immer dann vor, wenn die Leistung von jedermann (Alt. 2) oder subjektiv vom Schuldner (Alt. 1) nicht erbringbar ist. Nachdem die Kommode infolge Übergreifens des Brandes auf die Büsche und Hecken ebenfalls vom Feuer erfasst wurde, brannte diese vollständig ab und wurde zerstört, bevor V sie an K übergeben konnte. Damit sind die Übergabe und Übereignung der Kommode nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB für jedermann physisch² unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Die Anwendbarkeit des § 275 BGB ist dabei unabhängig vom Vertretenmüssen; d.h. selbst für den Fall, dass V die Unmöglichkeit zu vertreten bzw. selbst herbeigeführt hätte (dazu sogleich), bliebe es bei den Rechtsfolgen des § 275 Abs. 1 BGB.

¹ Da es sich bei einem Kauf über eine gebrauchte Kommode um eine sog. Stückschuld handelt (§§ 133, 157 BGB), kommt es auf eine etwaige Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB von vornherein nicht an; zu den Rechtsfolgen und Auswirkungen einer Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB auf die Leistungsgefahr *Beurskens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, § 243 Rn. 99.

² Zum Vorliegen physischer Unmöglichkeit, vgl. BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10 = NJW 2011, 756 (757 Rn. 10), wo eine solche physische Unmöglichkeit für das Versprechen des Einsatzes übernatürlicher, „magischer“ oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten bejaht wird.

b) Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB

Die Gegenleistungspflicht bleibt nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB allerdings bestehen, wenn die Gläubigerin für den Umstand aufgrund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1–3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (Alt. 1) oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher die Gläubigerin im Verzug der Annahme ist (Alt. 2).

Ergänzende Anmerkung: Das in der Klausur angelegte Problem des Übergangs der Gegenleistungs- bzw. Preisgefahr infolge Annahmeverzugs sollte präzise an § 326 Abs. 4 BGB i.V.m. § 326 Abs. 2 BGB verortet werden. Andere Gefahrtragungsnormen (§§ 446 S. 3, 326 Abs. 5 BGB i.V.m. § 323 Abs. 6 BGB) sind hier nicht einschlägig. Insbesondere letztere Vorschrift adressiert die Frage, ob K vom Kaufvertrag zurücktreten kann, also den Kaufpreis (= Gegenleistung) noch erbringen muss. Für die Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises hält § 326 Abs. 4 BGB eine spezielle Regelung bereit, die infolge des Verweis (auch) auf § 326 Abs. 2 BGB dem Verkäufer den Anspruch auf die ihm versprochene Gegenleistung erhält.³

Vorliegend könnte sich K infolge der verweigerten Kaufpreiszahlung bzw. der erneuten telefonischen Kontaktversuche des V im Annahmeverzug befinden, dessen Voraussetzungen (§§ 293 ff. BGB) im Folgenden zu prüfen sind:

aa) Annahmeverzug der K, §§ 293 ff. BGB

K befindet sich im Annahmeverzug, wenn sie im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses, eine ihr angebotene, erfüllbare Leistung des V nicht annimmt, obwohl dieser sowohl imstande als auch bereit war, die Leistung zu erbringen.

(1) Bestehendes Schuldverhältnis

Zwischen V und K besteht ein wirksames Schuldverhältnis in Form des Kaufvertrags, § 433 BGB.

(2) Erfüllbarkeit der Leistung durch V

Der Annahmeverzug kann nur bei einer (auch zeitlich) erfüllbaren Leistungspflicht eintreten. Sofern eine Leistungszeit zwischen K und V nicht vereinbart ist, ist im Zweifel anzunehmen, dass V sofort zur Leistung berechtigt ist (§ 271 Abs. 2 BGB). Ob über eine Abholung am nächsten Tag gesprochen wurde, und hierin eine Leistungszeitbestimmung i.S.d. § 271 Abs. 2 BGB zu sehen wäre – wofür vieles spräche⁴ – kann hier dahinstehen. Denn jedenfalls war die Übergabe und Übereignung nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB am besagten Tag der Abholung für V erfüllbar.

An der Erfüllbarkeit der Leistung ändert auch der Umstand nichts, dass V aufgrund der verweigerten Kaufpreiszahlung durch K ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seiner Übergabe- und Übereig-

³ Für § 326 Abs. 4 BGB bedarf es dann auch keines Rücktrittsrechts und keiner Rücktrittserklärung mehr, im Einzelnen *Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 326 Rn. E2; ausführlich zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 326 Abs. 2 BGB und § 323 Abs. 6 BGB *Gsell*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 326 Rn. 123.

⁴ Für ein grundsätzlich beachtliches Interesse einer Gläubigerin, dass die Leistung nicht vorzeitig, d.h. vor einem bestimmten Termin erfolgt, spricht es regelmäßig, wenn eine Abholung an einem konkreten Tag vereinbart ist; auch unter Berücksichtigung der Umstände nach §§ 133, 157 BGB gilt dann nichts anderes, da sich die Leistungszeit auch im Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Sache ergeben kann – für eine sperrige Kommode muss i.d.R. zunächst Platz geschaffen werden.

nungspflicht nach § 273 Abs. 1 BGB hat.⁵ Dies folgt bereits aus der Existenz des § 298 BGB. Auch ohne § 298 BGB ergäbe sich dies aus dem berechtigten Interesse des V, die Leistung jedenfalls in annahmeverzugsbegründender Weise anzubieten, um so die für ihn günstigen Folgen der §§ 293 ff. BGB herbeizuführen. Die Gläubigerin ist in einem solchen Fall auch nicht schutzwürdig, da sie die nachteiligen Folgen des Annahmeverzugs durch Anbieten des ihrerseits Geschuldeten verhindern kann.

(3) Leistungsbereitschaft des V, § 297 BGB

V war bei vereinbarter Abholung der Kommode zur Leistung bereit und imstande, § 297 BGB.

(4) Annahmeverzugsbegründendes Angebot, §§ 294 ff. BGB i.V.m. § 298 BGB

Im Falle der Verpflichtung zur Leistung Zug-um-Zug nach § 273 Abs. 1 BGB kommt die Gläubigerin in Annahmeverzug, wenn sie zwar die ihr angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet, vgl. § 298 BGB. Erforderlich ist also auch hier zunächst ein ordnungsgemäßes (tatsächliches) Angebot des V nach § 294 BGB;⁶ die bloße Bereitschaft zur Annahme der Leistung des Schuldners bewahrt sie dann aber in Abweichung von § 294 BGB nicht vor dem Gläubigerverzug.

Bereits in dem Zur-Verfügung-Stellen und der Bereitschaft zur Übergabe und Übereignung der Kommode im Rahmen der Abholung liegt ein tatsächliches Angebot i.S.d. § 294 BGB. An dieser Stelle kann es demnach offenbleiben, ob in den weiteren telefonischen Aufforderungen zur Abholung ein wörtliches Angebot i.S.d. § 295 S. 1 Alt. 2 BGB zu sehen ist. V hat auch die Gegenleistung, d.h. die Zahlung verlangt; in casu war dies sogar der Grund, weshalb V seine Leistung nicht erbrachte. Weiterhin hat K ihre Gegenleistung (meint: Bezahlung des Kaufpreises, § 433 Abs. 2 BGB) nicht angeboten, sondern ausdrücklich, jedenfalls aber konkludent (§§ 133, 157 BGB) verweigert, womit die Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB erfüllt sind.

Abgesehen davon, dass ein Verschulden entsprechend §§ 276–278 BGB der K bei Geldschulden ausgeschlossen ist (arg. „Geld hat man zu haben“ als Folge des Prinzips unbeschränkter Vermögenshaftung, § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB), wäre ein solches für den Eintritt des Annahmeverzugs irrelevant.

Anmerkung: Sollten Bearbeiter:innen die Vorschrift des § 298 BGB nicht erkennen, wiegt dies im Ergebnis nicht schwer. Voraussetzung ist dann aber, dass die telefonischen Aufforderungen zur Abholung der Kommode auf ein annahmeverzugsbegründendes Angebot i.S.d. §§ 294 ff. BGB untersucht werden.

bb) Kein Vertretenmüssen des V

Der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn der Schuldner (hier: V) den leistungsbefreienden Umstand zu vertreten hat mit der Folge, dass es mit § 323 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB sein Bewenden hätte. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Alt. 2 in § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, folgt jedoch aus der Zusammenschau mit Alt. 1. Insofern ist die alleinige bzw. weit überwiegende Verantwortlichkeit auch in die Alt. 2 hineinzulesen. Der zur Leistungsbefreiung berechtigende Umstand ist vorliegend der Untergang der Kommode und damit die Unmöglichkeit

⁵ Dies ist schon systematisch zwingend, hierzu Dötterl, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2024, § 293 Rn. 65.

⁶ Im Einzelnen und in Bestätigung seiner vorherigen Rspr. BGH, Urt. v. 8.12.2009 – XI ZR 181/08 = NJW 2010, 1284 (1289 Rn. 54).

der Übergabe und Übereignung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) derselben. Den Untergang der Kommode müsste V zu vertreten haben.

Grundsätzlich ist der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit verantwortlich (entsprechend § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB). Da der Ausschluss bei § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB jedoch nach dem Eintritt des Annahmeverzugs erfolgt (siehe oben), hat der Schuldner jedoch nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (Haftungsprivilegierung des § 300 Abs. 1 BGB). Mangels vorsätzlichem Verhalten kommt allenfalls grobe Fahrlässigkeit in Betracht, die in Anlehnung an die einfache Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB dann vorliegt, wenn K die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße außer Acht lässt und dasjenige nicht beachtet, was im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen.⁷

Die anhand der konkreten Umstände zu etablierenden Sorgfaltsanforderungen sind hier insbesondere in Bezug auf die sorgfältige und angemessene Verwahrung der Kommode bis zur Übergabe maßgeblich. Diesbezüglich kann V jedoch kein verkehrswidriges Verhalten vorgeworfen werden. Vielmehr hat er sich um eine entsprechende – und für eine Kommode völlig ausreichende – Verwahrung in der Garage der N gekümmert. Auch ist das Abstellen der Kommode unter dem Vordach des Hauseingangs nicht verkehrsüblich. Das Vordach ist besonders vor Wind und Regen geschützt; einer Beschädigung der Kommode ist daher ausreichend vorgebeugt. Der Umstand, dass ein Blitz im (noch dazu) entfernten Garten einschlägt, ein Baum Feuer fängt, dieses Feuer auf Büsche und Hecken übergreift und sodann schließlich noch die Kommode erfasst, ist Zufall und hätte von V selbst unter Anwendung größtmöglicher Sorgfalt nicht verhindert werden können. Vielmehr realisiert sich hier eine rein zufällige Gefahr, hinsichtlich derer V kein Verschulden trifft (vgl. arg. § 287 S. 2 BGB).

Anmerkung: Eine a.A. ist an dieser Stelle selbst mit guter Argumentation nur sehr schwer vertretbar. Sollten Bearbeiter:innen ein grob fahrlässiges Verhalten angenommen haben, stellt sich das Problem der „beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit“.⁸

cc) Zwischenergebnis

Zwar ist ursprünglich der Anspruch auf die Gegenleistung aus § 433 Abs. 2 BGB gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB entfallen. V behält jedoch seinen Anspruch über § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB mit der Folge, dass die Voraussetzungen des § 326 Abs. 4 BGB nicht vorliegen.

3. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB.

⁷ Statt vieler BGH, Beschl. v. 17.12.2020 – II ZB 31/14 = BeckRS 2020, 40730 Rn. 270; ähnlich *Grundmann*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 94 m.w.N.

⁸ Hierzu eingehend *Faust*, JuS 2001, 133 ff.; *Stoppel*, Jura 2003, 224 ff.; zu einem möglichen Lösungsansatz *Canaris*, in: FS Lorenz, 2004, S. 147 (158 ff.); dagegen *Gsell*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 326 Rn. 90 ff.

II. Anspruch K gegen V auf Rückzahlung von 200 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion)

Ein Anspruch auf Rückzahlung der 200 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist ausgeschlossen. Der Verweis des § 326 Abs. 4 BGB auf das Rücktrittsfolgenrecht schließt einen Rückgriff auf die allgemeineren Vorschriften des Bereicherungsrechts aus.⁹

III. Anspruch K gegen V auf Zahlung von 300 € aus Schadensersatz, §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 BGB

Weiterhin ist K der Auffassung, ihr stünde ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 300 € zu. Ein solcher Anspruch könnte sich allenfalls aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 BGB ergeben.

1. Anwendbarkeit neben §§ 346 ff. BGB

Abgesehen davon, dass das Rücktrittsfolgenrecht in casu nicht zu einer Rückabwicklung führt (siehe oben), kann ein Anspruch auf Schadensersatz auch neben dem Rücktrittsfolgenrecht bestehen, vgl. § 325 BGB.

2. Schuldverhältnis

Zwischen K und V besteht ein wirksames Schuldverhältnis in Form des Kaufvertrags (§ 433 BGB).

3. Pflichtverletzung in Form der Unmöglichkeit, § 283 BGB

Weiterhin müsste V eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt haben. Nach zutreffenden Verständnis ist (auch) im Rahmen des Anspruchs aus § 283 BGB die Pflichtverletzung in der Nichtleistung, also darin zu sehen, dass der Schuldner dem Gläubiger die versprochene Leistung nicht verschafft.¹⁰ Darüber hinaus ist also nicht auch die Herbeiführung der Unmöglichkeit zu verlangen, da ansonsten die von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB etablierte Beweislastumkehr missachtet würde. Abgesehen davon würden die Grenzen zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen verwischt.

An dieser Stelle genügt daher die schlichte Feststellung, dass V seiner Leistungspflicht der Übergabe und Übereignung der Kommode aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nachgekommen ist und dieser auch nicht mehr nachkommen kann, da diese vollständig zerstört und die Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB daher unmöglich wurde, § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

⁹ Es handelt sich um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung in Abkehr zur alten Rechtslage, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 189; dem hat sich auch die überwiegende Auffassung in der Lit. angeschlossen, vgl. nur Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 326 Rn. E3; a.A. Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 326 Rn. 103 m.w.N. in Fn. 160, der auf eine Erbringung der Gegenleistung nach Eintritt der Unmöglichkeit § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB anwenden möchte; noch weitgehender Kohler, AcP 208 (2008), 417 (443 ff.), der insgesamt für eine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht plädiert.

¹⁰ Benicke/Hellwig, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2005, § 283 Rn. 8 ff.; ausweislich in diese Richtung auch schon die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, S. 135 f.; i.E. zustimmend unter ausführlicher Darstellung auch der anderen Auffassungen Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 283 Rn. 9 ff.

Anmerkung: Eine Auseinandersetzung mit der Beweislast kann von Bearbeiter:innen des zweiten Semesters nicht erwartet werden.

4. Vertretenmüssen der Pflichtverletzung

Allerdings müsste V die Unmöglichkeit seiner Nichtleistung auch zu vertreten haben. Der Schuldner hat dabei entsprechend § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei das Vertretenmüssen gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB (widerleglich) vermutet wird. Entsprechend der auch hier über § 300 Abs. 1 BGB zugunsten des V zu berücksichtigenden Haftungsprivilegierung und der parallelen Feststellungen zu § 326 Abs. 2 S. 1 BGB handelte V jedoch auch in Bezug auf die Pflichtverletzung nach § 283 BGB nicht fahrlässig (siehe oben). Der Untergang stellt sich als rein zufälliges Leistungshindernis dar. Die Vermutung ist damit widerlegt; V hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

5. Ergebnis

V hat keinen Anspruch gegen K auf Schadensersatz i.H.v. 300 € aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 BGB.

IV. Anspruch V gegen K auf Erstattung der Aufbewahrungskosten i.H.v. 10 € aus § 304 Alt. 2 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Erstattung der an N im Voraus bezahlten Aufbewahrungskosten i.H.v. 10 € aus § 304 Alt. 2 BGB haben.

1. Annahmeverzug der K nach §§ 293 ff. BGB

Einzige echte Tatbestandsvoraussetzung des § 304 BGB ist, dass sich K im Verzug der Annahme der ihr angebotenen Leistung befindet. Dies ist hier der Fall, K befand sich seit der gescheiterten Abholung in Annahmeverzug gem. §§ 298, 294 BGB (siehe oben).

2. Rechtsfolge: Ersatz der erforderlichen Mehraufwendungen

Gem. § 304 BGB kann der Schuldner Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot (Alt. 1) sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands (Alt. 2) machen musste. Aufwendungen meint dabei freiwillige Vermögensopfer, die der Schuldner zum Zwecke der Aufbewahrung und Erhaltung erbracht hat. In dem Wortlaut „machen musste“ kommt zum Ausdruck, dass der Aufwendungsersatz auf objektiv erforderliche, d.h. den Umständen nach angemessene und zweckmäßige Aufwendungen zu beschränken ist. Die Aufwendung ist schließlich nicht erforderlich, wenn eine billigere Art der Aufbewahrung möglich bzw. dem Schuldner zumutbar gewesen wäre (vgl. hierzu sogleich).

Vorliegend kommen die durch die gescheiterte Abholung entstandenen Aufbewahrungskosten i.H.v. 10 € in Betracht (§ 304 Alt. 2 BGB). Insoweit erscheint jedoch fraglich, ob V diese machen „musste“, oder er die Kommode nicht vielmehr in seinem Keller aufzubewahren hatte. I.R.d. § 304 Alt. 2 BGB muss sich der Schuldner nicht auf eine Aufbewahrung in eigenen Räumen, die selbstredend kostengünstiger wäre, verweisen lassen. Dies mag bei kleineren Gegenständen merkwürdig erscheinen, wird jedoch ersichtlich, wenn es – wie hier – um sperrige Sachen geht. Vielmehr steht es dem Schuldner grundsätzlich frei, auch Räume bei Dritten anzumieten und hierdurch die Aufbewahrung zu voll-

ziehen.¹¹ Die Einschränkung auf „objektiv erforderliche“ Aufbewahrungskosten wäre allenfalls dann einschränkend zu berücksichtigen, wenn V neben dem Angebot für 10 €, noch ein höheres Angebot gemacht wurde und er dieses angenommen hätte; in einem solchen Falle wäre entsprechend dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB (Schadensminderungsobliegenheit) eine Kürzung des Anspruchs auf 10 € sachgerecht.

Anmerkung: Eine a.A. ist hier mit einem Hinweis auf die mögliche Aufbewahrung im eigenen Keller vertretbar; Kenntnis der Rechtsprechung kann natürlich keinesfalls verlangt werden. Es ist bereits zu honorieren, wenn Bearbeiter:innen das Problem erkennen.

V. Gesamtergebnis

K kann von V weder Rückzahlung des Kaufpreises (200 €) noch Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 300 € verlangen. V steht gegen K hingegen ein Anspruch auf Erstattung der Verwahrungskosten i.H.v. 10 € zu.

Variante

In der Variante ist ein Anspruch der K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 200 € zu prüfen. Ein solcher könnte sich erneut allenfalls aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 326 Abs. 4 BGB ergeben.

1. Befreiung von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB

Gem. § 326 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB ist zunächst erforderlich, dass V wegen Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1–3 BGB nicht (mehr) zu leisten braucht (siehe bereits oben). Entgegen dem Ausgangsfall kommt in der Variante jedoch allenfalls der enge subjektive Unmöglichkeitsbegriff i.S.d. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht, wonach trotz an sich gegebener physikalischer Leistungsfähigkeit eines Dritten, objektiv ausgeschlossen sein muss, dass der Dritte diese Leistung auch für den Schuldner erbringen wird, unabhängig davon was der Schuldner ihm hierfür bietet.¹²

Legt man zugrunde, dass D unauffindbar ist und von einem Dieb eine Rückgabe nicht zu erwarten ist, ist V zur Übergabe und Übereignung der Kommode nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB endgültig außerstande. Die Leistungserbringung ist für V daher subjektiv unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

2. Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB

Nachdem sich K auch in der Variante im Annahmeverzug befindet (siehe hierzu oben), kommt es i.R.v. § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB erneut darauf an, ob V die Unmöglichkeit zu vertreten hat, wobei er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat (§ 300 Abs. 1 BGB). Parallel zu obigen Ausführungen könnte in der Variante allenfalls eine andere Bewertung gerechtfertigt sein, weil V die Kommode nicht erst am Tag des Leistungsaustausches, sondern bereits am Vorabend und ohne weitere Sicherheitsvorkehrungen unter das Vordach stellte. Ein sorgfältiger Verkäufer hätte die Kommode erst am Tag des vereinbarten Leistungsaustausches bereitgestellt bzw. entsprechend gegen Diebstahl gesichert. Zwar ist der unbeaufsichtigte Zeitraum nicht von langer Dauer. Zu bedenken ist

¹¹ So bereits RG, Urt. v. 2.3.1900 – VIa 411/99 = RGZ 45, 300 (302); jüngst auch bejaht für Kosten des Standplatzes eines Pkws BGH, Urt. v. 17.11.2023 – V ZR 192/22 = NJW 2024, 279 (283 Rn. 41).

¹² Im Einzelnen BGH, Urt. v. 26.3.1999 – V ZR 368–97 = NJW 1999, 2034 (2035); zur subjektiven Unmöglichkeit Gsell, JZ 2004, 110 (118).

jedoch gleichzeitig, dass die Kommode auf dem Bürgersteig, mithin einem allgemein zugänglichen Ort abgestellt wurde. Nicht selten kommt es vor, dass Hausbesitzer unliebsame Gegenstände in der stillen Hoffnung auf dem Bürgersteig abstellen, Passanten würden sich aufgefordert fühlen, diese mitzunehmen. Berücksichtigt man die Üblichkeit eines solchen Vorgehens, hätte es jedem einleuchten müssen, dass jedenfalls ohne entsprechenden Hinweis, die Gefahr eines Diebstahls bzw. einer Mitnahme besteht. V handelte daher grob fahrlässig (a.A. vertretbar).

Dies wirft die Frage auf, wie sich ein grob fahrlässiges Verhalten des Schuldners auf die Aufrechterhaltung seines Gegenleistungsanspruchs gegen die immer noch im Annahmeverzug befindliche Gläubigerin nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB auswirkt. Insoweit ist im Ausgangspunkt klarzustellen, dass aufgrund des grob fahrlässigen Verhaltens bezüglich der Herbeiführung der Unmöglichkeit, der Anspruch auf die Gegenleistung dem Wortlaut nach ausgeschlossen ist. Dabei bleibt es jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass K abgesehen vom Annahmeverzug kein weiteres Fehlverhalten anzulasten ist. Richtigerweise ist bezüglich eines solchen „Fehlverhaltens“ nämlich nicht nur auf die bloße Verantwortlichkeit der Gläubigerin für den Annahmeverzug,¹³ sondern maßgeblich auf die Herbeiführung der Unmöglichkeit abzustellen. Hieran trifft allerdings vollumfänglich V und nicht K das Verschulden (§ 276 BGB). Nur für den Fall, dass K diese (ebenfalls) zu vertreten hätte, läge ein von § 326 Abs. 2 S. 1 BGB bewusst nicht geregelter Fall „beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit“ vor.¹⁴ Der Unterschied zeigt sich in § 300 Abs. 1 BGB; die Auswirkungen des Annahmeverzugs gehen in der daraus resultierenden Haftungsprivilegierung vollständig auf, wohingegen § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB auf die zur Primärschuldbefreiung führenden Umstände abstellt.

Anmerkung: Ausführungen in dieser Tiefe können nicht erwartet werden. Jeder Lösungsansatz, insbesondere auch die Diskussion einer „beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit“¹⁵ ist hier zu hono-rieren.

3. Ergebnis

Da V die Unmöglichkeit grob fahrlässig herbeigeführt hat, bleibt sein Anspruch auf die Gegenleistung nicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB bestehen. K war daher nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB von der Kaufpreiszahlung befreit. Da sie bereits gezahlt hat, kann sie den Kaufpreis nach § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 326 Abs. 4 BGB zurückverlangen. K hat gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung von 200 €.

¹³ In diese Richtung *Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 326 Rn. C108.

¹⁴ Gegen ein beiderseitiges Vertretenmüssen *Gsell*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 326 Rn. 84; ebenfalls unter schlichtem Verweis auf den Wortlaut des § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 326 Rn. 73.

¹⁵ Siehe bereits Fn. 8.

Abschlussklausur Grundrechte: Keine Versammlungsfreiheit auf Autobahnen?

Wiss. Mitarbeiter Jonas Schumacher, Bochum*

Die Klausur weist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf und behandelt mit der Frage nach der Grundrechtskonformität eines pauschalen Versammlungsverbotes auf Bundesautobahnen eine fortlaufend kontrovers diskutierte Problematik. Die referierte Fassung des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW entspricht der tatsächlichen Vorschrift; § 28 VersG NRW und der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschriften wurden hingegen im Klausursachverhalt modifiziert. Das Motto der Protestaktion „Fahrrad fahr’n statt Autobahn“ wurde einem realen Sachverhalt entnommen, welcher einer Entscheidung des OVG Lüneburg zugrunde lag.¹ Die Bearbeitung hat mit der Prüfung der Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde eine klassische Aufgabenstellung einer grundrechtlichen Klausur zum Gegenstand. Ein Schwerpunkt der Klausur liegt in der Auseinandersetzung mit der Frage, ob der räumliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit das Veranstellen von Versammlungen auf Autobahnen erfasst. Zentraler Gegenstand der Klausur ist ferner die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und im Besonderen der Angemessenheit von § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW als ausnahmslosem Verbotstatbestand.

Sachverhalt

In jüngerer Vergangenheit erregten eine Vielzahl von Protestaktionen auf Bundesautobahnen größeres mediales Aufsehen. Bei spontanen Blockadeaktionen seilten sich wiederholt Klimaaktivistinnen und -aktivisten in den fließenden und dichten Autobahnverkehr ab. Folge der Aktionen waren plötzliche Sperrungen der Autobahnen und kilometerlange Staus. In Anbetracht dieser Entwicklung nahm der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen nachfolgende formell verfassungsgemäße Vorschriften in das Versammlungsgesetz NRW (VersG NRW) auf, welche zum 7.1.2026 in Kraft traten:

Versammlungsgesetz NRW (VersG NRW)

§ 13 Beschränkungen, Verbot, Auflösung

(1) [...] ³Auf Bundesautobahnen finden keine Versammlungen statt.
[...]

§ 28 Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 13 Absatz 1 Satz 3 an einer Versammlung auf einer Bundesautobahn teilnimmt oder dazu auffordert.

[...]

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Herrn Prof. Dr. Cremer an der Ruhr-Universität Bochum. Der Verf. dankt Herrn Prof. Dr. Cremer und Herrn Dr. Robakowski herzlich für den konstruktiven Austausch bei der Erstellung der Klausur.

¹ OVG Lüneburg BeckRS 2024, 8617.

Der Gesetzgeber ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien der Ansicht, die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs seien in eklatanter Weise gefährdet, wenn das Abhalten von Versammlungen auf Autobahnen nicht gänzlich unterbunden werde. Dies sei darauf zurückzuführen, dass Versammlungen auf Autobahnen vielfach mit äußerst kurzfristigen Autobahnsperren einhergingen, durch welche vielfältige und für die Polizei im Regelfall schwer oder nicht beherrschbare Gefahrenlagen mit einem sehr hohen Schadenspotential entstünden. Insbesondere würden aus spontanen Sperraktionen resultierende Brems- und Ausweichmanöver zu gravierenden Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmerinnen und -teilnehmer sowie der Polizeibeamtinnen und -beamten im Einsatz führen.

Zudem, so führt die Gesetzentwurfsbegründung weiter aus, seien Autobahnen ein „versammlungsfreier Raum“. Anders als sonstige öffentliche Verkehrsflächen seien diese keine Orte der Kommunikation, sondern würden ausschließlich dem Fahrzeugverkehr dienen. Daher gewährleiste die Versammlungsfreiheit nicht das Recht, sich auf einer Autobahn zu versammeln.

Zudem müssten selbst Demonstrationen, die sich inhaltlich gegen eine Autobahn oder gegen den individuellen Massenverkehr mit Fahrzeugen mit Verbrennungsmotor richten, nicht zwingend auf Autobahnen stattfinden. Eine gemeinsame Willensbildung könne gleichermaßen im sonstigen öffentlichen Straßenraum, insbesondere in einer Fußgängerzone, erfolgen.

In Unkenntnis der neuen Vorschrift des VersG NRW plant der deutsche Staatsbürger A als Leiter eines klimaaktivistischen Aktionsbündnisses eine Veranstaltung unter dem Motto „Fahrrad fahr'n statt Autobahn“, welche auf der A 40 stattfinden soll. Im Zuge der Veranstaltung soll besondere Aufmerksamkeit auf die mit Autobahnverkehr – im Besonderen mit dem auf der A 40 als am meisten frequentierter Autobahn des Ruhrgebiets – einhergehende Umweltverschmutzung gelenkt werden und ein Wandel zu umweltfreundlicheren Fortbewegungsmöglichkeiten angeregt werden. A plant, für die Protestaktion – in Absprache mit den zuständigen Behörden – an einem Samstag zwischen 15 bis 17 Uhr eine einseitige Vollsperrung eines Abschnittes der A 40 zu veranlassen. Ausgehend von der Autobahnauffahrt „Bochum Zentrum“ sollen die Aktivisten eine Strecke von etwa 3 km mit dem Rad zurücklegen, um schließlich am Ende des Sperrabschnittes bei der Auffahrt „Bochum Harpen“ für eine einstündige Kundgebung mit aktivistischen Redebeiträgen zu verweilen. A erhofft sich aufgrund der Erfahrungen mit ähnlich konzipierten Veranstaltungen eine Teilnahme von ca. 300 Personen.

Um eine Sperrung der Autobahn zu veranlassen, nimmt A Kontakt mit der zuständigen Versammlungsbehörde auf und ist schockiert, als er von dieser in Kenntnis gesetzt wird, dass nach § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW Versammlungen auf Autobahnen untersagt sind.

A meint, ein solches vom Einzelfall gelöstes Verbot von Versammlungen auf Bundesautobahnen reiche deutlich zu weit. Der Gesetzgeber müsse zunächst andere Möglichkeiten ausschöpfen, bevor er ein kategorisches Verbot ausspricht. Den geltend gemachten Gefahren könne durch eine in Kooperation zwischen Veranstalter und Versammlungsbehörde erfolgende, sorgfältige Planung der Versammlung und kontrollierte Sperrung der Autobahn adäquat begegnet werden. Darüber hinaus könne das kommunikative Anliegen gerade nicht in gleicher Weise auf alternativen Routen außerhalb einer Autobahn erreicht werden. Vielmehr komme der ins Auge gefassten Störung des Autobahnverkehrs ein immenser Aufmerksamkeitswert zu. Zugleich bestehe ein enger thematischer Bezug zum Veranstaltungsgegenstand.

Aus besagten Gründen möchte A gegen das Versammlungsverbot auf Bundesautobahnen vorgehen und erhebt am 1.3.2026 form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde gegen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW.

Fallfrage

Hat die von A erhobene Verfassungsbeschwerde gegen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW (Versammlungsverbot auf Bundesautobahnen) Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – einzugehen. Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 5 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sind nicht zu prüfen.

Gehen Sie bei der Bearbeitung davon aus, dass den Anforderungen des Zitiergebotes und des Verbots des Einzelfallgesetzes entsprochen wird.

Die Möglichkeit der Erhebung einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO ist nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	1045
I. Zuständigkeit des BVerfG	1045
II. Beschwerdeberechtigung	1045
III. Beschwerdegegenstand	1046
IV. Beschwerdebefugnis.....	1046
1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung	1046
2. Qualifizierte Betroffenheit	1046
a) Eigene Betroffenheit.....	1046
b) Gegenwärtige Betroffenheit	1047
c) Unmittelbare Betroffenheit	1047
3. Zwischenergebnis	1047
V. Rechtsschutzbedürfnis	1048
1. Rechtswegerschöpfung	1048
2. Grundsatz der Subsidiarität	1048
VI. Form und Frist	1049
VII. Zwischenergebnis	1049
B. Begründetheit	1049
I. Verletzung von Art. 8 Abs. 1 GG	1049
1. Schutzbereich.....	1049
a) Persönlicher Schutzbereich.....	1049
b) Sachlicher Schutzbereich	1049
aa) Vorliegen einer Versammlung	1050

bb) Friedlich und ohne Waffen	1051
cc) Gewährleistungsumfang des Art. 8 Abs. 1 GG	1051
c) Zwischenergebnis	1054
2. Eingriff	1054
3. Rechtfertigung	1054
a) Beachtung des einzelgrundrechtsspezifischen Gesetzesvorbehalts	1054
b) Formelle Verfassungsmäßigkeit	1055
c) Materielle Verfassungsmäßigkeit	1055
aa) Legitimer Zweck	1055
bb) Geeignetheit	1056
cc) Erforderlichkeit	1057
dd) Angemessenheit	1057
d) Zwischenergebnis	1060
4. Zwischenergebnis	1060
II. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG	1060
III. Zwischenergebnis	1060
C. Ergebnis	1060

Hinweis: Die Bearbeitungszeit der Klausur betrug 120 Minuten. Die Lösung enthält mitunter vertiefte bzw. erklärende Ausführungen für die Korrektur. Selbstverständlich war von den Studierenden nicht zu erwarten, dass sie in dieser Ausführlichkeit ihr Gutachten ausarbeiten. Die einfach-rechtlichen Bestimmungen des VersG NRW mussten den Bearbeitern nicht bekannt sein und waren jenseits der abgedruckten Regelungen auch nicht zu berücksichtigen.

Die Verfassungsbeschwerde des A hat Erfolg, sofern sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG bzw. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG ist das BVerfG für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerdeberechtigung

A müsste beschwerdeberechtigt sein. Dies ist nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“, d.h. jeder, der grundrechtsfähig ist. Grundrechtsträger sind jedenfalls alle natürlichen Personen, von ihrer Geburt bis zum Tode. S ist als eine natürliche Person daher Träger von Grundrechten. Er ist somit als „jedermann“ beschwerdefähig.

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt. In Betracht kommt insoweit ein Handeln oder Unterlassen (vgl. §§ 92, 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) der Legislative, der Exekutive oder der Judikative. A wendet sich gegen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW als Akt des Landesgesetzgebers. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt damit vor.

IV. Beschwerdebefugnis

A müsste beschwerdebefugt sein. Nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG muss der Beschwerdeführer behaupten, durch die angegriffene Norm in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein.

1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Dafür müsste die Verletzung in einem solchen Grundrecht zumindest möglich erscheinen. Dies ist der Fall, wenn nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann, dass der angegriffene Akt öffentlicher Gewalt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten verletzt.²

Es ist denkbar, dass die von A ins Auge gefasste Organisation und Durchführung der Protestaktion auf der A 40 unter dem Motto „Fahrrad fahr’n statt Autobahn“ als eine Form der kollektiven Meinungskundgabe in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG fällt. Durch § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW wird ein Versammeln auf Autobahnen verboten, wodurch ein von Art. 8 Abs. 1 GG geschütztes Verhalten in nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigter Weise beeinträchtigt sein könnte. Es erscheint insofern nicht von vornherein ausgeschlossen, dass A in seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG verletzt ist.

Eine Verletzung des A in Art. 8 Abs. 1 GG ist möglich.

2. Qualifizierte Betroffenheit

A müsste ferner selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.³

a) Eigene Betroffenheit

A müsste zunächst selbst betroffen sein.

Selbst betroffen ist, wer Adressat des beanstandeten Aktes öffentlicher Gewalt ist und also von dessen Rechtswirkungen persönlich betroffen wird.⁴ Bei Verfassungsbeschwerden gegen ein Gesetz muss der Beschwerdeführer also Normadressat sein, das heißt er muss den normierten Tatbestand erfüllen können und daraus müssen für ihn Rechte oder Pflichten entstehen.

Durch die Verbotsnorm des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW wird A verpflichtet, die Durchführung von Versammlungen auf einer Autobahn zu unterlassen.

Mithin ist A als Normadressat selbst betroffen.

² Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 20. Aufl. 2024, Rn. 927.

³ BVerfGE 140, 42 (57) m.w.N. (st.Rspr.).

⁴ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1519.

b) Gegenwärtige Betroffenheit

Ferner müsste A auch gegenwärtig betroffen sein. Mit dem Kriterium der Gegenwartigkeit wird verlangt, dass der Beschwerdeführer „schon und noch“ von dem angegriffenen Akt betroffen wird.⁵ Dies ist zu bejahen, wenn die Betroffenheit schon eingetreten ist und noch nicht geendet hat, grundsätzlich nicht hingegen im Falle künftiger oder vergangener Beeinträchtigungen.⁶ Ausnahmsweise genügt es indes, dass die Beeinträchtigung erst bevorsteht und die Rechtswirkungen bereits in der Gegenwart klar abzusehen und für den Beschwerdeführer gewiss sind.⁷

Das in § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW normierte Verbot von Versammlungen auf Autobahnen ist bereits in Kraft getreten. Die von A ins Auge gefasste Protestaktion auf der A 40 ist nach der Verbotsnorm des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW also gegenwärtig untersagt.

Folglich ist A gegenwärtig betroffen.

c) Unmittelbare Betroffenheit

Schließlich müsste A unmittelbar betroffen sein.

Unmittelbar betroffen ist nur derjenige, auf dessen Rechtskreis die staatliche Maßnahme ohne Zwischenakt einwirkt.⁸ Bei Gesetzen ist das der Fall, wenn die Einwirkung auf den Rechtskreis des Beschwerdeführers keines vermittelnden staatlichen Vollzugsaktes bedarf („self-executing-Norm“).⁹

Die Regelung des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW verkürzt das rechtliche Dürfen des A, indem sie untersagt, Versammlungen auf Autobahnen zu veranstalten; hierzu bedarf es nicht noch eines weiteren Aktes, etwa in Gestalt einer Verbotsentscheidung der Versammlungsbehörde im Einzelfall. Damit ist § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW „self-executing“.

Somit ist A auch unmittelbar betroffen.

Hinweis: Für eine Beeinflussung der Rechtsstellung des A ist also nicht erst eine Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Norm in Form eines Bußgelds erforderlich. Aber selbst wenn man annähme, dass unmittelbare Betroffenheit nicht schon durch eine (gesetzliche) Verkürzung des rechtlichen Dürfens bewirkt wird, sondern erst durch einen auf Grundlage der Norm ergangenen konkretisierenden (Verwaltungs-)Akt (konkret-individuelle Auflösung der Versammlung oder Sanktionierung wegen eines Normverstoßes), wäre eine unmittelbare Betroffenheit vorliegend wegen Unzumutbarkeit zu bejahen bzw. zu fingieren. Denn ein Verstoß gegen den von A beanstandeten § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist gem. § 28 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 VersG NRW eine mit Geldbuße bewehrte Ordnungswidrigkeit. Die Forderungen, einen solchen bußgeldbewehrten Normverstoß im Interesse der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit herbeizuführen, wird allgemein als unzumutbar qualifiziert.

3. Zwischenergebnis

A ist mithin beschwerdebefugt.

⁵ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1525.

⁶ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 184.

⁷ BVerfGE 101, 54 (73 f.) m.w.N.

⁸ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 186.

⁹ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 186.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Schließlich müsste A auch rechtsschutzbedürftig sein.

1. Rechtswegerschöpfung

A müsste gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG den zulässigen Rechtsweg erschöpft haben. A rügt eine Verletzung seiner Grundrechte durch § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW, also durch ein formelles Landesgesetz. Gegen formelle Gesetze steht ein Rechtsweg zu den Fachgerichten nicht offen.¹⁰ Folglich steht das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde des A nicht entgegen.

2. Grundsatz der Subsidiarität

Weiter dürfte der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde des A nicht entgegenstehen. Dieser verlangt, dass der Beschwerdeführer alle ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um die Grundrechtsverletzung zu beseitigen.¹¹

Weiter besteht für Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich die Verpflichtung, auf der Grundlage des zu beanstandenden Gesetzes ergehende Verwaltungsakte abwarten bzw. herbeizuführen, und gegen diese sodann fachgerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen.¹² Die Gerichte müssten das Gesetz – sofern sie dieses für verfassungswidrig halten – sodann nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorlegen.¹³ Sofern ein Verstoß gegen die beanstandete Regelung eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit darstellt, ist dem Beschwerdeführer die Bemühung um fachgerichtlichen Rechtsschutz indessen analog § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG nicht zumutbar.¹⁴ Ein Verstoß gegen den von A beanstandeten § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist gem. § 28 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 VersG NRW eine Ordnungswidrigkeit, die mit bis zu 50.000 € Geldbuße geahndet werden kann.

Somit ist A die vorherige Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes analog § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG unzumutbar.

Der Grundsatz der Subsidiarität steht der Verfassungsbeschwerde des A folglich nicht entgegen.

Hinweis: Der insoweit in Betracht kommende Weg über § 43 VwGO ist nach dem Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen.

Eine Unzumutbarkeit eines Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW und der anschließenden Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes ließe sich auch damit begründen, dass diese Vorgehensweise von A verlangen würde, auf der Autobahn eine Versammlung zu veranstalten, ohne dass eine koordinierte Sperrung des Autobahnabschnittes in Absprache mit der zuständigen Versammlungsbehörde zu erwarten wäre. In diesem Fall ist mit gravierenden Gefahren für Leib und Leben der Veranstaltungsteilnehmerinnen und -teilnehmer, aber auch der Verkehrsteilnehmerinnen und -teilnehmer sowie der Polizeibeamtinnen und -beamten im Einsatz zu rechnen.

¹⁰ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51 Rn. 47.

¹¹ Vgl. BVerfGE 142, 268 (280); Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 20. Aufl. 2024, Rn. 937 f.

¹² Vgl. BVerfGE 74, 69 (74); 143, 246 (321) m.w.N.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 339; Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 402.

¹³ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51 Rn. 47.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 142, 268 (280) m.w.N.

Zudem hätte zur Begründung einer Unzumutbarkeit der Herbeiführung einer fachgerichtlichen (Inzident-)Kontrolle darauf verwiesen werden können, dass die vorliegende Fallkonstellation spezifisch verfassungsrechtliche Fragestellungen aufwirft, bezüglich derer eine fachgerichtliche Prüfung keine Verbesserung der Tatsachen- oder Rechtsgrundlage erwarten lässt.¹⁵

VI. Form und Frist

Nach Maßgabe des Sachverhaltes hat A die Beschwerde form- und fristgerecht erhoben.

VII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des A ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der angegriffene staatliche Akt, d.h. § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW, A in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt (vgl. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG). Dies ist der Fall, wenn das Gesetz in den Schutzbereich eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Recht eingreift und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

I. Verletzung von Art. 8 Abs. 1 GG

In Betracht kommt eine Verletzung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG.

1. Schutzbereich

Dazu müsste der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG in persönlicher wie sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Zunächst müsste A dem persönlichen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit unterfallen. Nach Art. 8 Abs. 1 GG haben „alle Deutschen“ das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Die Bezeichnung als „Deutscher“ im Sinne des GG ist in Art. 116 Abs. 1 GG legaldefiniert. Danach ist in erster Linie jede natürliche Person, welche die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, als Deutscher zu qualifizieren. A ist deutscher Staatsangehöriger, sodass der persönliche Schutzbereich eröffnet ist.

Hinweis: Hier genügen auch zwei Sätze.

b) Sachlicher Schutzbereich

Ferner müsste der Schutzbereich in sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

¹⁵ Vgl. zu einer derartigen Unzumutbarkeitskonstellation BVerfGE 123, 148 (172).

aa) Vorliegen einer Versammlung

Dies setzt zunächst voraus, dass es sich bei der von A geplanten Veranstaltung unter dem Motto „Fahrrad fahr’n statt Autobahn“ um eine Versammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG handelt.

Eine Versammlung ist das Zusammentreffen von mehreren Personen am gleichen Ort zur gleichen Zeit zu einem gemeinsamen Zweck, der sie innerlich verbindet.¹⁶

Die beabsichtigte Durchführung der Protestaktion umfasst die gleichzeitige Anwesenheit der Veranstaltungsteilnehmer an einem gemeinsamen Ort in Gestalt des Sperrabschnittes der A 40.

Mit ca. 300 einkalkulierten Teilnehmern ist die erforderliche Mindestzahl – unabhängig davon, ob man diese in einer Teilnehmerzahl von zwei, drei oder sieben Teilnehmern erblickt – erreicht.¹⁷ Die Veranstaltungsteilnehmer wollen zudem zusammen ein Zeichen gegen die mit Autobahn einhergehende Umweltverschmutzung setzen und einen Wandel zu umweltfreundlicheren Fortbewegungsmöglichkeiten anregen. Damit verfolgen sie einen gemeinsamen Zweck, der sie innerlich verbindet.

Insoweit ist fraglich, ob weitergehende Anforderungen an den gemeinsamen Zweck im Rahmen des Versammlungsbegriffs zu stellen sind.

Nach einer Ansicht genügt jeder Zweck, der die Personen innerlich verbindet. Hingegen stellt das BVerfG höhere Anforderungen an den gemeinsam verfolgten Zweck und fordert eine Zusammenkunft zur gemeinschaftlichen Erörterung oder Kundgebung, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist.¹⁸ Der Zweck der Protestaktion, öffentlichkeitswirksam als Kollektiv ein Zeichen gegen die mit Autobahn einhergehende Umweltverschmutzung zu setzen und einen Wandel zu umweltfreundlicheren Fortbewegungsmöglichkeiten anzuregen, ist ein gemeinsamer Erörterungs- und Kundgabezweck der Veranstaltungsteilnehmerinnen und -teilnehmer, der sich auf einen Gegenstand von öffentlichem Interesse richtet. Somit verfolgt die Versammlung auch unter Zugrundelegung der Auffassung des BVerfG einen tauglichen Versammlungszweck. Folglich sind die Anforderungen an den gemeinsamen Zweck nach beiden Ansichten erfüllt. Mithin kann der diesbezüglich bestehende Meinungsstreit dahinstehen.

Hinweis: In Anbetracht dessen, dass die von A geplante Veranstaltung unproblematisch ebenfalls dem engeren Zweckverständnis des BVerfG genügt, konnte die Prüfung kurz ausfallen. Es wurde nicht erwartet, dass die Studierenden auf weitere, in der Literatur referenzierte Versammlungsbegriffe eingehen.

Erfolgte dennoch eine weiterführende Auseinandersetzung mit in der Literatur angeführten Positionen, ist Folgendes zu konstatieren:

Als sog. „engster Versammlungsbegriff“¹⁹ wird eine Definition referiert, wonach eine Meinungsbildung und -äußerung in öffentlichen Angelegenheiten stattfinden muss,²⁰ weil vor allem solche Versamm-

¹⁶ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 36 Rn. 2.

¹⁷ Zum umstrittenen Definitionsmerkmal der „Personenmehrheit“ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 36 Rn. 2; Ernst, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Art. 8 Rn. 52.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 104, 92 (103 f.).

¹⁹ So bezeichnet etwa bei Meßmann, JuS 2007, 524 (525); vgl. ferner Broscheit/Schulz, DÖV 2016, 511 (512); Wunderlich, DÖV 2025, 341 (343).

²⁰ Vgl. schon v. Mangoldt/Klein, in: v. Mangoldt/Klein, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 1966, Art. 8 Anm. III 2.

lungen staatlichen Eingriffen ausgesetzt seien resp. historisch waren.²¹ I.E. wird dieser Begriff wohl zurecht mit der nunmehr durch das BVerfG gebrauchten Definition identifiziert.²²

Als Zwischenposition wird auch ein sog. „erweiterter Versammlungsbegriff“ vertreten. Nach diesem bedarf es zwar eines kommunikativen Anliegens im Sinne der Meinungsbildung bzw. -äußerung; diese muss aber nicht auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung hinauslaufen.²³ Auch diese Definition führt aber ersichtlich zu keinem anderen Ergebnis, wenn – wie hier – die engere Definition des BVerfG erfüllt ist.

Die von A geplante Veranstaltung auf der A 40 unter dem Motto „Fahrrad fahr’n statt Autobahn“ stellt eine Versammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG dar.

bb) Friedlich und ohne Waffen

Der von A ins Auge gefasste Protest soll ferner auch friedlich und ohne Waffen erfolgen; eine kollektive Unfriedlichkeit begründende Anwendung von Gewalt gegen Personen oder Sachen steht nach dem Versammlungskonzept des A nicht im Raum.

cc) Gewährleistungsumfang des Art. 8 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst neben der Durchführung der eigentlichen Versammlung auch die Vorbereitung und Organisation einer Versammlung wie das Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters über Inhalt, Zeit und Ort der Versammlung.²⁴

A möchte von seinem Bestimmungsrecht als Veranstalter hinsichtlich des Versammlungsortes Gebrauch machen, indem er als Ort des Protestes einen Abschnitt der A 40 in Anspruch nehmen möchte.

Fraglich ist, ob eine Autobahn vom räumlichen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst ist. Die Versammlungsfreiheit gewährleistet kein Zutrittsrecht zu beliebigen Räumen.²⁵ Umfasst sind zumindest alle Orte, an denen ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Stätten der allgemeinen Kommunikation entstehen.²⁶

Die Autobahn ist kein typischer Ort der Kommunikation. Im Unterscheid zu sog. öffentlichen Foren, auf welchen eine Vielzahl von verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen verfolgt werden und ein vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht entsteht,²⁷ bietet die Autobahn keinen Ort des Verweilens und der Begegnung, sondern dient vorrangig der möglichst zügigen Fortbewegung. Dementsprechend ließe sich – im Einklang mit dem Vorbringen des Gesetzgebers²⁸ – argumentieren, dass Autobahnen von vornherein nicht dem kommunikativen Verkehr geöffnet seien und aus diesem Grund nicht als Versammlungsort in Anspruch genommen werden könnten.²⁹ Ein Anspruch auf eine

²¹ In der historischen Dimension vgl. v. Mangoldt/Klein, in: v. Mangoldt/Klein, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 1966, Art. 8 Anm. III 2. Aus aktueller Perspektive Wunderlich, DÖV 2025, 341 (343).

²² Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 977; Meßmann, JuS 2007, 524 (525).

²³ Ernst, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Art. 8 Rn. 41 m.w.N.

²⁴ Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 35.

²⁵ BVerfGE 128, 226 (251).

²⁶ BVerfGE 128, 226 (250 ff.).

²⁷ BVerfGE 128, 226 (253).

²⁸ LT-Drs. 17/12423, S. 68; LT-Drs. 17/15821, S. 8 f.

²⁹ OVG Lüneburg NZV 1995, 332; Schönenbroicher, Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 10.

widmungsfremde Nutzung lasse sich Art. 8 Abs. 1 GG in Ermangelung einer leistungsrechtlichen Dimension nicht entnehmen.³⁰

Wenn sich keine Fallgestaltung finden lässt, in der eine Versammlung auf einer Autobahn zuzulassen ist,³¹ sprechen zudem (grundrechts-)dogmatische Gründe dafür, solche bereits auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs auszusondern.³²

Gleichwohl ist zu konstatieren, dass es sich auch bei Autobahnen um öffentlichen Straßenraum handelt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 FStrG) und daher auf solchen grundsätzlich ein allgemeiner Verkehr eröffnet ist.³³ Das Leitbild des sog. öffentlichen Forums und das in diesem enthaltende Kriterium der (zumindest teilweisen) Öffnung zu kommunikativen Nutzungen dienen der Beurteilung von Orten jenseits des allgemein zugänglichen, öffentlichen Straßenraumes, weshalb ein Rekurs auf dieses mit Blick auf Autobahnen fehlt.³⁴

Soweit man dennoch mit dem Leitbildcharakter des sog. öffentlichen Forums (faktische) Kommunikationsöffnungen für maßgebend erachtet, kann darauf verwiesen werden, dass in der Vergangenheit bereits Erlaubnisse zu Nutzungen der Autobahnen zu den Verkehrszweck überschreitenden, (auch) kommunikativen Zwecken erteilt wurden.³⁵ Demnach lassen sich auch auf Grundlage der geltenden gesetzlichen Ausgestaltung und bisherigen tatsächlichen Nutzung Szenarien erblicken, in denen auf Autobahnen ein Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung geleistet wird.³⁶

³⁰ OVG Lüneburg NZV 1995, 332; *Blanke*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 44, 65; dem zuwider die Notwendigkeit eines Rekurses auf eine (nicht bestehende) leistungsrechtliche Dimension ablehnend *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 f.; *Höfling/Ogorek*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 42; *Dübbers*, SVR 2022, 245 (247 f.).

³¹ So *Schönenbroicher*, Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 10; *Hebeler*, JA 2022, 526 (528); LT-Drs. 17/12423, S. 68; LT-Drs. 17/15821, S. 9.

³² Vgl. *Cremer*, NVwZ 2023, 1463 zu einer Ausklammerung von Äußerungen aus dem sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit, die sich als Angriff auf die Menschenwürde, Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen.

³³ BVerfGE 128, 226 (251 f.); *Edenharter*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.4.2026, VersG NRW § 13 Rn. 56. Das BVerfG formuliert in der „Fraport-Entscheidung“, dass die Durchführung von Versammlungen an Orten geschützt sei, an denen ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist, und eine solche Verkehrsöffnung im öffentlichen Straßenraum vorliege, BVerfGE 128, 226 (251). Unzweifelhaft ist mithin nach dem Wortlaut der Entscheidung jedenfalls, dass der „öffentliche Straßenraum“ als Versammlungsort geschützt ist. Obgleich das BVerfG nachfolgend die Bedeutung der innerörtlichen Straßen und Plätze („vor allen“) und der Fußgängerzonen und verkehrsberuhigten Bereichen („in verstärktem Maße“) betont, streitet diese nicht abschließende Formulierung gerade dafür, dass die geschützten Versammlungsorte des öffentlichen Straßenraumes innerhalb der Positionierung des BVerfG nicht auf die hervorgehobenen Teilbereiche desselben beschränkt sind. Fraglich kann allenfalls sein, was das BVerfG unter dem Begriff des „öffentlichen Straßenraumes“ auffasst. Es bestehen indessen keine Anhaltspunkte dafür, dass das BVerfG ein engeres Verständnis des „öffentlichen Straßenraumes“ zugrunde legt als der einfach-rechtliche Gesetzgeber in den genannten Vorschriften des FStrG und auf diesem definitorischem Wege Bundesautobahnen von einer gleichlaufenden Einordnung des öffentlichen Straßenraumes ausklammert. Anders gewendet scheint nach Ansicht des BVerfG dem öffentlichen Straßenraum per se eine Kommunikationsfunktion innezuwohnen, welche es rechtfertigt, diesen – ohne Abstufung danach, in welcher Intensität der Raum neben Verkehrszwecken zum kommunikativen Austausch in Anspruch genommen wird resp. werden kann – als Versamlungsraum zu schützen. Das Kriterium der (zumindest teilweisen) Kommunikationsöffnung wird als eigenständige und konstitutive Voraussetzung lediglich in Bezug auf Räume außerhalb des öffentlichen Straßenraumes fruchtbar gemacht, BVerfGE 128, 226 (252 ff.); Näheres zum Stellenwert einer einfach-gesetzlichen Widmung sogleich. Eine andere Interpretation der „Fraport-Entscheidung“ befürwortet dagegen *Eibenstein*, JA 2023, 764 (767 f.), welcher hervorhebt, dass sich die tragenden Argumente für eine grundsätzliche Versammlungsoffenheit des öffentlichen Straßenraumes nicht auf den Raum der Bundesautobahnen transferieren ließen und daher eine Differenzierung geboten sei.

³⁴ Vgl. BVerfGE 128, 226 (253).

³⁵ Bspw. anlässlich der Veranstaltung „Still-Leben Ruhrschnellweg“, *Rheinische Post* v. 23.6.2010 (20.8.2026).

³⁶ *Forck*, ZJS 2023, 819 (826).

Überdies sind auch Versammlungen denkbar, bei denen die Autobahn zugleich zu Kommunikations- als auch zu Verkehrszwecken verwendet wird und daher die Nutzung nicht mit dem Widmungszweck konfligiert, wie etwa Auto- oder Motorradkorsos oder Sternfahrten.³⁷

Des Weiteren scheint sich die – an späterer Stelle noch ausführlich zu begutachtende – Abwägungsfrage nicht in der Pauschalität beantworten zu lassen, dass die Interessen der Versammlungsteilnehmer unabhängig von Ausgestaltung und Inhalt der Versammlung (thematischer Zusammenhang zum konkreten Autobahnabschnitt; Versammlung mit Verkehrszweck in Einklang; Minimierung des Gefährdungspotentials durch koordinierte Sperrung) stets zurückzutreten hätten.

Bei systematischer Betrachtung streiten die in Art. 8 Abs. 1 GG ausdrücklich normierten Tatbestandsausschlüsse (das Friedlichkeitsgebot und das Waffenverbot) gegen eine weitergehende Einschränkung des Schutzbereichs.³⁸

Vorzugswürdig ist es, die infolge einer Inanspruchnahme der Autobahn als Versammlungsort konfligierenden Interessen in differenzierter Weise auf Ebene der Rechtfertigung einer Abwägung zuzuführen.³⁹

Damit sprechen die besseren Gründe dafür, dass Autobahnen keine per se versammlungsfreien Räume sind.⁴⁰ Der räumliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst mithin die von A geplante Versammlung auf der A 40. Der sachliche Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG ist eröffnet.

Hinweis: Eine derart vertiefte Ausarbeitung, insbesondere die Bezugnahme des FStrG, war nicht von den Studierenden zu erwarten. Entscheidend war, dass das Problem, ob der räumliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit das Veranstellen von Versammlungen auf Autobahnen erfasst, erkannt und argumentativ gelöst wurde. Jede plausible Darstellung der Problematik genügte. Eine abweichende Ansicht war gut vertretbar, sodass Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen wäre.

Vertiefender Hinweis (Ergänzende Erwägungen unter Berücksichtigung der Bestimmungen des FStrG): Mit der tatsächlich fast ausschließlichen Inanspruchnahme der Autobahnen zu Verkehrszwecken korrespondiert, dass die einfach-gesetzliche Widmung von Autobahnen in § 1 Abs. 3 S. 1 FStrG von einem singulären Nutzungszweck des „Schnellverkehrs mit Kraftfahrzeugen“ spricht. Die einfach-rechtlichen Bestimmungen des Straßenrechts bedingen jedoch allein, dass jegliche mit der Widmung für den Kraftfahrzeugschnellverkehr nicht vereinbare Nutzungen nicht zum Gemeingebrauch gehören, sondern eine grundsätzlich erlaubnispflichtige Sondernutzung darstellen.⁴¹ Die Möglichkeit der Einholung einer Sondernutzungserlaubnis (§ 8 Abs. 1 und 2 FStrG und § 29 StVO)

³⁷ Dübbers, SVR 2022, 245 (246); vgl. Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.4.2026, VersG NRW § 13 Rn. 56; v. Zons, ZJS 2023, 957 (959).

³⁸ Forck, ZJS 2023, 819 (826).

³⁹ v. Zons, ZJS 2023, 957 (961); Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 f. m.w.N.; vgl. v. Coelln, in: Ullrich/v. Coelln/Heusch, Handbuch Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2025, Rn. 74.

⁴⁰ So auch Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.4.2026, VersG NRW § 13 Rn. 56; v. Zons, ZJS 2023, 957 (960); Forck, ZJS 2023, 819 (826); Sinder, Jura 2022, 683 (684) m.w.N.; Waldhoff, JuS 2022, 287 (288); Dübbers, SVR 2022, 245; Scheidler, NZV 2015, 166 (170); v. Alemann/Scheffczyk, JA 2013, 407; jüngst VG Gießen, Beschluss v. 28.7.2026 – 10 L 2869/26.GI, Pressemitteilung (20.8.2026); OVG Lüneburg BeckRS 2024, 8617 Rn. 14 ff.; VGH München BeckRS 2023, 12047 Rn. 12; OVG Niedersachsen BeckRS 2023, 7543 Rn. 7 ff.; OVG Bautzen LKV 2022, 28 f.; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 (753 f.); OVG Hamburg BeckRS 2020, 48778 Rn. 17; VGH Kassel NJW 2009, 312 (313); anders OVG Münster BeckRS 2022, 19657 Rn. 8 ff.; Schönenbroicher, Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 10; Hebeler, JA 2022, 526 (528); Blanke, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 4. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 44; vgl. Eibenstein, JA 2023, 764 (767 f.). Auf unionsrechtlicher Ebene aus grundfreiheitsrechtlichem Blickwinkel eines durch eine Blockadeaktion beeinträchtigten Speditors prominent EuGH, Urt. v. 12.6.2003 – C-112/00 (Schmidberger) = EuZW 2003, 592.

⁴¹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 (753); grdl. VGH Kassel NJW 2009, 312 (313).

verdeutlicht indes gerade, dass eine Nutzung einer Autobahn abseits des Kraftfahrzeugschnellverkehrs nicht von vorneherein ausgeschlossen ist.⁴²

Schließlich kann ein einfach-gesetzlich festgelegter Widmungszweck für sich genommen nicht die Reichweite des Schutzbereiches der Versammlungsfreiheit dirigieren.⁴³ Andernfalls stünde der Schutzbereich zur Disposition des Gesetzgebers.⁴⁴ Die von § 1 Abs. 3 S. 1 FStrG auf Kraftfahrzeuge beschränkte Widmung wirkt daher nicht auf die Schutzbereichsinterpretation des Art. 8 Abs. 1 GG ein.⁴⁵

c) Zwischenergebnis

Der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GG ist eröffnet.

2. Eingriff

Ferner müsste durch § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG vorliegen. Ein Eingriff „im klassischen Sinne“ ist jede zielgerichtete, unmittelbare und imperative mit Befehl und Zwang durchsetzbare Verkürzung des Schutzbereichs eines Grundrechts durch einen staatlichen Rechtsakt.⁴⁶ Nach § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW finden Versammlungen auf Bundesautobahnen nicht statt. Die Vorschrift, als Akt der Legislative und damit als staatlicher Rechtsakt, richtet sich zielgerichtet (final) gegen die Durchführung von Versammlungen und normiert imperativ ein Verbot des Versammelns auf Bundesautobahnen. Weiter ergibt sich das Versammlungsverbot unmittelbar aus dem Gesetz. Somit sind die Voraussetzungen des klassischen Eingriffsbegriffs gegeben; auf das allgemein akzeptierte weitergehende, aber im Einzelnen umstrittene „moderne“ Eingriffsverständnis kommt es also vorliegend nicht an.

3. Rechtfertigung

Mit der Feststellung der Eingriffsqualität von § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist die Frage aufgeworfen, ob dieser Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Gerechtfertigt ist der Eingriff, wenn die Berufsfreiheit einschränkbar ist, der Eingriff auf einer Grundlage beruht, die den Schrankenforderungen der Versammlungsfreiheit entspricht („Schranke“) und die Grenzen der Einschränkbarkeit, insbesondere die Verhältnismäßigkeit, gewahrt sind („Schranken-Schranken“).

a) Beachtung des einzelgrundrechtsspezifischen Gesetzesvorbehalts

Das setzt zunächst voraus, dass der einzelgrundrechtsspezifische Gesetzesvorbehalt beachtet wurde. Art. 8 Abs. 2 GG bestimmt, dass für Versammlungen unter freiem Himmel die Versammlungsfreiheit durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden kann. Mit Blick auf Versammlungen unter freiem Himmel handelt es sich folglich mangels zusätzlicher qualifizierter Voraussetzungen um einen einfachen Gesetzesvorbehalt.⁴⁷ § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW bezieht sich ausweislich seiner sys-

⁴² Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 (753 f.); VGH Kassel NJW 2009, 312 (313).

⁴³ Zumindest implizit BVerfG NJW 2014, 2706 (2707).

⁴⁴ Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 m.w.N.

⁴⁵ Forck, ZJS 2023, 819 (826).

⁴⁶ Vgl. Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 335 ff.

⁴⁷ Hingegen Verortung als qualifizierter Gesetzesvorbehalt in Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 997.

tematischen Stellung im VersG NRW (Teil „Versammlungen unter freiem Himmel“) lediglich auf eben solche.

Als gesetzliche Einschränkung genügt § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG.

Hinweis: Wichtig war, dass die Studierenden nicht (allein) prüfen, ob im Einzelfall der von A geplanten Veranstaltung eine Versammlung unter freiem Himmel stattfinden soll, und danach die Anwendung des einfachen Gesetzesvorbehaltes ausrichten, sondern die abstrakt-generellen Wirkungen des Verbotstatbestandes in den Blick nehmen. Die systematische Stellung im VersG NRW lässt sich den abgedruckten Normen nicht entnehmen. Daher war es ebenfalls vertretbar, dahingehend zu argumentieren, dass von dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW auch Versammlungen in geschlossenen Räumen erfasst sein können, und im Anschluss auf eine insofern vorbehaltlose Gewährleistung der Versammlungsfreiheit einzugehen. Dessen ungeachtet dürfte der Fall einer Versammlung in geschlossenen Räumen auf Autobahnen schwer vorstellbar sein. Denkbar wäre dies im folgenden Beispiel: Eine Versammlung soll in einem abgesperrten Autobahntunnel stattfinden; der Veranstalter fordert von Teilnehmern eine vorherige Registrierung und sichert diese Zutrittsbedingung durch strikte Einlasskontrollen ab. Selbst in dieser Konstruktion lässt sich jedoch bezweifeln, ob eine hinreichende Abgrenzung zum übrigen Verkehr erfolgt.⁴⁸ Falls diesbezügliche Erwägungen angestellt wurden, war dies in besonderer Weise positiv zu hono-rieren.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit von § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist laut Sachverhalt gegeben.

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Schließlich müsste § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW auch in materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar sein. Die materielle Verfassungsmäßigkeit richtet sich insbesondere nach der Verhältnismäßigkeit. Demnach muss die Grundrechtsbeeinträchtigung geeignet, erforderlich und angemessen sein, um einen legitimen Zweck zu erreichen. Dabei ist die aus dem Demokratieprinzip abgeleitete Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Im Rahmen dieses Einschätzungs- und Prognosespielraums ist die Prüfung durch das BVerfG somit begrenzt.

aa) Legitimer Zweck

Zunächst müsste die Vorschrift einen legitimen Zweck verfolgen. Als legitim gilt grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, dessen Verfolgung nicht von Verfassungs wegen ausgeschlossen ist.⁴⁹

Der Gesetzgeber verfolgt mit § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW den Zweck, die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs zu schützen. Hinter der Sicherheit des Straßenverkehrs steht insbesondere die Abwehr von schwerwiegenden Gefahren für Leib und Leben der Versammlungs- und Verkehrsteil-

⁴⁸ Vgl. Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 8 Rn. 138.

⁴⁹ Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl. 2025, Rn. 159 ff.

nehmer (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).⁵⁰ Die Leichtigkeit des Straßenverkehrs dient im Besonderen dazu, die Fortbewegungsfreiheit der Autobahnnutzer (Art. 2 Abs. 1 GG) zu gewährleisten.⁵¹

Die Gewährleistung der Sicherheit und die Leichtigkeit des Straßenverkehrs, insbesondere im Bereich der Autobahnen, ist mithin ein legitimer Zweck.⁵²

Hinweis: Vertretbar, aber in keiner Weise zu erwarten, war überdies, wenn Studierende als zusätzlichen (!) legitimen Zweck den Schutz der negativen Versammlungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer anführen.⁵³ In dem Fall wäre spätestens bei Prüfung der Geeignetheit zu erörtern, inwiefern die negative Versammlungsfreiheit betroffen sein könnte. Erfolgte die Begründung für oder gegen eine Betroffenheit der negativen Schutzdimension von Art. 8 Abs. 1 GG in tragfähiger Weise, waren die Erwägungen besonders positiv zu honorieren.

Kein legitimer Zweck ist hingegen (wohl) der Schutz der Veranstaltungsteilnehmer vor Selbstgefährdungen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).⁵⁴

bb) Geeignetheit

Ferner müsste § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW auch geeignet sein. Dies ist zu bejahen, wenn das Mittel die angestrebten Zwecke erreichen oder zumindest fördern kann.⁵⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum in Bezug auf die der Eignung zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse zusteht. Er kann somit eine eingeschränkt überprüfbare Prognose und Bewertung bezüglich der Eignung einer Maßnahme vornehmen. Dabei kann er auf empirische Ereignisse sowie wissenschaftliche Erkenntnisse rekurren.

In aller Regel stehen Versammlungen auf Autobahnen dem ungestörten Fortkommen der Verkehrsteilnehmer entgegen. Bei typisierender Betrachtung besteht bei Versammlungen auf Autobahnen aufgrund der hohen Geschwindigkeit des Verkehrs eine gravierende Gefahr schwerer Unfälle, etwa infolge unerwarteter Stauenden oder Ablenkungen, sodass mit den Versammlungen ein beträchtliches Schadenspotenzial für die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs einhergeht. Aufgrund dessen, dass § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW die Durchführung von Versammlungen auf Autobahnen unter ein Totalverbot stellt, ist mit einem tatsächlichen Rückgang derartiger Versammlungen und mithin mit einer Förderung des Zweckes zu rechnen.

Die Normierung des Verbotes ist demnach geeignet, dem legitimen Zweck zu dienen.

Hinweis: Die Prüfung der Eignung lässt sich auch deutlich kürzer formulieren.

⁵⁰ Vgl. BVerfG NVwZ 2021, 143 (144).

⁵¹ H.M. sieht das Fortbewegungsinteresse der Verkehrsteilnehmer (nur) von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, vgl. statt aller *Hufen*, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2025, § 21 Rn. 5, 7; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 22 m.w.N.; *Schönenbroicher*, Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 10 verortet die Fortbewegungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer hingegen in „Art. 2 II GG“.

⁵² VGH Kassel NJW 2009, 312 (313); OVG Bautzen LKV 2022, 28 (29).

⁵³ So auch LT-Drs. 17/12423, S. 68. Zur negativen Versammlungsfreiheit BVerfGE 69, 315 (343).

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 153, 182 (271), wobei es für schwerwiegende Fälle auch andere Anklänge gibt, BVerfGE 60, 123 (132 f.); BVerfG NJW 1999, 3399 (3401).

⁵⁵ BVerfGE 16, 147 (181); 63, 88 (115); 67, 157 (175).

cc) Erforderlichkeit

Zudem müsste § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW auch erforderlich sein. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein milderes Mittel ersichtlich ist, welches gleich geeignet ist, den legitimen Zweck zu erreichen.⁵⁶

Als ein im Vergleich zum Totalverbot die Versammlungsfreiheit schonenderes Mittel käme eine Ausgestaltung des Verbotstatbestandes als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt in Betracht: Wenngleich ein grundsätzliches Verbot von Versammlungen auf Autobahnen Bestand hätte, würde dieses von einem Ausnahmetatbestand flankiert werden, welcher im Einzelfall die Möglichkeit der Durchführung einer Versammlung auf der Autobahn ins Ermessen der Behörde stellt.

Auch wenn in die Ermessensentscheidung zur Ausnahmegewährung das dem Einzelfall zugrunde liegende Versammlungskonzept (insbesondere Sicherheitsvorkehrungen) eingestellt werden und mithin Gefahren für die Sicherheit des Straßenverkehrs entgegengewirkt werden könnte, lässt sich eine Behinderung des Schnellverkehrs schwerlich vermeiden. Dies gilt in besonderer Weise für Versammlungskonzeptionen, welche – etwa durch eine Streckensperrung und Umleitungen – bestmöglich Gefahren für Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer auffangen sollen. Somit ist das Mittel jedenfalls hinsichtlich der Leichtigkeit des Straßenverkehrs nicht in gleicher Weise geeignet, den verfolgten Zweck zu fördern.

§ 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist demgemäß erforderlich.

Hinweis: Es genügte ebenfalls, wenn sich Studierende argumentativ mit einem anderen milderen Mittel auseinandersetzen. Ein weiteres milderes Mittel wäre die Beschränkung des Verbotes auf sog. Spontansammlungen auf Autobahnen. Milder wäre überdies der gänzliche Verzicht auf einen abstrakt-generellen Verbotstatbestand und die Anwendung von bestehenden versammlungsrechtlichen Instrumentarien durch die Versammlungsbehörde im Einzelfall. Diese Mittel sind indes erst recht nicht in gleichem Maße wie das Totalverbot geeignet, den legitimen Zweck zu fördern. Führten Studierende mehrere Mittel an, war dies positiv in der Benotung zu honorieren. Angesichts der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und der ihm obliegenden Risikoprognose war die Ablehnung der Erforderlichkeit vorliegend nur schwerlich begründbar.

dd) Angemessenheit

Schließlich müsste § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW auch angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn die Schwere des Grundrechtseingriffs nicht außer Verhältnis zum Grad der Zweckerreichung sowie zum Gewicht des Zwecks steht (Übermaßverbot).⁵⁷ Dabei kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu.

Zunächst ist die *Schwere des Eingriffs* zu bestimmen. Zu berücksichtigende Kriterien sind dabei insbesondere die Dauer sowie die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung.

Hervorzuheben ist, dass die Versammlungsfreiheit essenziell für die Einflussnahme auf die politische Willensbildung und schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung ist.⁵⁸

Das Veranstellen von Versammlungen auf Autobahnen wird durch § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW vollends und auf Dauer verboten.

⁵⁶ BVerfGE 17, 269 (279 f.); 63, 88 (115 ff.).

⁵⁷ BVerfGE 126, 112, (152 f.).

⁵⁸ BVerfGE 128, 226 (250); 69, 315 (344 f.).

Somit wird dem Veranstalter das Bestimmungsrecht hinsichtlich des Versammlungsortes in Gestalt einer Entscheidung zugunsten einer Autobahn dauerhaft entzogen.

Art. 8 Abs. 1 GG schützt das Interesse des Veranstalters, mit einer Versammlung und insbesondere mit der Wahl des Versammlungsortes einen Beachtungserfolg zu erzielen.⁵⁹ Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit, mit der Versammlung auf den öffentlichen Straßenraum jenseits der Autobahn auszuweichen. Indessen lässt sich das Ziel, eine möglichst breite Aufmerksamkeit zu generieren, an wenigen Orten so effektiv umsetzen wie auf Autobahnen. Dementsprechend kann es dem Veranstalter gerade darauf ankommen, den Aufzug an einem derart öffentlichkeitswirksamen und – je nach Versammlungsinhalt – symbolhaltigen Ort wie der Autobahn stattfinden zu lassen.⁶⁰ Richtet sich die Versammlung beispielsweise gegen den Bau oder Ausbau eines bestimmten Autobahnabschnittes, werden infolge des Verbotes der durch eine Protestaktion erzielbare Beachtungserfolg und der Symbolgehalt in gravierender Weise beschnitten. In solchen vom Totalverbot erfassten Einzelfällen, in denen eine direkte inhaltliche Verbindung mit dem konkreten Autobahnabschnitt besteht, wirkt der Eingriff besonders schwerwiegend.

Der Eingriff in die Versammlungsfreiheit ist als intensiv zu qualifizieren.

Weiter ist das *Gewicht des verfolgten Zwecks* und der *Grad der Zweckerreichung* zu bestimmen.

Hinter der Leichtigkeit des Straßenverkehrs stehen die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Grundrechtsbetätigungen der Autofahrer.

Bestandteil der Sicherheit des Straßenverkehrs ist insbesondere der Schutz von Leben und Gesundheit der Autofahrer und der Einsatzkräfte. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG normiert über Abwehrrechte hinaus objektiv-rechtliche Handlungsgebote an den Staat und seine Organe, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen. Sie sind Ausdruck des hohen Gewichts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in der Werteordnung des Grundgesetzes. Das Gewicht des legitimen Ziels des Schutzes von Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer und Einsatzkräfte – verstärkt durch ebendiese Schutzpflicht – ist damit als von außerordentlicher Bedeutung einzustufen.

Das Gewicht des verfolgten Zwecks ist damit insgesamt als hoch einzustufen.

Jeder Versammlung auf einer Autobahn ist eine Beeinträchtigung des Schnellverkehrs immanent.⁶¹

Autobahnen sind in herausragender Weise gefahren geneigte Orte. Wie bereits beschrieben, besteht aufgrund der hohen Geschwindigkeit des Verkehrs ein gravierendes Gefahrenpotenzial schwerer Unfälle, etwa infolge unerwarteter Stauenden oder Ablenkungen. Solche durch Staubildung oder Ablenkung begründete Gefahren lassen sich auch durch eine „kontrollierte“ Sperrung des Autobahnabschnittes und Hinweise zu der Verkehrsbehinderung in Rundfunk und Printmedien nicht vollumfänglich eindämmen.

Diesen Gefährdungspotentialen für die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs wirkt die Regelung umfassend entgegen. Der Grad der Zweckerreichung ist demnach ebenfalls als hoch zu qualifizieren.

Es folgt eine *Gesamtbetrachtung* der benannten abwägungsrelevanten Positionen.

Versammlungen auf Autobahnen sind kein üblicher und sozialadäquater Vorgang.⁶² Der Zweck einer Autobahn liegt auf dem schnellen Fortkommen per Kraftfahrzeug. Anders als andere Abschnitte des öffentlichen Straßenraums bieten Autobahnen keine Foren des kommunikativen Austausches. Daraus resultiert, dass an ein Versammlungsverbot auf Autobahnen geringere Anforderungen als im

⁵⁹ OVG Hamburg BeckRS 2020, 48778 Rn. 9.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 69, 315 (323, 365); BVerfG NJW 2007, 2167 (2169).

⁶¹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 (754).

⁶² VGH München BeckRS 2021, 24884 Rn. 34.

Übrigen öffentlichen Straßenraum zu stellen sind.⁶³ Damit ist aber nicht das Ergebnis jedweder Abwägung der widerstreitenden Interessen vorweggenommen.

Die von § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW erfassten Versammlungskonzeptionen weisen hinsichtlich der Gewichtung der konfligierenden Grundrechtspositionen ein beträchtliches Gefälle auf.

Im Falle von sog. Spontanversammlungen auf Autobahnen, die naturgemäß eine geplante und koordinierte Sperrung des Abschnittes ausschließen und daher mit gravierenden Unfallgefahren einhergehen, fällt die Interessenabwägung stets zulasten der Versammlungsfreiheit aus.

In seltenen (Ausnahme-)Konstellationen sind die Gewichte in der Interessenabwägung jedoch eklatant anders verteilt.

Für sich genommen noch nicht ausreichende Mindestvoraussetzung dessen ist, dass ein Versammlungskonzept – im Unterscheid zu den sog. Spontanversammlungen – Raum bietet, die beträchtlichen Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer und der Einsatzkräfte zu reduzieren. Dies richtet sich insbesondere danach, inwieweit den begründeten Gefahren durch ein Sicherungskonzept (z.B. frühzeitige Warnhinweise) begegnet werden kann, inwieweit eine Kooperationsbereitschaft mit Behörden besteht, welche Verkehrsbedeutung dem betroffenen Autobahnabschnitt zukommt, mit welchem Verkehrsaufkommen im Zeitpunkt der Versammlung zu rechnen ist, ob zumutbare und praktikable Umleitungsmöglichkeiten bestehen und wie lange und wie intensiv die Beeinträchtigungen und die Gefahren für die anderen Verkehrsteilnehmer sind.⁶⁴

Abseits dessen gilt: Je größer ein thematischer Bezug zu einem bestimmten Autobahnabschnitt ist und je höher damit ein nur auf diesem Wege erzielbarer „Beachtungserfolg“, desto eher kann sich die Versammlungsfreiheit gegen die konfligierenden Belange durchsetzen.⁶⁵ Vom konkreten Sperrabschnitt abstrahierte Versammlungszwecke („Klimaschutz“) genügen nicht.⁶⁶

Ein ausnahmsloses Versammlungsverbot kann diese Konstellationen nicht abbilden. Vielmehr führt das mildere Mittel eines repressiven Versammlungsverbotes mit Befreiungsvorbehalt, welches ebenfalls eine hohe Zweckdienlichkeit aufweist, die konfligierenden Grundrechtspositionen zu einem schonenderen Ausgleich.

Ein Totalverbot von Versammlungen steht daher außer Verhältnis zu der Intensität des Eingriffes in Art. 8 Abs. 1 GG.

Nach alldem stellt sich die Frage, ob § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist. Nach dieser Methode ist eine einfach-gesetzliche Vorschrift nur dann als verfassungswidrig anzusehen, wenn sich mit den Auslegungsmethoden keine Auslegungsvariante ermitteln lässt, welche mit der Verfassung in Einklang steht.⁶⁷ Grenze einer verfassungskonformen Auslegung ist der eindeutige Wortlaut und der klar erkennbare Sinn und Zweck eines Gesetzes.⁶⁸ Einem Auslegungsergebnis, welches in Ausnahmekonstellationen Versammlungen auf Autobahnen zulassen könnte, steht der eindeutige Wortlaut (keinerlei Anhalt für eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall) und zudem der deutlich erkennbare gesetzgeberische Wille einer vollumfänglichen

⁶³ v. Zons, ZJS 2023, 957 (964) m.w.N.

⁶⁴ OVG Lüneburg BeckRS 2024, 8617 Rn. 17; OVG Niedersachsen BeckRS 2023, 7543 Rn. 9 m.w.N.

⁶⁵ OVG Lüneburg BeckRS 2024, 8617 Rn. 16; OVG Niedersachsen BeckRS 2023, 7543 Rn. 9 m.w.N.; grdl. VGH Kassel NJW 2009, 312 (314).

⁶⁶ v. Zons, ZJS 2023, 957 (963); *Edenharter*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.4.2026, VersG NRW § 13 Rn. 56.

⁶⁷ *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 67.

⁶⁸ St.Rspr. seit BVerfGE 8, 28 (33 f.).

Unterbindung derartiger Versammlungen entgegen. Daher ist § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung vor einer Verfassungswidrigkeit zu bewahren.⁶⁹

§ 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist unangemessen.

Hinweis: Eine abweichende Ansicht, nach der § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW angemessen ist, ist sehr gut vertretbar. Es sind andere Aufbauvarianten in der Angemessenheitsprüfung denkbar; der Fokus in der Bewertung lag auf einer nachvollziehbaren und strukturierten Gedankenführung.

In Anbetracht des eindeutigen Wortlautes der Vorschrift wurde nicht erwartet, dass Studierende auf die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung von § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW zu sprechen kommen. Sofern dennoch eine Auseinandersetzung mit einer verfassungskonformen Auslegung erfolgte, war dies positiv in der Benotung zu honorieren.

d) Zwischenergebnis

§ 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist unverhältnismäßig und demzufolge materiell verfassungswidrig.

Der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG ist nicht gerechtfertigt.

4. Zwischenergebnis

A wird durch § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW in Art. 8 Abs. 1 GG verletzt.

II. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG tritt als Auffanggrundrecht subsidiär hinter der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG zurück.

III. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des A gegen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist begründet.

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des A gegen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist zulässig und begründet. Damit hat sie Erfolg.

⁶⁹ Dübbers, SVR 2022, 245 (248); Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.4.2026, VersG NRW § 13 Rn. 57; v. Zons, ZJS 2023, 957 (964); a.A. Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 (855).

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Die Qual der Wahl“

Wiss. Mitarbeiter Maximilian Wittenbrock, Stud. Hilfskraft Bjane Lehde, Osnabrück*

Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 2025 in der Großen Übung im Öffentlichen Recht von Prof. Dr. Oliver Dörr, LL. M. (London) an der Universität Osnabrück gestellt. Wesentliche Herausforderungen der Hausarbeit waren der Umgang mit dem unbekannten Niedersächsischen Kommunalwahlgesetz und dem unbestimmten Rechtsbegriff der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Der Notendurchschnitt betrug 6,789 Punkte; die Durchfallquote betrug ca. 15 %.

Sachverhalt

Die 29-jährige J ist deutsche Staatsangehörige und Mitglied der Partei HCMD im fünfköpfigen Ortsverband in S. Laut ihrem Parteiprogramm setzt sich die HCMD für die Verwirklichung einer wahrhaft klassenlosen Gesellschaft ein. Im Wege der Verfassungsänderung soll deshalb Art. 14 GG abgeschafft werden. Auch die Gewerbefreiheit befördere nur die Ausbeutung von Mensch und Natur, weshalb dem Staat mehr Einfluss auf die Auswahl von Berufen und Gewerben zukommen müsse. Der Gesetzgeber soll deshalb Gesetze zum Verbot bestimmter Berufe erlassen können, für die die Berufsfreiheit keine Grenze darstellt. Die rechtliche Möglichkeit dazu soll ebenfalls mit einer Verfassungsänderung geschaffen werden. Aufgrund ihrer Positionen wird die HCMD vom Verfassungsschutz als gesichert linksextremistisch eingestuft und beobachtet.

J ist eine begnadete Rednerin und tritt regelmäßig für die HCMD auf überregionalen Kundgebungen auf, bei denen sie unter anderem das Parteiprogramm der HCMD propagiert. Auf einer Veranstaltung im niedersächsischen G erklärt sie, der Kapitalismus sei rein auf Profitmaximierung ausgelegt. Seine Überwindung durch die ausgebeuteten Proletarier sei deshalb unbedingt notwendig. Ähnliche Aussagen hat J auch davor schon getroffen.

In ihrer Heimatstadt, dem niedersächsischen S, einer kleinen Gemeinde mit 450 wahlberechtigten Einwohnern, finden die Wahlen zum Hauptverwaltungsbeamten statt. Bisher einziger Kandidat ist der parteilose, langjährige Bürgermeister U, der von der 350 wahlberechtigten Mitglieder zählenden Wählergruppe „Die Bürgerlichen“ vorgeschlagen wurde und sich in der ganzen Gemeinde (mit Ausnahme der Ortsgruppe der HCMD) großer Beliebtheit erfreut.

J wird von ihrer Partei ordnungsgemäß als Kandidatin vorgeschlagen. Der zuständige Wahlausschuss beschließt ordnungsgemäß über den Vorschlag, lässt diesen jedoch nicht zu. In der Bekanntgabe der Entscheidung durch die Wahlleitung wird mitgeteilt, sie erfülle nicht die Anforderungen für die Wählbarkeit nach dem niedersächsischen Recht, da sie nicht die Gewähr dafür biete, jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik einzutreten. Dies erkenne man bereits an ihrer Parteizugehörigkeit. Das Programm der Partei sei klar verfassungsfeindlich und J trete für dieses ein. Auch ihre Äußerungen ließen eine Ablehnung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung offenbar werden. Die Überwindung des Kapitalismus könne nur als Bekenntnis zur

* Der Autor *Wittenbrock* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Oliver Dörr), der Autor *Lehde* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privat- und Verfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Sören Segger-Piening) an der Universität Osnabrück.

kommunistischen Diktatur verstanden werden. Die Wahlleitung weist darauf hin, dass diese Entscheidung vorbehaltlich einer Nachprüfung im Wahlprüfungsverfahren endgültig ist.

Ohne dass J bei der Wahl antreten konnte, wird der parteilose Kandidat und bisherige Bürgermeister U mit einer Mehrheit von 420 von 440 abgegebenen Stimmen gewählt und zum Hauptverwaltungsbeamten der Stadt S ernannt. J will dies nicht hinnehmen und legt form- und fristgerecht Einspruch gegen die Wahl ein. Sie will erreichen, dass die Wahl für ungültig erklärt wird und entsprechend wiederholt werden muss. Sie macht geltend, dass allein auf ihre Parteimitgliedschaft die fehlende Wählbarkeit nicht gestützt werden dürfe. Vom bürgerlichen Verfassungsschutz beobachtete Parteien könnten damit faktisch nicht bei Kommunalwahlen antreten. Ihre öffentlichen Äußerungen seien außerdem in keiner Form als verfassungsfeindlich einzustufen. Das Grundgesetz schreibe keine bestimmte Wirtschaftsordnung und schon gar nicht den Kapitalismus vor. Die Abschaffung einzelner Grundrechte sei im Wege der Verfassungsänderung möglich. Die Vertretung von S lehnt ihren Einspruch allerdings formell rechtmäßig ab.

J möchte dies nicht hinnehmen und erhebt am nächsten Tag Klage vor dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht. Die Vertretung, die von ihrem Vorsitzenden im Prozess vertreten wird, beruft sich darauf, dass die Wählbarkeit der J letztlich dahinstehen könne. Sie habe ohnehin keine Aussicht auf den Wahlsieg gehabt.

Fallfrage

Hat die Klage der J Aussicht auf Erfolg?

Abwandlung

J möchte bereits vor der Durchführung der Wahl gegen die Nichtzulassung ihrer Kandidatur vorgehen. Sie stellt deshalb nach Eingang der Entscheidung der Wahlleitung einen Antrag beim örtlich zuständigen Verwaltungsgericht. Die Wahlleitung ist der Ansicht, der Antrag sei unzulässig. Gegen Entscheidungen im Wahlverfahren könne nach niedersächsischem Recht nur mit dem Wahleinspruch vorgegangen werden. J ist der Ansicht, dies verstoße doch eklatant gegen das Recht auf effektiven Rechtsschutz. Über den Wahleinspruch entscheide die Vertretung der Gemeinde, über die Zulassung des Wahlvorschlages der Wahlausschuss. Beides seien politische Organe bürgerlicher Prägung, denen nichts leichter falle, als die Kandidaturen und die Einsprüche missliebiger Andersdenkender abzulehnen.

Fallfrage

Ist der Antrag der J zulässig?

Lösungsvorschlag

Teil 1: Klage gegen den abgelehnten Wahleinspruch	1064
A. Zulässigkeit der Klage	1064
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	1064
1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung.....	1065
2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit.....	1065

3. Nicht-verfassungsrechtlicher Art.....	1065
4. Keine abdrängende Sonderzuweisung.....	1066
5. Zwischenergebnis (Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs)	1066
II. Statthafte Klageart	1066
III. Klageberechtigung.....	1067
IV. Vorverfahren	1067
V. Klagefrist und Form	1067
VI. Klagegegner	1067
VII. Beteiligtenfähigkeit	1068
VIII. Prozessfähigkeit	1068
IX. Zwischenergebnis (Zulässigkeit)	1068
B. Beiladung	1068
C. Begründetheit der Klage	1069
I. Zulässigkeit des Wahleinspruchs	1069
II. Begründetheit des Wahleinspruchs	1070
1. Formelle Rechtmäßigkeit.....	1070
2. Materielle Rechtmäßigkeit	1070
a) Abschaffung des Art. 14 GG und des Art. 12 GG	1072
b) Parteizugehörigkeit der J in der HCMD	1073
c) Kapitalismuskritik der J	1074
d) Gesamtbetrachtung	1075
3. Zwischenergebnis (Begründetheit des Wahleinspruchs)	1076
HILFSGUTACHTEN.....	1076
III. Mandatsrelevanz	1076
Ergebnis (Teil 1 – Klage gegen den abgelehnten Wahleinspruch)	1077
Teil 2: Antrag vor Durchführung der Wahl	1077
A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs.....	1077
B. Statthafte Antragsart	1077
C. Ausschluss des Rechtswegs durch § 46 Abs. 2 NKWG	1078
I. Unmittelbarer Bezug der Entscheidung auf das Wahlverfahren	1078
II. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG	1078
1. Schutzbereich.....	1078
a) Akt der öffentlichen Gewalt.....	1078
b) Rechtsverletzung	1079

c) Bestehender Rechtsweg	1079
2. Eingriff	1079
3. Rechtfertigung	1079
a) Beschränkbarkeit	1079
b) Einfachgesetzliche Konkretisierung	1080
c) Verhältnismäßigkeit	1080
aa) Geeignetheit	1080
bb) Erforderlichkeit	1080
cc) Angemessenheit	1080
(1) Relevanz des kollidierenden Verfassungsguts	1080
(a) Termindruck	1080
(b) Risiken der Wiederholungsbedürftigkeit	1081
(c) Zwischenergebnis (Relevanz des kollidierenden Verfassungsguts)	1081
(2) Intensität des Eingriffs in die Rechte der J	1082
(a) Subjektiver Charakter der Wahl und der Wählbarkeit	1082
(b) Überwindung politischer Legitimitätsdefizite	1082
(c) Zwischenergebnis (Intensität des Eingriffs in die Rechte der J)	1083
(3) Zwischenergebnis (Angemessenheit)	1083
Ergebnis (Teil 2 – Antrag vor Durchführung der Wahl)	1083
Gesamtergebnis	1083

Teil 1: Klage gegen den abgelehnten Wahleinspruch

Die Klage der J hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage der J ist zulässig, sofern sämtliche Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dieser richtet sich nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO und erfordert eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art ohne abdrängende Sonderzuweisung, sofern keine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegt.

1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung

Hier könnte eine aufdrängende Sonderzuweisung in § 49 Abs. 2 NKWG liegen. Eine aufdrängende Sonderzuweisung betrifft gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO die durch Bundesgesetz erfolgte ausdrückliche Zuweisung einer Streitigkeit an ein (anderes) Gericht. Im vorliegenden Fall stellt § 49 Abs. 2 NKWG zwar eine ausdrückliche Zuweisung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit dar. Jedoch erfolgt dies durch das Niedersächsische Kommunalwahlgesetz (NKWG), ein Landesgesetz. Aufgrund der Sperrwirkung von Zuweisungen durch Landesrecht nach Art. 72 Abs. 1 GG¹, ist dies allerdings ausschließlich auf dem Gebiet des § 187 VwGO möglich,² dessen Anwendungsbereich hier eindeutig nicht eröffnet ist. *Ehlers/Schneider* erkennen die Möglichkeit einer Sonderzuweisung durch Landesrecht dennoch unter der Voraussetzung an, dass die Zuweisung einen normkonkretisierenden Charakter hat und sich innerhalb der Grenzen der Generalklausel bewegt.³ Ob eine Zuweisungsnorm, die diese Voraussetzungen erfüllt, lediglich deklaratorisch ist oder konstitutiven Charakter aufweist, ist umstritten.⁴ In jedem Fall kommt es jedoch zunächst darauf an, ob die Voraussetzungen der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegen.

2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach der Sonderrechtstheorie dann vor, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen berechtigt oder verpflichtet.⁵ Der gegen die Gemeinde S gerichtete Anspruch auf Erklärung der Ungültigkeit der Wahl ergibt sich aus § 48 Abs. 1 und 2 Nr. 2 NKWG i.V.m. § 46 Abs. 1 S. 1 NKWG. Diese Normen verpflichten die Vertretung, also einen Hoheitsträger, bei erfolgreichem Wahleinspruch zur Feststellung der Ungültigkeit der Wahl. Insofern liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.⁶

3. Nicht-verfassungsrechtlicher Art

Diese Streitigkeit ist nicht-verfassungsrechtlicher Art, wenn es im Kern des Rechtsstreits nicht um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt um dessen verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen, geht.⁷ J und die

¹ *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 29 m.w.N.

² Unter explizitem Verweis auf § 49 Abs. 2 NKWG *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 223 ff. (Verweis in Rn. 223.1) sowie *Wysk*, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 40 Rn. 74a; a.A. ebenfalls unter Verweis auf § 49 Abs. 2 NKWG *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 34 f.

³ *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 35.

⁴ Gegen einen deklaratorischen Charakter BVerfGE 102, 99 (115); *Marfeldt/v. Albedyll*, in: Bader u.a., Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl. 2025, § 40 Rn. 122; *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 225; *Haack*, in: Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung mit Nebengesetzen, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 7; dafür hingegen *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 35 bei konstitutiven Zuweisungen, die „bereichsspezifisch und nur klarstellend präzisieren“.

⁵ *Wöckel*, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2026, § 40 Rn. 44 m.w.N.; *Wysk*, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 40 Rn. 97.

⁶ Zur öffentlich-rechtlichen Streitigkeit *Reyher*, ZJS 2024, 519 (522 f.); zum Ganzen *Weber*, JuS 2026, 27 ff.

⁷ BVerwG, Urt. v. 26.3.2025 – 6 C 6.23, Rn. 25 (juris); zur neuen Formel des BVerwG samt ihrer Vor- und Nachteile und Hinweisen zu ihrer Anwendung in der Praxis siehe *Hopp/Neuhoff*, ZJS 2026, 1126.

Gemeinde S streiten nicht um Verfassungsrecht oder daraus resultierende Pflichten, sondern um die individuelle Wählbarkeit der J. Es liegt mithin eine Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vor.

4. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

5. Zwischenergebnis (Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs)

Der Verwaltungsrechtsweg ist somit entweder nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn man § 49 Abs. 2 NKWG für deklaratorisch⁸ hält, oder nach § 49 Abs. 2 NKWG selbst, wenn man der Norm einen konstitutiven Charakter⁹ zubilligt.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart gegen den zurückgewiesenen Wahleinspruch statthaft ist. Dies bestimmt sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. J begehrt eine Erklärung der Wahl für ungültig und eine anschließende Wiederholung der Wahl unter Zulassung des sie betreffenden Wahlvorschlages. Insoweit käme sowohl eine Anfechtungs-¹⁰ als auch eine Verpflichtungsklage¹¹ in Betracht. Insgesamt begehrt J die schon in der Wahlprüfung von der Vertretung abgelehnte Wahlprüfungsentscheidung. Das Ziel der J besteht darin, die Vertretung von S zu verpflichten, die Ungültigkeit der Wahl festzustellen und diese sodann zu wiederholen. Insofern entspricht ihrem Begehren eine Verpflichtungsklage.¹²

Diese wäre jedoch nur statthaft, wenn es sich bei der Wahlprüfungsentscheidung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 NVwVfG handelt. Dies erfordert eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen. Die im Beschlusswege gefasste Wahlprüfungsentscheidung der Vertretung, die sich gegen den einzelnen Kandidaten richtet und nach außen wirkt, ist nach gefestigter Rechtsprechung eine Entscheidung mit Charakter eines Verwaltungsakts.¹³ Soweit sie die Wahl als Ganzes mit Wirkung gegenüber allen Wählern betrifft, ergeht sie in Form der Allgemeinverfügung. Die Verpflichtungsklage ist damit statthaft.

⁸ BVerfGE 102, 99 (115); *Marfeldt/v. Albedyll*, in: Bader u.a., Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl. 2025, § 40 Rn. 122; *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 225; *Haack*, in: Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung mit Nebengesetzen, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 7.

⁹ *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 35.

¹⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.8.1969 – 2 OVG A 58/69; OVG Lüneburg, Urt. v. 29.9.1987 – 2 OVG A 83/87.

¹¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.3.2008 – 10 LC 203/07, Rn. 22 ff. (juris); VG Oldenburg, Urt. v. 3.7.2007 – 1 A 5389/06, Rn. 14 (juris); VG Hannover, Urt. v. 14.3.2022 – 1 A 6477/21, Rn. 19 (juris).

¹² So ständige Rspr. in Niedersachsen und mit expliziter Begründung VG Oldenburg, Urt. v. 3.7.2007 – 1 A 5389/06, Rn. 14 (juris) und exemplarisch auch VG Hannover, Urt. v. 9.2.2016 – 1 A 12763/14, Rn. 33 (juris). In Baden-Württemberg ist hingegen z.B. danach zu unterscheiden, ob der als unwählbar abgelehnte Bewerber gegen die Ablehnung seines Wahleinspruchs (dann: Verpflichtungsklage) oder der erfolgreiche Bewerber gegen eine Wahlprüfungsentscheidung zu seinen Ungunsten (dann: Anfechtungsklage) vorgeht, vgl. *Quecke/Bock/Königsberg*, Das Kommunalwahlrecht in Baden-Württemberg, Kommentar zum Kommunalwahlgesetz und zur Kommunalwahlordnung, 8. Aufl. 2024, § 31 Rn. 73 ff.

¹³ Siehe dazu nur OVG Lüneburg, Urt. v. 27.10.1989 – 2 OVG A 95/87; inzwischen zumeist wortlos angenommen, so in jüngerer Rechtsprechung z.B. bei OVG Koblenz, Beschl. v. 25.8.2025 – 10 B 11032/25.OVG.

III. Klageberechtigung

J hat den Einspruch erhoben. Sie ist somit Beteiligte i.S.d. § 47 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 NKWG und damit bereits durch ihre Beteiligung¹⁴ gem. § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 49 Abs. 1 und 2 NKWG zur Klage berechtigt. Einer subjektiven Rechtsverletzung und damit einer Klagebefugnis bedarf es im Wahlprüfungsverfahren nicht.¹⁵

IV. Vorverfahren

Bei einem Wahleinspruchsverfahren, wie dem Verfahren nach §§ 46 ff. NKWG, handelt es sich nicht um ein Vorverfahren i.S.d. § 68 VwGO.¹⁶ Ein Vorverfahren ist jedoch aufgrund der in § 49 NKWG zu sehenden Spezialvorschrift i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO¹⁷ nicht erforderlich. Auch nach § 80 Abs. 1 und 4 NJG wäre es entbehrlich.

V. Klagefrist und Form

Die gem. § 49 Abs. 2 NKWG i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwGO geltende Monatsfrist für die Wahlprüfungsklage hat J durch ihre Klageerhebung, die nur einen Tag nach Ablehnung des Einspruchs erfolgte, gewahrt. Mangels anderslautender Angaben im Sachverhalt ist zudem von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung in Ansehung der Formvorschriften nach §§ 81 f. VwGO auszugehen.

VI. Klagegegner

Die Klage der J müsste sich gegen den richtigen Klagegegner richten. Dieser bestimmt sich nach § 78 VwGO. Danach wäre die Klage gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger zu richten, also gegen S. Wenn das Landesrecht dies bestimmt, ist eine Klage nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO jedoch ausschließlich gegen die Behörde selbst zu richten.¹⁸ Eine solche Regelung besteht für Niedersachsen gem. § 79 Abs. 2 NJG für Landesbehörden. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit unmittelbar für das Land handeln.¹⁹ Vorliegend handelt es sich jedoch um eine Vertretung einer Kommune. Kommunen sind lediglich Behörden der mittelbaren Landesverwaltung und keine landesunmittelbaren Behörden.²⁰ Die Vertretung ist darüber hinaus gem. § 45 Abs. 1 S. 1 NKomVG ausdrücklich ein *Organ* der Kommune und eigentlich keine Behörde. Dennoch gehen die Verwaltungsgerichte einheitlich davon aus, dass die Wahlprüfungsklage in Niedersachsen gegen die Vertretung zu richten ist, deren Wahlprüfungsentscheidung Gegenstand des Rechtsstreits ist.²¹ Hin-

¹⁴ Vgl. VG Hannover, Urt. v. 21.6.2017 – 1 A 454/17, Rn. 13 (juris); Thiele/Kamlage, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 3.

¹⁵ Thiele/Kamlage, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 3.

¹⁶ Vgl. Kallerhoff u.a., Handbuch zum Kommunalwahlrecht in Nordrhein-Westfalen, Praxiskommentar und Ratgeber, 2008, S. 285; zum Vorverfahren und seinen Ausnahmen grundsätzlich siehe etwa Schaks/Friedrich, JuS 2018, 860 (865 f.).

¹⁷ OVG Lüneburg NVwZ 1999, 1368; Thiele/Kamlage, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 5.

¹⁸ BVerwGE 80, 127 (128).

¹⁹ Vergabekammer Niedersachsen, Beschl. v. 14.11.2023 – VgK-31/2023, Rn. 79 (juris).

²⁰ Jochum, in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, Studienbuch, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn. 7.

²¹ So auch OVG Lüneburg, Urt. v. 28.2.1984 – 2 OVG A 109/83; VG Hannover, Urt. v. 9.2.2016 – 1 A 12763/14, Rn. 33 (juris), wobei die Regionsversammlung Hannover aufgrund §§ 7 Abs. 2 Nr. 5 und 45 Abs. 1 NKomVG wie eine

tergrund sind §§ 46 Abs. 3, 47 Abs. 1, 49 Abs. 2 NKWG, in deren Rahmen die Vertretung nicht als internes Willensbildungsorgan der Gemeinde handelt, sondern ihr ein gesondertes Prüfrecht betreffend der Wahl zugewiesen wird,²² bei dessen Ausübung sie Verwaltungsakte erlässt²³. §§ 46 Abs. 3, 47 Abs. 1, 49 Abs. 2 NKWG bestimmen mithin, dass die Vertretung als Behörde nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Klagegegner ist.²⁴ J richtete ihre Klage gegen die Vertretung der Gemeinde S, also gegen die richtige Klagegegnerin.

VII. Beteiligtenfähigkeit

J als natürliche Person ist gem. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Vertretung ist als Behörde gem. § 61 Nr. 1 Var. 3 VwGO i.V.m. § 47 Abs. 1 NKWG beteiligtenfähig.

VIII. Prozessfähigkeit

Gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist prozessfähig, wer geschäftsfähig ist. An der Geschäftsfähigkeit der J bestehen keine Zweifel. Sie ist insofern prozessfähig. Die Prozessfähigkeit der Vertretung ergibt sich aus ihrer Natur als Behörde gem. § 62 Abs. 3 Var. 1 VwGO, wobei der Hauptverwaltungsbeamte gem. § 86 Abs. 1 S. 1 und 2 NKomVG als Vertreter für die Vertretung handelt.

IX. Zwischenergebnis (Zulässigkeit)

Die Klage der J ist zulässig.

B. Beiladung

Es könnte eine Beiladung des Hauptverwaltungsbeamten U, der aus der Wahl als Kandidat erfolgreich hervorgegangen ist, erforderlich sein. Gem. § 65 Abs. 2 VwGO hat eine Beiladung zu erfolgen, wenn durch die Entscheidung eine Nichtpartei des Rechtsstreits in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, sie also betroffen ist.²⁵ J begehrt, die Ungültigkeit der Wahl festzustellen mit der Folge der Wahlaufhebung und der Neuwahl. Im Fall einer solchen Wahlaufhebung verliert der gewählte Kandidat unmittelbar seine Rechtsstellung²⁶, zumal Wahlprozesse mit einem Sieger auf einer einheitlichen Auswahlentscheidung beruhen. Dies betrifft den Kandidaten nicht bloß in seiner Rechtsstellung,

Vertretung zu behandeln ist; *Thiele/Kamlage*, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 9 m.w.N.

²² Vgl. VG Hannover, Urt. v. 21.4.2022 – 1 A 517/22, Rn. 30 (juris); *Thiele/Kamlage*, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 9 mit Differenzierung zwischen der Eigenschaft als Wahlprüfungsorgan und der kommunalrechtlichen Eigenschaft der Vertretung.

²³ *Thiele/Kamlage*, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 3.

²⁴ Dies steht in direktem Zusammenhang mit dem jeweiligen Normwortlaut, der zumindest in Niedersachsen klar ist und keinen Raum für das Rechtsträgerprinzip lässt. In anderen Bundesländern wird hingegen vor dem Hintergrund anderer Normwortlaute sowohl auf das Wahlprüfungsorgan als auch auf das Rechtsträgerprinzip abgestellt. Ein Überblick über den Klagegegner in anderen Bundesländern findet sich bei VG Minden, Beschl. v. 20.8.2025 – 2 L 1643/25, Rn. 6 f. (juris), dort exemplarisch für das Rechtsträgerprinzip in Nordrhein-Westfalen VG Köln, Beschl. v. 14.7.2025 – 4 L 1781/25, Rn. 8 (juris); auf das Wahlprüfungsorgan selbst abstellend für Saarland OVG Saarlouis, Beschl. v. 30.4.2024 – 2 B 69/24, Rn. 18 (juris) und ebenso für Rheinland-Pfalz VG Neustadt a.d. Weinstraße, Beschl. v. 18.8.2025 – 3 L 889/25.NW, Rn. 3 f. (juris).

²⁵ *Dittrich/v. Albedyll*, in: Bader u.a., Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl. 2025, § 65 Rn. 10 m.w.N.

²⁶ OVG Münster, Urt. v. 22.2.1991 – 15 A 1518/90, Rn. 5 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.3.2021 – 10 OB 28/21, Rn. 12 (juris); *Thiele/Kamlage*, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 9.

sondern auch in seinem passiven Wahlrecht²⁷, insbesondere vor dem Hintergrund, dass durch eine Wiederholungswahl das Mandat und seine Legitimität in Frage gestellt werden.²⁸ Hätte die Klage Erfolg, würde U seine Rechtsstellung als Hauptverwaltungsbeamter verlieren.

Es ist dabei – entgegen dem Grundsatz, dass eine Person nicht zugleich Hauptbeteiligter und Beigeladener sein kann²⁹ – unerheblich, dass er bereits die Vertretung im Prozess vertritt, denn nach § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG ist U dabei an die Vorgaben der Vertretung bzw. des Hauptausschusses gebunden³⁰. Diese Bindung entfällt für ihn als beigeladene Privatperson, was auch rechtlich von Relevanz ist, zumal sein persönliches Interesse von dem Interesse der Vertretung abweichen kann. Vor dem Hintergrund des Risikos einer Neuwahl und eines möglichen Amtsverlusts ist U mithin gem. § 65 Abs. 2 VwGO beizuladen.

C. Begründetheit der Klage

Die Klage der J müsste auch begründet sein. Nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO müsste dazu die Zurückweisung des Wahleinspruchs rechtswidrig gewesen sein. In Abweichung vom eigentlichen Wortlaut des § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO kommt es hier nicht auf eine subjektive, sondern auf eine objektive Rechtsverletzung an.³¹ Eine Rechtsverletzung ist eingetreten, wenn J einen Anspruch darauf hat, dass die Wahl für ungültig erklärt wird. Eine Ungültigkeitserklärung kann nur die Wahlprüfungsbehörde vornehmen. Das Gericht kann diese daher nur zu einer solchen Erklärung verpflichten, wenn der Wahleinspruch der J zu Unrecht abgewiesen wurde. Er wurde zu Unrecht abgewiesen, wenn er zulässig, begründet und der gerügte Wahlfehler mandatsrelevant war, vgl. § 48 Abs. 1 Nr. 2 NKWG. Hierbei ist zu beachten, dass lediglich die im Wege des Einspruchs bereits von J selbst vorgebrachten Gründe zu berücksichtigen sind; weitere Tatsachen unterliegen der Präklusion.³²

Hinweis: Nach der eigenwilligen Formulierung des § 48 Abs. 1 Nr. 2 NKWG kann der Wahleinspruch auch dann erfolglos bleiben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Wahleinspruchs

Der Wahleinspruch der J müsste zulässig sein. Dafür müssten sämtliche Voraussetzungen des § 46 NKWG vorliegen. Laut Sachverhalt erhob J den Wahleinspruch innerhalb der gem. § 46 Abs. 3 S. 1 NKWG geltenden zweiwöchigen Frist nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses und nach den geltenden Formvorschriften. Sie ist zudem gem. § 46 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 NKWG sowie § 46 Abs. 1 S. 4 NKWG sowohl in ihrer Stellung als wahlberechtigte Bürgerin als auch in ihrer Stellung als Bewerberin eines nicht zugelassenen Wahlvorschlags einspruchsberechtigt. Insofern war der Wahleinspruch der J zulässig.

²⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.3.2021 – 10 OB 28/21, Rn. 17 (juris).

²⁸ BVerwG, Urt. v. 7.3.2012 – 8 C 7.11, Rn. 18 (juris).

²⁹ Kintz, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.7.2026, § 65 Rn. 4.

³⁰ Thiele, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 86 Rn. 4.

³¹ Siehe dazu A., III.

³² Thiele/Kamlage, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 49 Rn. 10.

II. Begründetheit des Wahleinspruchs

Der Wahleinspruch der J müsste begründet sein. Als Begründung kann gemäß dem Wortlaut des § 46 Abs. 1 S. 2 NKWG nur gelten, dass die Wahl nicht nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt worden ist oder ihr Ergebnis in anderer, unzulässiger Weise beeinflusst wurde. Aus § 48 Abs. 1 Nr. 2 NKWG ergibt sich jedoch, dass selbst der begründete Wahleinspruch nur dann zurückzuweisen ist, wenn der Rechtsverstoß das Wahlergebnis wesentlich beeinflusst hat.³³ Damit die Klage der J Aussicht auf Erfolg hat, muss deshalb ein Wahlfehler vorliegen, der das Wahlergebnis *zugleich* nicht nur unwesentlich beeinflusst hat. Es existieren mithin keine absoluten Wahlungültigkeitsgründe.

Als Rechtsverstoß bzw. Wahlfehler kommt die Nichtzulassung der J zur Wahl in Betracht (§ 45a NKWG i.V.m. § 28 NKWG).

Die Nichtzulassung des Wahlvorschlags der J müsste mithin rechtswidrig gewesen sein. Gem. § 28 Abs. 2 NKWG sind Wahlvorschläge, die den Vorschriften des Gesetzes oder der Verordnung nicht entsprechen, nicht zuzulassen. Im Umkehrschluss dürfen ausschließlich solche Wahlvorschläge zurückgewiesen werden, die den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen. Die Nichtzulassung der J zur Wahl war dementsprechend rechtswidrig, wenn sie formell oder materiell rechtswidrig war.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Nichtzulassung der J müsste formell rechtmäßig sein. Die Vertretung bzw. der Wahlausschuss der Stadt S ist gem. § 46 Abs. 3 S. 2 und 4 NKWG i.V.m. § 47 Abs. 1 NKWG für die Entscheidung über die Erklärung der Ungültigkeit der Wahl zuständig. Ein ordnungsgemäßes Beschlussverfahren im Wahlausschuss gem. § 37 NKWG liegt vor. Zudem erfolgten sowohl ein formeller Beschluss gem. § 28 Abs. 1 NKWG als auch eine Verkündung durch die Wahlleitung gem. § 28 Abs. 7 NKWG. Insofern erfolgte die Nichtzulassung der J formell rechtmäßig.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Nichtzulassung müsste auch materiell rechtmäßig gewesen sein. Die Begründetheit kann sich dabei nur aus den in § 46 Abs. 1 S. 2 NKWG genannten Gründen ergeben. Hier kommt eine unrichtige Zurückweisung des Wahlvorschlags der J in Betracht. Der Wählbarkeit der J könnte von den zu erfüllenden Wählbarkeitsvoraussetzungen nach § 1 Abs. 2 NKWG i.V.m. § 80 Abs. 4 Nr. 3 NKomVG lediglich entgegenstehen, dass sie nicht Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzustehen. Diese Voraussetzung knüpft an die Regelung der §§ 7 Abs. 1 Nr. 2, 33 Abs. 1 S. 2 BeamtStG³⁴ bzw. § 9 S. 1 Nr. 2 NBG an, da die freiheitlich-demokratische Grundordnung dem Beamtenrecht entstammt. Mit der Annahme der Wahl zum Hauptverwaltungsbeamten wird gem. § 80 Abs. 5 NKomVG ein Beamtenverhältnis begründet. Da keine nachträgliche Überprüfung der Verfassungstreue des Kandidaten stattfindet, sind schon für die Zulassung des Wahlvorschlages die entsprechenden beamtenrechtlichen Grundsätze heranzuziehen.³⁵ Die relevante Norm ist insoweit § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG, der gem. § 1 BeamtStG auf die Beamtenverhältnisse der Gemeinde anwendbar ist.

³³ Der Wortlaut des § 46 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 NKWG ist insoweit missverständlich, da auch ein danach „begründeter“ Wahleinspruch nicht zum Erfolg führt.

³⁴ Blum/Meyer, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2023, § 80 Rn. 29.

³⁵ Vgl. Germer, in: BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen, Stand: 1.7.2026, NKomVG § 80 Rn. 9; die Anwendung dieser Grundsätze entspricht zudem der Intention des niedersächsischen Gesetzgebers im Hinblick auf § 45d Abs. 7 NKWG, vgl. LT-Drs. 19/10493, S. 3.

Die Voraussetzung, Gewähr für die freiheitlich demokratische Grundordnung zu bieten, erfordert, dass die Beamten prognostisch betrachtet schon bei ihrer Einstellung bis zum Ende des Beamtenverhältnisses erwarten lassen müssen, dass sie sich durch ihr gesamtes (inner- und außerdienstliches) Verhalten zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.³⁶

An einer trennscharfen Definition dessen, was als freiheitlich demokratische Grundordnung betrachtet werden kann, fehlt es allerdings.³⁷ Gleichwohl gilt als Mindestmaß nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die Achtung der im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechte, vor allem der Rechte der Persönlichkeit auf Leben und der freien Entfaltung, der Volkssouveränität, der Gewaltenteilung, der Verantwortlichkeit der Regierung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Unabhängigkeit der Gerichte, des Mehrparteienprinzips und der Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.³⁸ All diese Aspekte werden unter dem Sammelbegriff „Verfassungstreue“ zusammengefasst. Notwendig ist zudem, dass sich Beamte eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanzieren, die den Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren.³⁹ Es kommt dabei nicht darauf an, wie sicherheitsrelevant das angestrebte Amt ist, ob also z.B. der Bundespräsident oder ein Lehrer betroffen ist – eine Milderung der Grundsätze der Verfassungstreue mangels Gefährdungspotenzial kommt nicht in Betracht.⁴⁰

Ob es einem Bewerber an Verfassungstreue fehlt, muss sich aus einer Gesamtschau der Eignung des Kandidaten ergeben. Dies umfasst im Kern, jeweils mit Indizwirkung, unter anderem das Wahlprogramm einer Partei, für die der Bewerber antritt, sowie die Äußerungen und Handlungen des Bewerbers.⁴¹ Dabei kann auch auf vertrauliche Kommunikation im privaten Bereich, beispielsweise auf Nachrichten auf Messaging-Diensten, zurückgegriffen werden, da es für Bewerber auf ein Beamtenverhältnis keinen verfassungstreuefreien Raum gibt.⁴² Zugleich beschränkt sich der gerichtliche Kontrollmaßstab hinsichtlich der vom Wahlausschuss getroffenen Bewährungsprognose darauf, ob von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wurde, allgemeingültige Wertmaßstäbe missachtet wurden, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen wurde.⁴³

Hinsichtlich der Strenge der Kriterien zur Verfassungstreue wird einerseits gefordert, den Maßstab für einen Ausschluss von der Wahl restriktiv anzuwenden⁴⁴, die freiheitlich demokratische Grundordnung eng auszulegen⁴⁵ und eine Wählbarkeit nur bei solchen Bewerbern auszuschließen, die gänzlich untragbar erscheinen.⁴⁶ Andererseits deutet der Wortlaut der Vorschrift des § 80 Abs. 4 Nr. 3 NKomVG durch die Klarstellung „jederzeit“ und „Gewähr bieten“ für die freiheitlich demokrati-

³⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 7.4.2009 – 5 ME 25/09, Rn. 7 ff. (juris); Kugele, in: Kugele, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, 2011, § 7 Rn. 8; zum Prüfungsmaßstab grundsätzlich im Vergleich verschiedener Bundesländer Lück, LKV 2026, 289 ff.

³⁷ Barczak, JuS 2025, 97 (102).

³⁸ BVerfGE 2, 1 (12 f.); 5, 85 (199 f.); BVerfG NJW 2017, 611 (618); BVerfG NJW 2024, 645 (657).

³⁹ BVerfGE 39, 334 ff.

⁴⁰ Schürmann, Verfassungstreue – Im Dienst der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2025, S. 154; a.A. wohl EGMR NJW 1996, 375 (378).

⁴¹ BVerfGE 2, 1, 12 ff.; 5, 85; OVG Münster NVwZ 1994, 588 (589); Heinisch, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.7.2026, GO NRW § 65 Rn. 15; Hanschmann/Paskowski, Jura 2022, 1271 (1273).

⁴² BVerwG, Urt. v. 11.6.2026 – 2 C 12.25, Rn. 30 ff. (juris).

⁴³ Vgl. OVG Bautzen SächsVBl. 1998, 157 (160 f.); OVG Weimar LKV 2004, 569 (572).

⁴⁴ So Engelbrecht, DVBl 2025, 603 (605); in Bezug auf das bayerische Kommunalwahlgesetz Büchner, Kommunalwahlrecht in Bayern, Kommentar für den Praktiker, 41. Lfg., Stand: 20.2.2025, GLKrWG Art. 32 Rn. 8.

⁴⁵ Schick, NVwZ 1982, 161 (163).

⁴⁶ Masuch, NVwZ 2023, 1694 (1696).

sche Grundordnung einzustehen darauf hin, dass bereits begründete Zweifel an einer dauerhaften Verfassungstreue für einen Ausschluss reichen.⁴⁷ Dies ergibt sich ebenfalls aus Anwendung der Maßstäbe zum Beamtenrecht, nach denen entscheidend ist, ob die Tatsachen in ihrer Gesamtheit bei objektiver Betrachtungsweise generell geeignet sind, berechnete Zweifel des Dienstherrn an der Verfassungstreue des Beamten auszulösen.⁴⁸ Dass jedes einzelne Indiz eine Verfassungsfeindlichkeit belegt, ist nicht notwendig; ein Summeneffekt, der zu einem solchen Gesamtergebnis führt, genügt.⁴⁹ Schließlich hat auch der niedersächsische Gesetzgeber diesen Maßstab anwenden wollen, als er in seinem Ausschussbericht zur Reform des NKWG im April 2026 ausdrücklich die dahingehende Rechtsprechung des OVG Koblenz aufgriff.⁵⁰ Insofern ist die Berücksichtigung bereits bei berechtigten Zweifeln, auch zum Schutz des Staates, vorzuzugswürdig.

a) Abschaffung des Art. 14 GG und des Art. 12 GG

Die Absicht der Abschaffung von Grundrechten könnte den Verdacht einer fehlenden Treue zur Verfassung begründen. J und die HCMD beabsichtigen, hinsichtlich Art. 12 GG die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers hinsichtlich des Verbotes bestimmter Berufe aufzuheben und zudem sowohl die Gewerbefreiheit als auch Art. 14 GG in ihrer Gesamtheit abzuschaffen. Dies könnte jedoch allenfalls dann den Verdacht einer fehlenden Verfassungstreue begründen, wenn keine Möglichkeit bestünde, die Grundrechte durch den verfassungsändernden Gesetzgeber vor dem Hintergrund von Art. 79 Abs. 3 GG zulässig abzuschaffen. Umgekehrt läge ansonsten in dem Vorhaben der Versuch, den verfassungsändernden Gesetzgeber von der Bindung an die Verfassung zu befreien, was mit dem Rechtsstaatsgebot und damit mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung nicht vereinbar wäre. Dies würde einen Verstoß gegen die sog. „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG darstellen.

Art. 79 Abs. 3 GG verweist auf die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze. Gem. Art. 1 Abs. 3 GG gelten die „folgenden Grundrechte“ unmittelbar und binden auch die Gesetzgebung. Die Abschaffung eines der Grundrechte aus Art. 2–19 GG und die Aufhebung der Bindungswirkung für die Gesetzgebung könnten deshalb gegen Art. 1 Abs. 3 GG verstoßen. Jedoch betrifft Art. 79 Abs. 3 GG nicht den gesamten Inhalt von Art. 1 GG, sondern nur die dort festgelegten Grundwerte.⁵¹ Hierunter fällt nicht der bestehende Kanon der Grundrechte in seiner Gesamtheit.⁵² Mit dem Schutz der in den Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze hat der Verfassungsgeber vielmehr bewusst darauf verzichtet, einzelne Grundrechte dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers zu entziehen. Daher kann der verfassungsändernde Gesetzgeber die bestehende Grundrechtsordnung umgestalten und dabei zugleich einzelne Grundrechte ganz beseitigen.⁵³ Nicht jedes Grundrecht ist für die Verwirklichung der freiheitlich demokratischen Grundordnung essenziell.⁵⁴ Die Abschaffung von Grundrechten ist somit nicht per se verfassungsfeindlich. Zwar mag Art. 12 GG das Grundrecht auf freie Entfaltung der

⁴⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 7.4.2009 – 5 ME 25/09, Rn. 8 (juris); *Germer*, in: BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen, Stand: 1.7.2026, NKomVG § 80 Rn. 9; vgl. zur gleichlautenden Bezeichnung in Mecklenburg-Vorpommern VG Greifswald, Urt. v. 2.12.2008 – 2 A 1267/08, Rn. 93 (juris).

⁴⁸ BVerwGE 61, 176 (193 f.); OVG Lüneburg, Beschl. v. 7.4.2009 – 5 ME 25/09, Rn. 25 (juris).

⁴⁹ VG Oldenburg, Beschl. v. 17.8.2026 – 6 B 4195/26, Rn. 15 f., 23 (juris).

⁵⁰ LT-Drs. 19/10493, S. 7; VG Oldenburg, Beschl. v. 17.8.2026 – 6 B 4195/26, Rn. 15 (juris).

⁵¹ BVerfGE 30, 1 (24).

⁵² BVerfGE 109, 279 (310).

⁵³ *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 72. Lfg., Stand: Juli 2014, Art. 79 Rn. 123; vgl. auch das BVerfG zum Asylgrundrecht in der Entscheidung BVerfGE 94, 49 (103).

⁵⁴ *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 18 Rn. 58 ff.

Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung konkretisieren⁵⁵ und Art. 14 GG einen Teil der Freiheit des Individuums ausformen⁵⁶. Jedoch erfolgt dies jeweils nur mittelbar und in einer Weise, die der Verfassungsgeber für nicht von der Ewigkeitsgarantie oder der freiheitlich demokratischen Grundordnung umfasst betrachtet. Diese Aspekte gehören, trotz ihrer grundsätzlichen Relevanz, nicht zum Kernbestandteil der Verfassung, den die freiheitlich demokratische Grundordnung schützen will.⁵⁷ Von der Unterstützung der diesbezüglichen Pläne der HCMD durch J geht keine fehlende Verfassungstreue der J aus.

b) Parteizugehörigkeit der J in der HCMD

Die Parteizugehörigkeit der J in der HCMD könnte einen Anhaltspunkt für ein fehlendes Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung darstellen. Bereits bei der grundsätzlichen Beurteilung von politischen Einstellungen von Beamten ist fraglich, inwiefern eine Parteimitgliedschaft herangezogen werden kann.⁵⁸ Im Wesentlichen unstrittig ist, dass die Mitgliedschaft in einer nach Art. 21 Abs. 4 GG durch das Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig eingestuften Partei für sich genommen bereits einen Verfassungstreueverstoß darstellt.⁵⁹

Bei der HCMD handelt es sich jedoch nicht um eine als verfassungswidrig eingestufte Partei. Sie ist allerdings gesichert linksextremistisch und wird vom Verfassungsschutz beobachtet. Eine solche Einstufung bedeutet, dass die Menge und Qualität der Erkenntnisse den Verdacht einer verfassungsfeindlichen Ausrichtung bestätigt haben.⁶⁰ Dies ist im Verfahren des Bundesamts für Verfassungsschutz, welches die Schritte „Prüffall“, „Verdachtsfall“ und „erwiesen extremistisch“ kennt, die gravierendste Einstufungskategorie.⁶¹ In einem solchen Fall geht hiervon eine Indizwirkung für eine fehlende Verfassungstreue aus.⁶² Denn eine vollständige Nichtberücksichtigung der Einstufung durch den Verfassungsschutz⁶³ wäre aufgrund der Tatsache, dass dessen Auffassung im Verfahren nach Art. 21 Abs. 4 GG berücksichtigt wird, unangemessen. Die Parteimitgliedschaft liefert jedoch für sich genommen keinen absoluten Grund zur Versagung der Wählbarkeit.⁶⁴ Insofern geht von der Parteimitgliedschaft der J eine leichte Indizwirkung für fehlende Verfassungstreue aus.

⁵⁵ BVerfGE 54, 301 (313); 101, 331 (346 ff.); 110, 226 (251).

⁵⁶ *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 83. Lfg., Stand: April 2018, Art. 14 Rn. 2.

⁵⁷ Vgl. zu einer Abschaffung von Art. 14 GG mit selbigem Ergebnis *Dürig/Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 18 Rn. 59 in der dortigen Fußnote.

⁵⁸ *Schürmann*, Verfassungstreue – Im Dienst der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2025, S. 154 m.w.N.

⁵⁹ *Nitschke, Verfassungsblog v. 30.6.2023* (31.8.2026).

⁶⁰ *Schneider*, DÖV 2022, 372 (373).

⁶¹ *Hanschmann/Paskowski*, Jura 2022, 1271 (1277).

⁶² *Honer*, NVwZ 2024, 705 (710); *Nitschke*, ZBR 2025, 73 (76); *Lindner, Verfassungsblog v. 15.2.2019* (31.8.2026); deutlich zur bloß indiziellen Wirkung und gegen jegliche Berücksichtigung der Verfassungstreueprüfung der Partei für den einzelnen Bewerber: *Schürmann*, Verfassungstreue – Im Dienst der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2025, S. 157 f., 167.

⁶³ So *Groß*, Jura 2023, 549 (555), der die Parteizugehörigkeit für sich genommen unberücksichtigt lassen und stattdessen nur die konkreten persönlichen Aktivitäten innerhalb einer Partei berücksichtigt wissen will.

⁶⁴ EGMR NJW 1996, 375 ff., allerdings mit abweichender Meinung der Richter *Bernhardt, Gölcüklü, Matscher, Loizou, Mifsud Bonnici, Gotchev, Jungwiert* und *Küris*, für die selbst eine spätere Distanzierung nicht genügt (378 f.); BVerfGE 39, 334 (346 f.; 351 ff.); kritisch dazu, auf die Parteizugehörigkeit abzustellen *Maurer, Verfassungsblog v. 22.5.2025* (31.8.2026).

c) Kapitalismuskritik der J

Die Kapitalismuskritik der J könnte ein Indiz dafür sein, dass es ihr an Verfassungstreue mangelt. J äußert im Rahmen diverser Wahlkampfveranstaltungen immer wieder, dass der Kapitalismus rein auf Profitmaximierung ausgelegt sei und seine Überwindung durch die ausgebeuteten Proletarier deshalb unbedingt notwendig sei. Fraglich ist, ob diese Aussagen eindeutig dem Kommunismus zuzuordnen sind. Dies bedarf einer Kontextualisierung der Aussagen vor dem Hintergrund der vergangenen Aussagen der J und der HCMD. Forderungen, die sich auf eine Überwindung des Kapitalismus beziehen, sind keine originär kommunistischen Aussagen, sondern werden bereits seit Jahrzehnten gleichermaßen auch in sozialdemokratischen Kreisen geäußert.⁶⁵ Gleichwohl tritt dies hier zusammen mit weiteren Grundpfeilern des Kommunismus auf, welche J bzw. die HCMD propagiert: Hierzu zählen die Delegitimation der Eigentumsfreiheit und auch die staatliche Überregulierung.⁶⁶

Exemplarisch zeigt sich dieses Weltbild bei der HCMD anhand der Forderung nach einer „klassenlosen Gesellschaft“. Diese Forderung wurde zentral von Verfechtern des Kommunismus geprägt.⁶⁷ Sie stellt das Endziel aller kommunistischen Bestrebungen als wirklicher Ausnahmezustand, der den reellen Ausnahmezustand überwinden soll, dar.⁶⁸ Gemeint ist damit, dass das bestehende System einen Fehler im Sinne eines Ausnahmezustands darstellt, der kämpferisch zu dem Idealzustand der klassenlosen Gesellschaft als positivem Ausnahmezustand geändert werden muss. Das Konzept ist eng verbunden mit dem Gedanken der kollektiven Aneignung des Privateigentums.⁶⁹ Die Durchsetzung dieses Weltbilds bedeutet, „das Kontinuum der Geschichte aufzusprengen“.⁷⁰ Dies deckt sich mit den Aussagen der J, man müsse den Kapitalismus „unbedingt überwinden“. Insofern bestehen erhebliche Parallelen zwischen dem Kommunismus und den Ansichten der HCMD bzw. der J, weshalb sich in der Gesamtschau die Anschauungen der J dem Kommunismus zuordnen lassen.

Mit dem Kommunismus verbunden ist auch der Ausdruck des Klassenkampfes mit dem dahinterstehenden Menschenbild zweier verschiedener Klassen, der Proletarier und der Bourgeoisie. Zentrales Merkmal ist, dass der Mensch als Teil seiner Klasse gesehen wird.⁷¹ Die unbedingte Unterordnung einer Person unter ein Kollektiv oder eine Ideologie missachtet jedoch den Wert, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt.⁷² Dies steht im Konflikt mit der Menschenwürde als Kernbestand⁷³ der freiheitlich demokratischen Grundordnung.⁷⁴

Wie J zutreffend vorträgt, schreibt das Grundgesetz keine Wirtschaftsordnung vor⁷⁵, sondern es ist offen gegenüber anderen Konzepten.⁷⁶ Die Aufforderung der J, den Kapitalismus zu überwinden,

⁶⁵ Vgl. Gansel, Überwindet den Kapitalismus oder Was wollen die Jungsozialisten?, 1971, passim; zur aktuellen Einordnung: Adam, perspektivends. 2021, 99 f.

⁶⁶ Siehe dazu 2., b), aa).

⁶⁷ Marx, Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie, 1972 (Nachdruck), S. 77 ff.; Mandel/Löwy, in: Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 7.1, 2008, Spalte 894.

⁶⁸ Benjamin, Begriff der Geschichte, These VIII.

⁶⁹ Mandel/Löwy, in: Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 7.1, 2008, Spalte 893.

⁷⁰ Benjamin, Begriff der Geschichte, These XVI.

⁷¹ BVerfG, Urt. v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, Rn. 498 (juris).

⁷² BVerfGE 115, 118 (153).

⁷³ Siehe dazu 2., b).

⁷⁴ VG Hamburg, Urt. v. 8.4.2025 – 17 K 2550/23, Rn. 98 ff. (openjur) sehr ausführlich am Beispiel einer Hamburger Marxistischen Abendschule und der Unvereinbarkeit des Marxismus mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung; zum Marxismus und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung generell [Leipold, Verfassungsblog v. 28.8.2025](#) (31.8.2026).

⁷⁵ BVerfGE 7, 377 (400).

⁷⁶ BVerfGE 22, 180 (204).

zielt allerdings darauf ab, die demokratische Grundordnung zugunsten des Klassenkampfes und der Herrschaft der Proletarier zu überwinden. Dies untergräbt die Gewaltenteilung sowie die demokratische Legitimation aller Staatsgewalt⁷⁷ – Kernbestandteile der freiheitlich demokratischen Grundordnung.⁷⁸ Es betrifft also mehr als bloß die Wirtschaftsordnung.

Dass J zumindest an der Legitimation oder der Rechtmäßigkeit der gewählten Vertreter des Staats zweifelt, zeigt sich auch daran, dass sie die Vertretung und den Wahlausschuss als Organe mit „bourgeoiser Prägung“ einstuft. Insofern geht mit ihrer Einstellung ein Grundmisstrauen gegenüber dem Staat einher. Gerade dieses Vertrauen in die Legitimität des Staates ist jedoch Basis einer funktionalen Demokratie im Sinne der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Zu Gunsten der J ist zu berücksichtigen, dass sie das kommunistische Weltbild nicht in einer besonderen Radikalität vertritt. Zwar spricht J davon, dass die Überwindung des Kapitalismus „unbedingt notwendig“ sei, allerdings folgten aus dieser Bekundung keine tatsächlichen, von ihrer Überzeugung vom Kommunismus getragenen Handlungen gegen die Verfassungsordnung. Ob eine kämpferische Haltung seitens der J vorliegt, kann anhand der Aussagen nicht eindeutig festgestellt werden, zumal eine Präzisierung, wie der Kapitalismus konkret überwunden werden soll, nicht erfolgt. Gleichzeitig ist die Kontinuität der Aussagen für J nachteilig zu berücksichtigen. Dass sie selbst die Aussagen regelmäßig tätigt und auch nach außen hin kundgibt, zeugt von einer tiefen Überzeugung. Die Aussagen stehen insofern durchaus in einem Widerspruch zur freiheitlich demokratischen Grundordnung.

d) Gesamtbetrachtung

Es könnte sich aus der Gesamtbetrachtung ein mangelndes Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung ergeben. Zu bewerten sind die Aussagen der J auch im Lichte der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG.⁷⁹ So muss der (potenzielle) Beamte nicht alle politischen Auffassungen oder Wahrrichtungen des Staates stützen und darf diesen durchaus kritisch gegenüberstehen, sofern dies nicht einen solchen Charakter einnimmt, der die Grundpfeiler des Staates in Frage stellt.⁸⁰ Im Fall der J kommen den zuvor bereits erwähnten Aspekten als Indizien jeweils die folgende Relevanz zu: Die Abschaffung von Art. 14 GG sowie von Art. 12 GG kann keine indizielle Wirkung für eine fehlende Verfassungstreue der J entfalten, schließlich erlaubt Art. 79 Abs. 3 GG gerade deren wirksame Abschaffung. Trotz ihrer mittelbaren Einwirkungen auf Prinzipien der freiheitlich demokratischen Grundordnung geht hiervon kein Mangel an Verfassungstreue aus. Die Beteiligung in der als linksextremistisch eingestuften Partei HCMD ist hingegen ein leichtes Indiz für mangelnde Verfassungstreue. Relevanter ist allerdings die eigene Haltung der J, die in ihren Aussagen zum Tragen kommt. Diese Aussagen sind nicht als reine Kapitalismuskritik, sondern darüber hinaus als Verfechtung des Kommunismus im Sinne eines Klassenkampfes einzuordnen. Dieser steht im eklatanten Widerspruch zur Gewaltenteilung sowie der demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt. Auch die Menschenwürde ist davon zumindest indirekt betroffen. All dies sind Grundpfeiler des Staates, die unverrückbar und vor Feinden zu schützen sind. Insofern liegt darin ein mittleres bis starkes Indiz mangelnder Verfassungstreue.

In der Gesamtschau ergibt sich insofern, dass J nicht die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Da ihre Forderungen die Basis des Staates angreifen, sind sie auch nicht von der Meinungsfreiheit geschützt. Mangels Vorlie-

⁷⁷ Vgl. mit gleichem Ergebnis zur Forderung einer „Diktatur des Proletariats“ *Hufen*, JuS 2023, 521 (525).

⁷⁸ Siehe dazu 2., b).

⁷⁹ Vgl. hierzu auch VG Oldenburg, Beschl. v. 17.8.2026 – 6 B 4195/26, Rn. 24 (juris).

⁸⁰ BVerfGE 39, 334 (347 f.).

gens der Verfassungstreue als Wählbarkeitsvoraussetzung nach § 80 Abs. 4 NKomVG war die Ablehnung des Wahleinspruchs insofern rechtmäßig.

3. Zwischenergebnis (Begründetheit des Wahleinspruchs)

Der Wahleinspruch der J ist somit nicht begründet. Insofern besteht kein Anspruch auf Erklärung der Ungültigkeit der Wahl nach § 48 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 1 NKWG.

HILFSGUTACHTEN

III. Mandatsrelevanz

Selbst wenn alle genannten Kriterien nicht als ausreichend für die mangelnde Verfassungstreue anzusehen wären, wäre die Klage der J nur dann begründet, wenn ihr Ergebnis gem. § 48 Abs. 1 Nr. 2 NKWG auch mandatsrelevant gewesen wäre. Dies meint, ob sich bei Zulassung des abgelehnten Kandidaten die Sitzverteilung oder das Wahlergebnis bei der Direktwahl hätte ändern können.⁸¹ Das OVG Lüneburg definiert diese Voraussetzung durch die Fragestellung, ob eine konkrete, nach der Lebenserfahrung begründete Wahrscheinlichkeit besteht, dass Wahlfehler im Hinblick auf die Sitzverteilung zu einer Verfälschung des Wählerwillens geführt haben.⁸² Die bloß theoretische Möglichkeit einer Mandatsrelevanz reicht nicht aus.⁸³ Basis des Erfordernisses der Mandatsrelevanz ist die Tatsache, dass der Wahlprüfungsklage primär ein objektivrechtlicher Charakter zukommt, zumal ein öffentliches Interesse an einer alsbaldigen Klärung der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl besteht, welches durch die Klage verfolgt wird.⁸⁴ Ihr wesentliches Ziel ist nicht der Schutz des Klägers selbst, sondern der Allgemeinheit, wenngleich auch subjektive Rechte eine Rolle spielen.⁸⁵ Für die Allgemeinheit ist lediglich von Belang, ob das Wahlergebnis bei Zulassung des abgelehnten Bewerbers anders wäre.

In der Gemeinde S sind 450 Personen wahlberechtigt, wovon insgesamt 350 der Wählergemeinschaft „Die Bürgerlichen“ angehören, die den parteilosen Kandidaten U unterstützt. U erfreut sich in der Gemeinde großer Beliebtheit und wurde von 420 von 440 Wahlberechtigten zum Hauptverwaltungsbeamten gewählt. Er ist außerdem amtierender Bürgermeister. Im Gegensatz dazu besteht der Ortsverband der HCMD lediglich aus fünf Personen, inklusive der J. Auch die Tatsache, dass U bei der Wahl wegen der Nichtzulassung der J der einzige zur Wahl stehende Kandidat war, vermag den sehr deutlichen Wahlerfolg vor dem Hintergrund seiner hohen Beliebtheit nicht zu relativieren. Insofern ist es unwahrscheinlich und nach dem Maßstab allgemeiner Lebenserfahrung nicht zu erwarten, dass für J realistische Chancen für einen Wahlsieg bestanden. Es liegt somit keine Mandatsrelevanz vor.

⁸¹ Soffner, in: Epping u.a., Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, 2. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 68; Thiele/Kamlage, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 48 Rn. 4.

⁸² OVG Lüneburg DÖV 2000, 645 (646); OVG Lüneburg, Urt. v. 26.3.2008 – 10 LC 203/07, Rn. 40 (juris).

⁸³ Sächs. VerfGH, Urt. v. 11.4.2018 – Vf. 108-V-17.

⁸⁴ BVerfGE 89, 243 (254); Bay. VGH, Urt. v. 22.10.2014 – 4 A 14.387, Rn. 13 (juris); VG Hannover, Urt. v. 21.6.2017 – 1 A 454/17, Rn. 17 (juris).

⁸⁵ Thiele/Kamlage, Niedersächsisches Kommunalwahlrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 46 Rn. 1.

Ergebnis (Teil 1 – Klage gegen den abgelehnten Wahleinspruch)

Die Klage der J gegen den abgelehnten Wahleinspruch ist zwar zulässig, aber wegen der fehlenden Wählbarkeitsvoraussetzung des Entstehens für die freiheitlich demokratische Grundordnung und zudem wegen der fehlenden Mandatsrelevanz als materielle Anspruchsvoraussetzungen nicht begründet. Sie hat insofern keine Aussicht auf Erfolg.

Teil 2: Antrag vor Durchführung der Wahl

Der Antrag der J ist zulässig, sofern sämtliche Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist auch gegen die Nichtzulassung eröffnet.⁸⁶ Der einzige Unterschied besteht darin, dass die streitentscheidenden Normen nunmehr § 28 Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 NKWG i.V.m. § 80 Abs. 4 NkomVG sind und die auftretende Behörde nunmehr der Wahlausschuss⁸⁷ nach § 10 NKWG und nicht mehr die Vertretung selbst ist.

B. Statthafte Antragsart

Für das Verfahren betreffend J kämen anhand ihres subjektiven Antragsbegehrens, nämlich einer schnellen Klärung vor Durchführung der Wahl, Anträge im einstweiligen Rechtsschutz nach §§ 80, 80a oder 123 Abs. 1 VwGO in Betracht. Zu berücksichtigen ist dabei die gem. § 123 Abs. 5 VwGO geltende gesetzliche Subsidiarität der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO. Der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO findet Anwendung, wenn durch das Verfahren gegen einen belastenden Verwaltungsakt vorgegangen werden soll, also wenn im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsklage statthaft wäre.⁸⁸ Bei sämtlichen weiteren im Hauptsacheverfahren statthaften Klagearten richtet sich der Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO.⁸⁹ Hier ist die Klage der J als Verpflichtungsklage einzuordnen,⁹⁰ sodass kein Fall der §§ 80, 80a VwGO vorliegt und der einstweilige Rechtsschutz der J sich nach § 123 Abs. 1 VwGO als statthafte Antragsart richtet.

§ 123 Abs. 1 VwGO unterscheidet dabei zwischen der Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO, die auf den Erhalt des Rechtsstatus abzielt,⁹¹ und der Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO, die eine Veränderung des bestehenden Rechtsstatus bezweckt⁹². J möchte sich gegen den status quo, nämlich die Einstufung als verfassungswidrige Kandidatin, wehren. Es fand noch keine Wahl statt, sodass sich ihr Interesse nur auf ihre Wählbarkeit beschränken kann. J begehrt somit eine Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO.

⁸⁶ Siehe dazu Teil 1, A., I.

⁸⁷ Zur Behördenfähigkeit des Ausschusses OVG Koblenz KommJur 2014, 329 (330).

⁸⁸ Redeker/Kothe/Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2021, § 123 Rn. 3.

⁸⁹ Redeker/Kothe/Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2021, § 123 Rn. 3.

⁹⁰ Siehe dazu Teil 1, A., II.

⁹¹ Zacharias, JA 2002, 345 (349).

⁹² Loos, JA 2001, 871.

C. Ausschluss des Rechtswegs durch § 46 Abs. 2 NKWG

Fraglich ist jedoch, inwiefern ein Antrag gegen die Nichtzulassung bereits vor Durchführung der Wahl ausgeschlossen und die einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO insofern überhaupt statthaft sein kann. Grundsätzlich schreibt § 46 Abs. 2 NKWG in nach § 37 Abs. 7 NKWO endgültiger Art und Weise vor, dass gegen Entscheidungen mit unmittelbarem Bezug auf das Wahlverfahren nur mit dem Wahleinspruch nach § 46 NKWG vorgegangen werden kann. Sollte also eine solche Entscheidung vorliegen, läge hier eine Sperrwirkung vor, sofern der Ausschluss nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.

I. Unmittelbarer Bezug der Entscheidung auf das Wahlverfahren

Die Nichtzulassung eines Wahlvorschlages müsste im „unmittelbaren Bezug“ auf das Wahlverfahren stehen. Ein solcher Bezug liegt nicht nur beim unmittelbaren Wahlakt vor, sondern auch bei Entscheidungen in wesentlichen Belangen des Wahlverfahrens.⁹³ Hierzu zählt insbesondere die für den Inhalt des Wahlaktes einer Direktwahl maßgebliche Auswahl der Wahlvorschläge bzw. der Kandidaten. Ein unmittelbarer Bezug auf das Wahlverfahren liegt mithin vor.⁹⁴

II. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

In dem Ausschluss des Rechtswegs durch § 46 Abs. 2 NKWG könnte jedoch ein Verstoß gegen das subjektive Recht der J auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG liegen. Hierfür müsste der Schutzbereich eröffnet sein und ein Eingriff vorliegen, der nicht gerechtfertigt ist.

1. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet sein. Dies erfordert einen Akt der öffentlichen Gewalt, eine mögliche Rechtsverletzung und einen grundsätzlich bestehenden Rechtsweg.

a) Akt der öffentlichen Gewalt

Mit der Zurückweisung des Wahlvorschlags der J zur Wahl liegt ein Akt der öffentlichen Gewalt vor.

⁹³ Steinmetz, Kommunalwahlrecht Niedersachsen, 5. Aufl. 2021, S. 378.

⁹⁴ Anders in Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz, wo keine entgegenstehende Norm existiert und die Gerichte lediglich den Grundsatz der möglichst ausschließlichen nachträglichen Wahlprüfung anwenden, siehe OVG Koblenz, Beschl. v. 30.4.2014 – 10 B 10415/14.OVG. Dieser Grundsatz kann mitunter Ausnahmen zulassen, vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 30.4.2014 – 10 B 10415/14.OVG, Rn. 3 (juris); die eindeutige Regelung des § 46 Abs. 2 NKWG („nur mit einem Wahleinspruch“) lässt hierfür jedoch keinen Raum, vgl. VG Lüneburg, Beschl. v. 15.8.2016 – 5 B 120/16; misslich ist insofern, dass im schriftlichen Bericht zur Reform des NKWG im April 2026 eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung aus Rheinland-Pfalz angenommen wird, ohne die verschiedenen Normwortlaute zu berücksichtigen, vgl. LT-Drs. 19/10493, S. 6 f. Auf der Grundlage der niedersächsischen Rechtslage kann ein ausnahmsweise gewährter Rechtsschutz vor der Wahl allerdings gerade nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG gestützt werden, da § 46 Abs. 2 NKWG keine Ausnahmen zulässt. Würde Art. 19 Abs. 4 GG einen Rechtsweg vor der Wahl gebieten, wäre § 46 Abs. 2 NKWG verfassungswidrig.

b) Rechtsverletzung

Es müsste ferner eine mögliche Rechtsverletzung vorliegen. Dies erfordert, dass die hypothetische Möglichkeit besteht, dass ein Recht verletzt wird, und dass der Kläger dies schlüssig und plausibel vorträgt.⁹⁵ Dies umfasst alle subjektiven Rechte, was sich nicht lediglich auf Grundrechte beschränkt.⁹⁶ Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ergibt sich aus dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl, wie er in § 4 Abs. 1 NKWG verankert ist. Dieser umfasst das subjektive passive Wahlrecht, also das Recht, gewählt zu werden. Eine Verletzung dieses Rechts durch die Beschränkung des Rechtswegs der J gegen ihren Ausschluss von der Kommunalwahl kommt hier durchaus in Betracht. Es liegt insofern eine mögliche Rechtsverletzung vor.

c) Bestehender Rechtsweg

Der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht als staatliches Gericht, welches unabhängig die rechtsprechende Gewalt ausübt und die Anforderungen der Art. 92 und 97 GG erfüllt⁹⁷, steht J offen.

2. Eingriff

In den Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Ein Eingriff⁹⁸ ist nach dem klassischen Eingriffsbegriff das finale, unmittelbare imperative Einwirken auf den Schutzbereich eines Grundrechtes durch einen Rechtsakt.⁹⁹ Der Zweck des § 46 Abs. 2 NKW besteht gerade darin, in Situationen wie denen der J den hypothetisch bestehenden Rechtsweg vor die Verwaltungsgerichte zu sperren. Es liegt insofern ein Eingriff vor.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in die Rechtsschutzgarantie könnte jedoch gerechtfertigt sein. Hierzu müsste Art. 19 Abs. 4 GG zunächst überhaupt beschränkbar sein und diese taugliche Beschränkung müsste tatsächlich vorliegen, einfachgesetzlich konkretisiert und verhältnismäßig sein.

a) Beschränkbarkeit

Die Rechtsschutzgarantie müsste zunächst beschränkbar sein. Als Schranke des Art. 19 Abs. 4 GG kommt lediglich kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.¹⁰⁰ Grundsätzlich erkennt das BVerfG eine Beschränkbarkeit aufgrund des Interesses an der Durchführbarkeit der Wahl zum angesetzten Termin bzw. der Funktionalität des gesamten Wahlprozesses,¹⁰¹ also eines Ablaufes der Wahl, die ordnungsgemäße und belastbare Ergebnisse liefert. Das Erfordernis der Funktionalität der Wahl basiert auf dem Grundsatz der Diskontinuität der Wahl aus Art. 20 Abs. 1 GG. Mit Ablauf der Zeit, für die

⁹⁵ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1358.

⁹⁶ Hahn, in: Hahn u.a., Grundrechte, 2022, § 26.1 A. II.; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1356.

⁹⁷ Zu diesen Anforderungen Hahn, in: Hahn u.a., Grundrechte, 2022, § 26.1 B. I.

⁹⁸ Zu den verschiedenen Eingriffsbegriffen mit dogmatischer Betrachtung und praktischer Betrachtung Bruckert/Zimmermann, JuS 2024, 415 ff.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 105, 279 (312); Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 335.

¹⁰⁰ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 1380.

¹⁰¹ BVerfGE 11, 329; 22, 277 (281); 28, 214 (219); BVerfG NVwZ 1994, 893 (894); vgl. auch Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Stand: 94. Lfg., Stand: Januar 2021, Art. 41 Rn. 52.

die Herrschaft demokratisch legitimiert ist, wird ein neuer Legitimationsakt erforderlich. Insofern ist die Rechtsschutzgarantie beschränkbar.

b) Einfachgesetzliche Konkretisierung

Mit § 46 Abs. 2 NKWG liegt eine einfachgesetzliche Konkretisierung vor; dem Vorbehalt des Gesetzes wurde damit Genüge getan.

c) Verhältnismäßigkeit

Die Beschränkung zur Durchführbarkeit der Wahl zum angesetzten Termin müsste verhältnismäßig sein. Sie ist verhältnismäßig, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist¹⁰², um die Funktionalität des Wahlprozesses als kollidierendes Verfassungsgut aufrechtzuerhalten.

aa) Geeignetheit

Der Ausschluss des Rechtswegs fördert die Stabilität des Wahltermins und ist hierfür geeignet.

bb) Erforderlichkeit

Ein milderes, jedoch gleich geeignetes Mittel ist vor allem vor dem Hintergrund der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers¹⁰³ hier nicht ersichtlich.

cc) Angemessenheit

Die Beschränkung der Rechtsschutzgarantie müsste auch angemessen sein. Hierfür ist grundsätzlich eine Abwägung vorzunehmen und ein interessengerechter Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern herzustellen.¹⁰⁴ Dabei kommt es darauf an, ob die Relevanz des kollidierenden Verfassungsguts oder die Intensität des Eingriffs, sowohl in abstrakter als auch in konkreter Betrachtung, schwerer wiegt.¹⁰⁵

(1) Relevanz des kollidierenden Verfassungsguts

(a) Termindruck

Ein Aspekt, der für eine hohe Relevanz der Funktionalität der Wahl spricht, ist der regelmäßig herrschende Termindruck¹⁰⁶. Dieser Termindruck findet auch Niederschlag in § 46 Abs. 4 NKWG, der dem Wahleinspruch explizit keine aufschiebende Wirkung beimisst. Besonders das Drucken der Wahlzettel benötigt dabei genügend Vorlauf. So muss der Wahltermin nach Maßgabe des § 16 Abs. 1 NKWG bereits 120 Tage vor der Wahl feststehen. Nach § 28 Abs. 5 NKWG muss sodann spätestens 48 Tage vor der Wahl über die Wahlvorschläge entschieden sein. Wahlen sind regelmäßig unmittelbar vor Ende der Wahlperiode angesetzt, damit keine Vertretung über ihre Amtszeit hinaus und ohne Legiti-

¹⁰² Rux, in: BeckOK GG, Stand: 1.3.2026, Art. 20 Rn. 214 ff.

¹⁰³ Hierzu allgemein *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 39; *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

¹⁰⁴ Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Allgemeinen *Wienbracke*, ZJS 2013, 148 ff.

¹⁰⁵ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 145 ff.

¹⁰⁶ Vgl. VG Bremen, Beschl. v. 16.3.2011 – 1 V 152/11, Rn. 7 (juris); VG Minden, Beschl. v. 20.8.2025 – 2 L 1643/25, Rn. 11 (juris); VG Hannover, Beschl. v. 17.7.2026 – 1 B 4253/26, Rn. 13 (juris); *Merten*, JöR 2019, 107 (130).

mation durch ein demokratisches Mandat im Amt bleiben muss.¹⁰⁷ Seitens der Vertretung wird meist bereits einen Tag nach der Entscheidung über die Zulässigkeit der Wahlvorschläge als „spätester Zeitpunkt“¹⁰⁸ der Druck der Stimmzettel in Auftrag gegeben. Wäre sodann noch eine gerichtliche Entscheidung abzuwarten, würde dies in jedem Fall den Druck der Stimmzettel und somit die gesamte Wahl verzögern – schließlich muss jeder zugelassene Kandidat auf den Stimmzetteln stehen. Zu beachten ist dabei auch die Dauer der gerichtlichen Entscheidung, bei der auch im Eilrechtsschutz bei Wahlprüfungsentscheidungen üblicherweise eine Stellungnahme der Vertretung eingeholt wird.¹⁰⁹ Selbst eine überdurchschnittlich schnelle Bearbeitungsdauer hätte womöglich dennoch zur Folge, dass ein Neudruck der Wahlzettel nötig ist, was aufgrund der benötigten Vorlaufzeit regelmäßig nicht mehr möglich wäre, ohne den Wahltag verschieben zu müssen. Insofern wäre dem einstweiligen Rechtsschutz der zentrale Vorteil entzogen, eine aufwendige Neuwahl zu verhindern.¹¹⁰

(b) Risiken der Wiederholungsbedürftigkeit

Weiter spricht für eine hohe Relevanz der Funktionalität der Wahl das ernsthafte Risiko, die Wahl wiederholungsbedürftig zu machen, weil das Gericht die Wählbarkeit eines Kandidaten zunächst fälschlich bejaht, sich diese Entscheidung im Hauptsacheverfahren jedoch als falsch erweist.¹¹¹ Denn in Fällen, in denen ein eigentlich nicht wählbarer Kandidat zu Unrecht zur Wahl zugelassen wird, ist eine Beeinflussung der Sitzverteilung in der Regel nicht auszuschließen.¹¹² Die Durchführung einer Wahl – und betreffe sie nur 450 Wahlberechtigte – ist ein Kraftakt für Vertretungen, der mit diversen Fristen, Vorkehrungen und Aufwand verbunden ist. Dies sollte nur so selten wie nötig, aber zugleich verfassungsrechtlich geboten stattfinden. Allerdings gilt für einen gewählten, aber verfassungsfeindlichen Kandidaten, dass dieser nicht im Amt bleiben kann. Eine Neuwahl wäre dann im Gegensatz zum Kandidaten, der zunächst nicht zugelassen wurde, zwingend notwendig. Dies hätte wiederum einen Schwebezustand in der Gemeinde zur Folge, welcher die Funktionalität der Vertretung erheblich schwächen würde.

(c) Zwischenergebnis (Relevanz des kollidierenden Verfassungsguts)

Unter Berücksichtigung der gravierenden Auswirkungen auf die Mitglieder der Gemeinde S sowie der damit einhergehenden voraussichtlich notwendigen Neuplanung der Wahl ist die Relevanz des kollidierenden Verfassungsguts als hoch einzustufen.

¹⁰⁷ Meyer, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 124.

¹⁰⁸ Vgl. den Terminkalender zur Kommunalwahl 2026 in Bayern (31.8.2026).

¹⁰⁹ Siehe aus näherer Vergangenheit betreffend die Wahl in Ludwigshafen VG Neustadt a.d. Weinstraße, Beschl. v. 18.8.2025 – 3 L 889/25.NW.

¹¹⁰ A.A. und eine Verzögerung zwar als negative, aber zur Sicherstellung der Korrektheit der antretenden Kandidaten notwendige Auswirkung betrachtend Meyer, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 124 a.E.

¹¹¹ Hess. VGH DVBl. 1965, 629 (630); VG Bremen, Beschl. v. 16.3.2011 – 1 V 152/11, Rn. 12 (juris); VG Lüneburg, Beschl. v. 15.8.2016 – 5 B 120/16, Rn. 20 (juris).

¹¹² Zu diesem Grundsatz StGH Bremen, Urt. v. 22.5.2008 – St 1/08, Rn. 80 (juris); exemplarisch zur Regelung in Bayern Engelbrecht, DVBl 2025, 603 (608) m.w.N.

(2) Intensität des Eingriffs in die Rechte der J

(a) Subjektiver Charakter der Wahl und der Wählbarkeit

Für eine hohe Intensität des Eingriffs in die Rechte der J spricht, dass der Charakter der Wahlprüfung sich trotz seiner primär objektiven Ausrichtung nicht darin erschöpft, sondern zudem mittelbar ein subjektiver Rechtsschutzgedanke besteht.¹¹³ Dieser kann sich nicht allein nach den Erfolgschancen bestimmen.¹¹⁴ Es ist zu berücksichtigen, dass im Wahlprüfungsverfahren auch eine mögliche Verletzung des aktiven sowie passiven Wahlrechts in Rede stehen kann.¹¹⁵ Andernfalls wäre es erstmals antretenden Kandidaten oder Parteien aufgrund der Mandatsrelevanz schier unmöglich, zu einer Wahl zugelassen zu werden, sofern einmal eine ablehnende Entscheidung gefällt wurde. Ihnen wird dadurch nämlich die Gelegenheit genommen, die Bürger hinter sich zu versammeln und sich in diesem Sinne zu beweisen. Das Kriterium der Mandatsrelevanz¹¹⁶ würde dies stets blockieren und eine sog. „Rechtsschutzklemme“ kreieren.¹¹⁷ Schließlich hat die antretende Partei gerade noch keine politische Relevanz aufgebaut. Insofern betrifft die Ablehnung des Wahlvorschlags eines Kandidaten wie J auch ganz erheblich das passive Wahlrecht¹¹⁸ und schränkt dahingehend § 80 Abs. 4 NKomVG ein.

(b) Überwindung politischer Legitimitätsdefizite

J rügt zudem, dass es der Wahl an Legitimität fehle. Der Fall der J, die die Befangenheit der Entscheidungsorgane kritisiert, zeigt, dass bei derartigen Entscheidungen zumindest im Gefühl der Bürger ein Legitimitätsdefizit entstehen kann.¹¹⁹ Mag dies im Fall der HCMD nur wenige Anhänger betreffen, so kann es gleichwohl vor dem Hintergrund aktueller Wahlentscheidungen¹²⁰ bezüglich Parteien mit höheren Wahlchancen wie der AfD dennoch erheblich sein. Dabei spielt auch das öffentliche Bild der Wahl eine Rolle. Die Wahl hat auch eine friedensstiftende Funktion, indem Mehrheitsverhältnisse klargestellt werden. Diese Funktion ist aber an das Vertrauen der Wählenden in die Korrektheit ihrer Durchführung und ihres Ergebnisses gebunden und ginge mit diesem verloren. Dieses Misstrauen könnte durch die Kontrolle eines neutralen Gerichts, welches keiner Partei mit eigenem Nutzen aus dem Ausschluss von Mitbewerbern zugehört, ausgeräumt werden. Abstrakt spricht die Sorge vor Legitimitätsdefiziten damit für eine umfangreiche gerichtliche Kontrolle vor der Wahl.

Im konkreten Fall ist jedoch fraglich, ob tatsächliche Anhaltspunkte für eine Befangenheit vorliegen, die Dritte an der Rechtmäßigkeit der Wahl zweifeln lassen würden. Es bestehen berechtigte Zweifel an der Verfassungstreue der J. Zudem ist auch keine politische Entscheidung der Vertretung ersichtlich. Insofern liegen keine konkreten Legitimitätsdefizite vor, welche den Eingriff in die Rechte der J intensivieren würden.

¹¹³ BVerfGE 85, 148 (159); Meyer, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 120.

¹¹⁴ Koch, ZRP 2011, 196 (198).

¹¹⁵ StGH Bremen, Urt. v. 22.5.2008 – St 1/08, Rn. 47 (juris); VG Bremen, Beschl. v. 16.3.2011 – 1 V 152/11, Rn. 12 (juris).

¹¹⁶ Siehe dazu Teil 1, C., III.

¹¹⁷ Frenzel, NVwZ 2009, 1349 (1351); Koch, ZRP 2011, 196 (198).

¹¹⁸ Drossel, Verfassungsblog v. 30.10.2022 (31.8.2026).

¹¹⁹ Vgl. zu diesem Effekt auch Nitschke, in: Wolff, Bedrohte Demokratie in den Kommunen, 2024, S. 63 (72); Schönberger/Schönberger, Verfassungsblog v. 7.9.2019 (31.8.2026); Schürmann, Verfassungstreue – Im Dienst der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2025, S. 161, 167.

¹²⁰ Siehe dazu OVG Koblenz, Beschl. v. 25.8.2025 – 10 B 11032/25.OVG sowie VG Minden, Beschl. v. 20.8.2025 – 2 L 1643/25.

(c) Zwischenergebnis (Intensität des Eingriffs in die Rechte der J)

Die Verwehrung des Rechtswegs vor der Durchführung der Wahl stellt für J insofern zumindest keinen besonders intensiven Eingriff in ihr passives Wahlrecht dar. Dies ist insbesondere aufgrund der voraussichtlich fehlenden Mandatsrelevanz zu berücksichtigen, zumal ihr Begehrt aufgrund dessen im Verfahren nach der Wahl trotz möglicher Zulässigkeit und Begründetheit keinen Anspruch auf eine Neuwahl zur Folge hätte.

(3) Zwischenergebnis (Angemessenheit)

Das kollidierende Verfassungsgut, nämlich die Stabilität des Wahlverfahrens, hat insbesondere aufgrund des enormen Termindrucks für die gesamte Gemeinde gravierende Auswirkungen. Im Gegensatz dazu ist der Eingriff in den Rechtsweg der J lediglich wegen der Verwehrung ihres passiven Wahlrechts nicht allzu intensiv. Der andernfalls stattfindende Eingriff in die Diskontinuität hinsichtlich der gesamten Gemeinde wiegt hier insofern deutlich schwerer als die Beschränkung des Rechtswegs der J. In der Gesamtschau der Umstände ist die Beschränkung der Rechtsschutzgarantie insofern auch angemessen.¹²¹ Dies bedeutet, dass die Einschränkung von Art. 19 Abs. 4 GG durch § 46 Abs. 2 NKWG verhältnismäßig und somit gerechtfertigt ist. Ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG liegt mithin nicht vor und die grundsätzlich statthafte einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO ist durch den gesetzlichen Vorrang der Wahlprüfung durch § 46 Abs. 2 NKWG ausgeschlossen.¹²²

Ergebnis (Teil 2 – Antrag vor Durchführung der Wahl)

Der Antrag der J ist mithin unzulässig.

Gesamtergebnis

Weder die Klage der J noch ihr Antrag im einstweiligen Rechtsschutz gegen die aberkannte Wählbarkeit hat Aussicht auf Erfolg.

¹²¹ Selbst wenn man dem Sächs. VerFGH folgt, der einen vorgelagerten Rechtsschutz erlaubt, wenn eine vollkommen offenkundig fehlerhafte und mandatsrelevante Ablehnung vorliegt, so fehlt es hier bereits evident an diesen Voraussetzungen (zur grundsätzlichen Möglichkeit und praktischen Fällen siehe Sächs. VerFGH, Urt. v. 16.8.2019 – Vf. 76-IV-19 (HS), Rn. 60 ff. [juris]; OVG Saarlouis, Beschl. v. 30.4.2024 – 2 B 69/24, Rn. 19 ff. [juris]; OVG Koblenz, Beschl. v. 25.8.2025 – 10 B 11032/25.OVG, Rn. 20 ff. [juris]; VG Lüneburg, Beschl. v. 17.8.2026 – 6 B 4195/26, Rn. 5 [juris]).

¹²² Ebenso VG Lüneburg, Beschl. v. 15.8.2016 – 5 B 120/16, Rn. 20 (juris); zu jeweiligem Landesrecht VG Bremen, Beschl. v. 16.3.2011 – 1 V 152/11, Rn. 3 ff. (juris); VG Köln, Beschl. v. 14.7.2025 – 4 L 1781/25, Rn. 7 (juris); Weber, JuS 1990, 291 (292); Brade, NVwZ 2019, 1814 (1815 ff.); Rozek/Zimmermann, SächsVBl. 2020, 37 (39 ff.) m.w.N.; Büchner, Kommunalwahlrecht in Bayern, Kommentar für den Praktiker, 41. Lfg., Stand: 20.2.2025, GLKrWG Art. 51a Rn. 1.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Der glückliche Fehlwurf – Teil 1*

Wiss. Mitarbeiter Matthias Kuhn, Wiss. Mitarbeiter Jakob Leonardy, Bonn**

Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2025 im Rahmen der von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), gehaltenen Vorlesung Strafrecht IV an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn gestellt. Sie widmet sich im Hauptteil spezifischen Problemen der Brandstiftungsdelikte sowie einer in dieser Weise noch nicht behandelten Irrtumsproblematik im Rahmen der mittelbaren Täterschaft. Abgerundet wird sie durch eine anspruchsvolle Prüfung der falschen Verdächtigung. Der Notendurchschnitt lag bei 4,71 Punkten. Von 178 Verfassern haben 44,38 % nicht bestanden.

Sachverhalt

E, Eigentümer eines freistehenden Einfamilienhauses, steckt wegen erheblicher Spielschulden in finanziellen Schwierigkeiten. Aufgrund seiner Geldnot hat E bereits sein Dachgeschoss an M vermietet. Die laufenden Mieteinnahmen reichen allerdings schon bald zur Tilgung seiner Schulden nicht mehr aus. Um schnell an Geld zu kommen, entschließt sich E, sein mit einer Gebäudeversicherung bei Versicherungsgeber V versichertes Haus in Brand zu stecken. Die Gelegenheit hält E für günstig, da er glaubt, dass M gerade in den Urlaub aufgebrochen sei.

E wendet sich an A, dem kürzlich wegen Eigenbedarfs von seinem Vermieter gekündigt wurde, und behauptet, auch ihm sei gerade eine Eigenbedarfskündigung zugegangen. Er schlägt vor, beide Häuser anzuzünden, „um es den Vermieterschweinen zu zeigen“. Damit man für ein gutes Alibi sorgen könne, sei es besonders geschickt, jeweils die Wohnung des anderen anzuzünden. Weil E befürchtet, A werde anderenfalls nicht zustimmen, gibt er sich als alleiniger Mieter aus. A ist von dem Plan begeistert und willigt sogleich ein. Dabei ahnt er nicht, dass E nie vorhatte, seinen Teil der Abmachung einzuhalten.

In der Nacht macht sich A mit einem selbst gebastelten Molotowcocktail auf den Weg zum Haus des E, dessen Hausnummer dieser ihm mitgeteilt hat. In seiner Aufregung bleibt A allerdings statt vor dem Haus des E vor dem des N stehen, das sich direkt daneben befindet. A zündet den Molotowcocktail an und zielt auf das vor ihm liegende Haus des N. Zu seinem Entsetzen misslingt dem miserablen Werfer A der Wurf jedoch. So saust der Molotowcocktail schräg Richtung Nachbarhaus und geradewegs durch ein offenes Fenster in das Treppenhaus des E. Die Holzstufen entzünden sich sofort. Nach kurzer Fassungslosigkeit über seinen Fehlwurf erkennt A die Verwechslung der Häuser und freut sich über sein „Glück“.

Seine Begeisterung verpufft jedoch, als er M entdeckt, der um Hilfe rufend aus dem Dachfenster winkt. M, der aufgrund einer Erkältung noch nicht in den Urlaub aufbrechen konnte, ist durch das im Treppenhaus ausgebrochene Feuer im Dachgeschoss eingeschlossen. Nie hätte A damit gerechnet, dass sich eine Person im Haus aufhält. Ohne zu zögern, wählt A den Notruf und begibt sich dann auf die Suche nach einer Leiter, um M zu helfen. Noch bevor A mit einer Leiter zurückkehrt, springt der

* Teil 2 folgt in Ausgabe 6/2026.

** Matthias Kuhn und Jakob Leonardy sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte (Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. [Harvard]) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

panische M, den die Flammen fast erreicht haben, aus dem Dachfenster und bleibt wie durch ein Wunder unverletzt. Trotz der Bemühungen der Feuerwehr brennt das Haus vollständig aus.

Zu Hause angekommen ruft A empört bei E an, um sich über die Anwesenheit des M zu beschweren, die ihm „verschwiegen worden sei“. Aus Sorge, der erzürnte A könnte versuchen ihm den Brand anzuhängen, schleicht sich E des Nachts zum Tatort und platziert im Vorgarten ein Feuerzeug, das er mit einer Gravur des Namens des A versehen ließ, um den Verdacht auf diesen zu lenken. Dass es für A „besonders heikel“ werden könnte, weil M sich im Haus aufgehalten hat, ist ihm gleichgültig. Am nächsten Tag findet der Polizeibeamte P das Feuerzeug und nimmt es als Beweismittel auf.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB.

Bearbeitungsvermerk

Die Meldung des Brandschadens an die Versicherung V durch E hätte zumindest §§ 263 Abs. 1 und 3 S. 2 Nr. 5, 22, 23 Abs. 1 StGB erfüllt. Von einer Strafbarkeit des E nach § 265 StGB ist auszugehen.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Das Anzünden des Hauses.....	1088
A. Strafbarkeit des A	1088
I. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1088
1. Tatbestand.....	1088
a) Objektiver Tatbestand	1088
aa) Tatobjekt.....	1088
bb) Taterfolg.....	1088
(1) In-Brand-Setzung.....	1088
(2) Durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört	1088
b) Subjektiver Tatbestand.....	1089
aa) Error in objecto	1089
bb) Aberratio ictus	1089
(1) Konkretisierungstheorie	1089
(2) Formelle Gleichwertigkeitstheorie	1090
(3) Materielle Gleichwertigkeitstheorie.....	1090
(4) Aberratio ictus als Irrtum über den Kausalverlauf	1090
(5) Tatplantheorie.....	1090
(6) Stellungnahme	1091
cc) Zusammentreffen von error in objecto und aberratio ictus	1092
2. Ergebnis.....	1092

II. §§ 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Wurf auf das Haus des N	1092
1. Vorprüfung.....	1092
2. Tatbestand.....	1093
a) Subjektiver Tatbestand.....	1093
b) Objektiver Tatbestand, § 22 StGB	1093
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	1093
4. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB.....	1093
5. Ergebnis.....	1094
III. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1094
1. Tatbestand.....	1094
a) Objektiver Tatbestand	1094
aa) Tatobjekt: Nr. 1.....	1094
bb) Taterfolg.....	1094
b) Subjektiver Tatbestand.....	1095
2. Ergebnis.....	1095
IV. § 306a Abs. 2 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1095
V. § 305 Abs. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1095
VI. §§ 305 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Wurf auf das Haus des N	1095
VII. § 303 Abs. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1095
VIII. §§ 303 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Wurf auf das Haus des N	1095
IX. § 306d Abs. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1096
1. Tatbestand.....	1096
a) Objektiver Tatbestand	1096
b) Subjektiver Tatbestand.....	1096
2. Rechtswidrigkeit	1096
a) Objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen	1096
aa) Disponibilität des Rechtsguts	1096
bb) Dispositionsbefugnis	1097
cc) Einwilligungsfähigkeit	1097
dd) Freiheit von Willensmängeln	1098
ee) Einwilligungserklärung	1098
b) Subjektives Rechtfertigungselement	1098
3. Ergebnis.....	1099
X. § 306d Abs. 1 Var. 2 StGB durch Anzünden des Hauses des E	1099

1. Tatbestand.....	1099
a) Objektiver Tatbestand	1099
b) Subjektiver Tatbestand.....	1100
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	1100
3. Ergebnis.....	1100
XI. § 306d Abs. 2 StGB durch Anzünden des Hauses des E und Gefährdung des M	1100
1. Tatbestand.....	1100
a) Objektiver Tatbestand	1100
aa) Fall des § 306a Abs. 2 StGB.....	1100
bb) Spezifischer Gefahrzusammenhang.....	1101
cc) Fahrlässige Handlung.....	1101
dd) Fahrlässige Gefahrverursachung	1101
b) Subjektiver Tatbestand.....	1101
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	1101
3. Tätige Reue	1101
a) Anwendbarkeit.....	1101
aa) § 306e StGB analog.....	1102
bb) §§ 314a Abs. 2 und Abs. 3, 320 Abs. 2 und Abs. 3 StGB analog	1102
cc) Keine analoge Anwendung	1102
dd) Stellungnahme	1102
(1) Planwidrige Regelungslücke.....	1103
(2) Vergleichbare Interessenlage	1103
b) Voraussetzungen des § 306e Abs. 2 und 3 StGB analog/§§ 314a Abs. 4, 320 Abs. 4 StGB analog.....	1104
aa) Gefahrabwendung ohne Zutun des Täters	1104
bb) Kein erheblicher Schaden	1104
(1) Gefahr einer Körperverletzung.....	1104
(2) Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung	1105
(3) Eingetretener Körperverletzungserfolg.....	1105
(4) Stellungnahme	1105
cc) Ernsthaftes Bemühen	1106
dd) Freiwilliges Bemühen	1106
c) Zwischenergebnis.....	1106
4. Ergebnis.....	1106

1. Tatkomplex: Das Anzünden des Hauses

A. Strafbarkeit des A

I. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E

A könnte sich wegen Brandstiftung am Haus des E nach § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Molotowcocktail geworfen hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tatobjekt

Das freistehende Einfamilienhaus ist ein durch Wände und Dach begrenztes, fest mit dem Boden verbundenes Bauwerk, welches von Menschen betreten werden und ihrem Aufenthalt dienen kann¹, und ist damit ein Gebäude.

Das Einfamilienhaus steht im Alleineigentum des E, sodass ein für A fremdes Gebäude vorliegt.²

bb) Taterfolg

(1) In-Brand-Setzung

Das Gebäude könnte von A in Brand gesetzt worden sein. Ein In-Brand-Setzen verlangt, dass ein für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentlicher Bestandteil derart vom Feuer erfasst ist, dass er ohne das Fortwirken des Zündstoffs selbstständig weiterbrennt.³ Durch den von A geworfenen Molotowcocktail entzündeten sich die Holztreppe des Treppenhauses sofort. Das Treppenhaus, als notwendige Verbindung zwischen den Etagen, stellt einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes dar. Ein In-Brand-Setzen liegt damit vor.

(2) Durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört

Zudem könnte das Haus durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört worden sein. Brandlegung meint jede Handlung, die auf das Verursachen eines Brandes gerichtet ist.⁴ Ganz zerstört ist ein Tatobjekt, wenn es für einen nicht unerheblichen Zeitraum nicht entsprechend seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch genutzt werden kann.⁵ Das Haus des E ist infolge des geworfenen Molotow-

¹ Zur Definition des Gebäudes *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306 Rn. 14.

² Zur Definition der Fremdheit *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 306 Rn. 11; *Radtke*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306 Rn. 47.

³ RGSt 64, 273; BGHSt 7, 37 (38); 16, 109 (110); 18, 363 (364).

⁴ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 306 Rn. 4; teilweise wird enger eine brandspezifische Gefährlichkeit der Handlung gefordert. So *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 306 Rn. 17.

⁵ *Radtke*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306 Rn. 57. Teils wird unter Verweis auf den vom Gesetzgeber mit Einführung von § 306 Abs. 1 Var. 2 StGB verfolgten Zweck (Auffangtatbestand für gescheiterte In-Brand-Setzung) vertreten, dass Var. 1 und Var. 2 schon tatbestandlich in einem Exklusivitätsverhältnis stehen: *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306 Rn. 12. Das überzeugt nicht. Der gesetzgeberische Zweck kann auch ohne diese im Wortlaut von Var. 2 nicht angedeutete Einschränkung erreicht werden. Außerdem schneidet

cocktails vollständig ausgebrannt und ist damit nicht mehr bewohnbar. Mithin wurde das Gebäude durch Brandlegung des A ganz zerstört.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste mit Vorsatz gehandelt haben, § 15 StGB. Vorsatz meint das Wollen der Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.⁶

aa) Error in objecto

A zielte auf das vor ihm liegende Haus des N, um es mithilfe eines Molotowcocktails anzuzünden. Er hatte somit Vorsatz, ein Gebäude in Brand zu setzen und es durch Brandlegung ganz zu zerstören. Dabei stellte er sich aufgrund einer Verwechslung jedoch vor, dass es sich um das von E bewohnte Haus handle. Er unterlag daher einem Irrtum über die Identität des Objekts. Dies könnte einen Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB darstellen, wonach der Täter nicht vorsätzlich handelt, wenn er bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB stellt an das Tatobjekt nur die Anforderung, dass es sich um ein fremdes Gebäude handelt. Die Identität des Objekts gehört nicht zum Tatbestand. Folglich ist die Verwechslung der Häuser kein Fall des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, sondern nur ein unbeachtlicher Motivirrtum in Form des error in objecto.⁷

bb) Aberratio ictus

Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass A letztendlich nicht das von ihm anvisierte Haus, sondern das schräg vor ihm liegende Haus des E getroffen hat. Ob ein solches Fehlgehen der Tat (sog. aberratio ictus) als Tatumstandsirrtum einzuordnen ist, ist umstritten.

(1) Konkretisierungstheorie

Nach der Konkretisierungstheorie konkretisiert sich der Vorsatz auf das jedenfalls visuell anvisierte Tatobjekt. Geht die Tat nun fehl und es wird ein anderes Objekt getroffen, ist dessen Verletzung nicht mehr vom Vorsatz gedeckt.⁸ Danach ist nur eine Bestrafung wegen Versuchs bzgl. des Zielobjekts möglich, während für das verletzte Objekt eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit in Betracht kommt.⁹ Folglich hätte A durch die Individualisierung des vor ihm liegenden Hauses als Zielobjekt seinen Vorsatz auf dessen In-Brand-Setzen beschränkt. Damit erstreckte sich der Vorsatz des A nicht auf das tatsächlich getroffene und angezündete Haus des E. Nach dieser Theorie ist der Vorsatz somit infolge Tatumstandsirrtums nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB abzulehnen.

die einschränkende Ansicht teilweise die Möglichkeit ab, das Unrecht eines durch Brandlegung verursachten Zerstörungserfolgs auf Tatbestandsebene abzubilden.

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 314.

⁷ So die allgemeine Meinung: BGHSt 11, 268 (270); 37, 214 (218); Anstötz, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 16 Rn. 8.

⁸ RGSt 3, 384; 58, 27 (28); BGHSt 34, 53 (54 f.); Anstötz, in: Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 16 Rn. 9; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 29 V 6c (S. 313 f.); Kulhanek, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 116; Momsen, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 16 Rn. 6.

⁹ Schuster, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 57; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 377.

(2) Formelle Gleichwertigkeitstheorie

Nach der formellen Gleichwertigkeitstheorie liegt dagegen auch bei der *aberratio ictus* Vorsatz bzgl. des getroffenen Objekts vor, solange das anvisierte und getroffene Objekt rechtlich gleichwertig sind.¹⁰ Dies beruht auf der Annahme, dass der Vorsatz sich nicht auf ein bestimmtes Objekt konkretisieren lässt, sondern sich auf jedes Objekt der Gattung bezieht.¹¹ Da die Häuser als fremde Gebäude tatbestandlich gleichwertig sind, wäre der Irrtum wie beim *error in objecto* als bloßer Motivirrtum einzustufen.

(3) Materielle Gleichwertigkeitstheorie

Die von *Hillenkamp* entwickelte materielle Gleichwertigkeitstheorie schlägt einen vermittelnden Weg ein. Danach stellt die *aberratio ictus* einen den Vorsatz ausschließenden Irrtum dar, wenn der Täter die Verletzung eines höchstpersönlichen Rechtsguts angestrebt hat. Nimmt der Täter dagegen ein persönlichkeitsunabhängiges Rechtsgut ins Visier (z.B. Vermögen, Eigentum), erstreckt sich der Vorsatz entsprechend der formellen Gleichwertigkeitstheorie auf alle Objekte gleicher Gattung.¹² A strebte das In-Brand-Setzen von Eigentum und damit die Verletzung eines übertragbaren Rechtsguts an.¹³ Folglich ist nach dieser Ansicht das Fehlgehen der Tat für die Annahme des Vorsatzes ebenfalls unerheblich.

(4) *Aberratio ictus* als Irrtum über den Kausalverlauf

Eine vierte Ansicht versteht die *aberratio ictus* als bloßen Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf.¹⁴ Damit kommt sie zu gleichen Ergebnissen wie die formelle Gleichwertigkeitstheorie, solange die Abirrung der Tat auf ein gleichwertiges Tatobjekt vorhersehbar war.¹⁵ Dass der Wurf eines ungeübten Werfers nicht sein Ziel trifft, ist nicht derart ungewöhnlich, dass damit nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht mehr zu rechnen wäre. Folglich ist nach dieser Ansicht Vorsatz anzunehmen.

(5) Tatplantheorie

Roxin ordnet die *aberratio ictus* dagegen als einen besonderen Fall der Abweichung des Kausalverlaufs ein, der nur dann nicht zu einem Vorsatzausschluss führe, wenn es dem Täter nicht auf die Verletzung des individualisierten Objekts ankam, er also bei Kenntnis des Fehlgehens der Tat seine Tathandlung trotzdem vorgenommen hätte.¹⁶ Setzt der Tatplan dagegen ein konkretisiertes Opfer voraus, sei entsprechend der Konkretisierungstheorie Vorsatz abzulehnen.¹⁷ Nach dem auf der Absprache mit E beruhenden Tatplan, es den jeweiligen Vermietern zu „zeigen“, ist es für A gerade

¹⁰ *Dalemann/Heuchemer*, JA 2004, 460 (461 ff.); *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 491 ff.; *Loewenheim*, JuS 1966, 310 (312 f.); *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (5); *Puppe*, GA 1981, 1 (2 ff.).

¹¹ *Loewenheim*, JuS 1966, 310 (312); *Puppe*, GA 1981, 1 (3).

¹² *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 112 ff.

¹³ Zur Brandstiftung als Delikt mit persönlichkeitsunabhängigem Rechtsgut *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 116.

¹⁴ *Stein/Schneider*, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 16 Rn. 39; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 104 ff.; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 10; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 11 Rn. 62; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 13 I 3d; *El-Ghazi*, JuS 2016, 303 (308).

¹⁵ Zu den Voraussetzungen des beachtlichen Irrtums über den Kausalverlauf BGHSt 7, 325 (329); 9, 240 (242); 14, 193 (194); 56, 162 (168); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 383.

¹⁶ *Roxin*, in: FS Würtenberger, 1977, S. 109 (123); *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 165 f.; *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 14. Aufl. 2026, § 16 Rn. 84; *Herzberg*, JA 1981, 470 (473).

¹⁷ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 166.

von entscheidender Bedeutung, das vor ihm liegende Haus zu entzünden, da er dieses irrtümlich für das an E vermietete Haus hielt. A hätte folglich zum Zeitpunkt des Wurfs nicht ebenso gehandelt, wenn er mit dessen Fehlgehen gerechnet hätte. Ein Vorsatz ist nach dieser Ansicht mithin abzulehnen.

(6) Stellungnahme

Gegen die Konkretisierungslehre wird angeführt, dass der Täter das Tatobjekt getroffen hat, welches er der Gattung nach auch treffen wollte. Die Identität des Tatobjekts sei schon nach dem Wortlaut der Norm nicht relevant.¹⁸ Der Vorsatz müsse sich nach § 16 Abs. 1 StGB nur auf den gesetzlichen Tatbestand beziehen, sodass weitere Vorstellungen stets unbeachtliche Motivirrtümer darstellten.¹⁹ Ansonsten würde man dem Täter die Kompetenz verleihen, über die Reichweite der subjektiven Zurechnung durch eine Konkretisierung des Tatopfers zu bestimmen.²⁰

Jedoch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Täter im Falle der aberratio ictus ausschließlich die Verletzung des von ihm anvisierten Tatobjekts wollte. Es fehlt an der Entscheidung gegen das Rechtsgut des tatsächlich getroffenen Objekts.²¹ Wenn man einen Vorsatz nun aber bejaht, würde man dem Täter einen Gattungsvorsatz unterstellen, den er in dieser Form nicht hatte.²² Eine solche Ausdehnung des Vorsatzes lässt sich auch nicht normativ rechtfertigen, denn der Maßstab für die subjektive Zurechnung ist stets der tatsächliche Lebenssachverhalt.²³ Die Konkretisierungstheorie kann durch die Strafbarkeit von Versuch und Fahrlässigkeit in Tateinheit auch zeigen, dass der Täter zwei Rechtsgüter, das des anvisierten sowie das des getroffenen Objekts, gefährdet hat, während die Gleichwertigkeitstheorie eine Strafbarkeit nur hinsichtlich des getroffenen Objekts annehmen kann.²⁴ Auch zeigt sich in dem besonderen Fall, dass der Täter im Rahmen seiner Notwehrhandlung versehentlich einen unbeteiligten Dritten trifft, die Notwendigkeit der Annahme einer Vorsatzkonkretisierung, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen: Verzichtet man auf diese Möglichkeit, müsste der Vorsatz des Täters bzgl. der Verletzung des Unbeteiligten angenommen werden, jedenfalls solange der Kausalverlauf adäquat war.²⁵

Somit ist festzuhalten, dass die vom Täter vorgenommene Konkretisierung des Vorsatzes zumindest grundsätzlich beachtlich sein muss. Der Gleichwertigkeitstheorie sowie der Ansicht, die die aberratio ictus als gewöhnlichen Irrtum über den vorgestellten Kausalverlauf versteht, ist folglich nicht zu folgen.

Hillenkamp führt an, dass bei Delikten, die nur oder überwiegend persönlichkeitsunabhängige Rechtsgüter schützen, „die Individualität des Angriffsobjekts für das im Tatbestand vertypete Unrecht ohne jeden Belang“ sei, sodass es gerechtfertigt sei, auch bzgl. des Verletzungsobjektes einen Vorsatz

¹⁸ Loewenheim, JuS 1966, 310 (312); Puppe, GA 1981, 1 (3 f.).

¹⁹ Puppe, GA 1981, 1 (1 f.).

²⁰ Heuchemer, JA 2005, 275 (279); Puppe, GA 1981, 1 (11); dies., Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 73; dies., in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 103.

²¹ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 616 f.; Hettinger, GA 1990, 531 (542 ff.); Murmann, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 24 Rn. 57.

²² Böhringer/Wagner, ZJS 2014, 413 (416); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 33, 35; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 379; a.A. Puppe, GA 1981, 1 (3 f.).

²³ Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 29; Hettinger, GA 1990, 531 (543); Schuster, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 57.

²⁴ Böhringer/Wagner, ZJS 2014, 413 (416); Murmann, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 24 Rn. 57.

²⁵ Schuster, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 57; Streng, JuS 1991, 910 (911); dagegen Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 101, die einen Erlaubnistatumsirrtum annimmt.

anzunehmen.²⁶ Dies schlussfolgert er aus dem Umstand, dass diese Rechtsgüter nicht von ihrem Inhaber abhängig sind, sondern übertragen werden können.²⁷ Entscheidend ist aber, dass die Delikte mit nicht höchstpersönlichen Rechtsgütern diese nicht „um ihrer selbst willen“ schützen, sondern in ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Person, sodass es auch stets zur Verletzung einer individuellen Person kommt.²⁸ Auch gegen *Hillenkamp* lässt sich ferner das o.g. Notwehrargument vorbringen, sodass Vorsatzkonkretisierung auch bei persönlichkeitsunabhängigen Rechtsgütern berücksichtigt werden sollte. Folglich ist auch diese Auffassung abzulehnen.

Ob die Beachtlichkeit der Vorsatzkonkretisierung vom Tatplan des Täters abhängig ist, bedarf keiner Entscheidung. Mithin unterlag A einem Tatumstandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Hinweis: A.A. gut vertretbar.

cc) Zusammentreffen von error in objecto und aberratio ictus

Nichts anderes folgt aus dem besonderen Umstand des Zusammentreffens des error in objecto und der aberratio ictus im vorliegenden Fall.²⁹ Insbesondere begründet das nachträgliche Billigen der Tat seitens A, als er die Verwechslung der Häuser erkennt (sog. dolus subsequens), entsprechend dem aus §§ 8, 16 Abs. 1 S. 1 StGB folgenden Koinzidenzprinzip keinen Vorsatz.³⁰ Somit handelte A nicht vorsätzlich bzgl. des Hauses des E.

2. Ergebnis

A hat sich durch das Werfen des Molotowcocktails nicht wegen Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB am Haus des E strafbar gemacht.

Hinweis: Wer den Vorsatz annimmt, muss auf Ebene der Rechtswidrigkeit im Rahmen der Einwilligung die Problematik des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements thematisieren.

II. §§ 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Wurf auf das Haus des N

A könnte sich aber durch dieselbe Handlung wegen versuchter Brandstiftung am Haus des N gem. §§ 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch der Brandstiftung als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) ist nach § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar.

²⁶ *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 116 f.

²⁷ *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 116 f.

²⁸ *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 24 Rn. 58; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68 (94 f.); *Schreiber*, JuS 1985, 873 (875).

²⁹ Vgl. *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 121; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 15 Rn. 39 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 382.

³⁰ Vgl. *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 20.

2. Tatbestand

a) Subjektiver Tatbestand

A müsste gem. § 15 StGB vorsätzlich gehandelt haben. Wie bereits erörtert, handelte A mit Wissen und Wollen, das vor ihm liegende Haus in Brand zu setzen sowie durch Brandlegung ganz zu zerstören. Der Objektsirrtum ist weiterhin unbeachtlich. Mithin hatte A Vorsatz.

b) Objektiver Tatbestand, § 22 StGB

A müsste außerdem gem. § 22 StGB zur Tat unmittelbar angesetzt haben. Unmittelbar setzt zur Tat an, wer aus seiner Sicht die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan bei ungehindertem Geschehensablauf ohne wesentliche Zwischenakte zum tatbestandlichen Erfolg führen oder mit ihm in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.³¹ A zielte auf das Haus des N und ließ den Molotowcocktail zum Wurf bereits los. Nach seiner Vorstellung steht die Erfolgsherbeiführung unmittelbar bevor. Es sind folglich keine weiteren Zwischenschritte zur Erfolgsherbeiführung mehr notwendig. A hat damit zur Tat unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A müsste zudem rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Eine etwaige rechtfertigende Einwilligung des E scheidet mangels Dispositionsbefugnis über das Haus des N aus. A stellte sich eine solche Befugnis des E auch nicht vor, da er davon ausging, dass E kein Eigentümer sei. Ein Erlaubnistatumstandsirrtum scheidet daher aus. A handelte rechtswidrig und zudem schuldhaft.

4. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB

A könnte jedoch nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB zurückgetreten sein, indem er vom Anzünden des Hauses des N nach seinem Fehlwurf absah. Ein Aufgeben der Tat setzt notwendigerweise voraus, dass der Täter glaubt, den Erfolg noch herbeiführen zu können, mithin die Tat nicht fehlgeschlagen ist.³² A erkennt zwar, dass er mit dem Wurf des Molotowcocktails nicht das Haus des N getroffen hat.³³ Da A allerdings nur einen Molotowcocktail mitgebracht hatte und auch keine weiteren Brandmittel ersichtlich sind, ist es aus Sicht des A nicht möglich, den Brand noch in einem unmittelbaren zeitlich-räumlichen Zusammenhang herbeizuführen.³⁴ Folglich liegt ein Fehlschlag vor. A ist nicht nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB zurückgetreten.

³¹ St.Rspr.: BGHSt 26, 201 (202 ff.); 28, 162 (163); 30, 363 (364); BGH NSTz 1987, 20; BGH NSTz 2013, 156 (157); BGH NSTz 2018, 648 (649).

³² Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 52; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2026, § 32 Rn. 15; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 24 Rn. 71. Teilweise wird der fehlgeschlagene Versuch als unfreiwilliger Rücktritt eingeordnet, so Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 70; Schroeder, NSTz 2009, 9 (10 ff.); dagegen Roxin, NSTz 2009, 319.

³³ Der Wurf stellt aus Sicht des A einen erfolgstauglichen Einzelakt dar, sodass nach der Einzelaktstheorie der Versuch mit dessen Fehlgehen bereits fehlgeschlagen ist. Vgl. zur Einzelaktstheorie Haas, ZStW 123 (2011), 226 (247); Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, 26/16.

³⁴ Eine Berücksichtigung weiterer möglicher Tatmittel nach einer fehlgeschlagenen erfolgstauglichen Handlung lässt nur die Gesamtbetrachtungslehre zu. Siehe dazu BGH NJW 1993, 2061 (2062); BGH NSTz 2009, 688 (689);

Hinweis: Verfehlt wäre es, sich vertieft mit den Problemfeldern Einzelaktstheorie/Gesamtbetrachtungslehre oder außertatbestandlicher Zielerreichung auseinanderzusetzen.

5. Ergebnis

A hat sich wegen versuchter Brandstiftung am Haus des N nach §§ 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E

A könnte sich wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB am Haus des E strafbar gemacht haben, indem er den Molotowcocktail geworfen hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tatobjekt: Nr. 1

Dazu müsste das Gebäude zum Zeitpunkt der Tat dem Wohnen von Menschen dienen. Dafür ist die rein faktische Bewohnung des Tatobjekts von mindestens einer Person ausreichend.³⁵ Ursprünglich wohnten im Haus sowohl E als auch M, an den das Dachgeschoss vermietet wurde. Die Wohneigenschaft der Räumlichkeiten kann aber gleichermaßen durch eine tatsächliche Handlung (actus contrarius) von den Bewohnern wieder aufgehoben werden (sog. Entwidmung).³⁶ Indem sich E mit A darüber verständigt, dass dieser das von ihm bewohnte Haus anzünden soll, gibt er in äußerlich erkennbarer Weise zum Ausdruck, seine Wohnung aufgeben zu wollen.³⁷ Eine Entwidmung erfordert jedoch, dass diese von sämtlichen Bewohnern hinsichtlich des gesamten Gebäudes getroffen wird.³⁸ Der andere Bewohner M gibt seine Wohnung nicht auf. Insbesondere wirkt die Entwidmung des E als dessen Vermieter und Eigentümer nicht für M. Denn diese stellt eine rein faktische Handlung dar, bei der es nicht auf zivilrechtliche Verhältnisse ankommt.³⁹ Folglich liegt weiterhin ein Gebäude vor, das der Wohnung von Menschen dient.

bb) Taterfolg

Das Gebäude wurde außerdem in Brand gesetzt sowie durch Brandlegung ganz zerstört.

Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 24 Rn. 7c; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 22; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 24 Rn. 90.

³⁵ Vgl. Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306a Rn. 11.

³⁶ So die allgemeine Meinung Hagemeyer/Radtke, NSTZ 2008, 198 (201).

³⁷ Vgl. zur Entwidmung durch Beauftragung Dritter: BGH NJW 1988, 1276; BGH NSTZ-RR 2001, 330 (330 f.); Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306a Rn. 16.

³⁸ BGH StV 2022, 422.

³⁹ Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306a Rn. 10.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Zusätzlich zur auch hier vorliegenden vorsatzausschließenden aberratio ictus (siehe oben) stellte A sich vor, dass E alleiniger Bewohner des Hauses sei. In laienhafter Sichtweise ging er damit davon aus, dass das Gebäude durch das Einverstandensein des E mit dem Anzünden vollständig entwidmet worden sei. A unterliegt daher einem Tatumstandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) bzgl. der Eigenschaft des Gebäudes als Wohnung. Folglich hatte A keinen Vorsatz.

2. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E strafbar gemacht.

IV. § 306a Abs. 2 StGB durch Anzünden des Hauses des E

A könnte sich durch dieselbe Handlung wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306a Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben. Er hatte allerdings weder Vorsatz bzgl. der Brandstiftung am Haus des E (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) noch hatte er damit gerechnet, dass sich eine Person im Haus aufhält, sodass es ebenfalls am Gefährdungsvorsatz fehlt. Mithin hat sich A nicht nach § 306a Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

V. § 305 Abs. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E

A hat sich durch den Wurf wegen des vorsatzausschließenden Tatumstandsirrtums (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) nicht nach § 305 Abs. 1 StGB am Haus des E strafbar gemacht.

VI. §§ 305 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Wurf auf das Haus des N

Dagegen könnte sich A durch dieselbe Handlung wegen versuchter Zerstörung von Bauwerken nach §§ 305 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

A hatte Vorsatz, das von ihm anvisierte Gebäude vollständig zu zerstören (siehe oben). Mit dem Wurf des Molotowcocktails hat A auch gem. § 22 StGB unmittelbar angesetzt (siehe oben). A handelte zudem rechtswidrig und schuldhaft.

A hat sich somit nach §§ 305 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB am Haus des N strafbar gemacht.

VII. § 303 Abs. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E

Mangels Vorsatzes hat sich A nicht nach § 303 Abs. 1 StGB am Haus des E strafbar gemacht.

VIII. §§ 303 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Wurf auf das Haus des N

Allerdings hat er sich wegen versuchter Sachbeschädigung nach §§ 303 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB am Haus des N strafbar gemacht.

Hinweis: Die Prüfungen der §§ 303 Abs. 1, 305 Abs. 1 StGB können wegen des fehlenden Vorsatzes am Haus des E weggelassen werden. Gleiches gilt angesichts des Zurücktretens auf Konkurrenzebene im Wege der Spezialität für die Prüfung des jeweiligen Versuchs am Haus des N (siehe unten).

IX. § 306d Abs. 1 Var. 1 StGB durch Anzünden des Hauses des E

A könnte sich zudem durch dieselbe Handlung wegen fahrlässiger Brandstiftung am Haus des E gem. § 306d Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Das Gebäude des E wurde in Brand gesetzt und durch Brandlegung von A ganz zerstört.

Der von A verursachte Erfolg müsste ihm auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn sich in ihm ein vom Täter (mit)geschaffenes Risiko realisiert.⁴⁰ Durch das Werfen des Molotowcocktails hat A ein unerlaubtes Risiko für den Bestand der umliegenden Gebäude geschaffen. Wie bereits erörtert, liegt es nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein ungeübter Werfer sein Ziel verfehlt, sodass sich das von A gesetzte Risiko mit dem Brand des Hauses des E auch realisiert hat.

Hinweis: Entgegen der h.M. kann schon hier die Einwilligung als Tatbestandsausschluss geprüft werden.⁴¹ Selbstverständlich kann auch der klassische Fahrlässigkeitsaufbau gewählt werden.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste nach seinen persönlichen Fähigkeiten auch in der Lage gewesen sein, die Erfolgsrelevanz seines Verhaltens zu erkennen und den Erfolg zu vermeiden.⁴² Für A war erkennbar, dass sein Wurf auch ein anderes Haus anzünden könnte.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte jedoch durch eine Einwilligung des E gerechtfertigt sein. Zwar ist die Einwilligung als Rechtfertigungstatbestand nicht normiert, wird jedoch von § 228 StGB vorausgesetzt und ist als Gewohnheitsrecht („volenti non fit iniuria“) anerkannt.⁴³

a) Objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen

aa) Disponibilität des Rechtsguts

Zunächst ist erforderlich, dass das Rechtsgut, in dessen Verletzung eingewilligt werden soll, disponibel ist.⁴⁴ Ob der dem § 306d Abs. 1 Var. 1 StGB zugrundeliegende § 306 Abs. 1 StGB einwilligungsfähig ist, ist umstritten. Dafür ist maßgeblich, welches Rechtsgut § 306 Abs. 1 StGB schützt.

⁴⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 259, 1130.

⁴¹ So Roxin, ZStW 85 (1973), 76 (100); Rudolphi, ZStW 86 (1974), 68 (87).

⁴² Vgl. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, 9/13.

⁴³ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 117; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 1.

⁴⁴ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 34 III 5 (S. 380); Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 33.

Nach der ganz überwiegenden Ansicht wird die Brandstiftung als atypische Qualifikation der Sachbeschädigung eingeordnet. Geschützt sei daher allein das Eigentum, sodass § 306 Abs. 1 StGB auch einwilligungsfähig wäre.⁴⁵

Nach einer weiteren Auffassung handelt es sich bei § 306 Abs. 1 StGB angesichts der systematischen Verortung im 28. Abschnitt und der hohen Strafandrohung um ein Kombinationsdelikt. Danach wird sowohl das Eigentum als auch die Verhinderung der durch Brände entstehenden abstrakten Gefahr für Leib und Leben als Schutzgut erfasst.⁴⁶ Dennoch führe eine Einwilligung des Eigentümers zu einer Aufhebung des mitkonstituierenden Unrechts der Brandstiftung, sodass § 306 Abs. 1 StGB auch nach dieser Auffassung disponibel ist.⁴⁷

Teilweise wird dagegen auf dem Boden der „Kombinationstheorie“ eine Einwilligungsfähigkeit abgelehnt, da die Einwilligung das Unrecht bzgl. der abstrakten Gefährdung von Leib und Leben nicht aufhebe.⁴⁸ Eine Einwilligung schiede damit von vornherein aus.⁴⁹

Diese Ansicht bringt das Argument vor, dass die Einwilligung nur das Individualrechtsgut betreffe, während weiterhin das nicht außer Acht zu lassende Allgemeinrechtsgut Leib und Leben durch die Tat angegriffen sei.⁵⁰ Die Kombinationstheorie beruht jedoch gerade auf dem Gedanken, dass allein die Verletzung von Eigentum die hohe Strafe des § 306 Abs. 1 StGB nicht rechtfertigen könne, weswegen der Norm zusätzlich noch die von Bränden ausgehende abstrakte Gefahr für die Allgemeinheit zugrunde liegt. Folglich setzt sie voraus, dass durch die Tat beide Rechtsgüter kumulativ angegriffen werden.⁵¹ Fehlt durch die Einwilligung ein Angriff auf das Eigentum, entfällt ein tragendes Unrechtselement der einfachen Brandstiftung.⁵² Somit ist die letztgenannte Ansicht abzulehnen. Demnach ist § 306 Abs. 1 StGB einwilligungsfähig.

bb) Dispositionsbefugnis

E ist als Eigentümer über sein Haus auch dispositionsbefugt.

cc) Einwilligungsfähigkeit

Er ist nach seiner geistigen und sittlichen Reife dazu imstande, Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffes zu erkennen und zu beurteilen⁵³, sodass er auch einwilligungsfähig war.

⁴⁵ Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 306 Rn. 11; Lutz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 306 Rn. 1; Geppert, Jura 1998, 597 (599); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 306 Rn. 1; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 954.

⁴⁶ BGH NSTZ 2001, 196 (197); Kreß, JR 2001, 315 (315 ff.); Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306 Rn. 9; ders., ZStW 110 (1998), 848 (861); vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 87.

⁴⁷ Kreß, JR 2001, 315 (317); Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306 Rn. 65; ders., ZStW 110 (1998), 848 (861).

⁴⁸ Börner, Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht, 2006, S. 9; anders nun aber ders., in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 306 Rn. 45; Duttge, Jura 2006, 15 (16).

⁴⁹ Es bleibt dann nur die Möglichkeit der Annahme eines minder schweren Falls gem. § 306 Abs. 2 StGB, vgl. Börner, Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht, 2006, S. 9.

⁵⁰ Börner, Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht, 2006, S. 9; Duttge, Jura 2006, 15 (16 f.). Beide nehmen dabei Bezug auf BGH NJW 2005, 1876 (1878), wonach eine Einwilligung bei kombinierten Delikten nur in Frage kommt, wenn das Allgemeinrechtsgut derart unbedeutend ist, dass es vernachlässigt werden kann.

⁵¹ Kreß, JR 2001, 315 (317).

⁵² Kreß, JR 2001, 315 (317); Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306 Rn. 61; ders., ZStW 110 (1998), 848 (861).

⁵³ Zur Definition siehe BGH NSTZ 2018, 537.

dd) Freiheit von Willensmängeln

E litt zudem nicht unter relevanten Willensmängeln.

ee) Einwilligungserklärung

Des Weiteren müsste E die Einwilligung erklärt haben. E gibt sich gegenüber A als Mieter aus, der sich am Eigentümer wegen einer Eigenbedarfskündigung rächen will und A daher bittet, das an ihn vermietete Haus anzuzünden. Fraglich ist, ob dies eine hinreichende Einwilligungserklärung darstellt. Nach überwiegender Ansicht ist es zwar erforderlich, dass die Einwilligung aus Gründen der Rechtssicherheit nach außen kundgegeben wurde.⁵⁴ Dabei muss dies jedoch nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent geschehen.⁵⁵ Maßgeblich ist, dass der Berechtigte sein „inneres Einverstanden-Sein“ mit der Tatbegehung deutlich macht.⁵⁶ Dies brachte E durch seine Anweisung gegenüber A zum Ausdruck. Mithin liegt eine Einwilligungserklärung vor.⁵⁷

b) Subjektives Rechtfertigungselement

Möglicherweise müsste darüber hinaus auch ein subjektives Rechtfertigungselement beim Täter vorliegen. Ob dies beim Fahrlässigkeitsdelikt notwendig ist, ist umstritten.

Teilweise wird das Vorliegen eines solchen für eine Rechtfertigung vorausgesetzt. Danach muss der Täter zumindest Kenntnis von den objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen haben.⁵⁸ A ging davon aus, dass E nur Mieter und nicht Eigentümer des Hauses war. Folglich weiß A nichts von der Dispositionsbefugnis des E. Mithin wäre nach dieser Ansicht mangels Kenntnis aller objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen die Tat nicht wegen Einwilligung gerechtfertigt.

Nach der überwiegenden Gegenansicht führt dagegen das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements im Ergebnis zur Straflosigkeit des Täters beim Fahrlässigkeitsdelikt.⁵⁹ Teilweise wird prinzipiell auf das Erfordernis des subjektiven Elements verzichtet,⁶⁰ während andere Stimmen in der

⁵⁴ So die h.M.: BGH NJW 1956, 1106 (1107); BayObLG NJW 1968, 665; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 34 IV 2 (S. 382); *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 74; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 69.

⁵⁵ *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 133; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 581.

⁵⁶ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 14 VII 2 a); vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 51.

⁵⁷ Dies gilt erst recht, wenn man mit der teilweise vertretenen Willensrichtungstheorie eine bloße innere Zustimmung genügen lässt. So *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 15 Rn. 7; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, 7/115; *Rönnau*, in: LK-StGB, Bd. 3, 14. Aufl. 2026, Vor § 32 Rn. 161 f.; *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor § 32 Rn. 177 ff.

⁵⁸ OLG Hamm NJW 1962, 1169 (1170); *Geppert*, Jura 1995, 103 (107); *Hirsch*, in: LK-StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 58; *Jungclaussen*, Subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987, S. 175; *Gössel*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 44 Rn. 8 ff.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 143 f.; vgl. auch BGH NSTZ 2001, 591 (594).

⁵⁹ *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 59; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1146.

⁶⁰ *Frisch*, in: FS Lackner, 1987, S. 113 (130 f.); *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 56 I 3 (S. 589); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17 Rn. 80; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 15 Rn. 42.

Literatur die Tat zwar weiterhin als rechtswidrig einstufen, diese jedoch mangels Erfolgsunrecht für straflos erklären⁶¹. Nach diesen Auffassungen wäre das Handeln des A gerechtfertigt bzw. straflos.

Dies gilt erst recht für die Ansichten, die das subjektive Rechtfertigungselement generell⁶² oder speziell bei der Einwilligung⁶³ für entbehrlich halten.

Die erste Ansicht bringt vor, dass eine Straflosigkeit zu unbilligen Ergebnissen führe, die dem Schutzzweck der Fahrlässigkeitsdelikte widersprächen. So verdanke der Täter die Straflosigkeit nur dem glücklichen, ihm aber unbekannten Umstand, dass die Tat objektiv gerechtfertigt sei, obwohl er ebenso „verantwortungslos“ den Erfolg herbeigeführt habe.⁶⁴ Das im sorgfaltspflichtwidrigen Verhalten begründete Handlungsunrecht könne nur durch das subjektive Rechtfertigungselement ausreichend kompensiert werden, an dem es jedoch dann fehle.⁶⁵ Dem ist zu entgegnen, dass die ausschließliche Verwirklichung von Handlungsunrecht nicht für eine Strafbarkeit wegen eines fahrlässigen Erfolgsdelikts hinreichend ist. Notwendige Bedingung ist stets die Verwirklichung von Erfolgsunrecht, wie sich an der Straflosigkeit des „versuchten Fahrlässigkeitsdelikts“ zeigt.⁶⁶ Liegen jedoch die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen vor, fehlt es am Erfolgsunrecht.⁶⁷ Dies ist auch keine „pseudo-mathematisierende Saldierung“⁶⁸, sondern berücksichtigt lediglich die Notwendigkeit des kumulativen Vorliegens von Handlungs- und Erfolgsunrecht.⁶⁹ Folglich ist A gerechtfertigt bzw. jedenfalls straflos.

3. Ergebnis

A hat sich somit nicht nach § 306d Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

X. § 306d Abs. 1 Var. 2 StGB durch Anzünden des Hauses des E

Durch den Wurf mit dem Molotowcocktail könnte sich A aber wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306d Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A hat das Gebäude fahrlässig in Brand gesetzt und durch Brandlegung ganz zerstört (siehe oben).

Zudem müsste dem A auch gerade das In-Brand-Setzen und durch Brandlegung Zerstören eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes objektiv zurechenbar sein. Schon dadurch, dass A nicht genau kontrollieren kann, welches Gebäude getroffen wird (siehe oben), schafft er die Gefahr, dass ein nicht entwidmetes Gebäude angezündet wird. Außerdem verlässt er sich allein auf die

⁶¹ Duttge, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 205; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 103.

⁶² Schmitt, JuS 1963, 64 (65); Spendel, in: FS Bockelmann, 1979, S. 245 (256 f.).

⁶³ Gallas, in: FS Bockelmann, 1979, S. 155 (174); dagegen Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 41.

⁶⁴ Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 144.

⁶⁵ Geppert, Jura 1995, 103 (107); vgl. auch Hirsch, in: LK-StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 58.

⁶⁶ Duttge, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 205; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, 11/30.

⁶⁷ Duttge, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 205; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 103.

⁶⁸ So Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 144.

⁶⁹ Dazu Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 88.

Angaben des E, der behauptet, der einzige Bewohner seines Hauses zu sein, ohne dies zu überprüfen. A schafft damit die rechtlich unerlaubte Gefahr, ein nicht entwidmetes Gebäude anzuzünden. Diese Gefahr hat sich auch im Erfolg realisiert.

b) Subjektiver Tatbestand

Auch war es für A subjektiv voraussehbar, dass das Haus bewohnt war. A handelte somit subjektiv fahrlässig.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

§ 306d Abs. 1 Var. 2 StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt nicht einwilligungsfähig,⁷⁰ sodass die Tat auch rechtswidrig ist. A hat zudem schuldhaft gehandelt.

3. Ergebnis

A hat sich somit nach § 306d Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Mangels Vorsatzes hinsichtlich des In-Brand-Setzens bzw. des Zerstörens des Hauses des E durch Brandlegung hat sich A nicht nach § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht. Der Versuch des Vergehens i.S.d. § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB ist nicht strafbar, sodass nicht geprüft werden muss, ob ein durch fahrlässige Gefahrverursachung qualifizierter Versuch gem. §§ 306d Abs. 1 Var. 3, 11 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB am Haus des N in Betracht kommt.

XI. § 306d Abs. 2 StGB durch Anzünden des Hauses des E und Gefährdung des M

Er könnte sich aber durch dieselbe Handlung wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306d Abs. 2 StGB am Haus des E strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fall des § 306a Abs. 2 StGB

Das Gebäude des E wurde in Brand gesetzt und durch Brandlegung ganz zerstört.

Weiterhin müsste die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bei einem anderen Menschen eingetreten sein. Erforderlich ist eine konkrete Gefahr, die vorliegt, wenn der Erfolgseintritt nur zufällig ausgeblieben ist.⁷¹ Eine Gesundheitsschädigung meint das Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes.⁷² M ist durch das im Treppenhaus ausgebrochene Feuer in seiner Dachgeschosswohnung eingeschlossen. Das Feuer hat ihn fast erreicht, sodass eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass M sich schwer verletzt oder gar stirbt. Mithin besteht eine konkrete Gefahr einer Gesundheitsschädigung bei M.

⁷⁰ Vgl. Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306a Rn. 59.

⁷¹ Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 306a Rn. 19.

⁷² BGH NJW 1960, 2253; Paeffgen/Boese/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 14.

bb) Spezifischer Gefahrzusammenhang

Schließlich müsste über eine reine Ursächlichkeit hinaus ein spezifischer Gefahrzusammenhang zwischen der Tathandlung und dem konkreten Gefahrerfolg bestehen.⁷³ Die für die Gesundheit des M bestehende Gefahr beruht unmittelbar auf dem von A gelegten Feuer. Folglich verwirklicht sich gerade die spezifische Gefahr der Brandlegung, sodass der Gefahrzusammenhang gegeben ist.

Hinweis: Zusätzlich kann auf die aus dem Sprung aus dem Dachfenster resultierende Gefahr für den M abgestellt werden.

cc) Fahrlässige Handlung

A hat auch objektiv fahrlässig das Gebäude des E in Brand gesetzt sowie durch Brandlegung ganz zerstört (siehe oben).

dd) Fahrlässige Gefahrverursachung

A müsste die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bei M auch fahrlässig verursacht haben. A wirft innerhalb eines Wohngebiets einen Molotowcocktail, ohne kontrolliert zu haben, ob sich in den umliegenden Häusern Menschen aufhalten. Er schafft somit ein generell unerlaubtes Risiko für die Gesundheit von sich potenziell im Haus aufhaltenden Personen. Mit der Gefährdung des M hat sich dieses Risiko im Gefahrerfolg realisiert. Mithin hat A die Gefahr fahrlässig verursacht.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte zudem subjektiv fahrlässig.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Zwar liegt eine Einwilligungserklärung des Eigentümers E vor. § 306d Abs. 2 StGB verfolgt jedoch den Schutz der Gesundheit der konkret gefährdeten Person, sodass die Erklärung des Eigentümers keine rechtfertigende Wirkung hat.⁷⁴ Dispositionsbefugt ist nur die gefährdete Person,⁷⁵ also M.

A handelte zudem schuldhaft.

3. Tätige Reue**a) Anwendbarkeit**

Fraglich ist, ob A durch die Versuche, M zu retten, wegen tätiger Reue straflos geworden ist. Für die fahrlässige Brandstiftung regelt § 306e Abs. 2 und 3 StGB den obligatorischen Strafausschluss, wenn der Täter freiwillig den Brand gelöscht (Abs. 2) bzw. sich dazu ernsthaft bemüht hat (Abs. 3). A selbst versucht nicht, den Brand zu löschen, sondern nur M zu retten, indem er den Notruf wählt und eine Leiter sucht. § 306e Abs. 2 und 3 StGB ist daher nicht unmittelbar anwendbar. Ob § 306e StGB ent-

⁷³ Vgl. Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306a Rn. 52.

⁷⁴ BT-Drs. 13/8587, S. 88; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 306a Rn. 7; Hörnle, Jura 1998, 169 (181).

⁷⁵ Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306a Rn. 7.

sprechend angewendet werden kann, wenn der Täter bei den konkreten Gefährdungsdelikten § 306a Abs. 2 StGB oder § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB die Gefahr anders als durch Löschung des Brandes abgewendet hat, ist umstritten.

aa) § 306e StGB analog

Nach einer Ansicht ist insbesondere in den Fällen, in denen der Täter die Gefahr für das Opfer nicht mehr durch das Löschen des Brandes, sondern nur durch andere Rettungsmaßnahmen beseitigen kann, eine analoge Anwendung des § 306e StGB geboten.⁷⁶ Demnach kommt eine analoge Anwendung des § 306e Abs. 2 und 3 StGB in Betracht.

bb) §§ 314a Abs. 2 und Abs. 3, 320 Abs. 2 und Abs. 3 StGB analog

Eine andere Ansicht hält zwar § 306e StGB wegen des Wortlauts nicht für einschlägig, möchte aber mit dem gleichen Gedanken §§ 314a Abs. 2 und Abs. 3, 320 Abs. 2 und Abs. 3 StGB analog anwenden, die generell auf die freiwillige Gefahrabwendung bzw. das ernsthafte Bemühen dazu abstellen.⁷⁷

Hinweis: Im Folgenden wird der Übersichtlichkeit halber das ernsthafte Bemühen ausgeklammert.

Danach wäre eine tätige Reue analog §§ 314a Abs. 2 und Abs. 3, 320 Abs. 2 und Abs. 3 StGB möglich.

cc) Keine analoge Anwendung

Andere Stimmen in der Literatur vertreten, dass eine analoge Anwendung nicht in Betracht komme.⁷⁸ Die Gefahrabwendung führe nur regelmäßig zu der Annahme eines minder schweren Falls.⁷⁹ Tätige Reue kommt nach dieser Ansicht nicht in Betracht. Einen minder schweren Fall der fahrlässigen Brandstiftung hat der Gesetzgeber nicht normiert, sodass auch diese Möglichkeit ausscheidet.

dd) Stellungnahme

Fraglich ist somit, ob die Voraussetzungen einer Analogie, namentlich eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Das Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) steht täterbegünstigenden Analogien nicht entgegen.⁸⁰

⁷⁶ BGH NSTz 2021, 290 (292 f.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 40 Rn. 104; *Stein*, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, 4. Teil Rn. 104; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306e Rn. 15. Die Ansicht bezieht sich stets nur auf die analoge Anwendung des § 306e Abs. 1 und 2 StGB. § 306e Abs. 3 StGB stellt allerdings das ernsthafte Bemühen der tatsächlichen Löschung des Brandes gleich, sodass auch § 306e Abs. 3 StGB von einer analogen Anwendung erfasst sein sollte.

⁷⁷ *Bosch*, Jura 2020, 1390; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 306e Rn. 3; *Radtko*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306e Rn. 12 f.; *ders.*, Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 421; ähnlich *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 306e Rn. 9, wonach §§ 314a, 320 StGB nur analog anzuwenden sind, wenn der Täter verhindert hat, dass die abstrakte Gefahr in eine konkrete Gefahr umgeschlagen ist. Besteht für die Gesundheit jedoch nur eine abstrakte Gefahr, so ist der Tatbestand des § 306a Abs. 2 StGB schon nicht erfüllt. So auch BGH NSTz 2021, 290 (292 f.).

⁷⁸ *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 306e Rn. 5; *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 8; *Wolff*, in: LK-StGB, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306e Rn. 6, 11; kritisch früher auch *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 306e Rn. 4.

⁷⁹ *Börner*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 306e Rn. 4; *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 306e Rn. 5.

⁸⁰ Vgl. *Dannecker/Schuh*, in: LK-StGB, Bd. 1, 14. Aufl. 2026, § 1 Rn. 282 f.

(1) Planwidrige Regelungslücke

Unterschiedlich bewertet wird insbesondere die Frage der Planwidrigkeit der Regelungslücke. Im grundlegenden Gesetzentwurf aus der Mitte des Bundestages war ein gemeinsamer Tatbestand der tätigen Reue für den Abschnitt der gemeingefährlichen Delikte vorgesehen. Nach § 320 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, Abs. 3 Nr. 1 lit. a StGB-E sollte dabei auch hinsichtlich der konkreten Gefährungsdelikte der Brandstiftung jede Form der freiwilligen Gefahrabwendung eine tätige Reue begründen.⁸¹ Dieser Vorschlag erfuhr jedoch deutliche Kritik vom Bundesrat, der in seiner Stellungnahme die gemeinsame Auflistung als unübersichtlich und dadurch die Rechtsanwendung erheblich erschwerend ansah.⁸² Dem schloss sich die Bundesregierung in ihrem darauffolgenden Gesetzentwurf an und schlug daher die Einführung des § 306e StGB vor, der die tätige Reue ausschließlich für die Brandstiftungsdelikte regelte, aber gleichzeitig die Gefahrabwendung auf das Löschen des Brandes begrenzte.⁸³

In dieser Änderung sieht die analogieverneinende Ansicht eine bewusste Einschränkung des Gesetzgebers, sodass es an der Planwidrigkeit der Regelungslücke fehle.⁸⁴ Auf den ersten Blick ist dies naheliegend. Jedoch findet sich in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung sowie in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses keine Erläuterung hinsichtlich der Einengung der tätigen Reue. Vielmehr führt die Bundesregierung aus, dass die Neufassung der tätigen Reue für die Brandstiftungsdelikte in ihrem Grundgedanken weitgehend den Vorschlägen zu § 320 StGB-E entspreche.⁸⁵ Die jetzige Fassung stellt jedoch eine solch erhebliche Einschränkung der tätigen Reue für die konkreten Gefährungsdelikte dar, dass davon nicht mehr gesprochen werden kann.⁸⁶ Es erscheint vielmehr so, dass sich der Gesetzgeber in der Neufassung des § 306e StGB auf das Löschen als Gegenakt zum In-Brand-Setzen bzw. zur Brandlegung bezog und dabei übersah, dass auch andere Möglichkeiten zur Gefahrabwendung für das konkret gefährdete Opfer vorliegen können. Ein Redaktionsversehen liegt nahe.⁸⁷

(2) Vergleichbare Interessenlage

Schließlich müsste eine vergleichbare Interessenlage zwischen der Abwendung der Gesundheitsgefahr durch das Löschen des Brandes und der Gefahrabwendung durch sonstige Rettungen des Opfers bestehen. So könnte angeführt werden, dass die von einem Brand ausgehenden Gefahren für das Brandobjekt sowie für die Allgemeinheit am besten bekämpft werden, wenn das Feuer gelöscht wird. Jedoch haben §§ 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB (ggf. i.V.m. § 306d StGB) als konkrete Gefährungsdelikte in erster Linie den Schutz der Gesundheit bzw. des Lebens der gefährdeten Person zum Gegenstand.⁸⁸ Daher muss sich hinsichtlich dieser Tatbestände die tätige Reue auch nur auf die Abwendung dieser Gefahr beziehen.

Eine Ungleichbehandlung des Täters, der die Gefahr durch das Löschen des Brandes abwendet, gegenüber dem, der das Opfer anderweitig rettet, beruht daher auch nicht auf einem sachlichen Grund. Vielmehr erscheint es aus Opferschutzgesichtspunkten wenig sinnvoll, die tätige Reue auf das

⁸¹ BT-Drs. 13/7164, S. 14.

⁸² BT-Drs. 13/8587, S. 75.

⁸³ BT-Drs. 13/8587, S. 87.

⁸⁴ Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 8; Wolff, in: LK-StGB, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306e Rn. 11.

⁸⁵ BT-Drs. 13/8587, S. 88.

⁸⁶ Vgl. Burghardt/Brockhaus, Jura 2022, 1203 (1211).

⁸⁷ So auch BGH NStZ 2021, 290 (292); Bosch, Jura 2020, 1390; Radtke, Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 420 f.

⁸⁸ Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306a Rn. 44, 56.

Löschen des Brandes zu begrenzen, wenn gleich geeignete oder sogar effektivere andere Rettungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.⁸⁹

Es liegt daher auch eine vergleichbare Interessenlage vor.⁹⁰ Wegen der systematischen Nähe des § 306e StGB als speziell für die Brandstiftung geschaffene Regelung⁹¹ ist eine entsprechende Anwendung des § 306e StGB anstatt der §§ 314a, 320 StGB vorzuziehen.⁹² Wegen der gleichen Voraussetzungen bei einer analogen Anwendung muss diese Frage hier jedoch nicht endgültig entschieden werden.⁹³

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Von den Bearbeitern wird eine Heranziehung der Primärquellen erwartet.

b) Voraussetzungen des § 306e Abs. 2 und 3 StGB analog/§§ 314a Abs. 4, 320 Abs. 4 StGB analog

aa) Gefahrabwendung ohne Zutun des Täters

Zunächst müsste ohne Zutun des Täters die Gefahr abgewendet worden sein. M springt, um dem Feuer zu entkommen, aus dem Fenster und bringt sich so in Sicherheit, bevor A mit einer Leiter zurückkehrt. Folglich beruhte die Gefahrabwendung nicht auf dem Handeln des A.

bb) Kein erheblicher Schaden

Es dürfte nicht bereits ein erheblicher Schaden durch die Tat entstanden sein. Bei § 306a Abs. 2 StGB (i.V.m. § 306d Abs. 2 StGB) als konkretem Gesundheitsgefährdungsdelikt sind nur Personenschäden beachtlich, sodass bereits eingetretene Sachschäden am Haus außer Acht bleiben.⁹⁴ Umstritten ist allerdings, welche Voraussetzungen an einen Personenschaden zu stellen sind.

(1) Gefahr einer Körperverletzung

Teilweise wird in der Rechtsprechung vertreten, dass bereits jede konkrete Gefahr einer Körperverletzung einen erheblichen Schaden darstelle.⁹⁵ M ist konkret an seiner Gesundheit gefährdet, sodass eine tätige Reue ausscheiden müsste.

⁸⁹ BGH NSTZ 2021, 290 (292); *Bosch*, Jura 2020, 1390; *Stein*, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, 4. Teil Rn. 104; *Radtke*, Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 420 f.; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306e Rn. 15.

⁹⁰ Auch die analogieverneinende Ansicht hält kriminalpolitisch die Gefahrabwendung durch sonstige Maßnahmen als tätige Reue für sinnvoll, so *Valerius*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 8.

⁹¹ So die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drs. 13/8991, S. 24.

⁹² Vgl. BGH NSTZ 2021, 290 (292); *Stein*, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, 4. Teil Rn. 104; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306e Rn. 15.

⁹³ Vgl. *Börner*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 306e Rn. 4.

⁹⁴ *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306e Rn. 12.

⁹⁵ BGH NJW 2019, 243 (244 Rn. 12) zur tätigen Reue bei § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB. In der Entscheidung zur analogen Anwendung des § 306e StGB auf andere Rettungsmaßnahmen musste der BGH nicht auf die Frage der erheblichen Schädigung eingehen, da das Opfer schwere Brandwunden erlitten hat: BGH NSTZ 2021, 290 (291).

(2) Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung

Nach einer Ansicht in der Literatur liegt ein erheblicher Schaden vor, wenn die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung i.S.d. § 226 StGB besteht.⁹⁶ M wurde durch das im Treppenhaus entfachte Feuer im Dachgeschoss eingeschlossen, sodass seine einzige Fluchtmöglichkeit in dem Sprung aus dem Dachfenster bestand. Dass M nicht schwere Verbrennungen oder Rauchvergiftungen erlitt, die eine unter § 226 Abs. 1 StGB fallende schwere Folge darstellen könnten, war bloßer Zufall. Auch nach dieser Ansicht liegt ein erheblicher Personenschaden wegen der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung vor.

(3) Eingetretener Körperverletzungserfolg

Die Gegenansicht fordert dagegen einen tatsächlich eingetretenen Verletzungserfolg. Teilweise wird eine vollendete erhebliche Körperverletzung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB gefordert,⁹⁷ während andere auch eine einfache Körperverletzung mit der darüber hinausgehenden konkreten Gefahr einer solchen erheblichen Körperverletzung genügen lassen.⁹⁸ M bleibt unverletzt, sodass nicht einmal eine einfache Körperverletzung vorliegt. Demnach läge noch kein erheblicher Schaden vor, sodass eine tätige Reue möglich wäre.

(4) Stellungnahme

Für die Entscheidung des Streits ist zunächst zu beachten, dass die Voraussetzungen der Erheblichkeit des Personenschadens mit denen zur Erheblichkeit eines Sachschadens vergleichbar sein müssen. Dort führt nach der Rechtsprechung bereits ein Schaden i.H.v. 2.500 € zu einem Ausschluss der tätigen Reue.⁹⁹ Dementsprechend dürfen nicht zu hohe Anforderungen an die Erheblichkeit des Schadens gestellt werden.¹⁰⁰ Dass aber bereits eine reine Gefahr ausreichend sei, entspricht nicht dem Wortlaut des § 306e StGB, der auf den Eintritt eines „Schadens“ abstellt. Zwar stellt der Eintritt der Gefahr bei den Gefährdungsdelikten den tatbestandlichen Erfolg dar.¹⁰¹ Der Begriff Schaden deutet aber vielmehr auf den Eintritt einer tatsächlichen Verletzung hin.¹⁰² Das Vorliegen einer konkreten Gefahr kann außerdem deshalb keinen erheblichen Schaden begründen, weil eine tätige Reue bei den konkreten Gefährdungsdelikten sonst stets ausscheiden würde.¹⁰³ Dies entspricht aber nicht der soeben erläuterten Gesetzeshistorie und dem Wortlaut des § 306e StGB, der die konkreten Gefährdungsdelikte gerade miteinbezieht. Außerdem ist es Sinn und Zweck der tätigen Reue, den Täter trotz

⁹⁶ Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, Strafgeseztbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 306e Rn. 5; Wolters, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306e Rn. 13 ohne Bezugnahme auf § 226 StGB; ähnlich Stein, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, 4. Teil Rn. 103, der auf eine erhebliche Gesundheitsgefahr abstellt.

⁹⁷ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgeseztbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 306e Rn. 2; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306e Rn. 16, § 306b Rn. 40; ders., ZStW 110 (1998), 848 (882).

⁹⁸ Blöcker, Die Tätige Reue, 2000, S. 66; Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgeseztbuch, 31. Aufl. 2025, § 306e Rn. 7 („jedenfalls“); Rengier, JuS 1998, 397 (401); ähnlich Geppert, Jura 1998, 597 (605). Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 12, lässt die Frage der Erheblichkeit der Körperverletzung offen.

⁹⁹ BGH NStZ 2003, 204 (206); BGH NJW 2019, 243 (244); vgl. Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 14.

¹⁰⁰ Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306e Rn. 17.

¹⁰¹ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 147.

¹⁰² So auch Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 12; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306e Rn. 17.

¹⁰³ Fischer, in: Fischer, Strafgeseztbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 306e Rn. 4; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306e Rn. 17.

des frühen Vollendungszeitpunktes zu motivieren, die von ihm geschaffenen Gefahren zu beseitigen.¹⁰⁴ Beim Eintritt einer bloßen Gefahr, sei sie auch noch so erheblich, kann der Täter den Eintritt einer tatsächlichen Gesundheitsverletzung weiterhin verhindern. Folglich sollte § 306e StGB ihm auch dazu einen Anreiz geben. Aus diesen Gründen muss jedenfalls eine einfache Körperverletzung eingetreten sein, an der es hier aber fehlt. Mithin liegt kein erheblicher Schaden vor.

cc) Ernsthaftes Bemühen

Ernsthaftes Bemühen liegt vor, wenn der Täter die ihm insoweit zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpft.¹⁰⁵ A verständigt, nachdem er M bemerkt hat, ohne Zögern die Rettungskräfte. Dazu macht er sich auf die Suche nach einer Leiter, um M aus dem Dachgeschossfenster zu retten. Da andere besser geeignete Rettungsmöglichkeiten nicht ersichtlich sind, hat A sich ernsthaft um die Rettung des M bemüht.

dd) Freiwilliges Bemühen

Das Bemühen müsste auch freiwillig sein. Dazu sind die umstrittenen Kriterien des § 24 Abs. 1 StGB heranzuziehen.¹⁰⁶ Dort wird von der Rechtsprechung gefordert, dass der Täter Herr seiner Entschlüsse war,¹⁰⁷ während die herrschende Ansicht in der Literatur eine autonome Entscheidung voraussetzt.¹⁰⁸ Teilweise wird der Begriff der Freiwilligkeit auch enger gefasst, wonach normative Gründe die Freiwilligkeit ausschließen können.¹⁰⁹ A entscheidet sich selbst dazu, M zu retten. Diese autonome Entscheidung beruht darauf, dass A von Anfang an keine Person verletzen wollte, sodass auch keine normativen Anhaltspunkte bestehen, die Rettungsbemühungen als „unfreiwillig“ zu bewerten. Ein freiwilliges Bemühen ist damit nach allen Ansichten gegeben.

c) Zwischenergebnis

Mithin liegt eine tätige Reue gem. § 306e Abs. 2 und 3 StGB analog bzw. §§ 314a Abs. 4, 320 Abs. 4 StGB analog vor, sodass obligatorisch von Strafe abgesehen ist.

4. Ergebnis

A hat sich somit nicht gem. § 306d Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

¹⁰⁴ Kargl, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 306e Rn. 1; Wolters, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 306e Rn. 2.

¹⁰⁵ Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 17.

¹⁰⁶ Valerius, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 306e Rn. 18.

¹⁰⁷ BGH NJW 1955, 915 (916); BGH NStZ 2007, 399 (400); BGH NStZ 2022, 94 (95); BGH NStZ 2023, 599.

¹⁰⁸ Bosch, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 24 Rn. 43; Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 116 ff.

¹⁰⁹ Bottke, JR 1980, 441 (443); Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 314 f.; Roxin, ZStW 77 (1965), 60 (97); ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 383 ff., nach denen der Täter sich durch sein Verhalten als ungefährlich erwiesen haben müsste, wofür verschiedene Kriterien genannt werden.

Entscheidungsbesprechung

OLG Nürnberg, Beschl. v. 14.4.2026 – 11 UF 940/25¹

Sperrwirkung; Beweislast; Eigentumsübertragung eines Pkw durch Besitzkonstitut unter Ehegatten; Formstatut

1. Eine Eigentumsübertragung von Haushaltsgegenständen unter Ehegatten kann durch Begründung eines Besitzkonstituts nach § 930 BGB erfolgen (BGH FamRZ 1979, 282). Ob ein Haushaltsgegenstand vorliegt, richtet sich dabei allein nach der Bestimmung, die der Gegenstand im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs durch die Ehegatten erhalten hat.
2. Nach der Trennung hängt die Qualifikation als Haushaltsgegenstand demgegenüber retrospektiv von der konkreten Nutzung des Gegenstands während des Zusammenlebens ab.
3. Die Beweislast für die Qualifikation als Haushaltsgegenstand trägt derjenige, der sich darauf beruft.

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 868, 930, 1361a

*Dr. Christoph Weber, Ass. iur., Dipl.-Rpfl. (FH), Wiss. Mitarbeiter Lasse Scherer, Bayreuth**

I. Einleitung

In gerichtlichen Entscheidungen einer Tatsacheninstanz wie dieser nehmen die Ausführungen zur Beweiswürdigung den für die Praxis üblichen breiten Raum ein, da in der Rechtspraxis meist Tatsachenprobleme im Vordergrund stehen. Gleichwohl bietet die Entscheidung eine gute Möglichkeit für angehende Juristen aller Ausbildungsstufen, die materiell-rechtliche Verzahnung von Sachen- und Familienrecht zu vertiefen.

Zudem werden verschiedene Aspekte des IPR im Rahmen der Entscheidung relevant, die durch das OLG eher knapp behandelt wurden, sodass es einer kritischen Würdigung bedarf.

II. Sachverhalt

Gegenstand des Rechtsstreits war die Herausgabe eines Pkw Audio A5 Cabriolet.

Der Antragsgegner und die Antragsstellerin haben am 22.2.2022 während eines 16-tägigen Aufenthalts auf einer nicht näher bezeichneten Inselgruppe (I.) geheiratet.

Nach der Trauungszeremonie kniete der Antragsgegner am Strand vor der Antragstellerin nieder und überreichte ihr die verpackten Kfz-Kennzeichen des streitgegenständlichen Pkw. Diesen hatte

* Der Verf. Dr. Christoph Weber, Ass. iur., Dipl.-Rpfl. (FH) ist Rechtsassessor. Der Verf. Lasse Scherer ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Robert Magnus am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht (ZR III) an der Universität Bayreuth. Die Autoren danken Frau RAin Regina Subrin für kritische Durchsicht und wertvolle Anmerkungen.

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar (14.9.2026).

der Antragsgegner im Jahr 2021 für sein Unternehmen erworben. Auf der Rechnung war der 22.2.2022 als Leistungsdatum genannt.

Zwei Tage nach der Rückkehr von der Inselgruppe begaben sich die Beteiligten zur Kfz-Zulassungsstelle, wo die Antragstellerin am 8.3.2022 zunächst mit ihrem Mädchen- und sodann mit ihrem Ehenamen in die Zulassungsbescheinigung Teil II eingetragen wurde. Kurz darauf fuhren die Beteiligten und der Sohn der Antragstellerin zu einem Autohaus und holten den streitgegenständlichen Pkw ab, wobei die Antragstellerin einen Schlüssel bekam und der Antragsgegner einen Zweitschlüssel behielt.

Die Antragstellerin wurde in die Zulassungsbescheinigung Teil I eingetragen und schloss auf ihren Namen eine Kfz-Haftpflichtversicherung ab. Das Benzin wurde überwiegend über das Firmenkonto des Antragsgegners bezahlt. Das Fahrzeug wurde steuerlich abgeschrieben, die Vorsteuer wurde für das Fahrzeug geltend gemacht. Der Antragsgegner verfügte während des ehelichen Zusammenlebens selbst über einen weiteren Pkw, einen BMW. Eine Nutzung durch die Antragstellerin für das Unternehmen des Antragsgegners erfolgte nicht. Die Details der Nutzung des Pkws während der Ehezeit standen im Zentrum der Beweisaufnahme des Verfahrens.

Spätestens seit Mai 2024 lebten die Beteiligten getrennt. Am 14.7.2024 gab die Antragstellerin den Pkw in eine Reparaturwerkstatt, wo der Antragsgegner den Wagen am 29.7.2024 mit seinem Schlüssel abholte.

Die Antragstellerin machte beim Familiengericht einen Herausgabeanspruch gegen den Antragsgegner geltend. Das Familiengericht gab dem Antrag statt und verpflichtete den Antragsgegner, den Pkw herauszugeben. Hiergegen richtete sich die Beschwerde des Antragsgegners zum OLG Nürnberg. Das OLG wies die Beschwerde zurück, da der Antragstellerin ein Anspruch auf Herausgabe zusteht.

III. Entscheidung des OLG und Bewertung

1. Exkurs: Prozessuale Ausgangssituation

Zunächst fällt am Sachverhalt die aus Studentensicht ungewöhnliche prozessuale Einkleidung im FamFG auf. Obwohl sie nicht zum Pflichtstoff gehört, soll sie zum besseren Verständnis kurz erläutert werden, da sich das OLG Nürnberg aufgrund fehlender problematischer Aspekte hierzu sehr knapp äußert (Rn. 21).

Es handelt sich hier um eine sog. Familienstreitsache in Form einer sonstigen Familiensache gem. §§ 112 Nr. 3, 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, welche streitwertunabhängig vor den Amtsgerichten als Familiengerichten (§ 23a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG) ausgetragen werden muss. Unter § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG fallen Streitigkeiten aus dem sog. Nebengüterrecht, d.h. die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, die nicht durch §§ 1363 ff. BGB geregelt sind und gleichzeitig eine besondere Sachnähe zu den familienrechtlichen Rechtsverhältnissen aufweisen.² Dies betrifft etwa Ehegatteninnengesellschaften³ oder (wie hier) sog. unbenannte ehebezogene Zuwendungen.⁴

Mit der Regelung des § 266 FamFG wurde im Rahmen der Reform des Verfahrens in Familiensachen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit der Familiengerichte wesentlich erweitert und eine Reihe von Streitigkeiten aus der Zuständigkeit der allgemeinen Zivilgerichte heraus-

² BGH NJW 2016, 503 (503 Rn. 17); BGH NJW 2017, 2768 (2769 Rn. 17).

³ Hierzu Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1363 Rn. 20.

⁴ Ausführlicher wird auf diese unter 2. c) aa) eingegangen.

gelöst.⁵ Zweck der Zuständigkeitskonzentration⁶ ist es, die in engem Zusammenhang mit familienrechtlichen Verhältnissen stehenden Rechtsstreitigkeiten wegen der großen Sachnähe bei den Familiengerichten zu konzentrieren.⁷

In verfahrensrechtlicher Hinsicht finden bei Familienstreitsachen im Wesentlichen die Vorschriften des Verfahrens vor den Landgerichten nach der ZPO mit einigen Modifikationen Anwendung (vgl. §§ 113 Abs. 1, Abs. 2 und 3, 112 FamFG).

Im Verfahren in Familiensachen sind wie im gesamten FamFG auch andere Begrifflichkeiten zu verwenden (vgl. § 113 Abs. 5 FamFG), unter anderem gibt es keinen Kläger und Beklagten, sondern Antragsteller und -gegner, § 113 Abs. 5 Nr. 3, 4 FamFG. Auch entscheidet das Familiengericht nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss, § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG. Das statthafte Rechtsmittel hiergegen ist die Beschwerde (§ 58 Abs. 1 FamFG). Beschwerdegericht ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. a GVG das OLG.

2. Materiell-rechtliche Schwerpunkte

Materiell-rechtlich standen drei Problemfelder im Vordergrund: die richtige Anspruchsgrundlage für das Herausgabeverlangen (a)); die Frage der Eigentümerstellung der Antragsstellerin (b)) und mögliche Gegenansprüche des Antragsgegners (c)).

a) Verhältnis von § 1361a BGB zu § 985 BGB

Zunächst wendet sich das OLG dem Anspruch aus § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB zu, welcher einen Herausgabeanpruch für Haushaltsgegenstände vorsieht. Der Anwendungsbereich der Norm ist nach dem OLG im Ergebnis nicht eröffnet.

aa) Systematische Stellung von § 1361a BGB und Auswirkungen auf die Beweislast

(1) Sperrwirkung des § 1361a BGB gegenüber sonstigen Ansprüchen

Die vorrangige Beschäftigung mit § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB ist notwendig, da es sich um eine familienrechtliche Spezialregelung für die Zeit zwischen Trennung der Ehegatten und Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses gem. § 1564 S. 1 BGB, § 116 Abs. 1, 3 FamFG handelt. Im Anwendungsbereich des § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB ist die Geltendmachung anderer Herausgabeanprüche wie insbesondere den sachenrechtlichen Anspruch aus § 985 BGB gesperrt.⁸ Die Sperrwirkung ergibt sich vor allem daraus, dass § 1361a Abs. 1 S. 2 BGB eine eigenständige Einwendung gegen den Herausgabeanpruch vorsieht. Die Anwendung von § 985 BGB würde den Schutz des Nichteigentümerehegatten leerlaufen

⁵ BGH NJW 2016, 503 (503 Rn. 17); BGH NJW 2017, 2768 (2769 Rn. 17).

⁶ Meist bezeichnet als „Großes Familiengericht“, vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 262; kritisch zu der Bezeichnung *Erbarth*, in: MüKo-FamFG, Bd. 1, 4. Aufl. 2025, § 266 Rn. 1.

⁷ BT-Drs. 16/6308, 262.

⁸ OLG Frankfurt a.M. NJW 2015, 2346 (2347 Rn. 19); *Pernice*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1361a Rn. 8; *Voppel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 1361a, Rn. 21; vgl. BGH NJW 2017, 260 (260 Rn. 10 ff.) zum auf die Ehwohnung bezogenen Parallelanspruch nach § 1361b BGB. Im Hinblick auf weitere Ansprüche wie § 861 BGB ist die Sperrwirkung sehr umstritten. Siehe hierzu *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.11.2025, § 1361a Rn. 84; § 1361b Rn. 230 m.w.N.

lassen.⁹ Zweck des § 1361a Abs. 1 S. 2 BGB ist es jedoch, die Folgen der Trennung zu mildern und eine getrennte Haushaltsführung zu ermöglichen.¹⁰

Aufgrund dieses Zwecks sind auch etwaige Sekundäransprüche gesperrt.¹¹ Dies gilt insbesondere für Ansprüche auf Herausgabe gezogener Nutzungen gem. §§ 987 ff. BGB, da die Nutzungsbefugnis bei bestehender Ehe durch die Regelung des § 1361a BGB abschließend geregelt wird.¹² Sekundäransprüche können sich dann nur aus §§ 280 ff. BGB i.V.m. § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB aus gesetzlichem Schuldverhältnis ergeben.¹³

Strittig ist die Sperrwirkung im Hinblick auf Ansprüche aus possessorischem Besitzschutz gem. §§ 861 f. BGB.¹⁴ U.E. ist es am überzeugendsten keine Sperrwirkung von § 1361a BGB bzw. § 1361b BGB und § 1568a f. BGB anzunehmen. Das insofern durchschlagendste Argument ist, dass eine Privilegierung des Nichteigentümerehegatten bei einer von ihm verübten verbotenen Eigenmacht durch eine Sperrwirkung nicht gerechtfertigt ist. Es handelt sich zudem bei § 1361a BGB um einen petitorischen Anspruch, da er in einem Spezialitätsverhältnis zu § 985 BGB steht.¹⁵ Insofern ist aber wie bei anderen petitorischen Ansprüchen auch davon auszugehen, dass §§ 861 f. BGB daneben anwendbar bleiben.¹⁶

(2) Prozessuale Dimension der Sperrwirkung

Interessant ist die genaue Funktionsweise der Sperrwirkung, da diese auch Auswirkungen auf die Beweislast hat. Denn ein allein auf das Eigentum gestützter Antrag gem. § 985 BGB ist während eines anhängigen Scheidungsverfahrens bereits unzulässig (Rn. 10).¹⁷ D.h. bei einem auf § 985 BGB gestützten Klageantrag handelt es sich in den Fällen des § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB aus Sicht des Antragsgegners um eine prozessuale Einwendung. Beruft sich der Antragsgegner wie hier auf die Einordnung einer Sache als Haushaltsgegenstand, obliegt ihm insoweit auch die Beweislast.¹⁸

Dies ist nur vor dem Hintergrund des Prozessrechts zu verstehen. Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus §§ 1361a f. BGB und §§ 1568a f. BGB ist im FamFG ein eigenes Verfahren für Ehwohnungs- und Haushaltssachen nach § 200 FamFG vorgesehen. Dieses Verfahren unterliegt als sog. echtes FamFG Verfahren nicht den Regelungen der ZPO (vgl. § 113 FamFG), sondern richtet sich ausschließlich nach den Regelungen des FamFG.¹⁹ So gilt etwa in Ehwohnungs- und Haushaltssachen zumindest im Ausgangspunkt der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 FamFG, während bei Familien-

⁹ Ein Recht zum Besitz kann dem Anspruch nach § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB vom Nichteigentümerehegatten in analoger Anwendung von § 986 BGB aber darüber hinaus entgegengehalten werden *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2026, § 1361a Rn. 78. Zur Dogmatik der Sperrwirkung im Zivilrecht insgesamt *Kuhn*, Jura 2013, 975.

¹⁰ *Voppel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 1361a Rn. 3.

¹¹ *Voppel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 1361a, Rn. 21.

¹² OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2018, 1284 (1285 Rn. 5).

¹³ OLG Zweibrücken NJW 2020, 1817 (1818 Rn. 27); OLG Koblenz NJW 2016, 2892 (2893 Rn. 21).

¹⁴ Zum Streitstand *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 866 Rn. 19. Eine wirkliche h.M. ist hier angesichts der zersplitterten oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auszumachen.

¹⁵ Zum Verhältnis von § 861 BGB zu anderen Herausgabeansprüchen siehe *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 861 Rn. 13.

¹⁶ OLG Koblenz FamRZ 2009, 1934 (1935); OLG Koblenz MDR 2007, 1261 (1262); *Pernice*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1361a Rn. 24; *Voppel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2024, § 1361a Rn. 65.

¹⁷ Siehe auch BGHZ 212, 133 = NJW 2017, 260 (260 Rn. 10); BGH FamRZ 2021, 834 (835 Rn. 12); OLG Zweibrücken NJW 2020, 1817 (1818 Rn. 28); vgl. auch *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2026, § 985 Rn. 16.

¹⁸ Vgl. *Dürbeck*, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2020, BGB § 1361a Rn. 10.

¹⁹ Siehe BGHZ 212, 133 = NJW 2017, 260 (262 Rn. 28).

streitsachen über die Verweisung nach § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG uneingeschränkt der Beibringungsgrundsatz nach der ZPO gilt.²⁰

bb) Maßstäbe für die Einordnung eines Pkw als Haushaltsgegenstand

Entscheidende Frage für die Anwendbarkeit von § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB und damit für das Eingreifen der Sperrwirkung, ist die Einordnung des Pkws als Haushaltsgegenstand.

Zunächst ist die zeitliche Perspektive zu untersuchen. Der Anspruch aus § 1361a Abs. 1 S. 1 BGB knüpft in zeitlicher Hinsicht an die Trennung der Ehegatten an. Es kommt daher folgerichtig für die Einordnung als Haushaltsgegenstand auf eine ex-post-Betrachtung an (Rn. 25; 2. amtlicher Leitsatz). Mit anderen Worten: Haben die Ehegatten den Gegenstand durch die tatsächliche Handhabung entsprechend gewidmet?²¹

Haushaltsgegenstände sind nach der vom OLG Nürnberg referierten Definition in der Rechtsprechung alle beweglichen Gegenstände, die nach den Lebens- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten für die gemeinsame Wohnung, die Hauswirtschaft und das Zusammenleben der Familie sowie deren Freizeitgestaltung bestimmt sind (Rn. 25).²² Der Begriff der Haushaltsgegenstände ist in § 1361a BGB, § 1369 BGB und § 1568b BGB gleich auszulegen.²³ Dieser systematische Gleichlauf kann auch in der Argumentation fruchtbar gemacht werden. Als Gegenbegriff sind diejenigen Sachen zu verstehen, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch eines Ehepartners bestimmt sind, wie beispielsweise der Herrenrasierer oder bestimmter Damenschmuck.²⁴

Im Hinblick auf die genauen rechtlichen Maßstäbe besteht eine breit gestreute Kasuistik, wobei gerade im Hinblick auf den Pkw auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine einheitliche Linie existiert (Rn. 26).²⁵

Exkurs: Für das Verständnis der hier auftretenden Vielfalt in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist eine Betrachtung der Ausgestaltung der verschiedenen Rechtszüge hilfreich. Die Rechtsbeschwerde zum BGH muss gem. § 70 Abs. 2 FamFG, mit Ausnahme der besonders grundrechtssensiblen Bereiche nach § 70 Abs. 3 FamFG durch das OLG zugelassen werden. Eine Nichtzulassungsbeschwerde, wie in § 544 ZPO, existiert im FamFG nicht.²⁶ Eine Pflicht zur Divergenzvorlage an den BGH besteht für die OLG nur im Strafrecht gem. § 121 Abs. 2 GVG. Aufgrund dieser Gestaltung des Instanzenzugs kommt es in FamFG-Verfahren zu einer weitergehenden Zersplitterung der Rechtsprechung als in anderen Bereichen.

Im Zentrum steht dabei vor allem die Frage, ob die Nutzung des Pkw für die beruflichen Zwecke eines Ehegatten die Einstufung als Haushaltsgegenstand ausschließt.

In der Rechtsprechung des BGH wird ein Pkw nur dann als Haushaltsgegenstand eingeordnet, wenn er von den Ehegatten hauptsächlich gemeinschaftlich für private Zwecke und Haushaltsführung genutzt wurde. Wenn die Familie über mehrere Pkw verfügt und jeder der Ehegatten jeweils eines

²⁰ OLG Zweibrücken NJW 2020, 1817 (1817 Rn. 17).

²¹ Scheller/Sprink, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 1369 Rn. 3.

²² Siehe auch BGH FamRZ 1984, 144; OLG Hamburg NJW 2022, 880 (880 Rn. 10).

²³ Scheller/Sprink, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 1369 Rn. 3.

²⁴ Vgl. Erbarth, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2026, § 1353 Rn. 601. Die Abgrenzung wird bei der Frage nach dem Eigentumsübergang i.R.v. § 985 BGB wieder relevant.

²⁵ Siehe zu den verschiedenen Arten von Gegenständen und insbesondere zum Pkw Erbarth, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2026, § 1361a Rn. 51 ff.

²⁶ A. Fischer, in: MüKo-FamFG, Bd. 1, 4. Aufl. 2025, § 70 Rn. 3.

der Fahrzeuge nutzt, handelt es sich danach nicht um einen Haushaltsgegenstand im Sinne der Norm.²⁷

Teilweise wird vertreten, dass auch die Nutzung durch einen Ehegatten ausreicht, wenn diese überwiegend für familiäre Zwecke erfolgt.²⁸

Nach der (inzwischen überwiegenden) jüngeren oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung reicht es aus, wenn eine nicht völlig untergeordnete Nutzung für familiäre Zwecke vorliegt.²⁹ Ein Pkw ist danach nur dann kein Haushaltsgegenstand, wenn er von einem Ehegatten bestimmungsgemäß ausschließlich für seine eigenen Zwecke verwendet wird.³⁰ Als teleologisches Argument spricht für das weite Verständnis der jüngeren Rechtsprechung, dass der Pkw im Regelfall eine sehr wichtige Rolle in der familiären Alltagsgestaltung spielt. Dies gilt auch dann, wenn die Nutzung für die familiären Zwecke nicht den Schwerpunkt der Nutzung bildet.³¹

cc) Maßstabsbildung und Subsumtion durch das OLG

Das OLG Nürnberg schließt sich ohne nähere inhaltliche Begründung der soeben dargestellten weitergehenden Ansicht in der jüngeren oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung an (Rn. 26). In einer Klausur müsste die Maßstabsbildung etwa mit dem genannten teleologischen Argument kurz begründet werden.

Ausgehend von den dargelegten Maßstäben geht das OLG Nürnberg davon aus, dass es sich bei dem Cabrio nicht um einen Haushaltsgegenstand handelt. Zur Überzeugung des Gerichts steht lediglich eine ausnahmsweise Nutzung durch den Antragsgegner fest, welche nicht die Schwelle für die Widmung als Haushaltsgegenstand erreicht. Nach den dargelegten Maßstäben zur Beweislast gehen die verbleibenden Zweifel zulasten des Antragsgegners. Damit war der Antrag im Verfahren als Familienstreitsache zulässig.

b) Eigentumsstellung der Antragsstellerin

Für den damit maßgeblichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB war es entscheidend, dass die Antragsstellerin Eigentümerin des Pkw war. Weil der Antragsgegner ursprünglich Eigentum an dem PKW erworben hat (Rn. 34 f.), stellt sich damit die Anschlussfrage, ob das Eigentum an dem Pkw auf die Antragsstellerin übergegangen ist.

aa) Eigentumserwerb gem. § 929 S. 1 BGB

Ein Eigentumserwerb gem. § 929 S. 1 BGB fand nicht statt. Die dafür erforderliche Übergabe setzt voraus, dass der Veräußerer jeden Besitz an der Sache verliert und der Erwerber auf Veranlassung

²⁷ Siehe BGH NJW 1991, 1547. Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage spielt sich im Recht des Zugewinnausgleichs ab, da vor 2009 auch im Alleineigentum eines Ehegatten stehende Haushaltsgegenstände aufgrund des vorrangigen Zuweisungsverfahrens vom Zugewinnausgleich ausgenommen waren. Dies gilt heute nur noch für im Miteigentum stehende Haushaltsgegenstände (§ 1568b Abs. 1 BGB). In jüngeren Entscheidungen zu § 1361a BGB hat sich der BGH zu den diesbezüglich geltenden Maßstäben nicht mehr geäußert: siehe BGH NJW 2026, 73.

²⁸ OLG Koblenz, Beschl. v. 7.7.2005 – 9 WF 371/05, Rn. 3; OLG Köln FamRZ 2002, 322 (323).

²⁹ Siehe etwa OLG Stuttgart FamRZ 2019, 1131 (1132). *Dürbeck*, in: Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2020, BGB § 1361a Rn. 10 m.w.N. Noch weitergehend *Brudermüller*, FamRZ 2006, 1157 (1161) mit dem Argument, dass auch bei ausschließlicher Nutzung durch einen Ehegatten für dessen Berufstätigkeit dies letztendlich im Familieninteresse erfolgt.

³⁰ *Pernice*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1361a Rn. 7.

³¹ *Kroll-Ludwigs*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 1361a Rn. 3.

des Eigentümers den Eigenbesitz hieran erlangt.³² Wenn der Antragssteller allerdings den Besitz an einem der beiden Autoschlüssel zurückhält, gibt er seinen Besitz an dem Fahrzeug nicht vollständig auf, sondern behält weiterhin Mitbesitz daran. Wird der Besitz an dem Pkw also weiter gemeinschaftlich (§ 866 BGB) ausgeübt, kann kein Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 BGB erfolgen.

So liegt es hier, da der Antragssteller sich einen Zweitschlüssel zurückbehalten hat (Rn. 48 f.).

bb) Eigentumserwerb gem. § 930 BGB

Für den Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut ist eine Übergabe nicht erforderlich. Diese wird ersetzt durch das Übergabesurrogat eines Rechtsverhältnisses i.S.d. § 930 BGB. Auch hierfür bedarf es aber zunächst einer dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang zwischen dem Antragsgegner und der Antragstellerin.

(1) Dingliche Einigung

Die Einigung als dinglicher Vertrag erfordert zwei übereinstimmende Willenserklärungen, die auf den Eigentumsübergang der Sache bezogen sind. Wie in der Realität meistens, haben sich die Parteien nicht ausdrücklich über den Eigentumsübergang geeinigt.

Eine konkludente Einigung wird aber vom OLG Nürnberg aufgrund einer Gesamtschau aller Indizien angenommen (Rn. 38–46). Es geht dabei davon aus, dass mit der Übergabe der verpackten Schilder am Tag der Hochzeit (zeitlich nach der Trauung) nur eine Schenkung bzw. eine unbenannte Zuwendung³³ gemeint sein kann. Eine bloße Nutzungsmöglichkeit würde nicht zu den Umständen des konkreten Falles passen (Rn. 41). Im nachfolgenden Geschehensablauf sieht das OLG hinreichende Anhaltspunkte für die notwendigen Willenserklärungen des Erfüllungsgeschäfts als gegeben an (Rn. 39 ff.).

(2) Besitzmittlung aufgrund kraft Gesetzes bestehender Rechtsbeziehungen

Vereinbart werden muss ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, § 930 BGB. Geht man von den Beispielen für Besitzmittlungsverhältnisse i.S.d. § 868 BGB aus, so überrascht die Einordnung einer Ehe als ein solches Rechtsverhältnis auf den ersten Blick. Die Fälle des Pächters, Mieters, Verwahrers sowie Nießbrauchs und Pfandrechts sind klassisches Vertrags- bzw. Sachenrecht aus dem zweiten und dritten Buch des BGB. Das Familienrecht befindet sich jedoch im vierten Buch des BGB. Besitzmittlungsverhältnisse beruhen grundsätzlich auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung und entstehen eben nicht kraft Gesetzes, wie dies bei der Eingehung der Ehe der Fall wäre.

Die Ehe wird gleichwohl, auch von dem OLG Nürnberg (Rn. 50 f.), als erfasstes „ähnliches“ gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis angesehen.³⁴ Dies ist stimmig, wenn man, unter Zugrundelegung des § 868 BGB, davon ausgeht, dass als („ähnliches“) Besitzmittlungsverhältnis jedes Verhältnis in Betracht kommt, vermöge dessen der unmittelbare Besitzer einem Dritten gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.³⁵ In einer Klausur sind davon ausgehend insgesamt drei

³² Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 929 Rn. 8.

³³ Ausführlicher wird auf diese unter 2. c) aa) eingegangen.

³⁴ Insbesondere BGH NJW 1979, 976 (977); Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 930 Rn. 34; Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 930 Rn. 7.

³⁵ Elzer, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 868 Rn. 9; Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 930 Rn. 5.

Umstände zu untersuchen: der zeitliche Aspekt, die Komponente des Besitzes und die fehlende Vereinbarung des Verhältnisses.

(a) Begrenzte Zeit

Die Ehe wird grundsätzlich auf Lebenszeit geschlossen, § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei den im § 868 BGB genannten Beispielen kommt die zeitliche Begrenzung der Berechtigung aber deutlich stärker zum Ausdruck, vgl. §§ 581 Abs. 1 S. 1 („während der Pachtzeit“), 535 Abs. 1 S. 1 („während der Mietzeit“), 695 BGB. Dennoch ist auch die Ehe, anders als etwa ein Überlassungsvertrag wie der Kaufvertrag, nicht auf eine unbegrenzte Dauer angelegt. Sie kann vielmehr durch den Tod eines Ehepartners oder durch Scheidung beendet werden, vgl. §§ 1371 Abs. 1 Hs. 1, 1564 BGB. Damit ist sie den genannten Beispielsfällen, bei denen ein Rechtsverhältnis ebenfalls auf unbestimmte Zeit eingegangen werden kann, doch sehr ähnlich, vgl. §§ 542 Abs. 1, 584 Abs. 1 BGB.³⁶ Es ist daher kein Hindernis, dass die konkrete Dauer der Ehe nicht von vornherein absehbar ist.

(b) Besitzberechtigung auch des anderen

Sodann gilt es zu überprüfen, ob ein Verhältnis vorliegt, aus dem auch der andere Ehepartner zum Besitz der Sache berechtigt wird. An dieser Stelle erlangt die Rechtspflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft i.S.d. § 1353 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB³⁷ Bedeutung.

Aus dieser Vorschrift werden – vergleichbar mit § 242 BGB – grundlegende Anforderungen herausgelesen, die sich wegen den Eigenheiten der Ehe nicht in präzisen Rechtssätzen erfassen lassen.³⁸ Um die Weiterentwicklung des Ehebildes nicht zu hemmen und die freie Gestaltung der jeweiligen Ehe durch die Eheleute nicht übermäßig zu determinieren ist die Norm nur restriktiv anzuwenden.³⁹ Eine der weitgehend⁴⁰ konzidierten Anforderungen besteht darin, dass die Ehegatten verpflichtet sind, sich gegenseitig die Benutzung der ehelichen Wohnung und des darin befindlichen Hausrats zu gestatten, auch wenn ein Ehegatte Alleineigentümer dieser Sachen ist (Rn. 51).⁴¹ Dieses Recht entsteht mit dem Zeitpunkt der Widmung der Gegenstände als Haushaltsgegenstände.⁴² Der Antragsgegner wäre damit auch als bisheriger Alleineigentümer dazu verpflichtet, der Antragsstellerin die Benutzung des Hausrats zu gestatten.

Dafür müsste es sich bei dem Pkw aber um Hausrat handeln. Bei flüchtiger Betrachtung mag hier die obige Verneinung der Hausratseigenschaft i.R.d. § 1361a BGB übertragen werden. Dies würde allerdings den unterschiedlichen zeitlichen Maßstab übersehen. Während bei § 1361a BGB der Zeitpunkt der Trennung für die Beurteilung der Eigenschaft maßgeblich ist, ist bei §§ 929, 930 BGB der Zeitpunkt der Verwirklichung des letzten Merkmals⁴³ und mithin i.R.d. § 930 BGB der Zeitpunkt der Einigung maßgeblich.⁴⁴

³⁶ Vgl. *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2025, § 868 Rn. 17 zur zeitlichen Komponente.

³⁷ Allgemein zu dieser *Hahn*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 1353 Rn. 3.

³⁸ *Hahn*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 1353 Rn. 3; *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1353 Rn. 18.

³⁹ BGH NJW 1979, 976 (977); *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1353 Rn. 21, 25; *Hahn*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 1353 Rn. 3.

⁴⁰ Teilweise wird aber auch nur von einer Nutzungsüberlassung und nicht von einer Besitzmittlung ausgegangen, darauf eingehend *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 930 Rn. 34.

⁴¹ *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 10. Aufl. 2025, § 1353 Rn. 35 m.w.N.

⁴² *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2026, § 1353 Rn. 589.

⁴³ Allgemein zum Zeitpunkt *C. Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, Vorbemerkung zu §§ 929 ff. Rn. 14.

⁴⁴ *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 930 Rn. 4.

Damit kommt es auf die Frage an, ob eine solche Eigenschaft im Moment der Einigung anzunehmen ist. Aus dieser ex-ante-Situation muss beurteilt werden, ob der Gegenstand bereits für den gemeinsamen Gebrauch als Haushaltsgegenstand bestimmt war oder ob vielmehr eine alleinige Nutzung durch einen Ehegatten beabsichtigt war.⁴⁵ Nach den Erklärungen des Antragsgegners war es bezweckt, den Pkw als gemeinsames Fahrzeug anzuschaffen und zu verwenden. Die tatsächliche weit überwiegend alleinige Nutzung durch die Antragsstellerin wie sie sich tatsächlich dann ex post darstellte, ist angesichts der gebotenen ex-ante-Betrachtung unbeachtlich.

(c) Vereinbarung bei Eheverhältnissen

Zweifel an dem Verhältnis i.S.d. § 930 BGB können sich dann noch daraus ergeben, dass das eheliche Besitzmittlungsverhältnis nicht „vereinbart“ wurde, sondern durch Gesetz zustande gekommen ist.

Zwar wird durch die Eheschließungserklärungen ein familienrechtlicher Vertrag unter Mitwirkung des Standesbeamten geschlossen (§ 1310 Abs. 1 S. 1 BGB),⁴⁶ gleichwohl ist damit das Besitzmittlungsverhältnis selbst, das aus diesem Vertrag nach § 1353 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB entsteht, nicht explizit vereinbart worden. In einer häufig zitierten Entscheidung des BGH heißt es entgegen⁴⁷ dem Wortlaut von § 930 BGB zu dieser Frage nur:

„Unerheblich ist, daß (sic!) das Besitzmittlungsverhältnis nicht durch Vereinbarung, sondern kraft Gesetzes entstanden ist.“⁴⁸

Methodisch vermag die Begründung in der Knappheit aber nicht zu überzeugen. Ergänzt wird dieser Gedanke in einer anderen BGH-Entscheidung zum Eltern-Kind Verhältnis als Besitzmittlungsverhältnis. Dort heißt es:

„Der Vereinbarung eines besonderen Besitzmittlungsverhältnisses bedarf es jedoch dann nicht, wenn bereits ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber besteht und es dem Willen der Beteiligten entspricht, daß (sic!) dieses Verhältnis sich auf die übereigneten Gegenstände erstreckt.“⁴⁹

Das OLG Nürnberg greift diesen Gedanken in seiner Entscheidung auf und verlangt, dass für ein *Vereinbaren* i.S.d. § 930 BGB die Beteiligten sich nur darüber einig zu sein haben, aus welchem Grund der Mitbesitz beim Veräußerer bleiben soll. Wenn die Ehegatten also mit Blick auf das Eheverhältnis den Besitz des Schlüssels beim veräußernden Ehemann belassen, so genügt das für die Herbeiführung des Eigentumsübergangs, wenn sie diese Rechtsfolge in den Blick genommen haben (Rn. 51).

Für eine gesetzesnahe Begründung mag ergänzend noch folgendes Argumentationsmuster hilfreich sein: Sieht man das Übergabeerfordernis i.R.d. § 929 S. 1 BGB als Prüfmerkmal für die Ernsthaftigkeit der Veräußererseite, so wird man diese Ernsthaftigkeit auch bei dem Übergabesurrogat des Besitzmittlungsverhältnis i.R.d. § 930 BGB fordern müssen.⁵⁰ Bei einer unbenannten Zuwendung im

⁴⁵ Vgl. *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.2.2026, § 1353 Rn. 601.

⁴⁶ *Hahn*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 1310 Rn. 14.

⁴⁷ A.A. wohl *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2026, § 930 Rn. 40 f.

⁴⁸ BGH NJW 1979, 976 (977).

⁴⁹ BGH NJW 1989, 2542; dazu *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 930 Rn. 19.

⁵⁰ Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 930 Rn. 16.

Rahmen eines Eheverhältnis ist diesem Erfordernis aber bereits mit der Einigung unter Bezugnahme bzw. Kenntnis⁵¹ des Besitzmittlungsverhältnisses genüge getan.

Insofern wird der Wortlaut des § 930 BGB teleologisch reduziert, um den mit der Norm beabsichtigten Zweck der Erleichterung von Verfügungen auch bei Ehepartnern erreichen zu können.

Letztlich geht es darum, einen Ausgleich für das im Rahmen der Übergabe insoweit problematische Erfordernis des Mitbesitzes zu schaffen. Im Rahmen von unbenannten Zuwendungen, die auf eine ehebezogene Nutzung der Gegenstände abzielen, ist es typisch, dass ein Mitbesitz beim Partner verbleiben soll. Die i.R.d. § 929 S. 1 BGB erforderliche Besitzaufgabe entspricht damit aber nicht dem Normalfall der Eherealität in Bezug auf unbenannte Zuwendungen. Auch wegen des sich aus § 1353 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB ergebenden Erfordernisses, Mitbesitz für alle Haushaltsgegenständen anzunehmen, ist § 930 BGB auf diese Fälle zu erstrecken. Denn die Übereignungsmöglichkeiten für Ehegatten, insbesondere i.R.d. § 929 S. 1 BGB, mit dem Erfordernis des vollständigen Besitzverlusts, würden sonst erheblich erschwert. Letzendes wird durch das Eheverhältnis als anerkanntes Besitzmittlungsverhältnis i.R.d. § 930 BGB ein Ausgleich hierfür geschaffen.

c) Kein Recht zum Besitz des Antragsstellers – § 242 BGB und Gegenansprüche

Im Anschluss an das Recht des Antragsgegners zum Mitbesitz geht das OLG Nürnberg noch auf die Frage der Dolo-Agit Einrede nach § 242 BGB ein (Rn. 54 f.). Unzulässig ist die Beanspruchung einer Leistung demnach dann, wenn diese sofort wieder zurückgewährt werden müsste.⁵²

aa) Unbenannte Zuwendungen und die *condictio indebiti*

Dabei prüft das Gericht kurz, ob ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gerichtet auf Rückübereignung in Betracht kommt (Rn. 55). Wenn die unbenannte Zuwendung als maßgebliches schuldrechtliches Rechtsgeschäft nichtig wäre, bestünde kein Rechtsgrund, die erhaltene Leistung zu behalten. Das OLG Nürnberg legt sich bei der Anspruchsgrundlage nicht fest (Rn. 55 f.); richtige Anspruchsgrundlage wäre insofern aber die klassische *condictio indebiti* gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Die Nichtigkeit könnte sich dabei aus einem Formmangel wegen fehlender Beurkundung ergeben, §§ 125 S. 1, 518 Abs. 1 S. 1 BGB analog.

§ 518 BGB gilt dabei in direkter Anwendung nur für die Schenkung. Der BGH geht aber davon aus, dass eine analoge Anwendung von § 518 BGB auch bei unbenannten Zuwendungen geboten ist.⁵³ Der Zweck von § 518 Abs. 1 BGB besteht vor allem darin, den Schenker davor zu warnen, dass er in objektiver Hinsicht keine Gegenleistung erhalten wird.⁵⁴

Der Charakter der gesetzlich nicht geregelten unbenannten Zuwendung liegt darin, dass Ehegatten Vermögenswerte übertragen, um die Grundlage für die gemeinsame Lebensführung zu schaffen, und daher erwarten, weiterhin an der Nutzung dieser Vermögensgegenstände im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft zu partizipieren.⁵⁵ Eine Schenkung ist bei Zuwendungen unter Ehegatten nur anzunehmen, wenn diese nach dem Willen der Ehegatten als echte Freigiebigkeit erfolgt und nicht an den Fortbestand der Ehe geknüpft ist.⁵⁶

⁵¹ Siehe dazu *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 930 Rn. 20.

⁵² *Sutschet*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 242 Rn. 87.

⁵³ BGH NJW 2020, 2024 (2028 Rn. 36).

⁵⁴ *Harke*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2026, § 518 Rn. 5.

⁵⁵ *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 516 Rn. 9; siehe auch umfassend zu verschiedenen Ansprüchen in diesem Problemkreis *Schwab*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 512 ff.

⁵⁶ BGH NJW 2008, 3277 (3278 Rn. 15); BGH NJW 2020, 2024 (2029 Rn. 41).

Der Unterschied erschöpft sich damit auf subjektiver Ebene, weshalb die Warnfunktion der notariellen Beurkundung auch hier in gleicher Weise relevant wird und eine analoge Anwendung des § 518 Abs. 1 BGB angesichts der fehlenden gesetzlichen Regelung der unbenannten Zuwendung geboten ist.⁵⁷

Dies wiederum erfordert aber auch, die Heilungsmöglichkeit des § 518 Abs. 2 BGB zur Anwendung zu bringen (Rn. 56). Das Bewirken in diesem Sinne ist dabei spätestens mit dem Leistungserfolg bzw. dem Eigentumsübergang der Schilder abgeschlossen.⁵⁸ Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB scheidet damit wegen eines bestehenden Rechtsgrundes in der Form der unbenannten Zuwendung aus.

bb) Weitere Ansprüche

Gleichwohl sind noch zwei weitere Ansprüche denkbar, die vom OLG Nürnberg nicht angesprochen wurden. Geht man nämlich von einer ehebedingten Zuwendung aus, so sind neben den Regelungen über die BGB-Gesellschaft und den Schenkungswiderruf,⁵⁹ folgende Anspruchsgrundlagen denkbar: Der Ausgleichsanspruch wegen Änderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bzw. ein Zugewinnausgleichsanspruch⁶⁰ und ein Anspruch aus Zweckverfehlungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, die sog. *condictio ob rem*).⁶¹

Beide basieren abstrakt formuliert auf der Idee, dass ein Ausgleich zu erfolgen hat, wenn die Erwartung des Fortbestands der Ehe als Anlass für die unbenannte Zuwendung sich nicht realisiert.⁶²

Im Falle des § 313 BGB ist der Fortbestand der Ehe die Geschäftsgrundlage für die Zuwendung.⁶³ Da die Ehe im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht geschieden war, scheidet ein solcher Anspruch aus.

I.R.d. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB kann der vereinbarte Zweck darin gesehen werden, das gemeinsame Leben zu verwirklichen und in diesem Rahmen dauerhaft an der Nutzung des zugewandten Gegenstands teilzuhaben.⁶⁴ Die Rechtsprechung geht aber regelmäßig schon von keiner Zweckabrede aus, weil das Scheitern der Ehe im Moment der Zuwendung regelmäßig nicht in die Überlegungen mit aufgenommen wurde und damit schon keine Zweckabrede vorliegt.⁶⁵ Danach würde § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB von vornerein ausscheiden. Voraussetzung ist jedenfalls, dass der Zweck nicht eintritt bzw. die Geschäftsgrundlage wegfällt.

IV. Internationales Privatrecht

Eine nähere Betrachtung verdient die vom OLG sehr knapp abgehandelte Frage des Formstatuts.

⁵⁷ BGH NJW 2020, 2024 (2029 Rn. 41); *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 516 Rn. 9a.

⁵⁸ Überblick *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 518 Rn. 6.

⁵⁹ Vgl. dazu *Buchholz/Schulz*, Jura 2024, 1067 f.

⁶⁰ Zum Verhältnis zwischen § 313 BGB und dem Zugewinnausgleichsanspruch *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 516 Rn. 10 m.w.N.

⁶¹ Zum Konkurrenzverhältnis (bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft), vgl. BGH NJW 2013, 2187 (2188 f. Rn. 17 ff., 36 f.); allgemein *Rauscher*, NZFam 2014, 298.

⁶² Vgl. dazu und zum bisherigen *Schwab/Dutta*, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 336 ff.

⁶³ *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, § 516 Rn. 10 und *Schwab/Dutta*, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 338 f. zu den weiteren Voraussetzungen.

⁶⁴ *Schwab/Dutta*, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 340.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 2010, 2884 (2886 Rn. 31); siehe auch BGH BeckRS 1982, 31077425; anders aber BGH FamRZ 1994, 503 (504); Überblick bei *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd.7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 519 f.

1. Ausführungen des OLG Nürnberg zum internationalen Privatrecht und Einordnung vor dem Hintergrund der EuGüVO

Das OLG geht davon aus, dass das für die Formwirksamkeit maßgebliche Sachrecht nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB bzw. Art. 11 Rom-I-VO zu ermitteln ist. Im Ergebnis wird die Frage nach dem anwendbaren Recht aber offengelassen, weil Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB ohnehin eingetreten sei, wenn man von der Geltung deutschen Rechts ausgehe. Auf das möglicherweise geltende Ortsrecht gem. Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 Rom-I-VO komme es daher nicht mehr an (Rn. 57). Diese Betrachtung greift u.E. jedenfalls in der Begründung zu kurz.

Zunächst ist festzuhalten, dass unter Berücksichtigung von ErwG 18 EuGüVO im Rahmen der gebotenen autonomen Auslegung, Schenkungen unter Ehegatten bzw. unbenannte Zuwendungen sowie andere Aspekte des sog. Nebengüterrechts im zeitlichen Anwendungsbereich der EuGüVO als güterrechtlich zu qualifizieren sind.⁶⁶ Erforderlich ist insofern lediglich, dass die Zuwendungen im Zusammenhang mit der Ordnung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten stehen.⁶⁷ Der Anwendungsbereich ist nach Art. 69 Abs. 3 EuGüVO für solche Ehen eröffnet, welche nach dem 29.1.2019 geschlossen wurden.

Die von der vor Inkrafttreten der EuGüVO in Deutschland herrschend vorgenommene vertragsrechtliche Qualifikation solcher Zuwendungen ist damit nicht mehr haltbar.⁶⁸ Diese sind nach Art. 1 Abs. 2 lit. c Rom-I-VO gerade aus dem Anwendungsbereich der Rom-I-VO ausgenommen.

2. Offene Fragen

In kollisionsrechtlicher Hinsicht stellen sich vor diesem Hintergrund zwei zentrale Fragen, welche über den konkreten Fall hinaus Bedeutung haben:

a) Welche Anforderungen sind in Fällen einer in den Anwendungsbereich der EuGüVO fallenden Zuwendung, im Bereich des Nebengüterrechts, an den notwendigen Auslandsbezug zu stellen?

Obwohl dies im Normtext der EuGüVO nicht angelegt ist, bedarf es unter Berücksichtigung der Kompetenznorm in Art. 81 Abs. 1 AEUV für die Anwendung der Verordnung eines grenzüberschreitenden Bezugs (vgl. ErwG 14 EuGüVO)⁶⁹. Hier wird aber im Allgemeinen ein sehr großzügiger Maßstab angelegt. Es wird insbesondere für hinreichend erachtet, wenn Vermögensgegenstände in einem anderen Staat belegen sind.⁷⁰

Ausgehend von diesem Maßstab ist u.E. auch bei Abschluss eines für das Nebengüterrecht relevanten Rechtsgeschäfts im Ausland der Anwendungsbereich der EuGüVO eröffnet. Denn auch dann

⁶⁶ Wiedemann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, EuGüVO Art. 1 Rn. 47; Looschelders, in: MüKo-BGB, Bd. 12, 9. Aufl. 2024, EuGüVO Art. 1 Rn. 17 m.w.N.

⁶⁷ v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 200; J. Weber, DNotZ 2016, 659 (666).

⁶⁸ Siehe hierzu Sanders, FamRZ 2018, 978 (979). In der in Rn. 57 zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf ging es um eine Schenkung durch Schwiegereltern. Die kollisionsrechtlichen Erwägungen des OLG Düsseldorf spielten sich noch vollständig im nationalen Kollisionsrecht im EGBGB ab, da der zeitliche Anwendungsbereich der Rom-I-VO (Art. 28 Rom-I-VO) noch gar nicht eröffnet war.

⁶⁹ Wiedemann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, EuGüVO Art. 1 Rn. 11. Teilweise wird die Frage des grenzüberschreitenden Bezugs auch unmittelbar bei Art. 25 EuGüVO im Sinne einer teleologischen Reduktion diskutiert, da die Sachnorm des Art. 25 Abs. 1 EuGüVO dem Wortlaut nach auch ohne grenzüberschreitenden Bezug Anwendung findet: Süß, in: Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 20 Rn. 139. Dies steht im Gegensatz zur Regelungstechnik bei anderen Sachnormen im IPR wie etwa Art. 32 EuErbVO, Art. 14 HUP oder Art. 12 S. 1 EGBGB.

⁷⁰ Looschelders, in: MüKo-BGB, Bd. 12, 9. Aufl. 2024, EuGüVO Art. 1 Rn. 4; R. Magnus, ZEuP 2018, 507 (529 f.).

können sich Fragen etwa im Hinblick auf die Form und Verfügungsverbote stellen, welche durch Kollisionsregeln bzw. diese ergänzende Sachnormen aufgelöst werden müssen.⁷¹

b) Inwieweit gilt Art. 25 EuGüVO auch für Zuwendungen unter Ehegatten im Bereich des Nebengüterrechts?

Geht man unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen davon aus, dass der Anwendungsbereich der EuGüVO eröffnet ist, so gelangt man zum entscheidenden Punkt:

Die EuGüVO hält im Hinblick auf die Form nur eine materiell-rechtliche Regelung in Art. 25 EuGüVO bereit.⁷² Demnach bedarf eine „Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand“ mindestens der Schriftform. Problematisch ist hierbei, dass für die Einhaltung dieser Mindestform keine Heilungsmöglichkeit durch Vollzug vorgesehen ist.⁷³ Art. 11 Rom-I-VO mit der für die Formwirksamkeit günstigen alternativen Anknüpfung an die *lex causae* oder das Ortsstatut findet im Anwendungsbereich von Art. 25 EuGüVO keine Anwendung.⁷⁴

Stark umstritten ist nun, wie Art. 25 EuGüVO im Hinblick auf das Nebengüterrecht zu interpretieren ist. Die Rechtsprechung hat sich hierzu bis jetzt nicht ausdrücklich geäußert.

Legt man die Norm eng aus und fasst nur güterrechtliche Vereinbarungen wie etwa den Ehevertrag deutschen Rechts (§ 1408 BGB) darunter⁷⁵, bleibt es bei der Formgültigkeit einer solchen Zuwendung. Im Ergebnis dürfte es dann bei der Anwendung von Art. 11 Rom-I-VO für die Frage der Formwirksamkeit bleiben.⁷⁶ Dies lässt sich inzwischen wahrscheinlich als überwiegende Auffassung bezeichnen und überzeugt u.E. auch aus teleologischer Perspektive. Denn die Mindestvorschrift macht nur vor dem Hintergrund Sinn, dass aufgrund divergierender Vorstellungen in den Mitgliedsstaaten über die rechtliche Zulässigkeit Akzeptanzprobleme bestehen könnten. Dies bezieht sich ausgehend von ErwG 48 EuGüVO nur auf Eheverträge im engeren Sinne, welche eine Regelung für das komplette Vermögen treffen.⁷⁷

Fasst man aber hierunter sämtliche Rechtsgeschäfte, die auch in den sachlichen Anwendungsbereich fallen⁷⁸, so ist die formlos erfolgte Zuwendung formunwirksam und rückabzuwickeln.

Eine Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand seitens des Gerichts wäre hier sehr wünschenswert gewesen. Das OLG Nürnberg hätte hier die Möglichkeit gehabt, für die Praxis erste Pflöcke einzuschlagen und für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.⁷⁹

⁷¹ Vgl. *R. Magnus*, ZEuP 2018, 507 (529 f.).

⁷² *Wiedemann*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, EuGüVO Art. 25 Rn. 3.

⁷³ *Andrae*, IPRax 2018, 221 (223).

⁷⁴ *Süß*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 28 Rn. 326.

⁷⁵ So etwa *Hertel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2025, EuGüVO Art. 25 Rn. 6; *Looschelders*, in: MüKo-BGB, Bd. 12, 9. Aufl. 2024, EuGüVO Art. 25 Rn. 5; *Hausmann*, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 134; *Dörner*, ZEV 2019, 309 (315); *Dutta*, FamRZ 2019, 1390 (1396). Dazu tendierend auch *Wever*, FamRZ 2019, 1289 (1294).

⁷⁶ So *Unger*, NZFam 2024, 121 (123).

⁷⁷ *Wiedemann*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2026, EuGüVO Art. 3 Rn. 11.1.

⁷⁸ So etwa *Andrae*, IPRax 2018, 221 (223); *Sanders*, FamRZ 2018, 978 (983); *Süß*, in: Dutta/Weber, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, 2017, S. 85 (97).

⁷⁹ Siehe *Budzikiewicz/Herr/Wever*, FamRZ 2021, 255 (259), die wegen der unklaren Folgen des Art. 25 Abs. 1 EuGüVO für das Nebengüterrecht ein gesetzgeberisches Tätigwerden für erforderlich erachten.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25¹

Keine „Heilung“ des Abhandenkommens durch Duldung der Besitzlage

Das Abhandenkommen einer Sache ist erst dann beendet, wenn der Eigentümer erneut Besitz an der Sache erlangt; der Umstand, dass der Eigentümer die durch das Abhandenkommen einer Sache begründete Besitzlage duldet, ändert nichts daran, dass die Sache abhandengekommen ist.

(Amtlicher Leitsatz)

BGB § 935 Abs. 1 S. 1

Stud. iur. Tijan Ballhausen, Mannheim*

I. Einleitung

Kaum ein Problem begegnet Studenten der ersten Semester in zivilrechtlichen Klausuren so häufig wie der gutgläubige Erwerb von Mobiliareigentum, der nicht selten an einem Abhandenkommen der Sache scheitert und in der Folge Fragen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung aufwirft. Umso bizarrer ist es, dass das Abhandenkommen zwar eine große Prominenz genießt, dessen Beendigung jedoch praktisch unbeleuchtet geblieben ist. In einem für das Studium höchst relevanten Urteil hat der BGH nun diese dogmatische Lücke näher beleuchtet, einen entsprechenden Leitsatz aufgestellt und als „Beifang“ Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und der Rechtscheinlehre bekräftigt. Der Fall als solcher gibt geradezu eine Mustervorlage für eine Fortgeschrittenenklausur in einem Ritt durch das halbe BGB ab, dennoch sollte sein Ursprung in den düstersten Kapiteln deutscher Geschichte zum Nachdenken anregen.

II. Sachverhalt (vereinfacht, Tatsachenfragen aufgelöst)

Der Kläger V, ein rechtsfähiger Verein der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas, ist Alleinerbe der verstorbenen A. Die gesamte Familie der A war zur Zeit des Nationalsozialismus, aufgrund der Zugehörigkeit zur Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas, schwerer Schikane und Verfolgung ausgesetzt. A sammelte zahlreiche Zeitzeugnisse über die Verfolgung ihrer Familie. Auf diese Weise entstand ein umfangreiches Archiv, das zugleich die nationalsozialistische Verfolgung der Zeugen Jehovas dokumentierte. Diese Gegenstände standen vollständig im Eigentum der A. Der Bruder B der A wertete später dieses Archiv aus und veröffentlichte ein Buch über die Verfolgung. Im Jahr 2001 bestimmte A den V testamentarisch wirksam zum Alleinerben. Nach dem Tod der A im Jahre 2005

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft und Philosophie an der Universität Mannheim und ist dort Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Grundlagen des Rechts (Lehrstuhlvertreter PD Dr. David Kästle-Lamparter). Die Anmerkung entstand im Rahmen eines Praktikums in der Arbeitsgruppe von Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht unter anderem in NJW 2026, 2490.

entfernte B widerrechtlich die Dokumente aus dem Haus der A; V erfuhr später davon und duldete dies. 2008 fragte das Museum M bei V an, ob das Archiv für museale Zwecke leihweise überlassen werden könne. V lehnte gegenüber M ab, informierte B per E-Mail über die Anfrage, wobei er B als möglichen Leihgeber ins Spiel brachte. M erhielt Kenntnis von der E-Mail des V an B, ohne jedoch selbst Empfänger zu sein. B verkaufte und übergab daraufhin im Jahr 2009 die Objekte, die er besaß, an M und sicherte diesem vertraglich zu, Eigentümer der Gegenstände zu sein.

Später klagte V gegen M auf Herausgabe der Gegenstände des Archivs aus § 985 BGB. Die Klage hatte vor dem Land- und dem Oberlandesgericht jedoch keinen Erfolg. Der Kläger verfolgte sein Herausgabebegehren mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision jedoch weiter.

III. Rechtliche Ausgangslage und Probleme

§ 935 Abs. 1 S. 1 BGB schließt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Mobiliareigentum nach §§ 932–934 BGB aus, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhandengekommen ist. Für bestimmte – hier nicht einschlägige – Mobilien macht § 935 Abs. 2 BGB im Interesse der höheren Verkehrsfähigkeit eine Rückausnahme hiervon. Das Abhandenkommen – der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes – lässt sich zumeist unproblematisch feststellen.² Mit dem unfreiwilligen Besitzverlust tritt die Sperrwirkung des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ein, sodass ein gutgläubiger Zweit- oder Dritterwerb grundsätzlich ausgeschlossen ist. Ungeklärt lässt § 935 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch, wie lange die Sperrwirkung fort dauert und unter welchen Voraussetzungen sie endet. Im vorliegenden Fall ist V als Alleinerbe der A nach § 1922 Abs. 1 BGB Eigentümer und zumindest nach § 857 BGB Erbenbesitzer der Gegenstände des Archivs geworden. Durch die Entwendung der Dokumente durch B aus dem Haus der A nach deren Tod sind diese V als Alleinerben abhandengekommen, da er unfreiwillig den Besitz an ihnen verloren hat. Somit war ein gutgläubiger Eigentumserwerb an den Dokumenten des Archivs während des Bestehens der Sperrwirkung des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nicht möglich. Zu klären ist daher, ob das Abhandenkommen durch spätere Kenntnis und Duldung von Bs Besitz seitens V nachträglich „geheilt“ worden ist, sodass B gegenüber M wirksam über das Eigentum verfügen konnte.

Ferner stellt sich die Frage, ob die bloße Duldung von Bs unmittelbarem Besitz durch V ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.v. § 868 BGB begründen und V dadurch erneut mittelbaren Besitz erlangen konnte. Ein Besitzmittlungsverhältnis setzt voraus, dass der unmittelbare Besitzer seinen Besitz in Anerkennung eines Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers ausübt, also einen Besitzmittlungswillen hat.³ Fraglich ist, ob hierfür schon das bloße Hinnehmen der Sachherrschaft durch V genügt oder ob es einer weitergehenden Erklärung bzw. eines entsprechenden Willens auf Seiten des B bedarf.

Zuletzt steht der Einwand im Raum, V könne sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf § 935 BGB berufen, weil er – durch die E-Mail im Jahre 2008 – in zurechenbarer Weise den Rechtschein gesetzt haben könne, dass B berechtigter Besitzer oder sogar Eigentümer der Dokumente gewesen sei.

² Statt aller *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 935 Rn. 3; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 935 Rn. 2.

³ *F. L. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 10. Aufl. 2026, § 868 Rn. 8.

IV. Lösung und Argumentation des BGH

Der BGH gelangt, entgegen den Vorinstanzen,⁴ zu dem Ergebnis, dass eine „Heilung“ der Sperrwirkung des Abhandenkommens durch reine Duldung der Besitzlage ausgeschlossen ist. Nach Auffassung des BGH besteht die Sperrwirkung des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB fort, bis der Eigentümer den Besitz an der Sache wiedererlangt.

„Das Abhandenkommen hindert den gutgläubigen Erwerb grundsätzlich dauerhaft. Einigkeit besteht daher darin, dass eine einmal abhandengekommene Sache auch von Zweit- oder Dritterwerbern dauerhaft nicht mehr gutgläubig erworben werden kann, soweit nicht einer der in § 935 Abs. 2 BGB geregelten Ausnahmetatbestände oder ein nicht rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb kraft Ersitzung (§ 937 BGB), Fund (§§ 973 f. BGB) bzw. Verbindung und Vermengung (§§ 946 ff. BGB) vorliegt [...].“⁵

Der *Senat* stellt fest, dass die Frage des nachträglichen Entfalls der Sperrwirkung in Rechtsprechung und Literatur bislang nur vereinzelt erörtert worden ist. Bereits 1924 hatte das Reichsgericht für einen vergleichbar gelagerten Fall entschieden, dass die Ausschlusswirkung erst mit der Wiedererlangung des Besitzes durch den Eigentümer endet; diesen Grundsatz macht sich der *Senat* zu eigen und zieht daraus den Umkehrschluss, dass eine bloße Duldung der Besitzlage hierfür nicht genügt.

„Das Reichsgericht hat entschieden, dass die Ausschlusswirkung des § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB dann endet, wenn die gestohlene Sache in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt, weil durch die Wiedererlangung der tatsächlichen Gewalt des Eigentümers die Folgen des Abhandenkommens wieder behoben werden (vgl. RG, WarnR 1925 Nr. 25).“⁶

Ferner stützt der BGH seine Auffassung auf die Entstehungsgeschichte der §§ 932 ff. BGB sowie die Grundwertung der Norm und bekräftigt damit die soeben dargestellte, schon vom Reichsgericht vertretene Auffassung als zutreffend.

„Dem historischen Gesetzgeber ging es mit den Vorschriften der §§ 932 ff. BGB um einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen dem redlichen Erwerbsprätendenten und dem Eigentümer sowie die Erhaltung der Verkehrsfähigkeit von beweglichen Sachen. Dem Gesetz liegt die Wertung zugrunde, dass der Eigentümer, der eine Sache – mithin den Besitz als Rechtsscheinträger – freiwillig aus der Hand gibt, auch die Gefahr einer unrechtmäßigen Verfügung zu tragen hat, während der Eigentümer, dem die Sache ohne seinen Willen entzogen ist, schutzbedürftig bleibt.“⁷

Der *Senat* verneint zudem, dass V durch die Duldung erneut mittelbaren Besitz und damit eine Rückkehr der Sache erlangt hat. Zum einen fehlt es bereits an einem Besitzmittlungsverhältnis i.S.v. § 868 BGB, weil bloßes Dulden im Rechtsverkehr grundsätzlich keinen Erklärungswert hat. Zum anderen soll B nach dem Vortrag der Beklagten bereits im Jahr 2005 gegenüber V das Eigentum am Archiv für

⁴ OLG Köln, Urt. v. 16.4.2025 – 18 U 57/24 = MDR 2025, 985; LG Bonn, Urt. v. 19.4.2024 – 1 O 311/22.

⁵ BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25, Rn. 13.

⁶ BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25, Rn. 14.

⁷ BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25, Rn. 15.

sich reklamiert haben; im Kaufvertrag mit M versicherte er zudem, Eigentümer des Archivs zu sein und frei über die Objekte verfügen zu können. Ein Besitzmittlungswille des B scheidet daher aus.

„Der Umstand, dass der Eigentümer die durch das Abhandenkommen einer Sache begründete Besitzlage duldet, ändert nichts daran, dass die Sache abhandengekommen ist. Denn bloßes Dulden hat – ähnlich wie das Schweigen [...] – im Rechtsverkehr grundsätzlich keinen Erklärungswert und vermag daher für sich genommen kein Besitzmittlungsverhältnis – etwa durch Begründung eines Leihvertrags – herbeizuführen.“⁸

Ob ein Rechtsmissbrauchseinwand gegen die Berufung auf ein Abhandenkommen im Anwendungsbereich des § 935 BGB überhaupt in Betracht kommt, ließ der *Senat* mangels Entscheidungserheblichkeit offen; daran bestünden aber bereits erhebliche Zweifel, weil der Einwand allein dem Schutz des gutgläubigen Erwerbers diene, dieser Schutz aber in §§ 932 ff. BGB abschließend geregelt sei. Offengelassen hat der *Senat* zudem, ob § 242 BGB nur innerhalb einer rechtlichen Sonderverbindung gilt – an der es zwischen V und M ohnehin fehlte. Jedenfalls aber habe die E-Mail des V aus dem Jahr 2008 kein rechtsmissbräuchliches Verhalten begründet: Sie habe sich inhaltlich ausschließlich auf die Leihanfrage des M bezogen und damit weder ein schutzwürdiges Vertrauen begründet noch einen zurechenbaren Rechtsschein zugunsten des M gesetzt; zudem sei sie an B und nicht an M gerichtet gewesen, sodass ihr Inhalt selbst bei späterer Kenntnisnahme durch M keinen Vertrauenstatbestand ihm gegenüber habe begründen können. Die Berufung des V auf das Abhandenkommen sei ihm daher nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt.⁹

Da die Duldung der Besitzlage für das Abhandenkommen mithin unerheblich ist, bleibt es nach dem BGH bei der Sperrwirkung des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB für die Dokumente des Archivs; das Berufungsurteil hat daher keinen Bestand und ist aufzuheben.

Da noch Feststellungen zum Alleineigentum der A, zur Wegnahme durch B und zur Gutgläubigkeit des M ausstehen, hat der *Senat* die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der hier zugrunde gelegte vereinfachte Sachverhalt unterstellt diese Fragen als geklärt.

V. Stellungnahme und Würdigung

Die Entscheidung überzeugt sowohl im Ergebnis als auch weitestgehend in ihrer dogmatischen Begründung und schließt die bislang nur vereinzelt erörterte dogmatische Lücke zur nachträglichen „Heilung“ des Abhandenkommens.¹⁰ Die auf die gesetzgeberische Grundwertung konzentrierte Argumentation sowie der normative Anschluss an das Reichsgericht vermögen das Ergebnis hinreichend zu stützen, dessen ungeachtet ermangelt das Urteil systematischer und rechtshistorischer Argumente, die im Folgenden nachgetragen werden.

Der bewusst formal-strikte Ansatz des BGH ist richtig. Auch der Wortlaut des § 935 Abs. 1 BGB bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein einmal eingetretenes Abhandenkommen nachträglich ohne Wiedererlangung des Besitzes wieder entfallen könnte. Die Sperrwirkung nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB endet nur durch tatsächliche Wiedererlangung des Besitzes, nicht durch bloßes Zuwarten oder Dulden der Besitzlage. Würde man demgegenüber auf einen bestimmten „Duldungszeitraum“ o.Ä.

⁸ BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25, Rn. 21.

⁹ BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25, Rn. 27.

¹⁰ *Klinck*, in: FS Lindacher, 2017, S. 179 (185 ff.), vor allem in Bezug auf eine Wiedererlangung des Besitzes ohne Bewusstsein der Eigentümerstellung.

abstellen, hätte dies erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge und genaue Grenzen müssten abermals durch die Rechtsprechung gezogen werden.

Insbesondere liefe eine „Heilung“ des Abhandenkommens durch Duldung darauf hinaus, dass dem Eigentümer, dem die Sache abhandengekommen ist, faktisch eine Rückforderungsobliegenheit aufgebürdet würde. Damit würde der Eigentümer unbillig belastet.

Darüber hinaus käme eine solche Konstellation der Sache nach einer „konkludenten Genehmigung des Abhandenkommens“ gleich – das Abhandenkommen ist jedoch seinerseits ein Realakt, auf den die rechtsgeschäftlichen Regeln über die Genehmigung (§§ 182 ff. BGB) keine Anwendung finden.¹¹ Würde der Duldung Heilungswirkung beigemessen, untergrübe dies die systematische Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und Realakt. In weiterer systematischer Betrachtung stellen die §§ 932 ff. BGB bereits eine gesetzliche Durchbrechung des römischrechtlichen Grundsatzes *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*¹² dar, während § 935 BGB diese Ausnahme punktuell wieder zurücknimmt. Würde man zugunsten der §§ 932 ff. BGB eine weitere ungeschriebene Einschränkung des § 935 Abs. 1 BGB neben den geschriebenen Ausnahmen des § 935 Abs. 2 BGB anerkennen, liefe dies der gesetzgeberischen Systementscheidung zuwider.

Wollte man die Duldung als Heilungsmöglichkeit anerkennen, würde man damit auch das subjektiv-voluntative Element im Tatbestand des § 935 Abs. 1 BGB, also die Unfreiwilligkeit des Abhandenkommens, in ein objektiv-faktisches Element ummünzen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Eigentümer zwar einen Willen gegen das Abhandenkommen hegt, aber diesem Willen tatsächlich keinen Ausdruck verleiht – mit der Heilung durch Duldung würde das objektive „Nicht-tätig-Werden“ damit nachträglich die subjektive Unfreiwilligkeit verdrängen. Eine Heilung des Abhandenkommens sollte daher auch aus diesem normsystematischen Gesichtspunkt ausgeschlossen sein. Dass sich aus dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung Probleme zulasten von Verkehrsschutzinteressen in Märkten mit regelmäßig schwieriger Provenienzfeststellung – wie z.B. dem Kunst- und Archivalienhandel – ergeben, ist hinzunehmen.

Aus Sicht des Rechtsverkehrs bedarf es zudem keiner Heilungsmöglichkeit durch Duldung: Wer im guten Glauben an die Eigentümerstellung des Veräußerers erwirbt, wird bereits durch §§ 932 ff. BGB geschützt; scheitert dieser Schutz an § 935 Abs. 1 BGB, ist das die vom Gesetzgeber gewollte Rechtsfolge. Wer dagegen weiß, dass der Veräußerer nicht Eigentümer ist, und sich stattdessen auf eine durch bloße Duldung vermittelte Verfügungsbefugnis verlässt, ist ohnehin nicht gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB; ein Vertrauen auf eine bloße Verfügungsbefugnis schützen §§ 932 ff. BGB gerade nicht. Selbst die punktuellen Ausnahmen, in denen das Recht ein Vertrauen auf eine fremde Verfügungsbefugnis schützt – wie § 366 Abs. 1 HGB im kaufmännischen Verkehr –, setzen deutlich mehr als bloßes Dulden voraus und sind hier ohnehin nicht einschlägig, weil B nicht als Kaufmann handelte. Auch eine Kenntnis des Erwerbers von der Duldung durch den Eigentümer begründet keine über die Gutgläubigkeit hinausgehende Schutzwürdigkeit; §§ 932 ff. BGB treffen insoweit eine abschließende Wertungsentscheidung.¹³ Ist der Fall anders gelagert und wird der Rechtsschein vom Eigentümer selbst unmittelbar gegenüber dem Erwerber gesetzt, so ließe sich eine Korrektur über § 242 BGB erwägen. In keinem Fall ist es jedoch notwendig, den Erwerber durch eine „Heilung“ des § 935 Abs. 1 BGB zu schützen.

¹¹ A.A. OLG Köln, Urt. v. 16.4.2025 – 18 U 57/24 = MDR 2025, 985.

¹² *Ulpian*, Digesten 50, 17, 54. Zu Deutsch etwa: „Niemand kann mehr Recht übertragen, als er selbst innehat.“

¹³ So auch schwach angedeutet BGH, Urt. v. 26.6.2026 – V ZR 92/25, Rn. 27.

Diese Grundwertung deckt sich auch mit den Materialien des historischen Gesetzgebers des BGB¹⁴ und ist im ersten Entwurf¹⁵, im zweiten Entwurf¹⁶ und schließlich in der Reichstagsvorlage¹⁷ gleichermaßen erhalten geblieben. Bereits in den „Motiven“ wurde auf eine ähnlich lautende Vorschrift im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (1861) verwiesen, deren Wertung übernommen wurde.¹⁸ Daraus lässt sich jedenfalls ein vorsichtiges Argumente silentio ableiten, wonach der Gesetzgeber eine Heilungsmöglichkeit gerade nicht vor Augen hatte. Auch das historische Urteil des Reichsgerichts hätte stärker inhaltlich aufgearbeitet werden können.¹⁹ Mit dem Begriff der „Furtivität“²⁰ knüpft es erkennbar an das römische Recht an. Nach der lex Atinia wurde eine gestohlene Sache (res furtiva) erst wieder ersatzungsfähig, wenn sie in die Gewalt des Eigentümers zurückgelangt war.²¹ Es legt unterschwellig eine Deutung nahe, nach der § 935 Abs. 1 BGB den Gedanken der iustitia correctiva²² zivilrechtlich verwirklicht: Der durch den unfreiwilligen Besitzverlust eingetretene Zustand zwischen Eigentümer und Dieb bleibt bestehen, solange die ursprüngliche besitzrechtliche Zuordnung der Sache nicht wiederhergestellt ist. Der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs dient in diesem Verständnis der Korrektur dieses erga omnes fortwirkenden Unrechts. Diesen rechtsphilosophischen Gedanken hätte das Urteil ebenfalls aufgreifen und entwickeln können.

Nicht zuletzt sei jedoch angemerkt, dass die Ablehnung eines Besitzmittlungsverhältnisses überzeugt: Ließe man bereits die bloße Duldung der Sachherrschaft durch den Berechtigten für § 868 BGB genügen, ließe die Sperrwirkung des § 935 Abs. 1 BGB gerade in den praktisch bedeutsamen Fällen leer, in denen der Berechtigte – wie im Streitfall aus familiärer Rücksichtnahme – zunächst von einem Herausgabeverlangen absieht. Ebenso überzeugt die Ablehnung eines durch die E-Mail des V an B gesetzten zurechenbaren Rechtsscheins gegenüber M und damit die Ablehnung eines Ausschlusses nach § 242 BGB.

Insgesamt fügt sich die Entscheidung überzeugend in die Systematik des § 935 BGB ein. Zugleich entwickelt sie die bereits vom Reichsgericht angelegte Linie konsequent fort und steht hinsichtlich der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre²³, der Rechtsscheinhaftung und des Verbots widersprüchlichen Verhaltens²⁴ im Einklang mit den Grundsätzen der Privatrechtsdogmatik. Die Entscheidung klärt damit eine bislang kaum behandelte dogmatische Frage und stärkt zugleich die Rechtssicherheit im Anwendungsbereich des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB.

¹⁴ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1888, S. 347–349.

¹⁵ Im ersten Entwurf noch § 879 S. 2 BGB E I.

¹⁶ Im zweiten Entwurf noch § 848 BGB E II.

¹⁷ In der Reichstagsvorlage noch § 919 BGB RegE.

¹⁸ Art. 306 Abs. 4 ADHGB, als Ausnahme zum vorherstehenden gutgläubigen Erwerb: „Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.“

¹⁹ RG, WarnR 1925 Nr. 25, S. 35–36.

²⁰ Siehe RG, WarnR 1925 Nr. 25, S. 36, wo es heißt: „Ihre Eigenschaft als gestohlen (ihre Furtivität [Verf.: von lat. furtum, Diebstahl]) kann erst als beseitigt und erledigt gelten, sobald als die Sache wieder in die tatsächliche Gewalt des Eigentümers zurückgeführt ist, womit für das Besitzverhältnis an der Sache die Folgen des Diebstahls wieder behoben sind.“

²¹ Paulus, Digesten 41, 3, 4, 6.

²² Zu Deutsch: Ausgleichende Gerechtigkeit. Geht zurück auf: Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1131b–1132b.

²³ Vgl. Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Vor § 116 Rn. 8; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 133 Rn. 9.

²⁴ Vgl. Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2025, § 242 Rn. 426–428; Sutschet, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2026, § 242 Rn. 131.

Entscheidungsbesprechung

BVerwG, Urt. v. 26.3.2025 – 6 C 6.23¹

Kein Verwaltungsrechtsweg für Rechtsschutz gegen schlichten Parlamentsbeschluss

1. Die Annahme einer nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entzogenen Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art setzt nicht voraus, dass ausschließlich Verfassungsrechtssubjekte beteiligt sind (sogenannte doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Maßgeblich ist vielmehr, ob es im Kern des Rechtsstreits um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht.
2. Begehren Einzelpersonen Rechtsschutz gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss, das heißt eine allgemeine politische Willensäußerung des Parlaments ohne rechtliche Verbindlichkeit, handelt es sich generell um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, für die nicht der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, sondern ausschließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit zuständig ist.
3. Die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 VVG gilt nicht im Verhältnis von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit.

(Amtliche Leitsätze)

VwGO § 40 Abs. 1 S. 1

VVG § 17a Abs. 5

Wiss. Mitarbeiter Max Benjamin Hopp, B.A., Wiss. Mitarbeiter David Neuhoﬀ, München*

I. Einführung

Seit geraumer Zeit geht das „Phantom der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“² in Klausurbearbeitungen und Lehrbüchern zum Verwaltungsprozessrecht³ um. Nach der Formel der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn auf beiden Seiten unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte streiten und inhaltlich der Kern des Rechtsstreits im Verfassungsrecht liegt.⁴ Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht eröffnet; es bleibt dem Rechtsschutzsuchenden allenfalls der Gang zu den Verfassungsgerichten.

* Max Benjamin Hopp ist Rechtsreferendar am Oberlandesgericht München und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie an der LMU München. David Neuhoﬀ ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der LMU München.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BVerwGE 185, 242.

² Bethge, JuS 2001, 1100 (1100).

³ Siehe etwa Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 11 Rn. 49 ff.; Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, Studienkommentar, 4. Aufl. 2021, VwGO § 40 Rn. 65; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 213; Mann/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 129.

⁴ Statt vieler Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 11 Rn. 49.

Die bemerkenswerte Persistenz, mit der sich diese Zuständigkeitsabgrenzung der Verwaltungs- von der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur in der Ausbildung, sondern auch in der Judikatur der Instanzgerichte⁵ hält, mag den auf den ersten Blick überraschenden Begründungsaufwand erklären, mit dem das BVerwG in seinem Urteil vom 26.3.2025 die Formel von der doppelten Verfassungs-unmittelbarkeit zurückweist. Denn von ihr hat das Gericht schon seit Längerem Abstand genommen. Während sich in der frühen, freilich nicht stets einheitlichen Rechtsprechung des BVerwG als maßgebliches Kriterium die Frage etabliert hat, ob das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geformt ist,⁶ hat das BVerwG in den 70er-Jahren im Sinne einer doppelten Verfassungs-unmittelbarkeit bisweilen als weiteres Kriterium angeführt, dass dem Verfassungsrecht „nur die Rechtsbeziehungen von Verfassungsorganen oder am Verfassungsleben beteiligten Organen zueinander zuzurechnen [sind], nicht aber diejenigen zwischen dem Bürger [...] und dem Staat“⁷. Diese ohnehin nicht konsequent verfolgte Linie⁸ gab das Gericht in seiner jüngeren Rechtsprechung stillschweigend wieder auf und stellte nur noch auf den materiellen Gehalt der Streitigkeit ab.⁹

Nunmehr scheint sich das BVerwG auf die sog. materielle Subjektstheorie festgelegt zu haben:¹⁰ Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art seien demnach nur solche, bei denen es „im Kern des Rechtsstreits um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht“¹¹.

Der Beitrag stellt zunächst den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt und die Prozessgeschichte dar (II.). Sodann werden zur Kontextualisierung der Entscheidung die zur Auslegung des Kriteriums der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO im Wesentlichen vertretenen Ansichten skizziert (III.). Es folgt eine Analyse der Argumentation des BVerwG sowie der aus der neuen Rechtsprechung resultierenden verfassungsdogmatischen und verfassungspraktischen Folgen (IV.). Vor diesem Hintergrund schließt der Beitrag mit einer Empfehlung zum Umgang mit dem Kriterium der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit in Fallbearbeitungen (V.).

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 17.5.2019 fasste der Deutsche Bundestag auf gemeinsamen Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen den Beschluss „Der BDS-Bewegung entschlossen entgegen-treten – Antisemitismus bekämpfen“.¹² Darin ordnete der Bundestag Argumentationsmuster und Methoden der „Boycott, Divestment and Sanctions“-Bewegung (BDS-Bewegung) als antisemitisch ein. Zusätzlich begrüßte er, dass zahlreiche Gemeinden bereits beschlossen hätten, der BDS-Bewegung finanzielle Unterstützung und die Vergabe kommunaler Räume zu verweigern, und beschloss selbst,

⁵ Exemplarisch VG Berlin NVwZ 2023, 1107 (1108); VG Berlin, Urt. v. 7.10.2021 – VG 2 K 79/20 = BeckRS 2021, 29696 Rn. 31; OVG Berlin-Brandenburg LKV 2011, 566 (566); OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2017, 126 (126); OVG Berlin-Brandenburg LKV 2024, 508 (508); OVG Saarlouis, Beschl. v. 20.5.2016 – 2 E 113/16 = BeckRS 2016, 138846 Rn. 3; VGH München, Urt. v. 17.12.2012 – 10 BV 09.2641 = BeckRS 2013, 49007 Rn. 56; offengelassen durch OVG Münster, Urt. v. 19.3.2019 – 4 A 1361/15 = BeckRS 2019, 5666 Rn. 51.

⁶ In dieser Deutlichkeit zuerst BVerwGE 24, 272 (279).

⁷ BVerwGE 36, 218 (228). So auch BVerwG NJW 1976, 637 (638); BVerwGE 51, 69 (71).

⁸ Vgl. Reimer, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 94.

⁹ So das BVerwG selbst, BVerwGE 185, 242 (249). Vgl. hierzu etwa BVerwGE 109, 258 (259); 116, 234 (237); 128, 99 (101 f.); BVerwG NVwZ 2017, 56 (57); BVerwGE 164, 368 (373).

¹⁰ Umfassend bestätigend BVerwGE 185, 285; in diese Richtung, wenngleich verkürzt auch BVerwG NVwZ 2025, 2028 (2029).

¹¹ BVerwGE 185, 242 (252); freilich vom BVerwG nicht explizit als materielle Subjektstheorie benannt.

¹² Zum Antrag vgl. BT-Drs. 19/10191, zur Annahme vgl. BT-Prot. 19/102, S. 12489.

Räumlichkeiten und Einrichtungen, die unter Bundestagsverwaltung stehen, der BDS-Bewegung nicht zur Verfügung zu stellen. Ferner forderte der Bundestag die Bundesregierung auf, keine Veranstaltungen der BDS-Bewegung zu unterstützen, beschloss selbst, keine Organisationen finanziell zu fördern, die das Existenzrecht Israels in Frage stellen, und rief Länder, Städte und Gemeinden und alle öffentlichen Akteure dazu auf, sich dieser Haltung anzuschließen.

Gegen diesen Parlamentsbeschluss erhoben die Kläger, allesamt Unterstützer der BDS-Kampagne, Klage zum VG Berlin mit dem Antrag, den Beschluss für mit ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 GG, 9 Abs. 1 GG sowie Art. 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 EMRK unvereinbar und nichtig zu erklären. Das VG Berlin hielt den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet, wies die Klage jedoch als teilweise unzulässig und im Übrigen als unbegründet ab.¹³ Die Berufung der Kläger hiergegen wies das OVG Berlin-Brandenburg zurück.¹⁴ Bei der Klage von Privatpersonen gegen einen schlichten Parlamentsbeschluss handele es sich um eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art; daher sei bereits der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet. Dies sei, obwohl das VG den Verwaltungsrechtsweg angenommen habe, vom OVG zu prüfen. Denn § 17a Abs. 5 GVG sei auf das Verhältnis zwischen der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit nicht anwendbar. Den Rechtsansichten des OVG schloss sich das BVerwG an und wies die vom OVG zugelassene Revision der Kläger zurück.

III. Kontextualisierung

Die Auslegung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bereitet Schwierigkeiten. In einer früheren Entscheidung sprach das BVerwG gar davon, dass das, was hierunter zu verstehen sei, „sich nicht ganz eindeutig abgrenzen“ lasse, weshalb einer „mehr praktischen Abgrenzung“ der Vorzug zu geben sei.¹⁵ Neben der Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit sind im Wesentlichen drei Zugriffe auf die Abgrenzung der nichtverfassungsrechtlichen von der verfassungsrechtlichen Streitigkeit denkbar.

1. Formelle Theorie: Zuweisung an die Verfassungsgerichtsbarkeit

Nach der sog. formellen Theorie liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn sich die Zuständigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit aus einer ausdrücklichen Regelung ergibt (Enumerationsprinzip, vgl. § 13 BVerfGG), eine nichtverfassungsrechtliche, wenn dies nicht der Fall ist.¹⁶ Hiergegen streiten indes bereits der Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, der von „nichtverfassungsrechtlichen“ (und nicht: „nichtverfassungsgerichtlichen“) Streitigkeiten spricht, und die Regelungssystematik: § 40 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwGO schließt Streitigkeiten, die ausdrücklich den Verfassungsgerichten zugewiesen sind, ohnehin vom Verwaltungsrechtsweg aus, sodass bei formeller Abgrenzung das Kriterium der nichtverfassungsrechtlichen Art überflüssig wäre.¹⁷ Im Ergebnis besteht daher Einigkeit, dass der

¹³ VG Berlin, Urt. v. 7.10.2021 – VG 2 K 79/20 = BeckRS 2021, 29696.

¹⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.6.2023 – OVG 3 B 44/21 = NVwZ 2023, 1928.

¹⁵ BVerwGE 24, 272 (279).

¹⁶ *Wertenbruch*, DÖV 1959, 506 (507); in diese Richtung wohl auch BVerwGE 3, 30 (33). Eine formelle Abgrenzung lag noch den Gesetzen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der amerikanischen Besatzungszone zugrunde, vgl. etwa § 22 Abs. 1 VGG Bayern (Bayerisches GVBl. 1946, S. 281 ff.): „Das Verwaltungsgericht entscheidet über die Anfechtung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden und von sonstigen Verwaltungsakten (Verwaltungssachen) sowie in sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts (Parteistreitigkeiten) [...]. Parlamentarische Wahlprüfungen und sonstige in den Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit fallende Streitsachen gehören nicht zur verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit.“

¹⁷ *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 134; *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 41; *Schenke*, AöR 131 (2006), 117 (119).

Begriff der Verfassungsstreitigkeit, auf den § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO (negativ) Bezug nimmt, weiter als die formellen verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten reicht.¹⁸ Dies zeitigt die Konsequenz, dass es öffentlich-rechtliche Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art gibt, die weder von den Verfassungsgerichten (mangels ausdrücklicher Zuweisung) noch von den Verwaltungsgerichten (wegen § 40 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO) entschieden werden, mit anderen Worten nicht justiziabel sind.¹⁹

2. Materielle Theorien

Näher liegt es, auf den materiellen Gehalt der Streitigkeit abzustellen.²⁰ Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit im materiellen Sinne ließe sich bereits dann annehmen, wenn über Verfassungsrechtsätze gestritten wird. Eine solche extensive Auslegung vermag jedoch nicht zu überzeugen, da bei nahezu jeder Streitigkeit mit staatlicher Beteiligung über Verfassungsrechtssätze – am prominentesten wohl das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die Grundrechte vor dem Hintergrund des durch die Elfes-Entscheidung des BVerfG etablierten lückenlosen Grundrechtsschutzes²¹ – gestritten wird. Insofern ist nicht jeder Streit über den Sinn eines Verfassungsartikels ein Verfassungsstreit.²² Dieses Verständnis liegt auch § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zugrunde, wonach die Verfassungsbeschwerde grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs (bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten: des Verwaltungswegs) erhoben werden kann.²³

In restriktiver Auslegung wird eine Streitigkeit ihrem materiellen Gehalt nach dem Verfassungsrecht zugeordnet, wenn „die Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlicher Normen den eigentlichen Kern des Rechtsstreits bilden“²⁴, „spezifisch auf formelles Verfassungsrecht bezogenes Recht die Streitsache maßgeblich prägt“²⁵ oder die begehrte Entscheidung „in Sachen der materiellen Verfassung“²⁶ – das ist „die rechtliche Substanz, auf die hin das Staatsgrundgesetz als die rechtliche Form angelegt ist“²⁷ – ergeht. Derartige materielle Theorien im engen Sinne sehen sich mit dem Problem der mangelnden Konturenschärfe ihrer Abgrenzungskriterien konfrontiert.²⁸

3. Materielle Subjektstheorie

Nach der auf Ehlers zurückgehenden materiellen Subjektstheorie liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn der Rechtsschutzgegner ein Verfassungsrechtssubjekt ist, das als solches ver-

¹⁸ Bethge, JuS 2001, 1100 (1100); Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 94 Rn. 2; Weber, JuS 2026, 27 (27).

¹⁹ Bethge, JuS 2001, 1100 (1100); Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 135. Dies geht auch aus der Regierungsbegründung zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO hervor, vgl. dazu BVerwGE 185, 242 (250).

²⁰ In diese Richtung auch BVerfGE 62, 295 (313).

²¹ BVerfGE 6, 32 (36 f.).

²² So bereits Thoma, AöR 43 (1922), 267 (283), freilich noch für die Auslegung der Weimarer Reichsverfassung.

²³ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 133.

²⁴ Redeker/Kothe/v. Nicolai, in: Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 40 Rn. 3.

²⁵ Lerche, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1997, S. 79 (85).

²⁶ Schmelter, Rechtsschutz gegen nicht zur Rechtsetzung gehörende Akte der Legislative, 1977, S. 163.

²⁷ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, § 15 Rn. 187.

²⁸ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 143; Schenke, AöR 131 (2006), 117 (123, 128); Weber, JuS 2026, 27 (28).

pflichtet werden soll.²⁹ Verfassungsrechtssubjekt sind dabei alle Stellen und Personen der Staatsorganisation, die durch das Verfassungsrecht errichtet und organisiert werden.³⁰ „Als solches“ wird ein Verfassungsrechtssubjekt in Anspruch genommen, wenn es um „das Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjektes als solches, d.h. gerade um dessen (materielle) verfassungsrechtliche Funktionen“³¹ geht. Den Zweck des Erfordernisses der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO sieht die materielle Subjektstheorie darin, dass in Ausführung ihrer verfassungsrechtlichen Organstellung ergangene Akte von Verfassungsrechtssubjekten, unabhängig davon, durch wen sie angegriffen werden, der Jurisdiktion der Fachgerichte entzogen und allenfalls der Kontrolle der Verfassungsgerichte unterworfen sein sollen.³² Trotz ihres im Ergebnis überzeugenden teleologischen Gehalts sieht sich auch die materielle Subjektstheorie mit dem Problem fehlender definitorischer Trennschärfe konfrontiert (hierzu näher unten IV. 4.).

IV. Analyse

Es interessieren zunächst die Ausführungen des BVerwG zur Prüfkompentenz des OVG über die Frage, ob der beschrittene Verwaltungsrechtsweg zulässig ist (1.). Sodann wird die inhaltliche Argumentation des BVerwG nachgezeichnet und analysiert (2.). Zunächst geht das Gericht auf die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ein und erläutert, inwiefern Wortlaut, Systematik und Historie hiergegen sprechen (2. a)). Anschließend wird allein mithilfe von Sinn und Zweck des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO für die materielle Subjektstheorie argumentiert (2. b)). Daraufhin ordnet der Beitrag diese Rechtsprechungsneuerung hinsichtlich ihrer verfassungsdogmatischen und -praktischen Implikationen ein (3.). Schließlich wird die Subsumtionsfähigkeit der neuen Formel in den Blick genommen (4.), zunächst anhand des Urteils selbst (4. a)), sodann anhand weiterer ausgewählter Grenzfälle (4. b)).

1. Keine Anwendbarkeit des § 17a Abs. 5 GVG

Eingangs hebt das BVerwG hervor, dass das OVG zu Recht geprüft hat, ob der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist. Denn §§ 17 ff. GVG und damit die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 GVG, die durch § 173 S. 1 Hs. 1 VwGO zwar grundsätzlich in Bezug genommen werden, fänden im Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit keine Anwendung.³³ Es sei, so die gefestigte Rechtsprechung des BVerwG zu §§ 17 ff. GVG im Allgemeinen, mit der Verfassungsorganstellung von Verfassungsgerichten nicht vereinbar, aufgrund der Verweisung eines Fachgerichts Bindungen zu unterliegen und unter Umständen Fragen des einfachen Rechts entscheiden zu müssen.³⁴ Überzeugt diese Argumentation mit Blick auf Verweisungsentscheidungen nach § 17a Abs. 2 GVG, die ausweislich des S. 3 für das Gericht, an das verwiesen wird, bindend sind, bereitet ihre Übertragung auf die Prüfungssperre des § 17a Abs. 5 GVG Schwierigkeiten. Denn die Normadressaten des § 17a Abs. 5 GVG sind nur die Rechtsmittelgerichte desselben Rechtswegs. Aus Gründen der syste-

²⁹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 144; Sodan, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 40 Rn. 215; Wöckel, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2026, § 40 Rn. 21.

³⁰ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 145.

³¹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 151.

³² Vgl. Schenke, AöR 131 (2006), 117 (129 f.).

³³ BVerwGE 185, 242 (246).

³⁴ BVerwG, Beschl. v. 27.8.2012 – 3 PKH 5.12 = BeckRS 2012, 57323 Rn. 14.

matischen Kohärenz mag es freilich begrüßenswert sein, eine partielle (Nicht-)Anwendbarkeit des § 17a GVG bei Abgrenzungsfragen zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit zu vermeiden. Demnach ließe sich § 17a GVG als Norm verstehen, die nur die Abgrenzung der Zuständigkeiten der in Art. 95 Abs. 1 GG genannten, einander gleichgestellten Gerichtszweige anspricht, eine Konzeption, zu der das hier betroffene Verhältnis zwischen Verwaltungsrechtsweg und Verfassungsgerichtsbarkeit nicht passt.³⁵ Zwingend ist ein Gleichlauf der Anwendungsbereiche von § 17a Abs. 2 und Abs. 5 GVG jedenfalls nicht.³⁶ Ausschlaggebend dürfte vielmehr sein, dass das § 17a Abs. 5 GVG zugrundeliegende prozessökonomische Telos³⁷ in solchen Fällen geringer als die materiell richtige Einordnung zu werten ist: Während die Fachgerichte eine umfassende Nachprüfungskompetenz haben, ist das BVerfG auf die Prüfung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt.³⁸

2. Die Auslegung des Begriffs der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit

a) Ablehnung der Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit

Im Rahmen der Auslegung des Begriffs der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO stellt das BVerwG anfangs knapp fest, dass der Wortlaut keinerlei Argumentationsmaterial für die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit bietet.³⁹ Auch aus der Gesetzeshistorie ließe sich eine solche Aussage nicht entnehmen.⁴⁰ Insofern ist dem BVerwG nichts hinzuzufügen. Interessanter ist die Aussage, dass „[j]edenfalls seit der Einführung der Verfassungsbeschwerde“ auch aus systematischer Sicht der „auf die Zeit der Weimarer Republik zurückgehenden Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit [...] eine argumentative Grundlage“⁴¹ fehle. Dieses zugleich historische Argument wirft Fragen nach dem Ursprung der Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit und ihrem Einzug in die nachkriegsdeutsche Rechtswissenschaft auf.⁴²

Tatsächlich findet sich ihr Ursprung in der Weimarer Republik, wo sie zur Bestimmung der Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich (StGH) herangezogen wurde. Der StGH war u.a. zuständig für Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, wenn dort keine Gerichtsbarkeit zu ihrer Erledigung bestand, Art. 19 Abs. 1 Var. 1 WRV.⁴³ Da es in Anbetracht der fehlenden Verfassungsbeschwerde in der Weimarer Reichsverfassung weitgehende Einigkeit darüber gab, dass der Weg zum StGH dem einfachen Bürger verschlossen bleiben sollte,⁴⁴ setzte die herrschende Literatur für das Vorliegen einer Verfassungsstreitigkeit sowohl den Streit um verfassungsrechtliche Normen als auch die Beteiligung der obersten Staatsorgane voraus.⁴⁵ Es entsprach dem damaligen Ver-

³⁵ So OVG Berlin-Brandenburg DtZ 1996, 252 (252); OVG Berlin-Brandenburg LKV 2011, 566 (566).

³⁶ Vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 24.5.2024 – 5 BN 2.23 = BeckRS 2024, 17547 Rn. 29.

³⁷ Hierzu Gerhold, in: BeckOK GVG, Stand: 15.5.2026, § 17a Rn. 16.

³⁸ In diese Richtung OVG Berlin-Brandenburg LKV 2011, 566 (566). Methodisch überzeugend dürfte die Nichtanwendung des § 17a Abs. 5 GVG somit im Wege einer teleologischen Reduktion zu begründen sein.

³⁹ BVerwGE 185, 242 (249 f.).

⁴⁰ BVerwGE 185, 242 (250); siehe hierzu bereits Fn. 19.

⁴¹ BVerwGE 185, 242 (250).

⁴² Ausführlich hierzu Hopp/Neuhoff, in: Reichenthaler, Zwischen staatlicher Macht und Vorherrschaft des Rechts (in Vorbereitung).

⁴³ Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, RGBl. 1919, S. 1383.

⁴⁴ Vgl. dazu nur Thoma, in: Schreiber, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, S. 179 (184); Anschütz, Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl. 1933, Art. 19 Anm. 5.

⁴⁵ Locus classicus Thoma, AöR 43 (1922), 267 (283); siehe auch Friesenhahn, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 534 m.w.N.

ständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit, dass diese allein die innere Staatswillensbildung kontrollieren sollte.⁴⁶ Der Rechtsschutz des Bürgers auf der anderen Seite war den Verwaltungsgerichten anvertraut.⁴⁷

Nach Einführung der VwGO im Jahr 1960 griff man für die Definition der Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.R.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO auf dieses Begriffsverständnis zurück,⁴⁸ das schließlich auch Einzug in die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte fand.⁴⁹ Dieses Vorgehen ist – wie auch das BVerwG meint – in der Tat nicht überzeugend: Denn erstens ist mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde durch das Grundgesetz das Grundverständnis von Verfassungsgerichtsbarkeit ein anderes als zur Entstehungszeit der Formel.⁵⁰ Zweitens ist der Regelungskontext ein anderer: Die Diskussion in der Weimarer Republik betraf eine Frage der positiven Zuständigkeitsbegründung des Staatsgerichtshofs, im Rahmen der Norm des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO geht es jedoch um eine Rechtswegfrage. Sie will Verfassungsstreitigkeiten vom Verwaltungsrechtsweg ausschließen, ungeachtet dessen, ob dieser Bereich von der Verfassungsgerichtsbarkeit abgedeckt wird oder nicht;⁵¹ diese ratio war der Diskussion um Art. 19 Abs. 1 Var. 1 WRV freilich vollständig fremd.

b) Argumentation für die materielle Subjektstheorie

Im Rahmen der teleologischen Auslegung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO kommt das BVerwG dann zum Kernstück seiner Argumentation: Das Handeln und die Willensbildung oberster Staatsorgane in Wahrnehmung ihrer spezifischen verfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten solle nicht der fachgerichtlichen, sondern ausschließlich der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁵² Dieses Regelungsziel folge, so das BVerwG, „aus der Entscheidung des Grundgesetzes für die Einführung einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem BVerfG als einem allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständigen und unabhängigen Gerichtshof des Bundes“.⁵³ Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über die Reichweite verfassungsrechtlicher Kompetenzen von obersten Staatsorganen seien demnach ein „Übergriff auf den der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehaltenen Zuständigkeitsbereich“.⁵⁴

Diesen konturiert es mithilfe einer Passage aus der Status-Denkschrift des BVerfG aus dem Jahr 1952: Demnach habe „sie [das ist die Verfassungsgerichtsbarkeit] allein es mit einer besonderen Art von Rechtsstreitigkeiten, nämlich den ‚politischen‘ Rechtsstreitigkeiten zu tun. Unter politischen Rechtsstreitigkeiten seien dabei solche Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, bei denen über politisches Recht gestritten und das Politische selbst anhand der bestehenden Normen zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht werde.“⁵⁵

⁴⁶ Thoma, in: Schreiber, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, S. 179 (184).

⁴⁷ So insb. auch der Staatsgerichtshof des Deutschen Reichs, der sich nicht berufen sah, „anstelle eines Reichsverwaltungsgerichts jedem Staatsbürger Rechtsschutz in öffentlichen Angelegenheiten zu gewähren“, siehe StGH, L.S. I S. 311 = RGZ 121, Anh. 8 (11); Hofmann, Die Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes nach Art. 19 der Reichsverfassung, 1933, S. 13.

⁴⁸ So etwa Eyermann/Fröhler, VwGO, Kommentar, 1960, § 40 Rn. 62; so bereits zu § 22 Abs. 1 der Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung (ABl. der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, 1948, S. 799 ff.) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 1955, S. 440.

⁴⁹ Erstmals OVG Hamburg DVBl 1967, 86 (86); sodann BVerwGE 36, 218 (227 f.).

⁵⁰ So insb. auch Sodan, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2025, § 40 Rn. 194.

⁵¹ Siehe hierzu oben III. 1.

⁵² BVerwGE 185, 242 (250).

⁵³ BVerwGE 185, 242 (250).

⁵⁴ BVerwGE 185, 242 (251).

⁵⁵ BVerwGE 185, 242 (251); vgl. auch BVerfG JöR nF 6 (1957), 144 (144 f.).

Die Inbezugnahme eines der kontroversesten Aspekte der von der Verfassungsrechtswissenschaft weitgehend einhellig als verfassungsrechtlich übergriffig bewerteten Schrift⁵⁶ mag ein wenig verwundern.⁵⁷ Überdies verstellt sie den Blick darauf, dass es bei der durch das BVerwG adaptierten materiellen Subjektstheorie nicht um den Schutz eines verfassungsgerichtlichen Kontrollmonopols, sondern um den Schutz des Rechtsschutzgegners geht: In Ausführung ihrer verfassungsrechtlichen Organstellung ergangene Akte von Verfassungsrechtssubjekten sollen der Jurisdiktion der Fachgerichte entzogen sein.⁵⁸ Das ergibt sich aber nicht, wie das BVerwG behauptet, aus der Entscheidung des Grundgesetzes für die Einführung einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine solche Argumentation setzt voraus, dass das BVerfG dem Vorwurf des unberechtigten Eingriffs in die Kompetenzen anderer Verfassungsrechtssubjekte weniger ausgesetzt ist als die anderen Gerichte.⁵⁹ Doch dies ist nicht der Fall, vor allem nicht qua bloßer Stellung als Verfassungsorgan.⁶⁰ Es sind einzig konkrete gesetzliche Regelungen, wie Art. 100 Abs. 1 GG, die das BVerfG zum Eingriff in die Kompetenzen anderer Verfassungsrechtssubjekte ermächtigen.⁶¹ Ergeben sich dabei Lücken, können diese nicht durch die Bejahung des Verwaltungsrechtswegs geschlossen werden. Das ist die eigentliche Funktion der Ausklammerung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten durch § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO,⁶² eine Funktion, die allein dem Schutz des Rechtsschutzgegners vor einer Kontrolle seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen dient und sich in diesem Schutzzweck erschöpft.⁶³

3. Verfassungsrechtliche und verfassungspraktische Implikationen

Die mit der materiellen Subjektstheorie potentiell verbundene Erweiterung des Anwendungsbereichs der verfassungsrechtlichen Streitigkeit verschließt dem Rechtsschutzsuchenden in gewissen Fällen den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, der nach Maßgabe der Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit eröffnet wäre. Dies wiegt für den Rechtsschutzsuchenden schwer: So geht es nicht nur um die Frage, vor welchen Gerichten, sondern ob überhaupt Rechtsschutz erlangt werden kann.⁶⁴ Dies zum einen angesichts der Möglichkeit nichtjustiziabler Verfassungsrechtsstreitigkeiten,⁶⁵ zum anderen aufgrund der erheblichen Zugangshürden zum BVerfG, werden beispielsweise knapp 97 Prozent der Verfassungsbeschwerden von den Kammern nach § 93b BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen.⁶⁶ Diese geringere Rechtsschutzintensität konstituiert jedoch noch keinen Verstoß gegen die grundrechtlich verbürgte Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.

So muss in einem ersten Schritt gefragt werden, ob Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG überhaupt Rechtsschutz gegen die jeweils angegriffene Maßnahme verlangt. Zumindest Legislativakte fallen nach der tradierten Auffassung des BVerfG nicht unter den Begriff der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1

⁵⁶ Vgl. Chatziathanasiou, RW 2020, 145 (160 ff.) m.w.N.

⁵⁷ Ausführlich hierzu Hopp/Neuhoff, in: Reichenthaler, Zwischen staatlicher Macht und Vorherrschaft des Rechts (in Vorbereitung).

⁵⁸ Vgl. Schenke, AöR 131 (2006), 117 (129 f.); Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 150.

⁵⁹ Diese Prämisse in der Argumentation des BVerwG andeutend Kempny/Krüger, JA 2026, 529 (530).

⁶⁰ So aber das BVerfG selbst in BVerfGE 7, 377 (413); kritisch hierzu Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 69.

⁶¹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 69.

⁶² Schenke, AöR 131 (2006), 117 (136).

⁶³ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 150.

⁶⁴ Dersarkissian, DVBl 2026, 505 (505).

⁶⁵ Siehe hierzu oben III. 1.

⁶⁶ BVerfG, Jahresbericht 2025, S. 46.

GG.⁶⁷ Daher spricht bereits viel dafür, dass im Fall des schlichten Parlamentsbeschlusses eine Rechtsschutzproblematik gar nicht besteht – auch das BVerwG deutet dies an.⁶⁸

Jedenfalls dürfte in derartigen Konstellationen die Verfassungsbeschwerde eine Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG genügende Rechtsschutzmöglichkeit darstellen. Abgesehen von den offensichtlichen Nachteilen, die die Verfassungsbeschwerde im Vergleich zum fachgerichtlichen Rechtsschutz mit sich bringt,⁶⁹ ist es zwar umstritten, ob die dem Individualrechtsschutz dienenden Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Gewährleistungsbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erfasst werden. Die wohl herrschende Meinung verneint dies, da das BVerfG so in den Zuständigkeitsbereich der Fachgerichte eingreife und darüber hinaus aufgrund seines eingeschränkten Prüfungsmaßstabs, der sich auf spezifisches Verfassungsrecht beschränkt, gar keinen effektiven Rechtsschutz bieten könne.⁷⁰ Überzeugend ist es jedoch, in Fällen, die der Fachgerichtsbarkeit entzogen sind – insbesondere eben Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art –, die Verfassungsbeschwerde ausnahmsweise als Rechtsweg anzusehen, v.a. wenn man entgegen der Ansicht des BVerfG auch Legislativakte unter die öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG fasst.⁷¹ Denn in diesem Fall tragen die Bedenken der herrschenden Meinung nicht.⁷²

Berührt somit die neue Formel die verfassungsrechtlichen Grenzen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht, wirft sie gleichwohl rechtspraktische Probleme auf. Neben die definitorische Ungenauigkeit der neuen Formel⁷³ tritt die Ungewissheit, ob das BVerfG der neuen Rechtsprechung des BVerwG zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO konsequent folgen wird. Zwar scheint sich das BVerfG in seiner jüngsten Einlassung zur Auslegung des Begriffs der Verfassungsstreitigkeit auch der materiellen Subjektstheorie anzuschließen.⁷⁴ Rechtlich abgesichert ist eine einheitliche Linie von BVerwG und BVerfG freilich nicht: Denn weder kann ein Verwaltungsgericht eine bindende Entscheidung des BVerfG in dieser Frage herbeiführen⁷⁵ noch bei Verneinung des Verwaltungsrechtswegs aufgrund der Annahme einer Streitigkeit als verfassungsrechtlich die Sache gem. § 17a Abs. 2 GVG an das BVerfG verweisen⁷⁶. Geht ein Betroffener vorschnell davon aus, eine Streitigkeit sei verfassungsrechtlicher Art und wählt daher statt des Verwaltungsrechtswegs die Verfassungsbeschwerde, läuft er Gefahr, dass diese mangels Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG abgewiesen wird.⁷⁷ Bei Abgrenzungsschwierigkeiten bietet es sich daher für den Rechtsschutzsuchenden an, gleichzeitig Klage bei den

⁶⁷ BVerfGE 45, 297 (334); 75, 108 (165); 122, 248 (270 f.); 159, 223 (285); a.A. *Huber*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 476 ff.

⁶⁸ BVerwGE 185, 242 (254); zustimmend *Hüther/Lepej*, NVwZ 2025, 1236 (1238); in diese Richtung auch *Kempny/Krüger*, JA 2026, 529 (532).

⁶⁹ *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 152.

⁷⁰ Siehe etwa *Funke*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 59 m.w.N.; vgl. auch *Huber*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 492.

⁷¹ *Huber*, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 493.

⁷² So auch *Schenke*, AöR 131 (2006), 117 (126).

⁷³ Siehe hierzu unten IV. 4. Dazu kommt die allgemeine Unsicherheit, welches verfassungsgerichtliche Verfahren anzustrengen ist. Diese hat das BVerwG in den neueren Urteilen durch entsprechende Hinweise einzuhegen versucht, die jedoch mitunter neue Zweifel begründen; vgl. insb. BVerwGE 185, 286 (299), wonach der Anspruch von Altkanzlern auf eine Büroausstattung durch ein Organstreitverfahren geklärt werden könne. Kritisch hierzu *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1282), der zu Recht davon ausgeht, dass allein die Verfassungsbeschwerde einen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz ermöglicht. Siehe zu diesem Urteil auch IV. 3. b).

⁷⁴ BVerfG NVwZ 2026, 577 (577). Hierzu *Dersarkissian*, DVBl 2026, 505 (508 ff.).

⁷⁵ Eine § 39 Abs. 2 S. 2, S. 3 SGG entsprechende Norm kennt die VwGO nicht, vgl. *Reimer*, in: *BeckOK VwGO*, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 104.

⁷⁶ Siehe hierzu oben IV. 1.

⁷⁷ So insb. in den Entscheidungen BVerfG NVwZ 1993, 357; BVerfG NVwZ 1988, 817.

Verwaltungsgerichten und Verfassungsbeschwerde einzulegen, um etwaige Fristenprobleme zu vermeiden.⁷⁸

4. Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung der neuen Formel

Die tatsächlichen Folgen der neuen Formel zeigen sich jedoch erst in der konkreten Anwendung. Während die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit in der Regel eine verlässliche Subsumtion ermöglichte, hat die materielle Subjektstheorie aufgrund vager Abgrenzungsbegriffe wie „das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen“ oder „Verfassungsrechtssubjekte als solche“ eine vergleichsweise geringe Konturenschärfe.⁷⁹ Die daraus resultierenden Subsumtionsschwierigkeiten gehen zulasten der Rechtssicherheit – ein Kritikpunkt, der dadurch verstärkt wird, dass es sich hier um eine zentrale Frage des Ob und Wie öffentlichen Rechtsschutzes handelt.

Gleichwohl ist eine mit wertungsoffenen Begriffen operierende, teleologisch fundierte Formel gegenüber einer schematischen Lösung ohne Zweckerückbindung, wie sie die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit anbietet, vorzuzugswürdig. Darüber hinaus sollte nicht verkannt werden, dass auch die neue Formel im Regelfall eine eindeutige Subsumtion ermöglicht. In Grenzfällen ist auf den Zweck des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO abzustellen und zu ermitteln, ob die in Pflicht genommenen Verfassungsrechtssubjekte in der konkreten Konstellation vor der Kontrolle durch die Fachgerichtsbarkeit geschützt werden sollen. Verbleiben hier Unsicherheiten, dürften diese durch eine sich in Zukunft entwickelnde Kasuistik eingehegt werden.⁸⁰ Schließlich werden anderweitige Rechtswegabgrenzungen ebenfalls anhand typologischer Kriterien, die eine bloß wertungsmäßige Orientierung bieten und einzelfallabhängig spezifiziert werden, vorgenommen.⁸¹

Im Ergebnis stehen die wertungsbedingten Unschärfen der neuen Formel ihrer Überzeugungskraft nicht entgegen. Um Reichweite und Tragfähigkeit der neuen Formel näher zu konturieren, soll im Folgenden ihre Anwendung auf ausgewählte Fallgruppen untersucht werden.⁸² Den Ausgangspunkt bildet der schlichte Parlamentsbeschluss als Gegenstand des hier besprochenen Urteils.

a) Schlichter Parlamentsbeschluss

Nach dem neuen Maßstab des BVerwG müsste für die Annahme einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit der Erlass eines schlichten Parlamentsbeschlusses die spezifischen verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen eines Verfassungsorgans berühren. Dazu muss ermittelt werden, ob der Rechtsstreit zum verfassungsrechtlichen Kernbereich gehört, bei dem es um „Staatsorganisationsrecht als Sonderrecht der Verfassungsrechtssubjekte“⁸³ geht. Als definitorische Annäherung an diesen „Kernbereich“ bietet es sich an, zu untersuchen, ob das klägerische Begehren das originäre Betätigungsfeld des Rechtsschutzgegners betrifft.⁸⁴ Ein schlichter Parlamentsbeschluss ist eine all-

⁷⁸ Ähnlich *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1282).

⁷⁹ Kritisch insoweit auch *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1281); *Haack*, JZ 2025, 988 (992); *Jäkel/Steffahn*, Jura 2026, 95 (100).

⁸⁰ *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1281).

⁸¹ Dies zeigt etwa ein Blick auf die von Einzelaspekten geprägte Abgrenzungspraxis zwischen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten i.S.d. § 40 VwGO und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten i.S.d. § 13 GVG, vgl. *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 201.

⁸² Siehe für weitere Beispielfälle *Jäkel/Steffahn*, Jura 2026, 95 (100 ff.).

⁸³ So BVerwGE 185, 242 (250).

⁸⁴ *Haack*, JZ 2025, 988 (989).

gemeine politische Willensäußerung des Parlaments ohne rechtliche Verbindlichkeit.⁸⁵ Die Handlungsform des schlichten Parlamentsbeschlusses ist im Grundgesetz zwar nicht explizit vorgesehen. Aus der Eigenschaft des Bundestags als zentrales Repräsentativorgan nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG folgt jedoch die Kompetenz, zu politischen Sachfragen auch jenseits förmlicher Gesetzgebungsverfahren Stellung zu beziehen und den parlamentarischen Willen gegebenenfalls durch Beschluss zu bekunden.⁸⁶

Im konkreten Fall leiten die Kläger einen Abwehranspruch gegen den Parlamentsbeschluss aus den Grundrechten her. Diese sind zwar Verfassungsnormen, aber, wie auch das BVerwG selbst hervorhebt,⁸⁷ gerade nicht Teil des die spezifischen verfassungsrechtlichen Funktionen und Kompetenzen betreffenden Verfassungsrechts. Vielmehr überlagern sie gem. Art. 1 Abs. 3 GG das gesamte einfache Recht und beziehen sich nicht auf ein bestimmtes Verfassungsorgan. Die bloße Grundrechtsrelevanz des Parlamentsbeschlusses macht die Streitigkeit also noch nicht zu einer verfassungsrechtlichen. Diesen Status erlangt sie vielmehr deshalb, weil der Parlamentsbeschluss Produkt einer inhaltlichen Aushandlung über eine Sachfrage ist und damit die Artikulationsfunktion des Bundestags in öffentlichen Angelegenheiten als Teil seines Repräsentationsauftrags verkörpert.⁸⁸ Da die demokratische Repräsentation gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Teil des originären Betätigungsfelds des Bundestags ist, geht es in der Streitigkeit um eine Norm aus dem Sonderrecht der Verfassungssubjekte.⁸⁹

Die Lage beim schlichten Parlamentsbeschluss ähnelt insoweit einer behaupteten Grundrechtsverletzung durch eine Gesetzesnorm. Dass den Fachgerichten hinsichtlich der Gültigkeit formeller Gesetze nur eine Prüfungs-, nicht aber eine Verwerfungskompetenz zusteht, ergibt sich, anders als beim schlichten Parlamentsbeschluss, unmittelbar aus Art. 100 Abs. 1 GG. Die dahinterstehende teleologische Erwägung, wonach die Autorität des Gesetzgebers nicht dadurch unterminiert werden darf, dass Fachgerichte der Ausübung seiner verfassungsrechtlich zugewiesenen Kompetenzen die Anerkennung versagen,⁹⁰ greift indes genauso für den schlichten Parlamentsbeschluss.⁹¹

b) Annäherung an weitere Grenzfälle

Im Rahmen des öffentlichkeitswirksamen Streits, ob Gerhard Schröder weiterhin Anspruch auf seine Altkanzlerprivilegien in Form einer Büro- und Personalausstattung hat, sah sich das BVerwG mit einem weiteren Abgrenzungsfall konfrontiert. Auch hier entschied das BVerwG nicht in der Sache, da es unter Anwendung der materiellen Subjektstheorie den Charakter der Streitigkeit als verfassungsrechtlich ansah.⁹² Denn für eine Zuweisung von Personal des Bundes für ein Büro sei eine auf den jeweiligen früheren Bundeskanzler bezogene Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers im Haus-

⁸⁵ Schliesky, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 42 Rn. 60; Austermann/Waldhoff, Parlamentsrecht, 2. Aufl. 2025, Rn. 498.

⁸⁶ BVerwGE 185, 242 (253).

⁸⁷ BVerwGE 184, 242 (251 f.).

⁸⁸ Zur Artikulationsfunktion des Parlaments in öffentlichen Angelegenheiten ausführlich Hüther/Lepej, NVwZ 2025, 1236 (1238).

⁸⁹ So überzeugend Haack, JZ 2025, 989 (991).

⁹⁰ BVerfGE 138, 64 (90 f.); siehe auch Wernsmann, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 19 Rn. 2.

⁹¹ Insofern komplementiert die materielle Subjektstheorie – zumindest in Bezug auf die Ausübung verfassungsrechtlicher Funktionen durch den Gesetzgeber – die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur gerichtlichen Kontrolle auch deutlich besser als die Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit.

⁹² BVerwGE 185, 286.

haltsplan erforderlich.⁹³ Diese umfasse die Klärung, ob und gegebenenfalls welche nachwirkenden Aufgaben oder Pflichten einem früheren Bundeskanzler nach seinem Ausscheiden aus dem Amt als Verfassungsorgan noch obliegen, sowie die Bestimmung einer angemessenen Höhe der Ausstattung.⁹⁴ Im Ergebnis ist dem BVerwG zuzustimmen: Zwar schließt der bloße Haushaltsbezug den Verwaltungsrechtsweg nicht sogleich aus. Da hier jedoch keine gesetzliche Grundlage für die Büroausstattung von Altkanzlern existiert, geht es im konkreten Fall um die inhaltliche Festlegung des Haushaltsplans selbst. Als „Königsrecht des Parlaments“⁹⁵ ist eine solche inhaltliche Festlegung des Haushaltsplans originäres Betätigungsfeld des Verfassungsorgans Bundestag.⁹⁶

Spannend wird die Handhabung der neuen Formel durch die Verwaltungsgerichte bei der Frage, wann Maßnahmen der obersten Verfassungsorgane als Verwaltungsmaßnahmen einzustufen sind, womit sie dem Verwaltungsrechtsweg unterfallen würden. In jüngerer Zeit stand hier die Vergabe von Räumlichkeiten des Bundestags durch den Ältestenrat an die Fraktionen im Fokus.⁹⁷ Dass es sich bei der Saalzuteilung nicht um eine bloße Verwaltungsmaßnahme handelt, ergibt sich aus ihrer Statusrechtsrelevanz; hier sind spezifisch verfassungsrechtlich geregelte Kompetenzen, die sich aus den Statusrechten der Abgeordneten gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ergeben, betroffen.⁹⁸ Anders verhält es sich, wenn ein Verfassungsorgan(-teil) in Ausführung eines Gesetzes handelt, das ihm die Gewährung von Leistungen an Verfassungsorgane beziehungsweise Organteile oder an Parteien aufgibt;⁹⁹ als Beispiel lässt sich die Erstattung von Wahlkampfkosten durch den Bundestagspräsidenten auf Grundlage der §§ 18 ff. PartG anführen.¹⁰⁰

Ebenfalls als verwaltungsrechtliche Streitigkeiten wird man Klagen gegen die Petitionsbehandlung durch den Petitionsausschuss des Bundestages oder eines Landesparlaments einstufen müssen, da das Parlament nicht im originären Betätigungsfeld als politische Willensbildungsstätte tätig wird, sondern im Rahmen von Befugnissen handelt, die auch eine Behörde von nichtverfassungsrechtlichem Rang ausüben könnte.¹⁰¹ Bei der Geltendmachung des Hausrechts durch den Parlamentspräsidenten ist zu differenzieren: Übt er es gegenüber Abgeordneten aus, sind diese in ihren Statusrechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG betroffen, was einer Streitigkeit verfassungsrechtlichen Charakter verleihen würde. Gegenüber Privaten handelt der Bundestagspräsident jedoch als Inhaber der Polizeigewalt als Verwaltungsbehörde, da die Maßnahmen nur mittelbar der Funktionserfüllung des Parlaments dienen.¹⁰² In puncto Öffentlichkeitsarbeit und Informationshandeln der Regierung betont das BVerwG, dass eine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte weiterhin möglich bleiben soll. Denn die Befugnis der Exekutive zum Betreiben von Öffentlichkeitsarbeit beruhe nicht ausschließlich auf einer spezifisch verfassungsrechtlichen Grundlage, sondern bestehe auf Grund einer Annexkompe-

⁹³ BVerwGE 185, 286 (293).

⁹⁴ So BVerwGE 185, 286 (295 f.).

⁹⁵ Statt vieler *Drüen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 110 Rn. 11.

⁹⁶ So auch *Spitzlei*, JA 2025, 1054 (1056); vgl. für Haushaltsbeschlüsse auch schon OVG Hamburg DÖV 1986, 439 (440).

⁹⁷ BVerfG NVwZ 2026, 577.

⁹⁸ BVerfG NVwZ 2026, 577 (577).

⁹⁹ BVerfG NVwZ 2026, 577 (577).

¹⁰⁰ Hierzu *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 151.

¹⁰¹ Siehe hierzu etwa *Unger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 7, 8. Aufl. 2024, Art. 45c Rn. 35, der jedoch – offensichtlich von der Lehre der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ausgehend – die Streitigkeit schon aufgrund der fehlenden Verfassungsorganeigenschaft des Petenten als nichtverfassungsrechtlich einstuft.

¹⁰² Dazu *Brocker*, NVwZ 2025, 1280 (1282); siehe auch *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 151.

tenz zu der jeweiligen Sachaufgabenzuständigkeit und könne überdies durch einfaches Gesetz eingeräumt werden.¹⁰³

V. Fazit und Empfehlung für die Fallbearbeitung

Die jüngste Rechtsprechung des BVerwG ist im Ergebnis zu begrüßen. Die materielle Subjektstheorie harmoniert mit dem Zweck des Kriteriums der nichtverfassungsrechtlichen Art i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, indem sie auf den Rechtsschutzgegner abstellt, dessen in Ausführung seiner verfassungsrechtlichen Organstellung ergangene Akte der Jurisdiktion der Fachgerichte entzogen sein sollen. Auf die Person des Rechtsschutzsuchenden, die nach der überkommenen Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit von zentraler Bedeutung ist, kommt es richtigerweise nicht an.

Für die künftige Handhabung in Klausuren lässt sich Folgendes festhalten: In unproblematischen Fällen – die den Regelfall bilden werden – genügt zur Verneinung einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit eine knappe Feststellung in einem Satz, etwa:¹⁰⁴

„Im Kern des Rechtsstreits geht es nicht um spezifische verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen von Verfassungsrechtssubjekten, mithin ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.“

In Grenzfällen bietet sich zunächst eine Darstellung der unter III. skizzierten Ansichten an; hierbei sollte unter die Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit und die materielle Subjektstheorie subsumiert werden. Bereitet die Subsumtion unter letztere Schwierigkeiten, sollte ausgehend vom Telos des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gefragt werden, ob die in Pflicht genommenen Verfassungsrechtssubjekte in der konkreten Konstellation vor der Kontrolle durch die Fachgerichtsbarkeit geschützt werden sollen. Dies ist der Fall, wenn das klägerische Begehren das originäre Betätigungsfeld des Rechtsschutzgegners betrifft, also verfassungsrechtliche Normen einschlägig sind, die dessen Kompetenzen begründen oder begrenzen. Bilden solche Normen den Kern des Rechtsstreits, liegt nach der materiellen Subjektstheorie eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Abschließend ist eine argumentativ fundierte Entscheidung zu treffen. Ein Festhalten an der Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ist dabei angesichts der aufgezeigten inhaltlichen Defizite und der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung, deren Kenntnis erwartet werden darf, kaum tragfähig.

¹⁰³ BVerwGE 185, 242 (253 f.); dem sich anschließend VG Berlin BeckRS 2026, 8717 Rn. 37. Zur Einordnung von Informationshandeln des Bundespräsidenten und kommunaler Amtsträger nach Maßgabe der neuen Formel ausführlich *Jäkel/Steffahn*, Jura 2026, 95 (101 ff.).

¹⁰⁴ Siehe für weitere Formulierungsvorschläge *Muckel*, JA 2025, 963 (966); *Weber*, JuS 2026, 27 (31); *Wittenbrock/Lehde*, ZJS 2026, 1061 (1065 f.).

Entscheidungsbesprechung

BayObLG, Beschl. v. 17.9.2025 – 201 StRR 59/25¹

Nötigung durch Aufstellen eines Transparents auf einem Bahngleis und hierdurch bedingter Schnellbremsung des Zugführers

Ein bei laufendem Zugbetrieb über die Bahnschienen gespanntes Transparent kann sich gegenüber einem Lokführer, jedenfalls dann, wenn er den dahinter befindlichen Raum nicht überblicken und seinen Zug vor dem Durchbrechen des Transparents nicht mehr zum Stehen bringen kann, als körperlich empfundener Zwang darstellen.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 240

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin Clara Beckmann Petey, Düsseldorf*

I. Einleitung

Der Nötigungstatbestand (§ 240 StGB) zählt nach wie vor zu den beliebten Prüfungsthemen in Klausuren und Hausarbeiten. Dabei findet der Nötigungstatbestand vor allem bei Fällen im Straßenverkehr Anwendung, die durch die Straßenverkehrsdelikte nicht in vollem Umfang abgedeckt werden. In den letzten Jahren sind vor allem die Protestaktionen der sog. „Letzten Generation“, bei der sich deren Mitglieder auf öffentlichen Straßen festkleben, Gegenstand von Rechtsprechung² und Falllösungen³ gewesen. Hierbei kann an das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von § 240 StGB und die sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH angeknüpft werden.⁴

Auch in der hier besprochenen Entscheidung des BayObLG geht es um eine Protestaktion gegen Corona-Maßnahmen. Das BayObLG ist in Bayern zuständig für Revisionen gegen erstinstanzliche Urteile der Amtsgerichte und übernimmt insoweit die Funktion der Oberlandesgerichte als Revisionsinstanz (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG).⁵ Anders als in den sonst üblichen Fällen wurde allerdings nicht der Straßenverkehr, sondern der Zugverkehr beeinträchtigt, indem ein großes Banner über die Gleise gespannt wurde. Dies führte dazu, dass der Lokführer eine Schnellbremsung einleitete und den ICE zum Stehen brachte. Trotz des abweichenden Settings liegen die Parallelen zu den Straßenverkehrsfällen auf der Hand, weshalb sich die Entscheidung gut eignet, um die Grundsätze der Nötigungsstrafbarkeit und des Gewaltbegriffs zu wiederholen.

* Anne Schneider ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Clara Beckmann Petey ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

¹ Der Beschluss ist veröffentlicht in NJW 2026, 334.

² Z.B. KG NStZ 2025, 361 (365 f.); KG NJW 2023, 2792 (2794); OLG Stuttgart NStZ 2016, 353 (355); OLG Dresden BeckRS 2025, 42089 Rn. 30 f.

³ Z.B. Pschorr/Blaschke, ZJS 2023, 320; Schmidt, ZJS 2023, 875; Rönnau/Saathoff, JuS 2023, 439.

⁴ BVerfGE 92, 1; BGHSt 41, 182.

⁵ §§ 8, 9 EGGVG i.V.m. Art. 12 Nr. 1 BayAGGVG. Siehe zum BayObLG auch Kaiser, LTO v. 21.10.2019 (22.9.2026).

II. Sachverhalt

Der Angeklagte spannte 1,50 Meter über den Gleisen in einem Gleisbett ein Banner, auf dem die Aufschrift „Achtung Gleisbruch 2 km“ zu lesen war. Damit wollte er als Teil einer Gruppierung auf die rechtlichen Einschränkungen durch Corona-Maßnahmen aufmerksam machen. Der Geschädigte, der Lokführer ist, fuhr mit einem ICE bei Dunkelheit mit einer Geschwindigkeit von um die 100 km/h um eine Kurve und steuerte auf das kurz zuvor aufgestellte Banner zu. Er erkannte das Banner aus 100 Metern Entfernung. Ihm war bewusst, dass es keine massive Vorkehrung darstellte, er konnte allerdings wegen der Dunkelheit nicht erkennen, ob sich etwas bzw. was sich hinter dem Plakat verbarg. Der Geschädigte leitete sofort die Schnellbremsung ein und duckte sich hinter seinem Führerstand. Der ICE durchbrach trotz der Schnellbremsung das Banner und kam 320 Meter nach Bremsbeginn zum Stehen.

Das Landgericht Würzburg hat den Angeklagten im Berufungsverfahren wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision.

III. Entscheidung

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat die Revision gem. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen. Es nahm als Nötigungsmittel Gewalt an⁶ und entschied daher nicht die Frage, ob als Nötigungsmittel ebenfalls eine Drohung mit einem empfindlichen Übel vorlag.⁷ Für die Gewalt sei „[...] eine körperlich vermittelte Zwangswirkung zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands“⁸ zu fordern. Dafür sei ein „[...] geringer körperlicher Kraftaufwand [...]“⁹ des Täters ausreichend, solange die Tat bei dem Opfer nicht nur psychische Auswirkungen verursache, sondern als körperlicher Zwang empfunden werde.¹⁰ Der vom Angeklagten ausgeübte Kraftaufwand wird darin gesehen, dass das Plakat so aufgestellt wurde, dass der Geschädigte mit dem ICE durch das Plakat fahren musste.¹¹ Dass sich der Geschädigte zur Vermeidung der Durchbrechung zur Schnellbremsung gezwungen sah, stelle den körperlich empfundenen Zwang dar.¹² Auch, dass sich der Geschädigte hinter seinen Führerstand in Deckung begab, um seine Gesundheit zu schützen, ließe auf den körperlich wirkenden Zwang schließen.¹³ Ebenso spreche die Tatsache, dass der Geschädigte nicht erkennen konnte, was sich hinter dem Banner verbarg, für das Vorliegen von Gewalt. Denn die Angst, hinter dem Banner jemanden oder etwas unvermeidlich zu überfahren beziehungsweise nicht zu wissen, ob und welches Hindernis sich hinter dem Banner befinde, führe zu einer körperlich wirkenden Angstreaktion.¹⁴

Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Angeklagten diese „für jedermann leicht verständlichen Zusammenhänge“ nicht bewusst gewesen seien.¹⁵ Vielmehr sei diese Reaktion auch vom Angeklagten entsprechend beabsichtigt gewesen.¹⁶ Für die Beabsichtigung spreche gerade, dass

⁶ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 3 ff.).

⁷ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 10).

⁸ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 4).

⁹ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 4).

¹⁰ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 4).

¹¹ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 6).

¹² BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 6).

¹³ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 6).

¹⁴ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 8).

¹⁵ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 8).

¹⁶ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 7 ff.).

eine Schnellbremsung erzwungen werden sollte, um eine möglichst große mediale Aufmerksamkeit auf die „[...] als ungerechtfertigt empfundenen Einschränkungen der Freiheitsrechte der Menschen durch Corona-Maßnahmen des Staates [...]“¹⁷ zu richten. Die Tat wurde auch als verwerflich und somit rechtswidrig gem. § 240 Abs. 2 StGB angesehen.¹⁸ Weder der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG noch des Art. 8 GG seien eröffnet.¹⁹ Der Bezug zu dem Anliegen der Gruppierung stelle ein nicht zu berücksichtigendes Fernziel dar.²⁰

IV. Bewertung

Die zentrale Frage der Entscheidung ist, ob es sich bei dem Spannen eines Plakats über den Gleisen um „Gewalt“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB handelt, wenn der Lokführer dadurch zu einer Schnellbremsung verleitet wird. Hierfür soll zunächst die Rechtsprechung zum Gewaltbegriff zusammengefasst werden, bevor auf die Entscheidung eingegangen wird. Außerdem sollen zwei Punkte angesprochen werden, die in der Entscheidung nur angerissen werden, nämlich die Frage, ob (auch) eine Drohung vorliegt, und die Frage nach der Berücksichtigung von Fernzielen.

1. Der Gewaltbegriff

§ 240 StGB setzt voraus, dass der Täter einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt. Die zentralen Merkmale zur Abgrenzung von rechtmäßigen Veranlassungen zu einem Verhalten von rechtswidrigen sind somit die Nötigungsmittel „Gewalt“ oder „Drohung“.²¹ Was unter „Gewalt“ zu verstehen ist, ist allerdings seit langem umstritten.

Das Reichsgericht definierte Gewalt als „die unter Anwendung körperlicher Kraft erfolgende Einwirkung auf einen anderen zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands“²². Zentral waren nach diesem sog. klassischen Gewaltbegriff somit zwei Elemente, die körperliche Kraftentfaltung und die Einwirkung auf das Opfer, die mit der Zielsetzung der Widerstandsüberwindung verbunden waren. In der Folgezeit wurden die beiden objektiven Elemente immer weiter abgeschwächt, indem nur ein Mindestmaß an körperlichem Einsatz verlangt wurde und auch keine starke physische Auswirkung mehr gefordert wurde.²³ So entschied der BGH 1969, dass Personen, die sich auf Straßenbahngleise setzen, um den Straßenbahnverkehr zu blockieren, die Straßenbahnführer mit Gewalt nötigten. Dieser Bewertung stehe laut BGH nicht entgegen, „daß [sic] die Studenten die Straßenbahn nicht durch unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte aufhielten, sondern nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozeß [sic] in Lauf setzten“²⁴. Damit wurden psychische und physische Einwirkungen gleichgestellt (sog. vergeistigter Gewaltbegriff).²⁵ Weil die Tötung von Demonstranten bei Weiterfahrt als gravierende psychische Barriere eingestuft wurde, wurde in den Sitzblockaden-Fällen zunächst typischerweise Gewalt bejaht.

¹⁷ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 9).

¹⁸ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 11 f.).

¹⁹ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 11).

²⁰ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 12).

²¹ BVerfGE 92, 1 (16).

²² RGSt 56, 87 (88); 64, 113 (115).

²³ Siehe den Überblick zu Rechtsprechung bei *Swoboda*, JuS 2008, 862.

²⁴ BGHSt 23, 46 (54) – Laepple.

²⁵ *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2026, § 240 Rn. 12.

Dies änderte sich 1995, als das BVerfG die entsprechende Auslegung des Gewaltbegriffs für mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar erklärte.²⁶ Durch die Einbeziehung auch psychischer Auswirkungen sei das Tatbestandsmerkmal so weit, dass ihm keine entgrenzende Wirkung mehr zukomme. Auch das Erfordernis nach einem gewissen Gewicht der Einwirkung sei zur Eingrenzung nicht geeignet.²⁷ Damit sei die Strafbarkeit nicht mehr sicher vorherzusehen:

„In demjenigen Bereich, in dem die Gewalt lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht und die Zwangswirkung auf den Genötigten nur psychischer Natur ist, wird die Strafbarkeit nicht mehr vor der Tat generell und abstrakt vom Gesetzgeber, sondern nach der Tat im konkreten Fall vom Richter aufgrund seiner Überzeugung von der Strafwürdigkeit eines Tuns bestimmt.“²⁸

In Folge dieser Entscheidung wurde vom BGH für Straßenblockaden die sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung entwickelt.²⁹ Danach genüge der geringe Kraftaufwand durch Hinsetzen, sofern nicht nur ein psychisches Hindernis geschaffen werde. Ein solches psychisches Hindernis bestehe zwar für die Kraftfahrzeugführer, die als erste die Demonstranten erreichten und denen es möglich wäre, weiterzufahren, sofern sie in Kauf nähmen, dafür Menschen zu überfahren und ggf. zu töten. Hielten diese Fahrzeuge aber an, seien die dahinter „in zweiter Reihe“ ankommenden Fahrzeuge physisch an der Weiterfahrt gehindert, da die zuvor wartenden Kraftfahrzeuge ein tatsächliches Hindernis darstellten.³⁰ Dieses Hindernis sei den Demonstranten zuzurechnen.³¹ Im Ergebnis lag daher Gewalt gegen die in zweiter Reihe parkenden Fahrzeugführer vor, sodass eine Verurteilung wegen Nötigung bei Sitzblockaden möglich war. Faktisch handelt es sich dabei um eine Konstellation der mittelbaren Täterschaft.³²

Diese Rechtsprechung ist – trotz aller Kritik³³ – nach wie vor herrschend. Sie wurde bei den in den letzten Jahren wieder vermehrt aufgetretenen Protestaktionen im Straßenverkehr regelmäßig angewandt.³⁴ Auch das BVerfG hat sie gebilligt.³⁵ Entsprechend wird Kenntnis der hier skizzierten Entwicklung des Gewaltbegriffs auch von Studierenden erwartet, die sich mit Fällen von Protestaktionen und Blockaden befassen.

2. Aufstellen eines Transparents als Gewalt?

Auch in der hier besprochenen Entscheidung handelt es sich um eine Protestaktion, bei der zwar nicht die Straße, aber die Gleise mit einem Transparent blockiert wurden. Das BayObLG bezieht sich bei der Definition von „Gewalt“ daher explizit auf das Grundsatzurteil des BGH zur Zweiten-Reihe-Rechtsprechung. Anders als in den entsprechenden Straßenverkehrsfällen konnte allerdings nicht auf eine „zweite Reihe“ abgestellt werden, da nur der unmittelbar betroffene ICE eine Schnellbrem-

²⁶ BVerfGE 92, 1. Siehe auch BVerfGE 73, 206, wo in dieser Frage Stimmgleichheit herrschte. Gem. § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG ist bei Stimmgleichheit nicht von einem Verfassungsverstoß auszugehen.

²⁷ BVerfGE 92, 1 (16 f.).

²⁸ BVerfGE 92, 1 (18).

²⁹ BGHSt 41, 182 = NJW 1995, 2643 (2644).

³⁰ BGH NJW 1995, 2643 (2644).

³¹ BGH NJW 1995, 2643 (2644).

³² Siehe *Sinn*, ZJS 2011, 283 (285).

³³ Siehe etwa *Magnus*, NStZ 2012, 538 (541 f.); *Amelung*, NStZ 1996, 230 (230 ff.); *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 51; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 32 f.

³⁴ BayObLG NJW 2025, 984 (986).

³⁵ BVerfG NJW 2011, 3020 m.Anm. *Sinn*, ZJS 2011, 283.

sung vornahm. Dass nachfolgende Züge wegen der Protestaktion auch zum Bremsen gezwungen wurden, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.³⁶ Es gibt in Bayern durchaus Bahnstrecken, die so wenig befahren werden, dass durch die Bremsung kein nachfolgender Zug aufgehalten wird. Das BayObLG hatte deshalb zu entscheiden, ob nach diesen Grundsätzen bereits auf den ersten (und einzigen) betroffenen Zug Gewalt ausgeübt wurde. Das Gericht führt zur Gewalt im Einklang mit dieser Rechtsprechung aus:

„Gewalt‘ ist eine körperlich vermittelte Zwangswirkung zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands. Es kann auf der Seite des Täters ein geringer körperlicher Kraftaufwand genügen. Entscheidend ist, dass sich die Tat gegenüber dem Opfer nicht nur psychisch auswirkt, sondern als körperlicher Zwang darstellt [...].“³⁷

Während diese Definition der herrschenden Meinung entspricht, überzeugt die Subsumtion des Gerichts in der Sache nicht. Die zentrale Passage des Urteils lautet:

„Diese Feststellungen [zum Sachverhalt, Anm. der Verf.] lassen nur den Schluss zu, dass der Zugführer einem von ihm als körperlich empfundenen Zwang ausgesetzt war, eine Schnellbremsung einzuleiten. Es war für ihn unvermeidlich, das auf einem Holzgestell angebrachte Plakat mit dem von ihm geführten Zug zu durchfahren, wodurch bereits eine (geringe) körperliche Kraft zumindest auf das vom Zeugen geführte Triebfahrzeug ausgeübt wurde. Dieser konnte auch nicht erkennen, was sich hinter dem Hindernis befand. Für den von ihm empfundenen körperlichen Zwang spricht vorliegend insbesondere die Tatsache, dass er sich nach Erkennen des Plakats sofort hinter seinem Pult in Deckung brachte, weil er um seine Gesundheit fürchtete.“³⁸

a) Körperliche Kraftentfaltung

Wie bereits festgestellt wurde, sind im Wesentlichen zwei Merkmale für das Vorliegen von Gewalt erforderlich, die Entfaltung eines körperlichen Kraftaufwands und die Einwirkung auf das Opfer in Form von körperlichem Zwang. Unklar ist nach den Ausführungen im Urteil zunächst, worin genau die Kraftentfaltung seitens des Täters liegt. Wenn das Urteil angibt, dass durch das Durchfahren des Plakats „bereits eine (geringe) körperliche Kraft zumindest auf das vom Zeugen geführte Triebfahrzeug ausgeübt wurde“³⁹, scheint darin der Kraftaufwand des Täters zu liegen. Dafür spricht zumindest, dass in der Definition ebenfalls das Wort „gering“ zur Beschreibung des Kraftaufwands verwendet wurde und dass keine andere Tathandlung genannt wird. Allerdings wäre es mit allgemeinen dogmatischen Grundsätzen nicht vertretbar, das Durchfahren des vom Lokführer gesteuerten Zugs als Kraftentfaltung durch den Täter anzusehen. Hierbei handelt es sich gar nicht um ein Verhalten des Täters. Vielmehr kann dem Täter allenfalls zur Last gelegt werden, das Transparent über den Gleisen aufgestellt zu haben. Dies ist die Tathandlung der möglichen Nötigung. Hier zeigt sich dann die Parallele zu den Sitzblockaden-Fällen, in denen das Besetzen von Gleisen und Straßen als Kraftentfaltung für ausreichend gehalten wurde. Das BVerfG stellt sogar nur auf die „körperliche Anwe-

³⁶ Vgl. zu einem solchen Fall KG BeckRS 2009, 11515.

³⁷ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 4).

³⁸ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 6).

³⁹ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 6).

senheit“ ab.⁴⁰ Wenn schon ein Sich-Hinsetzen ausreichend Kräfte entfaltet, gibt es keinen Grund, das Aufstellen eines Transparents anders zu bewerten. Im Ergebnis hat das BayObLG daher auf Basis der Rechtsprechung zutreffend eine ausreichende Kraftentfaltung vorausgesetzt.

b) Körperlicher Zwang

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auf den Lokführer körperlicher Zwang ausgeübt wurde. Ein rein psychischer Zwang genügt den Anforderungen des Gewaltbegriffs nicht. Bei genauer Betrachtung liefert die Entscheidung zwei Anhaltspunkte für einen möglichen körperlichen Zwang: Zum einen wird darauf abgestellt, dass das Plakat bei Durchfahrt Kraft auf den Zug ausgeübt habe, zum anderen wird die Tatsache angeführt, dass der Lokführer sich aus Angst um seine Gesundheit in Deckung brachte.

aa) Das Transparent als Barriere

Das BVerfG hat anerkannt, dass Gewalt anzunehmen sein kann, wenn der Täter eine physische Barriere errichtet.⁴¹ In dem zugrunde liegenden Fall hatten die Demonstranten sich mit Metallketten aneinandergekettet und dann am Tor befestigt. Damit hatten sie keine Möglichkeit, heranfahrenden Kfz auszuweichen. Dies bewertete das BVerfG nicht als psychische, sondern bereits als physische Barriere, die als Gewaltanwendung zu klassifizieren sei.⁴² Eine physische Barriere stellt auch ein Stahlkasten dar, der fest mit den Schienen verbunden ist.⁴³ Auch das Festkleben auf der Straße ist unter Verweis auf diese Entscheidung als Gewaltanwendung angesehen worden.⁴⁴ Gemein ist den Entscheidungen, dass die Sperre durch die Demonstranten nur mit Hilfsmitteln aufgehoben werden konnte, da Ketten zerstört oder Kleber abgelöst werden mussten. Daraus lässt sich allerdings nicht schließen, dass nur bei Notwendigkeit von Hilfsmitteln eine physische Barriere anerkannt ist. Vielmehr haben die Gerichte auch körperlichen Zwang bejaht, wenn die Barriere lediglich von Menschen ausging, diese aber nicht nur körperlich anwesend waren. So gilt zwar nicht das Versperren einer Strecke mit ausgebreiteten Armen, aber das Legen auf die Motorhaube als Gewalt.⁴⁵ Auch das Bilden einer Menschenkette durch Einhaken wurde vom BayObLG als Gewalt bewertet.⁴⁶ Es bleibt daher unklar, wann genau eine den Gewaltbegriff erfüllende physische Barriere vorliegt.⁴⁷ Anerkannt ist vielmehr nur, dass die bloße Anwesenheit einer Person noch keine ausreichende Barriere darstellt.

Vor diesem Hintergrund ist es zweifelhaft, ob das Transparent eine ausreichende physische Barriere für den ICE darstellt.⁴⁸ Ein solches Transparent besteht in der Regel aus Laken und dünnen Holz-

⁴⁰ BVerfGE 92, 1 (18).

⁴¹ BVerfGE 104, 92 (102).

⁴² BVerfGE 104, 92 (102).

⁴³ BGH NJW 1998, 2149 (2151).

⁴⁴ KG NStZ 2025, 361 (365 f.); KG NJW 2023, 2792 (2794); OLG Stuttgart NStZ 2016, 353 (355); OLG Dresden BeckRS 2025, 42089 Rn. 30 f. (häufig in Bezug auf § 113 StGB problematisiert). Siehe dazu auch *Lund*, NStZ 2023, 198 (198 f.); *Sandherr*, NZV 2024, 394; *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, vor §§ 234–241a Rn. 10 f.; vgl. *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (403).

⁴⁵ BGH NStZ-RR 2002, 236 (236); a.A. etwa *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, vor §§ 234–241a Rn. 10c.

⁴⁶ BayObLGSt 1995, 167.

⁴⁷ So auch *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 51. *Mittelsdorf*, JuS 2002, 1062 (1064), spricht von einer „echten Barriere“.

⁴⁸ So auch *Hübenthal*, FD-StrafR 2026, 800165.

latten.⁴⁹ Daher handelt es sich bei dem Transparent um eine Vorrichtung, die weniger massiv ist als etwa ein auf den Gleisen sitzender Mensch. Hierfür spricht auch, dass das Transparent offenbar vom ICE problemlos durchbrochen werden, ohne dass es zu Schäden an dem Zug oder an Personen kam.⁵⁰ Auch wäre das Transparent vermutlich einfach zu entfernen gewesen. Wenn aber bereits ein sitzender Mensch nicht als ausreichende physische Barriere für ein Auto angesehen wird, muss dies erst recht gelten, wenn ein weniger solides Transparent auf einen ICE trifft.⁵¹ Die Masseunterschiede sind in diesem Fall so groß, dass es für den ICE keinen signifikanten Unterschied macht, ob er ein solches Plakat durchfährt oder nicht.⁵² Die den einzelnen Lokführer treffende Kraft, auf die das BayObLG abstellt, ist verschwindend gering und ungefähr ein Zehntel der Kraft, die den Fahrer eines PKW mit 1,6t trifft, der einen Menschen überfährt.⁵³ Damit kann diese Kraft nicht als „körperlicher Zwang“ gewertet werden, wenn man zugleich mit dem BGH den Zusammenstoß mit einem Menschen nicht als ausreichende physische Barriere bewertet.

Hierfür spricht auch, dass die ursprünglich vom AG Gemünden vorgenommene Verurteilung wegen fahrlässigen gefährlichen Eingriffs in den Bahnverkehr vom Berufungsgericht offenbar aufgehoben wurde. Dies könnte daran liegen, dass das Transparent gar nicht als Hindernis (Nr. 2) oder ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff (Nr. 4) gewertet wurde.⁵⁴ Es könnte allerdings auch an einer konkreten Gefahr fehlen, was angesichts der sehr geringen Kräfte, die auf die Zuginsassen wirken, naheliegt.

bb) Die Angstreaktion des Lokführers

Das BayObLG stellt zudem darauf ab, dass der Lokführer sich aus Angst vor einem eventuellen Zusammenprall in Deckung brachte. Dies deutet es als Beleg für einen „von ihm als körperlich empfundenen Zwang“.⁵⁵ Damit erkennt es allerdings die Maßstäbe, denn es geht nicht darum, ob das Opfer den Zwang als körperlich empfunden hat, sondern ob das Opfer körperlichen Zwang empfunden hat, d.h. körperlicher Zwang auf das Opfer wirkte.⁵⁶ Es handelt sich um ein objektives Merkmal.

Legt man die Tatsache zu Grunde, dass i.R.d. § 240 StGB physischer von psychischem Zwang abgegrenzt werden soll und nur ersterer den Gewaltbegriff erfülle, liegt es nahe, eine Angstreaktion dafür nicht ausreichen zu lassen.⁵⁷ Denn Angst ist nun einmal etwas Psychisches. Der Lokführer leitete die Schnellbremsung ein, weil die Strecke durch das Plakat verdeckt war und er daher nicht wusste bzw. befürchtete, dass sich physische Hindernisse auf der Strecke befinden könnten. Nicht die geringe Krafteinwirkung durch die Kollision mit dem Plakat als solchem, sondern die Ungewiss-

⁴⁹ Vgl. [beck-aktuell v. 2.12.2022, becklink 2025561](#) zum erstinstanzlichen Urteil des AG Gemünden, Urt. v. 2.12.2022 – 701 Js 373/21.

⁵⁰ Siehe BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 5). So auch *Hübenthal*, FD-StrafR 2026, 800165.

⁵¹ Vgl. *Amelung*, NSTZ 1996, 230 (231), der sich auf Menschen und LKW bezieht, damit aber die Zweite-Reihe-Rechtsprechung insgesamt kritisiert.

⁵² Das Leergewicht eines ICE 4 beträgt 670 t, https://www.deutschebahn.com/de/ice4_technische_daten-6876756 (22.9.2026). Ein großes Transparent dürfte maximal 10 kg wiegen. In einem solchen Fall wird die Fahrt des ICE von 100 km/h auf ca. 99,9986 km/h verlangsamt – eine kaum wahrnehmbare Geschwindigkeitsänderung. Zum Vergleich: Trifft ein PKW mit 1,6 t bei einer Fahrt von 100 km/h auf einen Menschen von 80 kg, verlangsamt sich die Geschwindigkeit auf 95,2381 km/h.

⁵³ Auf den Lokführer wirkt (bei einer Aufpralldauer von 0,1 s) eine Kraft von ca. 0,5 Newton, auf den Autofahrer wirken immerhin ca. 50 Newton (Dank an *Tobias Schneider* für diese Berechnung).

⁵⁴ *Hübenthal*, FD-StrafR 2026, 800165.

⁵⁵ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 6).

⁵⁶ Kritisch auch *Hübenthal*, FD-StrafR 2026, 800165.

⁵⁷ So auch *Hübenthal*, FD-StrafR 2026, 800165.

heit war maßgeblich für diese Reaktion. Würde auch in solchen Fällen Gewalt angenommen, ließe sich Gewalt nicht mehr von Drohung abgrenzen.⁵⁸

Dem BayObLG ist allerdings zuzugestehen, dass auch das BVerfG unter bestimmten Voraussetzungen Angstreaktionen für die Annahme von Nötigung ausreichen lässt. So hat das Gericht im Fall des Bedrängens im Straßenverkehr ausgeführt:

„All diese Faktoren [zur allgemeinen Verkehrssituation und zur Art der Beeinträchtigung, Anm. der Verf.] lassen einzeln oder im Verbund Rückschlüsse auf die Auswirkungen des auf seine strafrechtliche Relevanz zu überprüfenden Verhaltens auf den Betroffenen zu. Werden diese Auswirkungen körperlich empfunden, führen sie also zu physisch merkbaren Angstreaktionen, liegt Zwang vor, der – auch gemessen an verfassungsrechtlichen Maßstäben – Gewalt sein kann [...]. Zwar ist das Angstempfinden der Menschen unterschiedlich und weichen deshalb auch ihre körperlichen Reaktionen auf bedrängendes Fahren voneinander ab. Dies ist jedoch kein Argument, das der Annahme nötiger Gewalt im Straßenverkehr unter Hinweis auf eine mangelnde Tatbestandsbestimmtheit des § 240 StGB entgegengehalten werden kann. Bei bedrängender Fahrweise muss ein Fahrzeugführer grundsätzlich damit rechnen, dass sein Verhalten zu Furchtreaktionen anderer Verkehrsteilnehmer führen kann.“⁵⁹

Danach soll auch eine „physisch merkbare Angstreaktion“ als körperlicher Zwang zu bewerten sein. Dass Menschen unterschiedlich ängstlich seien, spreche nicht gegen die Unbestimmtheit, vielmehr müsse ein drängender Fahrer damit rechnen, dass sich andere Verkehrsteilnehmer fürchteten. Es werden somit nicht nur physische, sondern auch psychosomatische Auswirkungen als ausreichender Zwang angesehen, während rein psychische Folgen hiervon nicht erfasst sind.⁶⁰ Einen Widerspruch zur Sitzblockaden-Entscheidung sieht das BVerfG offenbar nicht, obwohl mit der „Angstreaktion“ wieder eine geistige Komponente in den Gewaltbegriff hineingetragen wird.⁶¹ Dies spricht dafür, dass entscheidender Gesichtspunkt nach wie vor die physische Merkbarkeit der Angstreaktion ist und eine sich nicht physisch auswirkende Angst nicht erfasst ist. Erforderlich sind demnach körperliche Reaktionen wie Herzklopfen, Schweißausbrüche o.Ä., die sich auf die Kraftentfaltung zurückführen lassen.

Das BayObLG recurriert erkennbar auf diese Entscheidung, indem es schreibt, das Wissen des Genötigten, das Überfahren eines Hindernisses nicht mehr verhindern zu können, sei „geeignet, bei ihm eine körperlich wirkende Angstreaktion herbeizuführen“⁶². Nach den Ausführungen des BVerfG kommt es aber nicht auf die Eignung an, eine solche Reaktion herbeizuführen, sondern es muss sich tatsächlich eine entsprechende physische Reaktion beim Genötigten finden.⁶³ Ansonsten wären die Ausführungen zum unterschiedlichen Angstempfinden der Menschen überflüssig. Im Urteil gibt es aber keine Feststellungen dazu, ob der Lokführer eine solche körperlich wirkende Angstreaktion aufzeigte oder nicht. Zwar leitete der Lokführer die Schnellbremsung ein und ging in Deckung. Dabei handelt es sich aber um den Nötigungserfolg, der nicht mit dem Nötigungsmittel zusammenfallen

⁵⁸ So auch die Kritik von *Huhn*, DAR 2007, 387 (388); *Sinn*, JuS 2009, 577 (583); *Magnus*, NStZ 2012, 538 (542 f.).

⁵⁹ BVerfG BeckRS 2007, 22862 Rn. 20.

⁶⁰ Vgl. *Huhn*, DAR 2007, 387 (388).

⁶¹ Als Rückkehr zum geistigen Gewaltbegriff bezeichnet dies *Sinn*, JuS 2009, 577 (583). Zustimmend *Magnus*, NStZ 2012, 538 (542 f.). Kritisch auch *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 92a.

⁶² BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 8).

⁶³ Auf die Notwendigkeit der Feststellung im Einzelfall weist auch *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, vor §§ 234–241a Rn. 10c, hin.

kann.⁶⁴ Die Tatsache, dass er „in Deckung ging“, reicht außerdem nicht aus, weil es sich dabei auch um eine normale Vorsichtsmaßnahme handeln könnte, die nicht auf eine körperliche Angstreaktion zurückzuführen ist.

Grundsätzlich ist zudem fraglich, ob die Rechtsprechung des BVerfG für Nötigungen im Straßenverkehr auf die vorliegende Konstellation übertragen werden sollte. Ob diese Rechtsprechung überhaupt überzeugt, soll hier nicht weiter erläutert werden, auch wenn insofern ebenfalls Zweifel angebracht sind. Die Gerichte stellen in solchen Fällen Anforderungen an das Tatverhalten, die über eine einfache Kraftentfaltung hinausgehen und sehr auf die spezifische Situation im Straßenverkehr bezogen sind.⁶⁵ So wird etwa eine gewisse Dauer des nötigen Verhaltens gefordert.⁶⁶ Auch wird hier zum Teil auf die Eignung, einen besonnenen Fahrer in Sorge und Furcht zu versetzen, abgestellt, obwohl das BVerfG von einem individuellen körperlich messbaren Angsterfolg spricht.⁶⁷ Dies zeigt, dass sich hier eine Fallgruppe herauskristallisiert hat, die sich von anderen Fallgruppen unterscheidet. Soweit ersichtlich wurde diese Rechtsprechung auch bislang nur auf Straßenverkehrsnötigungen angewandt.⁶⁸ Möchte man diese Rechtsprechung übertragen, darf man nicht nur auf das Einbeziehen von Angstreaktionen abstellen, sondern müsste auch die Anforderungen an das nötige Verhalten übertragen, also eine gewisse Dauer und Erheblichkeit des Verhaltens fordern. Dies passt aber nicht zu der hier besprochenen Entscheidung, in der ein Transparent über die Gleise gespannt wurde, aber nur ein einmaliger Kontakt zum Zug bestand.

Festzuhalten ist damit, dass sich auch über eine Angstreaktion des Lokführers kein körperlicher Zwang begründen lässt, weil es erstens keine Anhaltspunkte für eine körperliche Angstreaktion gibt und sich zweitens die Rechtsprechung zur Nötigung im Straßenverkehr nicht ohne weiteres auf diese Fälle übertragen lässt. Das Auslösen von Angst könnte allerdings im Rahmen einer Drohung Berücksichtigung finden.

3. Aufstellen eines Transparents als Drohung?

Die Frage, ob der Tatbestand der Nötigung auch mittels Drohung mit einem empfindlichen Übel erfüllt wurde, lässt das BayObLG offen.⁶⁹ Die Drohung mit einem empfindlichen Übel ist neben der Gewalt Nötigungsmittel i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB. Darunter ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels zu verstehen, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zumindest zu haben vorgibt und dessen Verwirklichung der Drohende bei Bedingungseintritt zumindest seiner Äußerung nach will.⁷⁰ Ein Übel ist jede vom Genötigten als nachteilig empfundene Veränderung der Außenwelt.⁷¹ Empfindlich ist ein Übel, wenn die Ankündigung dieses unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Betroffenen geeignet erscheint, aufgrund seiner Erheblichkeit einen besonnenen Menschen zu dem mit der Drohung erstrebten Verhalten zu bestimmen.⁷²

Man kann sich fragen, ob die Aufschrift „Achtung Gleisbruch 2 km“ ein empfindliches Übel darstellt, mit welchem gedroht wird. In jedem Fall ist ein Gleisbruch ein Nachteil. Die Ankündigung eines

⁶⁴ Hübenthal, FD-StrafR 2026, 800165. Siehe auch Magnus, NStZ 2012, 538 (542 f.).

⁶⁵ Exemplarisch OLG Hamm NStZ 2025, 616. Siehe auch OLG Köln NZV 2013, 454 (456).

⁶⁶ OLG Köln NZV 2013, 454 (456).

⁶⁷ OLG Köln NZV 2013, 454 (456).

⁶⁸ Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 51.

⁶⁹ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 10).

⁷⁰ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 31.

⁷¹ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 32.

⁷² BGH NStZ 1982, 287.

Gleisbruchs erscheint auch geeignet, eine Person zu der Bremsung eines Zuges zu bewegen.⁷³ Allerdings gibt der Angeklagte nicht vor, auf das Vorliegen des Gleisbruchs Einfluss zu haben. Die Aussage weist auf ein empfindliches Übel, dem Gleisbruch, hin, auch wenn dieses nicht existiert. Damit wird auf die Gefahr der Weiterfahrt hingewiesen und die Aufschrift stellt eine Warnung, keine Drohung dar. Bei dieser fehlt gerade die Möglichkeit der, wenn auch nur behaupteten, Einflussnahme des Drohenden.⁷⁴

Möglicherweise stellt jedoch das empfindliche Übel die Ungewissheit dar, was sich hinter dem Banner verbirgt und somit die Sorge, mit etwas oder jemandem zu kollidieren. Damit könnte die Drohung sich daraus zusammensetzen, dass, wenn nicht gebremst wird, man in das Ungewisse und so möglicherweise in ein Hindernis als empfindliches Übel fahren wird. Dass hier keine Kommunikation von Angesicht zu Angesicht zwischen dem Angeklagten und dem Geschädigten erfolgt ist, steht einer Drohung grundsätzlich nicht entgegen.⁷⁵ Schlüssige Handlungen können als Drohungshandlung im Sinne eines seelischen Einwirkens auf den Bedrohten⁷⁶ ausreichen, sofern das angekündigte Übel gut genug erkennbar wird.⁷⁷ Jedoch ist gerade in diesem Fall fraglich, ob durch das gespannte Banner erklärt wird, dahinter befinde sich ein Hindernis. Das bloße Unwissen über das, was noch kommt, stellt schließlich nicht den Nachteil dar. Der Nachteil ist die Angst vor einer möglichen Kollision hinter dem Banner. Der BGH verneinte in anderen Fällen bezüglich der Strafbarkeit gem. § 249 StGB oder §§ 253, 255 StGB das Vorliegen einer Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, wenn bloß die Angst des Opfers vor, in den Fällen erneuter, Gewaltanwendung ausgenutzt wird.⁷⁸ Zwar könne die Drohung auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen, jedoch sei dafür die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht zu stellen.⁷⁹ Zwar ist für die Strafbarkeit wegen Raubes oder räuberischer Erpressung ein qualifiziertes Nötigungsmittel erforderlich, sodass ein Drohen mit einem bloß empfindlichen Übel nicht ausreicht. Dennoch kann die Anforderung an die Drohung, sei sie mit einem empfindlichen Übel oder mit einer Gefahr für Leib oder Leben, entnommen werden, dass der Nachteil deutlich in Aussicht gestellt werden muss. Das Übel muss demnach genügend erkennbar sein.⁸⁰ Daran fehlt es hier: ein gespanntes Banner begründet für sich genommen keine Gefahr einer Kollision. Eine solche Gefahr begründet wohl ein tatsächliches Hindernis auf den Gleisen, dem man gegebenenfalls solch einen Erklärungswert zukommen lassen könnte. Dass das Banner Angst vor einer Kollision auslöst, verleiht diesem keinen Erklärungswert dahingehend, dass eine solche Gefahr tatsächlich bestehe.

Damit stellt das Spannen des Banners keine Drohung i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB dar.

⁷³ Die Schnellbremsung sollte den beabsichtigten Nötigungserfolg darstellen, vgl. BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 9).

⁷⁴ BGH NStZ 2009, 692 (693); Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 36; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 367.

⁷⁵ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 31; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 368.

⁷⁶ BGH NStZ-RR 2023, 177 (178).

⁷⁷ BGHSt 7, 252 (253); BGH NStZ-RR 2023, 177 (178).

⁷⁸ BGH NStZ 2013, 648; BGH NStZ 2017, 92 (93); BGH NStZ-RR 2017, 143 (144); Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 249 Rn. 5.

⁷⁹ BGH NStZ 2013, 648; BGH NStZ 2017, 92 (93); BGH NStZ-RR 2017, 143 (144).

⁸⁰ BGH NStZ 2013, 648; BGH NStZ 2017, 92 (93); BGH NStZ-RR 2017, 143 (144).

4. Die Nichtberücksichtigung von Fernzielen

In dem Beschluss des BayObLG wird schließlich knapp auf die Einbeziehung möglicher Fernziele eingegangen.⁸¹ Sowohl Art. 5 GG als auch Art. 8 GG seien nicht in die Verwerflichkeitsprüfung i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB einzubeziehen.⁸² Daran ändere die Motivation, mit der Aktion Aufmerksamkeit für die als ungerechtfertigt empfundenen Corona-Einschränkungen zu schaffen, nichts.⁸³ Nach § 240 Abs. 2 StGB muss zu der Feststellung, dass Rechtfertigungsgründe fehlen, noch eine Verwerflichkeitsprüfung vorgenommen werden, um die Rechtswidrigkeit der Tat festzustellen.⁸⁴ Rechtswidrig ist demnach eine Tat dann, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.⁸⁵ Zu prüfen ist die Verwerflichkeit sowohl bei Gewalt als auch bei Drohung als Nötigungsmittel,⁸⁶ und zwar anhand des Verhältnisses des Mittels und des Zwecks zueinander.⁸⁷ Die Verwerflichkeit setzt ein gesteigertes Unwerturteil voraus.⁸⁸ Angenommen wird ein solches Unwert, wenn das Verhalten zu missbilligen ist.⁸⁹ Kriterien für die Annahme einer solchen Verhaltensmissbilligung lassen sich jedoch nicht objektivieren,⁹⁰ was Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit gem. Art. 103 Abs. 2 GG begründet.⁹¹ Es wird dennoch an dem Kriterium der Verwerflichkeit nach dieser Definition festgehalten,⁹² sodass es in jedem Fall stets zu prüfen ist.

Fernziele werden bei der Prüfung der Verwerflichkeit des Zwecks besonders relevant.⁹³ Denn es stellt sich bei der Untersuchung des Zwecks die Frage, worauf genau abgestellt werden kann. Unstreitig und systematisch schlüssig ist, dass mit dem Zweck in jedem Fall das abgenötigte Verhalten erfasst wird, also die Handlung, das Unterlassen oder die Duldung.⁹⁴ Ob neben diesem Nahziel ebenfalls Fernziele, also ein Ziel, das durch die Erreichung des Nahziels verfolgt werden soll, einzubeziehen

⁸¹ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 11 f.).

⁸² BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 11).

⁸³ BayObLG NJW 2026, 334 (334 Rn. 12).

⁸⁴ Die Einordnung auf Rechtswidrigkeitsebene wird in der Literatur teilweise diskutiert, vgl. für einen Überblick *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 38 f.; *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 118 ff. Jedoch ordnet die herrschende Meinung dieses Kriterium der Rechtswidrigkeit zu, sodass dies den Studierenden ebenfalls in der Prüfung empfohlen wird, vgl. BGHSt 31, 195 (200); 39, 133 (137 f.); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 38a; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 31. Aufl. 2025, § 240 Rn. 17; *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 48. Aufl. 2025, Rn. 380.

⁸⁵ Die Verwerflichkeit dient als einschränkendes Korrektiv, vgl. BGHSt 31, 195 (200); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 40; *Homann*, JA 2023, 554 (557).

⁸⁶ *Valerius*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2026, § 240 Rn. 49; *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 45; *Eisele*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 240 Rn. 16; *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 48. Aufl. 2025, Rn. 378.

⁸⁷ BVerfGE 73, 206 (255 f.); BGHSt 17, 328 (331); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 42; *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 126.

⁸⁸ BGHSt 17, 328 (332); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 41; *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 48. Aufl. 2025, Rn. 379.

⁸⁹ Genauer wird unter anderem von sittlicher Missbilligung, so BGHSt 17, 328 (331 f.); 18, 389 (391), oder von der Sozialwidrigkeit des Handelns, so *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 41, gesprochen.

⁹⁰ *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 127; *Roxin*, JuS 1964, 373 (376 f.), schlägt objektivierbare Kriterien vor, welche jedoch auch auf wagen Ordnungsprinzipien zurückzuführen sind; *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 128.

⁹¹ *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 127; *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 48. Aufl. 2025, Rn. 354; *Roggemann*, JZ 1988, 1108 (1110).

⁹² *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 122.

⁹³ *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 48. Aufl. 2025, Rn. 383.

⁹⁴ BGHSt 35, 270 (276); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 43; *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 48. Aufl. 2025, Rn. 383.

sind, ist umstritten.⁹⁵ Besonders relevant wird diese Frage gerade bei politisch motivierten Nötigungstaten. Während der BGH nur auf das Nahziel abstellen und Fernziele im Rahmen der Strafzumessung einbeziehen wollte,⁹⁶ hat das BVerfG jedoch mittlerweile deutlich gemacht, dass im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung auch weitere Aspekte im Sinne einer Gesamtabwägung heranzuziehen sind.⁹⁷ Gerade bei politisch motivierten Nötigungstaten sei die Ausübung der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 8 GG als Fernziel für die Feststellung der Verwerflichkeit besonders beachtlich.⁹⁸ Ist also der Schutzbereich der Meinungs- oder Versammlungsfreiheit eröffnet,⁹⁹ so ist im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung eine Sozialverträglichkeit gegebenenfalls anzunehmen, wenn die tatbestands-erfüllende Behinderung im Zusammenhang mit der Ausübung des Grundrechts steht. Beispielsweise sind demonstrationstypische Behinderungen von Straßen in der Regel aufgrund der Unvermeidbarkeit als nicht verwerflich anzusehen.¹⁰⁰ Auch andere Protestformen, die nicht in Form des klassischen Demonstrationzugs erfolgen, wie beispielsweise Sitzblockaden, können als kommunikativ wirkendes Mittel eingeordnet und somit als sozialverträglich eingestuft werden.¹⁰¹ Die Verwerflichkeit ist jedoch dann anzunehmen, wenn die Behinderung keinerlei kommunikativen Bezug aufweist und gerade der Behinderung Dritter wegen blockiert wird.¹⁰² Dass die Frage, wann zweckgerichtet und absichtlich zur Behinderung Dritter eine Straße blockiert wird und wann nicht, bei ähnlich gelagerten Sachverhalten sehr unterschiedlich beantwortet werden kann, zeigen die verschiedenen Entscheidungen der letzten Jahre zu den sog. Klimakleber-Fällen deutlich.¹⁰³ Was bei der Prüfung des Zusammenhangs nicht von Bedeutung sein darf, ist die Bewertung des politischen Inhalts der Versammlung.¹⁰⁴ Der BGH führte gerade die Gefahr der zumindest unterbewussten Bewertung als Argument gegen die Berücksichtigungen von Fernzielen bei der Verwerflichkeitsprüfung an.¹⁰⁵ Dass jedoch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 8 GG dennoch heranzuziehen sind, hat das BVerfG schließlich deutlich gemacht. Daher ist der pauschalen Feststellung des BayObLG, Fernziele seien im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung nicht beachtlich, so nicht zuzustimmen.

Dem BayObLG ist aber dahingehend beizupflichten, dass im vorliegenden Fall keine abwägungsrelevanten Fernziele vorliegen. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG schützt die Meinungsfreiheit, somit subjek-

⁹⁵ Dafür BVerfGE 104, 92 (109 ff.); BVerfG NJW 2011, 3020 (3023); *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 383; *Roggemann*, JZ 1988, 1108 (1110); dagegen BGHSt 35, 270; *Haas*, in: BVerfGE 104, 92 (121 f.).

⁹⁶ BGHSt 35, 270.

⁹⁷ BVerfGE 104, 92 (109 ff.); BVerfG NJW 2011, 3020 (3023).

⁹⁸ BVerfGE 104, 92 (103); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafrechtsgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 46; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 383; *Preuß*, NZV 2023, 60 (67).

⁹⁹ BVerfGE 104, 92 (104).

¹⁰⁰ BVerfG NJW 2002, 1031 (1033); *Preuß*, NZV 2023, 60 (67).

¹⁰¹ BVerfGE 104, 92 (109 f.); BVerfG NJW 2011, 3020 (3023); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafrechtsgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 46 ff.; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 48. Aufl. 2025, Rn. 383.

¹⁰² Als „Instrumentalisierung“ der Blockierten, vgl. BVerfGE 104, 92 (105); *Valerius*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2026, § 240 Rn. 62; *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer, Strafrechtsgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 46a; *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 145.

¹⁰³ *Sinn*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 141; zu den divergierenden Entscheidungen des AG Tiergarten vgl. *Preuß*, NZV 2023, 60.

¹⁰⁴ BVerfGE 104, 92 (110); BVerfG NJW 2011, 3020 (3023); *Eisele*, in: *Tübinger Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 240 Rn. 29a, 29d.

¹⁰⁵ BGHSt 35, 270 (280 f.).

tive Stellungnahmen.¹⁰⁶ Die Aufschrift „Achtung Gleisbruch 2 km“ enthält kein Werturteil, sondern eine falsche Tatsachenbehauptung, welche nicht von dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst wird.¹⁰⁷ Auch Art. 8 GG ist nicht in die Gesamtwürdigung mit einzubeziehen. Geschützt wird gem. Art. 8 Abs. 1 GG die Versammlungsfreiheit. Eine Versammlung ist eine örtliche Zusammenkunft mindestens zweier Personen,¹⁰⁸ die eine innere Verbindung aufgrund eines gemeinsamen Zwecks aufweisen.¹⁰⁹ Der Angeklagte spannte das Banner mit einer weiteren Person auf,¹¹⁰ sodass zwei Personen vor Ort waren. Die Anforderungen, die man an die innere Verbindung stellen möchte, sind streitig. Teilweise wird Art. 8 GG stets als Ergänzung zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG betrachtet, wonach der gemeinsame Zweck in der öffentlichen Meinungsbildung und -äußerung liegen muss.¹¹¹ Daher sieht das BVerfG auch demonstrationstypische Handlungen wie das Spannen von Bannern also von Art. 8 GG geschützt an.¹¹² Demnach wäre der Schutzbereich hier nicht eröffnet, da es schließlich an der Meinungsbildung und -äußerung fehlt. Teilweise wird aber auch auf Anforderungen an den gemeinsamen Zweck verzichtet, sodass kein bestimmter Inhalt des Versammlungszwecks gefordert wird.¹¹³ Allerdings führt ein weiterer Versammlungsbegriff nicht zum Schutz des Spannens des Banners. Die Aufnahme des Spannens eines Banners in den Schutzbereich von Art. 8 GG hängt gerade davon ab, dass damit zur Meinungsbildung und -äußerung beigetragen wird.¹¹⁴ Sonst gibt es keinen Grund, auf Art. 8 GG und nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG zurückzugreifen.¹¹⁵

Das bedeutet freilich nicht, dass bei einem politischen Schriftzug auf dem Banner aufgrund von Art. 8 GG automatisch eine Sozialverträglichkeit anzunehmen wäre. Mit in die Gesamtbewertung einzubeziehen ist auch der Zusammenhang zwischen der Tat und dem Versammlungsthema.¹¹⁶ Ein solcher Zusammenhang zwischen der Corona-Einschränkungen und der Fahrt des ICE fehlt gänzlich. Das Spannen eines politischen Banners trüge auch zu keiner kommunikativen Auseinandersetzung bei. Schließlich würde auch dann die Zerstörung des Banners durch den Zug und nicht die Wahrnehmung der Stellungnahme bezweckt werden sollen. Es kann von unbeteiligten Dritten nicht erwartet werden, dass sie solch eine Beeinträchtigung hinnehmen und sich für die Schaffung von Aufmerksamkeit derart instrumentalisieren lassen.¹¹⁷

Damit wäre auch in solch einem Fall eine Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB unter den vorliegenden Umständen anzunehmen.

¹⁰⁶ Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 25; Manssen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 387.

¹⁰⁷ BVerfGE 85, 1 (15); Manssen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 389.

¹⁰⁸ Höfling/Ogorek, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 13; Manssen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 536.

¹⁰⁹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 976; Höfling/Ogorek, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 14.

¹¹⁰ Vgl. [beck-aktuell v. 2.12.2022](#), [becklink 2025561](#) zum erstinstanzlichen Urteil des AG Gemünden, Urt. v. 2.12.2022 – 701 Js 373/21.

¹¹¹ BVerfGE 104, 92 (104); BGH NJW 1998, 2149 (2151); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 19. Aufl. 2026, Art. 8 Rn. 3a; Manssen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 532.

¹¹² BVerfGE 69, 315 (343); Manssen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 537.

¹¹³ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 979; Höfling/Ogorek, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 14 ff.

¹¹⁴ BVerfGE 69, 315 (343).

¹¹⁵ Vgl. auch krit. zur Einbeziehung demonstrationstypischer Handlungen im Schutzbereich des Art. 8 GG Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 8 Rn. 59.

¹¹⁶ BVerfGE 104, 92 (112); Eisele, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 240 Rn. 29b; Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 145.

¹¹⁷ Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2026, § 240 Rn. 62; Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 240 Rn. 46 ff.; Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 240 Rn. 145.

V. Fazit

Die Bejahung einer Nötigungsstrafbarkeit durch das BayObLG überzeugt nicht. Es fehlt an einem Nötigungsmittel, weil sich weder die Annahme von Gewalt noch die einer Drohung mit einem empfindlichen Übel überzeugend begründen lässt. Zieht man die Zweite-Reihe-Rechtsprechung heran und hält man mit dem BVerfG eine rein psychische Zwangswirkung für nicht ausreichend, ist es doch sehr verwunderlich, dass bei dem problemlosen Durchbrechen eines Transparents durch einen ICE Gewalt angenommen wurde. Für eine körperlich messbare Angstreaktion fehlen jegliche Anhaltspunkte, zudem ist zweifelhaft, ob sich die Fälle der Nötigung im Straßenverkehr auf die hier besprochene Konstellation übertragen lassen. Auch wird nicht mit einem empfindlichen Übel gedroht, sodass die Nötigungsstrafbarkeit hier nicht begründet ist.

Dabei soll nicht in Abrede gestellt werden, dass das Spannen von Transparenten über Gleisen ein gefährlicher Vorgang ist, der nicht ohne Grund beim Lokführer ein mulmiges Gefühl ausgelöst hat. Grundsätzlich können gefährliche Eingriffe in den Bahnverkehr deshalb auch mithilfe des § 315 StGB strafrechtlich sanktioniert werden. Ist dieser jedoch nicht einschlägig, sollte nicht als Konsequenz eine Strafbarkeit nach § 240 StGB bemüht werden, wenn sich diese nicht überzeugend begründen lässt. Die Nötigung ist kein Auffangtatbestand für als strafwürdig bewertetes Verhalten.