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

1/2026 S. 1–242
19. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Ermunterung zur methodengerechten Argumentation: Impulse aus dem Vergaberecht

Dipl.-Jur. Ole Lührs, Hannover 1

Rechtsgeschichte

Historische Entwicklung der Strafbarkeit der Tierquälerei im deutschen Recht – Teil 2

Wiss. Mitarbeiter Matthias Walcher, Tübingen 20

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis: Ist das examensrelevant oder kann das weg?

Wiss. Mitarbeiter Felix Dörr, B.Sc., Leipzig 33

Öffentliches Recht

Grundwissen Straßen- und Straßenverkehrsrecht

Dr. Tobias Kloidt, Frankfurt a.M. 43

Strafrecht

Die Körperverletzung im Amt

Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M., Villingen-Schwenningen 59

© 2008–2026 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur zum Handels- und Gesellschaftsrecht: „Bezahlen für den Porsche der anderen?

Prof. Dr. Günter Reiner, Wiss. Mitarbeiter RA Roman Hermann, Hamburg 71

Anfängerklausur: Zwei Autokäufe

Prof. Dr. Roland Schimmel, Frankfurt a.M. 84

Fortgeschrittenenklausur im Immobiliarsachenrecht: Rösterei, Ruin, Regress

Dr. Adrian Hemler, LL.M. (Cambridge), M.A. (Lancaster), Konstanz 93

Fortgeschrittenenklausur: „Zession und Zankerei“

Wiss. Mitarbeiter Jannik Heine, Marburg 105

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Über den Wolken

Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Drechsler, Regensburg 113

Abschlussklausur Grundrechte: Altersgrenze für Notare

Wiss. Mitarbeiter Ole Becker, Osnabrück 138

Fortgeschrittenenhausarbeit: Die unbequeme Präsidentin

Wiss. Mitarbeiter Julian Schophaus, Köln 160

Strafrecht

Fortgeschrittenenklausur: Die Reise ins Gericht: Wenn der Einbruch nach hinten losgeht

Wiss. Mitarbeiterin Maximiliane Aust, Regensburg 172

Fortgeschrittenenklausur: Wechselnde Loyalitäten

Wiss. Mitarbeiterin Anouk Noelle Nicklas, Berlin, Dr. Marius Riebel, Leipzig 194

© 2008–2026 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23
(Die [Ketten-]Anstiftung und ihre Vorrangstellung gegenüber der Beihilfe)

(Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. [Athen], Vaduz,
Wiss. Mitarbeiter Christoph Bauch, LL.M. [Vaduz], Frankfurt a.M.) 219

BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25
(Pflicht des Gerichts zur audiovisuellen Vernehmung eines Auslandszeugen)

(Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn) 227

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August: Rechtsvergleichung, 2025

(Janne Fromberg, Master of Comparative Law [Fribourg], Heidelberg) 237

Allgemeines

Schäfer, Christian/Schimmel, Roland: Juristische Recherche – analog und digital, 2025

(Wiss. Mitarbeiterin Livia Ester Funk, Passau/Regensburg) 241

Schriftleitung
Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster
Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt
René Grellert

ISSN
1865-6331

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

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

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

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Irina Isabel Pommerenke

© 2008–2026 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Ermunterung zur methodengerechten Argumentation: Impulse aus dem Vergaberecht

*Dipl.-Jur. Ole Lührs, Hannover**

I. Einleitung 1
II. Erfordernis einer Gesamtvergabe 3
1. Überblick: Klassische Auslegungsmethoden 4
2. Auslegung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB 5
a) Auslegung nach dem Wortlaut 5
b) Auslegung nach der Historie 6
c) Auslegung nach der Systematik 8
d) Auslegung nach dem Telos 10
e) Auslegungsergebnis 11
III. Angabe der Höchstgrenze von Rahmenvereinbarungen 11
1. Überblick: Richtlinienkonforme Auslegung 12
2. Richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV 12
IV. Nachforderung wertungsrelevanter Unterlagen 14
1. Überblick: Teleologische Reduktion 15
2. (Keine) Teleologische Reduktion von § 16a EU Abs. 1 VOB/A 15
V. Auslegung der Vergabeunterlagen 17
1. Überblick: Analogieschluss 18
2. §§ 133, 157 BGB analog 18
VI. Fazit 19

I. Einleitung

Die Herausforderung juristischer Klausuren und Hausarbeiten, nicht nur im öffentlichen Recht, ist es, den Korrektor[1] von der eigenen Bearbeitung zu überzeugen. Bekannt ist, dass eine solche Bearbeitung auch voraussetzt, dass die im Sachverhalt angelegten Probleme vertretbar gelöst werden. Hierfür müssen die Argumente, die der Bearbeiter „im Kopf hat“, gut strukturiert vorgetragen werden.[2]

* Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter in einer auf das öffentliche Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei und promoviert an der Leibniz Universität Hannover zu einer verwaltungsrechtlichen Fragestellung mit Bezügen zum Vergaberecht.

[1] Da Rechtsbegriffe im Normtext i.d.R. im generischen Maskulin formuliert sind (z.B. „Mitarbeiter“ in § 6 Abs. 1 VgV), verzichtet der *Verf.* im Interesse der terminologischen Einheitlichkeit auf eine gendergerechte Sprache. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

[2] Siehe nur *Hielscher/Knichala*, HanLR 2025, 76 (77).

Bearbeitern wird dabei regelmäßig angeraten, die Argumente in den Bahnen der juristischen Methodenlehre zu finden.[3] Die Orientierung an den hergebrachten Argumentationsfiguren hat zwei Vorteile: Schon in der Klausur- bzw. Examensvorbereitung hilft es, die in Lehrbüchern, Aufsätzen oder Skripten gelesenen Argumente zu ordnen und sich diese besser einzuprägen.[4] In Bearbeitungen selbst ist es essenziell, dass Argumente methodengerecht, ggf. auch unter ausdrücklicher Nennung der jeweiligen Argumentationsfigur, gefunden werden.[5] Vor diesem Hintergrund ist dazu zu ermuntern, die eigenen Materialien bereits in der Vorbereitung methodengerecht aufzubereiten und die Anwendung der Methoden im Rahmen von Fallbearbeitungen zu trainieren, um entsprechende Argumentationen verfassen zu können. Wie dies mit niedrigschwelligen und gut lernbaren Anpassungen der üblichen Formulierungen und Aufbauten gelingt, zeigen etwa *Trinh*[6] sowie *Wolff* und *Wiederrich*[7]. Dieser Beitrag soll mithilfe eines zusätzlichen Ansatzes dazu motivieren, sich frühzeitig mit dem Feld der methodengerechten Argumentation auseinanderzusetzen.

Die Fähigkeit, unter Zuhilfenahme der juristischen Methodenlehre überzeugend argumentieren zu können, endet nicht mit der juristischen Ausbildung und an den Grenzen des Pflichtfachstoffes, sondern beschäftigt gerade auch den Absolventen als Rechtsanwender im späteren Berufsleben.[8] Ziel des Beitrages ist es deshalb nicht, die in der Ausbildung üblicherweise in Bezug genommenen Argumentationsfiguren – über einen Überblick hinaus – vorzustellen. Hierzu wird an gegebener Stelle auf entsprechende Ausbildungsliteratur bzw. die Standardwerke zur Methodenlehre verwiesen. Vielmehr soll das methodengerechte Arbeiten an praxisrelevanten Fragestellungen aus dem Vergaberecht illustriert werden. Hierunter sind die Regeln zu verstehen, die die öffentliche Hand beim Einkauf von Gütern oder der Inanspruchnahme von sonstigen Leistungen zu beachten hat.[9] Um darzustellen, dass sich der Mehrwert von methodengerecht gewonnenen Argumenten nicht auf die Ausbildung bzw. den Pflichtfachstoff beschränkt, eignet sich dieses Rechtsgebiet besonders: Zum einen spielt es an den Universitäten eine untergeordnete Rolle – dies schafft neue Perspektiven. Zum anderen hält das Rechtsgebiet eine Vielfalt an Eigenarten vor. Es ist auf den Abschluss von Verträgen gerichtet,[10] adressiert aber die öffentliche Hand – so ergeben sich Schnittmengen zum Vertrags-, aber auch zum Verwaltungsrecht. Die Materie beruht zudem (teilweise) auf EU-Richtlinien. Außerdem wird das Rechtsgebiet regelmäßig reformiert. Der Kreis der typischen Argumentationsfiguren lässt sich damit ideal mithilfe von Beispielen aus dem Vergaberecht veranschaulichen.[11]

Die Auswahl der Beispiele umfasst aktuelle bzw. wiederkehrende Fragen aus der vergaberechtlichen Praxis: So erfolgt eine Interpretation des Merkmals „erfordern“ i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB anhand der klassischen Auslegungsmethoden (II.). Im Anschluss werden eine richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV (III.), die teleologische Reduktion von § 16a EU Abs. 1 VOB/A (IV.)

---

[3] *Hielscher/Knichala*, HanLR 2025, 76 (77); *Trinh*, ZJS 2022, 516 (520 f.); *Weißberg*, ZJS 2020, 648 (655 ff.); *Beaucamp*, JA 2018, 757 (758 f.); vgl. auch *Früh*, JuS 2021, 905 (905 f.).

[4] Siehe *Meier/Jocham*, JuS 2015, 490 (490), die das Potenzial ausmachen, „wiederkehrende Muster zu erkennen“; eing. zum sog. Methodenwissen auch *Wolff*, JuS 2023, 1089 (1090 f.).

[5] Siehe nur *Hielscher/Knichala*, HanLR 2025, 76 (77).

[6] *Trinh*, ZJS 2022, 516 (520 ff.).

[7] *Wolff/Wiederrich*, JuS 2023, 711 (714).

[8] So auch *Meier/Jocham*, JuS 2015, 490 (490).

[9] *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Einl. Rn. 1; im Überblick dazu *Delcuvé*, JuS 2020, 1128; *Schütte*, ZJS 2020, 1; *Probst/Winters*, JuS 2019, 1157.

[10] Vgl. *Wollenschläger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 105 Rn. 35 m.w.N. zum Streitstand bzgl. des vergaberechtlichen Vertragsbegriffes.

[11] Vgl. auch *Meßerschmidt/Ojak*, DStR 2023, 289 zur Auslegung im Steuerrecht.

sowie die analoge Anwendung der §§ 133, 157 BGB auf die Auslegung der sog. Vergabeunterlagen (V.) diskutiert.

II. Erfordernis einer Gesamtvergabe

Im Vergaberecht gilt gem. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB das Gebot der Losvergabe: Hiernach sind „Leistungen […] in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben". Dieser Grundsatz dient dazu, auch kleinen und mittelständischen Unternehmen die Teilnahme an Vergabeverfahren zu ermöglichen, um damit den Zweck einer mittelstandsfreundlichen Vergabe zu fördern.[12] Ist eine Leistung teilbar, ist sie demnach grundsätzlich aufzuteilen.[13] Möchte eine Gemeinde etwa Unterhalts- und Glasreinigungsarbeiten für ihre Liegenschaften vergeben, dürfte es deshalb z.B. angezeigt sein, diese Leistung in Liegenschaften (Teillose) und jeweils in Unterhalts- und Glasreinigungsarbeiten (Fachlose) aufzuteilen.[14]

Von diesem Gebot darf gem. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB abgewichen werden, d.h. es dürfen „mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden [sog. Gesamtvergabe[15]], soweit wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern."[16] Die Systematik von § 97 Abs. 4 S. 3 und S. 2 GWB lässt hierbei unschwer ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der losweisen Vergabe erkennen.[17] Dass es für öffentliche Auftraggeber[18] attraktiv ist, eine Gesamtvergabe vorzunehmen, leuchtet ein. So ist es für die losweise Vergabe typisch, dass der Auftraggeber bereits in der Phase der Durchführung der Vergabe durch die Ausschreibung mehrerer Lose zeitaufwändige Parallelprozesse durchführen muss; hierzu zählt u.a. der Prüfungsmehraufwand bei der Auswertung der Angebote.[19] Auch in der Phase der Auftragsdurchführung koordiniert i.d.R. nicht der Auftragnehmer, sondern der Auftraggeber selbst die Teilaufträge, wodurch der Auftraggeber auch hier mit einem erhöhten Aufwand,[20] etwa der

---

[12] OLG Rostock, Beschl. v. 10.1.2025 – 17 Verg 4/24 = ZfBR 2025, 187 (190); für kleine(re) Unternehmen bliebe ansonsten nur die Möglichkeit, sich in einer Bietergemeinschaft oder als Nachunternehmer zu bewerben, siehe *Jauch*, jurisPR-VergR 7/2023 Anm. 6 m.w.N.; grdl. dazu *Burgi*, NZBau 2006, 606; *ders.*, NZBau 2006, 693.

[13] Entscheidend hierfür sind die Marktverhältnisse für den nachgefragten Leistungsmarkt, siehe etwa VK Nordbayern, Beschl. v. 23.3.2023 – RMF-SG21-3194-8-6, wobei insbesondere die Tätigkeitsstruktur der potenziellen Bieter und regionale Besonderheiten zu berücksichtigen sind, siehe VK Bund, Beschl. v. 15.7.2021 – VK 1 – 54/21 = IBRRS 2021, 2700; dazu *Kopco*, jurisPR-VergR 11/2021 Anm 4.

[14] Siehe *Mager/Lotz*, ZfBR 2015, 758 (759) unter Bezug auf den Sachverhalt, der der Entscheidung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11 = ZfBR 2012, 389 zugrunde lag.

[15] Gesamtvergabe meint hierbei nicht (nur) die Zusammenfassung aller Leistungseinheiten, sondern jede zusammengefasste Vergabe, z.B. bereits die Zusammenfassung von zwei Gewerken.

[16] Aktuell steht in Rede, die Vorschriften zur Losvergabe zu reformieren: Der Regierungsentwurf zum Vergabebeschleunigungsgesetz sieht in § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E vor, dass bei großvolumigen, sondervermögenfinanzierten Vorhaben auch zeitliche Gründe eine Gesamtvergabe erfordern dürfen, siehe BT-Drs. 21/1934, S. 8. Diskutiert werden gleichwohl umfangreichere Reformen: So fordert der Bundesrat, dass zeitliche Gründe immer ausreichend sein sollen und verlangt, dass die Gründe die Gesamtvergabe nicht „erfordern", sondern nur „rechtfertigen" müssen, siehe BR-Drs. 380/25(B), S. 2; dazu unter II. 2. c). Die Bundesratsausschüsse schlugen sogar die Zulassung von „sachlichen Gründen" vor, siehe BR-Drs. 380/1/25, S. 1 f. Krit. zu diesen Reformbemühungen *Eßig/Burgi*, Mittelstand und Wettbewerb in der öffentlichen Beschaffung: Zum Umgang mit dem Losgrundsatz im geplanten Vergabebeschleunigungsgesetz, erstattet am 6.10.2025; im Überblick zu der Reform allg. *Ortega Sawal/Bringmann/v. Lucius*, BB 2025, 2379; *DAV*, VergabeR 2025, 525. Derzeit (Stand: 14.1.2026) stehen (noch) die 2. und 3. Lesung des Regierungsentwurfs sowie die Beschlussfassung im Bundestag aus.

[17] Siehe bereits BT-Drs. 16/10117, S. 15; BayObLG, Beschl. v. 10.9.2025 – Verg 6/25e = BeckRS 2025, 23261 Rn. 44; vertiefend dazu *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.

[18] Wird nachfolgend von Auftraggebern gesprochen, meint dies öffentliche Auftraggeber i.S.d. Vergaberechts.

[19] BT-Drs. 20/2353, S. 15; vgl. auch *Stöß/Zech*, GSZ 2022, 209 (210); *Buhr*, VergabeR 2018, 207 (209).

[20] BT-Drs. 20/2353, S. 15; *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 60 Rn. 47.

Einbindung zusätzlicher personaler Ressourcen,[21] belastet wird. Das Gebot der losweisen Vergabe vergrößert aufgrund dieses Ausschreibungs-, Koordinierungs- und Prüfungsmehraufwands[22] z.B. bei Großprojekten das Risiko einer Verzögerung.[23] Vor diesem Hintergrund wird das Gebot der Losvergabe als „Hemmschuh" für die innovationsoffene Beschaffung von Leistungen verstanden, da z.B. das modulare bzw. serielle Bauen und Sanieren bei der Aufspaltung in einzeln zu vergebende Leistungen nur erschwert möglich ist.[24]

Im Lichte dieser gegenläufigen Interessenlage der am (Teil-)Auftrag interessierten Unternehmen und der Auftraggeber liegt es nahe, dass sich regelmäßig gestritten wird,[25] ob die vom Auftraggeber vorgebrachten Gründe eine Gesamtvergabe i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB tatsächlich erfordern. So rügte jüngst ein mittelständisches, auf die Errichtung von Schutzwänden spezialisiertes Unternehmen, dass das Gewerk der Errichtung von Lärmschutzwänden bei dem Neubau einer Brücke nicht als eigenes Los ausgeschrieben wurde – laut Auftraggeber aus baubetrieblichen und technischen Gründen.[26] Das entscheidende Merkmal „erfordern" bleibt hierbei ohne Legaldefinition,[27] sodass es auslegungsbedürftig ist.[28]

1. Überblick: Klassische Auslegungsmethoden

Um Tatbestandsmerkmale zu interpretieren, bedienen sich Rechtsprechung[29] und das Schrifttum der klassischen Auslegungsmethoden[30]: Hierunter sind die Argumente zu verstehen, die sich aus der Auslegung des Wortlauts, der Historie, der Systematik und der Teleologie ergeben. Der Wortlaut meint den Wortsinn eines Merkmals; dieser ist der Ausgangspunkt und die Grenze einer zulässigen

[21] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.8.2024 – Verg 6/24 = ZfBR 2024, 762 (765); vgl. *Buhr*, VergabeR 2018, 207 (209).

[22] So zusammenfassend BayObLG, Beschl. v. 10.9.2025 – Verg 6/25e = BeckRS 2025, 23261 Rn. 54; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.8.2024 – Verg 6/24 = ZfBR 2024, 762 (765); vgl. dazu *Probst*, Vergabeblog v. 23.9.2024 Nr. 66639; *Poschen*, VergabeR 2024, 719 (728); *Delcuvé*, JuS 2020, 1128 (1128 f.); siehe instruktiv zu möglichen Nachteilen einer Gesamtvergabe für den Auftraggeber *Siegismund*, VergabeR 2023, 289 (292 f.).

[23] *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, NVwZ 2022, 1321 (1327). § 9 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 LNGG sahen deshalb vor, dass das Gebot der losweisen Vergabe für die in § 2 LNGG genannten Vorhaben im Zusammenhang mit dem Aufbau der LNG-Infrastruktur nicht gilt, da dies einer schnellstmöglichen Umsetzung der Vorhaben entgegenstehe, siehe BT-Drs. 20/1742, S. 25 f., siehe dazu *Mädler*, ZWeR 2025, 123 (134). Vgl. auch § 3 Abs. 1 S. 1 BwBBG, in welchem die wirtschaftlichen und technischen um zeitliche Gründe ergänzt werden; eine wortgleiche Regelung war überdies auch für § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F. i.S.d. der Entwürfe zum VergRTransfG vorgesehen, siehe BT-Drs. 20/14344, S. 10 – hiermit soll bzw. sollte eine beschleunigte Vergabe ermöglicht werden, siehe BT-Drs. 20/1742, S. 25; BT-Drs. 20/14344, S. 57.

[24] So *Müller*, jurisPR-VergR 4/2025 Anm. 1; siehe auch BT-Drs. 20/14344, S. 57 zum gescheiterten § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F. des VergRTransfG; vertiefend zu den wirtschaftlichen u. technischen Vorteilen der Gesamtvergabe einer Bauleistung aufgrund der Modulbauweise aber *Tenner/Brousse*, VergabeR 2024, 253 (260 ff.).

[25] Siehe nur *Pustal*, jurisPR-VergR 5/2024 Anm. 4, der von einer „höchst praxisrelevanten Frage" spricht.

[26] VK Niedersachsen, Beschl. v. 29.11.2024 – VgK-29/2024 = ZfBR 2025, 314 (314 f.).

[27] Dieses Schicksal teilen auch die „wirtschaftlichen Gründe"; zur sehr aktuellen Frage, ob hierunter auch (allein) volkswirtschaftliche Nachteile fallen können, siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.8.2024 – Verg 6/2024 = ZfBR 2024, 762 (766 f.); VK Bund, Beschl. v. 29.2.2024 – VK 2-17/24 = NZBau 2024, 645 (646 Rn. 44 ff.); eing. dazu *Mädler*, ZWeR 2025, 123; *Pustal*, jurisPR-VergR 5/2024 Anm. 4.

[28] *Meckler*, NZBau 2019, 492 (493); vgl. *Ganske/Ludwig*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 159.

[29] Siehe nur die schulmäßige Begründung, so *Jahn*, JuS 2024, 568 (569), in BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 = NJW 2024, 1050 (1050 Rn. 5 ff.).

[30] BGH, Beschl. v. 20.3.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16 = NJW 2017, 1681 (1682 Rn. 19); dort wird zwar für die historische Auslegung kein Oberbegriff verwendet, bzgl. der „anerkannten Methoden des Gesetzesauslegung" die „Gesetzesauslegung […] aus den Gesetzmaterialien" sowie der solchen „aus der Entstehungsgeschichte" aber singulär in Bezug genommen; vgl. auch *Weinmann*, JA 2023, 183 (184); *Früh*, JuS 2021, 905 (907).

Auslegung.[31] Die historische Auslegung zielt auf die Entwicklung einer Norm, d.h. der Vergleich zu vorherigen Fassungen,[32] sowie die Entstehung, mithin die Heranziehung der Materialien, um den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln.[33] Unter der systematischen Auslegung ist die Untersuchung der Stellung der Norm bzw. des Merkmals im System zu diesem Regelungsgegenstand zu verstehen, Prämisse ist hierbei die einheitliche bzw. widerspruchsfreie Rechtsordnung.[34] Die telelogische Auslegung wird nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift vorgenommen; hier können z.B. widerstreitende Interessen oder Rechtsprinzipien, die sich in der Norm abbilden, herangezogen werden.[35]

2. Auslegung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB

a) Auslegung nach dem Wortlaut

Ausgehend von dem Wortlaut „erfordern" ist sich dem möglichen Wortsinn zu nähern. Das Wort „erfordern" meint für sich genommen „als Voraussetzung zur Verwirklichung einer Sache unbedingt notwendig machen"[36]. Nicht ausreichend sind damit reine Zweckmäßigkeitserwägungen.[37]

In Zusammenschau mit der vorangestellten Wortfolge „[…] dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern", die als Bestandteil der Satzverbindung Berücksichtigung finden darf,[38] kann die Wendung „dürfen […], wenn […] erfordern" so verstanden werden, dass dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird.[39] Nach dieser Lesart wäre eine Abwägungsentscheidung des Auftraggebers angezeigt, in der die von diesen Begriffen eingeklammerten „wirtschaftlichen oder technischen Gründe" eingestellt werden müssten.[40] Dass die wirtschaftlichen oder technischen Gründe das Absehen von der Losaufteilung „unbedingt notwendig machen", wäre dann so zu verstehen, dass diese Gründe in der Abwägung überwiegen müssen. Abgesehen von dieser Lesart, kann „erfordern" auch – ohne Zugriff auf die vorangestellte Wortfolge – so interpretiert werden, dass hierin keine Abwägung angelegt ist,[41] sondern das „unbedingt

---

[31] BGH, Beschl. v. 20.3.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16 = NJW 2017, 1681 (1682 Rn. 19); eing. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 40 ff.; vgl. auch *Spitzlei*, JuS 2022, 315 (316); *Meier/Jocham*, JuS 2015, 490 (491); siehe zu der außerhalb des Wortlauts zu verortenden Rechtsfortbildung unter IV. 1. und V. 1.

[32] BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 = NJW 2024, 1050 (1050 Rn. 7); vertiefend *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 153 ff.

[33] BGH, Beschl. v. 13.5.1982 – 1 StR 118/82 = NJW 1982, 2009 (2009); eing. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 160 ff.; vgl. auch die Kritik von *Weinmann*, JA 2023, 183; *Spitzlei*, JuS 2022, 315.

[34] Vertiefend *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 95 ff., siehe dort zu üblichen Argumentationsfiguren, z.B. der Vergleich der Tatbestandsmerkmale, vgl. BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – II ZB 8/22 = NJW-RR 2022, 1270 (1272 Rn. 18 – „Binnensystematik"), die Stellung innerhalb der Gliederung des Gesetzes, die singularia non sunt extendenda-Regel, Kollisionsregeln sowie die wertungsmäßige Widerspruchsfreiheit, siehe auch *Schäfers*, JuS 2015, 875 (878).

[35] Vertiefend *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 5 Rn. 2 ff.

[36] Dudenredaktion (8.1.2026); siehe auch *Boesen*, VergabeR 2011, 364 (366, 368).

[37] *Theurer*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 1.2.2023, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 14; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51.

[38] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 142.

[39] *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239.

[40] *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.

[41] *Brückner*, LKV 2015, 534 (540); *ders.*, Die Mittelstandsförderung im Vergaberecht, 2015, S. 182; *Ziekow*, GewA 2013, 417 (421).

notwendig machen“ schlicht eine zu bejahende Lage meint, in der das Beschaffungsvorhaben nur durch das Absehen von der Losaufteilung realisiert werden kann.[42]

Der Wortlaut lässt damit mehrere Interpretationsmöglichkeiten zu: Nach der letztgenannten Lesart ist das Merkmal „erfordern“ als herkömmliches Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Möglich ist aber auch, dass dem Auftraggeber mit diesem ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird.[43] Zur Ermittlung des Bedeutungsgehalts sind somit die übrigen Auslegungsmethoden heranzuziehen.

b) Auslegung nach der Historie

§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist sich im Wege der historischen Auslegung zu nähern.[44] Zunächst soll hierbei die Entwicklung des Ausnahmegrundes betrachtet werden. Die Vorgängervorschrift § 97 Abs. 3 GWB a.F. sah noch den Wortlaut „Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“ vor. Das Merkmal „angemessen“ zeigte hierbei eine vorzunehmende Abwägung an.[45] Die dieses Merkmal nicht mehr vorsehende Neufassung kann als Abkehr von dem dort mit der Abwägung bisher angelegten Beurteilungsspielraum verstanden werden.[46] Gegen dieses Diskontinuitätsargument ist einzuwenden, dass das in der Neufassung nun verankerte Regel-Ausnahme-Verhältnis erkennbar die vorherige Praxis abbildet.[47] So waren es auch bisher überwiegend wirtschaftliche und technische Gründe, die in Abwägungen zugunsten von Gesamtvergaben eingestellt wurden.[48] Insofern liegt die Beibehaltung von Abwägung und Beurteilungsspielraum nahe.

Dazu sind die Materialien einzusehen: In der Begründung zum wortgleichen § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. wird zum Ziel erklärt, ein mittelstandsfreundlicheres Vergaberecht zu erhalten.[49] Mit der Neuregelung der Losvergabe soll überdies der Mittelstandsschutz verstärkt werden.[50] Hieraus ist aber nicht zwingend ein restriktiveres Verständnis zulasten der bisher angelegten Abwägung zu lesen.[51] Vielmehr zeigt die Gesamtschau mit den übrigen Passagen zu § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F., dass die

---

[42] *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 95; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51; *Brückner*, LKV 2015, 534 (540); *Ziekow*, GewA 2013, 417 (421); vgl. auch *Knauff*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 253.

[43] Siehe zu dieser Figur im Verwaltungsrecht (vgl. § 35a VwVfG) *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 (195); vertiefend *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 26 ff. – dieser bedient sich die vergaberechtliche Rechtsprechung offen, siehe nur BayObLG, Beschl. v. 13.6.2022 – Verg 6/22 = BeckRS 2022, 19038 Rn. 53 („Bei der […] Prüfung handelt es sich um eine Bewertung mit prognostischem Charakter, bei der dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zusteht“), siehe dazu *Herrmann*, NZBau 2022, 443 (444 f.); *Probst/Winters*, VergabeR 2014, 115; grdl. *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 182 ff.; *Knauff*, Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber nach der Ausschreibung öffentlicher Aufträge, 2004, S. 37 ff.; krit. *Willenbruch*, in: FS Marx, 2009, S. 852 ff. Mit z.B. VGH München, Beschl. v. 22.10.2014 – 4 ZB 14.1260 = BeckRS 2014, 58940 Rn. 9 sind auch verwaltungsgerichtliche Entscheidungen auffindbar, in denen vergaberechtliche Beurteilungsspielräume anerkannt wurden, so etwa auch OVG Münster, Beschl. v. 16.1.2017 – 12 A 833/16 = BeckRS 2017, 108267 Rn. 16 f. für die Begründung einer Gesamtvergabe.

[44] In Klausuren stehen die Materialien bzw. Vorgängernormen i.d.R. nicht zur Verfügung. In der Ausbildung beschränkt sich die Relevanz der historischen Auslegung damit auf Hausarbeiten sowie ggf. anzufertigende Arbeiten im universitären Teil, vgl. *Weinmann*, JA 2023, 183 (183).

[45] OLG Jena, Beschl. v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07 = NZBau 2007, 730 (731).

[46] So *Knauff*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 254.

[47] *Boesen*, VergabeR 2011, 364 (365 f.); *Gabriel*, NJW 2009, 2011 (2012); *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

[48] *Ganske/Ludwig*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 158 m.w.N.

[49] BT-Drs. 16/10117, S. 13.

[50] BT-Drs. 16/10117, S. 15.

[51] *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

Stärkung allein in einer restriktiveren Pflicht zur Begründung und Dokumentation liegt.[52] Dies stützt die Annahme der Beibehaltung eines Beurteilungsspielraums.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfes soll die Gesamtvergabe nur „in begründeten Ausnahmefällen" vorgenommen werden dürfen.[53] Im Folgesatz wird zudem angeordnet, dass es zur Inanspruchnahme der Ausnahme notwendig ist, „aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind".[54] Ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber besonderen Wert auf die Einhaltung der Begründungs- und Dokumentationspflicht zur Entscheidung zur Gesamtvergabe legt.[55] Gesteigerte Dokumentationspflichten – wie diese – charakterisieren Beurteilungsspielräume.[56] Eine Dokumentation ist schließlich unverzichtbar, um die rechtmäßige Inanspruchnahme von Beurteilungsspielräumen zu überprüfen.[57] Dass die Entscheidung für die Gesamtvergabe nicht nur dokumentiert, sondern sogar eingehend begründet werden muss,[58] untermauert die Annahme eines Beurteilungsspielraums: Eine Begründung von Entscheidungen kann „naturgemäß" nur für die Fälle erfolgen, in denen dem Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zusteht, z.B. in Gestalt eines Beurteilungsspielraums.[59] Der in den Gesetzgebungsmaterialien gesetzte Schwerpunkt legt damit nahe, dass der Gesetzgeber[60] von einem in dem Merkmal angelegten Beurteilungsspielraum ausgeht. Nach alledem sprechen die im Wege der historischen Auslegung gewonnenen Argumente dafür, dass das Merkmal „erfordern" einen Beurteilungsspielraum einräumt.

Ausgehend von einer – hiernach naheliegenden – Abwägung stellt sich die Folgefrage, ob sich mithilfe von historischen Argumenten auch ein notwendiges *Maß des Überwiegens* ermitteln lässt, das dargelegt werden muss, damit die wirtschaftlichen oder technischen Gründe die Gesamtvergabe „erfordern". Aus dem Umstand, dass § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. neugefasst wurde, um die Mittelstandsklausel zu stärken,[61] kann geschlossen werden, dass die für die Gesamtvergabe streitenden Gründe ein ganz erhebliches Gewicht aufweisen müssen, um zu Überwiegen. Dieses Verständnis stützt die Gesetzesbegründung, indem sie den gegenläufigen mittelständischen Interessen ein erhebliches

[52] *Gabriel*, NJW 2009, 2011 (2012).

[53] BT-Drs. 16/10117, S. 15.

[54] BT-Drs. 16/10117, S. 15.

[55] *Gabriel*, NJW 2009, 2011 (2012); ähnl. *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

[56] BayObLG, Beschl. v. 7.5.2025 – Verg 8/24 e = BeckRS 2025, 9814 Rn. 81; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2019 – VII-Verg 10/19 = NZBau 2020, 613 (616 Rn. 44); vgl. dazu *Herrmann*, NZBau 2022, 443 (448), der die „Proportionalität von Spielraumweite und Dokumentation" bespricht.

[57] Vgl. bereits BT-Drs. 18/7318, S. 152 zu § 8 VgV („Die Dokumentation […] dient dazu, die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen und rechtlich prüfen zu können."); siehe auch *Stein/Wolters*, NZBau 2020, 339 (339 f.), die m.w.N. für die Angebotswertung und Zuschlagsentscheidung feststellen, dass der „vollständigen Dokumentation erhebliche Bedeutung zu[kommt]. Sie ist Voraussetzung dafür, dass nachgeprüft werden kann, ob der Auftraggeber die Grenzen seines Beurteilungsspielraums eingehalten hat." Instruktiv zur prozeduralen Kompensation von Auswahlspielräumen durch Dokumentationspflichten im Vergaberecht *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 594; zust. *Rauber*, Kompensation durch Verfahren, 2024, S. 170 f.; vgl. auch *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 230 f.

[58] Die Begriffe „Dokumentation" und „Begründung" sind nicht deckungsgleich zu verstehen. So umfasst die Dokumentation Textfassungen unterschiedlicher inhaltlicher Tiefe, zu denen sowohl detailreiche Begründungen als auch weniger detailreiche (Tatsachen-)Feststellungen zählen, siehe dazu *Brauser-Jung*, in: Röwekamp u.a., VgV, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 11 ff., 21; *Müller*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16; vgl. i.Ü. bereits die Bandbreite der Mindestangaben in § 8 Abs. 2 VgV.

[59] *Hillmann*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 8 Rn. 23 f.

[60] Dass die derart strenge Begründungs- und Dokumentationspflicht kein Vorbild in Art. 84 bzw. Art. 46 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU findet und deshalb als „nationales Eigengewächs" – so *Fett*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.5.2025, VgV § 8 Rn. 5 – zu begreifen ist, stützt diese Erwägung; vgl. auch *Petersen*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, Kommentar, 3. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 10, 41.

[61] BT-Drs. 16/10117, S. 13, 15.

Gewicht zuerkennt.[62] Die Aussagekraft dieser Interpretation beschränkt sich damit aber auf das abstrakte Gewicht der Belange sowie die Notwendigkeit, dass die für die Gesamtvergabe streitenden Belange überhaupt überwiegen müssen. Ein konkretes Maß des Überwiegens erschließt sich hieraus nicht.[63]

c) Auslegung nach der Systematik

Des Weiteren ist die systematische Stellung der Norm zu untersuchen. In § 97 Abs. 4 S. 1 GWB wird angeordnet, dass mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen sind. Die Wendung „vornehmlich" lässt darauf schließen, dass diese Interessen nicht absolut gelten, sondern in eine Abwägung eingestellt werden müssen.[64] Da sich sämtliche Regelungen von § 97 Abs. 4 GWB auf die Förderung des Mittelstands beziehen, könnte daraus zu schließen sein, dass auch das Gebot der Losvergabe deshalb unter dem Vorbehalt einer Abwägung steht.[65] Gegen diesen Schluss ist aber einzuwenden, dass der Gesetzgeber die vormals einheitliche Vorschrift seit der Neufassung von § 97 Abs. 3 GWB a.F. in zwei voneinander unabhängige Regelungen aufgeteilt hat: Die Pflicht aus § 97 Abs. 4 S. 1 GWB ist damit als eigenständige Pflicht gegenüber § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu begreifen.[66] Die nunmehr angelegte Trennung der leges specialis zur Losvergabe in § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB und der lex generalis in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB verbietet es folgerichtig, ohne weitere Anhaltspunkte Wertungen zwischen beiden Regelungssystemen zu übertragen.

Für das Regelungsgefüge zur Losvergabe gilt dies folgerichtig nicht, sodass die Einbettung von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis mit § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zur Auslegung heranziehbar ist. Zum einen gilt, dass § 97 Abs. 4 S. 3 GWB als Ausnahme eng auszulegen ist.[67] Dieser Maßgabe genügen beide Lesarten. Zum anderen ist aber die Entscheidung des Gesetzgebers, die Losvergabe mithilfe der Regelungstechnik des Regel-Ausnahme-Verhältnisses abzubilden, an dieser Stelle auszuwerten: Mit der klaren Zuordnung des Regel- und des Ausnahmefalls lässt sich aus der Systematik der § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB herauslesen, dass der Gesetzgeber die Losvergabe bevorzugt. Die Frage, ob Gründe die Gesamtvergabe „erfordern", ist deshalb gerade in Ansehung der widerstreitenden Zwecke, die den Regelfall tragen, zu beantworten. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis legt damit nahe, dass die mittelständischen Interessen mit erheblichem Gewicht bei der Anwendung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB einbezogen werden müssen.[68] Außerdem wird auch den gegenläufigen Interessen zuerkannt, grundsätzlich berücksichtigungsfähig zu sein. Hieraus lässt sich schließen,[69] dass ein Interessenausgleich im Wege einer Abwägung vorgenommen werden muss. Das in der Regelungstechnik angelegte Erfordernis, die mittelständischen Interessen mit erheblichem Gewicht einzubeziehen, bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine entsprechende Abwägungsdirektive vorliegt: Mittelständische Interessen müssen also zwingend mit diesem erheblichen Gewicht in die Abwägung eingestellt werden.[70] Vor diesem Hintergrund liegt ein Beurteilungsspielraum nahe.

---

[62] Vgl. *Lausen*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VOB/A § 5 EU Rn. 40 ff.
[63] Strenger *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51.
[64] *Ganske/Ludwig*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 154.
[65] Vgl. VK Saarland, Beschl. v. 7.9.2009 – 3 VK 01/2009 = BeckRS 2014, 55422; abl. *Ziekow*, GewA 2013, 417 (420).
[66] *Knauff*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 240; unklar insoweit BT-Drs. 18/6281, S. 68.
[67] *Pinkenburg/Zawadke*, NZBau 2017, 651 (653).
[68] Zum Ganzen grdl. *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.
[69] Vgl. *Müller*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16; *Herrmann*, NZBau 2022, 443.
[70] *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.; zust. *Jauch/Manzke*, jurisPR-VergR 12/2024 Anm. 2; ähnl. *Kus*, in: Röwekamp u.a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 6. Aufl. 2026, § 97 Rn. 221.

Der rechtliche Rahmen der Entscheidung für die Gesamtvergabe wird innerhalb des Vergaberechts[71] auch von § 8 Abs. 2 S. 2 Nr. 11 VgV bestimmt. Hiernach sind „die Gründe, aufgrund derer Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden," in den Vergabevermerk aufzunehmen. Der Vergabevermerk ist als Teil[72] bzw. Regelfall[73] der Dokumentation nach § 8 Abs. 1 VgV zu verstehen. Dass der Verordnungsgeber die Entscheidung für die Gesamtvergabe dort ausdrücklich erfasst und die Gründe hierfür dokumentiert sehen will, spricht dafür, dass in der VgV von einem Beurteilungsspielraum bei dieser Entscheidung ausgegangen wird.[74]

Zur Beantwortung der Folgefrage, inwieweit auch ein notwendiges Maß des Überwiegens ermittelt werden kann, ist sich § 3 Abs. 1 BwBBG zuzuwenden, der die Losvergabe bei näher bezeichneten Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr regelt.[75] Dort müssen die Gründe für die Gesamtvergabe diese nicht „erfordern", sondern „rechtfertigen". Hieraus kann eine niedrigere Schwelle für die Gesamtvergabe gelesen werden.[76] Wenn „rechtfertigen" eine weniger strenge Anwendung anzeigt und dazu im Sinne eines einfachen Überwiegens als Abwägungsergebnis verstanden wird,[77] ließe sich daraus schlussfolgern, dass das Merkmal „erfordern" gerade kein einfaches Überwiegen der Gründe für die Gesamtvergabe ausreichen lässt, sondern strenger, z.B. im Sinne eines Überwiegens mit erheblichem Gewicht,[78] zu verstehen ist.[79] Hier wird also ein Rückschluss von der neueren lex specialis, die in Ansehung der lex generalis geschaffen wurde,[80] auf die Auslegung der lex generalis vorgenommen. Da ansonsten ein Wertungswiderspruch droht,[81] überzeugt die Erwägung, den Begriffen „erfordern" und „rechtfertigen" keine deckungsgleiche Bedeutung zuzumessen.[82] Dies zwingt aber nicht dazu, den Unterschied in dem Maß des Überwiegens zu suchen: Vielmehr soll sich die weniger strenge Anwendung nach der Gesetzesbegründung daraus ergeben, dass den Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen bereits in der Abwägung ein stärkeres Gewicht gegenüber den mittelständischen Interessen eingeräumt wird.[83] Dies deutet an, dass die Erleichterung nicht im Wege eines von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB abweichenden Maß des Überwiegens erfolgen soll, sondern die für die Gesamtvergabe in die Abwägung einstellbaren Gründe – aufgrund der damit in Verbindung stehenden Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen – in einer Abwägung i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 BwBBG relativ höher zu gewichten sind als in einer solchen i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Hierdurch ist einfacher zu begründen, dass sich die für die Gesamtvergabe sprechenden Gründe gegenüber den mittelständi-

[71] Siehe zum Normbestand *Burgi*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2025, § 4 Rn. 14 ff.; ausgehend von § 113 GWB sind die GWB- und untergesetzlichen Vorschriften als ein System zu begreifen, vgl. auch BT-Drs. 18/7318, S. 2.

[72] BR-Drs. 87/16, S. 162.

[73] *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 34.

[74] Siehe II. 2. b); dazu *Hillmann*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 8 Rn. 23 f.; *Conrad*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 36 Rn. 50; vgl. *Müller*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16; *Schubert*, Die Beschaffung sauberer Fahrzeuge, 2024, S. 210.

[75] Siehe zum Anwendungsbereich gem. § 2 BwBBG im Überblick *Stöß/Zech*, GSZ 2022, 209 (209 f.).

[76] *Busz/Rosenkötter*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, BwBBG Rn. 18; *Schmidt/Kirch*, VergabeNews 2022, 146 (147); *Stein/Ebel*, VergabeR 2022, 709 (715) unter Hinweis auf BT-Drs. 20/2353, S. 15; i.d.S. auch *Schneevogl*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 183.

[77] *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 60 Rn. 47.

[78] Siehe dazu II. 2. b).

[79] Vgl. die Ausführungen bei *Jauch/Manzke*, jurisPR-VergR 12/2024 Anm. 2 zum diesbzgl. wortgleichen § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F. i.S.d. Entwürfe zum VergRTransfG, siehe BT-Drs. 20/14344, S. 10.

[80] BT-Drs. 20/2353, S. 15.

[81] Argumente dieser Art nicht zulassend OLG Rostock, Beschl. v. 10.1.2025 – 17 Verg 4/24 = ZfBR 2025, 187 (191).

[82] Missverständlich insofern etwa BayObLG, Beschl. v. 10.9.2025 – Verg 6/25e = BeckRS 2025, 23261 Rn. 53, wenn dort – bzgl. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB – festgestellt wird, dass die vom Auftraggeber vorgetragenen Erwägungen eine Gesamtvergabe nicht „rechtfertigen".

[83] BT-Drs. 20/2353, S. 15; vgl. auch *Bartetzky-Olbermann*, UKuR 2022, 340 (341).

schen Interessen im Einzelfall durchsetzen.[84] Für Rückschlüsse auf ein Maß des Überwiegens in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist damit aber kein Raum.

d) Auslegung nach dem Telos

Zuletzt ist sich dem Bedeutungsgehalt anhand teleologischer Erwägungen zu nähern. Zweck des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist es, eine Ausnahme zugunsten der Situation zu schaffen, in der die bedarfsgerechte Auftragsdurchführung eine Gesamtvergabe verlangt – hierzu werden wirtschaftliche und technische Gründe zugelassen.[85] Fraglich ist, ob dieser Zweck einen Beurteilungsspielraum anzeigt. Zu der hinter § 97 Abs. 4 S. 3 GWB stehenden Interessenlage gehören auch die mittelständischen Interessen.[86] Denkbar ist deshalb, den Interessenkonflikt zugunsten dieser Interessen zu lösen und objektive Gründe zu verlangen, nach denen eine Gesamtvergabe zwingend ist.[87] Diese sehr strenge Lesart führt aber dazu, dass der vorstehende Zweck nur in sehr wenigen Fällen realisiert werden kann. Dazu spricht gegen die vorgeschlagene Lösung, dass der Charakter des Erfordernisses der Gesamtvergabe nicht hinreichend berücksichtigt wird: Die Entscheidung, inwieweit der Bedarf in Leistungseinheiten abgebildet werden kann,[88] d.h. ob die Leistungsbestimmung eine Aufteilung in Lose zulässt – oder nicht, beinhaltet komplexe und in die Zukunft gerichtete, mithin prognostische Überlegungen.[89] So sind z.B. Aspekte der Bauausführung und Bauabläufe stark einzelfallabhängig.[90] Ob diese zu einer Gesamtvergabe zwingen, setzt folgerichtig eine hierauf gerichtete Prognose im Lichte der Leistungsbestimmung durch den Auftraggeber voraus.[91] Diese notwendige Prognose sowie der Umstand, dass in die Entscheidungsfindung das Gebot aus § 97 Abs. 4 S. 2 GWB einzustellen ist,[92] sodass es eine Abwägung braucht,[93] legen nahe, dass ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist.[94] Auf den ersten Blick scheint dieser Interessenausgleich einseitig zugunsten des vorstehenden Zwecks vorgenommen zu werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verkennen des besonderen Gewichts der mittelständischen Interessen als Abwägungsfehleinschätzung zu qualifizieren ist, da die Norm eine entsprechende Abwägungsdirektive vorsieht.[95] Mit „erfordern“ eine Abwägung zu verlangen, überzeugt folgerichtig auch aus teleologischen Gesichtspunkten.

---

[84] Ähnl. *Stöß/Zech*, GSZ 2022, 209 (210 f.).

[85] *Stickler*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A § 5 Rn. 26.

[86] Siehe zur Herleitung II. 2. c).

[87] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51.

[88] OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.4.2022 – 15 Verg 2/22 = NZBau 2023, 200 (205 Rn. 45).

[89] *Schneevogl*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 114; *Ganske*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 5 EU Rn. 44.

[90] *Ganske*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 5 EU Rn. 44; vgl. *Rauber*, Kompensation durch Verfahren, 2024, S. 68, der die Beschaffungsbedürfnisse als divers und damit kontextabhängig einordnet; i.d.S. auch *Manzke*, KlimR 2025, 130 (130).

[91] OLG München, Beschl. v. 25.3.2019 – Verg 10/18 = NZBau 2019, 538 (541 Rn. 46); ähnl. *Müller-Wrede/Delcuvé*, in: Müller-Wrede, GWB, 2. Aufl. 2023, § 97 Rn. 231.

[92] Siehe dazu II. 2. b) und c).

[93] *Müller*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16.

[94] Vgl. *Herrmann*, NZBau 2022, 443 (443); *Voll*, Sicherheit als Argument im Vergaberecht, 2020, S. 90, sieht das Einräumen von Beurteilungsspielräumen im Vergabeverfahren sogar als „notwendige Folge“ eines Betroffenseins des Leistungsbestimmungsrechts; dazu allg. *Dageförde*, Nachhaltigkeit im öffentlichen Vergabeverfahren, 2. Aufl. 2025, Rn. 210 f.; zum Leistungsbestimmungsrecht im Überblick *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), 65 (74 ff.); monografisch *Ahlers*, Grundlagen und Grenzen der Beschaffungsautonomie, 2023.

[95] Vgl. II. 2. c); siehe zur Abwägungsfehleinschätzung *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.; *Jauch/Manzke*, jurisPR-VergR 12/2024 Anm. 2.

Hieran schließt sich die aufgeworfene Folgefrage an, inwieweit ein Maß des Überwiegens im Wege der Auslegung ermittelt werden kann. An dieser Stelle ist damit zu erörtern, ob der Interessenausgleich ein einfaches Überwiegen ausreichen lässt oder ein gesondert gewichtetes Verhältnis geboten ist. Hierbei ist zu erinnern, dass die zugunsten der Gesamtvergabe eingestellten Belange *in ihrem Gewicht* die solchen zugunsten der losweisen Vergabe, denen ein erhebliches Gewicht zuzusprechen ist, überhaupt überwiegen müssen. Da sich der Interessenausgleich in dieser Ausgangslage erschöpft, ist es teleologisch nicht geboten, dazu (auch) das Abwägungsergebnis selbst unter den Vorbehalt eines Überwiegens in einem gesondert gewichteten Verhältnis zu stellen. Damit lassen sich auch aus teleologischer Sicht keine Anhaltspunkte für ein besonderes Maß des Überwiegens herleiten, sodass ein einfaches Überwiegen als ausreichend zu erachten ist.[96]

e) Auslegungsergebnis

Mit dem Merkmal „erfordern“ wird eine Abwägung statuiert und dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zuerkannt; es genügt hierbei, dass die für die Gesamtvergabe streitenden Gründe einfach überwiegen. Im Beispiel muss der Auftraggeber dies für die baubetrieblichen und technischen Gründe begründen und dokumentieren.

III. Angabe der Höchstgrenze von Rahmenvereinbarungen

Benötigt ein Auftraggeber wiederkehrend Leistungen, kann er von der Ausschreibung eines Einzelauftrags absehen und sein Beschaffungsvorhaben stattdessen auf den Abschluss einer Rahmenvereinbarung richten. Für diese sieht § 103 Abs. 5 S. 1 GWB eine Legaldefinition vor.[97] Typisch sind Rahmenvereinbarungen, die die Belieferung mit Ausstattung, Verbrauchsmaterialien oder Zubehör (Toner, Tausalz, Medikamente) zum Inhalt haben,[98] Wartungsverträge, etwa im IT-Segment[99] oder wiederkehrende Dienstleistungen, z.B. Postlieferungen.[100] Grundsätzlich werden diese gem. § 103 Abs. 5 S. 2 GWB im Rahmen eines herkömmlichen Vergabeverfahrens vergeben, dazu treten wenige untergesetzliche Spezialvorschriften zu den Rahmenvereinbarungen.[101]

Nach § 21 Abs. 1 S. 2 VgV ist bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben. Hierunter wird nach herkömmlicher Lesart die sog. Schätzmenge bzw. der Schätzwert verstanden, mithin die nach sorgfältiger Schätzung zu erwartenden Aufträge.[102] Damit können potenzielle Bieter ihre Angebote etwas belastbarer kalkulieren und ein aus ihrer Perspektive (voraussichtlich) wirtschaftliches Angebot abgeben, schließlich haben diese i.d.R. Kosten für z.B. die Vorproduktion, Lagerung oder Bereitstellung von Logistikkapazitäten zu tragen.[103] Für den Auftraggeber bedeutet dies nach dem Wortlaut *auf den ers-*

[96] So auch VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19 = BeckRS 2019, 54447 Rn. 38 unter Hinweis auf *Meckler*, NZBau 2019, 492 (493); siehe zul. etwa *Jauch/Manzke*, jurisPR-VergR 12/2024 Anm. 2.

[97] Siehe nur *Lausen*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 3 Rn. 59.

[98] *Hillmann*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV 21 Rn. 3; vgl. auch EuGH, Urt. v. 14.7.2022 – C-274/21, C-275/21 = NZBau 2022, 670, dort wurde um die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von COVID-19-Antigentests gestritten.

[99] *Brauser-Jung*, in: Röwekamp u.a., VgV, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 8.

[100] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2023 – VII-Verg 16/24 = NZBau 2025, 322 (327 f. Rn. 52).

[101] *Stein/Terbrack*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 1.2.2023, GWB § 103 Rn. 154.

[102] Siehe nur *Wichmann*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 1.5.2023, VgV § 21 Rn. 10 f.; dazu z.B. VK Bund, Beschl. v. 30.12.2024 – VK 2 – 103/24 = BeckRS 2024, 40194 Rn. 41.

[103] *Büdenbender*, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, VgV § 21 Rn. 56; vgl. dazu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 45.

ten Blick eine komfortable Ausgangslage: Insofern die Schätzung sorgfältig erfolgt,[104] können während der Vertragslaufzeit auch deutlich umfassendere Einzelaufträge, z.B. zur Lieferung von Tausalz, abgerufen werden, als ursprünglich geschätzt.[105] Die Kalkulationssicherheit interessierter Unternehmen fördert dies nicht.

Eine Pflicht zur zusätzlichen Angabe einer höchstmöglich abrufbaren Menge, welche die Kalkulationssicherheit als Höchstgrenze erhöhen würde,[106] ergibt sich aber nicht ohne Weiteres aus dem Normtext von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV.[107] Die Vorschrift beruht aber auf europäischem Richtlinienrecht,[108] sodass die Vorgaben des Unionsrechts entscheidend bei der Auslegung miteinzubeziehen sind.

1. Überblick: Richtlinienkonforme Auslegung

Richtlinien der EU i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV sind darauf angelegt, in nationales Recht umgesetzt zu werden. Das der Richtlinienumsetzung dienende nationale Recht ist vor dem Hintergrund des Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV – soweit möglich[109] – im Lichte der Richtlinienvorgaben auszulegen.[110] Diese Methode verlangt damit zwei Schritte: Zunächst ist die Richtlinienbestimmung auszulegen.[111] Das gefundene Auslegungsergebnis, d.h. die Richtlinienvorgabe, ist dann im Wege der Auslegung der nationalen Norm zu realisieren.[112] Innerhalb der nach den klassischen Auslegungsmethoden möglichen Interpretationsvarianten ist deshalb diejenige zu wählen, die der Vorgabe der Richtlinie (am ehesten) entspricht.[113]

2. Richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV

Dass die Angabe einer Schätzmenge und/oder eines Schätzwertes sowie die Angabe einer Höchstmenge und/oder eines Höchstwerts (sog. Höchstgrenze) für den Auftraggeber unionsrechtlich verpflichtend ist, entsprach bereits der Auffassung des EuGH zur vorherigen Vergaberichtlinie

---

[104] Eine sorgfaltswidrige Schätzung kann gleichwohl Schadensersatzansprüche auslösen, siehe nur *Mey*, in: Heuvels u.a., Vergaberecht, Gesamtkommentar, 2. Aufl. 2021, VgV § 21 Rn. 16; die Teilnahme am Vergabeverfahren begründet schließlich ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit dem Auftraggeber, siehe OLG Naumburg, Beschl. v. 17.1.2025 – 6 U 1/24 = ZfBR 2025, 411 (414), sodass dieser bei Sorgfaltspflichtverletzungen u.U. aus culpa in contrahendo haftet.

[105] Vgl. *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (763).

[106] *Graef*, NZBau 2005, 561 (566).

[107] OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 44; *Mädler*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 21 Rn. 7; *Jürschik/Jasinskaite*, EuZW 2021, 1001 (1006); *Schneevogl*, jurisPR-VergR 8/2021 Anm. 1; i.d.S. auch VK Westfalen, Beschl. v. 21.2.2024 = BeckRS 2024, 6454 Rn. 62.

[108] BT-Drs. 18/7318, S. 165.

[109] Vertiefend zu der zulässigen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und der Abgrenzung zur unzulässigen Rechtsfortbildung contra legem *Heeresthal*, JuS 2014, 289 (292 f.); dazu erweist sich die Begründung in BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427 (428 Rn. 21 ff.) als besonders instruktiv.

[110] Siehe nur EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 = NJW 2004, 3547 (3549 Rn. 113).

[111] Vgl. *Köhler*, JuS 2014, 865 (867) zu Art. 27 VRRL.

[112] BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15 = NJW 2017, 1093 (1095 f. Rn. 28); siehe auch *Kühling*, JuS 2014, 481 (486).

[113] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 12 Rn. 46 f.; *Kühling*, JuS 2014, 481; siehe *Wietfeld*, JZ 2020, 485 zur richtlinienkonformen Auslegung als Zielvorgabe – in Abgrenzung zur Einstufung als Auslegungsmittel; so aber die in der Vergangenheit bei Vergabekammern und -senaten beliebte richtlinienbezogene Auslegung, die es ermöglicht, RL-Inhalte vorgreifend zu berücksichtigen, im Überblick *Lührs*, JuWissBlog v. 7.11.2025 Nr. 102/2025; vertiefend *Kubitza*, EuZW 2016, 691; *Maultzsch*, RabelsZ 79 (2015), 323 (322 ff.); *Wagner/Schrotz*, EuZW 2015, 157 (159 ff.); *Schnitzler*, WuW 2015, 992; *Renner/Siebler*, VergabeR 2015, 198 (201 ff.); *Müller/Klostermann*, ZfBR 2014, 347.

RL 2004/18/EG.[114] Ausweislich der Rechtsprechung des EuGH gilt dies auch für die Auslegung der aktuellen Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU.[115] Dies war zwischenzeitlich sehr umstritten.[116] Hierbei stützt sich der EuGH nur bedingt auf den Wortlaut des zuvorderst einschlägigen Art. 33 RL 2014/24/EU zur Rahmenvereinbarung, sondern im Wesentlichen auf die in Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz.[117] Diese verlangen hinreichend bestimmte Vergabeunterlagen – auch bei Rahmenvereinbarungen.[118] Dazu stellt der EuGH fest, dass es zur Wahrung dieser Grundsätze notwendig ist, Unternehmen gerade die Höchstmenge und/oder den Höchstwert mitzuteilen, damit sie ihre eigene Leistungsfähigkeit beurteilen können, ansonsten liefe das bezuschlagte Unternehmen sehenden Auges Gefahr, bei Nichterfüllung der Rahmenvereinbarung vertraglich haftbar gemacht zu werden.[119] Es ist deshalb als Vorgabe des Unionsrechts zu verstehen, dass eine Angabe der Höchstmenge und/oder des Höchstwerts erfolgen muss.[120]

Im Schrifttum wird deshalb zu Recht vorgeschlagen, § 21 Abs. 1 S. 2 VgV als Norm des nationalen Rechts, mit der Art. 33 RL 2014/24/EU umgesetzt werden soll, unionsrechtskonform auszulegen.[121] Dies ist auch geboten: Die bisher (auch) von der Rechtsprechung angelegte Lesart des § 21 Abs. 1 S. 2 VgV[122] steht im Widerspruch zum Unionsrecht. Dieser Widerspruch ist aufzulösen. Hierzu ist die Auslegung des nationalen Rechts nach dem Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, mithin das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen.[123]

Eine Auslegung i.S.d. soeben vorgestellten Vorgabe des Unionsrechts erlaubt der Wortlaut des § 21 Abs. 1 S. 2 VgV:[124] Die Wortfolge „[…] braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden“

---

[114] EuGH, Urt. v. 19.12.2018 – C-216/17 = NZBau 2019, 116 (120 Rn. 57 ff.); dazu *Friton/v. Rummel*, jurisPR-VergR 3/2019 Anm. 1; eing. zu der argumentativen Herleitung *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (764); ähnl. *Wolters*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.8.2024, VSVgV § 14 Rn. 16.

[115] EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20 = NZBau 2021, 541 (545 f. Rn. 54 ff.); fortgeschrieben mit EuGH, Urt. v. 14.7.2022 – C-274/21, C-275/21 = NZBau 2022, 670 (673 Rn. 66 ff.), siehe *Siebler/Hamm*, NZBau 2023, 85 (87); *Ott*, EuZW 2022, 870 (879).

[116] Dafür, dass die Rechtsprechung zur RL 2004/18/EG auf die aktuelle Rechtslage unter der RL 2014/24/EU übertragen werden kann, stritten etwa *Ortner*, VergabeR 2019, 359 (368); *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (766); *Csaki/Winkelmann*, NZBau 2019, 758 (762); *Pfannkuch*, KommJur 2019, 241 (243 f.); in diese Richtung auch VK Bund, Beschl. v. 29.7.2019 – VK 2-48/19 = BeckRS 2019, 25575 Rn. 36; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.8.2019 – VK 1-13/19, BeckRS 2019, 28920 Rn. 64. Anders z.B. KG, Beschl. v. 20.3.2020 – Verg 7/19 = BeckRS 2020, 52745 Rn. 41 f. bzgl. § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO; VK Bund, Beschl. v. 19.7.2019 – VK 1-39/19 = VergabeR 2020, 71 (78); aus dem Schrifttum *Probst/Donhauser*, VergabeR 2020, 71 (81); *Koch*, MMR 2020, 213 (215); *Schwabe*, IBR 2019, 148; *Hildebrandt*, Vergabeblog v. 7.10.2019 Nr. 42174; offen gelassen bei *Orf/Gesing*, VergabeNews 2020, 18 (20).

[117] EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20 = NZBau 2021, 541 (546 Rn. 61 f.).

[118] Krit. dazu noch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.2.2013 – Verg 44/22 = NZBau 2013, 392 (394); VK Sachsen, Beschl. v. 17.5.2013 – 1/SVK/016-13 = BeckRS 2013, 19483.

[119] EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20 = NZBau 2021, 541 (546 Rn. 63 f.); dazu *Schröck/Kraus*, NZBau 2022, 12 (13 f.); vertiefend auch *Kafedeži/Graichen*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 23 Rn. 14 f.

[120] So – im Anschluss an den EuGH – auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 47; OLG Koblenz, Beschl. v. 12.12.2022 – Verg 3/22 = BeckRS 2022, 37797 Rn. 37 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.9.2022 – VII Verg 2/22 = NZBau 2024, 494 (499 Rn. 59 f.).

[121] So ausdr. *Mädler*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 21 Rn. 9; *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (765 f.); vgl. *Friton/v. Rummel*, jurisPR-VergR 3/2019 Anm. 1 („unionsrechtskonform enger zu verstehen“).

[122] KG, Beschl. v. 20.3.2020 – Verg 7/19 = BeckRS 2020, 52745 Rn. 35 bzgl. § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO; VK Bund, Beschl. v. 19.7.2019 – VK 1-39/19 = VergabeR 2020, 71 (78).

[123] Siehe unter III. 1.; zum Vergaberecht im Besonderen *Friton*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.2.2025, Einl. zum GWB, Kap. EU und GPA Rn. 15 ff.; *Jaeger*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, Einl. Rn. 209 ff.; *Burgi*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2025, § 3 Rn. 11.

[124] Zu erinnern ist, dass die richtlinienkonforme Auslegung eine *doppelte Auslegung* verlangt, siehe unter III. 1.; in der vorliegenden Frage konnte bzgl. der Richtlinienbestimmung auf das Auslegungsergebnis des EuGH zurückgegriffen werden, vgl. *Meßerschmidt/Ojak*, DStR 2023, 289 (289). Schwerpunkt der hier vorzunehmen-

bezieht sich auf das am Anfang des Satzes in Bezug genommene spätere Auftragsvolumen, das es zu ermitteln und bekannt zu geben gilt. Dem Passus wohnt damit keine Wertung zu einer Höchstmenge bzw. einem Höchstwert inne. So liegt hierin nicht zwingend eine abschließende Festlegung des späteren Auftragsvolumens, da dieses auch unterhalb des Betrags der Höchstmenge bzw. des Höchstwertes liegen kann.[125] Dass das „in Aussicht genommene Auftragsvolumen […] so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben" ist, kann in den Grenzen des Wortlauts deshalb so verstanden werden, dass hierunter zwei unabhängige Wertgrößen[126] zu fassen sind: Die Schätzmenge bzw. der Schätzwert gemäß der (auch) bisherigen Lesart und die Höchstmenge bzw. der Höchstwert. Beide Größen zu ermitteln und bekannt zu geben, dient schließlich dazu, sich dem späteren Auftragsvolumen so genau wie möglich zu nähern, ohne dabei verbindlich zu werden. Diese Lesart ist aufgrund des offenen Wortlauts denkbar, da dieser nicht zu der Ermittlung und Bekanntgabe nur einer Wertgröße zwingt.[127] Eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift ist also methodengerecht möglich und damit vorzunehmen: Bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen ist gem. § 21 Abs. 1 S. 2 VgV nicht nur der Schätzwert bzw. die Schätzmenge, sondern auch der ermittelte[128] Höchstwert und/oder die Höchstmenge anzugeben[129] – etwa im Beispiel der Lieferung von Tausalz.

IV. Nachforderung wertungsrelevanter Unterlagen

Für die europaweite Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen gelten die untergesetzlichen Vorschriften der VgV; für Bauleistungen sind gem. § 2 S. 2 VgV (weitgehend) die Vorschriften des zweiten Abschnitts der VOB/A anzuwenden.[130] Dort kennt § 16a EU Abs. 1 VOB/A eine Nachforderungspflicht[131] des Auftraggebers: Hat dieser im Vergabeverfahren eine leistungsbezogene Unterlage (z.B. Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise) von den Unternehmen gefordert, ein

---

den richtlinienkonformen Auslegung ist somit die noch nicht abschließend geklärten Frage, wie die nationale Vorschrift auszulegen ist.

[125] Vgl. *Csaki/Winkelmann*, NZBau 2019, 758 (761).

[126] Vgl. auch von zwei Wertgrößen ausgehend *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A § 4a EU Rn. 12; *Wagner*, VergabeR 2024, 549 (561); i.d.S. etwa auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 47 f.

[127] Siehe *Büdenbender*, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, UVgO § 15 Rn. 35 f., der der Wortfolge – im Oberschwellenbereich – ebenfalls diesen Bedeutungsgehalt zuschreibt.

[128] Von beiden Wertgrößen entspricht der Höchstwert i.S.d. richtlinienkonform verstandenen § 21 Abs. 1 S. 2 VgV dem Auftragswert i.S.v. § 3 Abs. 4 VgV, siehe etwa *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A § 4a EU Rn. 12; *Majewski*, in: Pauka/Bartetzky-Olbermann, Praxis der IT-Vergabe, 2024, Kap. 4 Rn. 90, 92; i.d.S. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2023 – VII-Verg 16/24 = NZBau 2025, 322 (328 Rn. 54, 56): Hierfür spricht, dass auch nach § 3 Abs. 4 VgV der geplante maximale Umfang der abrufbaren Aufträge entscheidend ist, vgl. KG, Beschl. v. 6.5.2025 – Verg 7/23 = BeckRS 2025, 14244 Rn. 35; insoweit bereits *Lausen*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 3 Rn. 62; *Schröck/Kraus*, NZBau 2022, 12 (15). Nicht unstr., anders z.B. *Dietrich*, in: Greb/Müller, Kommentar zum Sektorenvergaberecht, 3. Aufl. 2025, SektVO § 19 Rn. 14. Die Ermittlung des Höchstwerts ergibt sich damit nicht erst aus § 21 Abs. 1 S. 2 VgV. Anders die Bekanntgabe: Auftragswerte müssen grds. nur ermittelt, nicht aber bekanntgegeben werden, vgl. *Preussler/Hartwecker*, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, VgV § 3 Rn. 110.

[129] Mit VK Westfalen, Beschl. v. 11.6.2025 – VK 1-20/25 = BeckRS 2025, 21339 Rn. 59 genügt dabei keine „formelhafte Bezugnahme auf die Angebotssumme", vielmehr ist ein konkreter, im Vorfeld festgelegter Wert notwendig.

[130] Die VOB/A ist Teil der sog. Vergabe- und Vertragsordnung, die vom privaten Gremium DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen) er- und bearbeitet wird; Rechtsnormqualität erhalten diese Regeln damit erst durch den Verweis in § 2 S. 2 VgV, siehe *Lausen*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 2 Rn. 10 ff.

[131] Soweit dieser keinen Ausschluss nach § 16a EU Abs. 3 VOB/A vorgenommen hat; vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2021 – Verg 11/21 = BeckRS 2021, 56911 Rn. 32.

Unternehmen diese aber nicht oder nur unvollständig abgegeben, hat er dieses aufzufordern, die Unterlagen zu vervollständigen. Im Bereich der Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen existiert auch eine Vorschrift zur Nachforderung. Ein Unterschied ist, dass § 56 Abs. 3 S. 1 VgV enger gefasst ist, weil dort die Nachforderung der leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen (sog. wertungsrelevante Unterlagen[132]), ausgeschlossen ist. Hier geht es etwa um den Fall, dass der Auftraggeber nicht nur das preislich günstige Angebot auswählen, sondern daneben auch leistungsbezogene Zuschlagskriterien berücksichtigen möchte: So kann ein Landkreis bei der Ausschreibung von Bauleistungen z.B. vorgeben, dass mindestens 25 % des verwendeten Betons sog. Recyclingbeton sein muss.[133] Dazu eröffnet der Auftraggeber aber die Möglichkeit, dass Bieter die Mindestquote an Recyclingbeton übererfüllen und dies mittels eines Konzepts bzw. ähnlichen Unterlagen belegen können.[134] Die hierdurch gestaffelt erreichbaren Punkte werden dann – neben dem Preis – bei der Bewertung der Angebote einbezogen.[135] Diese Unterlagen, mit denen die Bieter „punkten möchten", sind also wertungsrelevante Unterlagen.

Vor dem Hintergrund dieser Differenz zwischen § 16a EU Abs. 1 VOB/A und § 56 Abs. 3 S. 1 VgV wird von einem Teil des Schrifttums gefordert, § 16a EU Abs. 1 VOB/A insofern teleologisch zu reduzieren, als dieser für wertungsrelevante Unterlagen nicht angewendet werden soll.[136]

1. Überblick: Teleologische Reduktion

Die Figur der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke voraus. Der Wortlaut der Norm soll rechtsbeschränkend fortgebildet werden, sodass er für den fraglichen Fall unangewendet gelassen wird.[137] Unter einer verdeckten Regelungslücke ist die Unvollständigkeit eines Gesetzes in dem Sinne zu verstehen, dass der Wortlaut einer Norm planwidrig zu weit gefasst ist. Diese Lücke ist „vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen"; für die Feststellung, ob der Wortlaut „zu weit" ist, sind teleologische Erwägungen anzustellen.[138]

2. (Keine) Teleologische Reduktion von § 16a EU Abs. 1 VOB/A

Die Nachforderungspflicht für wertungsrelevante Unterlagen ist vom Wortlaut des § 16a EU Abs. 1 VOB/A erfasst;[139] dies müsste zunächst zweckwidrig sein. Zweck der Nachforderung von Unterlagen ist es, möglichst viele Unternehmen im Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu halten,

---

[132] Siehe nur VK Berlin, Beschl. v. 28.4.2025 – VK-B1-73/24 = BeckRS 2025, 12692 Rn. 36, 40; dazu *Mädler*, jurisPR-VergR 8/2025 Anm. 3.

[133] In Gestalt verbindlicher Leistungsanforderungen, die in der Leistungsbeschreibung und (bzw. oder) als Ausführungsbedingungen formuliert werden, siehe *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 74; *Baumann/Mutschler-Siebert*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 128 Rn. 20; vertiefend zur Abgrenzung zwischen beiden Kategorien *Lührs*, NZBau 2026, 15.

[134] Vgl. *Dageförde*, Nachhaltigkeit im öffentlichen Vergabeverfahren, 2. Aufl. 2025, Rn. 658; siehe zum Anteil von RC-Beton als Zuschlagskriterium *Ganske*, Faire Vergabe, 2023, S. 387 ff.

[135] Dazu *Mutschler-Siebert/Kern*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 32 Rn. 77 ff.

[136] So ausdr. *Tegeler/Einmahl*, VergabeR 2020, 549 (557); ähnl. auch *Lehmann*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 12, welche eine „einschränkende Auslegung" vorschlägt sowie *Kaiser*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl., VOB/A § 16a EU Rn. 78 a.E., der trotz des Fehlens einer entsprechenden Regelung die gleiche Rechtslage wie in § 56 Abs. 3 VgV annimmt.

[137] *Meier/Jocham*, JuS 2015, 392 (393); vgl. auch *Beaucamp*, JA 2024, 881 (884).

[138] BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – II ZB 8/22 = NJW-RR 2022, 1270 (1271 Rn. 12); eing. zum Ganzen *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 123 ff.

[139] Siehe nur *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 5 a.E.

indem diese nicht „wegen Kleinigkeiten“ ausgeschlossen werden.[140] Da hierin aber die Gefahr liegt, einzelne Unternehmen zu bevorzugen, muss dies transparent und unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geschehen.[141] Die auf die Nachforderung gerichtete Pflicht hat den Zweck, die Folge des Erhalts eines möglichst breiten Wettbewerbs nicht in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen, sondern für den Einzelfall vorzuschreiben – soweit kein Ausschluss nach § 16a EU Abs. 3 VOB/A vorgenommen wurde.[142] Der Ausschluss der Nachforderung wertungsrelevanter Unterlagen (vgl. § 56 Abs. 3 VgV) zielt darauf, die folgenden Risiken zu verhüten: Es liegt zwar grundsätzlich nicht nahe, dass ein Bieter sein Angebot nachträglich auf die der übrigen Bieter ausrichtet (dort herrscht schließlich i.d.R. keine Kenntnis von diesen[143]).[144] Der Bieter kann sein Angebot aber z.B. dann zu seinen Gunsten optimieren, wenn er der einzige Bieter bleibt[145] oder dieses auf Zuruf der Vergabestelle (die ja Kenntnis von den anderen Angeboten hat) aufbessern.[146] Im Lichte dieser Manipulationsgefahr ist die Nachforderungspflicht für wertungsrelevante Unterlagen als zweckwidrig zu erachten, da die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung in diesen Konstellationen bereits dem Grunde nach in Frage stehen.[147] Zudem dürften die Manipulationen bereits zu einem weniger wirtschaftlichen Ergebnis führen.

Neben diesen teleologischen Erwägungen, die einen „zu weiten“ Wortlaut nahelegen, braucht es zur teleologischen Reduktion allerdings noch die Planwidrigkeit des Umstands, dass der geschilderte Fall von der Vorschrift erfasst ist. Die aktuelle Fassung des § 16a EU Abs. 1 VOB/A stammt vom 31.1.2019. Die Nachforderungsregeln wurden neugefasst.[148] So wurde z.B. in § 16a EU Abs. 3 VOB/A die Möglichkeit des vorzeitigen Ausschlusses der Nachforderung eingeführt, die der Vorschrift des § 56 Abs. 2 S. 2 VgV in der seit 2016 geltenden Fassung inhaltlich gleicht.[149] Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass der Normgeber[150] es erkannt und akzeptiert hat,[151] dass sich die Nachforderungspflicht auf wertungsrelevante Unterlagen erstreckt.[152] Eine teleologische Reduktion kann deshalb nicht vorgenommen werden.[153]

---

[140] *Kaiser*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 81.

[141] Siehe bereits § 16a EU Abs. 1 S. 1 VOB/A; vgl. allg. zur Abbildung von Interesse und Gegeninteresse in einem Rechtssatz *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 151 f.

[142] Vgl. BMI, Auslegungserlass VOB/A 2019 v. 26.2.2020, 70421/#1 ff., S. 4.

[143] Vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 17.1.2025 – 6 U 1/24 = ZfBR 2025, 411 (414 f.) zum Gebot des Geheimwettbewerbs und der Herleitung dieses Gebots aus dem Wettbewerbsgrundsatz, siehe § 97 Abs. 1 S. 1 GWB.

[144] BMI, Auslegungserlass VOB/A 2019 v. 26.2.2020, 70421/#1 ff., S. 4; zust. *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 16a EU Rn. 16a.

[145] *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 16a EU Rn. 16a.

[146] *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 19.

[147] Vgl. *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 19; *Lehmann*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 11 f.; *Tegeler/Einmahl*, VergabeR 2020, 549 (557).

[148] *Schneider*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A Einl. Rn. 29 („Neufassung der Nachforderungsregeln“); *Lehmann*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 1.

[149] *Lehmann*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 1.

[150] § 2 S. 2 VgV lautet „Im Übrigen ist Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2), der zuletzt durch die Bekanntmachung vom 6. September 2023 (BAnz AT 25.09.2023 B4) geändert worden ist, anzuwenden“, vgl. dazu *Kues*, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, VgV § 2 Rn. 6 f.

[151] *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392 (397) zur (fehlenden) Planwidrigkeit.

[152] *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 16a EU Rn. 16a.

[153] Ob eine Rechtsfortbildung vor dem Hintergrund des Art. 56 Abs. 3 RL 2014/24/EU vorgenommen werden muss, ist damit aber noch nicht beantwortet, vgl. *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 19.

Legt ein Bieter etwa im Beispiel seine Nachweise über die von ihm ins Auge gefasste Quote von Recyclingbeton zunächst nicht vor, da er abwarten möchte, ob er der einzige Bieter bleibt, ist der Auftraggeber verpflichtet, auch diese Unterlagen nachzufordern, insofern er keinen Ausschluss nach § 16a EU Abs. 3 VOB/A vorgenommen hat.

V. Auslegung der Vergabeunterlagen

Nicht unüblich ist es, dass sich ein oder mehrere Bieter und/oder der Auftraggeber um den Bedeutungsgehalt der vom Auftraggeber im Vergabeverfahren veröffentlichten Vergabeunterlagen streiten.[154] Das Verständnis der Vergabeunterlagen ist z.B. in folgender Konstellation von entscheidender Bedeutung: Eine Stadt möchte in einer europaweiten Ausschreibung Kehrmaschinen beschaffen. Welche Eigenschaften diese Kehrmaschinen zwingend aufweisen müssen, legt die Vergabestelle in der Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 GWB, § 31 VgV dar,[155] u.a. werden dort bestimmte (Höchst-)Maße vorgegeben, damit die Kehrmaschinen in die Stellflächen des Bauhofes der Stadt passen. Die Vorgaben sind aber missverständlich bzw. mehrdeutig. Ein an dem Auftrag interessiertes Unternehmen, welches serienmäßig Kehrmaschinen herstellt, liest die Vergabeunterlagen und gibt ein Angebot über die Lieferung seiner Kehrmaschinen ab. Die Maße dieser stimmen aber nicht mit den Maßen überein, die sich die Stadt gewünscht hat. Bei der Angebotswertung schließt die Vergabestelle der Stadt das Angebot deshalb gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV aus: Hiernach werden die Angebote ausgeschlossen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen wurden. Obwohl der Wortlaut dies vielleicht nicht auf dem ersten Blick hergibt,[156] ist hierunter auch das Angebot eines aliud zur nachgefragten Leistung zu verstehen,[157] wobei die Reichweite des Ausschlusstatbestandes im Einzelnen umstritten ist,[158] ohne das aufgeworfene Beispiel zu betreffen.[159] Ob die

[154] Unklarheiten und Widersprüche in den Vergabeunterlagen sind nicht selten, siehe *Schmidt*, in: Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 50. Lfg., Stand: März 2024, Kap. Bauvertrag Rn. 102; ähnl. *Herrmann*, VergabeR 2018, 629 (635).

[155] Die Leistungsbeschreibung ist gem. § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VgV Teil der Vergabeunterlagen.

[156] *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 57 Rn. 45; i.d.S. VK Westfalen, Beschl. v. 15.8.2023 – VK 3-18/23 = BeckRS 2023, 42766 Rn. 39; anschaulicher wird der Normtext, wenn die Wortfolge „Änderung der Vergabeunterlagen" gemeinsam mit dem entscheidenden Angebot(sbezug), siehe *Schuchert*, Cloud-Vergaberecht, 2024, S. 190, gelesen wird: Ausschlussrelevant ist es hiernach, wenn die dem Angebot zugrunde zu legenden Vorgaben aus den Vergabeunterlagen eine Änderung erfahren haben, instruktiv *v. Wietersheim*, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Kommentar 23. Aufl. 2026, VOB/A § 13 Rn. 23.

[157] Siehe nur OLG Schleswig, Beschl. v. 6.7.2022 – 54 Verg 4/22 = BeckRS 2022, 45275 Rn. 31; VK Saarland, Beschl. v. 18.11.2024 – 3 VK 03/2024 = BeckRS 2024, 44543 Rn. 62 ff.; dazu *Manzke*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.11.2025, VOB/A § 13 EU Rn. 25; *Lausen*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 13 EU Rn. 48; *Schuchert*, Cloud-Vergaberecht, 2024, S. 189 f.; *Gerlach/Manzke*, VergabeR 2016, 443 (444).

[158] In einem orbiter dictum zu § 16 EU Nr. 2 VOB/A vertritt der BGH, Urt. v. 18.6.2019 – X ZR 86/17 = NZBau 2019, 661 (663 Rn. 22 bis 26), dass nur die abweichenden Angebote auszuschließen sind, die bei Hinwegdenken der Abweichungen nicht vollständig, sondern lückenhaft sind (sog. manipulativer Eingriff); dieses Verständnis nimmt also abweichende Erklärungen, die über das nachgefragte Leistungssoll hinaus gehen, aus dem Anwendungsbereich heraus, z.B. (aber nicht nur) ergänzende AGB; diese neue, engere Lesart findet mehrheitlich und dem Grunde nach Zuspruch, auch bzgl. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, siehe nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2025 – VII Verg 36/24, VergabeR 2025, 627 (633) m.w.N.; krit. zu dieser teleologischen Reduktion *Manzke*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.5.2025, VOB/A § 13 EU Rn. 26 bis 28; *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 57 Rn. 10; *Herrmann*, VergabeR 2019, 753 (760 f.); indes entwickelt sich derzeit – in Anwendung dieser Lesart – eine ausdifferenzierte Spruchpraxis zum Anwendungsbereich des Ausschlusstatbestandes, s. *Ohrtmann/Akbaba*, VergabeR 2025, 627 (636 f.); *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 57 Rn. 10 jeweils m.w.N.; zul. etwa VK Bund, Beschl. v. 11.9.2025 – VK 1-76/25 = BeckRS 2025, 27513 Rn. 46, dazu *Probst/Weßling*, Vergabeblog v. 15.12.2025 Nr. 72878.

[159] Vgl. VK Bund, Beschl. v. 4.1.2023 – VK 1-105/22 = BeckRS 2023, 21746 Rn. 52, 55.

angebotene und die nachgefragte Leistung nicht übereinstimmen (d.h. ein aliud vorliegt), bestimmt sich damit danach, was die *nachgefragte Leistung* überhaupt meint. Hierfür sind die Vergabeunterlagen auszulegen, relevant ist immerhin nicht die gewünschte, sondern die beschriebene Leistung.[160] Allerdings fehlt es im Vergaberecht an einer Vorschrift, die normiert, welcher Maßstab bei der Auslegung anzulegen ist. In Betracht kommen die – aus dem Studium bekannten – §§ 133, 157 BGB.

1. Überblick: Analogieschluss

Der Analogieschluss meint die Ausweitung einer Norm bzw. einer Wertung auf einen Fall, der nach dem Wortlaut der Norm nicht von dieser erfasst ist. Dies setzt damit eine offene Regelungslücke voraus.[161] Diese muss planwidrig sein, d.h. die Nichtregelung muss sich vor dem Hintergrund des Regelungsplans als unbeabsichtigt herausstellen.[162] Zuletzt müssen der geregelte und der ungeregelte Fall rechtlich vergleichbar sein, sodass angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber die Norm bzw. die Wertung, hätte er den ungeregelten Fall gesehen, auch auf den Fall erstreckt hätte.[163] Diese vergleichbare Interessenlage wird i.d.R. mithilfe teleologischer Erwägungen begründet.[164]

2. §§ 133, 157 BGB analog

Nach der überwiegenden Lesart regeln §§ 133, 157 BGB die Auslegung von Willenserklärungen.[165] Die Vergabeunterlagen sind aber nicht als Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB in Gestalt einer Willenserklärung zu verstehen, sondern vielmehr als eine der Angebotsabgabe vorgelagerte invitatio ad offerendum[166].[167] Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass der Auftraggeber mit der Veröffentlichung der Vergabeunterlagen noch keinen Rechtsbindungswillen äußert,[168] sondern den (ggf. unbestimmten) Kreis der Unternehmen förmlich auffordert, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen, mithin ein

---

[160] Instruktiv *Zinger*, IBR 2022, 90 zu der Frage nach der Auslegung der Leistungsbeschreibung im Zusammenhang mit dem Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

[161] Dazu *Meier/Jocham*, JuS 2015, 392 (393 f.).

[162] Lesenswert dazu VK Berlin, Beschl. v. 4.4.2025 – VK-B1-03/25 = BeckRS 2025, 12691 Rn. 42 f. zur Anwendung von § 130a ZPO analog im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren.

[163] BGH, Beschl. v. 21.1.2010 – IX ZR 65/09 = NJW 2010, 2585 (2588 f. Rn. 32).

[164] Vgl. BGH, Beschl. v. 11.12.2020 – V ZR 26/20 = NJW 2021, 1088 (1089 Rn. 15 ff.); vertiefend zum Ganzen *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 94 ff.

[165] §§ 133, 157 BGB können nach der h.M. nicht sinnvoll getrennt werden, siehe *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 133 Rn. 2, die Beschränkung des Wortlauts von § 157 BGB auf Verträge wird deshalb als missverständlich verstanden, siehe *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 157 Rn. 2; i.Erg. sollen §§ 133, 157 BGB für Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen jeder Art gelten; strenger etwa *Meier/Joacham*, JuS 2015, 490 (495).

[166] Siehe nur *Pustal*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 28; *Gerlach/Manzke*, VergabeR 2016, 443 (443); vgl. auch *v. Graevenitz*, BWV 2021, 49 (51) m.w.N.; in der vergaberechtlichen Rechtsprechung wird diese Figur der Rechtsgeschäftslehre selten ausdr. benannt, vgl. etwa die von *Gerlach* und *Manzke* in Bezug genommene Entscheidung BGH, Urt. v. 10.6.2008 – X ZR 78/07 = NZBau 2008, 592 (592 Rn. 10); anders z.B. VK Südbayern, Beschl. v. 13.3.2023 – 1/SVK/034-22 = BeckRS 2023, 6135 Rn. 71.

[167] Umstr. ist aber, ob die Bekanntmachung eines sog. Open-House-Verfahrens – gem. h.M. außerhalb des Vergaberechts, siehe nur *Dörr*, NZBau 2025, 539 (539 Rn. 2) m.w.N. – auch als invitatio ad offerendum anzusehen ist, dafür jüngst OLG Köln, Beschl. v. 15.5.2025 – 18 I 97/23 = NZBau 2025, 586 (587 Rn. 46); krit. dazu *Rädler*, GRUR-Prax 2025, 639; anders z.B. *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 78 Rn. 9; *Gaßner/Sauer*, PharmR 2018, 288 (289 f.), die zutr. von einer offerta ad incertas personas ausgehen. Vertiefend zum prominenten Open-House-Verfahren des BMG zur Maskenbeschaffung siehe *Moritz/Felz/Schulze*, COVuR 2020, 684 (687); *Hartwecker*, VergabeR 2025, 236 (239); *Pauka*, NZBau 2025, 545 (545 f.); *Greitens*, Vergabeblog v. 13.10.2025 Nr. 72426.

[168] *Bitterich*, Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht, 2013, S. 397, 403.

Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB abzugeben.[169] Der Fall dieser Art der Erklärung ist damit ungeregelt.[170] Hierin liegt die Regelungslücke. Die für den Analogieschluss notwendige gemeinsame Wertungslage zu den von den §§ 133, 157 BGB geregelten Fällen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen liegt auf der Hand: In den Vergabeunterlagen wird der Inhalt der einzureichenden Auftragsunterlagen abgebildet.[171] Den Bedeutungsgehalt der Vergabeunterlagen an einem anderen Maßstab zu messen als die Angebote, die in Ansehung dieser Erklärung abgegeben werden, leuchtet nicht ein; für beide muss derselbe Maßstab gelten. Im Übrigen sprechen keine Anhaltspunkte für die fehlende Planwidrigkeit dieser Regelungslücke. Die Voraussetzungen des Analogieschlusses liegen vor. Im Ergebnis sind Vergabeunterlagen deshalb nach §§ 133, 157 BGB analog auszulegen.[172]

Abzustellen ist also auf den abstrakt zu bestimmenden Adressatenkreis, d.h. den objektiven Empfängerhorizont. Bei Vergabeunterlagen ist damit der objektive Empfängerhorizont potenzieller Bieter maßgeblich. Entscheidend ist kurzum die Lesart „eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens […], das über das für eine Angebotsabgabe erforderliche Fachwissen verfügt".[173] Im geschilderten Beispiel werden die Nachprüfungsinstanzen damit unter Anlegung dieses Maßstabes überprüfen, welche Kehrmaschinenmaße das Unternehmen aus der Leistungsbeschreibung berechtigterweise herauslesen durfte.

VI. Fazit

Die Fähigkeit, methodengerecht argumentieren zu können, ist nach alledem nicht ausschließlich in der Ausbildung gewinnbringend, sondern wird auch im Anschluss daran als „Handwerkszeug" helfen, überzeugende Positionen zu vertreten. Dass hierfür zuhauf Gelegenheiten geboten werden, zeigen die vorgestellten Beispiele aus dem Vergaberecht.

---

[169] *Pustal*, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 28. Dies entspricht dem herkömmlichen Verständnis der invitatio ad offerendum ohne Weiteres, siehe allg. BGH, Urt. v. 10.11.2022 – I ZR 241/19 = NJW 2023, 1648 (1654). Unschädlich ist hierbei, dass die Vertragsbedingungen mit den Vergabe- bzw. Vertragsunterlagen (siehe § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VgV) ggf. sehr konkret bezeichnet sind, siehe *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 10, was in der hier besprochenen Konstellation regelmäßig vorliegt, siehe *v. Graevenitz*, BWV 2021, 49 (52).

[170] Vgl. *Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, Vorb. § 116 Rn. 12 zur invitatio ad offerendum als Erklärung, die zwar im rechtsgeschäftlichen Bereich liegt, aber keine Willenserklärung ist; *Goede*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 3 f. versteht Vergabeunterlagen – in *Mansels* Ausführungen einfügend – als Erklärung, die Teil des Rechtsverkehrs wird, ohne eine Willenserklärung zu sein. §§ 133, 157 BGB gelten daher nicht unmittelbar.

[171] BGH, Beschl. v. 7.1.2014 – X ZB 15/13 = NZBau 2014, 185 (188 Rn. 31); zust. etwa *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 72.

[172] Siehe für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen allg. nur BGH, Urt. v. 14.10.1994 – V ZR 196/93 = NJW 1995, 45 (46 „[…] finden die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere über deren Auslegung nach §§ 133, 157 BGB, entsprechende Anwendung"); für die Vergabeunterlagen zul. VK Saarland, Beschl. v. 18.11.2024 – 3 VK 03/2024 = BeckRS 2024, 44543 Rn. 65; VK Bund, Beschl. v. 25.10.2024 – VK 1 – 88/24 = BeckRS 2024, 35926 Rn. 37; VK Rheinland, Beschl. v. 2.4.2024 – VK 02/24 L = BeckRS 2024, 8561 Rn. 49; aus dem Schrifttum z.B. *Zimmermann*, jurisPR-VergR 9/2025 Anm. 4 („entsprechend den §§ 133, 157 BGB"); *Manzke*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.11.2025, VOB/A § 13 EU Rn. 25 („in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB"); *Lausen*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 13 EU Rn. 48.

[173] VK Bund, Beschl. v. 25.10.2024 – VK 1 – 88/24 = BeckRS 2024, 35926 Rn. 37; so in den Bahnen der st.Rspr., siehe nur BGH, Beschl. v. 7.1.2014 – X ZB 15/13 = NZBau 2014, 185 (188 Rn. 31), siehe dazu *Goede*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 4 m.w.N.

Historische Entwicklung der Strafbarkeit der Tierquälerei im deutschen Recht – Teil 2*

*Wiss. Mitarbeiter Matthias Walcher, Tübingen***

4. Die Entwicklung der Strafbarkeit der Tierquälerei seit 1871 20
5. Der Tierschutz in den Strafrechtsreformbestrebungen 1902–1932 23
6. Die Entwicklung des Tierschutzstrafrechts in der NS-Zeit 24
a) Das Schächtverbot 24
b) Die §§ 145b, 360 Nr. 13 RStGB 25
c) Das Tierschutzgesetz vom 24.11.1933 26
7. Die Entwicklung des Tierschutzstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland 28
8. Die Entwicklung des Tierschutzstrafrechts in der DDR 30
III. Schluss 32

4. Die Entwicklung der Strafbarkeit der Tierquälerei seit 1871

Erst im Zuge der Gründung des Deutschen Reiches am 18.1.1871 und dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs[1] am 1.1.1872 wurde mit § 360 Nr. 13 RStGB[2] eine einheitliche Tierschutzvorschrift in das deutsche Strafrecht aufgenommen.[3] Die Tierquälerei wurde hier lediglich als Übertretung[4] eingestuft und mit einer geringen Strafe belegt.[5] Die Vorschrift lautete:

> „Mit Geldstrafe bis zu funfzig Thalern[6] oder mit Haft wird bestraft: [...] wer öffentlich oder in Aergerniß erregender Weise Thiere boshaft quält oder roh mißhandelt."

* Teil 1 ist in Ausgabe 6/2025 erschienen.

** Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. *Dr. Bernd Hecker* an der Universität Tübingen.

[1] Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.5.1871, RGBl. 1871, S. 127. Das RStGB basierte auf dem am 1.1.1871 in Kraft getretenen Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (BGBl. NdB 1870, S. 197) und wurde größtenteils wörtlich übernommen.

[2] Identisch mit § 360 Nr. 13 NdBStGB.

[3] *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 25; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 4.

[4] Nach § 1 Abs. 3 RStGB war eine Übertretung „eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu funfzig Thalern [ab dem 20.3.1876 „einhundertfunfzig Mark"] bedrohte Handlung". Dementsprechend stand § 360 Nr. 13 RStGB im systemlosen 29. „Sammelabschnitt" („Uebertretungen").

[5] So auch *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 22 Rn. 9; *Greven*, Die Tierhaltung aus strafrechtlicher Sicht, 1998, S. 14.

[6] Ab dem 20.3.1876: „einhundertfunfzig Mark", vgl. Art. IV des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 15.5.1871, RGBl. 1876, S. 25.

Bestraft wurde die Verletzung desjenigen menschlichen Gefühlslebens, das sich im Mitempfinden gegenüber Tieren äußerte.[7] Es handelte sich somit um einen anthropozentrischen Tierschutz, in dessen Mittelpunkt allein der Mensch mit seinen sittlichen Empfindungen stand.[8] § 360 Nr. 13 RStGB geht auf § 340 Nr. 10 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 zurück, der nur die öffentliche Tierquälerei mit Strafe bedrohte.[9] Eine Tat war „öffentlich", wenn sie so begangen wurde, dass Dritte sie wahrnehmen konnten, unabhängig davon, ob der Tatort selbst öffentlich war oder nicht.[10] Die Tierschutzvereine kritisierten jedoch den preußischen Rechtszustand, da das Gesetz den Eindruck vermittelte, Tierquälerei innerhalb der eigenen vier Wände zu billigen.[11] Die von den Tierschutzvereinen erhobenen Bedenken führten dazu, dass nach § 360 Nr. 13 RStGB auch die nichtöffentliche Tierquälerei bestraft werden konnte, sofern sie „in Aergerniß erregender Weise" – das heißt unter Verletzung des allgemeinen Sittlichkeitsgefühls der Gesellschaft[12] – begangen wurde.[13] Rechtsprechung[14] und Lehre[15] schränkten dieses Tatbestandsmerkmal dahingehend ein, dass eine Person Anstoß an der Tierquälerei genommen haben musste.[16] Das Ärgernis musste also tatsächlich gegeben sein, auch wenn es nicht öffentlich geschehen zu sein brauchte.[17] Die bloße Möglichkeit, durch die Tat ein Ärgernis zu erregen, genügte nicht.[18] Diese Auffassung ist zutreffend. Das ergibt sich zum einen bereits aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm, zum anderen daraus, dass das Tatbestandsmerkmal andernfalls überflüssig wäre, denn ein „boshaftes Quälen" oder „rohes Mißhandeln" ist stets geeignet, Ärgernis zu erregen[19]. Strafbarkeitserweiternd wirkte sich jedoch aus, dass das Ärgernis nach zutreffender Auffassung nicht durch die unmittelbare Wahrnehmung der Tat erregt worden sein

[7] *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Einl. Rn. 2; *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. a.

[8] Vgl. *Erbel*, DVBl 1986, 1245 (1246); *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 239; *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Einl. Rn. 2; *Ley*, Das Instrument der Tierschutz-Verbandsklage, 2018, S. 48; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2019, Einf. Rn. 41; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 7 f.

[9] *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 12; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 38.

[10] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 125 f. m.w.N.; *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (244); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 36.

[11] *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 12; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 38.

[12] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (244); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 37.

[13] *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 12; *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (243 f.); *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 38.

[14] Vgl. RGSt 2, 196 (197); 16, 245.

[15] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (244); *ders*., Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 37 f.; *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. a; dagegen nur *Scholl*, ZStW 13 (1893), 279 (291 f.).

[16] *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 25; *Morié*, Das Vergehen der Tierquälerei, 1984, S. 55; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 38.

[17] *v. Hippel*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 37 f.; *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. a.

[18] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (244); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 37.

[19] Zutreffend *v. Hippel,* Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 38.

musste, sondern auch durch die Wahrnehmung ihrer Folgen erregt werden konnte.[20] Andernfalls bliebe die im Verborgenen begangene Tierquälerei weiterhin unbestraft und der Tierschutz in § 360 Nr. 13 RStGB wäre kaum effektiver als zuvor in § 340 Nr. 10 PrStGB.[21] Somit konnte das Tatbestandsmerkmal auch durch den Anblick eines soeben verstümmelten Tieres verwirklicht werden.[22] Unter „Quälen" verstand man die Verursachung länger andauernder oder sich wiederholender erheblicher körperlicher Schmerzen oder Leiden.[23] Ein „boshaftes" Quälen lag vor, wenn es nicht zu einem vernünftigen Zweck, sondern allein um des Quälens selbst willen erfolgte.[24] Eine „Mißhandlung" im Sinne der zweiten Handlungsalternative wurde – unter Berücksichtigung der durch die Verschiedenheit menschlicher und tierischer Natur bedingten Unterschiede – wie eine „körperliche Mißhandlung" i.S.d. § 223 Abs. 1 RStGB verstanden.[25] Als „roh" galt eine Misshandlung, die eine Gemeinheit der Gesinnung des Misshandelnden offenbarte, indem er sich über die Leiden des Tieres gleichgültig hinwegsetzte.[26] Den allgemeinen Grundsätzen zufolge war Tierquälerei auch durch Unterlassen strafbar, sofern im Einzelfall eine Rechtspflicht zum Handeln bestand.[27] Der Tatbestand des § 360 Nr. 13 RStGB setzte eine vorsätzliche Begehungsweise voraus.[28] Dies ergab sich bereits aus dem Wortlaut, da sowohl „quälen" als auch „mißhandeln" in Verbindung mit den Adverbien „boshaft" bzw. „roh" nur vorsätzlich denkbar waren.[29] Es wurde kritisiert, dass die Bestimmungen gegen Tierquälerei in den einzelnen Ländern meist weitreichender waren als die Fassung für das gesamte Deut-

[20] BayObLGSt 5 (1905), 428 f., demzufolge genügt, „daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tat und dem erregten Ärgernis besteht"; OLG Darmstadt GA 45 (1897), 291 ff. mit Verweis auf den Wortlaut des § 360 Nr. 13 RStGB („Ärgerniserregen"), der anders als der Wortlaut der §§ 166, 183 RStGB („Ärgernisgeben") keine Unmittelbarkeit zwischen Handlung und Erfolg impliziere; *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 193; *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (244); *Scholl*, ZStW 13 (1893), 279 (317 ff.); a.A. OLG Stuttgart, Jahrbücher der württ. Rechtspflege, Bd. 4, 1892, S. 323 Nr. 18; *v. Hippel*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 38 f.; *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. a.

[21] Vgl. *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 12; *Greven*, Die Tierhaltung aus strafrechtlicher Sicht, 1998, S. 14; *Morié*, Das Vergehen der Tierquälerei, 1984, S. 55; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 38.

[22] *Scholl*, ZStW 13 (1893), 279 (321) schildert hierzu folgenden Fall: In seiner Metzgerei haut ein Fleischer einem zum Schlachten bestimmten widerspenstigen Stier in rohem Zorn mit dem Beil ein Bein ab. Das Tier erlangt infolge eines Zufalls die Freiheit und rennt, bald niederstürzend, bald sich auf seinem abgehauenen blutenden Stumpf erhebend, brüllend durch die Straßen.

[23] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (245); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 39.

[24] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (245); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 39; *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. b.

[25] *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. c; kritisch *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 245; *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 40 f.

[26] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (245); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 40; *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. c.

[27] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (245); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 41 f.

[28] *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (246); *Olshausen*, RStGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 lit. a.

[29] *Olshausen*, Bd. 2, 6. Aufl. 1901, § 360 Nr. 13 RStGB lit. a.

sche Reich.[30] Neben § 360 Nr. 13 RStGB blieben speziellere landesrechtliche Vorschriften weiterhin in Kraft.[31] Diese fortwährende Rechtszersplitterung wurde dem Tierschutz nicht gerecht[32] und hemmte die Entwicklung eines einheitlichen Tierschutzgedankens[33].

5. Der Tierschutz in den Strafrechtsreformbestrebungen 1902–1932

Die Idee, das deutsche StGB von 1870/1871 grundlegend zu reformieren, wurde um die Jahrhundertwende von der Reichsregierung aufgegriffen.[34] Im Jahr 1902 berief der Staatssekretär des Reichsjustizamtes Nieberding ein freies wissenschaftliches Komitee bestehend aus acht deutschen Rechtslehrern[35] ein. Gemeinsam mit fast allen deutschen Strafrechtlern erstellte das Komitee das sechzehnbändige Werk „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“[36], das im Jahr 1909 abgeschlossen wurde und die Grundlage für weitere Reformarbeiten bildete.[37] Parallel dazu erstellte eine fünfköpfige Kommission praktischer Juristen[38] vom 1.5.1906 bis zum 22.4.1909 den ersten Entwurf eines künftigen RStGB, der im selben Jahr unter dem Titel „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“ in zwei Bänden zur allgemeinen Beurteilung veröffentlicht wurde.[39] Der Vorentwurf enthielt in § 146 RStGB-VE[40] ein Vergehen der Tierquälerei sowie in § 306 Nr. 4 RStGB-VE[41] eine Übertretung mit der Überschrift „Tierschutz“. Es folgten weitere Entwürfe, die sich mit der Entwicklung des Tierschutzes im RStGB befassten. Wie im Vorentwurf wurden auch in den Entwürfen

[30] Vgl. *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 142 ff. m.w.N.; siehe hierzu auch *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 12; *v. Hippel*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 44 ff.

[31] Dies ergab sich aus § 2 Abs. 1 EGStGB NdB i.V.m. § 5 EGStGB NdB. Siehe auch *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 265; *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 22 Rn. 9; *Gebele v. Waldstein*, Tierschutz, S. 15; *v. Hippel*, in: v. Birkmeyer u.a., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 1906, S. 241 (247 f.); *ders.*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 34 ff.; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 6 f. mit Fn. 12. Dies betraf insbesondere die landes- und lokalpolizeilichen Verordnungen zur Sanktionierung von Exzessen bei an sich erlaubten Tiernutzungsformen, hierzu ausführlich *v. Hippel*, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, 1891, S. 27 ff.

[32] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 264 ff.

[33] Vgl. *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 320; *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 22 Rn. 9; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 39.

[34] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 254.

[35] Es handelte sich um Karl v. Birkmeyer, Fritz van Calker, Reinhard Frank, Robert v. Hippel (ersetzte Walter Seuffert), Wilhelm Kahl, Karl v. Lilienthal, Franz v. Liszt und Adolf Wach, hierzu *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 255 mit Fn. 1057.

[36] *v. Birkmeyer u.a.*, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, ab 1905.

[37] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 255.

[38] Es handelte sich um Lucas (Leiter der strafrechtlichen Abteilung des preußischen Justizministeriums und Vorsitzender), v. Tischendorf (strafrechtlicher Referent des Reichsjustizamts), Schulz (Strafrechtsreferent im preußischen Justizministerium), Ditzen (Kammergericht) und Meyer (bayerischer Oberlandesgerichtsrat). Nach dem Ausscheiden von v. Tischendorf, Schulz und Ditzen traten Joël (Regierungsrat im Reichsjustizamt), Kleine und Oelschläger (beide Kammergerichtsräte) in die Kommission ein, vgl. *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, 2008, S. XIII mit Fn. 9.

[39] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 255.

[40] „Wer Tiere boshaft quält oder roh mißhandelt, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.“

[41] „Mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Haft oder Gefängnis bis zu drei Monaten wird bestraft: […] wer die zur Verhütung von Tierquälerei erlassenen Vorschriften übertritt.“

von 1913 (§§ 388, 428 RStGB-E), 1927 (§§ 366, 412 RStGB-E) und 1930 (§§ 366, 412 RStGB-E) ein Vergehen der Tierquälerei sowie eine Tierschutznorm als Übertretungstatbestand geregelt. In den Entwürfen von 1919 (§§ 400, 401 RStGB-E), 1922 (§§ 325, 326 RStGB-E) und 1925 (§§ 333, 334 RStGB-E) wurde nicht nur die Tierquälerei, sondern auch die Tierschutznorm vorübergehend als Vergehen eingestuft. Die Strafandrohungen unterlagen insgesamt großen Schwankungen. Solange die Tierschutznorm in den Entwürfen als Übertretungstatbestand ausgestaltet war, war gemäß deren allgemeinen Bestimmungen auch eine fahrlässige Begehung strafbar.[42] In den Entwürfen waren sowohl die Anstiftung zur Tierquälerei als auch zur Begehung eines Verstoßes gegen die Tierschutznorm strafbar. Beihilfe war hingegen nur bei Tierquälerei sowie bei einem Verstoß gegen die Tierschutznorm, soweit sie als Vergehen ausgestaltet war, strafbar. Der Versuch blieb in Bezug auf beide Delikte stets straflos. Ab 1913 war in den Reformentwürfen des RStGB ein eigener Abschnitt zur Tierquälerei vorgesehen.[43] Der Entwurf von 1919 sah im Falle einer Verurteilung wegen Tierquälerei gem. § 400 Abs. 2 RStGB-E eine fakultative gerichtliche Bekanntmachung des Urteils auf Kosten des Verurteilten vor. Diese Möglichkeit wurde in den Entwürfen von 1925 bzw. 1927 – in letzterem allerdings nur auf Antrag – durch §§ 59 Abs. 1 bzw. 51 Abs. 1 RStGB-E (Urteilsbekanntmachung) eingeräumt. Die vielfältigen Reformvorschläge zielten übereinstimmend auf eine gesetzliche Erweiterung des Tierschutzes ab und blieben nicht ohne Einfluss auf die spätere Gesetzgebung, die jedoch erst unter der nationalsozialistischen Herrschaft erging.[44]

6. Die Entwicklung des Tierschutzstrafrechts in der NS-Zeit

Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten am 30.1.1933 wurden bis November desselben Jahres bereits drei gesetzliche Neuerungen beschlossen, um den bisher unbefriedigenden Zustand der Tierschutzgesetzgebung zu beenden.[45]

a) Das Schächtverbot

Mit dem Schlachtgesetz vom 21.4.1933[46] wurde in § 1 Abs. 1 festgelegt, dass warmblütige Tiere vor Beginn der Blutentziehung zu betäuben sind. Ausnahmen waren nach § 1 Abs. 3 nur bei Notschlachtungen vorgesehen. Damit war das rituelle Schächten von Tieren ohne vorherige Betäubung, wie es im Judentum und im Islam praktiziert wird, reichsweit unzulässig.[47] Zuwiderhandlungen gegen § 1 Abs. 1 wurden nach § 3 des Schlachtgesetzes mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft. In der dem Gesetzentwurf beigefügten Begründung, die das Reichsinnenministerium der Reichskanzlei am 1.4.1933 übermittelte, wurde dargelegt, dass die Betäubung der Schlachttiere eine alte Forderung des Tierschutzes sei und auf die bereits ergangenen Schlachtgesetze der Länder ver-

[42] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 317.

[43] 28. Abschnitt in RStGB-E 1913; 36. Abschnitt in RStGB-E 1919; 33. Abschnitt in RStGB-E 1922; 34. Abschnitt in RStGB-E 1925; 34. Abschnitt in RStGB-E 1927; 34. Abschnitt in RStGB-1930.

[44] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 317 ff.; *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 20.

[45] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 269.

[46] Gesetz über das Schlachten von Tieren, RGBl. I 1933, S. 203.

[47] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 249 f.; *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 37; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 24.

wiesen.[48] Die antisemitische und wenig tierschützerische Motivation des Schlachtgesetzes war jedoch deutlich erkennbar, da in erster Linie das rituelle Schächten als traditionelle Schlachtmethode der Juden unterbunden werden sollte.[49] Das Schächtverbot stieß in der Bevölkerung auf breite Zustimmung und ermöglichte es den Nationalsozialisten, unter dem Deckmantel des Tierschutzes eine antijüdische Politik zu verfolgen.[50]

b) Die §§ 145b, 360 Nr. 13 RStGB

Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz vom 26.5.1933[51] – der ersten Änderung strafrechtlicher Vorschriften durch die neuen Machthaber – wurde der bisherige Übertretungstatbestand des § 360 Nr. 13 RStGB a.F. in § 145b RStGB als eigenständiges Vergehen neu geregelt. Die Vorschrift lautete nun:

> „Wer ein Tier roh mißhandelt oder absichtlich quält, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft."[52]

Der entscheidende Unterschied zur alten Rechtslage bestand darin, dass die strafbarkeitseinschränkenden Merkmale der Tatbegehung „öffentlich oder in Aergerniß erregender Weise" ersatzlos entfielen. Zudem wurde das bisherige Strafmaß für Tierquälerei von maximal sechs Wochen Haft (§ 18 Abs. 1 RStGB) auf bis zu sechs Monate Gefängnis oder Geldstrafe[53] angehoben. Mit dem gleichen Gesetz wurde auch § 360 Nr. 13 RStGB neu gefasst, der nun wie folgt lautete:

> „Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft: […] wer einer zum Zwecke des Tierschutzes erlassenen Vorschrift zuwiderhandelt."

Damit wurden erstmals auch Verstöße gegen tierschützende Vorschriften[54] außerhalb des RStGB reichseinheitlich unter Strafe gestellt.[55] Durch den Verzicht auf die Merkmale der „Öffentlichkeit" und der „Ärgerniserregung" verlagerte sich der Normzweck in Richtung eines ethisch geprägten Tierschutzes.[56] Dafür spricht auch, dass der Blanketttatbestand des § 360 Nr. 13 RStGB an die Belange des Tieres als solches anknüpfte.[57] Die Einordnung des § 145b RStGB in den Abschnitt „Verbrechen

[48] Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde, R 43 I (Reichskanzlei), Akte Nr. 1461 (Vorbereitung eines Reichsschlachtgesetzes), Bl. 21/22, zitiert nach *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 249.

[49] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 251 ff.; *Pfohl*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, TierSchG § 17 Rn. 13.

[50] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 269.

[51] Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften, RGBl. I 1933, S. 295.

[52] Entspricht § 333 RStGB-E von 1925.

[53] § 27 Abs. 2 Nr. 1 RStGB gab vor, dass die Geldstrafe bei Verbrechen und Vergehen, soweit nicht höhere Beträge oder Geldstrafe in unbeschränkter Höhe angedroht sind oder werden, mindestens drei und höchstens zehntausend Goldmark beträgt.

[54] Als solche galten insbesondere die landesrechtlichen Ministerialerlasse zur Einschränkung wissenschaftlicher Tierversuche, etwa in Bayern (1880) und in Preußen (1885, 1930), vgl. *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246).

[55] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 8 f.

[56] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Ley*, Das Instrument der Tierschutz-Verbandsklage, 2018, S. 48 f.; *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 26; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2019, Einf. Rn. 42; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 8; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 39.

[57] *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 239.

und Vergehen wider die öffentliche Ordnung“ zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber weiterhin davon ausging, der Tierschutz diene *auch* dem Schutz menschlicher Rechtsgüter.[58] In Bezug auf die Frage, ob der Tierschutz „ethisch“ oder nach wie vor „anthropozentrisch“ war, zeigte sich die Rechtslage nach dem Strafrechtsänderungsgesetz vom 26.5.1933 somit ambivalent. Im Vergleich zu § 360 Nr. 13 RStGB a.F. wurde der Tierschutz in den neuen Bestimmungen der §§ 145b, 360 Nr. 13 RStGB sowohl tatbestandlich als auch hinsichtlich der Strafandrohung erheblich verstärkt.[59] Die bisherige Rechtszersplitterung im Bereich des Tierschutzes und seine uneinheitliche Motivation blieben jedoch bestehen.[60] Dies zeigte sich insbesondere an den weiterhin geltenden Verordnungen zu Tiertransporten außerhalb des Eisenbahnverkehrs sowie an der weitgehend in der Zuständigkeit der Partikularstaaten verbliebenen Regelung der Vivisektion.[61] Vor diesem Hintergrund waren die Regelungen der §§ 145b, 360 Nr. 13 RStGB lediglich als Übergangslösung gedacht.[62]

c) Das Tierschutzgesetz vom 24.11.1933

Das endgültige Ziel wurde noch im selben Jahr erreicht, als am 24.11.1933 das erste reichsweit gültige Tierschutzgesetz (RTierSchG)[63] verabschiedet wurde. Das RTierSchG bestand aus 15 Paragrafen, die sich auf fünf Abschnitte verteilten. Es verknüpfte erstmals verwaltungsrechtliche mit strafrechtlichen Tierschutzvorschriften.[64] Abschnitt 1 trug die Überschrift „Tierquälerei“ und bestand lediglich aus einem Paragrafen, dessen Abs. 1 besagte:

> „Verboten ist, ein Tier unnötig zu quälen oder roh zu mißhandeln.“

§ 1 Abs. 2 RTierSchG enthielt Legaldefinitionen und lautete:

> „Ein Tier quält, wer ihm länger dauernde oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden verursacht; unnötig ist das Quälen, soweit es keinem vernünftigen, berechtigten Zweck dient. Ein Tier mißhandelt, wer ihm erhebliche Schmerzen verursacht; eine Mißhandlung ist roh, wenn sie einer gefühllosen Gesinnung entspringt.“

Der in § 145b RStGB a.F. verwendete Begriff des „absichtlichen Quälens“ wurde also durch den Begriff des „unnötigen Quälens“ ersetzt.[65] Als Tiere im Sinne des RTierSchG galten grundsätzlich alle im

[58] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 320; *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 33; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 8; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 39.

[59] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 320.

[60] *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 22 Rn. 9; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 9.

[61] *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 9.

[62] So auch *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 270; *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 26.

[63] Tierschutzgesetz, RGBl. I 1933, S. 987. Dabei handelte es sich um ein sog. Regierungsgesetz, das nicht auf einem rechtsstaatlich-demokratischen Verfahren, sondern auf einem einseitigen Willensentschluss beruhte, hierzu *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 270 m.w.N.

[64] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 10.

[65] Gemäß der amtlichen Begründung zum RTierSchG war die vorherige Formulierung unzureichend, da das „absichtliche Quälen“ schwer nachzuweisen war, vgl. Deutscher Reichsanzeiger Nr. 281 vom 1.12.1933, S. 1 f.

Sprachgebrauch und in der Naturwissenschaft als Tiere bezeichneten Lebewesen, wobei im Hinblick auf die Schmerzempfindlichkeit einzelner Tiergattungen jeweils der Einzelfall maßgeblich war.[66] Die in Abschnitt 4 zentral zusammengefassten Strafbestimmungen sahen für Tierquälerei nach § 9 Abs. 1 RTierSchG einen im Vergleich zu § 145b RStGB a.F. nochmals erhöhten Strafrahmen vor. Tierquälerei wurde nun mit „Gefängnis bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen" bestraft. In Abschnitt 2 wurden in §§ 2–4 RTierSchG „Vorschriften zum Schutz der Tiere" aufgenommen, bei denen es sich weitgehend um Verbote (teilweise mit Erlaubnisvorbehalt) handelte. Der Leitgedanke dieser Bestimmungen war einerseits, die Tiere in typischerweise tiergefährdenden Situationen davor zu schützen, dass ihnen über das zur Erreichung des Zwecks gebotene Maß hinaus Schmerzen zugefügt werden.[67] Andererseits wurden einzelne „Tierquälereien" aufgeführt, die weit verbreitet waren und dadurch Gefahr liefen, nicht mehr als sittenwidrig betrachtet zu werden.[68] Ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen §§ 2–4 RTierSchG wurde gem. § 9 Abs. 3 Nr. 1 RTierSchG mit „Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Reichsmark oder mit Haft" bestraft, soweit die Tat nicht bereits unter § 9 Abs. 1 und 2 RTierSchG fiel. In Abschnitt 3 wurde die Vivisektion grundsätzlich verboten; Ausnahmen waren nur unter engen Voraussetzungen zulässig. § 15 Abs. 2 RTierSchG regelte schließlich das Außerkrafttreten der §§ 145b, 360 Nr. 13 RStGB zum 1.2.1934. Das RStGB enthielt somit keine Regelungen mehr, die den Tierschutz betrafen.[69] Mit dem RTierSchG wurde erstmals ein vom Gedanken eines ethischen Tierschutzes getragenes Gesetz geschaffen.[70] Die Aufrechterhaltung einer allgemeinen Sittlichkeit spielte als Tatbestandsmerkmal keine Rolle mehr.[71] Mit Inkrafttreten des RTierSchG am 1.2.1934 (§ 15 Abs. 1 RTierSchG) wurden sämtliche bisher bestehenden landesrechtlichen Tierschutz-

[66] Deutscher Reichsanzeiger Nr. 281 vom 1.12.1933, S. 2; *Giese/Kahler*, Das deutsche Tierschutzrecht, 1939, S. 19; *Han*, Gesetzlicher Tierschutz im Deutschen Reich, 2014, S. 299.

[67] *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 10. § 2 RTierSchG nannte folgende Situationen:
- Die Vernachlässigung von Tieren in Haltung, Pflege oder Unterbringung oder bei der Beförderung (Nr. 1).
- Die unnötige Überanstrengung von Tieren bei Arbeitsleistungen (Nr. 2).
- Die Benutzung von Tieren zu Abrichtungen, Filmaufnahmen oder Schaustellungen oder Ähnlichem (Nr. 3).
- Veräußerung oder Erwerb gebrechlicher, kranker, abgetriebener oder alter Haustiere (Nr. 4).
- Das Aussetzen von Haustieren (Nr. 5).
- Das Schärfen von Hunden an lebenden Tieren (Nr. 6).

[68] *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 34; *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 39 f. § 2 RTierSchG nannte diesbezüglich:
- Das betäubungslose Kürzen der Ohren oder des Schwanzes bei einem über zwei Wochen alten Hund (Nr. 7).
- Das Kürzen der Schweifrübe bei Pferden (Nr. 8).
- Die unsachgemäße oder betäubungslose Vornahme eines schmerzhaften Eingriffs an einem Tier, namentlich der Kastration (Nr. 9).
- Das Töten eines in einer Farm gehaltenen Pelztieres anders als unter Betäubung oder sonst schmerzlos (Nr. 10).
- Das Zwingen von Geflügel zur Futteraufnahme durch Stopfen (Nr. 11).
- Das Ausreißen oder Abtrennen der Schenkel bei lebenden Fröschen (Nr. 12).

[69] *Greven*, Die Tierhaltung aus strafrechtlicher Sicht, 1998, S. 15; *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Einl. Rn. 3; *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 26.

[70] Siehe die amtliche Begründung zum RTierSchG, Deutscher Reichsanzeiger Nr. 281 vom 1.12.1933, S. 1, wonach „das Tier des Tieres wegen geschützt werden" müsse; *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 271 f.; *Ley*, Das Instrument der Tierschutz-Verbandsklage, 2018, S. 49; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2019, Einf. Rn. 43; *Pfohl*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, TierSchG § 17 Rn. 13; *Schroeder*, in: Hirte/Deutsch, „Hund und Katz – Wolf und Spatz", 2020, S. 305 (313).

[71] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 271 f.

vorschriften obsolet.[72] Rückblickend wird das RTierSchG oft in den höchsten Tönen gelobt. Es sei für die damalige Zeit „modern“[73], „vorbildlich“[74], „ausgereift und ausgesprochen tierfreundlich“[75], „bahnbrechend“[76] und sogar eine „bedeutsame Kulturtat“[77] gewesen. Zu Recht wird es als eine der „Paradoxien der deutschen Verfassungs- und Rechtsgeschichte“ bezeichnet, dass ausgerechnet im nationalsozialistischen Unrechtsstaat ein Gesetz erlassen wurde, das eine hohe Tierethik und große Tierachtung widerspiegelt, während das Regime gleichzeitig Menschenrechte systematisch missachtete und grausamste Verbrechen beging.[78]

7. Die Entwicklung des Tierschutzstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland

Das RTierSchG blieb auch nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges in Kraft.[79] Es war einerseits nicht von nationalsozialistischem Ungeist geprägt, da es auf Erkenntnissen beruhte, die teilweise aus anderen Tierschutzgesetzen[80] stammten, und die Arbeiten zu seiner Entstehung bereits 1927 begannen.[81] Andererseits widersprach es auch nicht dem neu geschaffenen Grundgesetz (Art. 123 Abs. 1 GG).[82] Das neue Verfassungsrecht führte allerdings wieder zu einer Rechtszersplitterung im deutschen Tierschutzrecht.[83] Denn das RTierSchG galt lediglich in Bezug auf seinen *strafrechtlichen* Teil als Bundesrecht fort, während es in seinem übrigen – und damit wesentlichen – Teil als Landesrecht fortgalt (Art. 124, 125 GG).[84] Die unterschiedlichen Rechtsentwicklungen im Bereich des Tierschutzes – je nachdem, ob die Gesetzgebungskompetenz beim Bund oder bei den Ländern lag – führten zu schwer erträglichen Ungleichheiten der Rechtssysteme, was tierschutzwidrig handelnden Personen die Berufung auf einen Verbotsirrtum erleichterte.[85] Das Schlachtgesetz vom 21.4.1933 wurde hinge-

[72] *Eberstein*, Das Tierschutzrecht in Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933, 1999, S. 362; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 9.

[73] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 271; *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 23 Nr. 10.

[74] *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 22 f. Nr. 9.

[75] *Wiegand*, Die Tierquälerei, 1979, S. 39; diesem beipflichtend *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 9.

[76] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246).

[77] BT-Drs. IV/85, S. 6.

[78] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246). Zu den Ursachen dieses Paradoxons ausführlich *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 273 ff.

[79] Hierzu OLG Hamm RPfleger 1950, 35 f., wonach die eine Gefängnisstrafe vorsehenden, zentralen Bestimmungen der §§ 1, 9 RTierSchG nicht gegen eine alliierte Sperrvorschrift zur Beseitigung nationalsozialistischer Willkür und grausamer Strafen (Allgemeine Anweisung an Richter Nr. 1, Ziff. 8 lit. b, abgedruckt in SchlHA 1946, 4) verstießen und unbeschränkt anzuwenden seien. Diese seien „im Zuge gesunder Rechtsentwicklung geschaffen und auch nach heutiger Auffassung vertretbar“. Bereits zuvor hatte die Deutsche Justizverwaltung der Sowjetischen Besatzungszone in Deutschland im Jahr 1948 die Fortgeltung des RTierSchG festgestellt, hierzu *Giese/Kahler*, Das deutsche Tierschutzrecht, 4. Aufl. 1951, S. 67.

[80] Insbesondere aus dem englischen Tierschutzgesetz von 1911 in der Fassung von 1927 sowie aus den italienischen Tierschutzregelungen von 1913, 1928 und 1931.

[81] *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 23 Rn. 10; *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 40 f.; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 12.

[82] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 12.

[83] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 12 f.

[84] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246). Dementsprechend hat etwa das Land NRW das RTierSchG stellenweise modifiziert, vgl. das Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 16.6.1970 (NWGVBl. 1970, S. 437).

[85] *Erbel*, DVBl 1986, 1235 (1246); *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 13.

gen anders als das RTierSchG bewertet. Zwar konnte § 1 des Schlachtgesetzes, der das Schächten nicht explizit untersagte, sondern unverfänglicher anordnete, dass warmblütige Tiere beim Schlachten vor Beginn der Blutentziehung zu betäuben seien, auch nach Kriegsende bestehen bleiben.[86] Der Bundesgerichtshof entschied jedoch mit Urteil vom 27.4.1960[87], dass das in § 1 des Schlachtgesetzes geregelte Schächtverbot sowie die in § 3 dieses Gesetzes normierte Bußgeldandrohung für dessen Verletzung nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen i.S.v. § 1 Abs. 1 und § 2 BEG[88] seien. Auch wenn diesem Verbot zugleich der Gedanke des Tierschutzes zugrunde gelegen habe, sei das wesentliche Motiv damals gewesen, die Juden „in ihren religiösen Empfindungen und Gebräuchen zu verletzen", um sie – entsprechend dem Ziel nationalsozialistischer Politik – „zu unterdrücken und bloßzustellen".[89] Ohnehin wurden bereits kurz nach Kriegsende auf Landesebene Ausnahmeregelungen[90] zum allgemeinen Schächtverbot erlassen oder dieses vollständig aufgehoben[91]. Abgesehen von der gesetzlichen Rehabilitierung des Schächtens, die kurz nach Kriegsende unter dem Eindruck der historischen Schuld gegenüber dem jüdischen Volk eilig erfolgte, blieb die Tierschutzgesetzgebung über mehrere Jahrzehnte hinweg weitgehend unverändert.[92] Die in den Jahren 1961[93] und 1966[94] eingebrachten Entwürfe zur Schaffung eines neuen bundeseinheitlichen Tierschutzgesetzes blieben erfolglos. Gleiches gilt für den Entwurf eines neuen StGB[95], der in § 233 StGB-E[96] die Tierquälerei aufnehmen, die übrigen tierschützerischen Vorschriften jedoch dem RTierSchG überlassen sollte[97]. Da der Bund bisher keine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Tierschutzrecht besaß, wurde durch Gesetz vom 18.3.1971[98] der „Tierschutz" der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes zugewiesen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 a.E. GG). Nachdem die kompetenzrechtlichen Voraussetzungen für den Entwurf eines neuen bundeseinheitlichen Tierschutzgesetzes geschaffen worden waren, mündete der Entwurf der Bundesregierung schließlich in das Tierschutzgesetz (TierSchG) vom 24.7.1972[99]. Mit dessen

[86] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 278; siehe auch *Gebele v. Waldstein*, Der Tierschutz im Recht, 1952, S. 41 ff.

[87] BGH MDR 1960, 656.

[88] Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung, BGBl. I 1956, S. 559, 562.

[89] BGH MDR 1960, 656.

[90] Etwa in Bayern durch die Verordnung Nr. 49 über das Schlachten von Tieren vom 14.1.1946 (BayGVBl. 1946, S. 142); in Hamburg durch die Änderung über die Verordnung über das Schlachten von Tieren vom 7.3.1946, HmbVBl. 1946, S. 25; in der Nord-Rheinprovinz durch die Verordnung über das Schlachten von Tieren nach jüdischem Ritus vom 11.3.1946, MVBl. des Oberpräsidenten der Nord-Rheinprovinz 1946, S. 127; in der Provinz Westfalen durch die Anordnung über das Tierschlachten auf jüdische Weise vom 23.3.1946, MVBl. des Oberpräsidenten der Provinz Westfalen 1946, S. 46.

[91] So in Hessen durch das Gesetz vom 7.8.1946 über die Aufhebung des Schächtverbotes sowie des Gesetzes vom 21.4.1933 (Schlachtgesetz) und der Verordnung vom 21.4.1933, HeGVBl. 1946, S. 173. In § 2 des hessischen Gesetzes über das Schlachten von Tieren vom 20.6.1947 (HeGVBl. 1947, S. 37) wurde eine Ausnahme für das Schächten festgelegt.

[92] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 279.

[93] BT-Drs. IV/85. Im ersten Abschnitt waren Straf- und Bußgeldvorschriften vorgesehen. Die Tierquälerei war in § 1 Abs. 1 des Entwurfs wie folgt geregelt: „Wer ein Tier quält oder mißhandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft."

[94] BT-Drs. V/934. Im zweiten Abschnitt waren Straf- und Bußgeldvorschriften vorgesehen. Zentral war § 8 des Entwurfs, der in Abs. 1 die Tötung eines Wirbeltieres und in Abs. 2 die Tierquälerei unter Strafe stellte. Abs. 2 lautete: „Ebenso wird bestraft, wer einem Tier 1. aus Roheit erhebliche Schmerzen oder 2. länger dauernde oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden ohne vernünftigen Grund zugefügt."

[95] BT-Drs. III/2150.

[96] § 233 StGB-E lautete: „Wer ein Tier unnötig quält oder roh mißhandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft."

[97] BT-Drs. III/2150, S. 366.

[98] Neunundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, BGBl. I 1971, S. 207.

[99] BGBl. I 1972, S. 1277.

Inkrafttreten wurde die Fortgeltung des RTierSchG nach fast 40 Jahren formell aufgehoben, vgl. § 23 TierSchG a.F.[100] Das TierSchG basiert auf der Grundkonzeption eines ethisch ausgerichteten Tierschutzes im Sinne einer Mitverantwortung des Menschen für das seiner Obhut anvertraute Lebewesen.[101] Nach § 1 S. 1 TierSchG wurde erstmals über das Interesse des Tieres an seinem Wohlbefinden hinaus auch dessen Leben als solches geschützt.[102] Der Rechtfertigungsgrund in § 1 S. 2 TierSchG, demzufolge niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen dürfte, stand in der Kontinuität der Regelung des § 1 Abs. 1 RTierSchG, der lediglich das unnötige Quälen von Tieren untersagte.[103] In §§ 17, 20 Abs. 3 TierSchG wurde der strafrechtliche Tierschutz normiert. Es ist begrüßenswert, dass § 17 TierSchG nun sowohl das Leben (Nr. 1) als auch das körperliche Wohlbefinden (Nr. 2) von Tieren strafrechtlich schützt. Allerdings beschränkt er den Schutz auf Wirbeltiere[104] und verzichtet auf den etablierten Rechtsbegriff der „Tierquälerei". Bereits 1986 wurde das TierSchG umfassend novelliert[105] und dabei unter anderem die tierschutzrechtliche Grundsatznorm des § 1 S. 1 TierSchG zugunsten eines noch stärker ethisch ausgerichteten Tierschutzes neu gefasst. Mit Gesetz vom 20.8.1990[106] wurde § 20a in das TierSchG eingefügt und regelte in Abs. 1 ein vorläufiges Tierumgangsverbot sowie in Abs. 3 eine eigenständige Strafbestimmung. § 17 TierSchG wurde durch Gesetz vom 25.5.1998[107] zum bislang einzigen Mal geändert, indem der Strafrahmen von zwei auf drei Jahre Freiheitsstrafe erhöht wurde. Durch die Anhebung der Höchststrafe auf drei Jahre sollte die Tötung oder Verletzung eines Tieres härter bestraft werden können als die Sachbeschädigung (§ 303 StGB).[108]

8. Die Entwicklung des Tierschutzstrafrechts in der DDR

In der DDR spielte der Tierschutz, insbesondere in den Bereichen Nutztierhaltung und Tierversuche, eine untergeordnete Rolle.[109] Anders als in der Bundesrepublik Deutschland ab 1972 gab es in der DDR zudem keine geschlossene Tierschutzgesetzgebung, sondern eine Zersplitterung der rechtlichen Regelungen.[110] Das RTierSchG behielt zwar seine Gültigkeit, spielte in der Praxis jedoch kaum eine

[100] *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 280.

[101] BT-Drs. VI/2559, Vorbl. und S. 9; *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Einl. Rn. 5; *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 29.

[102] BT-Drs. VI/2559, S. 9; *Greven*, Die Tierhaltung aus strafrechtlicher Sicht, 1998, S. 16; *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Einl. Rn. 5; *Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 29.

[103] Zutreffend *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, 1999, S. 281 f.

[104] Nach BT-Drs. VI/2559, S. 12 f., brauchen „Tötungen oder tierschutzwidrige Handlungen" an wirbellosen Tieren „wegen der im Vergleich zu Wirbeltieren deutlich verminderten Empfindungsfähigkeit nicht unter Strafe gestellt zu werden".

[105] Bekanntmachung der Neufassung des Tierschutzgesetzes vom 18.8.1986, BGBl. I 1986, S. 1319.

[106] Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht, BGBl. I 1990, S. 1762. Mit diesem Gesetz wurde zudem § 90a BGB eingeführt.

[107] Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BGBl. I 1998, S. 1094.

[108] BT-Drs. 13/7015, S. 24 f., mit dem Hinweis, dass Tiere im Zivilrecht nicht mehr als Sachen gelten.

[109] BT-Drs. 12/224, S. 11; *Greven*, Die Tierhaltung aus strafrechtlicher Sicht, 1998, S. 17; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 26.

[110] *Laue*, Das sozialistische Tier, 2017, S. 294 m.w.N.

Rolle.[111] Seit dem Inkrafttreten des neuen StGB[112] und des OWG[113] wurden Tierquälerei (§ 250 StGB-DDR), Schädigung des Tierbestands (§ 168 StGB-DDR) und andere Misshandlungen von Tieren[114] nach diesen beiden Gesetzen geahndet.[115] § 250 StGB-DDR lautete:

> „Wer vorsätzlich ein Tier roh mißhandelt oder quält, wird von einem gesellschaftlichen Organ der Rechtspflege zur Verantwortung gezogen oder mit öffentlichem Tadel, Geldstrafe oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft. Anmerkung: Andere Mißhandlungen von Tieren können als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden."

Die Bestimmung diente „dem Schutz der Tiere vor Angriffen, die das ethische Empfinden des Menschen verletzen".[116] Es handelte sich somit um ein strikt anthropozentrisches Tierschutzverständnis der DDR, das einen Rückfall ins 19. Jahrhundert darstellte.[117] Nach § 168 Abs. 1 StGB-DDR wurde mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bestraft, „wer unter vorsätzlicher Verletzung seiner beruflichen Pflichten als Verantwortlicher für die Haltung, Fütterung und Pflege von Zucht- und Nutztieren fahrlässig Verluste oder Produktionsausfall in wirtschaftlich bedeutendem Umfang verursacht." § 168 Abs. 2 StGB-DDR sah dieselbe Strafbarkeit vor, wenn der Verantwortliche i.S.d. Abs. 1 trotz erzieherischer Einwirkung seine beruflichen Pflichten fortwährend vorsätzlich verletzte und dadurch wiederholt fahrlässig Verluste oder Produktionsausfälle verursachte, die im Einzelfall nicht bedeutend zu sein brauchten.[118] Die systematische Stellung der Vorschrift im Abschnitt „Straftaten gegen die Volkswirtschaft" und die im Vergleich zu § 250 StGB-DDR weitaus höhere Strafandrohung verdeutlichen, dass mit dieser Vorschrift nicht das Tier, sondern die aus Sicht des Gesetzgebers offenbar wesentlich bedeutsamere Wirtschaft geschützt werden sollte.[119] Strafbestimmungen enthielt zudem § 30 des Veterinärgesetzes vom 20.6.1962[120]. Im Rahmen der Wiedervereinigung wurde nach Art. 8 sowie Anlage I Kapitel VI Sachgebiet A – Bodennutzung und Tierhaltung, Veterinärwesen – des Einigungs-

[111] BT-Drs. 12/224, S. 11; *Laue*, Das sozialistische Tier, 2017, S. 294 ff.; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 26. Gleichwohl wurde das Strafmaß für Tierquälerei nach § 9 Abs. 1 RTierSchG (Gefängnis bis zu zwei Jahren und/oder Geldstrafe) de facto auf das Strafmaß nach § 145b RStGB a.F. (Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe) herabgesetzt, dessen Wiederanwendung aus dem Abdruck in der amtlichen Textausgabe „Strafgesetzbuch und andere Strafgesetze" ab 1951 (S. 73) hervorgeht. Hierzu auch *Laue*, Das sozialistische Tier, 2017, S. 295 mit Fn. 198, S. 301 mit Fn. 229.

[112] Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 12.1.1968, GBl. DDR I 1968, S. 1.

[113] Gesetz zur Bekämpfung von Ordnungswidrigkeiten vom 12.1.1968, GBl. DDR I 1968, S. 101.

[114] Gem. § 9 der Verordnung über Ordnungswidrigkeiten vom 16.5.1968 (GBl. DDR II 1968, S. 359) konnte die vorsätzliche Misshandlung von Tieren mit Verweis oder Ordnungsstrafe von 10 bis 300 Mark belegt werden. § 9 der Verordnung zur Bekämpfung von Ordnungswidrigkeiten (OWVO) vom 22.3.1984 (GBl. DDR I 1984, S. 173) führte in Abs. 1 eine neue Ordnungsstrafbestimmung der „Gefährdung der Tierbestände" ein, die mit Verweis oder Ordnungsstrafe bis 500 Mark belegt werden konnte. Abs. 2 setzte die vorsätzliche Misshandlung von Tieren diesem Sanktionsrahmen gleich. Abs. 3 sah für geringfügige Zuwiderhandlungen nach Abs. 1 sowie für Zuwiderhandlungen nach Abs. 2 ein summarisches Verfahren mit Verwarnung vor.

[115] *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 233 Rn. 2.

[116] StrafR DDR, Komm., 5. Aufl. 1987, StGB § 250 Rn. 1.

[117] Zutreffend *Laue*, Das sozialistische Tier, 2017, S. 301. Ein solches Verständnis lag zuletzt § 360 Nr. 13 RStGB in der Fassung von 1871 zugrunde.

[118] StrafR DDR, Komm., 5. Aufl. 1987, StGB § 168 Rn. 3.

[119] *Greven*, Die Tierhaltung aus strafrechtlicher Sicht, 1998, S. 18; *Laue*, Das sozialistische Tier, 2017, S. 302; *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 26 f.; a.A. wohl *Ennulat/Zoebe*, Das Tier im neuen Recht, 1972, S. 234 Rn. 2, denen zufolge „der Tierschutz den ökonomischen Belangen eine wichtige Stellung einräumt".

[120] Gesetz über das Veterinärwesen, GBl. DDR I 1962, S. 55.

vertrags vom 31.8.1990[121] die Geltung der bundesdeutschen tierschutzrechtlichen Vorschriften auf die neuen Bundesländer erstreckt.

III. Schluss

Die Untersuchung hat die lange Entwicklung des deutschen Tierschutzstrafrechts beleuchtet. Der Beginn einer spezifischen Tierschutzgesetzgebung auf deutschem Gebiet nahm im 19. Jahrhundert in Sachsen seinen Anfang. Die partikularrechtlichen Strafvorschriften gegen Tierquälerei unterschieden sich in ihren Tatbeständen teils erheblich: Die Vorschriften von Sachsen (1838), den Thüringischen Staaten (ab 1839), Hessen-Darmstadt (1847), Anhalt (ab 1850), Waldeck-Pyrmont und Braunschweig (jeweils 1855), Frankfurt (1856), Bayern (1861), Mecklenburg (1865) sowie Hamburg (1869) verzichteten jeweils auf die Merkmale „Öffentlichkeit“ und „Ärgernis“ und stellten in dieser Hinsicht extensive Regelungen dar. Aus der jeweiligen systematischen Einordnung ergab sich, dass diesen Vorschriften gleichwohl ein anthropozentrischer Tierschutz zugrunde lag. Die sächsische Vorschrift von 1855 – allerdings nur in ihrer zweiten Tatbestandsvariante – und die badische Vorschrift von 1863 stellten mit ihrem Erfordernis eines „öffentlichen Ärgernisses“ restriktive Regelungen dar. Dazwischen rangierten die Vorschrift Württembergs (1839), die ein „Ärgernis“ verlangte, und die Vorschriften Preußens (1851) und Oldenburgs (1858), die eine „öffentliche“ Tatbegehung erforderten. In Hessen-Kassel galten vor 1866 ebenso wie in Bremen und Lübeck vor 1870 ausschließlich Spezialbestimmungen zum Tierschutz. Der im Zuge der Gründung des Deutschen Reiches eingeführte § 360 Nr. 13 RStGB war die erste einheitliche Tierschutzvorschrift Deutschlands. Er stellte allerdings lediglich eine Übertretung dar und basierte auf einem anthropozentrischen Tierschutz. § 360 Nr. 13 RStGB war in seiner nichtöffentlichen Begehungsvariante als Erfolgsdelikt ausgestaltet und verlangte die Erregung eines Ärgernisses, wobei eine Ursächlichkeit zwischen Handlung und Erfolg genügte. Unter den Nationalsozialisten kam es noch im Jahr 1933 zu den größten Umwälzungen im Bereich des Tierschutzes. So wurde bereits im April mit dem Schlachtgesetz das Schächten strafbewehrt untersagt. Im Mai wurde mit § 145b RStGB die Tierquälerei zum Vergehen hochgestuft, wobei auf die Merkmale der „Öffentlichkeit“ und der „Ärgerniserregung“ verzichtet wurde. Im November erfolgte mit dem RTierSchG schließlich der tierschützerische Meilenstein. Das RTierSchG blieb auch nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in Kraft. In der Bundesrepublik Deutschland wurde es 1972 durch das TierSchG ersetzt, in der DDR galt es hingegen bis zur Wiedervereinigung. Während das bundesdeutsche TierSchG die Entwicklung des RTierSchG fortsetzte und den Gedanken eines ethischen Tierschutzes sogar noch stärker betonte, fiel die DDR mit ihrem anthropozentrischen Tierschutzverständnis ins 19. Jahrhundert zurück. Die weitere Entwicklung des gesamtdeutschen Tierschutzrechts bleibt angesichts der Dynamik der Materie, die vom stetigen wissenschaftlichen und technischen Fortschritt getrieben wird, spannend. Die Zukunft wird zeigen, ob das Tierschutzstrafrecht den mit dem RTierSchG eingeschlagenen Weg wieder verlassen und vom Nebenstrafrecht in das StGB zurückkehren wird.

[121] Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung vom 18. September 1990 vom 23.9.1990, BGBl. II 1990, S. 885 (889, 1015).

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis: Ist das examensrelevant oder kann das weg?

Wiss. Mitarbeiter Felix Dörr, B.Sc., Leipzig[*]

I. Einleitung 33
II. Grundverständnis 34
1. Rechtsnatur 34
2. Wirkung und Zweck von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis 36
III. Tatbestandsvoraussetzungen 37
1. Vertragsschluss 37
2. Abgrenzung: kausales Schuldanerkenntnis 38
3. Exkurs: Vertragsschluss durch Aufrechnungserklärung? 39
4. Form und Erteilung 39
5. Wirksamkeitsmängel 40
IV. Rechtsfolgen 40
V. Weitere Abgrenzungsfragen 41
1. Zeugnis gegen sich selbst 41
2. Anerkenntnis gem. § 307 S. 1 ZPO 41
3. Negatives Schuldanerkenntnis nach § 379 Abs. 2 BGB 41
VI. Fazit 42

I. Einleitung

Das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis fristen ein Schattendasein in der juristischen Ausbildung. Hat man sich in der Schuldrecht-BT-Vorlesung erfolgreich durch Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht gekämpft, werden §§ 780, 781 BGB nur noch rudimentäre Aufmerksamkeit geschenkt. Das liegt aber nicht nur daran, dass es sich bei Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis um keine typischen – sofern es diese überhaupt gibt – „Klausurklassiker" handelt, sondern vor allem auch an der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Rechtsinstitute. Bereitet der Wortlaut der §§ 780, 781 BGB beim ersten Lesen noch Kopfschmerzen, fällt beim zweiten Lesen doch schnell auf, dass Schuldversprechen (§ 780 BGB) und Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) inhaltlich deckungsgleich sind, es folglich keine Unterschiede zwischen den Normen gibt. Es macht keinen materiellen Unterschied, ob sich jemand beispielsweise zu einer Zahlung verpflichtet oder ob eine Zahlungsschuld anerkannt wird. In der Praxis verschmelzen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis unter gemeinsamer

[*] Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für ausländisches und europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Universität Leipzig sowie Rechtsreferendar am Landgericht Leipzig.

Zitation der §§ 780, 781 BGB zu einem einheitlichen abstrakten Schuldvertrag.[1] Die nachfolgenden Ausführungen gelten daher für Versprechen und Anerkenntnis gleichermaßen.[2]

All dies verwirrt den Studenten, hat der denn noch nicht einmal verstanden, warum diese Rechtsinstitute im Gesetz stehen, was deren Ratio ist. Nach der ersten Begegnung ist er deshalb geneigt, §§ 780, 781 BGB den Stempel „zu abstrakt", „inhaltsleer" oder „unwichtig", weil „zu kompliziert", aufzudrücken.[3] Um indes direkt die im Titel aufgeworfene pointierte Frage zu beantworten, handelt es sich beim Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis ausweislich fast aller Prüfungsordnungen um eine examensrelevante Materie.[4] In der Tat eignet sich das Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis hervorragend, um den so oft zitierten „Erstsemesterstoff" bestehend aus Vertragsschluss, Willensmängel, Unwirksamkeitsgründe, Trennungs- und Abstraktionsprinzip usw. auf Examensniveau in – vermeintlich – unbekanntem Gewand schriftlich oder auch mündlich abzufragen. Der Beitrag versucht, Licht ins Dunkel der §§ 780, 781 BGB zu bringen und will aufzeigen, dass auch hier das bekannte Systemverständnis zum Tragen kommt, angewendet und trainiert werden kann.

II. Grundverständnis

1. Rechtsnatur

Für das Verständnis des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses ist das Nachvollziehen seiner Rechtsnatur von elementarer Bedeutung.

Gesetzlich ausgestaltet ist in Form von §§ 780, 781 BGB das sog. abstrakte (auch: konstitutive oder selbstständige) Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis. Aufgrund der Privatautonomie kann bekanntermaßen ein jeder – vorbehaltlich einer etwaigen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit – Verpflichtungen jedweden Inhalts eingehen. Hierin liegt die Wurzel des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses. Es begründet konstitutiv eine neue, selbstständige Verpflichtung (Beispiel: A anerkennt, B 1.000 € zu schulden. Einzig aufgrund dieses Schuldanerkenntnisses kann B gegen A vor Gericht Zahlung i.H.v. 1.000 € verlangen). Bevor sich aber der Frage gewidmet wird, wieso man eine derartige Verpflichtung eingehen sollte, gilt es, sich Klarheit über die Rechtsnatur des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses zu verschaffen.

Beim Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis handelt es sich um ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft. Rechtsgeschäfte sind Zuwendungsgeschäfte, weil sie eine Vermögensverschiebung bezwecken.[5] Jede Zuwendung hat dabei einen Zweck[6], einen Rechtsgrund (causa). Bei bekannten schuld-

[1] *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, Vorb. §§ 780–782 Rn. 6; *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 780 Rn. 1.

[2] Siehe exemplarisch die einheitliche Kommentierung von *Häuser/Welter*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, § 781.

[3] Ähnlich *Dastis*, JuS 2018, 330 (330).

[4] § 8 Abs. 1 und 2 Nr. 1 Zweiter Spiegelstrich JAPrO (Baden-Württemberg); § 18 Abs. 1 und 2 Nr. 1 lit. b JAPO (Bayern); § 3 Abs. 3 Nr. 1 lit. a JAO (Berlin); § 3 Abs. 4 Nr. 1 lit. a BbgJAO (Brandenburg); § 2 Abs. 1 Nr. 16 Prüfungsgegenstände-Verordnung (Bremen); § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b lit. bb Prüfungsgegenständeverordnung (Hamburg); § 11 Abs. 2 Nr. 1 lit. a 3. Spiegelstrich JAPO M-V (Mecklenburg-Vorpommern); § 16 Abs. 1 Nr. 3 NJAVO (Niedersachsen); § 11 Abs. 1 und 2 Nr. 1 lit. b JAG NRW (Nordrhein-Westfalen); Anlage zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. a JAPO A.I.3. (Rheinland-Pfalz); § 8 Abs. 1 und 2 Nr. 1 lit. b lit. bb JAG (Saarland); § 14 Abs. 1 und 3 Nr. 1 lit. c lit. pp SächsJAPO (Sachsen); § 14 Abs. 2 Nr. 1 lit. c JAPrVO (Sachsen-Anhalt); Anlage zu § 3 Abs. 2 JAVO Nr. 1 lit. d lit. pp (Schleswig-Holstein); § 14 Abs. 1 und 2 Nr. 2 lit. b lit. bb ThürJAPO (Thüringen); einzig in Hessen sind §§ 780, 781, 782 BGB vom Prüfungsstoff ausgenommen gem. § 7 Nr. 2 lit. b JAG.

[5] Siehe zum Folgenden *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 12 S. 152 ff.

[6] Damit ist insbesondere nicht die Motivation hinter dem jeweiligen Abschluss des Rechtsgeschäfts zu verstehen, siehe *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 12 S. 158.

rechtlichen Rechtsgeschäften wie dem Kaufvertrag wird eine Forderung zugewendet (Anspruch auf Lieferung/Kaufpreiszahlung). Das BGB hat sie typischerweise als kausal ausgestaltet. Damit ist gesagt, dass sie den (Rechts-)Grund der Zuwendung in sich selbst tragen. Es ist niemand verpflichtet, etwas zu verkaufen. Eine wie auch immer geartete Kondiktion „des Kaufvertrags" mit der Begründung, es bestand keine Pflicht zum Abschluss des Kaufvertrags, ist – selbstverständlich – ausgeschlossen. Es ist banal, aber der Zweck des Kaufvertrags ist unmittelbarer Bestandteil der Einigung.

Daneben kennt das BGB abstrakte Rechtsgeschäfte. Um im schuldrechtlichen Kontext zu bleiben und damit den Blick zu schärfen, soll hierfür die Abtretung gem. § 398 BGB bemüht werden.[7] Als Verfügung ist die Abtretung einer Forderung ein abstraktes Rechtsgeschäft, mithin ein Vertrag.[8] Die Zuwendung besteht in der Übertragung der Forderung. Das abstrakte Rechtsgeschäft trägt seinen Zweck (causa) aber nun nicht in sich, sondern außerhalb seiner selbst. Der Rechtsgrund der Abtretung ist die Erfüllung des Grundgeschäfts, welches regelmäßig einen Forderungskauf darstellt.[9] Im Forderungskaufvertrag verpflichtet sich der Zedent zur Erfüllung desselben (solvendi causa), mithin zur Abtretung der Forderung. Fehlt dieser Zweck (= der Rechtsgrund) der Abtretung, bestand keine Verpflichtung zur Abtretung und der Zessionar darf die Forderung nicht behalten. Ein finales Verfügungsgeschäft im „luftleeren Raum" gibt es insoweit folglich nicht. Es besteht ein Anspruch aus §§ 812 ff. BGB.

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis stellen nun eine Ausnahme von diesem Konzept dar: Sie sind als abstrakte Schuldverträge ausgestaltet. Auch der Kaufvertrag ist ein Schuldvertrag, nur eben – wie gesehen – ein kausaler. Dem abstrakten Schuldvertrag wohnt sein Rechtsgrund gerade nicht selbst inne. Vielmehr bedarf es der Vereinbarung eines gesonderten Grundgeschäfts als causa. Rechtsgrund des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses ist dabei nicht die versprochene/anerkannte Forderung selbst,[10] sondern vielmehr die von den Parteien (konkludent) getroffene Zweckabrede, ein Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis zu erteilen.[11] Man kann hier die Parallele zu der aus dem Kreditsicherungsrecht bekannten Sicherungsabrede ziehen, die den Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherheit (z.B. Sicherungsübereignung) darstellt.[12]

Nach Maßgabe des Abstraktionsprinzips begründet das Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis ungeachtet der (Un-)Wirksamkeit seines Grundgeschäfts die oben bereits skizzierte neue, selbstständige Verpflichtung.[13] Fehlt der Rechtsgrund des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses, liegen die Voraussetzungen der Kondiktion vor. Die Parteien werden aber im Regelfall den versprochenen/anerkannten Anspruch ihrer Abrede zugrunde legen, sodass die Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB vorliegen, wenn die Forderung nicht bestand.[14] Durch § 812 Abs. 2 BGB wird insoweit ausdrücklich klargestellt, dass das erlangte Etwas auch das Anerkenntnis einer Forderung sein kann. Diese gesamte Konstruktion leuchtet sogleich ein, wenn man sich den Sinn des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses vergegenwärtigt.

---

[7] Prominentestes Beispiel eines abstrakten Rechtsgeschäfts ist die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB.

[8] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 398 Rn. 2.

[9] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 398 Rn. 2.

[10] BGH NJW 2005, 1576 (1578); BGH, Urt. v. 17.3.2009 – XI ZR 124/08 = BeckRS 2009, 10670 Rn. 14.

[11] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 780 Rn. 47; *Häuser/Welter*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, § 781 Rn. 33; *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 780 Rn. 40; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994, § 68 I 4 b) S. 155; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 15; *Zeiss*, AcP 164 (1964), 50 (71).

[12] *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 15.

[13] *Häuser/Welter*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, Vorb. §§ 780 ff. Rn. 3.

[14] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 780 Rn. 47; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 15; *Kratz*, RNotZ 2021, 1 (4).

2. Wirkung und Zweck von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis bewirken eine Beweislastumkehr und damit einhergehend eine erleichterte Rechtsverfolgung für den Gläubiger.[15] Nach der beweisrechtlichen Grundregel muss derjenige, der sich auf ihm günstige Umstände beruft, deren Vorliegen darlegen und beweisen.[16] Macht A gegen B klageweise eine Kaufpreiszahlungsforderung geltend, so muss A das Zustandekommen des Kaufvertrags und die Fälligkeit der Forderung darlegen und beweisen. Dies kann sich u.U. als schweres Unterfangen erweisen, erhebt beispielsweise der Vertragsgegner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, nimmt er die Kaufsache wegen vermeintlicher Mangelhaftigkeit nicht an usw. Macht A nun gegen B eine Zahlungsforderung aufgrund eines Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses geltend, muss er lediglich dessen Bestand beweisen.[17] Im Idealfall hält er hierfür ein – wie von §§ 780, 781 BGB vorausgesetztes – Schriftstück in der Hand und der Beweis wird ihm leichter gelingen. Jetzt ist es B, der im Rahmen der dann von ihm erhobenen Bereicherungseinrede aus § 821 BGB das Fehlen des Rechtsgrundes, d.h. das Fehlen der Verpflichtung zur Erteilung des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses nachweisen muss.[18] Die ganze Beweislast hat sich damit einmal komplett umgedreht.

Vor diesem Hintergrund ist der Zweck des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses zu verstehen. Der Hauptzweck besteht in der Sicherung von Forderungen, die aus einem anderen Rechtsverhältnis hervorgehen.[19] Oftmals besteht zwischen den Parteien des abstrakten Schuldvertrags bereits ein Schuldverhältnis, aus dem eine Forderung resultiert. Neben diese Forderung soll nach dem Parteiwillen die selbstständige Forderung aus dem Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis verstärkend hinzutreten.[20] Als zugängliches Beispiel kann hierfür die Sicherung von Krediten durch die Bestellung von Grundpfandrechten angeführt werden. Zur Sicherung ihres Darlehensrückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB lässt sich die Bank (Sicherungsnehmerin) vom Kreditnehmer (Sicherungsgeber) regelmäßig eine Grundschuld bestellen. Dabei kommt es nicht selten vor, dass der Sicherungsgeber die persönliche Haftung übernimmt und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Diese Erklärung des Sicherungsgebers legt die h.M. materiell-rechtlich regelmäßig als abstrakte Schuldverpflichtung nach §§ 780, 781 BGB aus.[21] Sie dient der Bank als verstärkende Sicherheit im Sinne der vorstehend ausgeführten erleichterten gerichtlichen Durchsetzbarkeit ihrer Forderungen.

Neben dieser Sicherungswirkung kann der Zweck des Schuldversprechens aber auch ganz einfach darin liegen, jemanden, ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Schuld, eine wirtschaftlich völlig neue Forderung einzuräumen.[22] Gleichwohl dies häufig schenkweise geschieht, werden die wenigsten Menschen so altruistisch sein und anderen „einfach so“ Forderungen gegen sie schenken.[23]

---

[15] *Albers*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.10.2024, § 780 Rn. 4, 34 f.; *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 781 Rn. 6; *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, §§ 780, 781 Rn. 5, 14.

[16] Statt aller *Prütting*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, § 286 Rn. 117.

[17] BGH NJW-RR 1991, 178 (179).

[18] OLG Naumburg OLG-NL 2000, 121 (123 f.); siehe hierzu auch *Linardatos*, JA 2025, 617 (617 f.).

[19] *Albers*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.10.2024, § 780 Rn. 26.

[20] *Albers*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.10.2024, § 780 Rn. 26; *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, §§ 780, 781 Rn. 10.

[21] BGHZ 98, 256 (259); BGH NJW 1991, 286 (286); BGH NJW 1992, 971 (972); *Kindl*, in: Saenger, ZPO, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 794 Rn. 34; *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 781 Rn. 19.

[22] *Albers*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.10.2024, § 780 Rn. 29.

[23] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 19. Aufl. 2025, § 56 Rn. 3.

So ging es beispielsweise in einem Fall, den das OLG Zweibrücken zu entscheiden hatte, darum, eine Strafanzeige durch Erteilung eines Schuldanerkenntnisses abzuwenden.[24]

III. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Vertragsschluss

Nicht nur stehen §§ 780, 781 BGB im zweiten Buch unter dem achten Abschnitt „einzelne Schuldverhältnisse", auch spricht ihr Wortlaut ausdrücklich von der „Gültigkeit eines Vertrags". Konkret ist das Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis ein einseitig verpflichtender Vertrag.[25] Damit ist klar: Für den Vertragsschluss bedarf es zweier korrespondierender Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme nach §§ 145 ff. BGB. Der Vertrag wird dabei in den meisten Fällen durch schlüssiges Verhalten der Parteien geschlossen.[26] Der Zugang der Annahmeerklärung ist nach § 151 S. 1 BGB regelmäßig entbehrlich.[27] Die Normen des Allgemeinen Teils finden folglich ganz gewöhnlich Anwendung. Stellvertretung ist möglich.[28] Auch können die Willenserklärungen bedingt oder befristet abgegeben werden.[29] Schließlich kommt auch ein Widerrufsrecht in Betracht, wenn es sich bei den Parteien um Verbraucher und Unternehmer handelt.[30]

Auch wenn die in § 780 BGB angesprochene „Leistung" im Gros der Fälle eine Zahlung einer bestimmten Geldsumme sein wird, kann Vertragsgegenstand jede beliebige Leistung i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB sein.[31]

Wie bei jedem Vertragsschluss gilt es auch hier – zumindest gedanklich – im Rahmen der Vertragsauslegung zu prüfen, ob sich die Parteien erstens überhaupt rechtsgeschäftlich binden oder nur eine tatsächliche Wissenserklärung abgeben wollen.[32] Ob der Parteiwille zweitens gerade darauf gerichtet ist, dass eine neue, abstrakte Schuld begründet werden und sich der Gläubiger für die Durchsetzung der Forderung einzig auf das Versprechen/Anerkenntnis berufen soll, muss ebenfalls im Wege der Vertragsauslegung nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden.[33] Den Ausgangspunkt der Auslegung bildet dabei der Wortlaut der Erklärung.[34] Ist darin unter anderem von *Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis* die Rede, kann dies ein (mehr oder weniger starkes) Indiz sein.[35] Am Wortlaut darf aber nicht festgehalten werden. Vielmehr ist der Zweck der Erklärungen ein wesentliches Kriterium für die Ermittlung des Parteiwillens: Zielen die Parteien darauf ab, dem Gläubiger eine erleichterte Rechtsverfolgung zu gewähren, sind §§ 780, 781 BGB einschlägig.[36] Daneben

[24] OLG Zweibrücken, Urt. v. 14.11.1974 – 2 U 61/74 = BeckRS 1974, 553.
[25] *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 780 Rn. 1.
[26] Siehe hierzu BGH NJW 1976, 567 (577); BGH NJW 1991, 228 (229).
[27] OLG Koblenz NJW-RR 2010, 861.
[28] BGH NJW 2007, 1813.
[29] BGHZ 124, 263 (269); *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 780 Rn. 5.
[30] OLG Hamm BKR 2015, 516; *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 781 Rn. 10.
[31] *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 781 Rn. 7; *Schreiber*, Jura 2014, 28 (29).
[32] Siehe hierzu BGHZ 66, 250 (253 ff.); *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, Vorb. §§ 780–782 Rn. 14; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 52 Rn. 10.
[33] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 780 Rn. 9, 17; *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, Vorb. §§ 780–782 Rn. 14.
[34] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 780 Rn. 17.
[35] Vgl. LG Berlin NJW 2005, 993.
[36] *Retzlaff*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 781 Rn. 6.

können ferner die Interessenlage der Beteiligten sowie etwaige Vorverhandlungen oder auch andere außerhalb der Urkunde liegende Umstände von Bedeutung für die Auslegung sein.[37]

2. Abgrenzung: kausales Schuldanerkenntnis

In diesem Zusammenhang ist das abstrakte Schuldanerkenntnis vom kausalen (auch: deklaratorisches oder bestätigendes) Schuldanerkenntnis abzugrenzen. Das kausale Schuldanerkenntnis ist gesetzlich nicht geregelt. Es soll im Gegensatz zum abstrakten Schuldanerkenntnis gerade keine neue, selbständige Verpflichtung begründen.[38] Seine Funktion liegt darin, den Bestand eines zwischen den Parteien streitigen Schuldverhältnisses in seiner Gänze oder auch nur in einzelnen Punkten festzulegen, es mithin Streit und Ungewissheit zu entziehen.[39] In seinem Zweck ähnelt es dem Vergleich (§ 779 BGB).[40] Mit einem kausalen Schuldanerkenntnis beabsichtigen die Parteien eine gewisse Streitbeilegung. Während der Vergleich aber ein gegenseitiges Nachgeben beinhaltet, gibt beim kausalen Schuldanerkenntnis bloß eine Seite nach.[41] Dieser Punkt ist bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Auch das kausale Schuldanerkenntnis ist ein aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen bestehendes Rechtsgeschäft (§ 311 Abs. 1 BGB), wobei §§ 780, 781 BGB weder direkt noch analog Anwendung finden.[42] Deshalb bedarf es nicht der Form des § 781 S. 1 BGB.[43] Die mitunter schwierige Abgrenzung vom abstrakten Schuldanerkenntnis erfolgt durch Auslegung der Parteiabrede.[44] Ausschlaggebend für die Auslegung ist dabei der Zweck des Anerkenntnisses: Kommt es den Parteien gerade darauf an, eine neue, abstrakte Schuld zu begründen, um den von ihnen verfolgten Zweck (regelmäßig die Klageerleichterung) zu erreichen, liegt eher kein kausales, sondern ein abstraktes Anerkenntnis vor.[45] Eine Vermutung zugunsten des kausalen oder abstrakten Schuldanerkenntnisses existiert aber nicht.[46] Ist der Grund der Verpflichtung in der Urkunde genannt, soll dies als Indiz für ein kausales Schuldanerkenntnis gelten (Beispiel: A anerkennt, B 1.000 € *als Kaufpreis* zu schulden.).[47] Wegen der weitreichenden Wirkungen des kausalen Anerkenntnisses ist bei der Annahme desselben aber Zurückhaltung geboten.[48]

Rechtsfolgenseitig bewirkt das kausale Schuldanerkenntnis nämlich einen umfassenden und endgültigen Verzicht auf sämtliche (zumindest bekannte) Einwendungen durch den Schuldner.[49] Dies ist denklogische Konsequenz der Rechtsnatur des kausalen Schuldanerkenntnisses als schuldbestätigender Feststellungsvertrag. Ferner ist das kausale Schuldanerkenntnis – selbstverständlich –

---

[37] BGH NJW 1995, 1391 (1392); OLG Koblenz NJW-RR 2015, 950 (950).

[38] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 19. Aufl. 2025, § 56 Rn. 13; *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, §§ 780, 781 Rn. 18.

[39] BGH NJW 1995, 960 (961); *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 781 Rn. 3.

[40] BGHZ 66, 250 (255); BGH NJW 1984, 799 (799).

[41] *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 781 Rn. 13.

[42] *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 781 Rn. 45.

[43] H.M.: OLG Naumburg NJW-RR 1995, 154; *Albers*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.10.2024, § 781 Rn. 21; *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 781 Rn. 3; a.A. *Ehmann*, WM 2007, 329 (333) m.w.N.

[44] Siehe hierzu sowie zu Auslegungskriterien BAG NJW 2005, 3165.

[45] *Bork*, in: juris PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, § 781 Rn. 2; *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, Vorb. §§ 780–782 Rn. 15.

[46] *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 781 Rn. 48.

[47] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 19. Aufl. 2025, § 56 Rn. 14. Siehe aber hierzu instruktiv OLG Hamburg, Urt. v. 15.11.2016 – 10 U 4/16, Rn. 45 (juris), wo zwar der Schuldgrund (als Darlehen) genannt wurde, der Zweck der Abrede aber auf ein abstraktes Schuldanerkenntnis gerichtet war.

[48] Vgl. BGH NJW 1984, 799; BGH NJW-RR 1988, 962.

[49] BGH NJW 1984, 799 (799); *Staudinger*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 781 Rn. 8.

nicht kondizierbar. Deshalb stellt sein Abschluss im Vergleich zum abstrakten Schuldanerkenntnis für den Schuldner auch eine deutliche höhere Gefahr dar.[50]

3. Exkurs: Vertragsschluss durch Aufrechnungserklärung?

Um eine im Schrifttum bisher wenig beachtete Konstellation handelt es sich bei der Frage, inwiefern durch die Abgabe einer Aufrechnungserklärung ein (kausales) Schuldanerkenntnis zustande kommen kann. Dabei kommt der folgende Sachverhalt nicht selten vor:[51] Kläger K nimmt den Beklagten B klageweise auf Darlehensrückzahlung in Anspruch. B rechnet außerprozessual mit einer Schadensersatzforderung auf. In der Folge wird K schriftsätzlich vortragen, dass die Schadensersatzforderung nicht besteht, B aber gleichwohl aufgrund der Aufrechnung die streitige Darlehensrückzahlungsforderung des K (ganz oder teilweise) anerkannt hat und deshalb entsprechend zu verurteilen ist. Das Vorbingen des K leuchtet zunächst auch ein.[52]

Bei näherer Untersuchung liegt aber kein kausales Anerkenntnis vor. Wie bereits ausgeführt ist auch das kausale Schuldanerkenntnis ein Vertrag. B könnte folglich durch Abgabe der Aufrechnungserklärung K den Abschluss eines Anerkenntnisvertrags angetragen haben. Die lässt sich zunächst bejahen. Allerdings sah sich B nur bereit, die Darlehensforderung des K anzuerkennen, wenn K auch die Schadensersatzforderung des B anerkennt. Jene Forderung des B ist ja ebenfalls gerade streitig. Letztlich gelten für den Vertragsschluss die Vorschriften des Allgemeinen Teils. Ein Schweigen des K hinsichtlich des Angebots auf Abschluss eines Anerkenntnisvertrags in Gestalt der Aufrechnungserklärung ist nicht als Zustimmung zu werten. Eine Annahme von K ist nur innerhalb der Frist des § 147 Abs. 2 BGB möglich. Widerspricht K ausdrücklich der Aufrechnung und beharrt auf das Bestehen seiner Forderung kommt ggf. nach § 150 Abs. 2 BGB die Ablehnung des Angebots des B verbunden mit einem neuen Antrag durch K in Betracht. Es liegen keine zwei korrespondieren Willenserklärungen vor, weshalb kein Anerkenntnisvertrag zustande kommt.[53]

4. Form und Erteilung

Die Formerfordernisse von abstrakten Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen laufen parallel zu denen der dem Studenten wohl bekannteren Bürgschaftserklärung nach § 766 BGB. Hinsichtlich der Wirksamkeit von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis bedarf einzig die Willenserklärung des Schuldners der Schriftform gem. §§ 780 S. 1/781 S. 1, 126 Abs. 1 BGB. Im Sinne der Rechtssicherheit sollen klare Beweisverhältnisse geschaffen und verhindert werden, den Schuldner an einer beliebigen mündlichen Äußerung festzuhalten.[54] Die Annahmeerklärung bedarf keiner bestimmten Form.[55] Die Erteilung in elektronischer Form ist ausgeschlossen gem. §§ 780 S. 2/781 S. 2, 126 Abs. 3 BGB. Die Schriftform gilt dabei jedoch nur, wenn keine strengere Form vorgeschrieben wird. Erfolgt die Erteilung eines Schuldanerkenntnisses/Schuldversprechens beispielsweise schenkweise, ist notarielle Form erforderlich gem. §§ 519 Abs. 1 S. 2, 128 BGB. Eine bekannte „Klausurfalle“ kann darin liegen, wenn das Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis für den Versprechenden/Anerkennenden ein

[50] *Ehmann*, WM 2007, 329 (329); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 19. Aufl. 2025, § 56 Rn. 13.
[51] Siehe für das Folgende instruktiv auch *Retzlaff*, NJW 2013, 2854.
[52] Dies auch im Ergebnis so angenommen von OLG München, Schlussurt. v. 29.9.1999 – 7 U 1944/99 = BeckRS 2009, 87960.
[53] So auch *Retzlaff*, NJW 2013, 2854 (2855).
[54] BGHZ 121, 1 (5); *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 780 Rn. 11.
[55] OLG Koblenz NJW-RR 2010, 861 (862).

Handelsgeschäft nach §§ 345, 343 Abs. 1 HGB ist.[56] Dann nämlich ist die Erteilung formlos möglich gem. § 350 HGB. Darüber hinaus muss das Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis schriftlich erteilt werden. Damit ist gemeint, dass der Schuldner dem Gläubiger durch Übergabe die tatsächliche Verfügungsmacht über die Urkunde verschafft.[57] Nach § 782 BGB bestehen Ausnahmen vom Schriftformerfordernis, wenn das Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis im Rahmen einer Abrechnung oder eines Vergleichs (§ 779 Abs. 1 BGB) erteilt wird.

5. Wirksamkeitsmängel

Hat man die Systematik von abstrakten und kausalen Rechtsgeschäften vor dem Hintergrund von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis einmal verinnerlicht, erscheinen die nachfolgenden Ausführungen beinahe überflüssig. Es ist strikt zu unterscheiden zwischen der Nichtigkeit des Grundgeschäfts, d.h. der Abrede, ein Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis zu erteilen, und der Nichtigkeit des abstrakten Schuldvertrags.

Zu denken ist dabei an das gesamte Potpourri der Unwirksamkeitsgründe der §§ 104 ff. BGB. Hinsichtlich des abstrakten Rechtsgeschäfts kommt am ehesten eine Nichtigkeit infolge Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) oder eine Formnichtigkeit (§ 125 S. 1 BGB) in Frage.[58] Mängel des Kausalgeschäfts lassen die Wirksamkeit des Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses unberührt. Einzig hinsichtlich einer Nichtigkeit des Grundgeschäfts nach §§ 134, 138 BGB vertritt eine starke Meinung, dass die Nichtigkeit auf das abstrakte Rechtsgeschäft durchschlägt.[59] Argument hierfür ist, dass die Abstraktion bei §§ 780, 781 BGB einzig aus dem Parteiwillen herrührt und nicht wie beispielsweise § 929 S. 1 BGB im Verkehrsschutz fußt. Die in §§ 134, 138 BGB normierten Grenzen der Privatautonomie können folglich durch das abstrakte Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis nicht umgangen werden, was das „Durchschlagen" der Nichtigkeit zur Konsequenz hat.[60]

IV. Rechtsfolgen

Die wesentlichen Rechtsfolgen eines Vertragsschlusses nach §§ 780,781 BGB wurden bereits erörtert. Im Regelfall soll nach dem Parteiwillen die neu entstandene Forderung aus dem Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis verstärkend neben diejenige Forderung, die aus dem bereits zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnis (beispielsweise Darlehensvertrag) resultiert, treten.[61] Dies erfolgt dann nach § 346 Abs. 2 BGB erfüllungshalber.[62] Der Gläubiger erhält eine weitere Befriedigungsmöglichkeit und die ursprüngliche Forderung erlischt nicht. Wird die ursprüngliche Forderung erfüllt, entfällt regelmäßig der Rechtsgrund für die abstrakte Forderung.[63] Dem gegenüber erlischt die ursprüngliche Forderung, wenn die abstrakte Forderung erfüllt wird.[64]

---

[56] Vgl. *Hilgers*, JA 2024, 21 (23).

[57] *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 780 Rn. 14.

[58] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 780 Rn. 50.

[59] OLG Koblenz, Urt. v. 21.12.1983 – 7 U 724/83 = BeckRS 1983, 31129052; OLG Schleswig NJW 2005, 225; LG Flensburg, Urt. v. 29.5.2020 – 2 S 5/19 = BeckRS 2020, 12141.

[60] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 780 Rn. 54; *Hau*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 780 Rn. 39; a.A. BGH, Urt. v. 10.5.1976 – III ZR 157/74 = BeckRS 1976, 31114764; OLG Hamm NJW-RR 1987, 1330 (1332); *Albers*, JZ 2018, 114 (121 f.).

[61] Siehe bereits oben unter II. 2. b).

[62] *Staudinger*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 781 Rn. 5.

[63] Siehe bereits oben unter II. 1.

[64] OLG Saarbrücken, Urt. v. 22.10.1997 – 1 U 148/97 = BeckRS 1997, 16158.

V. Weitere Abgrenzungsfragen

1. Zeugnis gegen sich selbst

Das rechtsgeschäftliche Schuldanerkenntnis ist streng von Anerkenntnissen ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen abzugrenzen. In diesem Kontext ist das sog. „Zeugnis gegen sich selbst" eine praxis- wie klausurrelevante Fallgruppe.[65] Exemplarisch für den Themenkomplex steht folgender Sachverhalt:[66] Es kommt zum Unfall zwischen A und B. Noch an der Unfallstelle erklärt A schriftlich, dass er die Alleinschuld an dem Unfall trägt und anerkennt. Im Prozess beruft sich A dann auf ein Mitverschulden von B. Wie so oft lässt sich hier Vieles vertreten. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls und dann in der Klausur vor allem auf eine stringente Argumentation an. Regelmäßig wird sich der „Anerkennende" in diesen Fällen nicht rechtsgeschäftlich binden wollen.[67] Zu diesem Auslegungsergebnis wird man gelangen, wenn man sich die für den Schuldner mitunter einschneidenden Rechtsfolgen des abstrakten oder des kausalen Schuldanerkenntnisses in Erinnerung ruft.[68] Vielmehr gilt das Zeugnis gegen sich selbst als eine Beweiserleichterung im Prozess, was der Tatrichter entsprechend zu würdigen hat.[69] Gerade mit diesem Argument lässt sich aber auch die Annahme eines abstrakten Schuldanerkenntnisses durchaus gut vertreten, da es – wie gesehen – ebenso die Rechtsdurchsetzung erleichtern soll.[70] Mit dem Zeugnis gegen sich selbst indes signalisiert der Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft, womit es das Bestehen eines Anspruchs indizieren kann.[71]

2. Anerkenntnis gem. § 307 S. 1 ZPO

Zum examensrelevanten Stoff des Zivilprozessrechts gehört regelmäßig die Prozessbeendigung durch Anerkenntnisurteil nach § 307 S. 1 ZPO. Dabei handelt es sich indes nicht um einen Fall des § 781 BGB.[72] Mit Anerkenntnis nach § 307 S. 1 ZPO erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch ganz oder teilweise an. Das Prozessanerkenntnis ist einseitige Prozesshandlung gegenüber dem Gericht und bezieht sich auf den prozessualen Anspruch.[73] Es besitzt keinen materiellrechtlichen Gehalt.[74]

3. Negatives Schuldanerkenntnis nach § 379 Abs. 2 BGB

Während § 781 BGB das positive Schuldanerkenntnis, welches eine Verpflichtung begründet, regelt, ist in § 397 Abs. 2 BGB das negative Schuldanerkenntnis normiert. Als Unterfall des Erlassvertrags ist es ebenfalls ein Vertrag, welcher darauf gerichtet ist, dass ein bestimmtes Schuldverhältnis ganz

---

[65] Vgl. *Dastis*, JuS 2018, 330 (330); *Hörnig*, JA 2015, 893; *Sporleder-Geb/Stüber*, JuS 2006, 342; *Weber*, JuS 2014, 987 (992).

[66] Nach BGH NJW 1984, 799; siehe auch BGH NJW 1982, 996.

[67] BGHZ 66, 250 (254 ff.); BGH NJW 1984, 799 (799); OLG Düsseldorf NJW 1990, 2560.

[68] Siehe dazu oben unter I. 2. a) und II. 2. b); so auch *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 52 Rn. 13.

[69] BGHZ 66, 250 (254); *Staudinger*, in: Schulze u.a., BGB, Kommentar, 12. Aufl. 2024, § 781 Rn. 10; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, Kommentar, Bd. 4, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 296.

[70] So auch *Ehmann*, WM 2007, 329 (335).

[71] BGHZ 66, 250 (254); *Ehmann*, WM 2007, 329 (330).

[72] *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 781 Rn. 8.

[73] *Elzer*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.12.2025, § 307 Rn. 3.

[74] *Elzer*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.12.2025, § 307 Rn. 3.

oder teilweise nicht besteht.[75] Das negative Schuldanerkenntnis ist ebenfalls als abstraktes Rechtsgeschäft ausgestaltet, bedarf folglich eines Rechtsgrundes.[76] Im Unterschied zu § 781 BGB kann es jedoch formlos geschlossen werden.

VI. Fazit

Das Konzept von kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften ist auch für Studenten im Grundstudium eine mitunter schwer nachzuvollziehende juristische Kopfgeburt. Das wird ein Grund von vielen sein, weshalb Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis bei Studenten derart unbeliebt sind. Man begegnet §§ 780, 781 BGB das erste Mal regelmäßig zu einem Zeitpunkt im Studium, in dem man zwar schon einmal vom Trennungs- und Abstraktionsprinzip gehört hat, aber weder das Bereicherungsrecht noch die „typischen" abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachenrechts studiert hat. Deswegen bewahrheitet sich wohl auch hier die oft gehörte Aussage, dass vieles erst in der Examensvorbereitung „Sinn ergibt". Einmal verstanden, sind Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis dann keine sonderbar komplizierten Rechtsinstitute. An ihnen lässt sich viel Systemverständnis trainieren. Damit ist dann auch ihre Bewältigung in der Prüfungssituation gesichert und man braucht keine Angst mehr vor §§ 780, 781 BGB haben.

[75] *Wolber*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2025, § 397 Rn. 103.
[76] *Wolber*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.8.2025, § 397 Rn. 104.

Grundwissen Straßen- und Straßenverkehrsrecht

*Dr. Tobias Kloidt, Frankfurt a.M.**

Sowohl in den universitären Klausuren und Hausarbeiten als auch in der Ersten Juristischen Staatsprüfung werden gelegentlich Aufgabenstellungen aus dem Gebiet des Straßen- und Straßenverkehrsrechts geprüft. Zwar gehört das Straßen- und Straßenverkehrsrecht als solches nicht zum Pflichtfachstoff. Fälle aus dem Bereich des Straßen- und Straßenverkehrsrechts sind allerdings beliebt, um Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts zu thematisieren; auch können leicht Bezüge zu Grundrechtsfragen und Fragen der Gesetzgebungskompetenzen hergestellt werden. Studierende der Rechtswissenschaft sollten sich daher jedenfalls mit den Grundzügen dieses Rechtsgebiets vertraut machen, zumal die relevanten Aufgabenstellungen überschaubar und (mit dem notwendigen Grundwissen) gut lösbar sind. In der Zweiten Juristischen Staatsprüfung gehören die Grundzüge des Straßen- und Straßenverkehrsrechts in den meisten Bundesländern zum Pflichtfachstoff.

I. Einführung in das Rechtsgebiet 43

1. Die öffentliche Straße 44
2. Das Straßen- und Straßenverkehrsrecht 45
3. Überformung durch die Grundrechte 47

II. Typische Klausurprobleme 50

1. Abgrenzung Gemeingebrauch und Sondergebrauch 50
2. Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis 53
3. Drittschutz gegen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis 55
4. Rechtsschutz gegen und Anspruch auf Verkehrsbeschränkungen 56

I. Einführung in das Rechtsgebiet

Das Straßen- und Straßenverkehrsrecht ist in der juristischen Ausbildung relevant, soweit dieses den Zugang zu und die Nutzung von öffentlichen Straßen regelt (Straßennutzungsrecht). Die Rechtsordnung kennt verschiedene Arten der Straßennutzung – Gemeingebrauch, Anliegergebrauch und Sondergebrauch – die, jedenfalls in Grundzügen, beherrscht werden sollten. Die entsprechenden Rechtsgrundlagen ergeben sich aus den Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder sowie aus dem Straßenverkehrsgesetz des Bundes und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen (insbesondere der Straßenverkehrsordnung). Subjektive Ansprüche auf den Zugang zu und die Nutzung von öffentlichen Straßen werden aus den Grundrechten in Verbindung mit dem Straßen- und Straßenverkehrsrecht abgeleitet; dieses Zusammenwirken des einfachen Rechts mit den Grundrechten ist vielfach Gegenstand von Klausuraufgaben.

* Die Dissertation des *Autors* mit dem Titel „Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen. Zugleich eine Untersuchung zur Wahrnehmung einer Verantwortung für Sharingangebote“ ist im Jahr 2025 bei Duncker & Humblot erschienen.

Nicht vom Regelungsbereich des Straßen- und Straßenverkehrsrechts umfasst (und damit auch nicht Gegenstand dieser Darstellung) ist die Inanspruchnahme einer öffentlichen Straße zur Durchführung einer Versammlung. So folgt aus Art. 8 Abs. 1 GG unmittelbar ein Recht zur Nutzung öffentlicher Straßen, ohne dass es eines Rückgriffs auf das Straßen- und Straßenverkehrsrecht bedarf. Auch die Grenzen dieses verfassungsunmittelbaren Nutzungsrechts ergeben sich allein aus den jeweiligen Versammlungsgesetzen.[1]

1. Die öffentliche Straße

Regelungsgegenstand des Straßenrechts ist die „öffentliche Straße". Öffentliche Straßen werden durch den Staat als raumerschließende, netzförmige Infrastruktur mit den Instrumenten der Leistungsverwaltung bereitgestellt. Planung, Errichtung, Betrieb und Unterhaltung erfolgen danach in staatlicher Regie; die Finanzierung erfolgt mit Haushaltsmitteln.[2] Öffentliche Straßen werden abhängig von ihrer Verkehrsbedeutung in Straßenklassen (Bundesstraßen, Landesstraßen, Kreisstraßen, Gemeindestraßen und sonstige Straßen) eingeteilt (*Einteilung*). Die nachträgliche Änderung der Straßenklasse wird als *Umstufung* bezeichnet.[3] Aus der Einteilung ergibt sich, welche staatliche Stelle (Bund, Länder, Kreise, Gemeinden) die Straße als *Baulastträger* unterhält. Der Anwendungsbereich des Straßenverkehrsrechts ist weiter und erfasst neben „öffentlichen" auch „tatsächlich öffentliche" Straßen.

Eine *Straße* ist eine (Weg-)Fläche, die geeignet ist, einen (nicht schienengebundenen) Verkehr aufzunehmen. Die Anforderungen an das Bestehen einer Straße sind nicht zu überspannen; insbesondere ist es unerheblich, wenn die Straße baufällig ist und tatsächlich nicht genutzt werden kann.[4]

Eine Straße ist *öffentlich*, wenn diese für den öffentlichen Verkehr gewidmet ist. Auf das privatrechtliche Eigentum[5] an den Straßengrundstücken kommt es nicht an.[6] Die *Widmung* ist ein Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 [L]VwVfG),[7] der den öffentlich-rechtlichen Status einer Sache begründet, diese einer öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft unterwirft und ihren öffentlichen Zweck bestimmt.[8] Öffentliche Straßen werden für die Nutzung durch den öffentlichen Verkehr („zum Verkehr") gewidmet; dies ergibt sich aus den Straßengesetzen.[9] Der Verkehrszweck kann durch die Widmung konkretisiert werden, insbesondere hinsichtlich der zugelassenen Verkehrsart (Widmung für den allgemeinen Verkehr, Kraftfahrzeugverkehr, Radverkehr, Fußgängerverkehr). Für die Widmung der Straße ist der jeweilige Baulastträger zuständig. Die Aufhebung des öffentlichen Status der Straße durch (Ent-)Widmung wird als *Einziehung* bezeichnet; die nachträgliche Beschränkung des Verkehrszwecks als *Teileinziehung*.

---

[1] BVerfGE 128, 226 (251 f.) – Fraport. Nach h.M. gilt dies auch für Autobahnen (VGH Kassel, Beschl. v. 4.6.2021 – 2 B 1201/21, Rn. 4).

[2] Von der durch das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz geschaffenen Möglichkeit, Private zu beteiligen, wurde nur sehr selten Gebrauch gemacht.

[3] Legaldefinitionen finden sich in § 1 Abs. 1 S. 1 FStrG sowie in den Straßengesetzes der Länder (etwa: § 3 HStrG).

[4] *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 1 f.

[5] Auch an Straßengrundstücken besteht privatrechtliches Eigentum. Dieses wird durch die Widmung dinglich belastet. Ein spezielles „öffentliches Eigentum" wurde nur in Hamburg geschaffen (§ 4 HWG).

[6] In der Praxis ist der Baulastträger zumeist auch Eigentümer, da dieser auf Antrag des bisherigen Eigentümers zum Erwerb verpflichtet ist (z.B. § 13 Abs. 2 und 3 HStrG).

[7] Die Widmung ist eine dingliche bzw. sachbezogene Allgemeinverfügung (ausf. *Axer*, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, S. 58 ff.). Das BVerwG qualifiziert die Widmung als „hoheitliche[n], dinglich wirkende[n] Rechtsakt" (BVerwG, NVwZ 2018, 73 [77 Rn. 43]).

[8] Diese Grundlagen sind einem weiter gefassten „Recht der öffentlichen Sachen" entlehnt, welches die Rechtsverhältnisse von Sachen regelt, die einem öffentlichen Zweck dienen.

[9] Z.B. § 2 Abs. 1 S. 1 HStrG.

Infolge der Widmung ist jedermann der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung (abstrakt) und innerhalb der verkehrsbehördlichen Vorschriften (konkret) gestattet – *Gemeingebrauch*; einer besonderen – individuellen – Erlaubnis bedarf es nicht. Die Nutzung öffentlicher Straßen über den Gemeingebrauch hinaus wird als *Sondergebrauch* oder *Sondernutzung* bezeichnet.[10] Dieser ist grundsätzlich verboten, kann aber im Einzelfall durch eine Genehmigung (Sondernutzungserlaubnis) zugelassen werden (Präventivverbot mit Erlaubnisvorbehalt). Der Gebrauch öffentlicher Straßen durch die Eigentümer von Grundstücken an der öffentlichen Straße wird als *Anliegergebrauch* bezeichnet.

Der ganz überwiegende Teil aller Straßen sind öffentliche Straßen. Ob (und mit welchem Inhalt) eine einzelne Straße tatsächlich gewidmet wurde, lässt sich nur mit Hilfe von Unterlagen des Baulastträgers ermitteln – ein bei alten Straßen für die Praxis schwieriges Unterfangen. In einer Klausur sollte davon ausgegangen werden, dass eine Straße auch eine öffentliche Straße ist. Dies ist, wenn Normen des Straßen- oder Straßenverkehrsrechts angewendet werden, kurz festzustellen. Sollte es auf den Inhalt der Widmung ankommen, kann im Regelfall von einer Widmung für den allgemeinen Verkehr ausgegangen werden. Nur ausnahmsweise sind nähere Ausführungen angezeigt, wenn der Sachverhalt eindeutige Hinweise enthält.

Tatsächlich öffentliche Straßen (hier ist das Straßenverkehrs-, nicht aber das Straßenrecht anwendbar) sind nicht gewidmet, stehen aber (mit ausdrücklicher Zustimmung oder stillschweigender Duldung des Eigentümers) der Allgemeinheit ohne besondere Zulassungsvoraussetzungen zur Nutzung offen (zum Beispiel: Supermarktparkplatz).[11] Reine Privatstraßen sind dagegen nicht für die Allgemeinheit zugänglich (z.B. Straßen auf einem Fabrikgelände). Hier gelten allein die Befugnisse (Hausrecht) des Eigentümers.[12]

2. Das Straßen- und Straßenverkehrsrecht

Die Rechtsverhältnisse öffentlicher Straßen werden durch das Straßen- und Straßenverkehrsrecht geregelt. Diese bilden „deutlich abgegrenzte Gesetzgebungsmaterien“, die „in einem sachlichen Zusammenhang stehen“, wobei das Straßenverkehrsrecht das Bestehen einer Straße und damit das Straßenrecht voraussetzt.[13]

Die Notwendigkeit zur Abgrenzung dieser Materien besteht aufgrund unterschiedlicher Gesetzgebungskompetenzen. So sind für die Gesetzgebung im Bereich des Straßenrechts weitgehend die Länder zuständig (Art. 70 Abs. 1 GG); eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht insofern nur im Hinblick auf die Bundesstraßen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG: „Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr“). Dementsprechend existieren 16 Straßen- und Wegegesetze der Länder sowie das Fernstraßengesetz des Bundes (FStrG).[14] Für das Straßenverkehrsrecht ist dagegen der Bund insgesamt zuständig (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG: „Straßenverkehr“). Von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz hat er durch das Straßenverkehrsgesetz Gebrauch gemacht, auf dessen Grundlage zudem zahlreiche Rechtsverordnungen (insbesondere die Straßenverkehrsordnung) erlassen worden sind.

---

[10] Zur Abgrenzung zwischen Gemein- und Sondergebrauch ausführlich unten, Abschnitt II. 1.

[11] *Steiner*, in: MüKo-Straßenverkehrsrecht, Bd. 1, 2016, StVO § 45 Rn. 21.

[12] Beachte: Die (zivilrechtlichen) Haftungsregeln der §§ 7 ff. StVG sind auch auf reinen Privatstraßen anwendbar.

[13] BVerfGE 40, 371 (378) – Verbot von Werbefahrten.

[14] Das FStrG dient darüber hinaus vielfach als Vorbild für die Landesgesetzgeber. Daher zitiert dieser Aufsatz vorrangig das FStrG, auch wenn zumeist die Landesstraßengesetze anwendbar sind.

Die für die Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht notwendigen Kriterien hat das Bundesverfassungsgericht in zwei Leitentscheidungen – „Verbot von Werbefahrten“ und „Laternenparken“ – dargelegt, wobei das Gericht maßgeblich auf die historische Entwicklung der Rechtsgebiete abstellte.[15]

Das *Straßenrecht* entwickelte sich aus dem weiter gefassten „Recht der Öffentlichen Sachen“ und existiert als Rechtsgebiet bereits seit der frühen Neuzeit. Die modernen Straßengesetze wurden in der Nachkriegszeit geschaffen, um auf die Anforderungen durch die zunehmende Bedeutung des (Kraftfahrzeug-)Verkehrs zu reagieren. Das Straßenrecht regelt zum einen die (nicht klausurrelevante) „technische Seite“ der Bereitstellung öffentlicher Straßen, mithin „Entstehung, Indienststellung, Einteilung und Beendigung durch Einziehung“ sowie zum anderen die (klausurrelevante) Bestimmung/Begrenzung des Verkehrszwecks durch Widmung (und des infolge der Widmung eröffneten, abstrakten Gemeingebrauchs).[16] Die Zulassung von Straßennutzungen im Einzelfall, die nicht durch den widmungsgemäßen Verkehrszweck erfasst werden (Sondernutzungen), ist ebenfalls dem Straßenrecht zugeordnet.

Das *Straßenverkehrsrecht* entstand in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts aus dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht, um auf die Herausforderungen des Kraftfahrzeugverkehrs zu reagieren. Es handelt sich (mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts) um „sachlich [auf den Verkehr begrenztes] Ordnungsrecht“ und dient dem Zweck „die spezifischen Gefahren, Behinderungen und Belästigungen auszuschalten oder wenigstens zu vermindern, die mit der Straßenbenutzung unter den Bedingungen des modernen Verkehrs verbunden sind.“ Der Verkehr ist sowohl Schutzgut des Straßenverkehrsrechts (Schutz des Verkehrs vor Einwirkungen sowohl aus dem Verkehr heraus als auch von außerhalb) als auch Adressat von Beschränkungen (Schutz nicht am Verkehr Beteiligter vor Gefahren durch den Verkehr).[17] Das Straßenverkehrsrecht bestimmt so die Grenzen der Ausübung des verkehrlichen Gemeingebrauchs (konkreter Gemeingebrauch).

Die herrschende Auffassung nimmt ausgehend von dem Wortlaut der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, auf den Kompetenztitel Straßenverkehr könnten nur solche Vorschriften gestützt werden, die der Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs dienen.[18] Das Straßenverkehrsrecht lasse keine Bevorrechtigung einzelner Verkehre aus anderen Zwecken (etwa: Umwelt- oder Klimaschutz) zu (sog. Präferenz- und Privilegienfeindlichkeit des Straßenverkehrsrechts).[19] Die Steuerung des Verkehrs durch den Bund zu solchen Zwecken mit den Instrumenten des Verkehrsordnungsrechts bedürfe daher einer eigenen Gesetzgebungskompetenz. So wurden etwa Vorschriften zur Bevorrechtigung elektrischer Fahrzeuge (§§ 3 und 4 EmoG) sowie zur Bevorrechtigung des Carsharings (§§ 3 und 4 CsgG) auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG („Recht der Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung“) gestützt.[20]

---

[15] BVerfGE 40, 371 (378) – Verbot von Werbefahrten; BVerfGE 67, 299 (321 ff.) – Laternenparken.

[16] BVerfGE 40, 371 (378) – Verbot von Werbefahrten; BVerfGE 67, 299 (321 f.) – Laternenparken. Praxisrelevant ist die Einrichtung einer Fußgängerzone durch die Beschränkung der Widmung auf den Fußgängerverkehr.

[17] BVerfGE 40, 371 (379 f.) – Verbot von Werbefahrten; BVerfGE 67, 299 (322 f.) – Laternenparken.

[18] Aus der Kommentarliteratur zu Art. 74 GG *Wittreck,* in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 108; *Kment*, in: Jarass/Pierot, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 61; *Broemel*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2025, Art. 74 Rn. 81; *Seiler*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 74 Rn. 82. Siehe ansonsten auch *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 998; *Steiner*, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 23.

[19] Der Begriff stammt von *Steiner* (*Steiner*, NJW 1993, 3161 [3164]) und wurde vom BVerwG aufgegriffen (BVerwG NJW 1998, 2840 [2842]).

[20] BT-Drs. 18/3418, S. 12 (EmoG); BT-Drs. 18/11285, S. 20 (CsgG).

Diese Auffassung ist nach einer vorzugswürdigen (moderneren) Ansicht als zu eng abzulehnen.[21] So dürfte die Charakterisierung des Straßenverkehrsrechts als Gefahrenabwehr- und Ordnungsrecht in der zitierten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Anwendung des Kompetenztitels zum Zeitpunkt der Entscheidungen hinweisen. Hieraus einen Rückschluss auf die zukünftige – materielle – Ausgestaltung des Straßenverkehrsrechts durch den Gesetzgeber zu ziehen, würde den Zweck der Kompetenzregeln überspannen. Tatsächlich hat der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber ab den 1980er Jahren verkehrsumweltrechtliche Regelungen auf Grundlage des Straßenverkehrsrechts geschaffen, sodass die Charakterisierung als reines Gefahrenabwehr- und Ordnungsrecht ohnehin nur noch teilweise der Rechtswirklichkeit entspricht.[22] Zuletzt könnten ansonsten die Bundesländer selbst Verkehrsregeln schaffen, soweit den Ländern für die mit den Regeln verfolgten Zwecken die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Damit würde der Zweck des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG, bundeseinheitliche Regeln für den Verkehr sicherzustellen, gefährdet. Nach der vorzugswürdigen, modernen Ansicht können auf den Kompetenztitel Straßenverkehr daher alle Regelungen zur Ausübung des verkehrlichen Gemeingebrauchs – auch §§ 3 und 4 EmoG sowie §§ 3 und 4 CsgG[23] – gestützt werden.

Für das Verhältnis der Gesetzgebungsmaterien gilt danach Folgendes: Auf Grundlage des Straßenrechts kann entschieden werden, „ob“ der Gemeingebrauch auf einer Straße für eine bestimmte Verkehrsart oder einen bestimmten Benutzungszweck eröffnet ist („Ob“ der Nutzung). Die Ausübung des Straßenverkehrsrechts („Wie“ der Nutzung) obliegt dagegen dem Straßenverkehrsrecht, dem als Bundesrecht Vorrang gegenüber dem Landesrecht zukommt (*Vorrang des Straßenverkehrsrechts*). Umgekehrt wird das Straßenverkehrsrecht durch das Straßenrecht begrenzt. So dürfen auf Grundlage des Straßenverkehrsrechts keine durch das Straßenrecht ausgeschlossenen Verkehrsarten zugelassen oder zugelassene Verkehre vollständig ausgeschlossen werden (*Vorbehalt des Straßenrechts*).[24]

Die Wirkungsweise dieser Grundsätze können am (in der Praxis relevanten) Beispiel des Parkens mit Kraftfahrzeugen verdeutlicht werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestimmt sich die Zulässigkeit des Parkens allein nach den Vorschriften des Straßenverkehrsrechts, insbesondere § 12 StVO (*Vorrang des Straßenverkehrsrechts*). Die Länder können das Parken nicht auf Grundlage ihrer Gesetzgebungskompetenz für das Straßenrecht beschränken, da das Parken keine eigene Verkehrsart ist. Der Vorbehalt des Straßenrechts greift daher nicht. Das Parken wird stattdessen von dem (infolge der Widmung der Straße für den allgemeinen Verkehr/Kraftfahrzeugverkehr eröffneten) Gemeingebrauch erfasst.[25]

3. Überformung durch die Grundrechte

Zwischen der Nutzung öffentlicher Straßen und den Grundrechten besteht ein enger Zusammenhang. So schaffen öffentliche Straßen die räumliche Voraussetzung zur Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. Zum einen ist die Nutzung des Straßennetzes Voraussetzung für die Fortbewegung von

[21] *Knauff*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 230. Lfg., Stand: Juni 2025, Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 Rn. 12; *Hermann/Klinski/Heyen/Aren*, Rechtliche Hemmnisse und Innovationen für eine nachhaltige Mobilität, 2020, S. 92 ff.

[22] *Mielke/Pache/Verheyen*, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 6. Aufl. 2024, § 16 Rn. 196.

[23] *Kloidt*, Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen, 2025, S. 311 f.

[24] *Steiner*, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 158. Praktisch kommt dem Vorbehalt des Straßenrechts nur eine geringe Bedeutung zu (*Knapp*, Gemeingebrauch und Staatseigentum, 2003, S. 371).

[25] BVerfGE 67, 299 (323 f.) – Laternenparken.

Menschen, zum anderen ermöglichen die öffentlichen Straßen Kommunikation. Die öffentlichen Straßen werden demnach verfassungsrechtlich als allgemein-zugängliche Verkehrsinfrastruktur und als öffentlicher Raum kategorisiert.[26] Mit dieser objektiv-verfassungsrechtlichen Funktion öffentlicher Straßen korrespondieren subjektiv-verfassungsrechtliche Rechte der Straßennutzer, die sich auf die Grundrechte berufen können. Die Inanspruchnahme öffentlicher Straßen zum Zweck der Fortbewegung wird durch die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt.[27] Die Nutzung öffentlicher Straßen zum Zweck der Kommunikation kann insbesondere durch die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) oder Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) geschützt sein.[28] Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) knüpft – abhängig von der Art der Tätigkeit – an die Infrastrukturfunktion der Straßen (gewerblicher Transport von Personen oder Waren) oder an die Funktion als öffentlicher Raum (Markstand, Straßencafé etc.) an.

Die Nutzer öffentlicher Straßen können sich zunächst auf die Grundrechte als Teilhaberechte (jeweils i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) berufen.[29] Den Straßennutzern steht so ein Anspruch auf gleichberechtigte Zugangs- und Nutzungsmöglichkeiten an den auf den öffentlichen Straßen eröffneten Möglichkeiten zur Ausübung grundrechtlicher Freiheiten zu. Maßstab sind die Zugangs- und Nutzungsmöglichkeiten, die anderen Straßennutzern eingeräumt werden; ein Straßennutzer kann sich gegen willkürliche/diskriminierende Beschränkungen wehren. Praktisch kommt diesem Anspruch aber nur eine geringe Bedeutung zu, da das geltende, einfache Recht wenig Raum für Ungleichbehandlungen bietet[30] und es darüber hinaus oftmals an geeigneten Vergleichsfällen fehlt.[31]

Diese Schwäche der Grundrechte als Teilhaberechte gleicht die Rechtsprechung mit überwiegender Billigung des Schrifttums aus, indem sie den Straßennutzern eine Berufung auf die Grundrechte als Freiheits- bzw. Abwehrrechte ermöglicht.[32] Den Straßennutzern steht danach ein Anspruch auf (im Ausgangspunkt) freie und unbeschränkte Zugangs- und Nutzungsmöglichkeiten zu. Danach greifen sowohl straßenverkehrsrechtliche Beschränkungen des Gemeingebrauchs (Tempolimits, Parkverbote etc.) als auch das Präventivverbot der Sondernutzungen in die Grundrechte der Straßennutzer ein und bedürfen einer Rechtfertigung.

In Teilen der Literatur ist diese freiheits- bzw. abwehrrechtliche Konstruktion auf Kritik gestoßen. So wird der Einwand erhoben, die Nutzung öffentlicher Straßen sei keine natürliche Freiheit, sondern die Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung. An der Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung könnten aber nur Teilhaberechte bestehen.[33] Tatsächlich ist die dogmatische Begründung der freiheitsrechtlichen Dimension der Grundrechte umstritten beziehungsweise unklar geblieben (vorzugswürdig: Ableitung aus der verfassungsrechtlichen Funktion als Verkehrsinfrastruktur und öffentli-

[26] *Ossenbühl*, NuR 1996, 53 (55 „Verkehrsinfrastruktur als Grundrechtsvoraussetzung"). Zum öffentlichen Raum ausf. *Siehr*, Öffentlicher Raum, 2016, S. 207 ff.

[27] Die Mobilität wird durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Ein eigenständiges Grundrecht auf Mobilität existiert darüber hinaus nicht (*Uerpmann-Wittzack*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 89 Rn. 12).

[28] Die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) nimmt – wie gezeigt – eine Sonderstellung ein.

[29] *Uerpmann-Wittzack*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 89 Rn. 14; *Steiner*, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 124.

[30] Als Bsp. mag hier der Grundsatz der Präferenz- und Privilegienfeindlichkeit des Straßenverkehrsrechts gelten. Weicht der Gesetzgeber hiervon ab (Bsp.: §§ 3, 4 EmoG; §§ 3, 4 CsgG), so bedarf dies einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

[31] *Knapp*, Gemeingebrauch und Staatseigentum, 2003, S. 26. *Sauthoff* (Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 309) schlägt daran anknüpfend eine allein freiheitsrechtliche Gewährleistung vor.

[32] BVerfGE, 137 (152 ff.) – Reiten im Walde; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 309.

[33] *Messer*, Die Sondernutzung öffentlicher Straßen, 1990, S. 192 ff.

cher Raum).[34] In der Klausur ist es ratsam, dieser Frage nicht nachzugehen; die Grundrechte sollten also ohne weitere Begründung als Freiheits- bzw. Abwehrrechte geprüft werden.[35]

Die Rechtsprechung (und mit ihr der überwiegende Teil des Schrifttums) beschränken die Anwendung der Grundrechte allerdings von vornherein insofern, als diese eine bestehende, öffentliche Straße voraussetzen sollen. Dementsprechend sollen die Grundrechte keinen Anspruch auf die Errichtung und Widmung einer bestimmten Straße vermitteln (dies ist unstrittig)[36] und die (Teil-)Einziehung einer Straße keinen Grundrechtseingriff bewirken.[37] Letzteres wird von einer vordringenden (vorzugswürdigen) Ansicht in der Literatur in Zweifel gezogen.[38] So ist es unklar, warum die Anwendung der Grundrechte als Freiheitsrechte von der Bereitstellung der Straße durch Widmung auf Grundlage des einfachen Rechts abhängig sein soll. Außerdem ähneln sich die tatsächlichen Wirkungen einer (Teil-)Einziehung auf der einen und bestimmter straßenverkehrsrechtlicher Beschränkungen auf der anderen Seite aus Sicht der Straßennutzer vielfach (etwa: Einrichtung einer Fußgängerzone durch eine Teileinziehung oder verkehrsordnungsrechtliches Fahrverbot), sodass zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) in beiden Fällen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen sollten.

In der Praxis werden die Grundrechte der Straßennutzer vielfach eingeschränkt. Diese Einschränkungen greifen in die Grundrechte der Straßennutzer ein und bedürfen daher einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Hierzu kann auf die Eigenschaft öffentlicher Straßen als Allmende zurückgegriffen werden. Eine Allmende ist ein Gut, welches – aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen – jedermann zur Nutzung offensteht, allerdings nur begrenzt nutzbar ist. Mit der Allmende-Eigenschaft eines Gutes ist die Gefahr einer Übernutzung verbunden. Erforderlich ist ein Zugangs- und Nutzungsregime, welches die verschiedenen Nutzungswünsche (und die dahinterstehenden Grundrechte der Straßennutzer) ausgleicht. Die Funktion eines solchen Zugangs- und Nutzungsregime erfüllen das Straßen- und Straßenverkehrsrecht. Der einzelne Straßennutzer hat entsprechende Beschränkungen seiner Freiheiten in den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes daher grundsätzlich hinzunehmen.[39] Daneben müssen die Straßennutzer auch Beschränkungen aus sonstigen Gründen, insbesondere dem Umwelt- und Klimaschutz, hinnehmen, soweit diese verhältnismäßig sind.[40]

Aus den Grundrechten der Straßennutzer ergeben sich daneben zwei (sehr) klausurrelevante Folgen: Zum einen können die Grundrechte eine erweiterte Auslegung des Widmungszwecks „Verkehrs“ erfordern, wenn eine Genehmigungsbedürftigkeit als Sondernutzung unverhältnismäßig wäre. Infolgedessen kann der Gemeingebrauch auch kommunikative Nutzungen erfassen (kommunikativer Verkehr).[41] Zum anderen sind die Straßennutzer unter Berufung auf die Grundrechte befugt, Beschränkungen des Gemeingebrauchs sowie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Sondernutzung gerichtlich überprüfen zu lassen und Verstöße gegen das einfache Recht geltend zu machen.

---

[34] Zu diesem Problem umfassend *Röthel*, Grundrechte in der mobilen Gesellschaft, 1997, S. 158 ff.

[35] Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner „Reiten im Walde“-Entscheidung Art. 2 Abs. 1 GG als Freiheitsrecht geprüft, ohne die Schutzdimensionen zu erörtern.

[36] Betroffen wäre die Leistungsdimension der Grundrechte. *Uerpmann-Wittzack*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 89 Rn. 14.

[37] BVerfG NVwZ 2009, 1426 (1428 f.); *Papier/Durner*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 50. Dieses Ergebnis stimmt mit den Regelungen in den Straßengesetzen überein (§ 3 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 FStrG).

[38] *Steiner*, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 124; *Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 24 Rn. 59.

[39] Hierzu ausführlich *Kloidt*, Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen, 2025, S. 126 ff.

[40] *Mielke/Pache/Verheyen*, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 6. Aufl. 2024, § 16 Rn. 143 f.

[41] Dazu sogleich Abschnitt II. 1. „Abgrenzung Gemeingebrauch und Sondergebrauch“.

Darüber hinaus können die Eigentümer von Grundstücken an öffentlichen Straßen (Anlieger) aus Art. 14 Abs. 1 GG (nach herrschender Meinung in Verbindung mit der Widmung) ein Recht zur Nutzung der Straße als Voraussetzung zur Nutzung ihres Grundstücks ableiten. Materiell schützt Art. 14 Abs. 1 GG einen Zugang zum öffentlichen Straßennetz, soweit dieser zur angemessenen, wirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks erforderlich ist. Der Zugang der Anlieger zum Straßennetz wird so nur „im Kern" im Sinne eines „Kontakts nach außen" geschützt. Änderungen der Verkehrsbedingungen müssen die Anlieger grundsätzlich hinnehmen. Art. 14 Abs. 1 GG vermittelt keinen Anspruch auf die Aufrechterhaltung einer günstigen Verkehrslage; der Anlieger ist damit grundsätzlich dem „Schicksal der Straße" unterworfen.[42] Daneben wird die Widmung der Straße i.V.m. Art. 14 Abs. 1 GG dahin ausgelegt, dass diese einen gesteigerten Gemeingebrauch der Anlieger (Anliegergebrauch) erfasst. Prozessual ist der Anlieger befugt, gerichtlichen Rechtsschutz gegen Verkehrsbeschränkungen und – insoweit fassen Rechtsprechung und herrschende Lehre seinen Rechtskreis weiter als den gewöhnlicher Straßennutzer – (Teil-)Einziehungen einer Straße zu ersuchen und die Beachtung des einfachen Rechtes überprüfen zu lassen.[43]

II. Typische Klausurprobleme

Konkret sind vor allem vier Aufgabenstellungen regelmäßig Gegenstand von Klausuren: *Erstens* die Abgrenzung des Gemeingebrauchs, in dessen Rahmen eine Straße ohne eine behördliche Erlaubnis genutzt werden darf, und des erlaubnispflichtigen Sondergebrauchs. *Zweitens* wird der Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis geprüft. *Drittens* begehrt ein Kläger Rechtsschutz gegen eine Sondernutzungserlaubnis, die einem Dritten erteilt wurde. *Viertens* ersuchen Straßennutzer Rechtsschutz gegen Beschränkungen der Straßennutzung. Seltener wird die Anordnung von Beschränkungen begehrt.

1. Abgrenzung Gemeingebrauch und Sondergebrauch

Gegenstand einer Klausur kann zunächst die Abgrenzung von Gemein- und Sondergebrauch sein. Der Kläger begehrt dabei in der Regel die Feststellung, dass die von ihm angestrebte Nutzung vom Gemeingebrauch erfasst ist, häufig vor dem Hintergrund, dass eine Behörde die Ansicht vertritt, er brauche für die gewünschte Nutzung eine Sondernutzungserlaubnis. Die Qualifizierung einer Nutzung als Gemeingebrauch ist für den Straßennutzer vorteilhaft, da eine Nutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs (im Gegensatz zu einer Sondernutzung) keiner Erlaubnis bedarf und grundsätzlich unentgeltlich ist. Für die Baulastträger ist umgekehrt eine Zuordnung zum Sondergebrauch vorteilhaft, da das Sondernutzungsrecht weitreichende Steuerungs- und Gestaltungsmöglichkeiten sowie die Möglichkeit, Sondernutzungsgebühren zu erheben, eröffnet.[44] Statthafte Klageart ist in einer solchen Konstellation die Feststellungsklage.

Der Gemeingebrauch erfasst (wie gezeigt) alle Nutzungen im Rahmen der Widmung „für den Verkehr". Den Straßengesetzen liegt dabei ein enger Verkehrsbegriff zugrunde, der sich aus einer objektiven und einer subjektiven Komponente zusammensetzt. Objektiv erfasst der Verkehr die Fortbewegung von Menschen und den Transport von Waren. Subjektiv muss der Straßennutzer die Fort-

[42] BVerwG NJW 1975, 1528 (1528). Soweit der Kernbereich des Anliegergebrauchs nicht betroffen ist, können sich die Anlieger auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.

[43] BVerwG DVBl 1969, 696 (697).

[44] Das Straßenrecht wird von den Städten und Gemeinden als Selbstverwaltungsaufgabe i.R.d. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG wahrgenommen. Die Anwendung des Straßenverkehrsrechts durch die Straßenverkehrsbehörden ist (soweit die Städte und Gemeinden zuständig sind) eine Auftragsangelegenheit.

bewegung von Menschen/den Transport von Waren bezwecken, wobei nur Zwecke berücksichtigt werden, die objektiv erkennbar sind. Werden mehre Zwecke verfolgt, ist der überwiegende Zweck maßgeblich.[45] Darauf, aus welchem Grund (beziehungsweise mit welchem Motiv) der Straßennutzer die Fortbewegung oder den Transport will, ob er also etwa ein gewerbliches Interesse am Verkehr hat oder dieser Teil seiner Freizeit ist, kommt es dagegen nicht an. Aufgrund der Unterscheidung zwischen Straßen- und Straßenverkehrsrecht ist es außerdem unerheblich, ob die Nutzung gegen das Straßenverkehrsrecht verstößt (so begründet etwa ein Parkverstoß keine Sondernutzung). Daher kann es auch nicht darauf ankommen, ob eine Nutzung gemeinverträglich oder ortsüblich ist, da das Straßenverkehrsrecht insoweit eine abschließende Regelung trifft.[46] Ist der Verkehr in einer Straße durch Widmung auf bestimmte Verkehrsarten begrenzt (etwa auf Fußgängerverkehr), sind andere Verkehrsarten (etwa Kraftfahrzeugverkehr) Sondernutzungen. Wie bereits gezeigt, ist das Parken (auch: Dauerparken) nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine eigene Verkehrsart und kann daher nicht durch eine Beschränkung der Widmung ausgeschlossen werden. „Parken" setzt objektiv voraus, dass das Fahrzeug zugelassen und betriebsbereit ist; subjektiv muss die Wiederinbetriebnahme bezweckt werden.[47] Die Grenze des Gemeingebrauchs wird also überschritten, wenn jemand sein Fahrzeug im öffentlichen Straßenraum abstellt, um es damit zu „entsorgen".

Der enge Verkehrsbegriff der Straßengesetze (und damit die Widmung) ist nach überwiegender Auffassung verfassungskonform erweiternd auszulegen. Dies betrifft zunächst kommunikative Nutzungen. Die Widmung von Plätzen, Fußgängerzonen und breiten Bürgersteigen ist unter Beachtung der Kommunikationsgrundrechte dahin auszulegen, dass diese auch kommunikative Nutzungen erfasst, soweit diese den sonstigen Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen (Gemeinverträglichkeit) und ortsüblich sind (etwa: Verteilen von Flugblättern, Straßenkunst).[48] Die Kriterien der Gemeinverträglichkeit/Ortsüblichkeit sind hier zu berücksichtigen, da das Straßenverkehrsrecht kommunikative Nutzungen nicht erfasst. Die Grenzen des Gemeingebrauchs sind jedenfalls dann überschritten, wenn ortsfeste Gegenstände in den Straßenraum verbracht werden (sog. „Möblierung", etwa: Infostand) oder in die Straßensubstanz eingegriffen wird.

Außerdem ist der widmungsgemäße Verkehrszweck unter Berücksichtigung von Art. 14 Abs. 1 GG dahin auszulegen, dass Anlieger die Straße im Rahmen eines gesteigerten Gemeingebrauchs (Anliegergebrauchs) nutzen können, soweit dies zur Nutzung ihres Grundstücks erforderlich, gemeinverträglich und ortsüblich ist (erfasst etwa: Bereitstellen von Mülltonnen auf dem Gehweg zur Leerung durch die Müllabfuhr).[49]

Für wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen wird dagegen keine erweiternde Auslegung der Widmung unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG erwogen, da eine Übernutzung (Privatisierung) öffentlicher Straßen droht, die das Sondernutzungsrecht als Steuerungsinstrument

---

[45] Erschöpfend *v. Mannstein*, Die Nutzung öffentlicher Straßen, 2008, S. 155 ff.

[46] Abweichende Regelungen in einigen Landesstraßengesetzen sind unerheblich da kompetenzwidrig.

[47] BVerfGE 67, 299 (321 ff.) – Laternenparken.

[48] *Papier/Durner*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 56; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 326. Auch die Rspr. hält einen kommunikativen Gemeingebrauch für möglich, neigt aber zu einer Einzelfallbetrachtung (m.N. zur Rspr. zu den in Betracht kommenden Grundrechten *v. Mannstein*, Die Nutzung öffentlicher Straßen, 2008, S. 177 ff.). Ein Teil der Lit. schlägt vor, den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Erlaubnisfreiheit) durch eine Ermessensreduzierung und den Erlass von Sondernutzungssatzungen im Rahmen des Sondernutzungsrechts zu genügen (*Axer*, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, S. 126 ff.; nun zurückhaltender *ders.*, in: Schoch/Eifert, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 91).

[49] Mit Bsp. *Steiner*, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 134; *Papier/Durner*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 64 f.

fordert. Wirtschaftliche Nutzungen sind daher stehts Sondernutzungen.[50] Einzig unter Berücksichtigung der Kriterien der Gemeinverträglichkeit und Ortsüblichkeit erscheint es (nach einer zunehmend Verbreitung findenden Ansicht) denkbar, Ausnahmen speziell für solche wirtschaftlichen Tätigkeiten zu machen, die objektiv kommunikativen Nutzungen entsprechen (kommunikativ-gewerbliche Nutzungen, zum Beispiel: Handverkauf von Zeitungen, Verteilung von Flugblättern).[51]

Besondere Probleme bereiten Nutzungen, die objektiv eine Teilnahme am Verkehr darstellen, subjektiv aber zumindest auch einen über den Verkehr hinausreichenden, objektiv erkennbaren Zweck verfolgen. Hier kommt es – wie gezeigt – darauf an, welcher Zweck überwiegt, wobei sich in der Rechtsprechung eine Kasuistik entwickelt hat. So soll der wirtschaftliche Zweck bei Werbefahrten[52] und Bierbikes[53] überwiegen, demgegenüber soll der Verkehrszweck bei Kamerafahrten („Google-Street-View") überwiegen.[54]

In den letzten Jahren ist insbesondere die Einordnung von Car-, Bike- und Scootersharingangeboten, die im öffentlichen Straßenraum außerhalb von Stationen (stationsungebunden) bereitgestellt werden, umstritten. Das Abstellen der Fahrzeuge ist zunächst objektiv als Parken zu qualifizieren, da die Fahrzeuge zugelassen und objektiv betriebsbereit sind. Problematisch ist die subjektive Komponente, da die Sharinganbieter neben dem verkehrlichen Zweck der Wiederinbetriebnahme auch wirtschaftliche Zwecke – Anbahnung eines Vertragsschlusses durch das Anbieten der Fahrzeuge, ggf. Werbung für sich selbst und/oder Dritte auf den Fahrzeugen – verfolgen. Diese Zwecke sind auch objektiv erkennbar und keine bloß inneren Motive der Wiederinbetriebnahme. Umstritten ist nun, ob der verkehrliche Zweck – so das OVG Hamburg und das OVG Berlin-Brandenburg[55] – oder der wirtschaftliche Zweck – so das OVG Münster[56] – überwiegt. Vorzugswürdig erscheint die Ansicht des OVG Münster (auch wenn in einer Klausur/Hausarbeit natürlich beide Ansichten gut vertretbar sind). Für das OVG Münster spricht insbesondere der Vergleich mit einem analogen Pendant. So bedarf eine Person, die auf einer öffentlichen Straße Fahrzeuge vermietet, unzweifelhaft einer Sondernutzungserlaubnis,[57] weshalb es nahe liegt, dasselbe auch für die digitalen Sharingangebote anzunehmen. Entgegen der Ansicht einiger Autoren[58] kommt es daneben nicht auf die Gemeinverträglichkeit der Nutzungen an, da der Gemeinverträglichkeit im Anwendungsbereich des Straßenverkehrsrechts – wie gezeigt – als Abgrenzungskriterium keine eigene Bedeutung zukommt.

[50] *Steiner*, in: Steiner/Brinktrine, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 4 Rn. 145; *Kloidt*, Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen, 2025, S. 151 f. Aus der Rspr. OVG Bremen GewA 1997, 285 (286).

[51] Dafür insb. *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 335. Vgl. auch *Joder*, NVwZ 2019, 1486 (1490 f.).

[52] OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.2.2012 – OVG 1 N 68.11, Rn. 7 ff. (juris).

[53] OVG Münster NVwZ-RR 2012, 422 (423 f.).

[54] Zweifelhaft *Siegel*, NVwZ 2013, 479 (480).

[55] OVG Hamburg NVwZ-RR 2010, 34 (35 f.); OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 184 (184 f. Rn. 7 ff.). Das OVG Berlin-Brandenburg bezieht sich ausdr. nur auf Carsharingangebote (OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 184 [185 Rn. 14]).

[56] OVG Münster NJW 2020, 3797 (3799 Rn. 23 ff.). Das OVG Magdeburg schloss sich zuletzt dem OVG Münster an (OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.09.2025 – 2 M 94/25).

[57] OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 205 (205 f.).

[58] Diese Begründung soll entweder die Argumente für die Qualifizierung solcher Sharingangebote als Sondernutzungen verstärken (*Barth/Kase*, NVwZ 2021, 177 [178]) oder Grundlage für eine Differenzierung zwischen dem Carsharing (Gemeingebrauch) und den Bike- und Scootersharingangeboten (Sondernutzung) sein (*Kaufmann*, NVwZ 2021, 745 [749]; *Johannisbauer*, NJW 2019, 3614 [3616]; *Siegel/Jaster/Knoblauch*, LKV 2022, 488 [491]).

2. Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis

Die Nutzung einer Straße außerhalb des widmungsgemäßen Verkehrszwecks (Sondernutzung) ist grundsätzlich verboten, kann aber im Einzelfall zugelassen bzw. genehmigt werden (Präventivverbot mit Erlaubnisvorbehalt). Das Sondernutzungsrecht dient dem Zweck, eine gemeinverträgliche Nutzung der öffentlichen Straße sicherzustellen, und erfüllt so die Funktion eines Zugangs- und Nutzungsregimes. Darüber hinaus ermöglicht das Sondernutzungsrecht den Baulastträgern eine Gestaltung der Straßennutzung.

In einer Klausur kann die Sondernutzungserlaubnis beispielsweise eine Rolle spielen, wenn eine Person eine Straße in bestimmter Weise nutzen möchte, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, und deshalb die Erteilung einer Genehmigung (Sondernutzungserlaubnis) begehrt. Die Sondernutzungserlaubnis ist ein Verwaltungsakt. Wird die Erteilung durch die zuständige Behörde abgelehnt oder erfolgt sie trotz Antragstellung schlicht nicht, ist die Verpflichtungsklage (in Form der Versagungsgegen- oder der Untätigkeitsklage) statthaft. In einer etwas komplexeren Klausurkonstellation begehrt ein Anspruchssteller zunächst die Feststellung, dass die von ihm angestrebte Straßennutzung vom Gemeingebrauch erfasst wird, und (nur) hilfsweise die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis (prozessual: Hauptantrag Feststellungsklage, Hilfsantrag Verpflichtungsklage).

Anspruchsgrundlagen für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ergeben sich aus den Vorschriften, die zur Genehmigung einer Sondernutzung ermächtigen, in Verbindung mit den Grundrechten des Straßennutzers.[59] Formell setzt die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis einen Antrag des Sondernutzers voraus.[60] Zuständig für die Erteilung ist der jeweilige Baulastträger der Straße als Straßenbaubehörde (Regelfall: Stadt oder Gemeinde, da zumeist eine Sondernutzungserlaubnis für eine Gemeindestraße begehrt wird).[61]

Prüfen Sie anschließend, ob die Straßennutzung als Sondernutzung (Abgrenzung zum Gemeingebrauch) zu qualifizieren ist (Genehmigungsbedürftigkeit). Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis steht im Ermessen der Straßenbaubehörde (Genehmigungsfähigkeit). Die Behörde wägt dabei die Interessen des Anspruchsstellers an der Sondernutzung – hier ist insbesondere auf die Grundrechte und auf die Angewiesenheit zur Nutzung der Straße einzugehen – mit den entgegenstehenden, öffentlichen und privaten Interessen ab. Dem Zweck der Straßengesetze entsprechend dürfen einer Sondernutzung nur Interessen mit einem hinreichenden Bezug zur Nutzung der Straße entgegengestellt werden (§ 40 [L]VwVfG, § 114 S. 1 VwGO). Die Überprüfung der von der Straßenbaubehörde vorgebrachten Erwägungen ist regelmäßig Klausurschwerpunkt.

Einen Straßenbezug im engeren Sinne weisen auf: der Schutz der Straßensubstanz, die Aufrechterhaltung eines störungsfreien Gemeingebrauchs, der Schutz des Anliegergebrauchs sowie der Schutz der durch Sondernutzungserlaubnis eingeräumten Nutzungsmöglichkeiten. Ein Straßenbezug im weiteren Sinne wird für den Schutz des Straßenbildes und den Denkmalschutz angenommen.[62] Darüber hinaus erfüllt das Sondernutzungsrecht eine Ausgleichs- und Verteilungsfunktion. Die Straßenbaubehörde darf demnach ein gestaltendes Konzept entwerfen, welches konkurrierende

[59] Etwa § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG.

[60] *Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 26 Rn. 53; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 420.

[61] Die Städte und Gemeinden sind unter Umständen auch für Sondernutzungen auf Ortsdurchfahrten von Bundesstraßen (§ 5 Abs. 2–3 FStrG) oder Landesstraßen zuständig.

[62] M.N. auch aus der Rspr. *Grupp*, in: Dünchheim, FStrG, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 8 Rn. 17; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 387 f.

Nutzungsinteressen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht ausgleicht, und dieses der Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zugrunde legen.[63]

Keinen hinreichenden Bezug zur Nutzung öffentlicher Straßen weisen der Immissions- und Umweltschutz sowie der Verbraucherschutz auf.[64] Weiterhin dürfen keine wirtschaftlichen oder wettbewerblichen Interessen – etwa der Schutz von Konkurrenzunternehmen, Attraktivität der Sondernutzung – berücksichtigt werden (Wettbewerbsneutralität des Straßenrechts).[65]

Zu beachten ist, dass die Gesetzgeber den Zweck des Sondernutzungsrechts auch weiter fassen können. So ist es möglich, die Interessen von Menschen mit Behinderungen zu berücksichtigen.[66] Noch weitergehende Regelungen haben die Stadtstaaten getroffen. Dort können auch öffentliche Interessen ohne einen hinreichenden Bezug zur Straßennutzung berücksichtigt werden.[67]

Das Ermessen der Straßenbaubehörde bei der Entscheidung über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis wird nur in Ausnahmefällen „auf null" reduziert.[68] Im Regelfall besteht daher nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung.

Eine Sondernutzungserlaubnis kann mit einer Nebenbestimmung (Auflage, Bedingung) versehen werden, wobei nur Belange mit einem hinreichenden Bezug zur Nutzung der Straße berücksichtigt werden dürfen. Aus den Straßengesetzen ergibt sich die Pflicht, Sondernutzungen nur befristet oder widerruflich zuzulassen.[69] Hierdurch soll eine regelmäßige Überprüfung der Sondernutzung sichergestellt und der Entstehung schutzwürdigen Vertrauens an dem Fortbestand der Sondernutzungserlaubnis vorgebeugt werden.[70]

Die Straßengesetze ermöglichen es den Baulastträgern, eine Sondernutzungsgebühr zu erheben (etwa: § 8 Abs. 3 S. 1 FStrG). Hierzu bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage in einer Satzung oder Verordnung, in welcher der Gebührentatbestand und die Gebührenhöhe näher bestimmt werden (Maßstab: Bestimmtheitsgebot).[71] Bei der Bemessung der Gebühren können einerseits Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße, andererseits wirtschaftliche Interessen an der Sondernutzung berücksichtigt werden. Dem Baulastträger steht dabei im Rahmen des Äquivalenzprinzips (spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) und Art. 3 Abs. 1 GG ein Gestaltungsspielraum zu.[72]

Beachten Sie zum Schluss noch zwei Klausurkonstellationen, in denen ein Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis inzident zu prüfen ist:

---

[63] BVerwG NJW 1981, 472 (472) – Bannmeilenbeschluss. Aus der Lit. *Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 26 Rn. 26; *Grupp*, in: Dünchheim, FStrG, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 8 Rn. 8.

[64] *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 390.

[65] *Burgi*, NVwZ 2017, 257 (262).

[66] Etwa § 8 Abs. 1 S. 6 FStrG.

[67] So konnte etwa in Berlin das Aufstellen von Heizpilzen auf öffentlichen Straßen (Sondernutzung) unter Berufung auf den Klimaschutz untersagt werden (VG Berlin ZUR 2009, 556 [557]).

[68] *Grupp*, in: Dünchheim, FStrG, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 8 Rn. 25. Ein Ermessensschrumpfung kann sich ausnahmsweise aus den Grundrechten des Antragstellers ergeben.

[69] Etwa § 8 Abs. 2 S. 1 FStrG.

[70] *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 423; *Grupp*, in: Dünchheim, FStrG, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 8 Rn. 20. Aus der Rspr. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.5.2024 – OVG 1 S 25/24, Rn. 28 (juris).

[71] *Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 26 Rn. 70; *Grupp*, in: Dünchheim, FStrG, Kommentar, 7. Aufl. 2025, § 8 Rn. 38.

[72] *Sauthoff*, in: Müller/Schulz, FStrG, Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 62; *ders.*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 433 f. Daneben gebieten es die Freiheitsgrundrechte, kommunikative Sondernutzungen von der Gebührenpflicht zu befreien (*Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 26 Rn. 71; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 438).

Zum einen bedarf gem. § 8 Abs. 6 S. 1 FStrG (und entsprechenden Vorschriften in den Landesstraßengesetzen) eine Sondernutzung keiner Sondernutzungserlaubnis, wenn diese einer straßenverkehrsrechtlichen Genehmigungspflicht gem. § 29 StVO (übermäßige Straßennutzung) oder § 46 StVO (Ausnahmegenehmigung) unterliegt. Diese Regelung soll das Verfahren vereinfachen und verhindern, dass der Straßennutzer zwei Genehmigungen benötigt.[73] Die Straßenverkehrsbehörde beteiligt bei einer solchen Entscheidung die Straßenbaubehörde (wenn unterblieben: Verfahrensfehler) und prüft zusätzlich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis.

Zum anderen ermächtigen die Straßengesetze (etwa: § 8 Abs. 7a FStrG) die Straßenbaubehörden, Anordnungen zu treffen, wenn eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis genutzt wird oder (weniger relevant) der Erlaubnisnehmer Verpflichtungen (etwa: Auflagen) nicht nachkommt. Die Straßenbaubehörde kann so die Beseitigung und Unterlassung einer Sondernutzung anordnen, die ohne die erforderliche Sondernutzungserlaubnis ausgeübt wird. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage. Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit ist zu prüfen, ob die Nutzung eine Sondernutzung ist und diese ohne die erforderliche Erlaubnis ausgeübt wird (formelle Illegalität). Auf die Genehmigungsfähigkeit (materielle Illegalität) kommt es grundsätzlich nicht an; es sei denn, es besteht ersichtlich ein Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis.[74]

3. Drittschutz gegen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis

Ein Dritter kann gegen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis Drittanfechtungsklage erheben.[75] Prüfungsschwerpunkt ist regelmäßig die – sich bereits im Rahmen der Klagebefugnis stellende – Frage, ob der Dritte durch die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis in eigenen Rechten verletzt ist. Dabei ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Vorschriften zur Zulassung einer Sondernutzung allein öffentlichen Interessen oder auch konkret dem Schutz der Rechte des Klägers dienen (Schutznormtheorie).[76]

Das Sondernutzungsrecht dient zuvorderst dem Schutz der Straßensubstanz und der störungsfreien Ausübung des Gemeingebrauchs als öffentliche Interessen. Gewöhnliche Straßennutzer (im Rahmen des Gemeingebrauchs) sind daher nicht befugt, Rechtsschutz gegen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu ersuchen.[77] Anlieger können dagegen eine Beeinträchtigung des Anliegergebrauchs (i.V.m. Art. 14 Abs. 1 GG) und Sondernutzer eine Verletzung des eigenen Sondernutzungsrechts geltend machen.[78] Befristung und Widerrufsvorbehalt dienen der periodischen Überprüfung der Sondernutzung und sollen deren Verstetigung vorbeugen. Mithin sind nur öffentliche Interessen betroffen.[79]

Die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen durch die Zulassung einer Sondernutzungserlaubnis verletzt einen Konkurrenten nicht in eigenen Rechten, da das Sondernutzungsrecht nicht

---

[73] *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 412 ff.

[74] *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 466 (Prüfung: Ermessensreduzierung „auf Null“).

[75] Nach Eintritt der Bestandskraft kann ein Dritter Widerruf oder Rücknahme der Sondernutzungserlaubnis durch die Straßenbaubehörde im Wege einer Verpflichtungsklage begehren.

[76] Dies ist zum einen im Rahmen der Zulässigkeit (Klagebefugnis) und zum anderen im Rahmen der Begründetheit (Verletzung eigener Rechte) zu prüfen.

[77] Auch Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht betroffen, da durch die Zulassung einer Sondernutzung ein Straßennutzer bevorrechtigt wird, die auf den Straßen eröffneten Freiheiten aber nicht verkürzt werden.

[78] *Sauthoff*, in: Müller/Schulz, FStrG, Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 22d; *ders.*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 450; *Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 26 Rn. 92; BayVGH NVwZ-RR 2004, 886 (887).

[79] *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 423.

den Schutz von Erwerbschancen bezweckt. So kann sich der Inhaber eines Restaurants nicht gegen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für eine Außengastronomie wenden, wenn er vorbringt, wirtschaftliche Einbußen durch die Konkurrenz zu befürchten. Dies folgt unstrittig aus der Wettbewerbsneutralität des Straßenrechts.[80]

Seit einigen Jahren wird die Frage diskutiert, wie Konflikte mehrerer Bewerber um die Zulassung einer Sondernutzung zu lösen sind. In derartigen Konstellationen beantragen mehrere Bewerber je eine Sondernutzungserlaubnis, die Anträge sind (für sich genommen) genehmigungsfähig. Allerdings ist die Zahl der genehmigungsfähigen Sondernutzungen begrenzt, sodass die Straßenbaubehörde einen Antrag nur zulassen kann, wenn sie andere Anträge ablehnt (etwa: zwei Gastronomen begehren die Zulassung einer Sondernutzungserlaubnis für eine Außengastronomie auf derselben Fläche).

Die (wohl noch herrschende) ältere Rechtsprechung und Literatur versagt hier den unterlegenen Bewerbern Rechtsschutzmöglichkeiten mit Verweis auf die Wettbewerbsneutralität des Straßenrechts. So sei die Straßenbaubehörde gerade nicht zur Auswahl eines Bewerbers ermächtigt. Stattdessen habe diese schlicht den zeitlich früheren Antrag zuerst zu bescheiden. Die dem ersten Bewerber erteilte Sondernutzungserlaubnis steht dann den weiteren Anträgen entgegen. Im Umkehrschluss bestehen keine Rechtschutzmöglichkeiten der unterlegenen Mitbewerber.[81]

Nach einer (vordringenden) moderneren Ansicht steht den Bewerbern dagegen ein Teilhaberecht an den knappen, genehmigungsfähigen Sondernutzungen zu (zumeist: Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Unter Beachtung der Teilhaberechte ist das Sondernutzungsrecht dahin auszulegen, dass die Straßenbaubehörden zur Durchführung eines Auswahlverfahrens und zu einer Auswahlentscheidung ermächtigt und verpflichtet sind. Anforderungen an Verfahren und Entscheidung ergeben sich wiederum aus den Teilhaberechten. So sind die Auswahlverfahren transparent und diskriminierungsfrei zu gestalten. Eine Sondernutzungserlaubnis darf zudem nur befristet erteilt werden, damit ein unterlegener Bewerber nicht dauerhaft ausgeschlossen bleibt.[82] Bei der Auswahl des Bewerbers ist dann wieder die Wettbewerbsneutralität des Straßenrechts zu beachten. So sind die Straßenbaubehörden nicht zur Auswahl des qualitativ besten Bewerbers ermächtigt. Zulässig sind nur neutrale Auswahlkriterien, insbesondere Entscheidungen durch das Los.[83] Durch eine rechtswidrige Auswahlentscheidung sind die unterlegenen Mitbewerber in ihren Teilhaberechten verletzt.[84]

4. Rechtsschutz gegen und Anspruch auf Verkehrsbeschränkungen

Straßennutzer können Rechtsschutz gegen straßenverkehrsrechtliche Verkehrsbeschränkungen (in der Praxis: Verkehrsschilder) ersuchen. Hier sind vielfach Standardprobleme zu erläutern, die aus den Lehrveranstaltungen zum Verwaltungsprozessrecht und zum allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts bekannt sein sollten.

Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage, da Verkehrsschilder Allgemeinverfügungen i.S.d. § 35 S. 2 Var. 3 (L)VwVfG sind. Klagebefugt sind nicht nur Anlieger, sondern alle Straßennutzer (Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG, Adressatentheorie), ohne dass eine „nachhaltige Betroffenheit“ erforderlich

[80] BayVGH GewA 2010, 420 (421); *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 450.

[81] BGH NVwZ 2006, 1206 (1207 Rn. 16 ff.); *Herber*, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 26 Rn. 94.

[82] *Burgi*, NVwZ 2017, 257 (264); *Kloidt*, Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen, 2025, S. 192 ff. Für die Einrichtung von Carsharingstationen (Sondernutzungen) haben fast alle Straßengesetzgeber ein entsprechendes Verfahren geregelt (siehe etwa § 5 CsgG). Dazu erschöpfend *Kloidt*, Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen, 2025, S. 324 ff.

[83] *Burgi*, NVwZ 2017, 257 (262); *Kloidt*, Wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichen Straßen, 2025, S. 201 ff.

[84] *Burgi*, NVwZ 2017, 257 (264). Diese sind mithin klagebefugt.

ist. (Die Klagebefugnis entfällt daher nicht, wenn der Kläger wegen eines Umzugs tatsächlich nicht mehr von dem Verkehrsschild betroffen ist).[85] Die Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO) oder, wenn ein Vorverfahren nach Landesrecht nicht statthaft ist, die Klagefrist (§ 74 Abs. 1 S. 2 VwGO) beginnt mit der Bekanntgabe des Verkehrsschilds. Verkehrsschilder werden (abweichend von § 43 [L]VwVfG) gem. §§ 39 Abs. 1, 45 Abs. 4 StVO durch Aufstellung bekanntgegeben. Nach dem Sichtbarkeitsgrundsatz müssen den fließenden Verkehr regelnde Verkehrsschilder bereits bei einem flüchtigen Blick während der Fahrt und den ruhenden Verkehr regelnde Verkehrsschilder mit einem Rundumblick (nach dem Verlassen des Fahrzeugs) wahrgenommen werden können.[86] Zu beachten ist weiterhin, dass die Widerspruchs-/Klagefrist nach herrschender Ansicht erst beginnt, wenn der Kläger zum ersten Mal tatsächlich Gelegenheit zur Wahrnehmung des Verkehrsschilds hatte, und dass sie ein Jahr dauert, da das Verkehrsschild keine Rechtsbehelfsbelehrung enthält (§ 58 Abs. 2 VwGO). Die früher herrschende Ansicht, nach der es für den Fristbeginn auf die abstrakte Möglichkeit zur Wahrnehmung ankam, ist abzulehnen, da ein Verkehrsschild so vor der ersten konkreten Möglichkeit der Wahrnehmung bestandskräftig werden konnte (Verstoß gegen die Rechtschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG).[87] Ein Rechtsbehelf hat gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung, da Verkehrsschilder der Anordnung eines Polizeibeamten gleichstehen. Daher kann ein Antrag gem. § 80 Abs. 5 Alt. 1 VwGO zu prüfen sein.

Bei der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit ist zu beachten, dass eine Anhörung gem. § 28 Abs. 2 Nr. 4 (L)VwVfG und eine Begründung gem. § 39 Abs. 2 Nr. 5 (L)VwVfG entbehrlich ist.

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit sind die konkreten Voraussetzungen für die straßenverkehrsrechtliche Anordnung zu prüfen. Diese ergeben sich in der Regel aus dem (sehr unübersichtlich gestalteten) § 45 StVO, besonders aus § 45 Abs. 1 S. 2, Abs. 9 StVO und aus der Generalklausel in § 45 Abs. 1 S. 1 StVO. Die Kenntnis dieser Normen kann dabei von Studierenden nicht erwartet werden, gefragt sein kann vielmehr nur die methodengerechte Auslegung. Soweit § 45 Abs. 1 S. 1 StVO neben der „Sicherheit“ die „Ordnung des Verkehrs“ als Schutzgut nennt, ist damit der ungestörte Verkehrsfluss (Leichtigkeit des Verkehrs) gemeint. Der Eintritt eines schädigenden Ereignisses muss „hinreichend wahrscheinlich“ sein (konkrete Gefahr).[88] Höhere Anforderungen gelten gem. § 45 Abs. 9 S. 3 StVO für Beschränkungen des fließenden Verkehrs, die nur angeordnet werden dürfen, „wenn auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse eine Gefahrenlage besteht, die das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in den vorstehenden Absätzen genannten Rechtsgüter erheblich übersteigt“. Da Verkehrsschilder Dauerverwaltungsakte sind, ist der aktuelle Zeitpunkt (bzw. der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung) für die Entscheidung maßgeblich.

Rechtsschutz gegen die (Teil-)Einziehung einer Straße können nach herrschender Meinung nur Anlieger gestützt auf den Anliegergebrauch i.V.m. Art. 14 Abs. 1 GG ersuchen. Gewöhnliche Straßennutzer sollen dagegen nicht rechtsschutzbefugt sein, da sie auch keinen Anspruch auf die Errichtung und Widmung einer Straße haben (Umkehrschluss). Eine (vorzugswürdige) Mindermeinung sieht dagegen – wie bereits ausgeführt – Art. 2 Abs. 1 GG betroffen.[89]

---

[85] BVerwG NJW 2004, 698 (698 f.).

[86] *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: August 2021, § 43 Rn. 50 f.

[87] BVerwG NJW 2011, 246 (246 f. Rn. 14 ff.).

[88] *Hühnermann*, in: Burmann u.a., Straßenverkehrsrecht, 28. Aufl. 2024, StVO § 45 Rn. 3; *Steiner*, in: MüKo-Straßenverkehrsrecht, 5. Aufl. 2016, StVO § 45 Rn. 17.

[89] Straßennutzer könnten dann Verstöße gegen einfachrechtliche Vorschriften zur Einziehung und Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überprüfen lassen.

Wird eine verkehrsbeschränkende Maßnahme begehrt, so ist in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage statthaft. Als Anspruchsgrundlage kommt § 45 StVO in Betracht. Hier ist zu prüfen, ob die Norm nur die Allgemeinheit oder auch einzelne Dritte schützt. Zunächst kann die Verkehrssicherheit (Schutzgut: § 45 Abs. 1 S. 1 StVO) Drittschutz vermitteln, wenn eine Gefahr für Individualinteressen besteht. Darüber hinaus ist insbesondere für § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StVO (Schutz der Wohnbevölkerung vor Lärm und Abgasen) eine drittschützende Wirkung anerkannt. Ein Anspruch auf behördliches Einschreiten besteht, wenn der Verkehrslärm und/oder die Verkehrsabgase unzumutbar sind und nicht als ortsüblich hingenommen werden müssen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn Schall- oder Schadstoffgrenzwerte überschritten werden. Auf der Rechtsfolgenseite steht der Behörde ein Ermessen zu, sodass in der Regel nur ein Anspruch auf (ermessensfehlerfreie) Bescheidung besteht.[90] Das Ermessen wird ausnahmsweise „auf null“ reduziert, wenn die Belastungen die Schwelle zur Körperverletzung überschreiten.

[90] *Hühnermann*, in: Burmann u.a., Straßenverkehrsrecht, 28. Aufl. 2024, StVO § 45 Rn. 9a.

Die Körperverletzung im Amt

*Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M., Villingen-Schwenningen**

I. Einführung ... 59

II. Einzelne Aspekte des § 340 StGB ... 60

1. Täterkreis: Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und gleichgestellte Personen ... 60
2. Tathandlung: Körperverletzung während der Ausübung des Dienstes oder in Beziehung auf den Dienst begehen oder begehen lassen ... 61
   - a) Körperverletzung (§ 340 Abs. 1, Abs. 3 StGB) ... 61
   - b) Während der Ausübung des Dienstes oder in Beziehung auf den Dienst ... 62
   - c) Begehen und Begehenlassen ... 63
     - aa) Aktive unmittelbare Täterschaft, mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft ... 63
     - bb) Unterlassen ... 64
       - (1) Alleinige Beteiligung des Amtsträgers ... 64
       - (2) Mehrere Beteiligte ... 64
     - cc) „Anstiftung" ... 65
     - dd) „Beihilfe" ... 66
     - ee) Versuch ... 66
3. Rechtfertigungsfragen ... 67
4. Teilnahme an der Körperverletzung im Amt ... 68

I. Einführung

§ 340 Abs. 1 StGB stellt unter Strafe, dass ein Amtsträger während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen lässt. Abs. 2 ordnet die Versuchsstrafbarkeit an und Abs. 3 erklärt „§§ 224 bis 229 [..] für Straftaten nach Absatz 1 Satz 1 entsprechend" anwendbar. Weil die Vorschrift Körperverletzungs- und Amtsdelikte verbindet und in den 30. Abschnitt „Straftaten im Amt" einsortiert ist, geht ihr Schutzgut über die körperliche Integrität hinaus und erfasst auch das Allgemeininteresse an einer ordnungsgemäßen Amtsführung.[1] Diese Janusköpfigkeit des § 340 StGB und seine Verquickung mit den allgemeinen strafrechtlichen Lehren, insbesondere denen von Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 ff. StGB), machen die Körperverletzung im Amt zu einem interessanten Straftatbestand von hohem didaktischem Wert. Seine zentralen Probleme sollen im Folgenden aufgezeigt werden.

* Der *Autor* ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Hochschule für Polizei Baden-Württemberg in Villingen-Schwenningen.

[1] H.M., siehe nur *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 2; *Dorsch*, in: Dorsch/Kaltenbach/Schütze, Besonderer Teil, Strafrecht für Polizeistudium und -praxis, 2025, Rn. 1581. Die Konsequenzen dieses Befundes für eine mögliche Einwilligung (§ 228 StGB) werden unter Punkt II. 4. aufgezeigt.

II. Einzelne Aspekte des § 340 StGB

1. Täterkreis: Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und gleichgestellte Personen

Fall 1: Der beim Bundesland T angestellte Gymnasiallehrer G hat es mit einer lautstarken und unaufmerksamen Schulklasse der siebenten Jahrgangsstufe zu tun. Aus Verärgerung gibt er dem Rädelsführer R eine schmerzhafte Backpfeife.[2]

Taugliche Täter der Körperverletzung im Amt sind Amtsträger. Näheres erläutert § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Dieser erfasst gem. lit. a Beamte und Richter. Die Beamten sind solche im staatsrechtlichen Sinne, mit denen der Staat unter Aushändigung einer Ernennungsurkunde ein Beamtenverhältnis begründet hat. Dies sind z.B. Polizeibeamte, Justizvollzugsbeamte oder – jedenfalls in der Regel – Professoren.[3] Richter sind Berufs- oder ehrenamtliche Richter (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 StGB). § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB, dem z.B. der Bundespräsident oder Mitglieder von Bundes- oder Landesregierungen subsumiert werden können,[4] spielt im Zusammenhang mit § 340 StGB keine Rolle, anders jedoch § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB: Zu Personen, die „sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“ gehören besonders die Mitarbeiter der Exekutive, die nicht in einem Beamten-, sondern einem Angestelltenverhältnis stehen, z.B. an Universitäten, Schulen oder in Ordnungsbehörden.[5] Gem. § 48 Abs. 1 WStG sind auch Offiziere und Unteroffiziere taugliche Täter der Körperverletzung im Amt, denn diese stehen den Amtsträgern und ihr Wehrdienst dem Amt gleich. Weil die Körperverletzung im Amt ihren Anwendungsbereich auf die Personengruppe der Amtsträger beschränkt, ist sie ein sog. Sonderdelikt[6] und auch ein Amtsdelikt[7].[8]

Zu Fall 1: Auch wenn G nicht verbeamtet ist, ist er dennoch tauglicher Täter der Körperverletzung im Amt. Durch die Aufnahme des Angestelltenverhältnisses beim Land T ist er gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB dazu bestellt, bei der Schule als Behörde Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Deshalb ist er Amtsträger. Weil auch die übrigen Voraussetzungen der Norm vorliegen, hat er sich gem. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.[9]

---

[2] Siehe BGH NStZ 1993, 591.

[3] Siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 59 Rn. 8.

[4] Dazu *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19.

[5] Näher zur „Bestellung“ BGHSt 43, 96 (101 ff.); *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 11 Rn. 24.

[6] *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 340 Rn. 1; *Schütze*, Allgemeiner Teil, Strafrecht für Polizeistudium und -praxis, 2024, Rn. 37; eingehend zu den Sonderdelikten *Nestler*, Jura 2017, 403.

[7] Siehe *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 2.

[8] Zur Differenzierung der „echten“ und „unechten“ Sonder- und Amtsdelikte siehe Punkt 4.

[9] Obgleich keiner Erwähnung (mehr) wert, sei darauf hingewiesen, dass es ein gewohnheitsrechtliches Züchtigungsrecht von Lehrkräften an Schulen, auf das sich diese zur Rechtfertigung begangener Körperverletzungen im Amt gegenüber Schülern berufen könnten, nicht gibt; siehe etwa *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 62 Rn. 7.

2. Tathandlung: Körperverletzung während der Ausübung des Dienstes oder in Beziehung auf den Dienst begehen oder begehen lassen

a) Körperverletzung (§ 340 Abs. 1, Abs. 3 StGB)

Des Weiteren muss der Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht werden. § 340 Abs. 1 StGB erfasst Taten gem. § 223 StGB, der Täter muss durch seine Handlung also vorsätzlich eine andere Person (kausal und objektiv zurechenbar) körperlich misshandeln oder an der Gesundheit schädigen.[10] Ob die andere Person selber Amtsträger ist oder nicht, ist gleichgültig,[11] Einschränkungen ergeben sich durch die notwendige Beziehung zur Dienstausübung.[12] Weil § 340 Abs. 1 StGB alle Merkmale des § 223 StGB enthält, mit der Amtsträgereigenschaft und der Beziehung zur Dienstausübung aber noch weitere, die das Unrecht der Tat erhöhen,[13] handelt es sich bei § 340 Abs. 1 StGB um eine Qualifikation des § 223 Abs. 1 StGB.[14] Die Untergrenze des Strafrahmens ist in § 340 Abs. 1 StGB um drei Monate erhöht, während für minder schweren Fällen der Strafrahmen des § 223 Abs. 1 StGB vorgesehen ist (§ 340 Abs. 1 S. 2 StGB). Im Gegensatz zur Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB bedarf es für die Verfolgung des § 340 Abs. 1 StGB keines Strafantrags, denn § 230 StGB, der den Strafantrag jedenfalls als Regelfall vorsieht, wurde in die Verweisungsnorm des § 340 Abs. 3 StGB nicht aufgenommen.[15]

Infolge des Verweises in § 340 Abs. 3 StGB auf „§§ 224 bis 229 StGB“ gibt es auch die gefährliche Körperverletzung im Amt, die Misshandlung von Schutzbefohlenen im Amt, die schwere Körperverletzung im Amt, die Verstümmelung weiblicher Genitalien im Amt, die Körperverletzung mit Todesfolge im Amt und die fahrlässige Körperverletzung im Amt.[16] Dies ist bei der Bezeichnung der angewendeten Straftatbestände zu verdeutlichen, also beispielsweise bei der Begehung einer gefährlichen Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs durch die Angabe „§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB“.

Bei den Varianten des § 340 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 224, 225, 226, 226a, 227 StGB handelt es sich um Qualifikationen des § 340 Abs. 1 StGB, ohne dass eine Erhöhung der Strafrahmen vorgenommen wurde.[17] Diese sind den Tatbeständen der §§ 224 ff. StGB zu entnehmen (nicht etwa § 340 Abs. 1 StGB).[18] Relevant ist die Verweisung in § 340 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 StGB aber deshalb, weil sie dazu führt, dass die strengeren Beteiligungsvorgaben des § 340 Abs. 1 StGB gelten. Diese liegen – wie zu zeigen sein wird – besonders darin, dass Verhaltensweisen, die sonst als Teilnahme zu qualifizieren sind, für den Amtsträger i.R.d. § 340 StGB als „Begehenlassen“ zur Täterschaft aufgewertet werden.[19] Dies trifft auf die fahrlässige Körperverletzung im Amt (§ 340 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. § 229 StGB) zwar nicht zu, denn dort gelten die allgemeinen Fahrlässigkeitsvoraussetzungen[20] und der Strafrahmen

[10] Zu § 223 StGB ausführlich *Hardtung*, JuS 2008, 864.
[11] *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 340 Rn. 9.
[12] Siehe unter b).
[13] Zu dieser Definition der Qualifikation *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Strafrecht AT, 2016, Rn. 846.
[14] *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 13.
[15] Siehe *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 340 Rn. 9.
[16] *Wolters*, JuS 1998, 582 (586); zu §§ 224, 225, 226, 227 und 229 StGB *Hardtung*, JuS 2008, 960 ff. und 1060 ff.
[17] Kritisch deshalb *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 340 Rn. 27.
[18] *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 13.
[19] Dazu unter c).
[20] Näher *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 52 Rn. 1 ff.; *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 559 ff.

des § 229 StGB. Weil in § 340 Abs. 3 StGB aber – wie erwähnt – auf § 230 StGB nicht verwiesen wird, ist auch die fahrlässige Körperverletzung im Amt kein Antrags-, sondern ein Offizialdelikt.[21]

b) Während der Ausübung des Dienstes oder in Beziehung auf den Dienst

Fall 2: Professor P betreut die Promotion seiner Doktorandin D. Er hat es sich zur Gewohnheit gemacht, D in seiner Sprechstunde für „Vergehen" wie das Auslassen eines Seminars oder die Abgabe einer nicht fehlerfreien Präsentation zu „züchtigen". Hierzu schlägt P der D sowohl mit der flachen Hand als auch einem etwa 60 cm langen Bambusstock auf das Gesäß. D hat zuvor in die Taten eingewilligt, weil P damit drohte, anderenfalls das Promotionsverhältnis zu beenden.[22]

Um einen hinreichenden Bezug zu den Amtsdelikten herzustellen, setzt § 340 StGB voraus, dass die Körperverletzung während der Ausübung des Dienstes oder in Beziehung auf den Dienst des Amtsträgers geschieht. Ersteres verlangt eine Körperverletzung in der Dienstzeit, also einer Zeit „in der der Täter befugtermaßen als Amtsträger tätig ist"[23]. Dies genügt jedoch nicht, es bedarf zudem eines sachlichen Zusammenhanges zur konkreten Diensttätigkeit; der Täter muss in seiner Rolle als Amtsträger agieren.[24] Notwendig ist der Missbrauch der Amtsgewalt, rein privat motivierte Taten fallen aus dem Bereich des § 340 StGB auch dann heraus, wenn sie sich gegen andere Amtsträger richten.[25] Eine offene Erkennbarkeit des Dienstbezugs ist hingegen nicht notwendig, weshalb ein verdeckter Ermittler (vgl. § 110a StPO) die Voraussetzung „während der Dienstausübung [des] Dienstes" innerhalb seiner Legende (§ 110a Abs. 2 StPO) erfüllen kann.[26] Die Alternative „in Beziehung auf seinen Dienst" ist Handlungen außerhalb der Dienstzeit vorbehalten, die aber auch in sachlichem Zusammenhang mit der bestimmten Dienstausübung stehen müssen. Die Körperverletzung außerhalb der Dienstzeit muss „durch die Dienstausübung veranlasst sein"[27], etwa in einem Fall, in dem ein Polizeibeamter im privaten Kontext auf einen Zeugen trifft und auf diesen körperlich einwirkt, um ihn zu einer bestimmten Aussage zu bewegen.[28]

Zu Fall 2: Professor P hat „während der Ausübung seines Dienstes" gehandelt, denn einerseits fanden die Züchtigungen in der Promotionssprechstunde statt, einem seiner Berufstätigkeit gewidmeten Zeitraum, andererseits missbrauchte P seine überlegene Stellung als Promotionsbetreuer, denn ohne seine Drohungen, das Doktorandenverhältnis zu beenden, hätte D in die Schläge nicht eingewilligt. Dass die jeweiligen Zustimmungen keine rechtfertigende Kraft entfalteten, folgt daraus, dass sie wegen

[21] Siehe *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 340 Rn. 9.
[22] Siehe BGH NStZ-RR 2023, 177.
[23] *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 8.
[24] Dazu *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 340 Rn. 4; *Freund/Telöken*, ZJS 2012, 796 (801).
[25] Siehe *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 48. Aufl. 2025, Rn. 278.
[26] Dazu *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 7.
[27] *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 340 Rn. 13.
[28] Siehe *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 9.

der Zwangslage der D nicht frei von Willensmängeln waren. P ist also zu Recht wegen (z.T. gefährlicher) Körperverletzung im Amt verurteilt worden.[29]

c) Begehen und Begehenlassen

aa) Aktive unmittelbare Täterschaft, mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft

Fall 3: Weil Z Passanten körperlich attackiert und beleidigt hat, wird er zwecks Identitätsfeststellung (§ 163b Abs. 1 StPO) von mehreren Polizeibeamten zur Dienststelle verbracht. Dort beruhigt er sich nicht und wird gefesselt. In der Folgezeit provoziert er Polizeiobermeister P verbal, der ihn daraufhin ins Gesicht schlägt.[30]

Fall 4: Krankenpfleger K ist in einer öffentlichen Maßregelvollzugsklinik tätig, in der Straftäter, deren Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB angeordnet worden ist, vom Alkohol entwöhnt werden. Dort eingewiesen ist A, der mehrere Straftaten im Zustand alkoholbedingter Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) begangen hat. A überredet K, ihm pro Woche zwei bis drei Flaschen hochprozentigen Alkohol in die Klinik zu „liefern", die A heimlich konsumiert. Dies bewirkt, dass A Magenschmerzen und Entzugserscheinungen wie Zittern, Schlafstörungen und Alpträume erleidet. Derlei Folgen hat K als erfahrener Suchtpfleger vorhergesehen und billigend in Kauf genommen.[31]

Zur Auslegung der Begriffe „Begehen" und „Begehenlassen" ist auf § 25 StGB Bezug zu nehmen, die zentrale Vorschrift des StGB zur Täterschaft. Es besteht Einigkeit, dass die unmittelbare Täterschaft (das „Selbstbegehen", § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB) und die Mittäterschaft (die „gemeinschaftliche Begehung", § 25 Abs. 2 StGB) ein „Begehen" i.S.d. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB darstellen.[32] Bzgl. der mittelbaren Täterschaft (dem „Begehen durch einen anderen", § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) ist die Einordnung umstritten, wobei sich zwei Wortlautargumente gegenüberstehen: zum einen, dass die mittelbare Täterschaft zwanglos als „begehen lassen" angesehen werden kann,[33] zum anderen (und wegen der stärkeren Anbindung an § 25 Abs. 1 StGB vorzugswürdig), dass auch der mittelbare Täter gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB die Tat „begeht".[34] Ergebnisrelevant ist der Streit nicht, denn „Begehen" und „Begehenlassen" sind gleichwertig.[35]

Zu Fall 3: P hat die Körperverletzung im Amt als unmittelbarer Täter (§ 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB) selbst „begangen", § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB.

---

[29] Zudem sah der BGH wegen der Drohungen, das Promotionsverhältnis zu beenden, die Nötigung im besonders schweren Fall (§ 240 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 StGB) als erfüllt an, siehe BGH NStZ-RR 2023, 177 f.

[30] Siehe OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 6.5.2025 – 11 L 2/24.

[31] Angelehnt an BGH NJW 1983, 462.

[32] Siehe *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 9; *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 10.

[33] So etwa *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 340 Rn. 2b; *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 10.

[34] Etwa *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 340 Rn. 3; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 340 Rn. 17

[35] *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 9.

Zu Fall 4: K hat eine gefährliche Körperverletzung im Amt (§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB) „begangen". Es handelt sich um einen Fall der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB): K ist Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB).[36] Er hat A vorsätzlich „durch einen anderen" – nämlich A selbst, der sich tatbestandslos den Alkohol zugeführt hat – kausal und objektiv zurechenbar körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.[37] Die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegen auch vor, denn Alkohol ist Gift,[38] das K dem A (durch A selber) beigebracht hat, also in einer Art dem Körper des A zugeführt, die geeignet war, die gesundheitsschädigende Wirkung zu entfalten.[39]

bb) Unterlassen

(1) Alleinige Beteiligung des Amtsträgers

Beim Unterlassen ist danach zu unterscheiden, ob andere Personen an dem Geschehen beteiligt sind oder nicht. Gibt es niemanden, der neben dem Amtsträger aktiv etwas zu der Tat beiträgt oder garantenpflichtwidrig unterlässt, z.B. bei Naturereignissen oder Unglücken,[40] kommt als Handlungsalternative schon sprachlich nur ein „Begehen" in Frage. Denn jemand, den man i.S.d. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB eine Tat „begehen lassen" könnte, ist nicht vorhanden.[41] Somit steht Art. 103 Abs. 2 GG in diesen Fällen der Gegenauffassung, die jedes Unterlassen als „Begehenlassen" einordnet,[42] entgegen.[43] Ein solches „Begehen" durch Unterlassen ist ein Fall der unechten Unterlassungsdelikte gem. § 13 StGB, verbunden mit der Möglichkeit der Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB.[44]

(2) Mehrere Beteiligte

Fall 5: Der Polizeibeamte X fährt Streife und sieht, wie ein Passant von einem anderen körperlich angegangen wird. Er fährt weiter und unternimmt nichts.[45]

---

[36] Zur Amtstätigkeit bei einer Tätigkeit im staatlichen Gesundheitswesen OLG Karlsruhe NJW 1983, 352.

[37] BGH NJW 1983, 462; die Strafbarkeit scheitert laut dem BGH nicht an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, denn es fehle A am „Hemmungsvermögen im Hinblick auf den Wert der Erhaltung der eigenen Gesundheit". Deshalb begründe die Veranlassung der Selbstschädigung auch im Falle eines Rauschzustandes eine mittelbare Täterschaft. Vergleichbares gilt für die Einwilligung (§ 228 StGB; zu ihr noch unter 3.), die Einwilligungsfähigkeit voraussetzt (siehe *Dölling*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 228 Rn. 5), welche A aufgrund seiner seelischen Störungen nicht besitzt. Als Fall des Unterlassens sieht die Konstellation *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 6.

[38] Siehe etwa *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 224 Rn. 15.5.

[39] Siehe *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 10 m.w.N.

[40] Siehe *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 9. Ein Beispiel bietet die Entscheidung LG Bad Kreuznach, Urt. v. 31.5.2012 – 1024 Js 6294/10 Ns, die u.a. die Verurteilung eines Forstamtsmitarbeiters zum Gegenstand hat, der es im Rahmen seiner Zuständigkeiten unterlassen hatte, einen gefährlich gelegenen Baumstamm zu sichern. Dieser löste sich und verursachte erhebliche Verletzungsfolgen.

[41] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 340 Rn. 2b; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 340 Rn. 7; *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 18.

[42] *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 340 Rn. 3; *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 10.

[43] Zutreffend *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 340 Rn. 7.

[44] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 340 Rn. 2b.

[45] Beispiel von *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 340 Rn. 8.

Fall 6 (Abwandlung von Fall 3): Bevor der Polizeibeamte P den Z schlägt, kündigt er dies seinem im Dienstrange gleichen Kollegen Q an. Dieser schaut tatenlos zu.

Sind andere Personen beteiligt, die die Körperverletzung „begehen", liegt ein „Begehenlassen" des Amtsträgers vor, wenn er nicht einschreitet, obgleich er zum Einschreiten verpflichtet ist. Es handelt sich dann um ein echtes Unterlassungsdelikt, bei dem die Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB nicht greift.[46] Die allgemeinen Regeln des Unterlassens sind (entsprechend) heranzuziehen, der Amtsträger muss also insbesondere garantenpflichtig für die körperliche Unversehrtheit des verletzten Dritten sein und die Möglichkeit haben, einzugreifen.[47]

Dieser Befund ist unstreitig, soweit der aktiv Begehende ein „Extraneus" ist, der die besondere persönliche Qualifikation des Sonderdelikts nicht erfüllt, im Falle von § 340 StGB also ein Nichtamtsträger. Handelt es sich hingegen um einen „Intraneus", im hiesigen Zusammenhang also einen Amtsträger, wird im Schrifttum weiter differenziert: Ein tatbestandsmäßiges Begehenlassen, so wird vorgetragen, komme nur in Betracht, wenn der Nichteinschreitende dem handelnden „Intraneus" (laufbahn- und aufsichtsrechtlich) übergeordnet sei; bei Gleich- oder Unterordnung sei nur *Teilnahme* an dem *Begehen des anderen Amtsträgers* gegeben.[48] Dem ist nicht zu folgen, denn dem Wortlaut des § 340 StGB ist eine derartige Differenzierung nach Rangverhältnissen nicht zu entnehmen.[49] § 357 StGB zeigt indes, dass dem Gesetzgeber eine solche Einteilung bekannt ist. Zudem passt es gerade zu der in § 340 StGB geschaffenen Verbindung der Körperverletzungs- und Amtsdelikte, die Amtsträger, die ihren Dienstpflichten gemäß für die körperliche Unversehrtheit anderer Personen einzustehen haben, im Falle der Verletzung ihrer Pflichten nicht als Randfiguren, sondern Täter zu bestrafen.[50]

Zu den Fällen 5 und 6: In beiden Fällen sind die nichthindernden Garanten, in Fall 5 X und in Fall 6 Q, als Täter der Körperverletzung im Amt gem. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB zu bestrafen. Sie sind gegen die Körperverletzungen nicht eingeschritten, obgleich sie wegen ihrer aus den Polizeigesetzen folgenden Obliegenheiten dazu verpflichtet waren und die faktische Möglichkeit dazu besaßen. Dass Q und P in Fall 6 im Dienstrang gleich sind, ist für die Tatbestandsmäßigkeit unerheblich.[51] Eine Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB kommt in beiden Fällen nicht in Betracht.

cc) „Anstiftung"

Wer als Amtsträger im dienstlichen Zusammenhang eine Handlung vornimmt, die nach den allgemeinen Regeln eine Anstiftung (§ 26 StGB) zur Körperverletzung wäre, „lässt" eine Körperverletzung i.S.d. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB „begehen". Denn wer den Begehenden – gleich, ob dieser Intra- oder

[46] Siehe etwa *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 65; *Tag*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 13 Rn. 36.

[47] *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 17.

[48] *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 340 Rn. 8; folgend *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 15.

[49] *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 10; zugestanden von *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 15.

[50] Als „Schutzzweck der Norm" bei *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 6.

[51] Nicht erfüllt sind in Fall 6 die Voraussetzungen des „gemeinschaftlichen Begehens" (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB), denn die erforderliche Gefahrerhöhung wird durch einen passiv danebenstehenden Beteiligten nicht bewirkt, siehe BGH NStZ 2016, 595; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 21.

Extraneus ist – zur Tat „bestimmt“, in diesem also den Tatentschluss weckt,[52] initiiert mit dem Verursachen der Tatbereitschaft der anderen Person den ersten unverzichtbaren Schritt zur Körperverletzung, weshalb ihm sprachlich und inhaltlich ohne Weiteres attestiert werden kann, dass er den anderen die Tat „begehen lassen“ hat.[53]

dd) „Beihilfe“

Fall 7 (weitere Abwandlung von Fall 3): Der Polizeibeamte P kündigt Q an, dass er Z schlagen werde, woraufhin Q den P in seinem Vorhaben durch „gutes Zureden“ noch bestärkt.

Fälle, die sonst Beihilfe zur Körperverletzung wären, sind nicht so eindeutig ein „Begehenlassen“, weil der Gehilfenbeitrag, in Fall 7 also die psychische Unterstützung durch das Zureden, gerade nicht das Gewicht eines „Bestimmens“ bei der Anstiftung besitzt.[54] Gleichwohl werden auch solche Verhaltensweisen im Schrifttum als täterschaftliches „Begehenlassen“ in den Tatbestand des § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB eingeordnet mit der Folge, dass die sonst zwingende Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB nicht zum Zuge kommt.[55] Den Grund dafür hat *Kudlich* herausgearbeitet und aufgezeigt, dass die beschriebene verschärfte Regelung nur Amtsträger trifft, die die Körperverletzung – auf den Punkt gebracht – in Beziehung auf ihren konkreten Dienst begehen lassen, die also neben dem Hilfeleisten zugleich ihre regelmäßig bestehende Verpflichtung missachten, die andere Person von dem Begehen abzuhalten.[56] Deshalb bestraft man in diesen Fällen in Wahrheit nicht den Gehilfenbeitrag, sondern das garantenpflichtwidrige und mögliche Unterlassen des Eingreifens.

Zu Fall 7: Auch in diesem Fall hat Q somit eine Körperverletzung im Amt verwirklicht, nämlich als „Begehenlassen“ der Körperverletzung gem. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB.

ee) Versuch

§ 340 Abs. 2 StGB stellt den Versuch der Körperverletzung im Amt unter Strafe. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln, insbesondere für das unmittelbare Ansetzen (vgl. § 22 StGB) bei unmittelbarer Täterschaft, mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft sowie beim Unterlassen.[57] Zu beachten ist allerdings eine Besonderheit: Wer als Amtsträger versucht, in einer anderen Person den Tatentschluss zu einer vorsätzlichen Körperverletzung zu wecken, muss stets eine Bestrafung wegen eines versuchten „Begehenlassens“ gem. §§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 (ggf. i.V.m. Abs. 3), Abs. 2, 22 StGB fürchten,[58] während für Nichtamtsträger die versuchte Anstiftung zu Körperverletzungsdelikten gem. § 30 Abs. 1 StGB solange straflos ist, wie es sich nicht um die Verbrechen der §§ 226, 226a und 227 StGB handelt.

---

[52] Zum Bestimmen siehe BGHSt 45, 373 (374); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 2.

[53] Siehe auch *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 340 Rn. 9.

[54] Zum „Unwertgefälle“ von Anstiftung und Beihilfe *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 158.

[55] Siehe etwa RGSt 59, 86; *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 10; *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 6; a.A. *Lilie*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2009, § 340 Rn. 10.

[56] Zutreffend *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 340 Rn. 7.

[57] Näheres bei *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 38 ff., § 20 Rn. 795 ff., § 20 Rn. 123, § 18 Rn. 145; ausführlich *Bosch*, Jura 2011, 909.

[58] *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 340 Rn. 11.

3. Rechtfertigungsfragen

Fall 8: Nach einer Trunkenheitsfahrt wird der Beschuldigte B zur Polizeiwache verbracht. Kriminalhauptkommissar K ordnet eine Blutprobe als körperliche Untersuchung an (§ 81a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 StPO). Als der gerufene Amtsarzt erscheint und die Maßnahme durchführen will, wehrt sich B mit Händen und Füßen. K wendet deshalb (verhältnismäßigen) unmittelbaren Zwang an, um die Blutprobe durchzusetzen. Die Anwendung der Polizeigriffe verursacht bei B Hämatome an beiden Armen und am Oberkörper. Dies hat K billigend in Kauf genommen.

Für die Körperverletzung im Amt gelten die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, namentlich die Notwehr (§ 32 StGB) und der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB). Darüber hinaus können sich Amtsträger, die Zwangsbefugnisse im Rahmen des Polizei- oder Strafprozessrechts[59] ausüben und tatbestandsmäßige Körperverletzungen im Amt verwirklichen, womöglich zur Rechtfertigung auf die jeweilige Befugnisnorm (Beispiele: §§ 81a, 81b Abs. 1, 127 Abs. 2 StPO) stützen. Voraussetzung ist, dass deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die Grenzen der Verhältnismäßigkeit gewahrt sind.[60]

Zu Fall 8: K hat als Amtsträger eine tatbestandsmäßige Körperverletzung im Amt (§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) verwirklicht, denn er hat B durch die Polizeigriffe körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Dies geschah während der Ausübung seines Dienstes, er handelte auch vorsätzlich. Rechtswidrig war die Tat jedoch nicht, denn die Durchsetzung der Blutprobe war von § 81a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 StPO gedeckt: Die Blutprobe wird beim Beschuldigten bei Verdacht einer Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) angeordnet, um die Blutalkoholkonzentration zu bestimmen, die für das Strafverfahren von Bedeutung ist. Für eine Unverhältnismäßigkeit der Blutentnahme gibt es keine Anhaltspunkte, die Anwendung des Zwanges zu ihrer Durchsetzung geschah laut Sachverhalt ebenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.[61]

Ebenfalls anwendbar ist der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung. Dies folgt daraus, dass die Verweisung in § 340 Abs. 3 StGB auch § 228 StGB erfasst, der die Einwilligung in Körperverletzungen grundsätzlich anerkennt.[62] Problematisch ist, dass die Körperverletzung im Amt – wie am Anfang des Beitrags erwähnt – neben dem Individualrechtsgut der körperlichen Unversehrtheit auch das Allgemeininteresse an einer gesetzmäßigen Amtsführung schützt, in dessen Beeinträchtigung nicht eingewilligt werden kann.[63] Mit der mittlerweile ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum ist aber

[59] Zwangsmaßnahmen werden im Strafprozessrecht von den jeweiligen Ermächtigungsnormen als Annex legitimiert. Die (landesrechtlichen) Regelungen des Polizeirechts gelten nicht unmittelbar, sie können allenfalls als „Orientierungsmaßstab zur […] Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit dienen"; Zitat bei *Müller*, Strafverfahrensrecht für Polizeistudium und -praxis, 2023, Rn. 254.

[60] *Böse/Kappelmann*, ZJS 2008, 290 (294); *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 13; *Singelnstein*, ZJS 2012, 229 (233); zur Rechtfertigung von Kindesentziehungen (§ 235 StGB) von Mitarbeitern des Jugendamts durch die Befugnis zur Inobhutnahme (§ 42 SGB VIII) *Noak*, in: *Dürrschmidt/Majer*, Jahrbuch des IAF der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg, 2020, S. 107.

[61] Ausführlich zur körperlichen Untersuchung gem. § 81a StPO *Bosch*, Jura 2014, 50; *Trurnit*, Eingriffsrecht, 5. Aufl. 2024, Rn. 208 ff.

[62] Siehe *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 340 Rn. 3a; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 4; a.A. *Jäger*, JuS 2000, 31 (38): Redaktionsversehen.

[63] Siehe etwa *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 425.

davon auszugehen, dass bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung des Verletzten das Körperverletzungsunrecht aufgehoben wird und nur noch ein Verwaltungsunrecht übrigbleibt, das „isoliert nicht strafbar" ist.[64] Wirksam ist die Einwilligung, wenn sie von Seiten des Verletzten im Zustand der Einwilligungsfähigkeit ohne Willensmängel vor der Tat kundgegeben wird und speziell bei Körperverletzungen eine Tat betrifft, die nicht gegen die guten Sitten (§ 228 StGB) verstößt.[65]

Somit wirken nicht nur solche Einwilligungen rechtfertigend, die „mit weiteren Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnis" begründen, etwa die Zustimmung des Beschuldigten zur zum Zwecke der körperlichen Untersuchung (§ 81a Abs. 1 S. 2 StPO) erfolgten Blutentnahme;[66] vielmehr kann Straflosigkeit auch eintreten, wenn die polizeiliche Maßnahme trotz der Einwilligung prozessual rechtswidrig bleibt. Theoretisch möglich[67] ist also, dass „Misshandlungen" (§ 136a Abs. 1 S. 1 StPO) in polizeilichen Vernehmungssituationen als Körperverletzungen im Amt straflos sind, wenn der Beschuldigte, Zeuge oder Sachverständige vorher wirksam eingewilligt hat[68] – mag § 136a Abs. 3 S. 1 StPO (ggf. i.V.m. § 69 Abs. 3 StPO, § 72 StPO) das Verbot der Vernehmungsmethode auch von der Einwilligung entkoppeln und das strikte Beweisverwertungsverbot des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO greifen.

4. Teilnahme an der Körperverletzung im Amt

Fall 9: Steuerberater S überredet seinen Freund F, der als Justizvollzugsbeamter in der JVA tätig ist, den dort inhaftierten L zu verletzen, um diesem „die Abscheulichkeit seiner Tat zu verdeutlichen". Dem kommt F nach.

Fall 10 (Abwandlung von Fall 9): S mahnt F an, doch auf jeden Fall den Schlagstock zu benutzen. So geschieht es.

Fall 11 (weitere Abwandlung von Fall 9): S überredet F, dieser möge einen Mitgefangenen des L zu der Tat überreden. Dies wird von F umgesetzt.

Fall 12: Der Polizeibeamte P verwirklicht auf der Dienststelle eine Körperverletzung im Amt gegenüber Z. A, der beste Freund des P, ist zufällig anwesend und beteiligt sich mit ebenbürtigen Schlägen an der Tat des P. A ist Beamter in einer Baubehörde und hat sonst nichts mit dem Polizeidienst zu tun.

Wer kein Amtsträger ist oder als Amtsträger nicht „während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst handelt", kann nicht Täter der Körperverletzung im Amt sein. Möglich ist aber eine Teilnahme gemäß den allgemeinen Regeln der §§ 26 ff. StGB.

---

[64] Zutreffend *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 340 Rn. 20; *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 9; *Jansen*, ZIS 2019, 1 (6).

[65] Instruktiv dazu *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor § 32 Rn. 154 ff.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 228 Rn. 15 ff.; *Rennicke*, ZJS 2019, 465.

[66] Siehe *Lilie*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2009, § 340 Rn. 15.

[67] Siehe aber *Eidam*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 136a Rn. 53, der darauf hinweist, dass „es mehr oder minder selbstverständlich sein dürfte, dass niemand in körperliche Misshandlungen oder in eine Quälerei einwilligen wird."

[68] Anders *Küpper/Börner*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 37, die bereits wegen des Verstoßes gegen die Amtspflicht die Sittenwidrigkeit i.S.d. § 228 StGB bejahen; dagegen mit Recht *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 340 Rn. 9.

Die Amtsträgereigenschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal.[69] Fehlt diese beim Teilnehmer, ist zu eruieren, inwieweit § 28 StGB anwendbar ist. Die Vorschrift differenziert in Abs. 1 und Abs. 2 danach, ob es sich um ein straf*begründendes* oder ein straf*modifizierendes* Merkmal handelt.[70] Die meisten Stimmen gehen von letzterem aus, weil, so wird argumentiert, mit § 223 StGB ein Grunddelikt vorhanden sei, dessen Strafe bei Vorliegen der Amtsträgereigenschaft „geschärft" werde. Man spricht von einem *unechten* Amtsdelikt und wendet § 28 Abs. 2 StGB an.[71] Richtigerweise ist jedoch zu unterscheiden: Soweit es um Fälle des „Begehens" geht, ist der h.M. beizupflichten. Handelt es sich jedoch um Konstellationen, in denen Verhaltensweisen, die üblicherweise Teilnahmen wären, zum täterschaftlichen „Begehenlassen" hochgestuft werden,[72] existiert kein entsprechendes Grunddelikt, auf das der Beteiligte als Täter zurückfällt. Insoweit kann § 340 StGB nur von Amtsträgern verwirklicht werden und ist ein *echtes* Amtsdelikt. Dann liegt ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal vor, und es gilt die Strafmilderungsvorschrift des § 28 Abs. 1 StGB.[73]

Eigenartig sind Fälle der Teilnahme an „begangenen" qualifizierten Körperverletzungen im Amt gem. § 340 Abs. 3 StGB. Denn auch wenn die Amtsträgereigenschaft als besonderes persönliches Merkmal beim Anstifter oder Gehilfen fehlt, sind die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 StGB nicht erfüllt. Dies findet seinen Grund darin, dass die Strafrahmen der §§ 224, 225, 226, 226a und 227 StGB durch § 340 Abs. 3 StGB nicht verändert werden, dort für den Amtsträger die Strafe also nicht „geschärft" wird. Eine von der h.M. als Rechtsfolge an § 28 Abs. 2 StGB gekoppelte Tatbestandsverschiebung unterbleibt.[74]

Zum Schluss: Ist der Teilnehmer Amtsträger, hat aber nicht „während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst" gehandelt, könnte man ebenfalls die Anwendung des § 28 StGB in Betracht ziehen. Dann müsste es sich bei dem „Dienstbezug" wiederum um ein besonderes persönliches Merkmal handeln. Die Rechtsprechung orientiert sich bei der Abgrenzung der persönlichen von den sachlichen Merkmalen an dem Kriterium, ob das Merkmal in dem jeweiligen Straftatbestand schwerpunktmäßig die Persönlichkeit des Täters oder seine Tat kennzeichnet.[75] Folgt man dem, spricht für ein besonderes persönliches Merkmal, dass bezogen auf den Amtsträger explizit verlangt wird, dass es sich um „*seinen* Dienst" handelt. Dagegen wird man bei der Einordnung jedoch für ausschlaggebend halten müssen, dass die Voraussetzung überwiegend den objektiven Kontext beschreibt, in dem die Tat stattfindet: mit Bezug zur konkreten Amtsführung statt rein außerdienstlich motiviert. Somit liegt ein besonderes persönliches Merkmal nicht vor.

Zu Fall 9: F hat eine Körperverletzung im Amt gem. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB begangen. S hat ihn dazu angestiftet (§ 26 StGB). Weil S kein Amtsträger ist und es sich in den Fällen des „Begehens" um ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal handelt, gilt § 28 Abs. 2 StGB. Nach der herr-

[69] Siehe BGHSt 6, 260 (262); *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 15. In den Kategorien des § 14 Abs. 1 StGB ist es ein „besonderes persönliches Verhältnis" also eine nach außen wirkende Beziehung des Menschen zu seiner Umwelt, anderen Menschen, Dingen und Institutionen. Hierzu *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 28 Rn. 18 ff.; *Valerius*, Jura 2014, 15.

[70] Näheres bei *Mansouri*, ZJS 2024, 888 (890 f.).

[71] H.M., siehe z.B. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 340 Rn. 8; *Voßen-MacCormaic*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 36.

[72] Siehe oben Punkt 2. c) cc).

[73] Zutreffend *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 340 Rn. 14; siehe auch *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 15.

[74] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 340 Rn. 6; *Kuhlen/Zimmermann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 13.

[75] Siehe BGHSt 39, 326 (328); 63, 282 (284); zur Kritik *Haas*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 28 Rn. 9.

schenden sog. Tatbestandslösung wird der Tatbestand, aus dem der Beteiligte bestraft wird, zu dem Delikt verschoben, das ohne das besondere persönliche Merkmal vorliegt,[76] hier also die Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB. Somit ist S strafbar wegen Anstiftung zur Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 26 StGB. Für die Strafverfolgung ist ein Strafantrag erforderlich (§ 230 StGB).[77]

Zu Fall 10: F hat wegen des Einsatzes des Schlagstocks eine gefährliche Körperverletzung im Amt begangen. Dazu hat S angestiftet. Eine Tatbestandsverschiebung wie in Fall 10 unterbleibt jedoch, denn zwar fehlt S auch hier das besondere persönliche Merkmal, dieses schärft die Strafe jedoch nicht, weil der Strafrahmen der gefährlichen Körperverletzung im Amt gegenüber § 224 StGB nicht erhöht ist. Somit ist F strafbar gem. § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 26 StGB.

Zu Fall 11: F hat die Körperverletzung im Amt „begehen lassen" (§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB), weil er seinerseits in dem Mitgefangenen des L den Tatentschluss zu der Körperverletzung geweckt hat. Wie erläutert, wirkt das besondere persönliche Merkmal in diesen Fällen nicht straf*schärfend*, sondern straf*begründend*, sodass S sich wegen Anstiftung zur Körperverletzung im Amt gem. §§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 26 StGB strafbar gemacht hat. Seine Strafe ist gem. § 28 Abs. 1 StGB zu mildern.

Zu Fall 12: P ist wegen der gemeinschaftlichen Tat einer gefährlichen Körperverletzung im Amt schuldig, § 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. B ist zwar Amtsträger, hat aber keine Beziehung zur Polizeitätigkeit und handelt deshalb nicht „während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst". Eine täterschaftliche Bestrafung gem. § 340 Abs. 1 StGB scheidet also aus. Es bleibt für ihn eine Strafbarkeit gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB sowie eine Beihilfe zu der gefährlichen Körperverletzung im Amt des P (§§ 340 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, Abs. 3 StGB i.V.m. § 224 Abs. 1 Nr. 4, 27 StGB), die auf Konkurrenzebene hinter der eigenen gefährlichen Körperverletzung zurücktritt.[78]

[76] Lehrreich hierzu *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 28 Rn. 15 ff.

[77] Siehe *Grünewald*, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 340 Rn. 1.

[78] Vgl. *Ingelfinger*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 27 Rn. 24 i.V.m. StGB § 26 Rn. 21.

Fortgeschrittenenklausur zum Handels- und Gesellschaftsrecht: „Bezahlen für den Porsche der anderen?

*Prof. Dr. Günter Reiner, Wiss. Mitarbeiter RA Roman Hermann, Hamburg**

Der nachfolgende Fall wurde in leicht abgewandelter Form als 80-minütige Abschlussklausur zum Modul „Handelsrecht" im Bachelor-Studiengang „Rechtswissenschaft für die öffentliche Verwaltung" an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg (HSU) gestellt. Er thematisiert die Gesellschafterhaftung einschließlich der Nachhaftung im Recht der OHG, die gesetzliche Haftung des Erwerbers eines Handelsgewerbes nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB und die (negative) Registerpublizität nach § 15 Abs. 1 HGB. Bei den ungeschriebenen Grenzen des § 15 Abs. 1 HGB für den Fall, dass selbst bei abstrakter Betrachtung kein schutzwürdiges Vertrauen erkennbar ist, liegt der Pfiff des Falles. Hier ist das Problembewusstsein der Bearbeiter und ihr Verständnis für den Zweck der Regelung gefragt. Weiter kennzeichnend für diesen im Übrigen handelsrechtlich mittelschweren Fall sind die Vielzahl der beteiligten Personen- und Zeitangaben und vor allem die Notwendigkeit eines verschachtelten Aufbaus mit mehreren Inzidentprüfungen. Insgesamt dürfte das Niveau dieses Falles auch einer Abschlussklausur in der Fortgeschrittenenübung des rechtswissenschaftlichen Studiums gerecht werden.

Sachverhalt

A, B und C sind die einzigen Gesellschafter der ABC-OHG (ABC). Die ABC handelt mit seltenen und hochwertigen Automobilen. Gesellschafter B beschließt eines Tages, den Autohandel hinter sich zu lassen, um sich den Rest seines Lebens ganz seiner Leidenschaft für die Bienenzucht zu widmen. Er scheidet am 12.10.2024 aus der ABC aus; eine Eintragung seines Ausscheidens im Handelsregister erfolgt nicht.

W, ehemaliger Rennfahrer, ist ebenfalls Inhaber eines Autohandels, den er unter der Firma W e.K. betreibt. Seinem Mitarbeiter X hat er gestattet, Geschäfte mit „ppa." zu zeichnen, ihn gleichzeitig jedoch angehalten, nicht eigenmächtig Autos für einen Kaufpreis über 100.000 € anzukaufen; Eintragungen in Bezug auf diese Gestattung in das Handelsregister erfolgen nicht. Am 20.2.2025 erwirbt X im Namen des W e.K., aber ohne Rücksprache mit ihm, von Sammler V einen gepflegten Porsche 365 (Marktwert: 150.000 €) für 105.000 €; Übereignung, Übergabe und Bezahlung sollen in vier Wochen erfolgen.

W aber weigert sich, den Vertrag mit V anzuerkennen, zumal er seinen Autohandelsbetrieb bereits per Unternehmenskaufvertrag vom 10.2.2025 an die ABC verkauft hat und die ABC nach dem Vertrag nicht für Altverbindlichkeiten des W haftet. Die Übertragung des Unternehmens und die Zahlung des Kaufpreises finden am 1.3.2025 statt. In der Hoffnung, vom weit bekannten Namen des W zu profitieren, führt die ABC den Autohandel des W unter der Firma „ABC-OHG, Nachfolge W e.K." fort. Inhaberwechsel und Firmenänderung werden am 10.3.2025 im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht; der Haftungsausschluss für Altverbindlichkeiten findet keine Erwähnung.

* Der Verf. *Dr. Günter Reiner* ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts-, Wirtschaftsrecht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg (HSU HH). Der Verf. *Roman Hermann* ist Wiss. Mitarbeiter an der HSU HH sowie Rechtsanwalt.

Mit dem Unternehmenskauf hat sich die ABC finanziell übernommen. A und C stehen zudem auch persönlich finanziell nicht gut da; der Aufenthaltsort von W ist unbekannt.

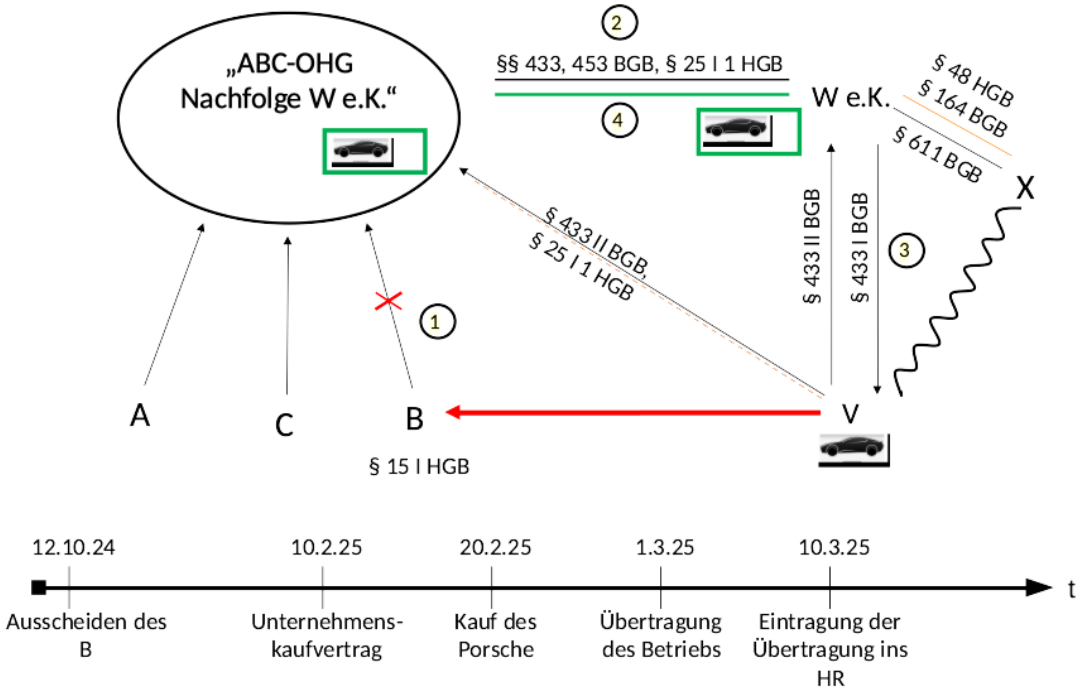
V, der seinen Kaufpreis für den Porsche noch nicht erhalten hat, wendet sich daher an B, den er im Handelsregister noch als Mitgesellschafter von A und C ausgemacht hat. V ist der Meinung, die ABC habe durch die Übertragung des Autohandels die Verbindlichkeiten des W übernommen und B müsse für die Schulden der Gesellschaft haften. B entgegnet, die Haftung der ABC für Altverbindlichkeiten des W sei im Unternehmenskaufvertrag ausdrücklich ausgeschlossen worden. Außerdem sei er längst nicht mehr Gesellschafter der ABC.

Fallfrage

Kann V von B Zahlung des Kaufpreises für den Porsche i.H.v. 105.000 € verlangen?

Vorbereitung

Bei Sachverhalten mit mehreren Beteiligten und Rechtsverhältnissen empfiehlt sich zunächst die Anfertigung einer Sachverhaltsskizze. Die Zeitangaben lassen sich mithilfe eines Zeitstrahls visualisieren. Dies könnte wie folgt aussehen. Die Zahlen in Kreisen markieren die zeitliche Reihenfolge:



Vorüberlegung

V macht einen Kaufpreisanspruch geltend. Käufer des von V verkauften Wagens ist nicht B, sondern der W. Denkbar wäre aber ein abgeleiteter Kaufpreisanspruch des V gegen B in dessen Eigenschaft als Gesellschafter der ABC-OHG, denn nach § 126 S. 1 HGB haften Gesellschafter gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft. Dieser Weg würde voraussetzen, dass die ABC ihrerseits (Mit-)Schuldnerin des Kaufpreisanspruchs geworden ist. Da die ABC ebenfalls nicht Vertragspartnerin

des Kaufvertrags ist, kommt hier nach Lage des Falles allein ein gesetzlicher Schuldbeitritt nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB in Betracht. Daraus ergibt sich die folgende (im Gutachtenstil formulierte) Lösungshypothese als Einstieg in die Falllösung:

V kann von B Zahlung des Kaufpreises für den Porsche i.H.v. 105.000 € möglicherweise nach § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 25 Abs. 1 S. 1, 126 S. 1 HGB verlangen. Dazu müsste die ABC Schuldnerin des Kaufpreisanspruchs geworden (nachfolgend I.) und B Gesellschafter der ABC sein oder sich jedenfalls wie ein Gesellschafter behandeln lassen müssen (nachfolgend II.).

Bearbeitungsvermerk

Der nachfolgende Aufbau der Lösung orientiert sich an der Struktur einer Prüfung der akzessorischen Gesellschafterhaftung nach § 126 S. 1 HGB (i.V.m. der jeweiligen Anspruchsgrundlage). Alle relevanten Sachverhaltsangaben und Problempunkte (für versiertere Bearbeiter bereits bei Lektüre des Sachverhalts erkennbar: Firmenfortführung und Haftungsausschluss, Umfang der Prokura/Wirksamkeit des Kaufvertrags, Rechtsschein des Handelsregisters) lassen sich den Tatbestandsmerkmalen „Verbindlichkeit der Gesellschaft“ und „Gesellschafter“ (gemeint ist: Gesellschafterstellung) zuordnen. Hierüber ergibt sich eine stringente, wenn auch verschachtelte Prüfung, die die Verbindung zwischen dem Kaufpreisanspruch des V und der Haftung des B fortwährend erkennen lässt.

Viele Bearbeiter gingen einen charmanten, aber angreifbaren alternativen Weg, indem sie den Brückenschlag vom Kaufvertrag zwischen V und W zur Haftung des B über mehrere Zwischenschritte vollzogen und dabei chronologisch begannen: Zunächst prüften sie – losgelöst von § 126 S. 1 HGB – die Entstehung des Kaufpreisanspruchs im Verhältnis zwischen W und V, dann die Überleitung der Haftung auf die ABC und schließlich die Einstandspflicht des B als (ehemaliger) Gesellschafter der ABC. Dieser ebenfalls vertretbare Aufbau kommt ohne Verschachtelung aus. Allerdings vermag er, jedenfalls ohne geeignete Erläuterungen zum Aufbau, den Leser/Korrektor am Ende nicht restlos davon zu überzeugen, dass die Prüfungsreihenfolge einem Plan folgte und der Verfasser nicht etwa die Gefahr in Kauf nahm, Dinge zu prüfen, die sich später als irrelevant erweisen könnten.

Lösungsvorschlag

I. Kaufpreisschuld als Gesellschaftsverbindlichkeit 74
1. Erwerb des Handelsgeschäfts des W durch die ABC 74
2. Fortführung von Handelsgeschäft und Firma 75
3. Kaufpreisschuld als „Verbindlichkeit des früheren Inhabers“ 75
   a) Wirksamer Kaufvertrag zwischen W und V über den Porsche 76
   b) Kaufpreisschuld „im Betriebe des Geschäfts begründet“ 77
4. Haftungsausschluss mit Wirkung gegenüber V 78

II. Gesellschafterstellung des B 79
1. Tatsächliche Gesellschafterstellung 79
2. Gesellschafterstellung kraft Rechtsscheins des Handelsregisters 80
   a) Rechtsschein des Handelsregisters 80
   b) Gutgläubigkeit des Dritten 81

c) Reichweite der Publizitätswirkung: Einschränkung des Vertrauensschutzes.....82
III. Gesamtergebnis 83

I. Kaufpreisschuld als Gesellschaftsverbindlichkeit

Nicht die ABC, sondern W ist Käufer des Porsche, sodass eine Verpflichtung der ABC zur Zahlung des Kaufpreises, die unmittelbar aus § 433 Abs. 2 BGB abgeleitet werden könnte, ausfällt. Die ABC könnte dem V aber neben W den Kaufpreis aus dem zwischen V und W geschlossenen Kaufvertrag schulden, wenn es nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB zu einem gesetzlichen Schuldbeitritt[1] gekommen ist. Dazu müsste sie das „Handelsgeschäft“[2] des W, in dessen Betrieb der Wagen gekauft wurde, in anderer Weise als durch Erbfall („unter Lebenden“) erworben (nachfolgend I. 1.) und die bisherige Firma fortgeführt haben (nachfolgend I. 2.). War der Kaufvertrag über den Porsche wirksam (nachfolgend I. 3.) und wurde im Rahmen des Unternehmenskaufs zudem kein wirksamer Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB vereinbart (nachfolgend I. 4.), haftet die ABC für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, also auch für die Kaufpreisschuld.

1. Erwerb des Handelsgeschäfts des W durch die ABC

Der „Erwerb“ eines Handelsgeschäfts i.S.d. § 25 HGB setzt voraus, dass der Inhaber des Unternehmens (also die Unternehmensträgerschaft) zumindest vorübergehend wechselt, und nach einer streitigen Literaturmeinung zusätzlich, dass dieser Wechsel auf Rechtsgeschäft beruht.[3] Maßgebend für den Inhaberwechsel ist jedenfalls nicht schon die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung aus dem Unternehmenskaufvertrag, sondern die Übertragung des Unternehmens (Geschäftsbetriebs), d.h. die Übertragung seiner Vermögensgegenstände.[4]

Nach dem Sachverhalt hat die ABC „den Autohandel“ von W mit „Unternehmenskaufvertrag“ vom 10.2.2025 gekauft, während die „Übertragung des Unternehmens“ erst am 1.3.2025 erfolgte.[5]

---

[1] Die h.M. sieht in der Anordnung der Erwerberhaftung für Altverbindlichkeiten einen gesetzlichen Schuldbetritt, vgl. etwa BGH, Urt. v. 8.5.1989 – II ZR 237/88, Rn. 13 (juris); *Bömeke*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.7.2025, § 25 Rn. 46; a.A. *Thiessen*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 25 Rn. 66 ff., der weiter geht und in der Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB eine Vertragsüberleitung auf den Erwerber unter zeitlich begrenzter Forthaftung des Veräußerers erblickt.

[2] Der Begriff des Handelsgeschäfts wird im HGB nicht konsequent verwendet. Gemeint ist vereinzelt das Handelsgeschäft nach § 343 HGB als Rechtsgeschäft eines Kaufmanns, andernorts das Handelsgewerbe als Gewerbebetrieb i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB. Bei § 25 HGB ist auf den Erwerb des Handelsgewerbes abzustellen (*Thiessen*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 25 Rn. 42 f.).

[3] Umstritten ist im Einzelnen, ob die Haftung einen „Erwerb des Unternehmens auf rechtsgeschäftlicher Grundlage“ voraussetzt (so etwa *Bömeke*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.7.2025, § 25 Rn. 23 ff.; *Thiessen*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 25 Rn. 42 f., und *Ries*, in: Röhricht u.a., HGB, Kommentar, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 9) oder ob ein „Vertragsverhältnis“ zwischen Erwerber und Veräußerer „sogar ganz fehlen kann“ (so etwa BGH, Urt. v. 4.11.1991 – II ZR 85/91, Rn. 12 [juris]; BGH, Urt. v. 24.9.2008 – VIII ZR 192/06, Rn. 13 [juris]; aus dem Schrifttum *Vossler*, in: Oetker, HGB, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 25 Rn. 14; *Förster*, in: Heymann, HGB, Großkommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2019, § 25 Rn. 25).

[4] *Ries*, in: Röhricht u.a., HGB, Kommentar, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 2: Der „Rechtsgrund des Erwerbs ist unerheblich“. Für die weitaus umstrittenere Frage, ob ein Erwerb überhaupt ein (wirksames) Erwerbsgeschäft voraussetze, siehe bereits die vorstehende Fußnote.

[5] Das „Unternehmen“ ist im deutschen Zivilrecht kein als solches übertragbares Objekt. Vielmehr wird es als Inbegriff an Betriebsmitteln (Sachen, Rechte, Verträge, sonstige Vermögensgegenstände, ggf. auch Verbindlichkeiten) verstanden, die beim sog. „Asset Deal“ einzeln zu übertragen sind (soweit kein gesetzlicher Übergang stattfindet).

Mithin ist die ABC am 1.3.2025 infolge rechtsgeschäftlicher Übertragung des Unternehmens Inhaberin des Geschäfts des W geworden, sodass es auf den vorgenannten Meinungsstreit nicht ankommt.

Bearbeitungshinweis: Die in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Rechtsfrage, ob eine Erwerberhaftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB auch im Falle einer unwirksamen Übertragung oder eines unwirksamen Rechtsgrunds eingreift (siehe zu dieser Frage die Nachweise in Fußnote 3), wird hier also nicht thematisiert. Es würde fehlendes Problembewusstsein indizieren, an dieser Stelle Wissen zu präsentieren, das für die Falllösung nicht von Bedeutung ist.

Das erworbene Gewerbe gilt auch als Handelsgewerbe, weil W den Autohandel unter der Firma W e.K. betreibt, also als Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob W sich als Ist-Kaufmann hat eintragen lassen (§§ 1 Abs. 1, 29 HGB) und ob sein Gewerbe immer noch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB erfüllt (vgl. § 5 HGB) oder aber, ob er nur „Kann-Kaufmann“ (§ 2 Abs. 1 HGB) ist.

2. Fortführung von Handelsgeschäft und Firma

Die ABC führt den Autohandel des W laut Sachverhalt unter der Firma „ABC-OHG, Nachfolge W e.K.“ fort. Der Nachfolgezusatz (vgl. zur Zulässigkeit § 22 Abs. 1 HGB) schließt die Anwendung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB nicht aus („mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes“).

Bearbeitungshinweise:
(1) Darauf, ob die ABC gegenüber W das Recht hatte, dessen nach § 12 BGB geschützten Eigennamen fortzuführen, und ob insbesondere die Zustimmung des W vorlag, kommt es bei § 25 Abs. 1 S. 1 HGB, anders als beim Forderungsübergang nach S. 2, der expressis verbis eine Zustimmung voraussetzt, nicht an;[6] § 25 Abs. 1 S. 1 HGB wirkt auch bei unberechtigter Firmenfortführung.[7]
(2) Da sich der Sachverhalt mit der pauschalen Feststellung begnügt, dass die ABC „den [gesamten] Autohandel“ des W „fortführt“, ist hier das Tatbestandsmerkmal des „Fortführens“ nicht weiter problematisch. Anders wäre es, wenn nur Teile der Geschäftsausstattung übertragen würden. Notwendig und hinreichend ist jedenfalls eine Fortführung des Handelsgewerbes in seinem wesentlichen Bestand;[8] Maßstab ist die Kontinuität des Unternehmens aus Sicht des „maßgeblichen“ Verkehrs.[9]

3. Kaufpreisschuld als „Verbindlichkeit des früheren Inhabers“

Der von V geltend gemachte Kaufpreisanspruch müsste eine Verbindlichkeit des W sein, die in dessen Betrieb wirksam begründet wurde (sog. Altverbindlichkeit).

[6] Z.B. *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 25 Rn. 11.
[7] Z.B. *Reuschle*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 25 Rn. 55 ff.
[8] *Merkt*, in: Hopt, HGB, Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 25 Rn. 6; Ries, in: Röhricht u.a., HGB, Kommentar, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 7: „Das Unternehmen muss in seinem Kern erworben werden“.
[9] BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 321/08, Rn. 13, 18 (juris); *Förster*, in: Heymann, HGB, Großkommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2019, § 25 Rn. 33 f.

a) Wirksamer Kaufvertrag zwischen W und V über den Porsche

Laut Sachverhalt hat der Mitarbeiter X „im Namen des W“ den Porsche entgeltlich „erworben“. Dies dürfte wirklichkeitsnah im Sinne eines Kaufvertrags auszulegen sein. Zwar ist hier der Kaufvertrag nicht durch eine direkte Einigung zwischen V und W zustande gekommen. Jedoch ist X beim Vertragsschluss mit V als Vertreter („im Namen“) des W aufgetreten, sodass der Vertrag nach den Regeln der Stellvertretung mit Wirkung für und gegen W zustande gekommen sein könnte (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine wirksame Vertretung setzt, neben der Abgabe einer eigenen Willenserklärung des Vertreters, die hier unproblematisch vorliegt, und dem (ausdrücklichen) Handeln in fremden Namen, das hier nach dem Sachverhalt ebenfalls gegeben ist, das Vorliegen einer ausreichenden Vertretungsmacht voraus.

In Betracht kommt hier eine Vollmacht (§ 166 Abs. 2 BGB) in Gestalt einer Prokura.

W hat als Inhaber seines Handelsgeschäfts dem X gestattet, Geschäfte mit „ppa“ (lat. für „per procura“, gleichbedeutend mit „aufgrund von Prokura“) „zu zeichnen“. Damit hat er ihn mittels ausdrücklicher Erklärung zum Prokuristen bestellt (§ 48 HGB). Unschädlich ist, dass die Eintragung der Erteilung der Prokura ins Handelsregister unterblieben ist. Die nach § 53 Abs. 1 S. 1 HGB erforderliche Eintragung der Erteilung wirkt nämlich nur deklaratorisch.[10]

Bearbeitungshinweis: Für die Klausurersteller ist der Hinweis, dass die Prokura (und die ohnehin nicht eintragungsfähige Beschränkung der Höhe nach, siehe nachfolgend) nicht in das Handelsregister eingetragen wurde, eine einfache Gelegenheit, um den Fall um ein weiteres Problem zu bereichern. Die unterbliebene Eintragung der Prokura stellt ein Standardproblem dar, das aus Prüflingssicht mit einer knappen Feststellung der deklaratorischen Wirkung der Eintragung „abgehakt“ werden kann.

Die weitere Frage ist, ob der Umfang der mit der Prokura verbundenen Vertretungsmacht für den Kauf des Porsche ausreichte, denn W hat den X gleichzeitig „angehalten, keine Autos für einen Kaufpreis über 100.000 € anzukaufen“.

Nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb *eines* Handelsgewerbes mit sich bringt. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Der Abschluss eines Kaufvertrags über einen PKW ist der Art nach ein Rechtsgeschäft, das der Betrieb *irgendeines* Handelsgewerbes mit sich bringt. Hier liegt es sogar im Bereich des konkreten Geschäftsgegenstands, was nach dem Gesetz aber gar nicht erforderlich wäre.

Eine Beschränkung des Umfangs der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 Abs. 1 HGB). Die Anordnung des W, keine Fahrzeuge für einen Kaufpreis über 100.000 € anzukaufen, hat somit keine Auswirkungen auf die Prokura, sondern entfaltet nur im (arbeitsrechtlichen) Innenverhältnis zwischen W und X Wirkungen.

Bearbeitungshinweis: Einige Bearbeiter haben im Hinblick auf die Reichweite der Vertretungsmacht zusätzlich argumentiert, dass der Kauf des Porsche im wohlverstandenen wirtschaftlichen Interesse des W stehe, da der Kaufpreis (105.000 €) weit unter dem Marktpreis (150.000 €) liege. Diese Argumentation ist verfehlt, weil sie unterstellt, der Umfang der Prokura werde bei weisungswidrigen Geschäften, die nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegen, durchaus beschränkt.

[10] *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 53 Rn. 1; *Teichmann*, in: Heymann, HGB, Großkommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2019, § 53 Rn. 3.

Fraglich ist höchstens noch, ob die Prokura des X durch die Veräußerung des Unternehmens erloschen ist oder jedenfalls nicht mehr zu Lasten des bisherigen Inhabers wirken konnte. Die Prokura beruht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Prinzipal und Prokuristen,[11] enthält also ein starkes persönliches Element, das sich in ihrer Erteilung ausschließlich durch den Prinzipal (§ 48 Abs. 1 HGB) und der fehlenden Übertragbarkeit niederschlägt.[12] Daher führt ein Wechsel des Unternehmensträgers grundsätzlich[13] zum Erlöschen der Prokura.[14] Als der Porsche-Kaufvertrag am 20.2.2025 vereinbart wurde, war der schuldrechtliche Unternehmenskaufvertrag vom 10.2.2025 bereits abgeschlossen, die Übertragung des Unternehmens stand aber noch aus, sodass das Geschäft zu diesem Zeitpunkt noch von W als Inhaber geführt wurde. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum die Prokura nicht mehr zu Lasten des W wirken sollte.

Der Kaufvertrag war also von der Vertretungsmacht des X gedeckt, die Weigerung des W, den Vertrag mit V „anzuerkennen“, ändert daran nichts. Somit ist die Kaufpreisschuld des W gegenüber V i.H.v. 105.000 € nach § 433 Abs. 2 BGB wirksam entstanden.

Bearbeitungshinweis: Einige Bearbeiter erörterten eine Einschränkung des gesetzlichen Umfangs der Prokura nach den Grundsätzen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht. Solche Ausführungen, mit denen die Bearbeiter offenbar ein auswendig gelerntes Prüfungsschema zum Vertretungsrecht abarbeiteten, wurden nur dann honoriert, wenn der Gedanke in wenigen Sätzen verworfen wurde. Der Sachverhalt hält keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Limitüberschreitung für den Vertragspartner V evident im Sinne (massiver) objektiver Verdachtsmomente gewesen wäre[15] oder gar, dass V mit X kolludiert hätte.[16] Gegen eine Evidenz des Umstands, dass X gegen den Willen und das Interesse des Geschäftsherrn handelte, spricht schon der Umstand, dass der Kaufvertrag für W wirtschaftlich günstig war, da er den Wagen 45.000 € unter dem Marktwert (150.000 €/105.000 €) erwerben konnte.

b) Kaufpreisschuld „im Betriebe des Geschäfts begründet“

Diese Kaufpreisverbindlichkeit des W gegenüber V müsste weiterhin eine „im Betriebe des Geschäfts [des W] begründete Verbindlichkeit“ sein. Es geht also um die Abgrenzung zwischen Geschäfts- und Privatverbindlichkeit.[17] Geschäftsverbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten, die aus einem Handelsgeschäft hervorgegangen sind (§ 343 HGB). Da W einen kaufmännischen Autohandel betreibt (siehe oben unter I. 1.) und der Kauf des Porsche im Rahmen dieses Geschäftsbetriebs erfolgt ist, handelt es sich um eine Geschäftsverbindlichkeit des W.

[11] *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 52 Rn. 31.
[12] *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 52 Rn. 31.
[13] Eine ausdrücklich geregelte Ausnahme findet sich in § 52 Abs. 3 HGB für den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.
[14] Die nach § 29 HGB notwendige Eintragung des Inhaberwechsels ist im Hinblick auf das Erlöschen der Prokura nur deklaratorisch (*Fischinger*, in: Staub, HGB, Großkommentar, Bd. 1/2, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 26, 50 ff.).
[15] Zum Erfordernis der Evidenz siehe *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 167 Rn. 51.
[16] Zur Kollusion siehe z.B. *Schäfer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 167 Rn. 50.
[17] Bei Handelsgesellschaften genügt der Hinweis, dass alle Geschäfte notwendig betriebszugehörig sind, weil es an einer privaten Sphäre fehlt (*Maultzsch*, in: MüKo-HGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2025, § 343 Rn. 19, m.w.N.).

Bearbeitungshinweis: Der Sachverhalt begründet keine Zweifel an der Zugehörigkeit des Geschäfts zum Handelsgewerbe des W. Der Rückgriff auf die Vermutung des § 344 HGB ist daher entbehrlich, aber nicht falsch.

c) Zwischenergebnis zu § 25 Abs. 1 S. 1 HGB

Bis zu diesem Punkt würde die ABC nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Erfüllung des Kaufpreisanspruchs des V aus dem zwischen V und W geschlossenen Kaufvertrag haften, sofern sie nicht gem. § 25 Abs. 2 HGB mit W einen gegenüber V wirksamen Haftungsausschluss vereinbart haben sollte.

4. Haftungsausschluss mit Wirkung gegenüber V

B beruft sich gegenüber V darauf, dass die ABC im Unternehmenskaufvertrag ihre Haftung für Altverbindlichkeiten explizit ausgeschlossen hat. Wie sich aus § 25 Abs. 2 HGB ergibt, entfaltet ein solcher Haftungsausschluss jedoch nur dann Wirkung gegenüber „Dritten“, also insbesondere Gläubigern wie V, wenn er „in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist“.

Diese Voraussetzung ist laut Sachverhalt hier gerade nicht erfüllt, denn der Haftungsausschluss findet im Handelsregister „keine Erwähnung“. Für eine besondere Mitteilung des W oder der ABC an V über den Haftungsausschluss, die ungewöhnlich wäre und daher nicht unterstellt werden darf, enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Bearbeitungshinweis: Besonders findige Bearbeiter könnten hier auf die Idee verfallen, den Umstand, dass B sich gegenüber V auf den Haftungsausschluss beruft, als Mitteilung i.S.v. § 25 Abs. 2 Fall 2 HGB zu qualifizieren. Das ist insoweit nicht ganz abwegig, als die Rechtsprechung dem Erwerb zeitlich nachgelagerte „unverzügliche“ Mitteilungen grundsätzlich zulässt.[18] Allerdings sollte diese Auslegung nicht dazu führen, dass die Voraussetzung nach § 25 Abs. 2 Fall 2 HGB leer läuft. Genau eine solche Gefahr besteht aber, wenn man die „Mitteilung“ des Haftungsausschlusses sogar erst im späteren Rechtsstreit mit dem Gläubiger ausreichen lässt. Hinzu kommt, dass B nach seinem Ausscheiden aus der ABC kaum mehr als Repräsentant der ABC als der Erwerberin angesehen werden kann, sodass seine Mitteilung nicht „von dem Erwerber oder dem Veräußerer“ erfolgt wäre. Insbesondere könnte sich B hier nicht darauf berufen, dass er laut Handelsregister noch – vertretungsberechtigter, § 124 Abs. 1 HGB – (Schein-)Gesellschafter ist. Die Eintragung seines Ausscheidens aus der Gesellschaft ist eine eigene „Angelegenheit“ i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB, sodass er selbst (zu V siehe weiter unten unter I. 2.) nicht gleichzeitig von der negativen Registerpublizität geschützter „Dritter“ im Sinne dieser Norm sein kann. Da es insgesamt doch recht weit hergeholt wirkt, das Berufen des B auf den Haftungsausschluss als Mitteilung der ABC i.S.d. § 25 Abs. 2 Fall 2 HGB zu deuten, wurden Ausführungen hierzu nicht erwartet.

Somit wirkt der im Unternehmenskaufvertrag zwischen W und ABC vereinbarte Haftungsausschluss nicht im Verhältnis zu V.

[18] *Thiessen*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 25 Rn. 96.

Ergänzender Hinweis: Zum Haftungsausschluss bleibt abseits der Falllösung noch zu sagen, dass er sich zwar nicht im Außenverhältnis gegenüber V auswirkt, allerdings nicht gänzlich ins Leere geht. Im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ist eine solche Vereinbarung regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Veräußerer den Erwerber zumindest im Innenverhältnis von den wirtschaftlichen Folgen der Haftung im Außenverhältnis freizustellen bzw. dem Erwerber, falls er schon an den Gläubiger bezahlt hat, Auslagenersatz zu leisten hat.[19] Denkbar ist ferner, den Haftungsausschluss als Vereinbarung einer Haftquote im Rahmen des Ausgleichs nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen, welcher nach h.M. der durch den gesetzlichen Schuldbeitritt (§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB) erzeugten Gesamtschuld folgt. Nach anderer Meinung bewirkt § 25 Abs. 1 HGB eine gesetzliche Vertragsüberleitung und damit eine „partielle Universalsukzession“, wie man sie z.B. auch vom Umwandlungsgesetz her kennt. Daher soll es an der „gesamtschuldtypischen Gleichstufigkeit“ der Verbindlichkeiten des Erwerbers und des bisherigen Geschäftsinhabers fehlen.[20] An der internen Ausgleichspflicht, zumindest kraft Vereinbarung, ändert dies aber nichts. Der vorliegende Fall gibt den Bearbeitern jedenfalls keinen Anlass, etwaiges Wissen zum Meinungsstreit bezüglich der dogmatischen Grundlagen der in § 25 Abs. 1 S. 1 HGB angeordneten Rechtsfolge auszubreiten.

5. Zwischenergebnis

Da die ABC dem V den Kaufpreis für den durch W erworbenen Porsche kraft gesetzlicher Anordnung schuldet, handelt es sich um eine Gesellschaftsverbindlichkeit.

II. Gesellschafterstellung des B

1. Tatsächliche Gesellschafterstellung

Die akzessorische Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 126 S. 1 HGB setzt voraus, dass die Haftenden im Zeitpunkt des Entstehens der Gesellschaftsverbindlichkeit Gesellschafter sind; § 127 HGB dehnt diese Haftung auf Altverbindlichkeiten (Altschulden) der Gesellschaft aus, die bei Eintritt eines neuen Gesellschafters bereits bestanden. Ehemalige Gesellschafter wie B haften in den Grenzen der §§ 137, 151 HGB nur für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor oder gleichzeitig mit ihrem Ausscheiden begründet wurden. Eine Haftung ausgeschiedener Gesellschafter für erst nach ihrem Ausscheiden begründete Neuschulden der Gesellschaft ist nicht vorgesehen. B haftet als Gesellschafter somit nur, wenn die Kaufpreisschuld der ABC vor oder während seiner Mitgliedschaft in der Gesellschaft begründet wurde.

B war zunächst Gesellschafter und ist laut Sachverhalt mit Wirkung zum 12.10.2024, also mehrere Monate vor Erwerb des Autohandels am 1.3.2025 aus der ABC „ausgeschieden“. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt, zu dem die ABC begann, nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für die Kaufpreisschuld als Altverbindlichkeit des früheren Inhabers des Autohandels zu haften, nicht aber auf den (früheren) Zeitpunkt, zu dem die Kaufpreisschuld in der Person des früheren Inhabers (W) ursprünglich entstanden ist. Dies lässt sich dem Wortlaut des § 137 Abs. 1 HGB entnehmen („Scheidet ein Gesellschafter *aus der Gesellschaft aus*, so haftet er für *deren* bis dahin begründete Verbindlichkeiten, wenn [...].“).

[19] *Lettl*, WM 2006, 2336 (2242).
[20] *Thiessen*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 5 Rn. 70 sowie 22 und 23, 81 ff.

Die Überlegung, das Ausscheiden könnte mangels Eintragung im Handelsregister unwirksam sein, verfängt nicht, denn die Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters in das Handelsregister ist mangels einer gegenteiligen Anordnung des Gesetzes lediglich deklaratorisch.[21]

Bearbeitungshinweis: Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, ob das Fehlen der Eintragung darauf zurückzuführen ist, dass eine Anmeldung durch die Gesellschafter nach § 106 Abs. 6 und 7 HGB versäumt wurde, oder ob das Versäumnis in der Sphäre des Registergerichts liegt. Dies spielt hier auch keine Rolle, und darüber brauchen die Bearbeiter nicht zu spekulieren.

Unabhängig davon, ob man für den „Erwerb“ des Handelsgeschäfts i.S.d. § 25 Abs. 1 HGB und die damit verbundene (Mit-)Übernahme der Kaufpreisverbindlichkeit gegenüber V durch die ABC auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Unternehmenskaufs (10.2.2025), den Zeitpunkt der vollendeten Übertragung des Unternehmens (1.3.2025) oder auf einen etwaigen dazwischen liegenden Zeitpunkt abstellt, war die Kaufpreisverbindlichkeit mit Blick auf das Ausscheiden des B (12.10.2024) jedenfalls keine „bis dahin begründete Verbindlichkeit“ i.S.d. § 137 Abs. 1 S. 1 HGB.

Eine akzessorische Haftung des B aufgrund seiner tatsächlichen Gesellschafterstellung scheidet demzufolge aus.

Bearbeitungshinweis: Es wurde nicht vorausgesetzt, dass die Bearbeiter § 137 HGB als Argumentationshilfe für die Falllösung heranziehen. § 137 HGB ist eine „Enthaftungsregelung“, die die akzessorische Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsschulden voraussetzt und zeitlich einschränkt.[22] Dass ein Gesellschafter nur für Verbindlichkeiten haftet, die zeitlich vor seinem Ausscheiden begründet wurden, folgt bereits aus § 126 HGB. Der Wortlaut des § 137 HGB dient insoweit als systematisches Argument für die Auslegung der Reichweite der akzessorischen Gesellschafterhaftung nach § 126 HGB.

2. Gesellschafterstellung kraft Rechtsscheins des Handelsregisters

Das wirksame Ausscheiden des B aus der ABC vor Erwerb des Autohandelsgeschäfts könnte allerdings mangels Eintragung im Handelsregister nach § 15 Abs. 1 HGB im Verhältnis zu V unbeachtlich sein. Hiernach kann eine in das Handelsregister einzutragende, aber tatsächlich nicht eingetragene und bekanntgemachte Tatsache einem gutgläubigen Dritten „von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war“, „nicht entgegengesetzt werden“ (sog. negative Publizität des Handelsregisters).

a) Rechtsschein des Handelsregisters

Die negative Publizität schützt das Vertrauen (eines gutgläubigen Dritten) in das Schweigen des Handelsregisters. Der Rechtsschein geht dahin, dass eine eintragungspflichtige Tatsache, die nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, auch in Wahrheit nicht besteht. Vorliegend könnte das Vertrauen des V in die fortgesetzte Gesellschaftereigenschaft des B geschützt sein.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters ist eine nach § 106 Abs. 6 HGB anmelde- und damit auch eintragungspflichtige Tatsache. Die Eintragung erfolgt in Angelegenheiten des Gesellschafters selbst,

[21] Z.B. *Roth*, in: Hopt, HGB, Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 106 Rn. 36.
[22] So *Saam*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 137 Rn. 9 ff.

der durch sie entlastet und von einer potentiellen Haftung befreit wird.[23] Das Ausscheiden des B wurde nicht eingetragen und somit auch nicht bekanntgemacht (vgl. § 10 Abs. 1 HGB).

Bearbeitungshinweis: Die Bekanntmachung des Handelsregistereintrags erfolgt seit 1.8.2022 nicht mehr durch separate Veröffentlichung, sondern wird gesetzlich fingiert, sobald die (inzwischen kostenlose) Abrufbarkeit im elektronischen Portal des Handelsregisters (www.handelsregister.de) sichergestellt ist (§ 10 Abs. 1 HGB). Obwohl Eintragung und Bekanntmachung damit in der Regel Hand in Hand gehen, hat der Gesetzgeber an der Differenzierung beider Akte in § 15 HGB festgehalten.

b) Gutgläubigkeit des Dritten

V kann sich als „Dritter“ i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB auf das Schweigen des Handelsregisters nur berufen, wenn er nicht auf andere Weise (positive) Kenntnis vom Ausscheiden des B erlangt hatte.

Bearbeitungshinweis: Kennenmüssen oder grob fahrlässige Unkenntnis sind angesichts des eindeutigen Wortlauts der Norm unschädlich und daher nicht zu prüfen.

Zeitlich maßgeblich für die Kenntnis bzw. Gutgläubigkeit des Dritten ist bei § 15 Abs. 1 HGB der Moment, in dem „sich der für die Rechte des Dritten bedeutsame Vorgang ereignet“,[24] oder konkreter formuliert, der Moment, in dem er im (abstrakten) Vertrauen auf das Handelsregister (rechtsgeschäftlich) disponiert.[25] Die einzige hier in Betracht kommende rechtsgeschäftliche Disposition des V ist der Verkauf des Porsche an W am 20.2.2025. Demnach würde es darauf ankommen, ob V damals wusste, dass B nicht mehr Gesellschafter der ABC war. Dem Umstand, dass der Sachverhalt zu diesem Punkt, der im Gesetz als Ausnahme formuliert ist („[...] es sei denn [...]“) und für den B daher beweispflichtig wäre, schweigt, lässt sich entnehmen, dass zugunsten des V von dessen Gutgläubigkeit (i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB) ausgegangen werden darf.

3. Zwischenergebnis

Somit erscheinen hinsichtlich der Tatsache des Ausscheidens des B aus der ABC zugunsten des V alle Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 1 HGB erfüllt. Die Konsequenz wäre, dass B dem V sein Ausscheiden nicht „entgegensetzen“ kann, d.h., dass er als mithaftender Gesellschafter der ABC behandelt wird.

Bearbeitungshinweis: Alle Bearbeiter, die bis zu diesem Punkt gelangt sind, haben sich anstandslos mit dem (Zwischen-)Ergebnis abgefunden. Bearbeiter, die den Anspruch erheben, das Recht mit Verständnis anzuwenden, sollten jedoch an dieser Stelle prüfen, ob das Ergebnis wirklich sachgerecht ist und ob es dem Zweck des Gesetzes entspricht.

Merkwürdig erscheint hierbei allerdings, dass V nach § 15 Abs. 1 HGB für ein Vertrauen geschützt würde, das keinerlei Einfluss auf seine Entscheidung am 20.2.2025, den Porsche an W zu verkaufen, hatte und gar nicht haben konnte. Zu diesem Zeitpunkt war für ihn nicht vorhersehbar, dass W sein

[23] *Merkt*, in: Hopt, HGB, Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 15 Rn. 6.
[24] *Gehrlein*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 39.
[25] *Koch/Harnos*, in: Staub, HGB, Großkommentar, Bd. 1, Teilbd. 1, 6. Aufl. 2023, § 15 Rn. 63.

Handelsgeschäft rund zehn Tage später, am 1.3.2025, auf die ABC übertragen würde, deren Gesellschafter B nach dem Handelsregister noch war. Selbst wenn V vor Vertragsschluss zufälligerweise den Handelsregistereintrag der ABC eingesehen und dort einen ordnungsgemäßen Vermerk über das Ausscheiden des B festgestellt hätte, hätte dies seinen Entschluss zum Verkauf des Wagens an W wohl kaum beeinflusst. Ein dermaßen von der realen Schutzbedürftigkeit abgehobener, abstrakter Vertrauensschutz wäre schlicht widersinnig. Es besteht daher Anlass, über die Reichweite der Publizitätswirkung des § 15 Abs. 1 HGB nachzudenken.[26]

c) Reichweite der Publizitätswirkung: Einschränkung des Vertrauensschutzes

Im Normalfall des § 15 Abs. 1 HGB trifft der Dritte eine Disposition, die er möglicherweise nicht (so) getroffen hätte, wenn ihm die eintragungspflichtige Tatsache bekannt gewesen wäre. Dies ist hier anders, weil V gar nicht mit der Gesellschaft, sondern mit W kontrahiert hat. Wer Gesellschafter der ABC ist, wird ihn und vor allem – entsprechend der abstrakten Sichtweise des Vertrauensschutzes bei § 15 Abs. 1 HGB – auch jeden anderen an seiner Stelle in Zusammenhang mit dem Verkauf des Porsche herzlich wenig interessiert haben, wenn er nicht gerade zufällig damals schon von dem geplanten Verkauf des Betriebs des W an die ABC erfahren haben sollte. Dafür, dass Prokurist X, der möglicherweise selbst gar nicht auf dem Laufenden war, den V beim Verkaufsgespräch darüber informiert hätte, enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Die fehlende Aktualität des Handelsregisters war somit nicht kausal für den Autoverkauf des V, und dies wäre auch bei jedem anderen vernünftigen Dritten an der Stelle des V nicht anders gewesen.

Zwar setzt § 15 Abs. 1 HGB - anders als in Fällen der allgemeinen Rechtsscheinhaftung – keine *konkrete* Kausalität des Rechtsscheins für das Verhalten des Dritten in dem Sinne voraus,[27] dass *der Dritte* im Vertrauen auf den Registerinhalt gehandelt haben muss.[28] Dies lässt sich bereits dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen, und es ist dementsprechend allgemeine Meinung. Der Dritte muss das Handelsregister nicht einmal eingesehen oder sich wenigstens Gedanken über den Registerinhalt gemacht haben.[29] Vielmehr schützt § 15 Abs. 1 HGB das *abstrakte*, d.h. typisierte, Vertrauen in das Schweigen des Handelsregisters, indem Kenntnisnahme und Kausalität unwiderleglich vermutet werden.[30] Um widersinnige Ergebnisse wie im vorliegenden Fall zu vermeiden, ist jedoch teleologisch einschränkend zu verlangen, dass zumindest die abstrakte Möglichkeit bestand, dass der Dritte das Handelsregister eingesehen und sein Handeln an dem Registerinhalt ausgerichtet haben kann (sog.

[26] Hierzu *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 15 Rn. 27.

[27] *Preuß*, in: Oetker, HGB, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 15 Rn. 7; *Wamser*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, HGB § 15 Rn. 5. A.A. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2004, § 5 Rn. 16 ff., der § 15 Abs. 1 HGB als Ausprägung der allgemeinen Rechtsscheinhaftung erachtet und ein konkretes Vertrauen in den Registerinhalt verlangt.

[28] *Wamser*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, HGB § 15 Rn. 5.

[29] Siehe BGH, Urt. v. 1.12.1975 – II ZR 62/75, Rn. 6 (juris): Der „Vertrauensschutz“ setze nicht voraus, dass der Dritte das Handelsregister „tatsächlich eingesehen hat“. Das Gesetz lasse die „ganz allgemein gegebene Möglichkeit, sich anhand des Registers zu informieren, als Grundlage für den […] Vertrauensschutz genügen“; aus der neueren Rechtsprechung BGH, Urt. v. 9.10.2003 – VII ZR 122/01, Rn. 10 f. (juris): Der durch § 15 Abs. 1 HGB „gewährleistete Vertrauensschutz“ setze nicht voraus, dass der Dritte das Handelsregister „tatsächlich eingesehen“ habe. Jedoch muss sich der Dritte auf den „unrichtigen Eintragungsstand wenigstens verlassen haben können“; so auch *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 15 Rn. 27.

[30] So die allgemeine Meinung trotz Unterschieden in der dogmatischen Herleitung, siehe etwa BGH, Urt. v. 9.10.2003 – VII ZR 122/01, Rn. 11 (juris); aus dem Schrifttum *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 25 Rn. 15, 49.

potentielle Kausalität).[31] Das Handelsregister schützt nämlich nicht das Vertrauen in den Registerinhalt schlechthin, sondern nur das Vertrauen im Kontext einer konkreten (rechtsgeschäftlichen) Disposition,[32] für die es kausal werden könnte.[33]

Nach alledem kann sich V infolge teleologischer Reduktion des § 15 Abs. 1 HGB nicht auf den Handelsregistereintrag der ABC und die dort offenbarte Gesellschafterstellung des B berufen. B kann folglich geltend machen, dass er nicht mehr Gesellschafter der ABC ist und daher nicht für die Kaufpreisschuld haftet.

III. Gesamtergebnis

V kann von B nicht die Zahlung des Kaufpreises für den Porsche i.H.v. 105.000 € verlangen.

[31] BGH, Urt. v. 9.10.2003 – VII ZR 122/01, Rn. 11 (juris): „Der Schutz des § 15 Abs. 1 HGB greift nur ein, wenn die Möglichkeit bestand, dass der Dritte sein Handeln auf die Registereintragung einrichtete. Die Anwendung der Vorschrift ist auf Fälle beschränkt, in denen die Kenntnis der einzutragenden Tatsachen für das Verhalten des Dritten und seine durch dieses Verhalten beeinflussten Rechte oder Verbindlichkeiten von Bedeutung sein kann“.

[32] Ähnlich *Preuß*, in: Oetker, HGB, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 15 Rn. 7, der nicht nur zwischen Unrechts- und Geschäftsverkehr differenziert, sondern abstraktes Vertrauen „nur im Geschäftsverkehr mit dem Unternehmensträger“ anerkennt.

[33] *Krebs*, in: MüKo-HGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2025, § 15 Rn. 27: „potentielle Kausalität“; *Preuß*, in: Oetker, HGB, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 15 Rn. 7; *Wamser*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2024, HGB § 15 Rn. 5.

Anfängerklausur: Zwei Autokäufe*

*Prof. Dr. Roland Schimmel, Frankfurt a.M.***

Die Klausur ist materiellrechtlich nicht schwer (2–3 von 5 Punkten). Die inhaltlichen Schwierigkeiten beschränken sich auf zwei leicht identifizierbare Problemkreise: Zum einen die Frage der Haftung des Vertretenen oder des Vertreters in Situationen, in denen das Bestehen der Vertretungsmacht nicht ganz eindeutig ist. Zum anderen ist – eingebaut in die vorgenannte Frage – das Problem des Zugangszeitpunkts einer Willenserklärung zu erörtern. Mit diesen Schwierigkeiten im Hinterkopf muss man für eine gelungene Bearbeitung eigentlich nur die denkbaren Ansprüche „durchdeklinieren": F gegen G, F gegen A, H gegen G, H gegen A, die Ansprüche gegen G aus § 433 Abs. 2 BGB, Ansprüche gegen A aus § 179 Abs. 1 BGB. Das sind zwar vier Anspruchsprüfungen, aber durch zulässige/sinnvolle Verweisungen nach oben bedeutete das weniger Text als auf den ersten Blick nötig.

Im Übrigen geht es um eine saubere Subsumtion unter die einschlägigen Rechtsnormen – und manchmal darum, eine Vorschrift bis zum Ende zu lesen. Mit ein wenig Gerechtigkeitsgespür kann man den Sachverhalt fast ohne das Gesetz entscheiden, jedenfalls wenn man verstanden hat, dass das Vertrauen des Vertragspartners auf das Bestehen einer vom angeblichen Vertreter behaupteten Vollmacht nicht geschützt wird, sofern nicht ein dem Vertretenen zurechenbarer Rechtsscheintatbestand erfüllt ist. So viel inhaltliches Problembewusstsein ist aber am Ende des ersten Semesters möglich. Nur für die Rechtsscheinvollmachten braucht es gesetzesübersteigendes Wissen.

Der Sachverhalt ist ein bisschen länger als der Durchschnitt und auf den ersten Blick etwas unübersichtlich (3 von 5 Punkten). Mit einer kleinen Skizze, deren Anfertigung für den Klausurernstfall empfohlen wird, lassen sich aber die fünf beteiligten Personen und ihre Vertragsbeziehungen ziemlich leicht zuordnen.

Sachverhalt

Goldt (G) und Frosch (F) sind Gebrauchtwagenhändlerinnen. Der bei G angestellte Mitarbeiter Apfel (A) ist im Wesentlichen damit befasst, gebrauchte Pkw von privaten Verkäufern und von anderen Gebrauchtwagenhändlern einzukaufen. Eine dahingehende Tätigkeitsbeschreibung hat G bei Abschluss des Arbeitsvertrags in den Vertrag aufgenommen. Ein halbes Jahr später hat sie zudem ein Rundschreiben an etwa 20 Gebrauchtwagenhändler in der Umgebung, darunter F, verfasst, in dem sie erklärt hat, A dürfe für sie (G) Gebrauchtwagen aller Art einkaufen. Dieses Schreiben hat F zu ihren Akten genommen.

Als es drei Jahre danach mehrmals zu Meinungsverschiedenheiten zwischen G und A wegen der Einkaufspolitik kommt, weist G im Juni A an, bis auf Weiteres ausschließlich im Pkw-Verkauf zu arbeiten. Sie widerruft vorsorglich gegenüber A „jede eventuell erteilte Vollmacht" und gestattet A den Verkauf von Autos nur nach jeweiliger vorheriger Rücksprache mit ihr (G). Sicherheitshalber

* Die Aufgabe wurde (zweimal mit zeitlichem Abstand und mit Sachverhaltsmodifikationen) am Ende des ersten Semesters im Studiengang Wirtschaftsrecht der Frankfurt University of Applied Sciences als Klausur gestellt. Der folgende Bearbeitungsvorschlag einschließlich der vorstehenden Lösungsskizze ist streng an dem in einer zweistündigen Klausur tatsächlich Leistbaren orientiert. Um das zu messen, wurden gute Klausuren (nicht: die umfangreichsten) zeichengenau ausgezählt.

** Prof. *Dr. Roland Schimmel* forscht und lehrt an der Frankfurt University of Applied Sciences.

schreibt sie dies auch an die Gebrauchtwagenhändler, mit denen sie Geschäfte macht. Das Schreiben an F wird am 3. Juli morgens in deren Postfach in der Postfiliale eingelegt. Weil F die Leerung vergisst, kommt es erst tags darauf auf ihren Schreibtisch, wo sie es am 6. Juli öffnet und liest.

A will sich das Vertrauen der G wiederverdienen, indem er einige besonders vorteilhafte Einkäufe tätigt. Am 5. Juli entdeckt er auf dem Heimweg bei F einen gebrauchten VW Beetle. Er handelt den Verkaufsmitarbeiter der F, Baum (B), bis auf den attraktiven Preis von 8.200 € herunter. Den schriftlichen Vertrag unterzeichnet er wie üblich mit seinem Namen, da er weiß, dass F ihn von etwa einem Dutzend Einkäufen pro Jahr als Mitarbeiter der G kennt.

Zufrieden mit diesem Schnäppchen nutzt A sofort noch eine weitere Gelegenheit: Im Autohaus Hund GmbH (H), mit dem G bislang keine Geschäfte getätigt hat, erwirbt er einen gebrauchten Smart für 5.500 €. Dabei stellt er sich dem Geschäftsführer als Einkäufer der G vor; angesichts der Sachkunde und des souveränen Auftretens des A hat dieser daran auch keine Zweifel, zumal er G vom Hörensagen als verlässliche Geschäftsfrau kennt.

Als G von F und H die Rechnungen über die Einkäufe erhält, ist sie verärgert und will sich mit keinem der Geschäfte einverstanden erklären, was sie auch sofort gegenüber A äußert.

Fallfrage

Können F und H von G oder wenigstens von A Zahlung der Kaufpreise fordern?

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der F gegen G auf Zahlung von 8.200 € nach § 433 Abs. 2 BGB 86
1. Kaufvertrag, § 433 BGB 86
a) Konsens über essentialia 86
b) Zurechnung der Erklärung des A zu G, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB 86
aa) Eigene Willenserklärung des A 87
bb) Im Namen der G 87
cc) Im Rahmen der Vertretungsmacht 87
(1) Vollmacht im Innen-, dann im Außenverhältnis, § 167 Abs. 1 BGB, erteilt 87
(2) Erloschen, § 168 BGB durch Widerruf; wirksam nach außen nach §§ 170, 171 BGB 87
(3) Widerruf zugegangen, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB 87
(4) Vollmacht daher erloschen 88
(5) Zwischenergebnis 88
dd) Keine Genehmigung des Geschäfts durch G, § 177 Abs. 1 BGB 88
2. Ergebnis 89
II. Anspruch der F gegen A auf Zahlung von 8.200 € nach § 179 Abs. 1 BGB 89
1. Vertragsschluss 89
2. Durch vollmachtlosen Vertreter 90

1. Keine Genehmigung, § 177 BGB 90
2. Haftungsausschluss, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB? 90
3. Ergebnis: Anspruch ausgeschlossen 90
III. Anspruch der H gegen G auf Zahlung von 5.500 € nach § 433 Abs. 2 BGB 90
1. Zurechnung der Willenserklärung 91
2. Vertragliche Bindung nach Rechtsscheingrundsätzen 91
3. Ergebnis 91
IV. Anspruch der H gegen A auf Zahlung von 11.500 € nach § 179 Abs. 1 BGB 91
1. Handeln als Falsus procurator 92
2. Haftungsausschluss, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB 92
3. Ergebnis 92

I. Anspruch der F gegen G auf Zahlung von 8.200 € nach § 433 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch der F gegen G auf Zahlung von 8.200 € für den VW Beetle kann sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Dazu muss es zu einem Kaufvertrag zwischen beiden gekommen sein. Ein solcher erfordert eine inhaltliche Übereinstimmung wenigstens über die essentialia eines Kaufs (= Kaufgegenstand und Kaufpreis, § 433 BGB). Die Parteien müssen Willenserklärungen abgegeben haben, die sich hinsichtlich dieser Punkte decken.

a) Konsens über essentialia

Zwar besteht Übereinstimmung über den (als Gebrauchtwagen eindeutig identifizierten) VW Beetle als Kaufsache und die 8.200 € als Kaufpreis, doch haben weder F noch G dahingehende Erklärungen abgegeben. Vertragsparteien sind sie nur, wenn ihnen jeweils die Willenserklärungen Dritter zugerechnet werden können.

b) Zurechnung der Erklärung des A zu G, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB

Hierfür kommen die Erklärung des A auf Seiten der G und die der B auf Seiten der F in Frage. Ob diese Erklärungen für und gegen F und G wirken, bestimmt sich nach § 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB.

Anmerkung: Spätestens jetzt muss man in zwei verschiedene Stellvertretungsprüfungen trennen: A/G und B/F. Die Voraussetzungen der Zurechnung nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB sind zwar identisch, aber es muss jeweils gesondert unter die Norm subsumiert werden.

Zunächst ist zu fragen, ob A die F wirksam vertreten hat.

aa) Eigene Willenserklärung des A

Dafür muss A eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. Das ist anzunehmen, wenn er – aus Sicht des Empfängers – einen Spielraum für seine Entscheidung hatte.[1] Schon dadurch, dass A über den Preis des Beetle verhandelte (und so den Kauf davon abhängig machte, ob er einen vernünftigen Kompromiss beim Preis erzielen würde), musste bei B der Eindruck einer eigenen Erklärung des A entstehen.

bb) Im Namen der G

Weiter muss A im Namen der G gehandelt haben. Er hat zwar das Vertragsformular mit seinem eigenen Namen unterzeichnet; aber auch ohne Zusatz eines Vertretungsvermerks (etwa „i.V.“) kann sich das Handeln im fremden Namen aus den Umständen ergeben, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Kauf eines einzelnen Gebrauchtwagens an sich kann ohne Weiteres ebenso gut im eigenen Namen geschehen; wenn aber über Jahre hinweg ein angestellter Pkw-Einkäufer regelmäßig für seine Arbeitgeberin einkauft, weisen die Umstände mangels anderweitiger Anhaltspunkte für den Verkäufer darauf hin, dass auch das aktuelle Geschäft im fremden Namen geschlossen werden soll. Dass F die Rechnung an G schickt, lässt darauf schließen, dass sie das Auftreten des A jedenfalls tatsächlich als ein Stellvertreterhandeln verstanden hat.

cc) Im Rahmen der Vertretungsmacht

Entscheidende Voraussetzung für die Zurechnung der Erklärung des A zu G ist, dass A im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelte. Mangels gesetzlicher Vertretungsbefugnis kommt hier nur eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht (§ 167 Abs. 1 BGB) in Frage. Eine solche Vollmacht (§ 166 Abs. 2 BGB) hat G bei Abschluss des Arbeitsvertrags dem A erteilt. Sie erstreckte sich auf den Einkauf von Gebrauchtwagen aller Art.

(1) Vollmacht im Innen-, dann im Außenverhältnis, § 167 Abs. 1 BGB, erteilt

Die im Innenverhältnis erklärte Vollmacht ist durch das Schreiben an F ein halbes Jahr später im Außenverhältnis bekanntgemacht worden, § 167 Abs. 1 Var. 1 und 2 BGB. Das Schreiben ist F zugegangen und damit wirksam geworden, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, denn F hat es zu ihren Akten genommen.

(2) Erloschen, § 168 BGB durch Widerruf; wirksam nach außen nach §§ 170, 171 BGB

Von beiden gleichlautenden Vollmachten ist der von A getätigte Kauf eines gebrauchten Pkw auch dem Umfang nach gedeckt.

(3) Widerruf zugegangen, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB

Allerdings kann die Vollmacht wieder erloschen sein, § 168 BGB. Zwar ist der zugrundeliegende Arbeitsvertrag nicht beendet worden (§ 168 S. 1 BGB), aber ein Widerruf ist auch bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis möglich (§ 168 S. 2 BGB). Einen solchen Widerruf hat G gegenüber A im Juni deutlich erklärt. Spätestens bei Auslegung (§§ 133, 157 BGB) nach dem objektiven Empfängerhorizont musste A davon ausgehen, dass seine Vollmacht erlöschen sollte. Ob damit auch die Wirkung der Vollmacht gegenüber F im Außenverhältnis endete, bestimmt § 170 BGB. Aus §§ 170, 171 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass die Vollmacht auf die gleiche Weise und gegenüber dem gleichen Adressaten wider-

[1] *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 30 Rn. 2.

rufen werden muss, wie sie erteilt wurde. G hat die Vollmacht des A schriftlich – also auch in gleicher Form wie bei der Erteilung – gegenüber F widerrufen.

(4) Vollmacht daher erloschen

Problematisch ist aber, ob dieser Widerruf der Vollmacht schon vor Abgabe der Willenserklärung durch A wirksam geworden ist. Voraussetzung für das Wirksamwerden einer Willenserklärung ist der Zugang, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Dieser ist anzunehmen, wenn die Erklärung in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt ist und dieser die Möglichkeit hatte, auf zumutbare Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.[2] Im Herrschaftsbereich der F ist das Schreiben mit Einwurf in deren Postfach angelangt; dort werden nämlich üblicherweise Willenserklärungen eingeworfen. Tatsächlich Kenntnis genommen hat F von dem Widerruf erst am 6. Juli, also nach Abschluss des Geschäfts mit A am 5. Juli. Gleichwohl kann die Vollmacht des A erloschen gewesen sein, wenn der Zugang des Widerrufs schon vorher stattgefunden hat. Die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte F jedenfalls am 4. Juli, als das Schreiben auf ihrem Schreibtisch lag. Bei wertender Betrachtung wird man die Möglichkeit der Kenntnisnahme aber bereits am 3. Juli annehmen müssen. Wer im Rechtsverkehr – etwa auf dem Geschäftsbriefpapier – ein Postfach angibt – dass dies der Fall ist, darf angesichts der erfolgreichen Zustellung in das Postfach angenommen werden –, muss dieses auch regelmäßig leeren. Im geschäftlichen Verkehr bedeutet das eine werktägliche Leerung. Hätte also F ihr Postfach am 3. Juli nicht zu leeren vergessen, hätten sie und ihr Mitarbeiter B am 5. Juli vom Erlöschen der Vollmacht des A wissen können und müssen. Zugegangen ist der Vollmachtwiderruf daher am 3. Juli, spätestens am 4. Juli, wenn man zugunsten des Empfängers eine Kenntnisnahmemöglichkeit erst am auf das Einlegen ins Postfach folgenden Tag annehmen will.

Anmerkung: Wenn man dem hier eingeschlagenen Argumentationsweg folgt – nämlich das Wirksamwerden der Anzeige des Vollmachterlöschens nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zu beurteilen (weil es sich um eine geschäftsähnliche Handlung handelt, auf die die Zugangsregeln entsprechend anwendbar sind[3]), braucht es für die Begründung des Ergebnisses nicht mehr den Rückgriff auf § 173 BGB. Wer aber mit § 173 BGB argumentierte (was einige Bearbeiter gut vertretbar getan haben), musste beim Begriff „Kennenmüssen“ letztendlich die gleichen Überlegungen anstellen, wie sie zur „Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme“ letztendlich die gleichen Überlegungen anstellen, wie sie zur „Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme“ bei § 130 Abs. 1 BGB erforderlich sind.

(5) Zwischenergebnis

Danach war die Vollmacht des A erloschen, als er den Vertrag mit B schloss, § 168 S. 2 BGB. Er handelte mithin ohne Vertretungsmacht und konnte dadurch G nicht verpflichten.

dd) Keine Genehmigung des Geschäfts durch G, § 177 Abs. 1 BGB

Die Wirksamkeit des von A geschlossenen Kaufvertrags hängt damit von der Erteilung einer Genehmigung der G ab, §§ 177 Abs. 1, 184 BGB. Diese ist aber gerade nicht erfolgt. Vielmehr führt die Genehmigungsverweigerung der verärgerten G gegenüber A (§ 182 Abs. 1 BGB) dazu, dass G endgültig nicht Vertragspartner wird.

---

[2] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 130 Rn. 5 m.w.N.

[3] *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 170 Rn. 11 m.w.N.; *Heinrichs*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 170 Rn. 2.

Anmerkung: Da der Sachverhalt keine Genehmigungsaufforderung seitens F erwähnt, sollte man auf § 177 Abs. 2 BGB nicht eingehen, auch wenn danach noch die Möglichkeit bestünde, dass G es sich anders überlegt.

2. Ergebnis

Es ist kein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden. Ein Anspruch besteht folglich nicht. F kann somit also nicht nach § 433 Abs. 2 BGB von G Zahlung von 8.200 € fordern.

II. Anspruch der F gegen A auf Zahlung von 8.200 € nach § 179 Abs. 1 BGB

Die Zahlung des Kaufpreises kann F aber möglicherweise nach § 179 Abs. 1 BGB von A als vollmachtlosem Vertreter verlangen.

Anmerkung: Genau genommen müsste man im Obersatz – oder spätestens im Ergebnis – darauf hinweisen, dass der Anspruch nur Zug um Zug gegen Bewirkung der geschuldeten Gegenleistung, also Übergabe und Übereignung des gekauften Autos nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, besteht. Da aber § 320 BGB regelmäßig noch nicht zum Stoff des ersten Semesters gehört, ist diese Einschränkung hier weggelassen. Empirisch gesehen ist typischerweise zur Vertragserfüllung bereit, wer Vertragserfüllung fordert.

1. Vertragsschluss

Dazu muss zunächst ein Vertrag geschlossen worden sein. Wie bereits festgestellt, haben sich A und B auf einen Kaufvertrag geeinigt.

F ist durch das Handeln des B nur zur Vertragspartnerin geworden, wenn die Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt sind.

Anmerkung: Wer diese Stellvertretungsprüfung nicht klausurtaktisch bereits oben unter I. angestellt hatte, durfte sie spätestens hier nicht vergessen.

Von einer eigenen Erklärung des B ist auszugehen, da Verhandlungen wenigstens über den Preis stattgefunden haben. Das Handeln der B im Namen der F ergibt sich zumindest aus den Umständen (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB), wenn die Vertragsverhandlungen auf dem Gelände der F über einen ihr gehörenden Wagen geführt worden sind.

Anmerkung: Zudem wäre hier auch eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip einschlägig, weil A ein Geschäft mit F als dem Inhaber des Unternehmens schließen will, nicht aber mit B als Verkaufsangestellten.[4]

[4] Zum unternehmensbezogenen Geschäft *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 137 m.w.N.; *Heinrichs*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 164 Rn. 2.

Eine fehlende Vertretungsmacht des B würde durch eine im Nachhinein erklärte Genehmigung (§ 184 BGB) der F „ersetzt"; diese ist zumindest schlüssig darin zu sehen, dass F zuerst von G und dann von A Erfüllung des Vertrags fordert.[5]

Anmerkung: Bei schulmäßigem Gutachtenaufbau könnte man an dieser Stelle offenlassen, ob B Vertretungsmacht hat, und ein paar Zeilen später die Genehmigung erörtern und bejahen. Etliche Bearbeiter haben übersehen, dass für den zu erörternden Kaufvertrag die Voraussetzungen der Stellvertretung auf beiden Seiten erfüllt sein müssen.

2. Durch vollmachtlosen Vertreter

Der Vertrag ist – wie festgestellt – von A als einem vollmachtlosen Vertreter geschlossen worden.

1. Keine Genehmigung, § 177 BGB

Eine Genehmigung der G (§ 177 Abs. 1 BGB) ist gerade nicht erklärt worden.

2. Haftungsausschluss, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB?

Die Haftung des A kann aber nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen sein, wenn F als Vertragspartnerin das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Zwar hatte F bei Vertragsschluss keine positive Kenntnis vom Widerruf der Bevollmächtigung durch G, aber bei pflichtgemäßem Verhalten hätte sie den Inhalt des Widerrufsschreibens kennen müssen.

Anmerkung: Hier geht es um so etwas Ähnliches wie einen Verschuldensvorwurf (wenn auch in eigener Sache, also eher eine Obliegenheitsverletzung); im ersten Semester muss man zwar noch nicht richtig gut einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen können, aber eine Parallelwertung in der Nicht-mehr-ganz-Laien-Sphäre müsste schon möglich sein. Zahlreiche Bearbeiter haben entweder § 179 Abs. 3 BGB gar nicht erörtert oder den Bogen nicht geschlagen vom unter I. diskutierten Vorwurf, F habe nicht rechtzeitig von der eingehenden Post Kenntnis genommen, zur hier zu diskutierenden Frage des Kennenmüssens.

Wie bereits begründet, hätte sie spätestens am Tag nach dem Einwurf der Erklärung in das Postfach von deren Inhalt Kenntnis nehmen können. Wäre das geschehen, hätte sie vom Widerruf der Vollmacht gewusst. Daher ist der Anspruch nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen.

3. Ergebnis: Anspruch ausgeschlossen

F kann von A nicht nach § 179 Abs. 1 BGB die Bezahlung des VW Beetle i.H.v. 8.200 € verlangen.

III. Anspruch der H gegen G auf Zahlung von 5.500 € nach § 433 Abs. 2 BGB

H kann gegen G nach § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 5.500 € haben.

[5] *Heinrichs*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 182 Rn. 3.

1. Zurechnung der Willenserklärung

Ein Kaufpreiszahlungsanspruch des H gegen G scheitert zwar nicht an der fehlenden Einigung über die vertragswesentlichen Fragen des Kaufs, aber an der fehlenden Zurechenbarkeit der von A abgegebenen Erklärung zu G (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Wie bereits erörtert, war die Vertretungsmacht des A zur Zeit der Abgabe seiner Willenserklärung schon erloschen.

2. Vertragliche Bindung nach Rechtsscheingrundsätzen

Etwas anderes kann gelten, wenn G nach Rechtsscheingrundsätzen Vertragspartner geworden ist. Da A gegenüber dem Geschäftsführer der H, der diese nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertritt, erfolgreich den Anschein erweckt hat, vertretungsbefugt zu sein, kommt eine Zurechnung seines Verhaltens nach den Grundsätzen der Rechtsscheinvollmacht in Frage.[6] G wusste vom Handeln des A nichts und konnte es daher auch nicht dulden, sodass nur eine Anscheinsvollmacht in Frage kommt. Der von A gesetzte und für den Vertragsschluss ursächliche Rechtsschein wirksamer Bevollmächtigung wird G aber nur zugerechnet, wenn er bei Aufwenden der pflichtgemäßen Sorgfalt das Handeln des A hätte verhindern können. G hat die Vollmacht des A im Innen- und im Außenverhältnis widerrufen (§ 168 BGB) und A eine neue Weisung erteilt (§ 315 Abs. 1 BGB). Dass A sich hieran nicht halten würde, war nicht abzusehen. Etwas anderes würde nur gelten, wenn aus früheren ähnlichen Situationen G hätte wissen müssen, wie A reagieren würde.[7] Dafür ist aber nichts ersichtlich. Eine Überwachung des A außerhalb seiner Tätigkeit im Geschäft der G ist für diese kaum möglich und daher nicht zumutbar.

Anmerkung: Kenntnis des GmbH-Gesetzes ist im ersten Semester nicht zu erwarten; dass der Geschäftsführer die GmbH gesetzlich vertritt, darf aber als erweitertes Allgemeinwissen vorausgesetzt werden. Teils haben die Bearbeiter eine Anscheinsvollmacht bejaht, aber meist mit sehr dürftiger oder gar keiner Begründung. Für dieses Ergebnis wäre aber argumentative Substanz nötig gewesen.

Ohne einen Anhaltspunkt für ein mögliches weisungswidriges vollmachtloses Verhalten des A musste G keinen Aufwand treiben, um dessen dienstliches und außerdienstliches Verhalten zu überwachen. Somit hat G nicht sorgfaltswidrig ermöglicht, dass F als Bevollmächtigter auftrat.

Mangels Zurechnung nach § 164 Abs. 1 BGB ist G nicht Vertragspartner von H geworden.

3. Ergebnis

H kann von G nicht nach § 433 Abs. 2 BGB die Bezahlung des Smart verlangen.

IV. Anspruch der H gegen A auf Zahlung von 11.500 € nach § 179 Abs. 1 BGB

H kann aber gegen A einen Anspruch auf Zahlung der 11.500 € nach § 179 Abs. 1 BGB haben.

---

[6] Zu deren Voraussetzungen z.B. *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 167 Rn. 104 ff.

[7] *Heinrichs*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 172 Rn. 11; *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 167 Rn. 119, hält den Vertretenen für verpflichtet, den Vertreter zu überwachen; Vertrauen auf weisungskonformes Verhalten genüge nicht. Mit diesem Ansatz kann man hier also auch anders entscheiden; das erfordert aber einen gewissen argumentativen Aufwand.

1. Handeln als Falsus procurator

A hat als vollmachtloser Vertreter den Kaufvertrag mit H geschlossen, ohne dass G diesen nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigt hätte.

Anmerkung: Das Fehlen der Vertretungsmacht musste hier nicht auf dem langen Weg über den rechtzeitigen Widerruf der Außenvollmacht begründet werden; eine solche bestand im Verhältnis zu H nie. Vielmehr erlosch die Vertretungsbefugnis des A bereits durch Widerruf im Innenverhältnis zu G.

Hier konnte man sich im Prüfungsernstfall kurzfassen, da die Normvoraussetzungen bereits unter II. genannt worden waren und die Subsumtion darunter unproblematisch war. Oft (aber durchaus nicht immer!) dient eine solche letzte Frage im Sachverhalt dazu, eine einzige Abweichung zu erörtern. Meist sind darauf nicht mehr viele Bewertungspunkte zu holen. Gleichwohl kann der Prüfer daran erkennen, wer mit der knappen Zeit gut gehaushaltet hat.

2. Haftungsausschluss, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB

Da H und ihrem Geschäftsführer, die bisher mit G in keiner Geschäftsbeziehung gestanden haben, nicht nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB vorzuwerfen ist, dass sie vom Nichtbestehen der Vertretungsmacht hätten Kenntnis haben müssen (und auch nichts auf eine Haftungsbeschränkung nach § 179 Abs. 2 BGB hinweist), haftet mangels Haftungsbeschränkung oder -ausschlusses A der H nach deren Wahl auf Vertragserfüllung.

3. Ergebnis

H hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung der 11.500 € nach § 179 Abs. 1 BGB.

Fortgeschrittenenklausur im Immobiliarsachenrecht: Rösterei, Ruin, Regress

Dr. Adrian Hemler, LL.M. (Cambridge), M.A. (Lancaster), Konstanz[*]

Die Klausur behandelt im ersten Teil schwerpunktmäßig den Eigentumserwerb vom nicht im Grundbuch eingetragenen Erben und die Bestellung einer Sicherungsgrundschuld. Im zweiten Teil war zunächst vorrangig zu prüfen, welche Rechtsfolge die Zahlung des Sicherungsgebers auf die Grundschuld hat, wenn es an einer Tilgungsbestimmung mangelt. Hieran anknüpfend war ein schuldrechtlicher Anspruch auf Abtretung der gesicherten Forderung aus dem Sicherungsvertrag sowie der Ersatz der Kosten einer nachträglichen Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren als Verzugsschaden zu erörtern. Die Klausur wurde in der Vorlesung Sachenrecht II an der Universität Konstanz im Sommersemester 2025 gestellt. Sie hat einen mittleren Schwierigkeitsgrad und wurde im Durchschnitt mit 5,05 Notenpunkten bewertet (Durchfallquote: 42,7 %).

Sachverhalt Teil 1

A möchte sich mit einer Kaffeerösterei selbstständig machen und gründet hierzu wirksam die „R-Rösterei GmbH“ (R), deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer A selbst ist. Da die R Startkapital benötigt, wendet A sich an die K-Bank (K). K möchte ein Darlehen an R jedoch nur gegen Sicherheit gewähren, die A glücklicherweise bereitstellen kann: Der Großvater G des A war vor seinem Ableben Eigentümer eines Gartengrundstücks gewesen. Nach dem Tod des G war zunächst dessen Tochter, die Mutter M des A, als Alleinerbin Eigentümerin des Grundstücks geworden. M hatte dann das Grundstück sogleich formwirksam und unentgeltlich an A weiterübertragen. Obwohl weiterhin G (und nicht M) als Eigentümer eingetragen war, wurde A nach Vorlage des Erbscheins beim Grundbuchamt als neuer Eigentümer eingetragen.

Gegen Bestellung einer Sicherungsgrundschuld durch A an dem Gartengrundstück nimmt daraufhin R, wirksam vertreten durch A, ein formwirksames Darlehen bei der K-Bank auf. Nur ein Jahr später gerät R aber in Zahlungsschwierigkeiten. K kündigt das Darlehen und die Grundschuld aufgrund von Zahlungsausfällen daher wirksam und droht A die Zwangsversteigerung an.

Fallfrage 1

Kann K das Grundstück des A nach Fälligkeitseintritt verwerten?

Sachverhalt Teil 2

Zur Abwendung einer drohenden Zwangsversteigerung durch K verkauft A das Gartengrundstück an einen Dritten. A zahlt aus dem Veräußerungserlös den geschuldeten Betrag an K, allerdings ohne

[*] *Dr. Adrian Hemler*, LL.M. (Cambridge), M.A. (Lancaster) ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Michael Stürner, M.Jur. [Oxford]) an der Universität Konstanz.

Tilgungsbestimmung, und verlangt erfolglos die Abtretung der Darlehensforderung. Kurz danach wird R insolvent. K meldet die Darlehensforderung gegen R nicht im Insolvenzverfahren an.

A verklagt K, da er meint, K hätte ihm (A) die gegen R bestehende Darlehensforderung direkt nach dem Erhalt der Zahlung abtreten müssen. Noch während des Prozesses tritt K dem A die Darlehensforderung auch tatsächlich ab. Da der Prüfungstermin (§ 176 InsO) im Insolvenzverfahren der R zu diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden hatte, kann A die abgetretene Darlehensforderung aber nur noch nachträglich anmelden, was gem. § 177 Abs. 1 S. 2 InsO zur Anberaumung eines besonderen Prüfungstermins auf Kosten des A führt.

Fallfrage 2

Kann A die auferlegten Kosten für den besonderen Prüfungstermin als Schadensersatz von K verlangen?

Bearbeitungsvermerk

1. Die Übergabe des Grundschuldbriefs wurde durch eine Aushändigungsabrede ersetzt. Der Darlehensbetrag entspricht dem Betrag der Sicherungsgrundschuld.

2. Es ist im Rahmen der Fortsetzung davon auszugehen, dass alle Voraussetzungen zur Verwertung der Grundschuld vorlagen. Weiter ist von der Ordnungsgemäßheit des Insolvenzverfahrens auszugehen. Über die genannten insolvenzrechtlichen Normen hinaus sind daher keine Probleme aus dem Insolvenzrecht zu erörtern. Schließlich ist auch davon auszugehen, dass A die Darlehensforderung ordnungsgemäß im Insolvenzverfahren angemeldet hätte und ein besonderer Prüfungstermin auf Kosten des A vermieden worden wäre, wenn ihm die Forderung nach Zahlungseingang bei K sofort von dieser abgetreten worden wäre.

Auszug aus der Insolvenzordnung

§ 176 InsO – Verlauf des Prüfungstermins
Im Prüfungstermin werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrag und ihrem Rang nach geprüft. Die Forderungen, die vom Insolvenzverwalter, vom Schuldner oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten werden, sind einzeln zu erörtern.

§ 177 InsO – Nachträgliche Anmeldungen
(1) Im Prüfungstermin sind auch die Forderungen zu prüfen, die nach dem Ablauf der Anmeldefrist angemeldet worden sind. Widerspricht jedoch der Insolvenzverwalter oder ein Insolvenzgläubiger dieser Prüfung oder wird eine Forderung erst nach dem Prüfungstermin angemeldet, so hat das Insolvenzgericht auf Kosten des Säumigen entweder einen besonderen Prüfungstermin zu bestimmen oder die Prüfung im schriftlichen Verfahren anzuordnen.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Verwertung des Grundstücks durch K ... 96

I. Anspruch des K gegen A auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1147 BGB ... 96

1. Einigung und Eintragung ... 96
2. Weitere Voraussetzungen der Grundschuldbestellung ... 96
3. Berechtigung ... 97
   a) Eigentum des G am Grundstück ... 97
   b) Eigentumserwerb der M ... 97
   c) Eigentumserwerb des A ... 97
   d) Zwischenergebnis ... 98
4. Einreden aus der Grundschuld ... 98
5. Weitere Einreden des Eigentümers A? ... 98

II. Ergebnis ... 99

Frage 2: Schadensersatz wegen der Kosten für den besonderen Prüfungstermin ... 99

I. Anspruch des A gegen K auf Schadensersatz wegen der Kosten des besonderen Prüfungstermins gem. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 311 Abs. 1 BGB (Sicherungsvertrag) ... 99

1. Schuldverhältnis: Sicherungsvertrag zwischen A und K ... 99
2. Verletzung einer Abtretungspflicht aus dem Sicherungsvertrag? ... 100
   a) Anspruch des Sicherungsgebers auf Abtretung der besicherten Forderung im Falle der Zahlung auf die Grundschuld ... 100
   b) Ermittlung der Tilgungswirkung: Zahlung des A auf die Grundschuld ... 101
   c) Keine Ausgleichspflicht des A im Innenverhältnis gegenüber R ... 102
   d) Zwischenergebnis ... 102
3. Vertretenmüssen ... 102
4. Weitere Voraussetzungen des Verzugsschadens ... 103
5. Schaden ... 103
6. Ergebnis ... 103

II. Weitere Anspruchsgrundlagen ... 104

Frage 1: Verwertung des Grundstücks durch K

I. Anspruch des K gegen A auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1147 BGB

Fraglich ist, ob K als Grundschuldgläubiger das Gartengrundstück durch Zwangsvollstreckung verwerten kann (§§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1147 BGB).

Anmerkung: Nicht notwendig ist die Diskussion, ob die Grundschuld als dingliches Verwertungsrecht nur auf einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtet ist (so die h.M.) oder zusätzlich einen Zahlungsanspruch gegen den Eigentümer begründet.[1] Gleichwohl kann eine entsprechende Erörterung positiv honoriert werden.

1. Einigung und Eintragung

Da es sich bei der Bestellung einer Grundschuld um eine dingliche Belastung handelt (§ 1191 Abs. 1 BGB), ist zunächst eine Einigung und Eintragung nach § 873 Abs. 1 BGB nötig. Laut Sachverhalt hat sich A mit K auf die Bestellung der Grundschuld geeinigt. Diese wurde auch eingetragen, sodass es auf den Eintritt der Bindungswirkung nach § 873 Abs. 2 BGB nicht ankommt.

Anmerkung: Die Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB ist formfrei.[2] Wenngleich der Sachverhalt durchaus so ausgelegt werden könnte, dass es an einer notariellen Form fehlt, kommt es hierauf also nicht an. Hieran ändert auch § 29 GBO nichts, da es sich hierbei um formelles Grundstücksrecht handelt, welches die materiellen Voraussetzungen des § 873 BGB nicht modifiziert. Es sollte aber nicht zur Abwertung führen, wenn § 29 GBO erkennbar nur herangezogen wird, um angesichts der erfolgten Eintragung sachverhaltsnah das Vorliegen der notariellen Form zu unterstellen.

2. Weitere Voraussetzungen der Grundschuldbestellung

Aus dem Bearbeitungsvermerk ergibt sich, dass es sich um eine Briefgrundschuld handelt (§§ 1192 Abs. 1, 1116 Abs. 1 BGB). Die hiernach gem. §§ 1192 Abs. 1, 1117 Abs. 1 S. 1 BGB im Grundsatz nötige Übergabe des Grundschuldbriefs wurde durch eine Aushändigungsabrede (§ 1117 Abs. 2 BGB) ersetzt.

Das Vorliegen einer Sicherungsgrundschuld bedeutet nach der Legaldefinition des § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB, dass die Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft wird. Gleichwohl bleibt auch die Sicherungsgrundschuld nichtakzessorisch (§ 1192 Abs. 1 BGB am Ende), sodass die Entstehung der Grundschuld vom Bestand der zu sichernden Forderung unabhängig ist.[3] Auf die Wirksamkeit der Darlehensforderung kommt es damit – anders als bei der akzessorischen Hypothek – nicht an. Vielmehr führt eine Unwirksamkeit der besicherten Forderung bei der Grundschuld lediglich zu bereicherungsrechtlichen und sicherungsvertraglichen Rückübertragungsansprüchen.[4]

[1] *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 8.
[2] *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 873 Rn. 15.
[3] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 BGB Rn. 5; vertieft in *Stürner/Hemler*, Jura 2021, 23 ff.
[4] *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 108.

Anmerkung: Mangels entsprechender Details im Sachverhalt sind Ausführungen zur ordnungsgemäßen Angabe des Mindestinhalts der Grundschuld (§§ 1192 Abs. 1, 1115 BGB) sowie des Grundschuldkapitals (§ 1191 Abs. 1 BGB) und der Zinsen (§ 1191 Abs. 2 BGB) nicht nötig bzw. dürfen als vorhanden unterstellt werden.
Eine Prüfung des Darlehensvertrags ist im Übrigen an dieser Stelle in jedem Fall verfehlt: Wird der Darlehensvertrag bei der dinglichen Einigung erörtert, so liegt ein Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip vor. Wird der Darlehensvertrag als weitere Voraussetzung der Grundschuldbestellung erörtert, so würde es sich um einen Verstoß gegen die Nichtakzessorietät handeln. Schon aus diesen Gründen spielt insbesondere die Formvorschrift des § 492 BGB keine Rolle, zumal R als Darlehensnehmer ohnehin kein Verbraucher ist (§ 513 BGB ist ebenfalls nicht anwendbar, da R als juristische Person kein Existenzgründer im Sinne der Vorschrift sein kann). Auch eine irgendwie geartete Diskussion der Rechtsfähigkeit der R oder ihrer Vertretung durch A wäre daher fehl am Platz, da R lediglich Schuldner der Darlehensforderung ist, nicht aber Grundschuldbesteller.

3. Berechtigung

A müsste auch zur Grundschuldbestellung berechtigt gewesen sein (vgl. § 873 Abs. 1 BGB). Zwar ist der Eigentümer grundsätzlich zu allen Verfügungen berechtigt. Hier erscheint jedoch fraglich, ob A tatsächlich Grundstückseigentümer geworden ist.

a) Eigentum des G am Grundstück

Zunächst war das Grundstück laut Sacherhalt im Eigentum des G.

b) Eigentumserwerb der M

Dann ging das Grundstück nach dem Erbfall auf die einzige Tochter M des G als Alleinerbin über (§ 1922 Abs. 1 BGB), sodass M auch verfügungsbefugte Alleineigentümerin geworden ist.

Anmerkung: Der Sachverhalt gibt keine Auskunft zu der Frage, ob G einen pflichtteilsberechtigten Ehegatten oder weitere pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge hinterließ. Das kann auch offenbleiben, denn selbst wenn dies der Fall wäre, würde dies gem. §§ 2303 Abs. 1 S. 1, 1931 BGB nur zu einem Pflichtteilsausgleichsanspruch gegen M führen – am Erwerb von Alleineigentum der M infolge der Erbschaft würde sich nichts ändern.

c) Eigentumserwerb des A

Fraglich erscheint jedoch, ob A infolge der Grundstücksübertragung der M Eigentümer geworden ist. Die nach §§ 873 Abs. 1, 925 BGB nötige Einigung in Form der Auflassung lag vor und war laut Sachverhalt formwirksam. A wurde auch als Grundstückseigentümer eingetragen.

Anmerkung: Der im Sachverhalt nicht eindeutig angegebene schuldrechtliche Rechtsgrund der Grundstücksübertragung von M an A – naheliegenderweise eine Schenkung – ist nicht relevant. Die Prüfung eines Schenkungsvertrags auf der Ebene der dinglichen Einigung zwischen M und A wäre ein Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip.

Erörterungsbedürftig ist aber, inwieweit es erheblich ist, dass M im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung an A nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen war. Wie oben gezeigt, war M infolge der Erbschaft materiellrechtlich Eigentümerin und damit verfügungsbefugt. Hieran ändert auch die (fehlende) Grundbucheintragung nichts, da dieser keine Rechtskraft zukommt.[5] Stattdessen begründet die Grundbucheintragung gem. § 891 BGB lediglich eine widerlegliche Richtigkeitsvermutung, an die sich die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs (§§ 892 f. BGB) knüpft. Es ist also gerade nicht so, dass die Grundbucheintragung in konstitutiver Weise Grundstücksrechte erschafft. M war daher trotz der fehlenden Grundbucheintragung allein aufgrund ihrer materiellen Eigentümerstellung zur Übertragung des Grundstücks an A berechtigt. Die Vorlage des Erbscheins zur Realisierung der Grundstücksübertragung durch Eintragung des A im Grundbuch hat damit nur grundbuchverfahrensrechtliche Bedeutung (vgl. §§ 20, 29, 35, 40 GBO).[6]

Auch § 2366 BGB ist vorliegend für den Grundstückserwerb des A nicht notwendig, da die Norm nur den gutgläubigen Erwerb vom *nichtberechtigten* Erbscheinserben ermöglicht. M war jedoch als materiellrechtliche Eigentümerin (siehe oben) bereits *berechtigte* Erbscheinserbin; mangels Nichtberechtigung bedurfte es daher auch nicht deren Überwindung durch den öffentlichen Glauben des Erbscheins.

Anmerkung: Eine Prüfung des gutgläubigen Erwerbs nach § 2366 BGB wäre daher verfehlt, da dies M fälschlicherweise als Nichtberechtigte behandeln würde. Ebenso wäre eine Prüfung des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB fehlgeleitet, da M nicht aus dem Grundbuch legitimiert ist.

Damit ist A Eigentümer des Grundstücks geworden.

d) Zwischenergebnis

A war als Eigentümer zur Grundschuldbestellung berechtigt.

4. Einreden aus der Grundschuld

Gem. § 1193 Abs. 1 BGB erfordert die Grundschuld im Grundsatz zu ihrer Fälligstellung eine Kündigung mit sechsmonatiger Kündigungsfrist. Gem. § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB ist diese Frist für die Sicherungsgrundschuld zwingend und kann insbesondere nicht durch sicherungsvertragliche Abreden modifiziert werden.[7] Eine Verwertung durch K ist damit erst nach Abwarten dieser Kündigungsfrist möglich.

Anmerkung: Da die Fallfrage ohnehin nur nach der Verwertungsmöglichkeit „nach Fälligkeitseintritt“ fragt, scheitert die Prüfung bereits deshalb nicht an der (fehlenden) Fälligkeit.

5. Weitere Einreden des Eigentümers A?

Forderungsbezogene Einreden kann A aufgrund der Nichtakzessorietät im Grundsatz nicht geltend machen (§ 1137 BGB ist akzessorietätsabhängig), zumal der Sachverhalt hierfür auch keine Anhaltspunkte liefert.

---

[5] *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 891 Rn. 1.
[6] Vgl. *Otto*, in: BeckOK GBO, Stand: 1.6.2025, § 29 Rn. 18.
[7] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1193 Rn. 5.

Einreden aus dem Sicherungsvertrag, die der Inanspruchnahme aus der Grundschuld im Grundsatz entgegengehalten werden können, sind nicht ersichtlich. Insbesondere die allgemeine, sicherungsvertragliche Pflicht, vor der Verwertung die Belange des Sicherungsgebers hinreichend zu würdigen, wurde vorliegend durch die Androhung der Zwangsversteigerung erfüllt.[8]

II. Ergebnis

K kann das Grundstück des A nach Fälligkeitseintritt gem. §§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1147 BGB verwerten.

Frage 2: Schadensersatz wegen der Kosten für den besonderen Prüfungstermin

I. Anspruch des A gegen K auf Schadensersatz wegen der Kosten des besonderen Prüfungstermins gem. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 311 Abs. 1 BGB (Sicherungsvertrag)

A könnte gegen K einen Anspruch auf Verzugsschadensersatz wegen der Kosten des besonderen Prüfungstermins haben, wenn K gegenüber A aus einem Sicherungsvertrag zur Abtretung der Darlehensforderung verpflichtet war und K diese Pflicht durch die Nichtabtretung verletzt hat.

1. Schuldverhältnis: Sicherungsvertrag zwischen A und K

Da die durch A bestellte Grundschuld eine Sicherungsgrundschuld (§ 1192 Abs. 1a S. 1 BGB) ist, muss auch ein zumindest konkludent geschlossener Sicherungsvertrag vorliegen. Dieser ist der Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherungsgrundschuld und verkörpert verschiedenartige schuldrechtliche Verknüpfungen zwischen der gesicherten Forderung und Grundschuld, ohne hierbei die Nichtakzessorietät der Grundschuld infrage zu stellen.[9] Der Sicherungsvertrag kann grundsätzlich formlos und zeitgleich mit dem zu besichernden Darlehen abgeschlossen werden.[10]

Hier ist zunächst fraglich, wer die Parteien des Sicherungsvertrags sind. Laut BGH soll als Grundregel der Schuldner der besicherten Forderung (hier: R) Sicherungsgeber im Sinne des Sicherungsvertrags sein; hingegen zeigt eine Analyse der richterlichen Entscheidungspraxis, dass zumeist der sicherungsgebende Grundstückseigentümer als Vertragspartei des Sicherungsvertrags (bzw. Inhaber des Anspruchs auf Rückgewähr der Sicherheit) eingeordnet wird.[11] Dies erscheint mit der herrschenden Literatur aufgrund der wirtschaftlichen Interessen folgerichtig, da Vertragspartner des Sicherungsvertrags derjenige sein sollte, der zur Besicherung mit einem Gegenstand aus seinem Vermögen haftet, d.h. hier der Grundstückseigentümer A (a.A. vertretbar).[12] Damit ist ein Sicherungsvertrag zwischen A als Sicherungsgeber und K als Sicherungsnehmer konkludent zustande gekommen.

Anmerkung: Wer R mit vertretbarer Begründung als Sicherungsgeber einordnet, muss sich damit auseinandersetzen, wie der unstreitig nötige Rückfall der Grundschuld an den Eigentümer A bei Wegfall des Sicherungsinteresses gewährleistet werden soll. Hier sind viele Gestaltungen denkbar, beispiels-

[8] Vgl. *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 102. Es ist auch vertretbar, die Androhung bei Ablauf der Frist des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB für entbehrlich zu erachten.

[9] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 Rn. 54.

[10] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 Rn. 54 f.

[11] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 Rn. 56.

[12] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 Rn. 56.

weise eine (konkludente) Abtretung des Abtretungsanspruchs durch den Sicherungsgeber R zugunsten des Eigentümers A bei Wegfall des Sicherungsinteresses,[13] die Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter mit dem Eigentümer A als begünstigten Dritten (§ 328 BGB)[14] oder die Konstruktion eines dreiseitigen Vertrags[15].

2. Verletzung einer Abtretungspflicht aus dem Sicherungsvertrag?

Fraglich ist, ob K durch die zunächst nicht erfolgte Abtretung der Darlehensforderung eine Pflicht aus dem Sicherungsvertrag verletzt hat.

Ein Sicherungsvertrag beinhaltet als primäre Leistungspflicht des Sicherungsnehmers (hier: K) einen Anspruch des Sicherungsgebers (hier: A) auf Rückgewähr der Sicherheit nach Wegfall des Sicherungszwecks.[16]

Der Hauptanwendungsfall eines solchen Wegfalls des Sicherungszwecks ist das Erlöschen der besicherten Forderung durch Erfüllung (§ 362 BGB). Hätte also etwa R die Darlehensforderung durch Zahlung zum Erlöschen gebracht, so hätte A einen Anspruch auf Rückgabe der Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag gegen K gehabt, der etwa durch Abtretung der Grundschuld an ihn (Entstehung einer Eigentümergrundschuld) oder Aufhebung (Löschung) hätte erfüllt werden können.[17]

Vorliegend hat jedoch nicht R, sondern A gezahlt – zudem ohne Tilgungsbestimmung. Damit stellt sich die Frage, welche Folgen die Zahlung des sicherungsgebenden Eigentümers ohne Tilgungsbestimmung hat.

a) Anspruch des Sicherungsgebers auf Abtretung der besicherten Forderung im Falle der Zahlung auf die Grundschuld

Kein Fall der soeben erörterten Rückgewährpflicht der Sicherheit aufgrund Wegfalls des Sicherungszwecks liegt nämlich vor, wenn nicht die besicherte Forderung, sondern die Sicherheit untergeht. So etwa bei der Zahlung des sicherungsgebenden Eigentümers (nur) auf die Grundschuld: Da der Eigentümer bei Fälligkeit der Grundschuld den Gläubiger befriedigen darf, führt die Zahlung (nur) auf die Grundschuld lediglich zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld (§ 1192 Abs. 1, 1142 Abs. 1, 1143 BGB).[18] Ein gesetzlicher Übergang der besicherten Forderung oder deren Erlöschen tritt hingegen nicht ein (§ 1143 BGB ist aufgrund seiner Akzessorietätsabhängigkeit nicht anwendbar).[19]

Indessen entsteht nach Zahlung (nur) auf die Grundschuld nach h.M. ein Anspruch des Sicherungsgebers auf Abtretung der besicherten Forderung gegen den Sicherungsnehmer aus dem Sicherungsvertrag, soweit der Schuldner im Innenverhältnis zum Sicherungsgeber dem Letztgenannten zum

[13] Vgl. *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 88.
[14] Vgl. *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 89.
[15] Vgl. *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 90 f.
[16] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 Rn. 102.
[17] *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 1192 Rn. 203.
[18] *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 174.
[19] *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 175; *Volmer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2025, § 1143 Rn. 46; KG NJW 1961, 414; OLG Brandenburg RNotZ 2012, 167. Dort auch zur älteren M.M., welche sich für einen gesetzlichen Forderungsübergang nach § 1143 BGB (analog) ausspricht. Dieser Streit ist vorliegend im Ergebnis nicht entscheidungserheblich, da zumindest eine Abtretungspflicht aus dem Sicherungsvertrag bejaht wird (siehe unten).

Ausgleich verpflichtet war.[20] Dies ist folgerichtig: Der Sicherungsnehmer (hier: K) kann nach erhaltener Zahlung auf die Grundschuld zur Vermeidung einer Doppelbefriedigung (§ 242 BGB) keine Erfüllung mehr vom Schuldner (hier: R) verlangen.[21] Der Sicherungsnehmer hat daher kein schützenswertes Interesse mehr am Innehaben der besicherten Forderung. Umgekehrt macht eine Abtretung der Forderung an den Sicherungsgeber für diesen nur dann Sinn, wenn er die Forderung im Innenverhältnis zum Schuldner auch realisieren darf und es nicht etwa Rechtsgründe gibt, nach denen ohnehin der Sicherungsgeber zur Kostentragung verpflichtet ist.

Anmerkung: Ob ein Anspruch im Innenverhältnis zwischen Schuldner und Sicherungsgeber eine Voraussetzung eines Abtretungsanspruchs aus dem Sicherungsvertrag sein sollte, kann durchaus streitig erörtert werden. Ein Streitentscheid kann vorliegend jedoch dahinstehen, da es ohnehin keine Anhaltspunkte für eine Kostentragungspflicht des A gegenüber R gibt (siehe unten).

b) Ermittlung der Tilgungswirkung: Zahlung des A auf die Grundschuld

Damit hängt die Frage, ob diese Abtretungspflicht aus dem Sicherungsvertrag verletzt worden sein könnte, davon ab, ob A auf die Grundschuld oder die Forderung zahlte: Nur bei einer Zahlung auf die Grundschuld käme eine Pflicht der K zur Abtretung der Forderung an A überhaupt in Betracht (siehe oben).[22] Bei einer Zahlung des A auf die Forderung würde ein Abtretungsanspruch dagegen schon wegen des damit eintretenden Erlöschens der Forderung nicht entstehen können.[23]

Da A bei Zahlung an K laut Sachverhalt keine Angaben gemacht hat und es insofern an einer ausdrücklichen Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) ebenso fehlt wie an verwertbaren Anhaltspunkten für eine konkludente Tilgungsbestimmung, ist zu ermitteln, ob der vom Schuldner personenverschiedene Eigentümer im Zweifel auf die Forderung oder die Grundschuld zahlt. Da der Eigentümer im Zweifel seine dingliche Haftung ausschließen und sein Eigentum erhalten möchte, geht die h.M. richtigerweise davon aus, dass im Zweifel auf die Grundschuld gezahlt wird.[24] Daher erfolgte die Zahlung des A vorliegend auf die Grundschuld.

Anmerkung: Nicht erforderlich – aber bei Vorhandensein positiv zu honorieren – ist die Diskussion der Frage, ob es auch in dem vorliegenden Fall eines freihändigen Verkaufs des Grundstücks dabei bleiben sollte, dass der sicherungsgebende Eigentümer grundsätzlich auf die Grundschuld zahlt. Das könnte man mit dem Argument verneinen, dass dieser aufgrund der Übertragung des Eigentums auf einen Dritten kein Interesse mehr an einer Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Zahlung auf die Grundschuld hat. Andererseits wäre der Wert des Grundstücks für den Dritterwerber deutlich vermindert, wenn dieser kurz nach Erwerb aufgrund der übergegangenen Grundschuld (§§ 1192 Abs. 1, 1154 BGB) die Zwangsvollstreckung befürchten müsste. Realistischerweise würde der Dritterwerber wohl das Grundstück gar nicht erwerben, wenn er sich nicht sicher sein könnte, dass aus der

[20] *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 176; KG NJW 1961, 414; OLG Brandenburg RNotZ 2012, 167; OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901.

[21] *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 175; OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901 Rn. 15 Ziff. 3 c).

[22] Vgl. OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901 Rn. 15 Ziff. 3 a).

[23] Vgl. *R. Rebhan*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 1191 Rn. 177; OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901 Rn. 15 Ziff. 3 a).

[24] *Volmer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2025, § 1143 Rn. 46; OLG Brandenburg RNotZ 2012, 167 m.w.N.; OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901 Rn. 15 Ziff. 3 c).

Grundschuld keine Zwangsvollstreckung stattfindet. Die Umwandlung der Fremdgrundschuld in eine „ungefährliche" Eigentümergrundschuld durch Zahlung des Veräußerers (hier: A) auf die Grundschuld entspricht damit auch der typischen Interessenlage beim Dritterwerb – und im Übrigen auch der typischen Vertragsgestaltung, die eine regelmäßige Pflicht zur lastenfreien Eigentumsübertragung an den Dritterwerber vorsieht.[25]

c) Keine Ausgleichspflicht des A im Innenverhältnis gegenüber R

Da die Zahlung des A auf die Grundschuld erfolgte, ist die Darlehensforderung der K gegen R damit nicht erloschen. Eine Pflicht der K zur Abtretung der Forderung an A kommt daher in Betracht. Nach dem oben Gesagten entsteht ein Anspruch des Sicherungsgebers gegen den Sicherungsnehmer auf Abtretung der besicherten Forderung jedoch nur, wenn der Schuldner im Innenverhältnis gegenüber dem Sicherungsgeber zum Ausgleich verpflichtet ist. Vorliegend gibt der Sachverhalt keine Hinweise zum Verhältnis zwischen R und A, sodass dieses durch sachverhaltsnahe Auslegung zu ermitteln ist.

Wenngleich R und A zweifelsohne durch den GmbH-Gesellschaftsvertrag verbunden sind, kann der Sachverhalt durchaus so verstanden werden, dass im Hinblick auf das vorliegende Darlehens- und Sicherungsgeschäft kein Rechtsverhältnis zwischen R und A bestand. Fehlt es im Deckungsverhältnis zwischen Schuldner und Sicherungsgeber an jedem Rechtsverhältnis, soll der Sicherungsgeber nach einer Ansicht vom Schuldner aus §§ 677, 683, 670 BGB (GoA) oder Rückgriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB, strittig) Ausgleich verlangen können.[26] Nach der Rechtsprechung soll bei Fehlen von Anhaltspunkten für jedes besondere Rechtsverhältnis regelmäßig von einer Ersatzpflicht des Schuldners aus Auftragsrecht (§ 670 BGB) ausgegangen werden.[27] Im vorliegenden Sachverhalt könnte für einen Erstattungsanspruch auch sprechen, dass A als Geschäftsführer der R-GmbH tätig wurde und er insofern nach dem allgemeinen Aufwendungserstattungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers[28] nach § 716 Abs. 1 BGB (analog) Ersatz von R verlangen könnte. Keinerlei Anhaltspunkte existieren dagegen für das Bestehen eines ausgleichsausschließenden Rechtsgrunds (beispielsweise ein Verzicht des A auf Rückgriffansprüche gegenüber R).

Damit ist in jedem Fall gerade von einer Erstattungspflicht des Schuldners R gegenüber dem Sicherungsgeber A auszugehen. Anhaltspunkte für den umgekehrten Fall einer Ausgleichspflicht des A gegenüber R bestehen somit nicht. Damit ist nach dem oben Gesagten auch ein Anspruch des A auf Abtretung der besicherten Darlehensforderung gegenüber K nach Zahlung auf die Grundschuld entstanden.

d) Zwischenergebnis

K hat den hiernach aus dem Sicherungsvertrag entstandenen Abtretungsanspruch verletzt, indem sie die Darlehensforderung gegen R nicht nach Zahlung auf die Grundschuld zugunsten von A abgetreten hat.

3. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet.

---

[25] Ebenso OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901 Rn. 15 Ziff. 3 c).
[26] OLG Koblenz, Beschl. v. 1.8.2008 – 5 U 551/08 = BeckRS 2008, 20354 Rn. 7.
[27] OLG Koblenz, Beschl. v. 1.8.2008 – 5 U 551/08 = BeckRS 2008, 20354 Rn. 5.
[28] *Wisskirchen/Zoglowek/Theißen*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 1.5.2025, § 6 Rn. 133.

Anmerkung: Es ist vertretbar, auch vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln der K zu bejahen.

4. Weitere Voraussetzungen des Verzugsschadens

Es handelt sich um einen Verzugsschaden, sodass gem. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB auch eine fruchtlose Mahnung vorliegen müsste. Diese liegt mit dem zunächst folgenlosen Abtretungsverlangen des A vor.

Anmerkung: Es ist vertretbar, die Einordnung als Verzugsschaden offen zu lassen, da neben den ohnehin vorliegenden Voraussetzungen des Schadensersatzes neben der Leistung auch eine konkludente Fristsetzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) mit dem Abtretungsverlangen vorliegt.

5. Schaden

Durch die erst während des Prozesses erfolgende Abtretung musste A die erworbene Forderung nach § 177 InsO nachträglich anmelden, was zur Anberaumung eines besonderen Prüfungstermins auf seine Kosten führte. Die hiernach entstandenen Kosten beruhten nach den Angaben im Bearbeitungsvermerk auch adäquat kausal auf der Pflichtverletzung der K zur Abtretung der Darlehensforderung an A und sind daher nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähig.[29]

Anmerkung: Nicht erforderlich, aber positiv zu honorieren, ist die Diskussion der Frage, ob A als Alleingesellschafter der insolventen R überhaupt ein legitimes Interesse an einer (nachträglichen) Forderungsanmeldung hat. Das ist zu bejahen: Die Alleingesellschafterstellung ändert nichts daran, dass A und R als getrennte Rechtssubjekte zu behandeln sind und insofern A auch Forderungen gegen „seine“ R-GmbH geltend machen und im Insolvenzverfahren anmelden kann. Ferner hat A auch ein legitimes Interesse an der Teilnahme am Insolvenzverfahren, denn die R-GmbH hat infolge der Insolvenzeröffnung gem. §§ 80 f. InsO ihre Verfügungsbefugnis verloren, sodass auch A als deren Geschäftsführer nicht mehr auf das Vermögen der R zugreifen kann. Der (Allein-)Gesellschafter und Geschäftsführer einer insolventen juristischen Person wird daher im Grundsatz nicht vom Insolvenzverfahren ausgeschlossen und ist ebenso wie alle anderen Insolvenzgläubiger auf die quotenmäßige Verteilung (§§ 187 ff. InsO) verwiesen. Möchte A also die bereits eingetretene Haftung aus seinem persönlichen Grundstücksvermögen mithilfe der Forderungsanmeldung abfedern, so ist dies vom Gesetzgeber durchaus gebilligt; die Teilnahme von Gesellschaftern als Insolvenzgläubiger ist sogar in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO anerkannt.

II. Ergebnis

A hat einen Anspruch gegen K auf Schadensersatz wegen der Kosten des besonderen Prüfungstermins gem. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 311 Abs. 1 BGB (Sicherungsvertrag).

[29] Ähnlich OLG Celle, Urt. v. 26.6.2024 – 4 U 77/22 = BeckRS 2024, 33901 Rn. 15 (Schadensersatz für ausgeschlossene Teilnahme am Insolvenzverfahren nach Nichtabtretung und Insolvenzteilnahme-Verzicht durch die Gläubigerin).

III. Weitere Anspruchsgrundlagen

Weitere durchgreifende Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

Andere vertragliche Schuldverhältnisse zwischen A und K abseits des Sicherungsvertrags bestehen nicht; insbesondere ist der Darlehensvertrag laut Sachverhalt nur zwischen R und K zustande gekommen.

Für deliktische Ansprüche bestehen keine Anhaltspunkte. Insbesondere beruhte der Eigentums- und Besitzverlust am Grundstück auf der freien Veräußerungsentscheidung des A, sodass bereits von einem Eingriff durch K keine Rede sein kann. Die Nichtabtretung durch K überschreitet auch bei weitem nicht die Schwelle des § 826 BGB.

Auch bereicherungsrechtliche Ansprüche des A gegen K bestehen nicht. Der Forderungserwerb der K beruhte nicht auf einer Leistungsbeziehung zwischen K und A.

Anmerkung: Mit einiger juristischer Kreativität könnte man die Nichtabtretung nach Zahlung auf die Grundschuld als Eingriff der K in die sicherungsvertraglich geregelte Forderungszuständigkeit[30] des A für die Darlehensforderung verstehen. In dem Fall dürfte eine Eingriffskondiktion aber am Vorrang der Leistungsbeziehung zwischen K und R scheitern.

[30] Vgl. zum Eingriff in nur schuldrechtlich geschützte Positionen *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 341.

Fortgeschrittenenklausur: „Zession und Zankerei“

Wiss. Mitarbeiter Jannik Heine, Marburg[*]

Die Klausur wurde an der Philipps-Universität Marburg im WiSe 2025/2026 als Klausur in der Übung zum Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 min.

Sachverhalt

A ist im Handelsregister eingetragen und betreibt ein Bauunternehmen, dessen Betrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. A bezieht von der ebenfalls im Handelsregister eingetragenen B-GmbH Baustoffe. Nach den von beiden unterzeichneten Einkaufsbedingungen darf B ihre Forderungen gegen A nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung an Dritte abtreten oder von diesen einziehen lassen. Außerdem sehen die Einkaufsbedingungen vor, dass Forderungen von B binnen eines Jahres nach Lieferung zu begleichen sind und das Eigentum an den gelieferten Stoffen bis zur vollständigen Zahlung vorbehalten bleibt.

Am 1.12.2024 trat B – zur Liquiditätsbeschaffung – eine gegen A gerichtete Kaufpreisforderung wegen einer am 31.10.2024 erfolgten Lieferung von Zementmischern über 50.000 € an C im Rahmen einer Factoring-Vereinbarung ab und informierte A hiervon am 9.12.2024. A widersprach zwar der Abtretung, setzte die Geschäftsbeziehung zu B aber fort.

Am 2.1.2025 lieferte B auf Bestellung 20 Tonnen Recycling-Schrott zur Verwendung als Unterbau an A. Eine von A am 3.1.2025 durchgeführten Beprobung ergab einen deutlich über das zulässige Maß hinausgehenden Arsengehalt, was A B auch am 3.1.2025 anzeigte und Nachlieferung verlangte. B, die den Schrott von D nach Vorzeigen entsprechender amtlicher Unbedenklichkeitszertifikate bezogen hatte, sah sich als sorgfältig handelnd und verweigerte die Nacherfüllung.

A erklärte B daraufhin am 1.3.2025 den Rücktritt und forderte B zur zügigen Abholung des gelieferten Materials auf, da die Lagerhallen von A wegen des hohen Arsengehalts vollständig gesperrt werden musste. Weil B auch dies vehement ablehnte, lies A das Material am 1.4.2025 schließlich auf eigene Kosten entfernen, wofür Kosten i.H.v. 50.000 € entstanden. Anschließend erklärte A am 3.4.2025 gegenüber B die Aufrechnung gegen etwaige Ansprüche aus früheren Geschäften. Zu diesem Zeitpunkt waren neben der Forderung wegen der Lieferung vom 31.10.2024 keine weitere Forderung wegen Lieferung offen.

Kurz darauf wurde über das Vermögen von A ein Insolvenzverfahren eröffnet; auch C wurde hiervon unterrichtet. Die bestellte Insolvenzverwaltung verweigert jegliche Leistung an C unter Hinweis auf die am 3.4.2025 gegenüber B erklärte Aufrechnung. Da C ohnehin nur mit einer geringen Quote rechnet, verlangt C nun von B die Zahlung von 50.000 €.

Fallfrage

Kann C von B die Zahlung von 50.000 € verlangen?

[*] Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorrand am Institut für das Recht der Digitalisierung (Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung) an der Philipps-Universität Marburg.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch von C gegen B aus § 816 Abs. 2 BGB auf Zahlung von 50.000 € 106
1. Leistung an B 106
2. Erlöschen einer Forderung von C durch Aufrechnung gegenüber B 107
a) Forderung von C 107
a) Vertragsschluss zwischen A und B.....107
b) Übergang der Forderung auf C nach § 398 S. 2 BGB 107
(1) Kaufmannseigenschaft von A und B 107
(2) Handelsgeschäft zwischen A und B 108
c) Zwischenergebnis 108
b) Erlöschen durch Leistung an B.....108
a) Fällige Forderung von A 108
(1) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB 108
(2) Anspruch aus §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB 109
b) Gegenseitigkeit 110
(1) § 406 BGB 110
(2) § 407 Abs. 1 BGB.....110
(3) § 354a Abs. 1 S. 2 BGB.....111
c) Zwischenergebnis.....112
3. Umfang des Anspruchs.....112
4. Ergebnis 112
II. Anspruch von C gegen B aus § 285 BGB auf Zahlung von 50.000 € 112

I. Anspruch von C gegen B aus § 816 Abs. 2 BGB auf Zahlung von 50.000 €

C kann gegen B, welche als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähig ist, einen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € aus § 816 Abs. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass an B eine Leistung erbracht wurde und hierdurch eine Forderung von C erloschen ist.

1. Leistung an B

An B ist geleistet worden, wenn Bs Vermögen durch A bewusst und zweckgerichtet gemehrt wurde.[1] Entscheidend ist hier die Perspektive von B. Durch die Aufrechnungserklärung wollte A ersichtlich eine gegenüber B bestehende Verbindlichkeit aus einem vorherigen Geschäft erfüllen und gleichzeitig eine Verbindlichkeit von B gegenüber A zum Erlöschen bringen. Damit hat A an B geleistet.

[1] BGHZ 40, 272 (277) = NJW 1964, 399.

2. Erlöschen einer Forderung von C durch Aufrechnung gegenüber B

a) Forderung von C

Durch die Leistung von A muss eine Forderung von C gegen A erloschen sein. A und C haben selbst keinen Vertrag geschlossen oder standen sonst in einer Form von rechtsgeschäftlichem oder tatsächlichem Kontakt. Für C kommt somit nur eine Forderung aus abgetretenem Recht in Betracht.

a) Vertragsschluss zwischen A und B

A und B haben sich – letztere vertreten durch ihre organschaftliche Vertretung nach §§ 164 BGB, 35 GmbHG – über die Lieferung von Zementmischern zu einem Preis von 50.000 € geeinigt. Damit hat B einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 50.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB erworben.

b) Übergang der Forderung auf C nach § 398 S. 2 BGB

Die A gegenüber B begründete Forderung kann nach § 398 S. 2 BGB auf C übergegangen sein. B und C haben sich im Rahmen des Factoring-Vertrages nach §§ 133, 157 BGB über den Übergang der Forderung gegen A von B auf C geeinigt. B war auch tatsächlich die aus der Forderung berechtigte Person und damit verfügungsbefugt.

Fraglich ist allerdings, ob die Forderung auch abgetreten werden konnte. Nach § 399 Alt. 2 BGB kann eine Forderung ausnahmsweise nicht abgetreten werden, wenn die Zession durch Vereinbarung zwischen den ursprünglichen Vertragspersonen ausgeschlossen ist (sog. Vinkulierung). Die Möglichkeiten rechtsgeschäftlicher Modifikation sind dabei nicht auf die Vereinbarungen eines kategorischen Ausschlusses begrenzt. Gläubiger*innen und Schuldner*innen sind gleichermaßen frei, qualitative Teilzessionsverbote oder anderen Restriktionen der Verfügungsbefugnis der Forderungsinhaber*innen zu vereinbaren, wie etwa eine Bindung an die Zustimmung der Schuldner*innen.[2] Alle solchen Vereinbarungen haben – in Abweichung vom Grundsatz des § 137 BGB – nicht nur relative, sondern sogar absolute Wirkung.[3] Die somit für den Übergang der Forderung erforderliche Zustimmung hat B allerdings nicht erteilt. Damit fehlt es an dem für die Zession notwenigen Erfordernis der Verkehrsfähigkeit der Forderung.

Nach § 354a Abs. 1 S. 1 HGB können Forderung allerdings auch dann wirksam abgetreten werden, wenn es sich um vinkulierte Forderung handelt. Anwendbar ist § 354a HGB allerdings nur dann, wenn das entsprechende Zessionsverbot bzw. das Zessionshindernis zwischen Kaufleuten für eine Geldforderung vereinbart wurde und die Forderung einem beiderseitigen Handelsgeschäft entstammt.

(1) Kaufmannseigenschaft von A und B

Bei B handelt es sich um eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diese ist nach § 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 1 und 2 HGB ipso iure Kaufmann kraft Rechtsform (sog. Formkaufmann). Die Formkaufmannseigenschaft gilt, wie § 6 Abs. 2 HGB klarstellt, unabhängig davon, ob der Geschäftsbetrieb kaufmännischer Einrichtung bedarf oder überhaupt ein Gewerbe betrieben wird. A betreibt ein Gewerbe, dass nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert und ist zudem im Handelsregister eingetragen. Damit ergibt sich die Kaufmannseigenschaft von A jedenfalls aus § 5 HGB.

[2] BGHZ 108, 172 = NJW 1990, 109.
[3] BGHZ 40, 156 (160) = NJW 1964, 243.

(2) Handelsgeschäft zwischen A und B

Die abgetretene Forderung entstammt aus einem beidseitigen Handelsgeschäft nach § 343 Abs. 1 HGB, wenn die Lieferbeziehungen zwischen A und B für beide zum Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes gehören. Erforderlich ist ein Funktionszusammenhang zwischen dem fraglichen Rechtsgeschäft und dem unternehmerischen Geschäftsbetrieb, wobei der objektive Zweck des Geschäfts entscheidend ist.[4] A betreibt ein Bauunternehmen. Hierfür sind neben dem Abschluss von Tätigkeitsbezogenen Verträgen mit Auftraggeber*innen oder Angestellten auch Zulieferverträge über die erforderlichen Baumaterialien erforderlich. Die Verträge mit B dienen unmittelbar der Ermöglichung der gewerblichen Tätigkeit von A. B ist Formkaufmann. Damit ist jedes Rechtsgeschäft, was in ihrem Namen abgeschlossen wird, notwendigerweise betriebszugehörig.[5] Damit handelt es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft. Ein Rückgriff auf die Vermutung der Zugehörigkeit zum Gewerbebetrieb nach § 344 Abs. 1 HGB ist nicht erforderlich.

c) Zwischenergebnis

Der Abschluss des Liefervertrages zwischen A und B stellt ein beiderseitiges Handelsgeschäft zwischen zwei Kaufleuten dar. Der Abtretungsausschluss bezog sich auch auf eine Geldforderung und ist damit unbeachtlich. B konnte die Forderung gegen A somit auch ohne As Zustimmung an C abtreten. C hat damit die Kaufpreisforderung gegen A nach § 398 S. 2 BGB erworben.

b) Erlöschen durch Leistung an B

Die Leistung von A muss dazu geführt haben, dass die Forderung von C gegen A erloschen ist. A hat gegenüber B die Aufrechnung erklärt und damit eine Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB abgegeben. Die Forderung von C gegen A ist daher nach § 389 BGB erloschen, wenn auch eine Aufrechnungslage bestand. Dies setzt nach § 387 BGB grundsätzlich voraus, dass zwei Personen einander gleichartige Leistungen schulden, die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, erfüllbar und die Forderung, mit der aufgerechnet wird, fällig ist. Da die Kaufpreisforderung aus dem Vertrag zwischen A und B innerhalb eines Jahres zu erfüllen war, war diese wegen § 271 Abs. 2 BGB bereits ab dem Zeitpunkt der Lieferung erfüllbar.

a) Fällige Forderung von A

A muss eine fällige Forderung gehabt haben.

(1) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch von A gegen B aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB. Mit der Arsenbelastung des Schrotts lag bereits bei Gefahrübergang ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB vor, womit B die Pflicht zur mangelfreien Lieferung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB aus dem Kaufvertrag verletzt hat.

Ein Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach § 377 Abs. 2 HGB kommt nicht in Betracht. Zwar handelt es sich um einen beiderseitigen Handelskauf, sodass die Rügeobliegenheit grundsätzlich

[4] *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.12.2025, § 344 Rn 10; *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.10.2025, § 344 Rn. 10.

[5] BGH NJW 1960, 1852 (1853).

Anwendung findet. A hat den Mangel aber bereits einen Tag nach Lieferung am 3.1.2025 entdeckt und noch am selben Tag gegenüber B angezeigt.

Problematisch ist hier vor allem, ob B die Pflichtverletzung zu vertreten hat. B ist ein etwaiges Verschulden von D nach § 278 BGB zuzurechnen, wenn B sich D zur Erfüllung von Bs Verbindlichkeiten bedient hat. Hier ist zunächst zu konstatieren, dass B ihre Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Kaufsache nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ohne Unterstützung von D hätte erfüllen können. Allerdings war der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes von 2002, mit dem der Erfüllungsanspruch auf sachmangelfreie Leistung nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB eingeführt wurde, explizit der Auffassung, dass über den Umweg einer Haftung für Gehilf*innen nach § 278 BGB keine grundlegende Ausweitung von Schadensersatzpflichten erfolgen dürfe.[6] § 278 BGB ist daher für Zuliefer*innen teleologisch zu reduzieren[7] und eine Zurechnung eines etwaigen Verschuldens von D kommt nicht in Betracht. Eine Haftung von B kann damit nur auf ein eigenes Verschulden gestützt werden. B hat sich allerdings amtliche Bescheinigungen vorzeigen lassen, welche einen unbedenklichen Arsengehalt auswiesen, sodass sie sich insoweit entlasten kann. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Lieferung einer mangelhaften Sache bestand damit nicht.

(2) Anspruch aus §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB

Damit gewinnt die Frage zentrale Bedeutung, ob nicht die Weigerung von B, nach erklärtem Rücktritt die gelieferte Ware zurückzunehmen, einen Schadensersatzanspruch begründen kann. Durch den von A erklärten Rücktritt, der anders als ein Schadensersatzanspruch kein Verschulden voraussetzt, wurde der Kaufvertrag in ein gesetzliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt.[8] Dessen Pflichten sind, wie § 346 Abs. 4 explizit klarstellt, seinerseits durch Sekundäransprüche gegen Pflichtverletzungen bewährt.[9] Entscheidend ist also, ob die Weigerung von B als Verletzung einer Pflicht aus dem Rückgewährschuldverhältnis qualifiziert werden kann.

Eine explizite Rücknahmepflicht ist in § 346 Abs 1 BGB nicht normiert; dort findet sich nur ein Anspruch auf Rückgewähr der ausgetauschten Leistung und gerade keine Rücknahmepflicht. Man kann versuchen, diese Lücke mithilfe einer Analogie zu § 433 Abs. 2 BGB zu schließen,[10] immerhin stellt die Annahme beim Kaufvertrag entgegen der allgemeinen Dogmatik nicht nur eine Obliegenheit, sondern sogar eine Verpflichtung dar.

Unabhängig davon wird man die Verweigerung der Rücknahme allerdings als Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB qualifizieren können.[11] Wie bei einem Kaufvertrag sind auch die Parteien des Rückgewährschuldverhältnisses aus §§ 346 f. BGB nach § 241 Abs. 2 BGB zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet. Für die Verletzung einer derartigen Rücksichtnahmepflicht lässt sich hier insbesondere der erhebliche Aufwand anführen, den A infolge der Schlechtleistung von B hatte: Die Lieferung hat dazu geführt, dass A die eigene Lagerhalle vollständig sperren musste.

---

[6] BT-Drs. 14/6040, S. 210.

[7] BGHZ 200, 337 = NJW 2014, 2183; *Lorenz*, NJW 2013, 207; *Brox/Walker*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2024, § 20 Rn 30.

[8] BGHZ 88, 46 (48) = NJW 1984, 42.

[9] BT-Drs. 14/6040, S. 196.

[10] OLG Nürnberg NJW 1974, 2237 (2238); *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2025, § 439 Rn. 120.2; *Faust*, in: juris PraxisKommentar BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, § 346 Rn 38; *Metzger*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023, § 346 Rn 4.

[11] BGH NJW 2010, 1135 (1137 Rn. 15); OLG Hamm NJW-RR 2014, 985; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 Rn. 89.

Letztendlich ist eine genaue Qualifizierung der Pflichtverletzung hier allerdings nicht erforderlich. Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Rücknahmepflicht analog § 433 Abs. 2 BGB als Schadensersatz statt der Leistung einzuordnen wäre und damit nach § 281 Abs. 1 BGB grundsätzlich das erfolglose Verstreichen einer Frist zur Nacherfüllung erforderlich machen würde.[12] B hat jedoch verlauten lassen, dass sie unter keinen Umständen bereit sei, den Schrott abzuholen. Dies reicht aus, um A nach § 281 Abs. 2 Alt. 1 BGB von einem etwaigen Fristsetzungserfordernis zu befreien. Damit liegt in jedem Fall ein hinreichender Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch vor. Die Verweigerung der Rücknahme erfolgte auch bewusst und damit vorsätzlich. Als heteronom begründete Haftung war der Anspruch nach § 271 Abs. 1 BGB auch sofort fällig.

b) Gegenseitigkeit

Die für eine Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen ist gegeben, wenn sich die Aktivforderung gegen diejenige Person richtet, welche zur Forderung derjenigen Leistungen, gegen die aufgerechnet werden soll, berechtigt ist. Grundsätzlich kann somit nicht gegen eine Forderung gegen dritte Personen aufgerechnet werden, selbst wenn eine Zahlung auf diese Schuld möglich wäre. Die Forderung von A richtete sich allerdings nicht gegen C sondern gegen B. Es besteht somit keine für die Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit.

Das Gesetz sieht allerdings an mehreren Stellen Ausnahmen von dem Grundsatz vor, dass Schuldner*innen nur mit Forderungen aufrechnen können, die ihnen gegen ihre Gläubiger*innen zustehen. Daneben können auch Treu und Glauben eine Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit rechtfertigen.[13] Derartige positivierte Ausnahmen finden sich vornehmlich in den §§ 404 ff. BGB.

(1) § 406 BGB

Nach § 406 BGB können die Schuldner*innen einer abgetretenen Forderung mit einer ihnen gegen die Zedent*innen zustehenden Forderung auch gegenüber den neuen Gläubiger*innen aufrechnen, es sei denn, dass diese beim Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatten oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

A hat die Aufrechnung nicht gegenüber C, sondern gegenüber B erklärt. Selbst wenn man aus dem Factoring-Vertrag im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Empfangszuständigkeit von B für an C gerichtete Erklärungen herleiten würde, würde die Ausnahme nach § 406 BGB daran scheitert, dass das schädigende, den Anspruch von A begründende Ereignis erst nach der Zession und zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, in dem A von B bereits über den Abschluss und den Vollzug des Factoring-Vertrages informiert war. Somit greift der erste Ausschlussgrund des § 406 Hs. 2 Var. 1 BGB. In jedem Fall ermöglichte § 406 BGB hier keine Aufrechnung von A mit der gegen B bestehenden Forderung.

(2) § 407 Abs. 1 BGB

§ 407 Abs. 1 BGB ermöglicht die Erfüllung und weitere Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen zwischen den Schuldner*innen und Zedent*innen, und zwar sowohl zweiseitige wie einseitige und damit insbesondere eine Aufrechnung sowohl durch als auch gegenüber den Zedent*innen. Auch § 407 BGB statuiert allerdings nur so lange eine Ausnahme vom Gegenseitigkeitserfordernis, solange

[12] *Mäsch*, JuS 2024, 882 (883).
[13] Siehe etwa BGH NJW 1989, 2386 (2387).

die Schuldner*innen der Hauptforderung keine Kenntnis von der Zession haben.[14] A wurde von B bereits am 9.12.2024 über die Abtretung informiert. Die Aufrechnungserklärung hat A erst am 3.4.2025 abgegeben. Damit ermöglicht auch § 407 Abs. 1 BGB keine Aufrechnung gegenüber B.

(3) § 354a Abs. 1 S. 2 BGB

Die Aufrechnungserklärung kann aber über § 354a Abs. 1 S. 2 HGB die Forderung zum Erlöschen gebracht haben. Grundsätzlich wird den Schuldner*innen wegen § 407 BGB mit Kenntnis von der Zession die Möglichkeit genommen, in Ansehung der Forderung wirksame Rechtsgeschäfte durch Interaktion mit den Zedent*innen vorzunehmen. § 354a Abs. 1 S. 2 HGB geht allerdings hierüber hinaus und ermöglicht es den Schuldner*innen, auch nach Kenntnis von der Zession mit befreiender Wirkung an die bisherigen Gläubiger*innen zu leisten.

Fraglich ist allerdings, ob damit lediglich die Erfüllung und Erfüllungssurrogate nach §§ 362 und 364 BGB erfasst sind oder ob auch sonstige Rechtsgeschäfte mit befreiender Wirkung möglich sind.

Gegen eine Extension auf Rechtsgeschäfte, welche zum Erlöschen der zedierten Forderung führen, spricht zunächst der systematische Vergleich mit § 407 Abs. 1 BGB, welcher explizit zwischen Leistungen mit Erfüllungswirkung und anspruchsvernichtenden Rechtsgeschäften differenziert. Wären die Aufrechnung und andere rechtsgeschäftlichen Erlöschungsgründe vom Begriff der Leistung umfasst, würde der Zusatz in § 407 Abs. 1 BGB keinen Sinn ergeben.

Teleologische Erwägungen sprechen indes für eine Inklusion der Aufrechnung in den Anwendungsbereich des § 354a Abs. 1 S. 2 HGB: Grundsätzlich ist es den Parteien des privaten Rechtsverkehrs nicht möglich, die Übertragung absoluter Rechtspositionen durch vertragliche Vereinbarung auszuschließen. Dieser in § 137 BGB statuierte Grundsatz wird durch § 399 Alt. 2 BGB für privatautonom erzeugte Rechtspositionen durchbrochen. Die hierdurch eingeräumte Möglichkeit, durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung die Abtretbarkeit einer Forderung auszuschließen, erlaubt es den Schuldner*innen, zum Schutz ihrer Interessen Vorkehrungen gegen einen beliebigen Wechsel ihrer Gläubiger*innen zu treffen, um damit beispielsweise etwaige Aufrechnungsmöglichkeiten nach §§ 387 ff. BGB zu fixieren. § 354a Abs. 1 S. 1 HGB raubt den Schuldner*innen diesen Schutzmechanismus, um die im Handelsverkehr weit verbreiteten Mobiliarsicherheiten in Gestalt der Sicherungszession und des verlängerten Eigentumsvorbehalts zu ermöglichen. Die Regelung des § 354a Abs. 1 S. 2 HGB ist somit nichts anderes als eine Kompensation für die fehlende Möglichkeit der Schuldner*innen, sich durch die Vereinbarung eines Abtretungsverbotes gegen einen Wechsel ihrer Gläubiger*innen abzusichern. Das legt es nahe, die Schuldner*innen in eine ähnliche Position zu bringen, die auch durch Vereinbarung eines Abtretungsverbots erreicht würde, mithin diesen die Aufrechnungsmöglichkeit zu erhalten.

Schließlich spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 354a HGB davon, dass die Möglichkeit der Schuldner*innen „Verrechnungen und Tilgungsvereinbarungen“ mit den alten Gläubiger*innen vornehmen zu können, „uneingeschränkt gewahrt“ werde.[15]

Aus diesen Gründen ist eine gegenüber den Zedent*innen erklärte Aufrechnung als Leistung i.S.d. § 354a Abs. 1 S. 2 HGB anzusehen.[16] § 354a Abs. 1 S. 2 HGB statuiert insoweit eine über §§ 407 f. BGB hinausgehende „einseitige Ausnahme vom Gegenseitigkeitserfordernis des § 387 BGB“.[17] Schuld-

[14] BGHZ 135, 39 (42) = NJW 1997, 1775.

[15] BT-Drs. 12/7912, S. 25.

[16] BGHZ 178, 315 (317 Rn. 20) = NJW 2009, 438; *Feldhusen*, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.11.2025, § 354a Rn. 110; *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, Stand: 1.11.2025, § 354a Rn. 26; a.A. nur *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 283 f.

[17] *Wagner*, WM 2010, 202 (204).

ner*innen der Zedent*innen können daher selbst dann mit einer Forderung gegen diese aufrechnen, wenn sie die Forderung in Kenntnis der Zession erwerben oder diese nach Kenntnis der Schuldner*innen von der Zession und später als die zedierte Forderung fällig wird.

c) Zwischenergebnis

Damit ist durch die von A gegenüber B erklärte Aufrechnung eine Forderung von C i.H.v. 50.000 € erloschen.

3. Umfang des Anspruchs

Der Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB ist grundsätzlich auf dasjenige gerichtet, was die nicht berechtigte Person durch die Leistung erlangt hat. Durch die Aufrechnungserklärung von A ist B von der gegenüber A bestehenden Verbindlichkeit aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB frei geworden. Die Herausgabe hiervon in natura ist ausgeschlossen, sodass nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten ist. Da es sich bei der erloschenen Verbindlichkeit um eine Geldforderung handeln, diese mithin durch Leistung eines entsprechenden Geldbetrages zu erfüllen ist, entspricht der Wert dem Nominalwert der Forderung. B muss Wertersatz für das Freiwerden von einer Verbindlichkeit i.H.v. 50.000 € durch Leistung von 50.000 € leisten.

4. Ergebnis

C hat gegen B einen Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB auf Zahlung von 50.000 €.

II. Anspruch von C gegen B aus § 285 BGB auf Zahlung von 50.000 €

Der Vollständigkeit wegen soll kurz erwähnt werden, dass nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Fällen des § 816 Abs. 2 BGB auch ein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe des Stellvertretenden Commodum nach § 285 BGB in Betracht kommt, sofern zwischen den Parteien ein vertragliches Verhältnis besteht.[18] Ausführungen hierzu werden allerdings nicht erwartet, sodass auch ohne eine Prüfung von § 285 BGB die maximale Punktzahl vergeben werden kann. Sollten wider Erwarten Ausführungen hierzu erfolgen, ist dies positiv zu berücksichtigen.

[18] RGZ 111, 298 (303) = NJW 1926, 981.

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Über den Wolken

Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Drechsler, Regensburg[*]

Die Klausur wurde im Sommersemester 2025 als Abschlussklausur zur Fortgeschrittenenübung im Europarecht an der Universität Regensburg mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Sie weist einen leicht überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf und zudem einen überdurchschnittlichen Umfang. In einem Fall zur Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen für eine bestimmte Berufsgruppe greift Aufgabe 1 grundlegende Fragen der Grundrechtsprüfung im Unionsrecht auf und verlangt nach einem Wissenstransfer aus der deutschen Grundrechtsdogmatik. Aufgabe 2 enthält Standardprobleme zur Nichtigkeitsklage, während Aufgabe 3 bekannte und kaum bekannte Aspekte der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen verknüpft.

Sachverhalt

Lothar Lindberg (L) ist seit fast 30 Jahren bei der deutschen Fluggesellschaft Crane Air AG (C) als Flugkapitän angestellt. Die C ist als Aktiengesellschaft zwar privatrechtlich organisiert, steht aber seit ihrer Gründung zu 80 Prozent im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland, während die übrigen 20 Prozent der Gesellschaftsanteile in der Hand privater Kleinaktionär:innen liegen. Der Arbeitsvertrag des L bei C unterliegt deutschem Recht. Zu Ls Tätigkeit gehört nicht nur der Einsatz als Pilot oder Copilot auf den Passagierflügen der C im Linienverkehr, sondern auch die Ausbildung angehender Pilot:innen. Diese begleitet L – ähnlich wie in einer Fahrschule – als Copilot im Flugzeug oder im Flugsimulator und nimmt theoretische und praktische Prüfungen ab. Diese Ausbildungstätigkeit nimmt, was in der gesamten Branche üblich ist, etwa 20 Prozent seiner Arbeitszeit in Anspruch.

Mitte Juli 2025 erhält L, der Anfang 2026 seinen 63. Geburtstag feiern wird, ein Informationsschreiben der C. Darin wird ihm mitgeteilt, dass die C beabsichtige, L ab seinem 63. Geburtstag nur noch als Ausbilder im Flugsimulator einzusetzen. Hintergrund dieser Entscheidung sei die am 1.7.2025 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte, von Parlament und Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschlossene Richtlinie zur Verbesserung der Luftsicherheit (Luftsicherheitsrichtlinie, im Folgenden: LS-RL). Die neue Bundesregierung habe angekündigt, die LS-RL schon bis spätestens Dezember 2025 in deutsches Recht umzusetzen. Art. 5 Abs. 1 LS-RL, der den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum belässt, bestimmt Folgendes:

> „[1]Ein Inhaber einer Pilotenlizenz, der das Alter von 63 Jahren erreicht hat, darf nicht als Pilot eines Luftfahrzeugs bei der entgeltlichen Beförderung von Fluggästen, Fracht oder Post tätig sein. [2]Ein Inhaber einer Pilotenlizenz, der das Alter von 58 Jahren erreicht hat, darf nicht als Pilot eines Luftfahrzeugs bei der entgeltlichen Beförderung von Fluggästen, Fracht oder Post tätig sein, außer als Mitglied einer Besatzung mit mehreren Piloten und unter der Voraussetzung, dass er der einzige Pilot in der Flugzeugbesatzung ist, der das Alter von 58 Jahren erreicht hat."

[*] Der *Verf.* ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht bei Prof. *Dr. Jürgen Kühling*, LL.M. Er dankt ihm herzlich für wertvolle Hinweise und Ideen für die Gestaltung der Klausur.

L, dem seine Tätigkeit „über den Wolken“ ausgesprochen Spaß macht, hatte keineswegs vor, seine Karriere als Pilot schon mit seinem 63. Geburtstag zu beenden. Mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist er daher aus mehreren Gründen nicht einverstanden und möchte direkt gegen diese Vorschrift gerichtlich vorgehen. Er sieht sich zunächst allein aufgrund seines Alters gegenüber jüngeren Kolleg:innen zurückgesetzt. Zwar sehe er ein, dass Pilot:innen körperlich und geistig fit sein müssten, damit es nicht durch menschliches Versagen zu tödlichen Unfällen oder sogar Flugzeugabstürzen komme. Entscheidend dafür sei aber die individuelle Fitness der Pilot:innen, die man doch auch durch strenge und regelmäßige medizinische Tests laufend überprüfen könne. Solche Tests gebe es ohnehin schon und bei älteren Pilot:innen müsse man sie eben noch öfter durchführen. Eine starre Altersgrenze sei daher ein viel zu grober Regelungsansatz. Sie dränge ihn und seine Kolleg:innen zudem faktisch aus dem Erwerbsleben heraus, obwohl er nach den in Deutschland (und in einigen anderen Mitgliedstaaten) geltenden Regelungen mit 63 Jahren noch nicht einmal ohne spürbare Abschläge in Rente gehen könne – das gehe doch an die Substanz seiner erwerbswirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit!

Aber auch für seine Arbeitgeberin, die Fluggesellschaft C, sei Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL problematisch, da sie ausgerechnet ihre erfahrensten Mitarbeiter:innen nicht mehr im Flugbetrieb einsetzen könne, laufende Arbeitsverträge ändern müsse und sogar gezwungen sein könnte, Pilot:innen, die über 63 Jahre alt sind, zu entlassen. Schließlich könne L nicht verstehen, warum die Altersgrenze des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL nur für die gewerbliche Luftfahrt gelte, er aber weiterhin in seiner Freizeit mit seiner kleinen Privatmaschine oder bei sog. Leerflügen ohne Passagiere fliegen dürfe – da könne ein Flugzeug ja genauso gut durch einen Pilot:innenfehler abstürzen.

Die mit L befreundete Anwältin Berta Beinhorn (B), die L um eine rechtliche Einschätzung seines Falls gebeten hat, ist skeptisch. Hintergrund des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL sei die Einschätzung des EU-Gesetzgebers, dass mit zunehmendem Alter die körperlichen und geistigen Fähigkeiten der Pilot:innen abnähmen. Zwar gebe es ihres Wissens in der Tat keine belastbaren wissenschaftlichen Studien, ab welchem Alter man kein Flugzeug mehr sicher führen könne. Aber Vorsicht sei in der Luftfahrt doch allemal besser als Nachsicht. Da habe der EU-Gesetzgeber die Sicherheit nicht nur der Besatzungsmitglieder und Flugreisenden, sondern auch der Allgemeinheit, die an allen Orten in Europa mit dem Risiko eines Flugzeugabsturzes über dem eigenen Haus und Hof belastet sei, höher eingeschätzt als die berufliche Selbstverwirklichung der Pilot:innen bis ins hohe Alter hinein.

Allen Bedenken zum Trotz erhebt L am 6.8.2025 Klage gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL und beantragt, die Vorschrift gerichtlich aufzuheben.

Bearbeitungsvermerk

Bearbeiten Sie in der vorgegebenen Reihenfolge in einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. auch hilfsgutachtlich – eingeht, folgende Aufgaben.

Aufgabe 1

Prüfen Sie, ob Art. 5 Abs. 1 S. 1 der Luftsicherheitsrichtlinie (LS-RL) mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist. Auf die Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Art. 26 ff. AEUV), ungeschriebene Unionsgrundrechte gem. Art. 6 Abs. 3 EUV sowie weitere ungeschriebene allgemeine Grundsätze des Unionsrechts ist nicht einzugehen (auch nicht über Normverweise in anderen Rechtsakten des Primärrechts). Der Tatsachenvortrag von L und B im Sachverhalt ist der Bearbeitung als zutreffend zugrunde zu legen.

Aufgabe 2

Prüfen Sie, ob die Klage des L zulässig ist.

Aufgabe 3 (Abwandlung)

Entgegen der ursprünglichen ambitionierten Absicht der Bundesregierung setzt Deutschland Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL nicht innerhalb der in der Richtlinie vorgesehenen Frist um. Nach Ablauf dieser Frist erwirbt der unter erheblicher Flugangst leidende Richard Richthofen (R) bei C ein Flugticket, da seine Frau mit ihm endlich einmal nach Mallorca fliegen möchte. Um das Risiko eines Flugunglücks, vor dem R sich panisch fürchtet, zu minimieren, möchte er C dazu verpflichten, auf seinem Flug keine Pilot:innen einzusetzen, die älter als 63 Jahre sind. Da das deutsche Recht hierfür keine Anspruchsgrundlage bereithält, möchte R seinen Anspruch direkt auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL stützen. Zu Recht?

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1: Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem Primärrecht der Europäischen Union ... 117
A. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC ... 118
B. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem Verbot der Altersdiskriminierung, Art. 21 Abs. 1 GRC ... 118
I. Einschränkung des Art. 21 Abs. 1 GRC ... 119
1. Vergleichsgruppen ... 119
2. Ungleichbehandlung anhand eines gem. Art. 21 Abs. 1 GRC verpönten Merkmals ... 119
3. Zwischenergebnis ... 120
II. Rechtfertigung der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 GRC ... 120
1. Gesetzliche Grundlage der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC ... 120
2. Rechtfertigungsgrund, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC ... 120
3. Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC ... 121
a) Eignung ... 121
b) Erforderlichkeit ... 121
c) Angemessenheit ... 123
d) Zwischenergebnis ... 124
4. Ergebnis ... 124
III. Ergebnis ... 124
C. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten der Pilot:innen, Art. 15 Abs. 1 GRC ... 124
I. Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 GRC ... 124
1. Sachlicher Anwendungsbereich ... 124
2. Persönlicher Anwendungsbereich ... 125

II. Einschränkung des Art. 15 Abs. 1 GRC ... 125
III. Rechtfertigung der Einschränkung der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten, Art. 52 Abs. 1 GRC ... 126
1. Gesetzliche Grundlage der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC ... 126
2. Achtung des Wesensgehalts der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten, Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRC ... 126
3. Rechtfertigungsgrund, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC ... 127
4. Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseinschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC ... 127
5. Zwischenergebnis ... 127
IV. Ergebnis ... 127
D. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit der unternehmerischen Freiheit der Fluggesellschaften, Art. 16 GRC ... 127
I. Anwendungsbereich ... 127
1. Sachlicher Anwendungsbereich ... 127
2. Persönlicher Anwendungsbereich ... 128
II. Einschränkung ... 129
III. Rechtfertigung, Art. 52 Abs. 1 GRC ... 129
IV. Ergebnis ... 129
E. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 20 GRC ... 129
I. Einschränkung ... 129
II. Rechtfertigung, Art. 52 Abs. 1 GRC ... 130
III. Ergebnis ... 130
F. Ergebnis ... 130
Aufgabe 2: Zulässigkeit der Klage des L ... 130
A. Zuständigkeit des EuG ... 131
B. Klagegegenstand, Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV ... 131
C. Beteiligungsfähigkeit ... 131
I. Aktive Beteiligungsfähigkeit ... 131
II. Passive Beteiligungsfähigkeit ... 131
D. Klagebefugnis ... 132
I. Klagegrund: Mögliche Verletzung der Verträge, Art. 263 Abs. 2 Var. 3 AEUV ... 132
II. Besondere Befugnis als nicht privilegierte Klagepartei, Art. 263 Abs. 4 AEUV ... 132
1. L als Adressat des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL, Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV ... 132
2. Unmittelbare und individuelle Betroffenheit des L von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL, Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV ... 132

a) Unmittelbare Betroffenheit des L 133
b) Individuelle Betroffenheit des L....133
c) Zwischenergebnis....134
3. Unmittelbare Betroffenheit des L von einem Rechtsakt mit Verordnungscharakter, Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV....134
III. Zwischenergebnis 134
E. Hilfsgutachten: Form und Frist der Klageerhebung 134
F. Ergebnis.... 135
A. Hinreichend genau formulierte Verpflichtung 135
B. Unabhängigkeit der Verpflichtung der C von einer Bedingung 136
C. Ablauf der Umsetzungsfrist der LS-RL 136
D. Keine rechtliche Verpflichtung Privater durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL 136
E. Ergebnis.... 137

Aufgabe 1: Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem Primärrecht der Europäischen Union

Zu prüfen ist, ob Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist. In Betracht kommt hier allein ein Verstoß dieser Vorschrift gegen Unionsgrundrechte der Grundrechtecharta.

Hinweise zum Aufbau: Der Bearbeitungsvermerk schließt mit großer Deutlichkeit eine Prüfung insbesondere der Grundfreiheiten aus. In der originalen Klausursituation haben Bearbeiter:innen diesen Hinweis entweder übersehen oder ignoriert und viel Zeit auf die Prüfung der Grundfreiheiten verwendet oder sogar ausschließlich diese geprüft. Im besten Fall führt dies zu einer misslungenen Schwerpunktsetzung, aber im schlechtesten Fall wird dann gar nichts Einbringliches geprüft. Dies zeigt, wie wichtig eine gründliche Analyse nicht nur des Klausursachverhalts selbst, sondern auch des Bearbeitungsvermerks ist!
Im Sachverhalt sind keine Probleme der formellen Rechtmäßigkeit angelegt. Man kann – wie es einige Bearbeiter:innen in der Originalklausursituation getan haben – zwar in aller Kürze auf die Frage der Gesetzgebungsbefugnis der Union für den Erlass der LS-RL eingehen, Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL lässt sich auf Art. 100 Abs. 2 AEUV stützen, wobei es sich gem. Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV um eine geteilte Zuständigkeit handelt, deren Ausübung folglich auch dem Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 Abs. 3 EUV unterliegt. Vertiefte Ausführungen dazu würden aber die im Klausursachverhalt angelegte Schwerpunktsetzung verfehlen.
Nach dem Bearbeitungsvermerk stellt allein Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL den Prüfungsgegenstand der Klausur dar. Art. 5 Abs. 1 S. 2 LS-RL ist deshalb mit abgedruckt, weil er für die Rechtfertigung der Grundrechtseinschränkungen eine Rolle spielt (siehe unten). Bezieht man ihn als Prüfungsgegenstand in die Falllösung ein, droht insbesondere die Bestimmung der zu prüfenden Ungleichbehandlung bzw. des Grundrechtseingriffs unscharf zu werden.
Die Kenntnis besonderer Lehren zu den einzelnen Unionsgrundrechten, insbesondere die Kenntnis der Definition der sachlichen Anwendungsbereiche und der Abgrenzung der einzelnen Grundrechte voneinander, kann im Pflichtfachbereich keinesfalls von Ihnen verlangt werden. Sie müssen aller-

dings mit der Systematik der Charta, mit dem Prüfungsaufbau bei den Grundrechten und mit den Art. 51 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 GRC inhaltlich vertraut sein. Im Übrigen kommt es auf einen Transfer der Kenntnisse zu den deutschen Grundrechten an, etwa in der Definition einer „Ungleichbehandlung" bei den Gleichheitsgrundrechten oder der „Einschränkung" bei den Freiheitsgrundrechten, die im Unionsrecht im Wesentlichen ihren Pendants in der deutschen Grundrechtsdogmatik entsprechen. Auch eine Übertragung etwa der Schutzbereichsdefinition des „Berufs" ist rechtswissenschaftlich zwar eher problematisch, in der Klausur aber durchaus vertretbar, soweit die deutsche Grundrechtsdogmatik mit dem Wortlaut und der Systematik der Charta vereinbar ist. Weniger gelungen, aber mit entsprechender Begründung gerade noch vertretbar wäre dementsprechend eine Übertragung der Drei-Stufen-Lehre, die das Bundesverfassungsgericht zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt hat, auf Art. 15 Abs. 1 oder Art. 16 GRC.

A. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte, Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC

Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC sind die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union ausnahmslos an die Unionsgrundrechte gebunden, mithin auch das Europäische Parlament und der Rat beim Erlass des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL.

Hinweis: Da sich hier zwischen den einzelnen Grundrechten keinerlei Unterschiede ergeben, bietet es sich an, die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte „vor die Klammer gezogen" zu behandeln. Man kann Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC aber auch zu Beginn der Prüfung jedes einzelnen Grundrechts thematisieren und dann jeweils nach oben verweisen. Die Prüfung ist – anders als bei der Bindung der Mitgliedstaaten gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRC – völlig unproblematisch und sollte daher so knapp wie hier erfolgen.
Anders als in der deutschen Grundrechtsdogmatik für die Grundrechte des Grundgesetzes überwiegend vertreten,[1] kennt das Unionsrecht keinen Prüfungsvorrang der Freiheits- vor den Gleichheitsgrundrechten. In der diesem Fall zugrundeliegenden EuGH-Entscheidung wird auch pragmatisch in der Reihenfolge der Vorlagefragen zunächst die Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 1 GRC, dann erst mit Art. 15 Abs. 1 GRC geprüft.[2]

B. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem Verbot der Altersdiskriminierung, Art. 21 Abs. 1 GRC

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist mit dem besonderen Gleichheitssatz des Art. 21 Abs. 1 GRC dann unvereinbar, wenn in der Vorschrift eine Diskriminierung wegen des Alters liegt, die sich nicht rechtfertigen lässt.

Hinweis: Als besonderer Gleichheitssatz geht Art. 21 Abs. 1 GRC dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 GRC vor.[3] Der EuGH trägt einem solchen Spezialitätsverhältnis gelegent-

[1] Siehe etwa *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 20. Aufl. 2024, § 2 Rn. 43.
[2] Siehe EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 26 ff.
[3] EuGH, Urt. v. 22.5.2014 – C-356/12 [ECLI:EU:C:2014:350] (Glatzel), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 29; *Jarass*, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 6.

lich dadurch Rechnung, dass er dann beide Vorschriften gemeinsam zitiert, in der Sache aber der Prüfung des inhaltlich speziellen Grundrechts folgt.[4]

I. Einschränkung des Art. 21 Abs. 1 GRC

Eine Einschränkung des besonderen Diskriminierungsverbots des Art. 21 Abs. 1 GRC liegt dann vor, wenn vergleichbare – also wesentlich gleiche – Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleichbehandelt werden und die Unterscheidung dabei an eines der verpönten Merkmale des Art. 21 Abs. 1 GRC anknüpft.[5]

Hinweis: Der in Art. 52 Abs. 1 GRC verwendete Begriff der „Einschränkung" erfasst sowohl Eingriffe in Freiheitsgrundrechte als auch Ungleichbehandlungen.[6] Das ist bei der Falllösung allerdings nicht zwingend zu erwarten, vielmehr kommt es darauf an, die Prüfung eines Gleichheitsgrundrechts zwei- und nicht dreistufig aufzubauen.

1. Vergleichsgruppen

Art. 5 Abs. 1 LS-RL gilt lediglich für Inhaber:innen einer Pilotenlizenz, die das Alter von 63 Jahren erreicht haben. Ihnen stehen damit Pilot:innen gegenüber, die 62 Jahre oder jünger sind. Diese beiden Vergleichsgruppen lassen sich unter den gemeinsamen Oberbegriff (sog. tertium comparationis[7]) der „Inhaber:innen einer Pilotenlizenz" fassen. Damit sind beide Gruppen wesentlich gleich und im Sinne der Rechtsprechung des EuGH als vergleichbar anzusprechen.

2. Ungleichbehandlung anhand eines gem. Art. 21 Abs. 1 GRC verpönten Merkmals

Indem Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL den Einsatz solcher Pilot:innen, die ein Alter von 63 Jahren erreicht haben, bei der entgeltlichen Beförderung von Fluggästen, Fracht oder Post verbietet, den jüngerer Pilot:innen aber ggf. unter Einschränkungen erlaubt, werden die älteren Pilot:innen weniger günstig behandelt als die jüngeren.[8] Da die Unterscheidung allein an das Kriterium des Lebensalters anknüpft und damit eine offene (auch unmittelbare oder formale) Diskriminierung darstellt,[9] ist eines der personengebundenen Merkmale des Art. 21 Abs. 1 GRC[10] erfüllt.

---

[4] Dazu im Kontext des Art. 16 (unternehmerische Freiheit) und des Art. 14 Abs. 3 GRC (Freiheit zur Gründung von Lehranstalten) *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 16 Rn. 30 m.w.N.

[5] EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 30.

[6] *Jarass*, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 52 Rn. 10.

[7] Dieser Begriff ist auch in der unionsrechtlichen Dogmatik geläufig, siehe etwa GA *Bobek*, SchlA v. 16.3.2016 – C-134/15 [ECLU:EU:C:2016:169] (Lidl), Rn. 69.

[8] Vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 32 f.

[9] Siehe zur Anwendbarkeit dieser Differenzierung auch i.R.d. Art. 21 Abs. 1 GRC explizit *Michl*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 21 Rn. 2.

[10] So die treffende dogmatische Umschreibung der verschiedenen Diskriminierungsmerkmale des Art. 21 Abs. 1 GRC von *Jarass*, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 1 ff.

Hinweis: Eine Einordnung als offene (unmittelbare/formale) Diskriminierung anhand des Alters wäre nicht notwendig, da sich daraus keine besonderen Anforderungen an die Rechtfertigung ergeben, bietet aber die Gelegenheit, sich durch Präzision nach oben abzuheben.

3. Zwischenergebnis

Somit schränkt Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 21 Abs. 1 GRC ein.

II. Rechtfertigung der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 GRC

Gemäß der auch auf die Gleichheitsrechte der Charta anwendbaren,[11] sog. horizontalen Schrankenregelung[12] des Art. 52 Abs. 1 GRC ist eine Einschränkung des Art. 21 Abs. 1 GRC gerechtfertigt, wenn es eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung gibt (Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC, dazu 1.), der Wesenheitsgehalt dieses Diskriminierungsverbots nicht angetastet wird (Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRC,[13] wofür hier keinerlei Anhaltspunkte bestehen) und die Ungleichbehandlung im Hinblick auf einen legitimen Rechtfertigungsgrund verhältnismäßig ist (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC, dazu 2. und 3.).

Hinweis: Ausführungen zur Wesensgehaltsgarantie, zu der im Unionsrecht noch große Unklarheit besteht, sind hier nicht zu erwarten.

1. Gesetzliche Grundlage der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC

Das Verbot des Einsatzes von Inhaber:innen einer Pilotenlizenz, die ein Lebensalter von 63 Jahren erreicht haben, als Pilot:innen bei der entgeltlichen Beförderung von Fluggästen, Fracht oder Post ist in Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL vorgesehen und damit in einer Richtlinienbestimmung i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 289 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 294 AEUV erlassen wurde und somit gem. Art. 289 Abs. 3 AEUV einen Gesetzgebungsakt darstellt. Mithin ist die Ungleichbehandlung älterer und jüngerer Inhaber:innen einer Pilotenlizenz auch i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC gesetzlich vorgesehen.

Hinweis: Diese Prüfung kann auch knapper ausfallen.

2. Rechtfertigungsgrund, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC

Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC verlangt darüber hinaus, dass das Verbot des Einsatzes von Pilot:innen, deren Lebensalter mehr als 63 Jahre beträgt, in der gewerblichen Beförderung von Passagieren, Fracht und Post eine von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung verfolgt oder dem Schutz der Rechte Dritter dient. Sie soll dazu beitragen, dass es nicht durch menschliches Versagen

[11] So die ständige und nicht näher begründete Rechtsprechung des EuGH, beispielsweise EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 35; EuGH, Urt. v. 12.7.2018 – C-540/16 [ECLI:EU:C:2018:565] (Spika u.a.), Rn. 36; a.A. etwa *Pache*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 52 Rn. 14.

[12] *Pache*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 52 Rn. 18.

[13] Hierzu EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 38, mit der kryptischen Formel, wonach der Wesensgehalt des Art. 21 Abs. 1 GRC nur dann angetastet werde, wenn eine Einschränkung „diesen Grundsatz als solchen […] in Frage" stellen würde.

der Pilot:innen zu Flugzeugabstürzen oder Unglücksfällen kommt, die unter anderem zu Personenschäden oder sogar Todesfällen unter den Fluggästen, der Besatzung oder gänzlich Unbeteiligten auf der Erdoberfläche führen würden. Damit geht es um Gesichtspunkte der Flugsicherheit in Gestalt eines hohen Sicherheitsniveaus in der Zivilluftfahrt.[14] Nachdem Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC lediglich (wenige) illegitime Zielsetzungen aussondern soll, die mit der Rechtsordnung der Union schlechthin unvereinbar sind, spricht nichts gegen die Anerkennung der Sicherheit der Luftfahrt als legitime Zielsetzung.[15] Dies wird auch durch die Kompetenzbestimmung in Art. 91 Abs. 1 lit. c AEUV untermauert (die hier allerdings nicht direkt passt, vgl. Art. 100 Abs. 1 AEUV), ferner grundrechtlich durch die Schutzpflicht der Unionsorgane für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GRC[16] sowie deren Recht auf Sicherheit aus Art. 6 Alt. 2 GRC.[17]

Hinweis: Wegen der letztlich negativen Filterfunktion des Legitimitätskriteriums in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC ist eine normative Abstützung nicht zwingend notwendig. Eine Bewertung als illegitim dürfte hingegen kaum vertretbar sein.

3. Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC

Die Ungleichbehandlung der älteren Pilot:innen gegenüber ihren jüngeren Kolleg:innen ist jedoch nur dann verhältnismäßig, wenn sie zur Förderung dieser Zielsetzung geeignet und erforderlich ist sowie angemessen.

a) Eignung

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist geeignet, wenn diese Bestimmung einen Beitrag zur Flugsicherheit leistet.[18] Indem die Vorschrift Personen, die das 63. Lebensjahr erreicht haben, von der Tätigkeit als Pilot:in im gewerblichen Luftverkehr ausschließt, verringert sie statistisch gesehen die Zahl derjenigen Personen, die möglicherweise wegen nachlassender körperlicher und geistiger Fähigkeiten nicht mehr dazu in der Lage sind, ein Flugzeug sicher zu führen. Unabhängig davon, wie groß die Wahrscheinlichkeit solcher Ausfallerscheinungen bei älteren Pilot:innen tatsächlich ist, fördert das in Rede stehende Verbot die Sicherheit des Flugverkehrs immerhin und ist damit geeignet.

b) Erforderlichkeit

Die Differenzierung zwischen Pilot:innen, die 63 Jahre alt oder älter sind, und jüngeren Pilot:innen ist dann erforderlich, wenn es keine für ältere Pilot:innen milderen, aber zur Förderung der Flugsicherheit gleich geeigneten Maßnahmen gibt.[19]

Hinweis: An dieser Stelle des Gutachtens sollte man etwas Kreativität zeigen, eigenständig Alternativmaßnahmen herausarbeiten und auf ihre Intensität und Eignung hin überprüfen. Insofern verstehen

[14] Siehe EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 42 f.
[15] So auch im Ergebnis EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 43.
[16] Dazu *Jarass*, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 8 und Art. 3 Rn. 10.
[17] Dazu grundlegend EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 [ECLI:EU:C:2014:238] (Digital Rights Ireland), Rn. 42.
[18] Vgl. *Pache*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 52 Rn. 26.
[19] Vgl. *Pache*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 52 Rn. 27.

sich die folgenden Ausführungen nicht als starrer Erwartungshorizont; sie sollen vielmehr unterschiedliche Optionen aufzeigen. Da der Sachverhalt regelmäßige medizinische Tests als Alternative aufwirft, sind Ausführungen hierzu aber durchaus zu erwarten.

Zu erwägen wäre es zunächst, die Altersgrenze höher anzusetzen. Dann würde die von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ungünstiger behandelte Vergleichsgruppe kleiner und die Ungleichbehandlung fiele milder aus. Nachdem allerdings nach den verfügbaren Informationen mit zunehmendem Lebensalter der Pilot:innen deren körperliche und geistige Fähigkeiten nachlassen, wäre eine solche Maßnahme nicht ebenso geeignet zur Förderung der Luftsicherheit.

In Betracht kämen darüber hinaus strenge und in engmaschigen zeitlichen Abständen durchgeführte medizinische Tests der Pilot:innen auf ihre körperliche und geistige Tauglichkeit zum Führen eines Luftfahrzeugs. Diese Maßnahme würde ältere Pilot:innen zwar ebenfalls gegenüber jüngeren Kolleg:innen ungünstiger behandeln, wäre aber deutlich milder als eine fixe Altersgrenze, die auch körperlich und geistig fitten Inhaber:innen einer Pilotenlizenz den Einsatz im gewerblichen Luftverkehr verbietet. Äußerst fraglich ist aber die Eignung einer solchen Alternativmaßnahme im Vergleich zur Eignung der Altersgrenze von 63 Jahren. Einerseits würden individuelle Tests das individuelle Leistungsniveau der Pilot:innen zwar deutlich präziser erfassen und könnten somit der Sicherheit des Flugverkehrs sogar noch zielgenauer dienlich sein. Andererseits ist es denkbar, dass eine abrupte Abnahme der Leistungsfähigkeit der Pilot:innen durch nicht hinreichend engmaschige Tests nicht erfasst werden kann, ein Test nicht sachgerecht ausgeführt wird oder andere Fehler im Einzelfall geschehen, sodass Unglücksfälle nicht verhindert werden können.

In dieser Situation der Ungewissheit ist der Einschätzungsspielraum des Unionsgesetzgebers bei der Beurteilung komplexer Fragen wirtschaftlicher, technischer oder naturwissenschaftlicher Natur zu beachten.[20] Eine hinreichende Komplexität der medizinischen Beurteilung der Tauglichkeit älterer Pilot:innen zum sicheren Führen von Luftfahrzeugen ist hier auch wegen der unsicheren Tatsachengrundlage gegeben. Dementsprechend darf der Unionsgesetzgeber einerseits einen risikoaversen Regelungsansatz verfolgen und muss sich nicht auf ein nur möglicherweise gleich geeignetes alternatives Instrument verlassen.[21] Andererseits besitzt er – ebenso wie der deutsche Gesetzgeber am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG und der besonderen Gleichheitssätze[22] – eine Befugnis zum Erlass verallgemeinernder Vorschriften (auch sog. Typisierung), die zur Schonung der Ressourcen des Gesetzesvollzugs und zur Vermeidung von Vollzugsdefiziten mit schwerwiegenden Folgen eine typische Fälle erfassende Regelung treffen und im Einzelfall „ungerechte“ Ergebnisse in Kauf nehmen.[23]

Hinweis: Dieser Aspekt sollte aus der deutschen Grundrechtsdogmatik vertraut sein. Es ist vertretbar, ihn auch erst im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu verorten. Möglich wäre es auch, ihn erst im Rahmen der Freiheitsgrundrechte, also namentlich des Art. 15 Abs. 1 GRC anzusprechen, wenn eine gleichheitsrechtliche Relevanz dieses Gesichtspunktes abgelehnt wird.

Somit durfte der Unionsgesetzgeber jedenfalls aufgrund seines Wertungsspielraums davon ausgehen, dass medizinische Tests im Einzelfall nicht ebenso geeignet sind wie eine Altersgrenze für Pilot:innen.

[20] Ständige Rechtsprechung des EuGH, siehe etwa EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – C-547/14 [ECLI:EU:C:2016:325] (Philip Morris Brands u.a.), Rn. 178 f.

[21] EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 59 f.

[22] Siehe *Sachs/Jasper*, JuS 2016, 769 (773 f.) m.w.N.

[23] GA *Bobek*, SchlA v. 21.3.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:225] (Fries), Rn. 61 f.

Somit ist die in Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL angelegte Ungleichbehandlung erforderlich.

c) Angemessenheit

Die Ungleichbehandlung älterer Pilot:innen gegenüber ihren jüngeren Kolleg:innen durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist dann angemessen, wenn sie unter Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter und Interessen einen verhältnismäßigen Ausgleich wahrt.

Hinweis: Bei der Prüfung der Angemessenheit kommt es auf eine möglichst umfassende Auswertung der Informationen des Sachverhalts an. Darüber hinaus lassen sich auch eigenständig entwickelte Argumente in die Prüfung einbringen, allerdings ist dabei insoweit Vorsicht geboten, als die Informationen des Sachverhalts, deren Richtigkeit unterstellt werden soll, dadurch nicht konterkariert werden.

Gegen die Angemessenheit einer Anknüpfung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL am Alter der Pilot:innen spricht zunächst, dass es sich dabei um ein Differenzierungskriterium handelt, das die Betroffenen nicht beeinflussen können und für sie daher unausweichlich ist. Zudem besteht, wie bereits aufgezeigt, die Gefahr, dass auch körperlich und geistig fitte Pilot:innen erfasst werden, obwohl von ihnen kein gesteigertes Risiko menschlichen Versagens beim Führen eines Flugzeugs ausgeht. Auch die grobmaschige Regelungstechnik durch eine fixe Altersgrenze spricht eher gegen die Angemessenheit der Differenzierung. Allerdings bewirkt Art. 5 Abs. 1 S. 2 LS-RL einen gleitenden Übergang hin zum Ausschluss der Tätigkeit als Flugkapitän:in im gewerblichen Flugverkehr, sodass eine allmähliche Umstellung des Tätigkeitsschwerpunkts und des Arbeitsalltags für die Betroffenen möglich ist. Das spricht für ein systematisches und kohärentes Regelungskonzept. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL kein abruptes Ausscheiden der Betroffenen aus dem Erwerbsleben erzwingt, da sie nach wie vor für die Ausbildung angehender Pilot:innen im Flugsimulator oder zur Abnahme theoretischer Prüfungen eingesetzt werden können. Dies ist auch keine nur hypothetische Möglichkeit, sondern macht branchenüblich bereits im „normalen“ Arbeitseinsatz etwa 20 Prozent der Arbeitszeit der Pilot:innen aus. Zudem ist ein Einsatz von Pilot:innen, die das 63. Lebensjahr vollendet haben, bei Leerflügen ohne Passagiere weiterhin möglich, da Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL auch grundrechtsschonende Ausnahmen vorsieht.[24] Darüber hinaus spricht für die Angemessenheit der Benachteiligung älterer Pilot:innen zunächst der hohe Stellenwert der Gewährleistung der Sicherheit in der Luftfahrt, des Schutzes vor Unglücksfällen und der dadurch geschützten Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Betroffenen. Zwar mag das Risiko eines Flugzeugabsturzes oder eines anderen Unglücksfalls nicht besonders hoch sein, aber typischerweise enden sie für die Betroffenen tödlich und fordern eine hohe Zahl von Opfern, auch unter Unbeteiligten. Auch wenn sich keine exakte Altersgrenze eines nicht mehr hinnehmbaren Risikos durch die abnehmenden geistigen und körperlichen Fähigkeiten der Pilot:innen fixieren lässt, zumal ältere Pilot:innen typischerweise über größere Erfahrungen im Umgang mit heiklen Situationen im Fluggeschehen verfügen, spricht hier viel für einen risikoaversen Regelungsansatz wie den des Art. 5 Abs. 1 LS-RL.

Somit erweist sich Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL als angemessene Ungleichbehandlung wegen des Alters.

[24] Auf die Bedeutung dieses Gesichtspunkts für einen angemessenen Ausgleich weist auch EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 66 f., hin.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist eine abweichende Auffassung selbstverständlich gleichwertig vertretbar. Entscheidend ist wie stets nicht das Ergebnis der Prüfung, sondern eine umfassende, differenzierte und stringente Argumentation.

d) Zwischenergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL enthält eine zur Förderung der Sicherheit des Luftverkehrs geeignete, erforderliche und angemessene und damit verhältnismäßige Ungleichbehandlung wegen des Alters.

4. Ergebnis

Die Einschränkung des Art. 21 Abs. 1 GRC durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist daher gerechtfertigt.

III. Ergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL verstößt nicht gegen Art. 21 Abs. 1 GRC.

C. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten der Pilot:innen, Art. 15 Abs. 1 GRC

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL könnte jedoch mit der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten der Pilot:innen, die das 63. Lebensjahr vollendet haben, unvereinbar sein, indem er den Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 GRC in nicht zu rechtfertigender Weise einschränkt.

I. Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 GRC

Zunächst müsste der Anwendungsbereich der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten gem. Art. 15 Abs. 1 GRC in sachlicher und persönlicher Hinsicht eröffnet sein.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 GRC konstituiert ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten.[25] Unter einem Beruf lässt sich jede auf die Finanzierung der Lebensgrundlage ausgerichtete, selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit von gewisser Dauer verstehen.[26] Art. 15 Abs. 1 GRC gewährleistet in Bezug darauf die freie Entscheidung der Grundrechtsträger:innen darüber, ins Erwerbsleben überhaupt einzutreten oder daraus auszuscheiden, einen bestimmten Beruf zu wählen und ihn in ganz bestimmter Art und Weise auszuüben.[27]

Hinweis: Definitionskenntnis ist hier nicht zu verlangen (siehe bereits oben). Man sollte allerdings dazu in der Lage sein, die weitgehend konsentierte Definition der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG zu übertragen: „Unter Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhal-

[25] *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 15 Rn. 9.
[26] Siehe *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 15 Rn. 7.
[27] *Cloppenburg*, Erwerbsgrundrechte im Unionsrecht, 2020, S. 173 f.; *Drechsler*, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, 2019, S. 443–453; *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 15 Rn. 9.

tung einer Lebensgrundlage zu verstehen […], ohne dass der Schutz der Berufsfreiheit auf erlaubte Tätigkeiten beschränkt wäre".[28] Es ist gut vertretbar, die hiesige Problematik der Altersgrenzen allein der Komponente des Rechts zu arbeiten zuzuordnen; im Kontext von Ruhestandsregelungen und Altersgrenzen als Einschränkungen des Art. 15 Abs. 1 GRC verfährt der EuGH immer wieder so.[29]

Somit handelt es sich bei der gegen Bezahlung ausgeübten Beförderung von Passagieren, Fracht und Post als Flugkapitän:in um einen Beruf i.S.d. Art. 15 Abs. 1 GRC. Geschützt wird hier auch die Entscheidung der Pilot:innen darüber, bis zu welchem Lebensalter sie diesen Beruf ausüben wollen. Somit ist der sachliche Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 GRC eröffnet.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob Art. 15 Abs. 1 GRC sowohl juristische als auch natürliche Personen berechtigt[30] oder seinen Schutz auf natürliche Personen begrenzt,[31] besteht doch Einigkeit darüber, dass Pilot:innen, bei denen es sich ausnahmslos um natürliche Personen handelt, Träger:innen der Berufsfreiheit sind und somit auch der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist.

Hinweis: Auf die Frage, ob die Unionsgrundrechte – anders als die Personenverkehrsfreiheiten (vgl. Art. 21 Abs. 1, Art. 45 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 AEUV) – auch Drittstaatsangehörige berechtigen, kommt es hier nicht an, kann aber kurz und mit knapper Begründung angerissen werden.

II. Einschränkung des Art. 15 Abs. 1 GRC

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL schränkt die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten der Pilot:innen dadurch ein, indem er die Führung von Luftfahrzeugen zur entgeltlichen Beförderung von Fluggästen, Fracht und Post durch Pilot:innen, die das Alter von 63 Jahren erreicht haben, verbietet und damit eine vom sachlichen Anwendungsbereich des Art. 15 Abs. 1 GRC geschützte Tätigkeit einer bestimmten Personengruppe gänzlich unmöglich macht.[32]

Hinweis: Der Begriff der Einschränkung bei den Freiheitsgrundrechten der Charta entspricht letztlich weitgehend dem modernen Eingriffsbegriff der deutschen Grundrechtsdogmatik,[33] sodass dessen

[28] Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 2190/17 (Windenergie auf See) = BVerfGE 155, 238 (276 Rn. 92).

[29] Siehe etwa EuGH, Urt. v. 21.7.2011 – C-159/10, C-160/10 [ECLI:EU:C:2011:508] (Fuchs und Köhler), Rn. 62 f.; EuGH, Urt. v. 2.4.2020 – C-670/18 [ECLI:EU:C:2020:272] (Comune di Gesturi), Rn. 44; EuGH, Urt. v. 15.4.2021 – C-511/19 [ECLI:EU:C:2021:274] (Olympiako Athlitiko Kentro Athinon), Rn. 46; EuGH, Urt. v. 3.6.2021 – C-914/19 [ECLI:EU:C:2021:430] (Ministero della Giustizia), Rn. 44.

[30] Dafür *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 6. Aufl. 2024, Art. 15 Rn. 21; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 15 Rn. 12 f.

[31] Dafür *Drechsler*, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, 2019, S. 457; *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 15 Rn. 16; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 15 Rn. 7 f.

[32] Vgl. EuGH, Urt. v. 5.7.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:513] (Fries), Rn. 71.

[33] So auch BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 206/14 (Tierarzneimittel) = BVerfGE 158, 1 (39 f. Rn. 77).

Übertragung ins Unionsrecht wiederum eine sinnvolle Transferleistung bei der Klausurbearbeitung darstellt.

III. Rechtfertigung der Einschränkung der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten, Art. 52 Abs. 1 GRC

Die Einschränkung des Art. 15 Abs. 1 GRC ist gem. Art. 52 Abs. 1 GRC gerechtfertigt, wenn sie über eine gesetzliche Grundlage verfügt, den Wesensgehalt dieses Grundrechts achtet und zur Verfolgung eines legitimen Ziels verhältnismäßig ist.

1. Gesetzliche Grundlage der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC

In Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL verfügt das Verbot des Führens bestimmter Luftfahrzeuge für ältere Pilot:innen über eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC (siehe oben).

2. Achtung des Wesensgehalts der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten, Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRC

Fraglich ist jedoch, ob Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL sogar den Wesensgehalt des Art. 15 Abs. 1 GRC antastet, indem Inhaber:innen einer Pilotenlizenz, die mindestens 63 Jahre alt sind, an ihrem typischerweise erlernten und jahre- oder jahrzehntelang ausgeübten Beruf als Flugzeugführer:innen gehindert werden, ohne dass sie bereits das Renteneintrittsalter erreicht haben und so faktisch aus dem Erwerbsleben verdrängt werden könnten. Dabei wäre es möglich, den Wesensgehalt der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten in Anknüpfung an die Intensität der Grundrechtseinschränkung oder des davon betroffenen Ausschnitts des sachlichen Anwendungsbereichs des Grundrechts zu bestimmen.[34] Knüpft man an die Eingriffsintensität an, erweist sich Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL als von relativ geringer Schwere, indem die Vorschrift keineswegs ein vollständiges Ausscheiden der Betroffenen aus dem Erwerbsleben insgesamt oder auch nur aus ihrem bisherigen Beruf erzwingt. Nachdem es absolut branchenüblich ist, auch außerhalb des Cockpits eines Flugzeugs zu Ausbildungszwecken eingesetzt zu werden, ist eine Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL keineswegs intendiert. Wenn sich Pilot:innen dennoch entschließen, aus ihrem Beruf auszuscheiden, beruht dies auf einer autonomen Entscheidung, die dem Unionsgesetzgeber nicht zugerechnet werden kann, sodass unter dieser dogmatischen Prämisse der Wesensgehalt nicht berührt wäre.

Bestimmt man einen bestimmten Ausschnitt der Berufstätigkeit als Wesensgehalt der Berufsfreiheit, ließe sich zwar überlegen, ob nicht der Einsatz als Flugkapitän:in den Kern des Berufsbildes von Pilot:innen ausmacht; allerdings wird dies durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL wiederum nicht vollständig verboten: Die Vorschrift erfasst von vornherein nur eine bestimmte Zeitspanne, die typischerweise ganz am Ende einer Berufslaufbahn steht[35] und ermöglicht weiterhin den Einsatz bei Leerflügen ohne Passagiere sowie im nicht gewerblichen Luftverkehr. Damit wird auch unter dieser dogmatischen Prämisse der Wesensgehalt der Berufsfreiheit gewahrt.

Hinweis: Hier wirft der Sachverhalt das Problem der Wahrung des Wesensgehalts des Art. 15 Abs. 1 GRC ausdrücklich auf. Daher muss es thematisiert werden, auch wenn nähere Kenntnisse zur im

[34] Näher dazu *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 15 Rn. 22.
[35] Darauf weist auch GA *Bobek*, SchlA v. 21.3.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:225] (Fries), Rn. 68 f., hin.

Einzelnen ohnehin nicht geklärten Dogmatik des Wesensgehalts im Unionsrecht im Pflichtfachbereich keinesfalls zu verlangen sind. Es ist daher eine gut vertretbare Strategie, in der Klausur die Ansätze der deutschen Grundrechtsdogmatik hierzu (absolute oder relative Bestimmung des Wesensgehalts)[36] ins Unionsrecht zu übertragen. Dann wäre es durchaus zweckmäßig, den Wesensgehalt erst nach der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu erörtern, auch wenn er in Art. 52 Abs. 1 GRC und in aller Regel in der EuGH-Rechtsprechung vor der Verhältnismäßigkeit angesprochen wird.

3. Rechtfertigungsgrund, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC

Bei der Sicherheit der Luftfahrt handelt es sich um eine legitime Zielsetzung der Einschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC (siehe oben).

4. Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseinschränkung, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC

Zur Förderung dieser Zielsetzung ist Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL auch geeignet, erforderlich und angemessen (siehe oben) und damit verhältnismäßig.

Hinweis: Ein Verweis auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung i.R.d. Art. 21 Abs. 1 GRC und ggf. die vorstehende Prüfung der Wahrung des Wesensgehalts des Art. 15 Abs. 1 GRC genügt ohne Weiteres. Der EuGH fasst gelegentlich sogar die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheits- und Gleichheitsrechten vollständig zusammen.[37]

5. Zwischenergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL stellt eine gerechtfertigte Einschränkung des Art. 15 Abs. 1 GRC dar.

IV. Ergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist mit der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten gem. Art. 15 Abs. 1 GRC vereinbar.

D. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit der unternehmerischen Freiheit der Fluggesellschaften, Art. 16 GRC

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL könnte darüber hinaus die unternehmerische Freiheit der Fluggesellschaften aus Art. 16 GRC verletzen, wenn deren Anwendungsbereich in nicht zu rechtfertigender Weise eingeschränkt wird.

I. Anwendungsbereich

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich schützt Art. 16 GRC die unternehmerische Freiheit. Unternehmerisch sind solche wirtschaft-

[36] Instruktiv dazu *Huber*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 136–150.
[37] Etwa EuGH, Urt. v. 12.7.2018 – C-540/16 [ECLI:EU:C:2018:565] (Spika u.a.), Rn. 36 ff.

lichen Betätigungen, die mit gewisser Dauerhaftigkeit, selbstständig und mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden.[38] Somit stellt die Durchführung von Beförderungsleistungen mit Flugzeugen gegen Entgelt eine unternehmerische Tätigkeit dar. Im Rahmen dessen schützt Art. 16 GRC einerseits die Möglichkeit der Unternehmen, frei über seine wirtschaftlichen, personellen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können,[39] und damit auch die freie Auswahl des für die Beförderung eingesetzten Personals. Art. 16 GRC schützt andererseits die Vertragsfreiheit der Unternehmen,[40] mithin auch die freie Gestaltung von Arbeitsverträgen mit Pilot:innen, sodass diesen privatautonom bestimmte Tätigkeiten zugewiesen werden können. Damit ist der sachliche Anwendungsbereich des Art. 16 GRC eröffnet.

Hinweis: Anders als bei Art. 15 Abs. 1 GRC lässt sich bei Art. 16 GRC keine Schutzbereichsdefinition der deutschen Grundrechtsdogmatik übertragen (und mit der Rechtsprechung des EuGH muss man in diesem Bereich keinesfalls vertraut sein). Hier ist es besonders zu honorieren, wenn etwa in Anlehnung an § 14 BGB eine eigenständige Definition erarbeitet wird.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Fraglich ist, ob auch der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Völlig unstreitig schützt Art. 16 GRC neben natürlichen Personen auch juristische Personen des Privatrechts und sonstige privatrechtlich organisierte Personenmehrheiten unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder dem Ort ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes.[41] Problematisch erscheint aber die Erfassung in den Rechtsformen des Privatrechts verfasster Unternehmensträger, die wie C unter dem beherrschenden Einfluss eines Mitgliedstaates stehen. Hier lässt sich unter Hinweis auf das Konfusionsargument, wonach unter den Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC grundrechtsverpflichtete Träger von Hoheitsgewalt nicht durch die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform zugleich Grundrechtsfähigkeit erlangen könne, eine Grundrechtsberechtigung grundsätzlich verneinen.[42] In dieser konkreten Situation einer von den Organen der EU erlassenen Richtlinie greift jedoch gegenüber mitgliedstaatlich beherrschten, privatrechtlich organisierten Unternehmensträgern das Konfusionsargument aber gar nicht ein, sodass auch insofern der persönliche Anwendungsbereich des Art. 16 GRC hier eröffnet ist.[43]

Hinweis: Auch diesen rechtlichen Aspekt wirft der Sachverhalt ausdrücklich auf, sodass hierauf immerhin in Kürze eingegangen werden sollte. Das Konfusionsargument, das aus der deutschen Grundrechtsdogmatik bekannt ist, sollte angesprochen werden. Dann ist mit entsprechender Begründung aber

[38] *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 16 Rn. 13.

[39] Vgl. EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12 [ECLI:EU:C:2014:192] (UPC Telekabel Wien), Rn. 49; EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-134/15 [ECLI:EU:C:2016:498] (Lidl), Rn. 27.

[40] Siehe EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-426/11 [ECLI:EU:C:2013:521] (Alemo-Herron u.a.), Rn. 32–34; EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15 [ECLI:EU:C:2016:972] (AGET Iraklis), Rn. 69.

[41] Vgl. *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 16 Rn. 5 m.w.N.

[42] So etwa *Gundel*, ZHR 180 (2016), 323 (345–347); *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 16 Rn. 4.

[43] Vgl. *Cloppenburg*, Erwerbsgrundrechte im Unionsrecht, 2020, S. 187 f.; *Kühling/Drechsler*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 16 Rn. 5.

auch eine abweichende Auffassung zur Grundrechtsberechtigung von der öffentlichen Hand beherrschter Unternehmensträger gut vertretbar.

II. Einschränkung

Durch das Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmer:innen, die das 63. Lebensjahr vollendet haben, als Pilot:innen bei der entgeltlichen Beförderung von Flugreisenden, Fracht und Post werden sowohl die Dispositionsbefugnis der Fluggesellschaften über ihre personellen Ressourcen als auch ihre Freiheit zur Gestaltung der Arbeitsverhältnisse eingeschränkt.

III. Rechtfertigung, Art. 52 Abs. 1 GRC

Jedoch ist diese Einschränkung, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und eine legitime Zielsetzung verfolgt, verhältnismäßig und damit gem. Art. 52 Abs. 1 GRC gerechtfertigt (siehe oben).

Hinweis: Folgerichtig ist auch hier ein abweichendes Ergebnis gut vertretbar. Man sollte allerdings darauf achten, gegenüber der Prüfung der Berufsfreiheit und des Rechts zu arbeiten (Art. 15 Abs. 1 GRC, siehe oben) konsequent zu bleiben. Eine abweichend verlaufende Rechtfertigungsprüfung der beiden wirtschaftsbezogenen Freiheitsrechte erscheint nur schwer vertretbar.

IV. Ergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist somit auch mit der unternehmerischen Freiheit der Fluggesellschaften gem. Art. 16 GRC vereinbar.

E. Vereinbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 20 GRC

Das Verbot des Einsatzes älterer Pilot:innen bei der entgeltlichen Beförderung von Personen, Fracht und Post könnte schließlich jedoch auch gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 GRC verstoßen, indem wesentlich gleiche Sachverhalte ohne hinreichende Rechtfertigung ungleich behandelt werden.

I. Einschränkung

Wie auch der besondere Gleichheitssatz des Art. 21 Abs. 1 GRC verbietet der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 GRC, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich und unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden.[44] Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL gilt jedoch nur für die gegen Entgelt durchgeführte Beförderung von Fluggästen, Fracht und Post, nicht aber für private Flüge und Leerflüge im Rahmen der gewerblichen Luftfahrt. Alle drei Vergleichsgruppen lassen sich dem gemeinsamen Oberbegriff des Führens eines Luftfahrzeugs zuordnen und unterscheiden sich nicht in der Art der Tätigkeit für die Pilot:innen, sondern lediglich in den Rahmenbedingungen des Fliegens. Daher

[44] EuGH, Urt. v. 12.7.2018 – C-540/16 [ECLI:EU:C:2018:565] (Spika u.a.), Rn. 35.

handelt es sich um wesentlich gleiche Sachverhalte, deren einen Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ungünstiger rechtlich behandelt als die anderen. Somit wird Art. 20 GRC eingeschränkt.

II. Rechtfertigung, Art. 52 Abs. 1 GRC

Auch diese Einschränkung lässt sich allerdings unter den Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 GRC rechtfertigen.

Die Schlechterstellung der gewerblichen Luftfahrt beruht auf einer gesetzlichen Grundlage i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRC und verfolgt mit der Verbesserung der Sicherheit der Luftfahrt eine legitime Zielsetzung i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC, für deren Förderung die Vorschrift auch geeignet und erforderlich ist (siehe oben).

Fraglich ist aber die Angemessenheit der Differenzierung. Denn auch bei Leerflügen und im privaten Luftverkehr besteht die Gefahr von Abstürzen aufgrund menschlichen Versagens der Pilot:innen, die nicht nur die Pilot:innen selbst, sondern auch Unbeteiligte am Boden betreffen können. Jedoch ist diese Gefahr deutlich geringer als im gewerblichen Luftverkehr. Allerdings entspricht es gerade den Anforderungen der anderen betroffenen Grundrechte und letztlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst, möglichst schonend zu differenzieren und bei einem geringeren Gefährdungspotential auch weniger einschneidende Maßnahmen vorzusehen.[45] Dementsprechend trägt die vorliegende Ungleichbehandlung gerade dazu bei, die Intensität der Grundrechtseinschränkungen zu minimieren und orientiert sich dabei an einem sachgerechten Differenzierungskriterium.

Somit ist die Ungleichbehandlung zwischen dem Einsatz älterer Pilot:innen in der entgeltlichen Beförderung von Passagieren, Fracht und Post einerseits und anderen Einsätzen angemessen und somit verhältnismäßig.

III. Ergebnis

Auch die Einschränkung des Art. 20 GRC ist somit gerechtfertigt.

F. Ergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar.

Aufgabe 2: Zulässigkeit der Klage des L

Die Klage des L ist zulässig, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV vorliegen.

Hinweis: Da Aufgabe 2 im Wesentlichen prozessrechtliches Standardwissen abfragt, ist umso mehr auf eine vollständige, klar gegliederte und sorgfältige Prüfung sowie die Kenntnis der notwendigen Definitionen zu achten. Dabei bietet sich immer wieder die Gelegenheit dazu, die Aussagen wie im Folgenden mit Normzitaten aus dem „organisationsrechtlichen" Bereich des Unionsrechts zu belegen und auf diese Weise Systemverständnis über das EU-Prozessrecht hinaus zu zeigen.

[45] Siehe dazu GA *Bobek*, SchlA v. 21.3.2017 – C-190/16 [ECLI:EU:C:2017:225] (Fries), Rn. 43–45.

A. Zuständigkeit des EuG

Gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV ist der „Gerichtshof der Europäischen Union" für die Überwachung der Rechtmäßigkeit des Handelns der Europäischen Union im Wege der Nichtigkeitsklage zuständig. Allerdings bezeichnet dies keinen konkreten Spruchkörper, sondern lediglich die Unionsgerichtsbarkeit als solche i.S.v. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV. Innerhalb dessen bestehen der Gerichtshof (EuGH) und das Gericht (EuG). Das EuG ist gem. Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV für Nichtigkeitsklagen zuständig, soweit diese nicht nach der EuGH-Satzung dem EuGH vorbehalten sind. Gem. Art. 51 lit. a–c EuGH-Satzung kommen hierfür aber nur Nichtigkeitsklagen in Betracht, die von einem Mitgliedstaat oder einem Unionsorgan erhoben werden. Hier ist allerdings L als natürliche Person Klagepartei. Daher ist nach Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV das EuG zuständig.

Hinweis: Die Bearbeitung dieses Prüfungspunktes kann auch deutlich knapper ausfallen. Zu verlangen ist der normative Dreischritt Art. 263 Abs. 1 AEUV – Art. 256 Abs. 1 AEUV – Art. 51 EuGH-Satzung.

B. Klagegegenstand, Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV

Der von L angegriffene Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist tauglicher Klagegegenstand einer Nichtigkeitsklage, soweit es sich dabei um eine der in Art. 263 Abs. 1 AEUV abschließend aufgezählten Maßnahmen des Unionsrechts „mit Rechtswirkungen nach außen" handelt. Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL wurde im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Art. 289 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 294 AEUV) erlassen, sodass es sich dabei um einen Gesetzgebungsakt i.S.v. Art. 289 Abs. 3 AEUV handelt. Solche Gesetzgebungsakte sind gem. Art. 263 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AEUV taugliche Gegenstände einer Nichtigkeitsklage und damit auch Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL.

C. Beteiligungsfähigkeit

I. Aktive Beteiligungsfähigkeit

L als Klagepartei ist als natürliche Person gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV aktiv beteiligungsfähig.

II. Passive Beteiligungsfähigkeit

Die Nichtigkeitsklage ist nicht gegen die Europäische Union als Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 47 EUV, Art. 335 S. 1 AEUV), sondern gegen diejenigen Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen zu richten, denen Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL als Klagegegenstand zuzurechnen ist.[46] Gem. Art. 289 Abs. 1 AEUV werden Gesetzgebungsakte im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Parlament und dem Rat gemeinsam angenommen, sodass Parlament und Rat auch gemeinsam als Beklagte passiv beteiligungsfähig im Rahmen der Nichtigkeitsklage sind.[47]

[46] *Kotzur/Dienelt*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, Kommentar, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 263 Rn. 10; *Pechstein/Görlitz*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 263 Rn. 81.

[47] Siehe *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 83. Lfg., Stand: Juli 2024, AEUV Art. 263 Rn. 23.

D. Klagebefugnis

L ist klagebefugt, soweit er einen oder mehrere der in Art. 263 Abs. 2 AEUV genannten Nichtigkeitsgründe geltend macht und als natürliche Person und damit nicht privilegierte Klagepartei gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV über eine besondere Befugnis zur Klageerhebung verfügt.

I. Klagegrund: Mögliche Verletzung der Verträge, Art. 263 Abs. 2 Var. 3 AEUV

L muss in seiner Klageschrift einen oder mehrere der in Art. 263 Abs. 2 AEUV abschließend aufgezählten[48] Nichtigkeitsgründe (Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder Ermessensmissbrauch) geltend machen und deren Vorliegen muss immerhin möglich erscheinen. L behauptet, Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL verletze ihn in seinen Unionsgrundrechten. Nicht von vornherein auszuschließen sind hier Verstöße gegen Art. 15 Abs. 1, Art. 16, Art. 20 und Art. 21 Abs. 1 GRC (siehe oben, Aufgabe 1). Nachdem die Vorschriften der Grundrechtecharta, des EUV und des AEUV gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV rechtlich gleichrangig sind, begründet die Rüge eines Verstoßes gegen Unionsgrundrechte den Nichtigkeitsgrund der Verletzung der Verträge, Art. 263 Abs. 2 Var. 3 AEUV.[49] Im Rahmen der Nichtigkeitsklage als objektives Beanstandungsverfahren[50] ist es zulässig, dass L auch die Verletzung der Grundrechte Dritter – hier der unternehmerischen Freiheit der Fluggesellschaften aus Art. 16 GRC – rügt. Ein hinreichender Klagegrund liegt somit vor.

II. Besondere Befugnis als nicht privilegierte Klagepartei, Art. 263 Abs. 4 AEUV

L als nicht privilegierte Klagepartei muss darüber hinaus auch gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV eine besondere Befugnis zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage haben, wofür die Vorschrift drei voneinander unabhängige Fallgruppen bereithält.

Hinweis: Da die drei Varianten des Art. 263 Abs. 4 AEUV logisch voneinander unabhängig sind, sollte im Gutachten auf alle drei immerhin kurz eingegangen werden.

1. L als Adressat des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL, Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV an die Mitgliedstaaten, nicht aber an einzelne Bürger:innen gerichtet, sodass L nicht dessen Adressat ist und daher nicht gem. Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV klagebefugt.

2. Unmittelbare und individuelle Betroffenheit des L von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL, Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV

Allerdings könnte sich seine Klagebefugnis gem. Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV daraus ergeben, dass L von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL unmittelbar und individuell betroffen ist.

---

[48] Allgemeine Auffassung, siehe etwa *Pechstein/Görlitz*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 263 Rn. 147.

[49] *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 83. Lfg., Stand: Juli 2024, AEUV Art. 263 Rn. 180.

[50] So die treffende Charakterisierung von *Pechstein/Görlitz*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 263 Rn. 89.

a) Unmittelbare Betroffenheit des L

Zweifelhaft erscheint allerdings bereits die unmittelbare Betroffenheit des L. Davon ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dann auszugehen, wenn „sich die beanstandete Maßnahme unmittelbar auf die Rechtsstellung des Einzelnen auswirkt und […] sie den Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lässt, ihre Umsetzung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Unionsregelung ohne Anwendung weiterer Durchführungsvorschriften ergibt“.[51]

Hinweis: Da die Definition des EuGH nicht besonders hilfreich und teilweise redundant ist, kommt es nicht darauf an, sie wortgleich wiederzugeben, aber dem Sinn nach der Prüfung zugrunde zu legen.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL stellt sowohl eine Einschränkung der Berufsfreiheit des L aus Art. 15 Abs. 1 GRC als auch eine für Art. 21 Abs. 1 GRC relevante Ungleichbehandlung dar und wirkt sich in diesem Sinne auf seine Rechtsstellung aus. Allerdings erfolgt dies formal nur mittelbar, indem diese Richtlinienbestimmung gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV noch der Transformation in außenwirksames mitgliedstaatliches Recht bedarf. Wenn bei der Umsetzung jedoch kein Gestaltungsspielraum besteht, ist anerkannt, dass dies das Unmittelbarkeitskriterium nicht ausschließt.[52] Wegen des vollharmonisierenden Regelungsansatzes des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist L davon somit unmittelbar betroffen.

Hinweis: Mit entsprechend guter Begründung ist es noch vertretbar, bereits die unmittelbare Betroffenheit des L wegen der Umsetzungsnotwendigkeit bei Richtlinien zu verneinen. Dann muss das Merkmal der individuellen Betroffenheit gleichwohl – wegen des fehlenden logischen Stufenverhältnisses zwischen den beiden kumulativen Merkmalen des Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV optimalerweise im Hauptgutachten, vertretbar auch im Hilfsgutachten – umfassend geprüft werden.

b) Individuelle Betroffenheit des L

L ist jedoch nach der sog. Plaumann-Formel[53] nur dann individuell von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL betroffen, wenn die Vorschrift L wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, L aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten eines Rechtsakts.[54] Eine solche individuelle Betroffenheit ist insbesondere dann auszuschließen, wenn L lediglich als Teil einer nicht näher definierten und begrenzten Personengruppe von dem angegriffenen Rechtsakt betroffen ist.[55]

Hinweis: Bei der Plaumann-Formel handelt es sich – obwohl ungeschrieben – strukturell um Grundwissen im EU-Prozessrecht.

---

[51] EuGH, Urt. v. 3.10.2013 – C-583/11 P [ECLI:EU:C:2013:625] (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament und Rat), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-622/16 P bis C-624/16 P [ECLI:EU:C:2018:873] (Scuola Elementare Maria Montessori/Kommission), Rn. 42, jew. m.w.N.

[52] Grundlegend dazu EuGH, Urt. v. 29.3.1979 – 113/77 [ECLI:EU:C:1979:91] (NTN Toyo Bearing u.a./Rat), Rn. 11.

[53] Grundlegend dazu EuGH, Urt. v. 15.7.1963 – 25/62 [ECLI:EU:C:1963:17] (Plaumann/Kommission) = Slg. 1963, 213 (238).

[54] Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 21.6.1993 – C-257/93 [ECLI:EU:C:1993:249] (Van Parijs u.a./Rat und Kommission), Rn. 9.

[55] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 8. Aufl. 2024, § 9 Rn. 41.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL betrifft alle Inhaber:innen einer Pilotenlizenz innerhalb der Europäischen Union, die das Alter von 63 Jahren erreicht haben, und damit eine große, nach einem bestimmten Merkmal bestimmbare Personengruppe, deren Bestand sich ständig verändert. L ist nicht durch irgendwelche besonderen Merkmale aus dieser Gruppe herausgehoben, sondern in gleicher Weise und Intensität von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL betroffen wie zahlreiche andere Pilot:innen auch. Damit fehlt es an der gem. Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV erforderlichen individuellen Betroffenheit des L.

c) Zwischenergebnis

L ist von Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL zwar unmittelbar, aber nicht individuell betroffen gem. Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV.

3. Unmittelbare Betroffenheit des L von einem Rechtsakt mit Verordnungscharakter, Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV

Eine Klagebefugnis des L gem. Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV kommt unter keinem Gesichtspunkt in Betracht: Bei Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL handelt es sich als Gesetzgebungsakt bereits nicht um einen Rechtsakt mit Verordnungscharakter.[56] L ist davon nach den hier ebenfalls zugrunde zu legenden Maßstäben der des Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV[57] zwar unmittelbar betroffen, jedoch zieht eine Richtlinie wie Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL Durchführungsmaßnahmen in Gestalt einer mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebung zwingend nach sich.[58] Somit ergibt sich auch aus Art. 263 Abs. 4 Var. 3 GG keine Klagebefugnis des L.

Hinweis: Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV wird wegen seiner schwachen Bezüge zum übrigen Pflichtfachstoff in der Ausbildung oft nur oberflächlich behandelt, sodass man hierzu außerhalb des Europarechts keine vertieften Kenntnisse parat haben muss.

III. Zwischenergebnis

L ist nicht gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV klagebefugt.

E. Hilfsgutachten: Form und Frist der Klageerhebung

Hinweis: Ein Hilfsgutachten ist nicht unbedingt erforderlich. Die VerfO EuG ist nicht in allen in der Ersten Juristischen Staatsprüfung in den einzelnen Ländern zugelassenen Textsammlungen enthal-

[56] Vgl. EuGH, Urt. v. 3.10.2013 – C-583/11 P [ECLI:EU:C:2013:625] (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament und Rat), Rn. 60 f.

[57] Was im Einzelnen und in der dogmatischen Herleitung nicht unbestritten ist. Wie hier EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-453/19 P [ECLI:EU:C:2021:608] (Deutsche Lufthansa/Kommission), Rn. 82–84; EuGH, Urt. v. 12.7.2022 – C-348/20 P [ECLI:EU:C:2022:548] (Nord Stream 2/Parlament und Rat), Rn. 73; *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 83. Lfg., Stand: Juli 2024, AEUV Art. 263 Rn. 85; *Pechstein/Görlitz*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. ?, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 263 Rn. 147.

[58] *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 83. Lfg., Stand: Juli 2024, AEUV Art. 263 Rn. 86 und 90.

ten (beispielsweise nicht in Bayern). Vergleichbare Regelungen finden sich für den EuGH in Art. 120 bzw. Art. 49 ff. VerfO EuGH.

Eine Nichtigkeitsklage des L müsste die formalen Anforderungen der Art. 21 EuGH-Satzung i.V.m. Art. 76 VerfO EuG an die Klageschrift erfüllen, insbesondere die Beklagten, den Klagegegenstand und den Klagegrund bezeichnen sowie die Klagegründe kurz darstellen.

Durch Klageerhebung am 6.8.2025 hat L auch die zweimonatige Klagefrist ab Veröffentlichung der LS-RL im Amtsblatt der Europäischen Union (vgl. Art. 297 Abs. 1 UAbs. 3 S. 1 AEUV) gem. Art. 263 Abs. 6 AEUV i.V.m. Art. 58 f. VerfO EuG ohne Weiteres eingehalten.

F. Ergebnis

Die Nichtigkeitsklage des L vor dem EuG gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist mangels Klagebefugnis unzulässig.

Aufgabe 3: Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL

Fraglich ist, ob R gegen C einen Anspruch darauf hat, dass C auf dem Flug des R keine Pilot:innen einsetzt, die das Alter von 63 Jahren erreicht haben. Mangels Ansatzpunktes für einen solchen Anspruch im deutschen Recht kann sich ein solcher Anspruch allenfalls unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ergeben. Dafür müsste diese Vorschrift unmittelbar anwendbar sein.[59]

Hinweis: In der gebotenen Kürze könnte hier zunächst auf die – hier offensichtlich nicht bestehende – Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts eingegangen werden, die Vorrang vor der Prüfung einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmung hat.[60]
Zur Terminologie: Gebräuchlich ist es, in der vorliegenden Konstellation von der unmittelbaren Wirkung der Richtlinienbestimmung zu sprechen.[61] Da es sich aber lediglich um eine besonders ausgeformte Dogmatik der Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts handelt, kann man auch von der unmittelbaren Anwendbarkeit sprechen.[62] Auch eine Bezeichnung als Direktwirkung ist gängig.[63] Unzutreffend ist hingegen die Bezeichnung als „unmittelbare Geltung"; dabei handelt es sich um eine gänzlich andere Kategorie, nämlich dass anders als i.R.d. Art. 59 Abs. 2 GG das Unionsrecht auch ohne Transformationsakt Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung wird.[64]

A. Hinreichend genau formulierte Verpflichtung

Dies setzt zunächst voraus, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL eine hinreichend genau formulierte Verpflichtung der C gegenüber R enthält, also insbesondere bestimmt, welche Personen hierdurch berechtigt

[59] Grundlegend dazu EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 [ECLI:EU:C:1963:1] (Van Gend & Loos) = Slg. 1963, 3 (25).
[60] *Gundel*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 288 Rn. 63.
[61] So etwa *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 48 ff.
[62] So etwa *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 45 f.
[63] So etwa *Gundel*, in: Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. 4, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 288 Rn. 38 ff.
[64] Instruktiv dazu *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 8. Aufl. 2024, § 5 Rn. 10–13.

und verpflichtet werden.[65] Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL lässt erkennen, dass er kommerziell operierenden Fluggesellschaften wie der C das Verbot des Einsatzes älterer Pilot:innen auferlegt und im Wege teleologischer Auslegung anhand des Schutzzwecks der Bestimmung (siehe oben), dass er jedenfalls die konkreten Fluggäste berechtigt.

B. Unabhängigkeit der Verpflichtung der C von einer Bedingung

Die Verpflichtung der C aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist auch von einer Bedingung, wie dem Ablauf einer Übergangsfrist oder dem Vorbehalt eines Mitgliedstaats, unabhängig.[66]

C. Ablauf der Umsetzungsfrist der LS-RL

Die Frist zur Umsetzung der LS-RL ins deutsche Recht ist inzwischen abgelaufen, ohne dass eine Umsetzung erfolgt wäre.[67]

D. Keine rechtliche Verpflichtung Privater durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL

Eine unmittelbare Geltung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL im vorliegenden Fall ist allerdings ausgeschlossen, soweit die Richtlinienvorschrift eine Verpflichtung für Privatpersonen enthält, die nämlich nicht durch die vom Mitgliedstaat versäumte rechtzeitige Umsetzung der Richtlinie und den damit zusammenhängenden Verstoß gegen Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV benachteiligt werden sollen.[68]

Grundsätzlich scheidet damit eine Verpflichtung der C, die als Aktiengesellschaft in den Rechtsformen des Privatrechts (§§ 1 ff. AktG) organisiert ist, aus. Allerdings gilt etwas anderes, wenn sich der Anspruchsgegner dem Staat zurechnen lassen muss. Der EuGH hat bereits entschieden, dass die Mitgliedstaaten sowohl dann, wenn sie hoheitlich handeln, als auch dann, wenn sie fiskalisch (z.B. als Arbeitgeber) handeln, durch eine unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung verpflichtet werden.[69] Hier hat allerdings nicht die Bundesrepublik Deutschland selbst einen Vertrag mit R geschlossen. Darüber hinaus haben die Unionsgerichte anerkannt, dass auch eine Berufung „gegenüber Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten“, möglich ist.[70] Dies soll eine Flucht der Mitgliedstaaten in die Rechtsformen des Privatrechts verhindern. Zwar steht die C zu 80 Prozent im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland und unterliegt damit ihrem beherrschenden Einfluss, der einer Aufsicht im Sinne der Rechtsprechung entspricht, allerdings ist sie nicht mit besonderen Rechten gegenüber den Fluggästen und anderen Privaten ausgestattet, also keine Beliehene, und ist damit in diesem Sinne nicht dem Mitgliedstaat zurechenbar.

Die C steht R also trotz der Bundesrepublik Deutschland als Mehrheitseignerin als Privatperson gegenüber.

---

[65] Vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 [ECLI:EU:C:1994:292] (Faccini Dori), Rn. 14.

[66] Vgl. EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 [ECLI:EU:C:1963:1] (Van Gend & Loos) = Slg. 1963, 3 (25 f.).

[67] Vgl. EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 [ECLI:EU:C:1986:84] (Marshall), Rn. 46; EuGH, Urt. v. 12.7.2012 – C-55/11 u.a. [ECLI:EU:C:2012:446] (Vodafone España u.a.), Rn. 37.

[68] Vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 [ECLI:EU:C:1994:292] (Faccini Dori), Rn. 20–25.

[69] EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 [ECLI:EU:C:1986:84] (Marshall), Rn. 49.

[70] EuGH, Urt. v. 10.10.2017 – C-413/15 [ECLI:EU:C:2017:745] (Farrell), Rn. 33–35.

Hinweis: Kenntnisse von der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Geltung von Richtlinienbestimmungen gegenüber solchen Privaten, die den Mitgliedstaaten zuzurechnen sind, sind im Rahmen des Pflichtfachstoffes nicht zu verlangen. Entscheidend ist es hier vielmehr, das regelmäßig unbekannte rechtliche Problem aufgrund der Angaben des Sachverhalts als solches zu identifizieren und – etwa unter Heranziehung der Kenntnisse über die mögliche Grundrechtsbindung Privater im deutschen Verfassungsrecht – zu einer begründeten Stellungnahme zu gelangen.

E. Ergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 LS-RL ist somit aufgrund der damit einhergehenden Verpflichtung eines Privaten auf das Rechtsverhältnis zwischen R und C nicht anwendbar. R kann aus dieser Vorschrift keinen Anspruch gegen C darauf herleiten, dass C auf dem Flug des R keine Pilot:innen einsetzt, die das Alter von 63 Jahren erreicht haben.

Abschlussklausur Grundrechte: Altersgrenze für Notare*

*Wiss. Mitarbeiter Ole Becker, Osnabrück***

Sachverhalt

Die deutsche Staatsbürgerin N ist Notarin und 69 Jahre alt. Sie geht in ihrem Beruf auf, übt diesen gerne aus und lebt auch finanziell sehr gut davon. Aus diesen Gründen möchte sie, solange sie sich gesundheitlich noch fit fühlt, weiter als Notarin arbeiten und als solche unter anderem Grundstückskaufverträge, Erbverträge und Gesellschaftsverträge beurkunden. Nach der aktuellen Rechtslage ist dies jedoch nicht möglich: Die Bundesnotarordnung (BNotO) – ein im verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren ordnungsgemäß beschlossenes formelles Gesetz – sieht vor, dass das Amt der Notare mit dem Ende des Monats, in dem Notare das siebzigste Lebensjahr vollenden, erlischt.

N ist überzeugt, dass die Regelung nicht verfassungsgemäß sein könne. Die BNotO gebe ihr nicht nur vor, wie sie ihren Beruf auszuüben habe, sondern versage ihr die Ausübung des Berufs ab einem bestimmten Alter vollständig. Die Altersgrenze für Notare verstoße daher gegen die Berufsfreiheit. N recherchiert etwas und findet die Gesetzesbegründung für die §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO. Darin liest sie, dass die Regelungen, nach denen das Amt der N als Notarin erlischt, sobald sie die gesetzliche Altersgrenze erreicht, verfassungsgemäß und insbesondere auch mit der Berufsfreiheit vereinbar seien. Berufsstellen für Notare seien – was zutrifft – begrenzt; eine Stelle als Notar werde also erst frei, wenn ein Notar aus dem Amt ausscheide. Die Altersgrenze schütze damit vor einer Überalterung des Berufsstands und ziele darauf ab, die Berufschancen zwischen den Generationen gerecht zu verteilen. Ohne die Altersgrenze würden ältere Notare länger berufstätig bleiben, und jüngere Notare könnten in der Folge erst später oder gar nicht in den Beruf eintreten. Für jüngere Notare sei zudem nicht mehr planbar, wann sie eine freiwerdende Stelle besetzen könnten. Dazu komme – was zutrifft – eine weitere Zugangshürde: Die Ausbildung zur Notarin nehme viel Zeit in Anspruch und koste mehrere tausend Euro. Ohne die gesetzliche Altersgrenze würde der Zugang zum Amt für angehende Notare faktisch (weiter) erschwert und der Beruf weniger attraktiv gemacht. Es bestünde dann die Gefahr, dass weniger Juristen sich eine Karriere als Notar vorstellen könnten; es drohten also Nachwuchsprobleme. Dies sei problematisch, da Notare – was zutrifft – unverzichtbare Aufgaben im Rahmen der Rechtspflege übernähmen, insbesondere das Beurkunden von Rechtsvorgängen. Die Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen sei zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege notwendig. Die Regelungen der BNotO dienten damit letztlich dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

N gibt sich mit dieser Begründung nicht zufrieden und erhebt form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht. §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO würden unbeachtet lassen, dass – was zutrifft – insbesondere in ländlichen Regionen Notar- und Fachkräftemangel herrsche, und diese Situation noch verschärfen. Die Regelungen dienten insofern nicht der Rechtsstaatlichkeit, sondern schadeten dieser sogar. Zumindest müsse doch für solche Fälle eine Härtefallregelung vorgesehen werden.

---

* Die Klausur wurde im Sommersemester 2025 als Abschlussklausur zur Vorlesung Grundrechte gestellt, bei 260 Teilnehmenden lag die Durchfallquote bei ca. 25 %, im Durchschnitt erreichten die Teilnehmenden 5,9 Punkte.

** Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht von Prof. *Dr. Johanna Wolff* an der Universität Osnabrück.

Aufgabenstellung

Hat die Verfassungsbeschwerde der N Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungshinweise

Auf das Recht der Europäischen Union ist nicht einzugehen.

Gehen Sie davon aus, dass gegen die §§ 47, 48a BNotO kein Rechtsweg zur Verfügung steht und der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gewahrt ist.

Auszüge aus der Bundesnotarordnung (BNotO)

§ 47 Erlöschen des Amtes
Das Amt des Notars erlischt durch
1. Entlassung aus dem Amt (§ 48),
2. Erreichen der Altersgrenze (§ 48a) oder Tod,
3. (…)

§ 48a Altersgrenze
Die Notare erreichen mit dem Ende des Monats, in dem sie das siebzigste Lebensjahr vollenden, die Altersgrenze.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit ... 141
I. Zuständigkeit des BVerfG ... 141
II. Beschwerdeberechtigung ... 141
1. Beteiligungsfähigkeit ... 142
2. Prozessfähigkeit ... 142
III. Beschwerdegegenstand ... 142
IV. Beschwerdebefugnis ... 143
1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung ... 143
2. Betroffenheitstrias ... 143
a) Selbstbetroffenheit ... 143
b) Gegenwärtige Betroffenheit ... 143
c) Unmittelbare Betroffenheit ... 144
d) Ergebnis ... 144
V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität ... 144
VI. Form ... 145
VII. Frist ... 145
B. Begründetheit ... 146

I. Verletzung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG 146
1. Schutzbereich 146
a) Persönlicher Schutzbereich 146
b) Sachlicher Schutzbereich 146
2. Eingriff 147
a) Klassischer Eingriff 147
b) Eingriff im Sinne des modernen Eingriffsbegriffs 147
c) Beschränkung auf Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz? 148
3. Rechtfertigung 148
a) Möglichkeit der Rechtfertigung (Schranke) 148
b) Verfassungsmäßigkeit des die Berufsfreiheit einschränkenden Gesetzes (§§ 47 Nr. 2, 48a BNotO) 149
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit 149
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit 149
(1) Legitimer Zweck 149
(2) Geeignetheit 151
(3) Erforderlichkeit 152
(4) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn oder auch Proportionalität) 153
(a) Gewicht des Eingriffs 153
(b) Gewicht des Zwecks und Grad der Zweckrichtung 155
(c) Verhältnis zwischen Gewicht des Eingriffs und Gewicht des Zwecks sowie Grad der Zweckerreichung 156
(d) Zwischenergebnis 156
4. Ergebnis 157
II. Verletzung der Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG 157
III. Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG 157
IV. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG 158
V. Ergebnis zur Begründetheit 158
C. Gesamtergebnis 159

Die Klausur ist einem Fall nachgebildet, der zum Klausurtermin im August 2025 noch beim BVerfG anhängig war. Inzwischen hat das BVerfG den Fall entschieden.[1] Der Klausursachverhalt wurde im Vergleich zum entscheidungsrelevanten Sachverhalt gekürzt – insbesondere enthält der Klausursachverhalt keine Differenzierung zwischen sog. Nur-Notaren und Anwaltsnotaren.[2] Zudem wurden Probleme der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität durch Bearbeitungshinweis ausgeklammert. Die Probleme werden in den Lösungshinweisen behandelt, etwaige Abweichungen des Klausursachverhalts vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt werden herausgestellt. Die Entscheidung ist u.a. spannend (und klausurrelevant), da das BVerfG bereits 1992 über die Altersgrenze für Notare zu entscheiden hatte,[3] und in der Entscheidung aus 2025 nun zu einem anderen Ergebnis gelangte als in der Entscheidung aus den 90er-Jahren.

Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig für Verfassungsbeschwerden.

II. Beschwerdeberechtigung

Gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG steht „jedermann“ das Recht der Verfassungsbeschwerde zu.

Hinweis: Anders als das Organstreitverfahren oder der Bund-Länder-Streit ist die Verfassungsbeschwerde kein kontradiktorisches Verfahren.[4] Es gibt also keinen „Beschwerdegegner“, der Beschwerdeführer ist grundsätzlich[5] einziger Verfahrensbeteiligter.[6] Der Beschwerdeführer ist aber nicht der Einzige, den der Ausgang des Verfahrens interessiert: Steht etwa in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren die Verfassungsmäßigkeit eines vom Bundestag beschlossenen Gesetzes in

[1] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23; die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2025, 3484 und NVwZ 2025, 1754; dazu bisher *Baumert*, ZIP 2025, 2679; *Dahns*, NJW-Spezial 2025, 670; *Meyer*, NJW 2025, 3469; der Eilantrag des Beschwerdeführers war vor dem BVerfG noch erfolglos geblieben, BVerfG NVwZ 2024, 1251.

[2] Die Unterscheidung ist wörtlich zu nehmen, Nur-Notare sind hauptberuflich als Notare tätig, Anwaltsnotare sind auch als Rechtsanwälte tätig, vgl. § 3 BNotO. Nur-Notare dürfen keinen weiteren Beruf ausüben, § 8 Abs. 2 BNotO. Es ist landesabhängig (und sogar innerhalb einzelner Länder unterschiedlich), ob Nur-Notare oder Anwaltsnotare bestellt werden, dazu BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 7 ff.; *Meyer*, NJW 2025, 3469.

[3] BVerfG NJW 1993, 1575.

[4] *Geis/Thirmeyer*, JuS 2012, 316 (317); *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 94 Rn. 2.

[5] Gemäß § 94 Abs. 5 BVerfGG können die in § 94 Abs. 1, 2 und 4 genannten Verfassungsorgane dem Verfahren beitreten.

[6] BVerfGE 4, 1 (5); 7, 99 (106); 31, 87 (91); *Geis/Thirmeyer*, JuS 2012, 316 (317); *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 94 Rn. 2; *Scheffczyk*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2025, § 94 Rn. 1.

Frage, wird auch der Bundestag ein – wenn auch gegenläufiges – Interesse am Verfahrensausgang haben.[7] Derartige Fälle regelt § 94 BVerfGG, der Verfassungsorganen (Abs. 1), Ministern (Abs. 2) oder dem durch die Entscheidung Begünstigten (Abs. 3) Gelegenheit zur Äußerung einräumt.[8]

1. Beteiligungsfähigkeit

Der- oder diejenige muss mit Blick auf das konkret geltend gemachte Grundrecht grundrechtsfähig sein.[9] N beruft sich vorliegend auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Gem. Art. 12 Abs. 1 GG ist die Berufsfreiheit ein Deutschen-Grundrecht. N ist deutsche Staatsbürgerin i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG und daher mit Blick auf die Berufsfreiheit grundrechtsfähig.

Hinweis: Nach anderer Ansicht ist es ausreichend, dass der Beschwerdeführer mit Blick auf irgendein Grundrecht grundrechtsfähig ist.[10]

2. Prozessfähigkeit

N ist volljährig, es sind auch keine anderen Anhaltspunkte im Sachverhalt dafür ersichtlich, dass ihre Prozessfähigkeit eingeschränkt sein könnte.[11]

III. Beschwerdegegenstand

Weiterhin müsste ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kommt als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde jeder Akt der öffentlichen Gewalt in Betracht. Mit öffentlicher Gewalt sind alle drei Staatsgewalten gemeint, also sowohl Legislative als auch Exekutive und Judikative.[12] N wendet sich gegen die §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO; ihre Verfassungsbeschwerde ist also als Rechtssatzverfassungsbeschwerde zu qualifizieren. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt vor.

Hinweis: Anders als im Klausursachverhalt gingen der Verfassungsbeschwerde im entscheidungsrelevanten Sachverhalt Verfahren vor dem OLG Köln[13] und dem BGH[14] voran.[15] Der Beschwerdeführer

[7] Diesen Fall regelt § 94 Abs. 4 BVerfGG.

[8] Eine weitere Möglichkeit, Dritten die Möglichkeit einzuräumen, sich im Verfahren zu äußern, ist § 27a BVerfG (Gelegenheit zur Stellungnahme für sachkundige Dritte); im Verfahren um die Altersgrenze für Notare räumte das BVerfG neben anderen der Bundesnotarkammer und der Bundesrechtsanwaltskammer eine solche Möglichkeit ein, siehe BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 54 ff.

[9] BVerfGE 129, 78 (91); 138, 64 (82); *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 82; *König/Kuhn*, JuS 2025, 289 (291).

[10] Beide Ansichten sind vertretbar, im Gutachten sollte diese Streitfrage nicht weiter erörtert werden, dazu *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, Rn. 924.

[11] Dazu *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 83 f.

[12] *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 90 Rn. 176; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 16; *König/Kuhn*, JuS 2025, 289 (291); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51 Rn. 16.

[13] OLG Köln (Senat für Notarsachen), Urt. v. 10.2.2022 – Not 5/21, BeckRS 2022, 38881.

[14] BGH NJW 2024, 288.

[15] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 38 f.; die Zuständigkeit des OLG in erster und des BGH in zweiter Instanz regelt § 111 BNotO. § 111 BNotO ist damit abdrängende Sonderzuweisung, OLG und BGH sind in Notarangelegenheiten als besondere Verwaltungsgerichte tätig. Hintergrund der Regelung ist, dass OLG und

begehrte in diesen Verfahren die gerichtliche Feststellung, dass sein Notaramt nicht mit Erreichen der Altersgrenze erlischt.[16] Er wandte sich im Verfahren vor dem BVerfG unmittelbar gegen die Entscheidungen des BGH und des OLG Köln, und nur mittelbar gegen die §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO.[17]

IV. Beschwerdebefugnis

Gem. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erhoben werden, in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein.

1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Dafür ist zunächst die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung erforderlich.[18] Es ist nicht ausgeschlossen, dass N durch das Gesetz – durch das es ihr mit Erreichen der Altersgrenze unmöglich gemacht wird, als Notarin tätig zu sein – in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist. Demnach besteht die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung.

Hinweis: Ob tatsächlich eine Grundrechtsverletzung vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.[19]

2. Betroffenheitstrias[20]

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung notwendig, aber nicht hinreichend. Vielmehr muss der Beschwerdeführer auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.[21]

a) Selbstbetroffenheit

Selbst betroffen ist jedenfalls der Adressat der Maßnahme(n).[22] N ist Notarin, unterfällt daher der in § 48a BNotO statuierten Altersgrenze. Sie ist demnach selbst betroffen.

b) Gegenwärtige Betroffenheit

Die Betroffenheit ist gegenwärtig, wenn der Beschwerdeführer schon oder noch betroffen ist.[23] Problematisch ist hier, dass N zum Zeitpunkt der Verfassungsbeschwerde die Altersgrenze noch nicht erreicht hat und noch als Notarin tätig sein kann; mit Blick auf N entfaltet die Vorschrift also erst in Zukunft

---

BGH mit der Tätigkeit der Notare, vorsorgende Rechtspflege insbesondere im Zivil- und Familienrecht, vertrauter sind, *Herrmann*, in: BeckOK BNotO, Stand: 1.8.2025, § 111 Rn. 1 ff.

[16] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 38.

[17] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 74.

[18] BVerfGE 83, 216 (226); 125, 39 (73); 129, 78 (91).

[19] *Maurer/Schwarz*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2023, § 15 Rn. 271.

[20] Begriff etwa bei *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 93 Rn. 351.

[21] BVerfGE 1, 97 (101); 53, 30 (48); dazu *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 93 Rn. 351 ff.

[22] BVerfGE 74, 297 (318); 97, 157 (164); 102, 197 (206 f.); 108, 370 (384); *Kluckert*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 95 Rn. 65; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 26.

[23] *Kluckert*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 95 Rn. 68.

ihre Wirkung. Vor diesem Hintergrund könnte man die gegenwärtige Betroffenheit anzweifeln. Eine zukünftige Wirkung kann aber dann zu einer gegenwärtigen Betroffenheit führen, wenn sie den Beschwerdeführer bereits zum jetzigen Zeitpunkt zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen zwingt oder wenn bereits klar ist, wie der Beschwerdeführer in Zukunft betroffen sein wird.[24] Es steht bereits zum jetzigen Zeitpunkt fest, dass N in (naher) Zukunft von den Regelungen in den §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO betroffen sein wird. Auch die Art und Weise der Betroffenheit – das Ausscheiden aus dem Amt – ist bereits klar. Trotz der nur künftigen Wirkung liegt daher eine gegenwärtige Betroffenheit vor.

c) Unmittelbare Betroffenheit

Der Beschwerdeführer ist unmittelbar betroffen, wenn die nachteilige Einwirkung auf seine Rechtsstellung ohne weiteren Vollzugsakt erfolgt.[25] Die Rechtswirkung der §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO – das Ausscheiden aus dem Amt – tritt ohne weiteren Vollzugsakt ein. Die Norm ist „self-executing". N ist daher auch unmittelbar betroffen.

d) Ergebnis

N ist selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen und daher beschwerdebefugt.

Hinweis: Die Anforderung der Beschwerdebefugnis, einschließlich insbesondere auch der Betroffenheitstrias, dient dazu, Popularverfassungsbeschwerden auszuschließen.[26]

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Laut Bearbeitungshinweis steht gegen das Gesetz kein Rechtsweg[27] offen, die Verfassungsbeschwerde ist auch nicht subsidiär[28].

---

[24] BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207); 114, 258 (277); 140, 42 (58); dazu *Kluckert*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 95 Rn. 69; *Schaks/Wildgans*, ZJS 2018, 345 (347); *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 93.

[25] BVerfGE 115, 118 (137); 126, 112 (133); 140, 42 (58); 157, 30 (106); *Kluckert*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 95 Rn. 70.

[26] Ausdrücklich für die Betroffenheitstrias BVerfGE 43, 291 (386); BVerfG NJW 1992, 1303; dazu *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 90 Rn. 338; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 22; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 94 Rn. 170.

[27] Rechtsweg meint jede gesetzlich normierte Möglichkeit zur Anrufung eines Gerichts, BVerfGE 67, 157 (170); 122, 190 (203). Der Rechtsweg ist erschöpft, wenn der Beschwerdeführer die Rechtsbehelfe form- und fristgerecht eingelegt hat, *Kluckert*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 95 Rn. 75; *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 17 f.

[28] Subsidiarität meint, dass der Beschwerdeführer über die Erschöpfung des Rechtswegs hinaus die ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung zu verhindern oder zu beseitigen, BVerfGE 74, 102 (113); BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1112); *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 90 Rn. 401; *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 94 Rn. 14; *König/Kuhn*, JuS 2025, 289 (292); zur Rechtsgrundlage des Subsidiaritätsgrundsatzes *Detterbeck*, AöR 136 (2011), 222 (258 f.).

Hinweis: Ohne den Bearbeitungshinweis wäre auf die Frage einzugehen gewesen, ob N nicht zunächst eine sog. „heimliche Normenkontrolle“[29] oder „atypische Feststellungsklage“[30] in Form einer negativen Feststellungsklage hätte erheben müssen. Gegen eine Rechtsnorm selbst steht zwar kein Rechtsweg offen.[31] Denkbar wäre aber, dass N nicht gegen §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO selbst klagt, sondern Klage erhebt, um feststellen zu lassen, dass §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO aufgrund Verfassungswidrigkeit nicht auf sie anwendbar sind.[32] Im entscheidungsrelevanten Sachverhalt waren die Klagen vor dem OLG und dem BGH auf diese Feststellung gerichtet.[33] Durch die Erhebung einer solchen Feststellungsklage kann erreicht werden, dass das BVerfG nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage entscheiden muss (welche im fachgerichtlichen Verfahren geklärt werden kann).[34] Einleuchtend ist dieser Gedanke insbesondere für die Fälle, in denen „die angegriffenen Vorschriften auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe enthalten, von deren Auslegung und Anwendung es maßgeblich abhängt, inwieweit ein Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften tatsächlich und rechtlich beschwert ist“.[35]

VI. Form

Formanforderungen an die Verfassungsbeschwerde stellen §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG. § 23 Abs. 1 BVerfGG formuliert, auf welchem Wege eine Verfassungsbeschwerde eingelegt werden kann, § 92 BVerfGG statuiert ein Begründungserfordernis. Ausweislich des Sachverhalts hat N die Verfassungsbeschwerde formgemäß i.S.d. §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG erhoben.

VII. Frist

Gem. § 93 BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde fristgebunden. Für Urteilsverfassungsbeschwerden normiert § 93 Abs. 1 BVerfGG eine Monatsfrist, für Rechtssatzverfassungsbeschwerden gilt gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG eine Jahresfrist. Ausweislich des Sachverhalts wurde die Verfassungsbeschwerde fristgemäß gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG erhoben.

---

[29] *Hufen*, in: FS Schenke, 2011, S. 803.

[30] BVerwG NVwZ 2007, 1311 (1313); *Engels*, NVwZ 2018, 1001; *Marsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: Juli 2025, § 43 Rn. 54 ff., lehnt den Begriff ab und differenziert zwischen inzidenten und indirekten Normenkontrollen.

[31] BVerfGE 74, 69 (74); 75, 108 (145); *Barczak*, DVBl 2019, 1040 (1041).

[32] Dazu BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1112); *Barczak*, DVBl 2019, 1040 ff.; *Detterbeck,* AöR 136 (2011), 222 (258 f.); kritisch *Gärditz*, DVBl 2014, 1127 (1132 Fn. 13): „Solcher Rechtsschutz ist von vornherein ineffektiv, weil er nicht mehr als ein Vehikel ist, eine Vorlage nach Art. 100 GG zu erwirken oder eine nach § 90 Abs. 2 BVerfGG angreifbare Entscheidung zu produzieren, ohne dass damit in der Regel ein Mehrwert fachgerichtlicher Vorkontrolle verbunden wäre.“; *Marsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: Juli 2025, § 43 Rn. 54 ff.; *Niesler*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2025, § 90 Rn. 185.

[33] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 38; BGH NJW 2024, 288; OLG Köln (Senat für Notarsachen), Urt. v. 10.2.2022 – Not 5/21 = BeckRS 2022, 38881.

[34] BVerfG NJW 1992, 1303 (1304); BVerfG NVwZ 2009, 1217 (1218); BVerfG NJW 2017, 217 (221).

[35] BVerfG NJW 2019, 842 (843); siehe auch BVerfGE 145, 20 (54 f.); Das Einlegen einer Verfassungsbeschwerde ist ausnahmsweise nicht zu fordern, etwa wenn der Fall ausschließlich verfassungsrechtliche Fragen aufwirft; zu den Ausnahmen BVerfG NZS 1998, 285 (286); BVerfG NVwZ 2009, 1217; BVerfG, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 BvR 931/12 = BeckRS 2015, 42395 Rn. 23; BVerfG NVwZ 2019, 398 (399); *Barczak*, DVBl 2019, 1040 (1042); *Marsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: Juli 2025, § 43 Rn. 54c.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit der angegriffene Hoheitsakt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt.

I. Verletzung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

1. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

N ist deutsche Staatsangehörige i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG, der persönliche Schutzbereich ist eröffnet.

Hinweis: Ausführliche Erörterungen sind an dieser Stelle nicht erforderlich, es kann auf die Ausführungen im Rahmen der Beteiligungsfähigkeit verwiesen werden.

b) Sachlicher Schutzbereich

Auch der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Art. 12 Abs. 1 GG wird als einheitlicher Schutzbereich der Berufsfreiheit verstanden, obwohl die Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) und die Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) in zwei verschiedenen Sätzen normiert sind.[36] Zentralbegriff des sachlichen Schutzbereichs ist der Begriff „Beruf".[37] Die Tätigkeit als Notar müsste als Beruf zu qualifizieren sein. Ein Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.[38] Die Notartätigkeit dient der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, die Voraussetzungen der Berufsdefinition liegen vor. Besonderheit des Notarberufs ist, dass dieser als staatlich gebundener Beruf zu qualifizieren ist.[39] Auch diese Berufe werden vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst.[40] Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

Hinweis: Staatlich gebundene Berufe sind solche Berufe, die eine Nähe zum öffentlichen Dienst aufweisen; die der Gesetzgeber also auch dem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten könnte.[41] Die staatlich gebundenen Berufe stehen zwischen den durch Auflagen regulierten sog. freien Berufen und den in die Staatsorganisation vollständig eingebundenen Berufen.[42] Die Einordnung als staatlich

[36] BVerfGE 7, 377 (401 f.); 95, 193 (214); *Kimms*, JuS 2001, 664.

[37] *Towfigh/Gleixner*, Smartbook Grundrechte, 2022, § 14 Rn. 3.

[38] BVerfGE 7, 377 (397); 141, 121 (130 f.); 155, 238 (276); 161, 1 (34); dazu etwa *Manssen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 37 ff. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist für sozial- und gemeinschaftsschädliche Tätigkeiten nicht eröffnet, BVerfGE 115, 276 (301); *Towfigh/Gleixner*, Smartbook Grundrechte, 2022, § 14 Rn. 5; a.A. etwa *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 53; kritisch auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 9.

[39] BVerfGE 131, 130 (139); BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 103.

[40] BVerfGE 7, 377 (398); 131, 130 (139); *Manssen*, in: Huber/Voßuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 48. Aufgrund der Nähe zum öffentlichen Dienst können allerdings Sonderregelungen zulässig sein, BVerfGE 7, 377 (398); 16, 6 (22); 17, 371 (379); 73, 280 (292); 80, 257 (265); 110, 304 (321); 131, 130 (139).

[41] BVerfGE 131, 130 (139).

[42] *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 62.

gebundener Beruf erfolgt durch eine Würdigung der Aufgaben, Amtsbefugnisse und der Rechtsstellung des jeweiligen Berufsstandes.[43] Notaren sind Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege übertragen, die zu einem großen Teil auch von Gerichten erledigt werden könnten.[44] Auch an der Ausgestaltung des Amtsverhältnisses der Notare wird die Nähe zum öffentlichen Dienst offenbar: Dies zeigt sich etwa daran, dass Notare gem. § 13 BNotO einen Amtseid leisten, nach § 839 BGB haften[45] und gemäß § 92 BNotO der Dienstaufsicht der Landesjustizverwaltung unterstehen.[46] Aus diesem Grund ist der Notarberuf ein staatlich gebundener Beruf.

2. Eingriff

In den Schutzbereich der Berufsfreiheit könnte eingegriffen worden sein. Ob ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit vorliegt, bestimmt sich zunächst nach den allgemeinen Regeln über Grundrechtseingriffe.[47]

a) Klassischer Eingriff

Unter einem klassischen Eingriff wird ein „rechtsförmiger Vorgang verstanden, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügtes, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt".[48] §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO greifen im Sinne eines klassischen Eingriffs in die Berufsfreiheit ein: Durch die Normen wird es rechtlich verunmöglicht, über das siebzigste Lebensjahr hinaus als Notar tätig zu sein. Diese durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit wird damit unmittelbar reduziert.[49]

Hinweis: Der klassische Eingriff erfasst Fälle, die unumstritten grundrechtsrelevant sind;[50] er kann damit als „kleinster gemeinsamer Nenner"[51] der Eingriffsdogmatik[52] verstanden werden und bildet den Ausgangspunkt der Überlegungen zum Grundrechtseingriff.[53] Es ist aus diesem Grund empfehlenswert, in der Fallbearbeitung mit dem klassischen Eingriffsbegriff zu beginnen.

b) Eingriff im Sinne des modernen Eingriffsbegriffs

Es liegt bereits ein klassischer Eingriff in den Schutzbereich vor, auf Ausführungen zum modernen Eingriffsbegriff konnte daher verzichtet werden.[54]

---

[43] BVerfGE 16, 6 (22); 17, 371 (379); 47, 285 (319); 73, 280 (292); 110, 304 (321); 131, 130 (139).
[44] BVerfGE 17, 371 (377); 131, 130 (139).
[45] Beachte aber § 19 BNotO.
[46] Dazu BVerfGE 17, 371 (377 f.).
[47] *Manssen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 73.
[48] BVerfGE 105, 279 (300).
[49] So bereits BVerfG NJW 1993, 1575.
[50] *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (38); *Wolff*, Anreize im Recht, 2020, S. 157.
[51] *Wolff*, Anreize im Recht, 2020, S. 157.
[52] Zum Begriff Dogmatik *Kahl*, AöR 144 (2019), 159 (164 f.).
[53] *Wolff*, Anreize im Recht, 2020, S. 157; zum Eingriff in der Fallbearbeitung *Bruckert/Zimmermann*, JuS 2024, 415.
[54] Zum modernen Eingriff in der Fallbearbeitung *Hobusch*, JA 2019, 278.

c) Beschränkung auf Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz?

Eine Vielzahl von Regelungen kann Rückwirkung auf die berufliche Betätigung entfalten.[55] Um Konturlosigkeit des berufsfreiheitlichen Eingriffs zu vermeiden, bemühen sich BVerfG und Schrifttum um dessen Restriktion.[56] Aus diesem Grund nimmt das BVerfG nur dann einen Eingriff in die Berufsfreiheit an, wenn die in Rede stehende Maßnahme subjektiv oder objektiv berufsregelnde Tendenz hat.[57] Eine subjektiv berufsregelnde Tendenz liegt vor, wenn gerade auf die Regelung der Berufsfreiheit abgezielt wird.[58] Objektiv berufsregelnde Tendenz weist eine Regelung auf, wenn sie im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden[59] oder wenn die Regelung die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändert und aufgrund ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht[60]. Mit §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO wird auf die Regelung des Notarberufs abgezielt, die Regelung hat damit subjektiv berufsregelnde Tendenz.

Hinweis: Im Schrifttum wird die Beschränkung auf Maßnahmen mit berufsregelnder Tendenz teilweise abgelehnt.[61] Eine solche sei im Wortlaut nicht angelegt, eine möglicherweise geringe Eingriffsintensität könne auf Ebene der Rechtfertigung berücksichtigt werden.[62]

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in die Berufsfreiheit könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Möglichkeit der Rechtfertigung (Schranke)

Dafür müsste die Berufsfreiheit zunächst einschränkbar sein. Gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung „durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden“ (sog. Regelungsvorbehalt[63]). Dieser Regelungsvorbehalt wird als einfacher Gesetzesvorbehalt ausgelegt[64] und gilt – entgegen dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG – sowohl für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit als auch für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufswahlfreiheit.[65] §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO stehen im Range eines Parlamentsgesetzes und genügen grundsätzlich dem (als Gesetzesvorbehalt verstandenen) Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.

---

[55] BVerfGE 97, 228 (253 f.).

[56] BVerfGE 97, 228 (253 f.); 155, 238 (277 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 20.

[57] BVerfGE 113, 29 (48); dazu *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 10, 3. Aufl. 2010, § 171 Rn. 44; *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 5, 196 Lfg., Stand: Februar 2019, Art. 12 Rn. 132 ff.

[58] BVerfGE 13, 181 (185).

[59] BVerfGE 97, 228 (254).

[60] BVerfGE 156, 63 (128); *Manssen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 74.

[61] *Cremer*, DÖV 2003, 921 (928); *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.9.2025, Art. 12 Rn. 57; *Manssen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 75.

[62] *Ruffert*, in: BeckOK, GG, Stand: 15.9.2025, Art. 12 Rn. 57; *Manssen*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 75.

[63] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 33.

[64] BVerfGE 33, 125 (159); *Schaks/Wildgans*, ZJS 2018, 345 (347).

[65] BVerfGE 7, 377 (399 ff.); 86, 28 (40); 115, 276 (303 f.).

b) Verfassungsmäßigkeit des die Berufsfreiheit einschränkenden Gesetzes (§§ 47 Nr. 2, 48a BNotO)

§§ 47 Nr. 2, 48a BNotO müssten jedoch formell und materiell verfassungsgemäß sein.[66]

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit der §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO ist auszugehen. Insbesondere verfügt der Bund gem. Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG über die Gesetzgebungskompetenz.[67]

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

§§ 47 Nr. 2, 48a BNotO müssten auch materiell verfassungsgemäß sein. Dafür müssten die Normen insbesondere mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten[68] Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein.[69] Dies ist der Fall, wenn die Regelungen einem legitimen Zweck dienen und zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sind.[70]

Hinweis: Die Verhältnismäßigkeit ist „Dreh- und Angelpunkt der Grundrechtsprüfung“[71] und bildet aus diesem Grund häufig – so auch in dieser Klausur – den Schwerpunkt der Bearbeitung. Dies gilt aber nicht nur für Klausuren: Auch in Entscheidungen des BVerfG[72] zu den Grundrechten liegt regelmäßig ein Schwerpunkt auf der Verhältnismäßigkeitsprüfung; die Prüfung der Angemessenheit umfasst zum Teil mehr als 90 % der Ausführungen zur materiellen Verfassungsmäßigkeit.[73]

(1) Legitimer Zweck

Mit den §§ 47, 48a BNotO verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Zwecke: Zum einen sollen die Regelungen eine geordnete Altersstruktur im Notariat sicherstellen.[74] Die Sicherstellung einer geordneten Altersstruktur ist nach Auffassung des BVerfG aber nur ein Mittel, um die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege (Art. 20 Abs. 3 GG) zu gewährleisten (die also der eigentliche Zweck ist).[75] Dies kann folgendermaßen begründet werden[76]: Im Amt befindliche Notare würden ohne Alters-

[66] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 105.

[67] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 106.

[68] Die Rechtsgrundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nicht unumstritten, vorgeschlagen werden neben dem Rechtsstaatsprinzip Art. 1 GG, die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und die Grundrechte. In einer Klausur sollte zu diesem Streit nicht Stellung bezogen werden; zu den unterschiedlichen Auffassungen *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 20 Rn. 110; *von der Pfordten*, in: Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 261 (275).

[69] Historisch zur Verhältnismäßigkeit *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 2; *Merten/Papier*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 68 Rn. 6 ff.

[70] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 107.

[71] *Lindner*, in: FS Alexy, 2025, S. 513 (515), der die Verhältnismäßigkeit zugleich als die „Achillesverse“ der Grundrechtsprüfung bezeichnet, da sie Einfallstor für versteckte Wertungen und Präferenzen sei; zur Kritik am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Merten/Papier*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 68 Rn. 6 ff.; *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 1 ff., jeweils m.w.N.

[72] Aber auch nicht nur in Entscheidungen des BVerfG; auch andere Verfassungs- und Obergerichte verwenden die Verhältnismäßigkeit bei der Grundrechtsprüfung, *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 1.

[73] *Poscher*, in: FS Alexy, 2025, S. 523 (524).

[74] BT-Drs. 11/8307, S. 18.

[75] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 112.

[76] Dazu und zum Folgenden BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 112.

begrenzung (aller Wahrscheinlichkeit nach) später aus dem Amt ausscheiden, es entstünde eine „ungeordnete" Altersstruktur, d.h. ein überaltertes Notariat. Ein überaltertes Notariat würde die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gefährden: Wenn im Amt befindliche Notare später aus dem Amt ausschieden, könnten die nachrückenden Amtsträger später das Amt als Notar antreten.[77] Wegen ihrer späteren Zulassung wäre die Berufserfahrung der nachrückenden Amtsträger geringer. Zudem würde es Auftraggebern ohne Altersgrenze erschwert, einen Notar einer von ihnen bevorzugten Altersgruppe zu mandatieren; vorderhand, wenn sie darauf Wert legen, von einem jungen Notar beraten zu werden. Dies kann zu Unsicherheiten für die Auftraggeber führen, wenn das persönliche Vertrauen für das Mandat auf der Zugehörigkeit des Notars zu einer bestimmten Altersgruppe beruht.[78] Das BVerfG formuliert auf den Punkt:

> „Rechtssuchenden sollen Notare unterschiedlichen Lebensalters zur Verfügung stehen, die aufgrund der Anzahl und Art ihrer Amtsgeschäfte auf allen Gebieten des Notariats über ein Mindestmaß an Berufserfahrung verfügen."[79]

Die Altersgrenze soll also zum einen die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleisten.[80] Zum anderen dient die Regelung dem Zweck, die Berufschancen zwischen den Generationen gerecht zu verteilen, mit der Regelung wird also auch ein arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Zweck verfolgt.[81] Beide Zwecke sind legitim.

Hinweis: Nach Auffassung des BVerfG dient die Altersgrenze auch dazu, die Rechtspflege vor Gefahren durch altersbedingt nachlassende Leistungsfähigkeit von Notaren zu schützen.[82] Dies verwundert zunächst, lassen die Gesetzesmaterialien ein solches Anliegen nicht erkennen.[83] Bei der Prüfung des legitimen Zwecks ist das BVerfG jedoch nach seiner Auffassung nicht auf solche Zwecke beschränkt, die der Gesetzgeber ausdrücklich benannt hat[84], sondern kann auch solche Zwecke berücksichtigen, die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich benannt hat, denen das Gesetz aber „tatsächlich (auch) dient".[85] Der Normzweck ergebe sich aus dem objektivierten, mit Hilfe der anerkannten Auslegungs-

[77] Grund dafür ist, dass die Zahl an Notariatsstellen gesetzlich kontingentiert ist, um wirtschaftlich nicht tragfähige „Zwergnotariate" zu verhindern, BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 123.

[78] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 112.

[79] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 112. Nach Auffassung des BVerfG dient die Altersgrenze nicht dazu, die Personalplanungen der Landesjustizverwaltungen für das Anwaltsnotariat zu erleichtern (Rn. 120). Dass die Regelung auch diesem Zweck diene, hatten etwa die Bayerische und die Sächsische Staatsregierung vorgetragen (siehe Rn. 59). Nach Auffassung des BVerfG finden sich für diesen Zweck aber weder in den Gesetzgebungsmaterialien noch im Wortlaut der Norm Anhaltspunkte.

[80] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 112.

[81] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 114.

[82] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 115; anders noch *Meyer*, Verfassungsblog v. 24.3.2025 (2.12.2025), der den Schutz vor altersbedingt nicht mehr leistungsfähigen Notaren allein durch § 50 Abs. 1 Nr. 7 BNotO (Möglichkeit der Amtsenthebung aus gesundheitlichen Gründen) gewährleistet sieht. Das BVerfG ist dieser Auffassung entgegengetreten: Eine anlassbezogene Regelung (wie § 50 Abs. 1 Nr. 7 BNotO) schließe eine weitergehende typisierende Regelung (wie die Altersgrenze in den §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO) nicht aus.

[83] BT-Drs. 11/8307, S. 18; so auch das BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 116.

[84] BVerfGE 159, 223 (298); 161, 163 (269); 163, 107 (138); 167, 163 (212); BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 110.

[85] *Cremer*, NVwZ 2004, 668 (669).

methoden zu ermittelnden Willen des Gesetzgebers[86], also aus der objektiven Auslegung der Norm selbst.[87] Die Frage, ob nur auf subjektive, oder auch auf objektive Zwecke abgestellt werden darf, ist zwar interessant, für eine Klausur – insbesondere eine Anfängerklausur – aber deutlich zu anspruchsvoll. Sie soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.[88]

(2) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie den legitimen Zweck zumindest fördert,[89] sie ist nicht mehr geeignet, „wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenteilig auswirkt".[90] Dadurch, dass Notare mit Erreichung des 70. Lebensjahrs aus dem Amt ausscheiden, wird es Juristen ermöglicht, in die freigewordenen Stellen nachzurücken. Damit schützt die Regelung vor einer Überalterung des Notarberufs. Auch wird eine gerechte Verteilung der Notariatsstellen zwischen den Generationen gewährleistet. §§ 47, 48a BNotO sind damit geeignet, die Regelungszwecke zu fördern.

Hinweis: Es ließe sich darüber nachdenken, ob die Altersgrenze aufgrund des Bewerbermangels insbesondere in ländlichen Regionen ungeeignet ist, die Zwecke zu fördern. In diesen Regionen erreichen Notare die Altersgrenze und scheiden aus dem Amt; die freiwerdenden Stellen bleiben aber unbesetzt. Wenn die Stellen frei bleiben, zeitigt dies keine Auswirkungen auf die Altersstruktur.[91] Auch werden dadurch die Berufschancen zwischen den Generationen nicht gerechter verteilt.[92] Das BVerfG erkennt diesen Einwand an, setzt aber entgegen, dass in großstädtisch geprägten Amtsgerichtsbezirken ein Überangebot an Bewerbern bestehe; zumindest in diesen Regionen sei die Altersgrenze damit noch geeignet, die Zwecke zu fördern.[93] Dieses Maß an Geeignetheit genügte dem BVerfG, um die verfassungsrechtliche Eignung insgesamt zu bejahen.[94]
Die Regelung ist nach Auffassung des BVerfG auch dazu geeignet, die Rechtspflege vor Gefahren durch altersbedingt nachlassende Leistungsfähigkeit von Notaren zu schützen.[95] Alternswissenschaftlich bestehe zwar kein verallgemeinerungsfähiger Zusammenhang zwischen Lebensalter und beruflicher Leistungsfähigkeit;[96] es gebe aber bei jeder sechsten bis achten Person über 70 Jahren „Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der kognitiven Eignung zur Ausübung des Notarberufs".[97] Mit der Altersgrenze können die nicht mehr zur Ausübung des Berufs geeigneten Notare aus dem Amt entfernt werden, gleichzeitig trifft die Regelung vorderhand Notare, bei denen noch keine Anhaltspunkte

[86] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 110; unbenannte oder erst nach Verabschiedung des Gesetzes objektiv hinzugetretene Zwecke könnten nur dann nicht mehr berücksichtigt werden, wenn das eindeutige gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht würde.

[87] *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 12 Rn. 170.

[88] Dazu *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, Bd. 5, 196. Lfg., Stand: 2019, Art. 12 Rn. 197 ff.; *Cremer*, NVwZ 2004, 668; *Möllers*, NJW 2005, 1973 (1977); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 12 Rn. 170; *Wernsmann*, NVwZ 2000, 1360.

[89] BVerfGE 63, 88 (115); 96, 10 (23); *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195).

[90] BVerfGE 158, 282 (336); 163, 107 (149); BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 121.

[91] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.

[92] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.

[93] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.

[94] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.

[95] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 128.

[96] Eine Ausnahme bestehe bei Berufen, die in besonderem Maße auf eine hohe Verarbeitungsgeschwindigkeit angewiesen sind (z.B. Verkehrspiloten), BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 129.

[97] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 130.

für eine verminderte berufliche Leistungsfähigkeit vorliegen. Das BVerfG bezeichnet die Altersgrenze aus diesem Grund zurecht als „grobes Instrument“.[98]

(3) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn zur Erreichung des Zwecks keine milderen, gleich geeigneten Mittel ersichtlich sind.[99] Denkbar wäre etwa, die Regelungen der §§ 47, 48a BNotO um eine Härtefallregelung zu ergänzen, die für Regionen mit Notarmangel die strikte Altersgrenze aufhebt.[100] Auf diese Weise könnte die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen gewährleistet und gleichzeitig für eine gerechte Verteilung der Notariatsstellen zwischen den Generationen gesorgt werden. Es ist allerdings nicht klar, ob §§ 47, 48a BNotO auch mit einer Härtefallregelung das gleiche Maß an Planbarkeit und Vorhersehbarkeit für den juristischen Nachwuchs gewährleisten können. Gegen eine Härtefallregelung könnte zudem angeführt werden, dass sie zu „erhöhten Belastungen für Berufsträger, Rechtsuchende und Justizverwaltung“ führt.[101] Grund dafür ist, dass auch bei flächendeckendem Bewerbermangel das Verhältnis von Bewerberzahl und Stellenangebot stark schwanken kann.[102] Für ältere Notare würde dies zu beruflichen Unsicherheiten führen (bezüglich der Frage, wie lange sie ihr Amt noch ausüben können), auch für die Rechtsuchenden bestünde Unsicherheit, wenn sie einen älteren Notar mandatieren (bezüglich der Frage, wie lange sie dieser noch beraten kann).[103] Schließlich führte eine rechtssichere Neubewertung des Bedarfs an Notaren in jedem Amtsgerichtsbezirk zu erheblichem Verwaltungsaufwand.[104] Vor diesem Hintergrund könnte die Härtefallregelung als nicht gleich geeignet qualifiziert werden (a.A. vertretbar).

Hinweis: Neben einer Härtefallregelung waren verschiedene weitere Maßnahmen diskussionswürdig, etwa die Anhebung der Altersgrenze auf 75 oder 80 Jahre, die Einführung einer Einzelfallprüfung anstelle einer starren Altersgrenze, die Erhöhung der Attraktivität des Notarberufs (z.B. durch Abschaffung oder Vereinfachung der notariellen Fachprüfung) oder eine Erhöhung der Gebühren.[105] All die Maßnahmen erachtete das BVerfG jedoch nicht als gleich geeignet.[106] Daher sind §§ 47, 48a BNotO auch erforderlich (a.A. mit guter Argumentation vertretbar). Mit Blick auf die Härtefallregelung ließe sich noch anführen, dass diese vor Gefahren durch altersbedingt nachlassende Leistungsfähigkeit von Notaren nur eingeschränkt schützen kann, wenn sie nicht mit einer verpflichtenden Überprüfung der Leistungsfähigkeit verbunden wird.[107]

[98] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 131.
[99] BVerfGE 136, 382 (386); 142, 268 (289); *Rux*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2025, Art. 20 Rn. 218; *Sachs/v. Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 152.
[100] Dazu etwa *Meyer*, Verfassungsblog v. 24.3.2025 (2.12.2025).
[101] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 139.
[102] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 139.
[103] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 139.
[104] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 139.
[105] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 132 ff.
[106] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 132 ff.
[107] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 139.

(4) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn[108] oder auch Proportionalität[109])

Die Maßnahme muss zuletzt auch angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn der mit ihr verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen.[110]

Hinweis: Um die Prüfung der Angemessenheit übersichtlich zu strukturieren, bietet sich folgender Aufbau an: Zunächst kann das Eingriffsgewicht der Maßnahme und anschließend das Gewicht des Zwecks sowie der Grad der Zweckerreichung bestimmt werden, um in einem dritten Schritt Eingriffsgewicht und Gewicht des Zwecks zueinander in Verhältnis zu setzen.[111] Der Abwägungsvorgang kann noch erweitert werden, indem man eingangs das abstrakte Gewicht der kollidierenden Prinzipien berücksichtigt, aus dem sich zugunsten des höherrangigen Prinzips ein Abwägungsvorsprung ergeben kann.[112]

(a) Gewicht des Eingriffs

Um die Intensität des Eingriffs qualitativ zu bestimmen, muss das Maß der Verkürzung der grundrechtlich geschützten Handlungen und Rechtspositionen einschließlich der damit einhergehenden wirtschaftlichen Folgen“ berücksichtigt werden.[113] Dabei muss beachtet werden, dass Art. 12 Abs. 1 GG sowohl eine wirtschaftliche als auch eine auf die Persönlichkeit bezogene Dimension enthält.[114] Mit Blick auf die Intensität des Eingriffs ist zudem die Wertung des Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen: Nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist die Berufswahl frei, die Berufsausübung kann dagegen gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz geregelt werden. Trotz des einheitlichen Schutzbereichs ist es aus diesem Grund naheliegend, einen Eingriff in die Berufswahl als belastungsintensiver zu qualifizieren als einen Eingriff in die Berufsausübung.[115] Durch §§ 47, 48a BNotO wird es Notaren ab einem bestimmten Alter verunmöglicht, ihren Beruf auszuüben; die Altersgrenze betrifft also das „Ob“ der beruflichen Tätigkeit. Sie greift in die freie Berufswahl ein, was für einen schwerwiegenderen Eingriff spricht. Notare verlieren einen Teil ihres Einkommens, damit entfällt ein Teil ihrer wirtschaftlichen Lebensgrundlage.[116] Das Gewicht des Eingriffs kann dadurch abgefedert werden, dass nicht mehr im Amt befindliche Notare weiterhin als Rechtsanwälte tätig sein können.[117] Der Eingriff wird aber nur mit Blick auf die wirtschaftsbezogene Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG abgemildert, mit Blick auf die persönlich-

---

[108] *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 20 Rn. 119.

[109] *Michaelis*, JA 2021, 573 (577); *Sachs/v. Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 149.

[110] BVerfGE 155, 119 (178); 161, 299 (384); BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 145; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 20 Rn. 119; *Sachs/v. Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 149.

[111] *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195).

[112] *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195). Eine solche Prüfung könnte folgendermaßen aussehen: Vorliegend kollidieren die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und die aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgende Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Beide Prinzipien sind mit verfassungsrechtlichem Rang versehen, es ergibt sich also kein Abwägungsvorsprung zugunsten der Berufsfreiheit oder zugunsten der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege (Art. 20 Abs. 3 GG).

[113] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 145.

[114] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 146.

[115] *Wolff/Okur*, JuS 2024, 943 (947).

[116] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 153.

[117] Ähnlich argumentierte das BVerfG mit Blick auf Kassenärzte, die nach Erreichung der Altersgrenze noch privatärztlich tätig sein könnten, BVerfG NZS 1998, 285 (287); so auch BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 150, das Gericht sieht aber nur eine geringfüge Milderung.

keitsbezogene Dimension findet keine Abmilderung statt.[118] Gleiches gilt für die Möglichkeit, die wirtschaftlichen Einbußen durch Versorgungsansprüche oder private Vorsorge zu kompensieren.[119] Hier tritt hinzu, dass Versorgungsleistungen typischerweise nicht das Niveau früherer Einkünfte erreichen.[120] Für eine hohe Eingriffsintensität spricht auch, dass Notare keine Möglichkeit haben, Einfluss auf das Ende ihrer beruflichen Tätigkeit zu nehmen, das Kriterium Lebensalter ist „unverfügbar".[121] Zudem sind Ausnahmevorschriften nicht vorgesehen, was ebenfalls für einen schwerwiegenden Eingriff spricht.[122] Das Eingriffsgewicht wird nach Auffassung des BVerfG nicht dadurch abgeschwächt, dass die Altersgrenze mit 70 Jahren bereits recht hoch angesetzt ist, verglichen etwa mit dem Renteneintrittsalter.[123] Notare treten in den Beruf – verglichen mit anderen (akademischen) Berufen – spät ein[124], es ist aus diesem Grund auch schlüssig, dass sie länger in dem Beruf arbeiten (können). Insgesamt ist damit von einer hohen Eingriffsintensität auszugehen, der Eingriff wiegt schwer.[125]

Hinweis: Das Eingriffsgewicht der §§ 47, 48a BNotO lässt sich vorliegend auch anhand der die Eingriffsintensität typisierenden Drei-Stufen-Theorie bestimmen. Das Kriterium des Lebensalters ist dem persönlichen Bereich zuzuordnen, sodass eine an das Lebensalter anknüpfende Regelung als subjektive Berufswahlregelung zu qualifizieren ist,[126] die zwar regelmäßig über eine geringere Eingriffsintensität verfügt als eine objektive Berufswahlregelung, aber über eine höhere Eingriffsintensität als eine Berufsausübungsregelung. Die Drei-Stufen-Theorie entwickelte das BVerfG in der Apothekenentscheidung[127]; es handelt sich letztlich um eine konkretisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.[128] Sie wird im Schrifttum teilweise kritisch gesehen und auch vom BVerfG nicht stringent durchgehalten.[129] *Britz* konzediert sogar, dass das BVerfG mittlerweile gänzlich auf die Drei-Stufen-Theorie verzichtet.[130] Gleichzeitig hat das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie nie explizit aufgegeben.[131] Es ist daher vertretbar, wenn Bearbeiter auf eine Prüfung der Drei-Stufen-Theorie verzichten und eine „normale" Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen. In jedem Fall sollten sich Bearbeiter aber mit dem Eingriffsintensität der Altersgrenze auseinandersetzen. Sofern Bearbeiter die Verhältnismäßigkeit unter Zuhilfenahme der Drei-Stufen-Theorie prüfen, müssten diese im nächsten Schritt darauf

[118] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 152.
[119] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 153.
[120] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 153.
[121] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 149.
[122] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 149.
[123] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 154.
[124] So sind derzeit nur rund 5 % der bestellten Anwaltsnotare jünger als 40 Jahre, BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 155. Dies führt das BVerfG vorderhand darauf zurück, dass Anwälte gem. § 5b Abs. 1 Nr. 1 BNotO mindestens fünf Jahre in nicht unerheblichem Umfang für verschiedene Auftraggeber rechtsanwaltlich tätig gewesen sein müssen, um zum Anwaltsnotar bestellt werden zu können.
[125] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 149.
[126] So bereits BVerfG NJW 1959, 1579; mit Blick auf Notare entschieden von BVerfG NJW 1993, 1575; siehe auch BVerfG NZS 1998, 285 (286); BGH NJW 2010, 3783; *Kimms*, JuS 2001, 664 (667).
[127] BVerfGE 7, 377 (397 ff.).
[128] *Manssen*, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2024, § 26 Rn. 669.
[129] Zur Kritik an der Drei-Stufen-Theorie etwa *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 12 Rn. 156 ff.
[130] *Britz*, JuS 2024, 905 (912); ähnlich *Michl*, JöR 68 (2020), 323 (325).
[131] *Michl*, JöR 68 (2020), 323 (325).

eingehen, dass eine subjektive Berufswahlregelung nur zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts gerechtfertigt werden kann.[132]

(b) Gewicht des Zwecks und Grad der Zweckrichtung

Demgegenüber stehen verschiedene Zwecke: die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu gewährleisten sowie die Berufschancen gerecht zwischen den Generationen zu verteilen. Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege – konkret die Versorgung der Bevölkerung mit „qualitativ hochwertigen notariellen Dienstleistungen“[133], findet in Art. 20 Abs. 3 GG ihre Rechtsgrundlage und verfügt aufgrund dessen über hohes abstraktes Gewicht. Die Altersgrenze kann einer hohen altersbedingten Fluktuationsrate unter den Notaren vorbeugen, die die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen gefährden könnte.[134] Die flächendeckende Versorgung mit notariellen Dienstleistungen ist für Einzelne und die Allgemeinheit von großer Bedeutung.[135] Grund dafür ist, dass für bestimmte Rechtsgeschäfte die Beteiligung eines Notars Wirksamkeitsvoraussetzung ist (z.B. Abschluss eines Kaufvertrags über ein Grundstück gem. § 311b BGB, Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gem. § 873 BGB, Abschluss eines Ehevertrags gem. § 1410 BGB, Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gem. § 2 Abs. 1 GmbHG).[136] Die für die Parteien in Rede stehenden Positionen sind dabei regelmäßig ihrerseits grundrechtlich geschützt, etwa durch Art. 6 Abs. 1, 9 Abs. 1, 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG.[137] Auch dem arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Zweck, die Berufschancen gerecht zwischen den Generationen zu verteilen, kommt ein hohes Gewicht zu.[138] So trägt dieser zur Verwirklichung des durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Rechts bei, den Beruf des Notars zu wählen.[139] Entscheidend ist aber nicht nur das abstrakte Gewicht der Zwecke, sondern auch der Grad der Zweckerreichung.[140] Die mit den Regelungen verfolgten Zwecke werden aber derzeit nur noch in geringem Umfang erreicht.[141] Die Altersgrenze berücksichtigt nicht, dass in den ländlichen Regionen Bewerber- und Fachkräftemangel besteht. In diesen Regionen entfaltet die Vorschrift ihre intendierte Wirkung nicht.[142] Notare erreichen die Altersgrenze und scheiden aus dem Amt; die freiwerdenden Stellen bleiben aber unbesetzt.[143] Wenn die Stellen frei bleiben, zeitigt dies keine Auswirkungen auf die Altersstruktur.[144] Auch werden dadurch die Berufschancen zwischen den Generationen nicht gerechter verteilt.[145] Es ließe sich sogar argumentieren, dass die Regelungen in Regionen mit Bewerbermangel nicht nur nicht dazu beitragen, die flächendeckende Versorgung mit notariellen Dienstleistungen zu gewährleisten, sondern dieses Ziel konterkarieren.[146] Die Altersgrenze ver-

[132] BVerfGE 7, 377 (406 f.).
[133] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 161.
[134] BVerfG NJW 1993, 1575.
[135] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 161.
[136] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 161.
[137] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 161.
[138] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 162.
[139] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 162.
[140] Siehe bereits oben.
[141] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 163.
[142] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 165.
[143] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.
[144] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.
[145] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 127.
[146] *Meyer*, NJW 2025, 3469 (3470); *ders.*, Verfassungsblog v. 24.3.2025 (2.12.2025).

schärft den Bewerbermangel, indem sie verhindert, dass arbeitswillige und -fähige Notare über ihr 70. Lebensjahr hinaus weiterarbeiten und auf diesem Wege den Nachwuchsmangel kompensieren.[147]

Hinweis: Mit diesem Argument konnte bereits die Geeignetheit der Altersgrenze angezweifelt werden. Das BVerfG qualifizierte die Vorschrift noch als geeignet, greift das Argument im Rahmen der Angemessenheit aber erneut auf.

Ihre intendierte Wirkung verfehlt die Altersgrenze also in den Regionen mit Bewerbermangel. Es ließe sich aber argumentieren, dass die Altersgrenze in diesen Regionen gleichwohl ihren Zweck erfüllt – die beabsichtigte Wirkung aber durch einen alternativen Wirkmechanismus ersetzt wird.[148] Dieser Wirkmechanismus könnte folgendermaßen aussehen: Beim Ausscheiden älterer Notare aus dem Amt geht ihr Urkunden- und Gebührenaufkommen auf jüngere Anwaltsnotare über. Die Aussicht auf „freiwerdendes" Urkunden- und Gebührenaufkommen setzt einen wirtschaftlichen Anreiz, den Beruf des Notars zu ergreifen, und setzt ein Gegengewicht zu strukturellen Umständen,[149] die Anwälte davon absehen lassen, den Beruf des Notars zu ergreifen.[150] Das BVerfG folgt dieser Argumentation nicht: Zum einen sei ein solcher Anreiz empirisch nicht nachweisbar.[151] Zum anderen werde nicht berücksichtigt, dass der Mangel an Notaren nicht nur auf strukturelle Gründe zurückzuführen sei, sondern auch demografische Ursachen habe.[152] Der Grad der Zweckerreichung ist demnach insgesamt (nur noch) gering.

Hinweis: Dieses Argument kann von Bearbeitern nicht erwartet werden, ist aber aus Gründen der Vollständigkeit in der Lösung enthalten.

(c) Verhältnis zwischen Gewicht des Eingriffs und Gewicht des Zwecks sowie Grad der Zweckerreichung

Einem schweren Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG steht zwar ein abstrakt gewichtiger Zweck gegenüber. Der verfolgte Zweck wird durch die Altersgrenze aber nur noch zu einem geringen Grad erreicht.

(d) Zwischenergebnis

Die Eingriffsintensität der Regelung steht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck. Der Eingriff ist nicht verhältnismäßig (a.A. vertretbar).

Hinweis: Der Zweck, die Rechtspflege vor Gefahren durch altersbedingt nachlassende Leistungsfähigkeit von Notaren zu schützen, kann durch die Regelung ebenfalls nur noch zu einem geringen

[147] Zu diesem Argument *Meyer*, NJW 2025, 3469 (3470); *ders.*, Verfassungsblog v. 24.3.2025 (2.12.2025).

[148] So hatte der BGH argumentiert, BGH NJW 2024, 288 (293); dazu BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 167 ff.; siehe auch *Meyer*, Verfassungsblog v. 24.3.2025 (2.12.2025).

[149] Gemeint sind die hohen finanziellen und zeitlichen Aufwendungen für das Ablegen der notariellen Fachprüfung sowie die hohen Kosten für die Einrichtung einer Geschäftsstelle, BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 167.

[150] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 168.

[151] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 168.

[152] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 168.

Grad erreicht werden.[153] Wie bereits oben erkannt, ist die Altersgrenze ein grobes Instrument. Die Notare, die altersbedingt nicht mehr imstande sind, ihr Amt auszuüben, werden zwar durch die Altersgrenze adressiert.[154] Gleichzeitig werden durch die Altersgrenze auch Notare zur Aufgabe des Amtes gezwungen, die noch über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügen – und diese sind deutlich in der Mehrzahl.[155] Durch die Altersgrenze würden also deutlich mehr (noch) leistungsfähige Notare zur Aufgabe des Amts gezwungen als nicht (mehr) leistungsfähige.

4. Ergebnis

§§ 47 Nr. 2, 48a BNotO verletzen die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG (a.A. vertretbar).

Hinweis: Im entscheidungsrelevanten Sachverhalt bestand der Bewerbermangel nur bei den Anwaltsnotaren, bei den Nur-Notaren besteht weiterhin ein Bewerberüberhang.[156] Das BVerfG erklärte aus diesem Grund die Altersgrenze, (nur) soweit sie Anwaltsnotare betrifft, für verfassungswidrig; die Altersgrenze für Nur-Notare ist weiterhin mit dem Grundgesetz vereinbar.[157]

II. Verletzung der Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG

Die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Die Regelungen beziehen sich auf die berufliche Betätigung, nicht auf das Ergebnis der beruflichen Betätigung.[158]

III. Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit tritt im Wege der Subsidiarität hinter die Berufsfreiheit zurück.[159]

Hinweis: Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt jedes menschliche Verhalten[160], und sorgt dafür, dass die Grundrechte als Abwehrrechte alle Lebensbereiche lückenlos erfassen (denn andere Grundrechte gewähren einen solchen umfassenden Schutz nicht)[161]. Sobald aber der Schutzbereich eines anderen Grundrechts eröffnet ist, tritt die allgemeine Handlungsfreiheit hinter dieses Grundrecht

[153] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 178.
[154] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 180.
[155] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 180.
[156] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 33.
[157] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Ls. 2.
[158] BVerfG NZS 1998, 285 (287).
[159] BVerfGE 6, 32 (37); 79, 292 (304); 85, 219 (223); 98, 265 (328); 101, 54 (74); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 2 Rn. 21.
[160] BVerfGE 6, 32 (36); a.A. Sondervotum *Grimm*, BVerfGE 80, 137 (164 ff.); *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2025, Art. 2 Rn. 21; *Eichberger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 22.
[161] *G. Kirchhof*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 109 Rn. 50.

zurück – sie erfüllt eine Auffangfunktion, wird aus diesem Grund auch als „Auffanggrundrecht“[162] bezeichnet.[163]

IV. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG

§§ 47, 48a BNotO könnten den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzen.[164] Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln“.[165] In Betracht kommt eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters.[166] Eine Ungleichbehandlung führt nicht aber im Sinne eines Automatismus zur Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG, auch Ungleichbehandlungen können gerechtfertigt werden.[167]

Hinweis: Im nächsten Schritt hätte ein Rechtfertigungsmaßstab herausgearbeitet werden müssen. Da Art. 3 Abs. 1 GG aber nicht den Schwerpunkt der Klausur darstellte, wird an dieser Stelle darauf verzichtet.[168]

Naheliegend war es hier, die in der Prüfung der Berufsfreiheit angeführten Gründe auf Art. 3 Abs. 1 GG zu übertragen. Die Ungleichbehandlung kann demnach nicht gerechtfertigt werden. §§ 47 Nr. 2, 48a BNotO verletzen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (a.A. vertretbar).[169]

Hinweis: Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes sollte eher abgelehnt werden, wenn im Rahmen der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG keine Verletzung festgestellt werden konnte: Hält eine zwischen Berufsgruppen differenzierende Regelung der Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG stand, ist regelmäßig auch die Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt.[170]

V. Ergebnis zur Begründetheit

N ist in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt (a.A. vertretbar).

---

[162] Begriff etwa bei *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 108. Lfg., Stand: August 2025, Art. 2 Rn. 21; *Krüger*, JuS 2014, 790 (793); *Lindner*, in: FS Alexy, 2025, S. 513 (515); *Reimer*, in: FS Alexy, 2025, S. 383 (385); *Schröder*, JA 2016, 641 (642).

[163] *G. Kirchhof*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 109 Rn. 50.

[164] So hatte es etwa die Antidiskriminierungsstelle des Bundes gesehen, siehe BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 68.

[165] BVerfGE 168, 1 (48).

[166] So wohl BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 89..

[167] BVerfGE 168, 1 (49).

[168] Dazu *Towfigh/Gleixner*, Smartbook Grundrechte, 2022, § 23 Rn. 19 ff.; *Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 132 ff.

[169] Das BVerfG sah im entscheidungsrelevanten Sachverhalt den Beschwerdeführer hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht als beschwerdebefugt an. Eine Ungleichbehandlung sei zwar dargelegt worden, der Beschwerdeführer habe sich aber nicht substantiiert mit den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG auseinandergesetzt, BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 89.

[170] BVerfG NZS 1998, 285 (287).

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der N hat Aussicht auf Erfolg (a.A. vertretbar).

Hinweis: Das BVerfG erklärte die Regelungen über die Altersgrenze – sofern sie das Anwaltsnotariat betreffen, für mit dem Grundgesetz unvereinbar, aber nicht für nichtig.[171] Es verband die Unvereinbarkeitserklärung mit einer Fortgeltungsanordnung.[172] Die Altersgrenze ist damit bis zum 30.6.2026 weiter auch auf Anwaltsnotare anwendbar.[173] Die Fortgeltungsanordnung verschiebt die Wirkung der Entscheidung in die Zukunft und gibt damit dem Gesetzgeber die Zeit, um eine neue Regelung zu schaffen.[174]

[171] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 186. Dass dem BVerfG diese Möglichkeit zusteht, ergibt sich aus § 31 Abs. 2 S. 2 und S. 3 BVerfGG sowie § 79 Abs. 1 BVerfGG. Die Normen sehen vor, dass das BVerfG ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklären kann. Die Normen unterscheiden also gerade zwischen Gesetzen, die für nichtig erklärt werden und solchen, die (nur) für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt werden. Dazu BVerfG NVwZ 2011, 289 (294); *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 31 Rn. 206 f.; kritisch zum Rechtsfolgenausspruch in diesem Fall *Baumert*, ZIP 2025, 2679.

[172] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 186.

[173] BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 187.

[174] *Maurer/Schwarz*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2023, § 15 Rn. 218. Dass das BVerfG, Urt. v. 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, Rn. 188, im vorliegenden Fall eine bloße Unvereinbarkeitserklärung aussprach, leuchtet ein; das BVerfG begründet überzeugend: „Durch die Unvereinbarerklärung werden mit einer Nichtigerklärung verbundene gravierende Nachteile für die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege sowie für die Rechte betroffener Berufsträger vermieden. Sie vermeidet insbesondere eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Status derjenigen Anwaltsnotare, deren Amt aufgrund der Altersgrenze bereits erloschen ist, und die mit ihr verbundene vorübergehende Fortgeltung der Regelung bis zum 30. Juni 2026 schützt die Rechte derjenigen Anwaltsnotare und der mit ihnen verbundenen Berufsträger (vgl. § 9 Abs. 2 BNotO), die im Vertrauen auf den Bestand der Altersgrenze bereits rechtliche und wirtschaftliche Dispositionen getroffen haben. Auch wird den Landesjustizverwaltungen eine Anpassung an die neue Rechtslage ermöglicht.“; zustimmend auch *Meyer*, NJW 2025, 3469 (3471 f.).

Fortgeschrittenenhausarbeit: Die unbequeme Präsidentin

*Wiss. Mitarbeiter Julian Schophaus, Köln**

Der vorliegende Fall orientiert sich inhaltlich an dem Verfahren um den ehemaligen Bundeskanzler Gerhard Schröder. Dieser verfügte nach dem Ende seiner Amtszeit über viele Jahre über ein Büro im Bundestag und personelle Unterstützung, um nachwirkende Aufgaben zu erledigen. Im Mai 2022 strich jedoch der Haushaltsausschuss des Bundestages die entsprechenden Mittel, wogegen Schröder erfolglos bis vor das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)[1] zog. Zugleich weicht der vorliegende Fall vom „Fall Schröder" in mehreren Punkten entscheidend ab: So handelt dieser statt von einem ehemaligen Bundeskanzler von einer ehemaligen Bundespräsidentin. Außerdem wird der hinter der Entziehung der Mittel stehende Konflikt in einen neuen Kontext gesetzt und deutlich stärker politisiert, um die Bearbeitenden vor dem Hintergrund des immer schärfer ausgetragenen politischen Wettbewerbs zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der von der Rechtsprechung entwickelten Argumentation anzuregen. Schließlich weicht auch der hier vorgestellte Lösungsvorschlag teilweise von den im „Fall Schröder" ergangenen Gerichtsentscheidungen ab, wobei die entsprechenden Abweichungen und die Lösung der Gerichte in kurzen Hinweistexten einordnend thematisiert werden.

Sachverhalt

Die ehemalige Bundespräsidentin Bernhardine Polter (BP) ist in der Bevölkerung bekannt für ihr energisches Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Insbesondere die Aktivitäten der rechtsextremen X-Partei bereiten ihr Sorgen. Sie tritt auch nach dem Ende ihrer zwei Amtszeiten regelmäßig öffentlich auf, wobei sie die X-Partei häufig scharf kritisiert. Zudem nimmt BP kurz nach dem Ende ihrer Amtszeit, auf Drängen der zu diesem Zeitpunkt amtierenden Bundesregierung, einen Posten als unbezahltes Aufsichtsratsmitglied bei „Carne del sur" (CDS) an. Bei CDS handelt es sich um ein Unternehmen, das sich vollkommen in der Hand eines südamerikanischen Staates befindet und sich auf den Export von Rindfleisch, auch nach Deutschland, spezialisiert hat. Durch die Platzierung von BP im Aufsichtsrat möchte die amtierende Bundesregierung die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik nach Südamerika stärken. Insbesondere erhofft man sich, dass die in Südamerika sehr beliebte BP Zugriff auf informelle Kanäle erhält, auf die der diplomatische Dienst des Bundes üblicherweise nicht zurückgreifen kann. Tatsächlich verfügt BP bald dank ihres Aufsichtsratspostens über exzellente Kontakte in Südamerika. Dies macht sich der diplomatische Dienst der Bundesrepublik Deutschland zunutze, dem BP regelmäßig bei der Erfüllung seiner Aufgaben in Südamerika hilft. Unter den deutschen Diplomaten erarbeitet sich BP auf diese Weise schnell einen Ruf als „Ms. Südamerika" und wird regelmäßig um Rat gebeten, wenn das Auswärtige Amt Probleme in der Region hat. Unter anderem gelingt es BP dank ihrer Kontakte, die Freilassung von zwei deutschen Staatsbürgern zu erwirken, die von einer Rebellenorganisation in der Region als Geiseln genommen wurden.

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, sowie am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln. *Er* dankt *Noah Rosenbrock* für die hilfreichen Anmerkungen.

[1] BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24.

Ermöglicht wird BP ihr Engagement durch die Unterstützung ihres in Berlin, in den Räumlichkeiten des Bundestags befindlichen Büros. Das Büro übernimmt grundsätzlich alle Tätigkeiten, die bei BP anfallen. Es unterstützt sie sowohl bei ihrer Arbeit für CDS und den deutschen diplomatischen Dienst als auch beim Schreiben von BPs geplanter Autobiographie. Finanziert wird das Büro nicht von BP selbst, sondern mit Mitteln aus dem Bundeshaushalt. Im Haushaltsplan sind die Räumlichkeiten und die Stellen des Büros ausgewiesen. Auch den vorherigen Bundespräsidenten der Bundesrepublik wurde nach dem Ende ihrer Amtszeit stets ein solches Büro mit vergleichbarer Ausstattung in den Räumlichkeiten des Bundestags zur Verfügung gestellt.

Zum Entsetzen der BP erhält die X-Partei bei der Bundestagswahl die absolute Mehrheit im Bundestag und stellt bald auch die neue Bundesregierung. Ihre Reaktion hierauf, bei der sie die X-Partei erneut stark kritisiert, wird bald deutschlandweit in den Medien zitiert.

Daraufhin reicht es der Bundestagsfraktion der X-Partei. In ihrer Fraktionssitzung kommen die Mitglieder überein, dass man BP endlich mal ihre Grenzen aufzeigen solle. Um dieses Ziel zu erreichen, stellt die X-Fraktion bei der nächsten Sitzung des Haushaltsausschusses des Bundestags den Antrag, die Mittel für das Büro der BP in Zukunft nicht mehr zur Verfügung zu stellen und die entsprechenden Stellen im nächsten Haushaltsplan nicht mehr auszuweisen. Mit Ablauf des aktuellen Bundeshaushalts soll BP also ihr Büro verlieren und die entsprechenden Räumlichkeiten im Bundestag anderweitig genutzt werden. Der formell rechtmäßige Antrag wird im Haushaltsausschuss dank der dortigen Mehrheit der X-Fraktion unter Gejohle („Der zeigen wir es“, „Grenzen für die spinnerte Altpräsidentin“) angenommen. Der entsprechend geänderte Entwurf des Haushaltsplanes wird in der Folge auch vom Bundestag verabschiedet, wobei sich die o.g. Äußerungen im Plenum wiederholen.

BP ist empört. Ein solcher Umgang verstoße eindeutig gegen ihre „Rechte als ehemalige Bundespräsidentin“. Seit sie aus dem Amt der Bundespräsidentin ausgeschieden sei, sähen die Haushaltspläne einen Posten zur Finanzierung ihres Büros vor. Darauf habe sie sich verlassen, es habe sich schließlich eine dauerhafte Übung entwickelt, nach der sie erwarten könne, dass der Unterhalt ihres Büros auch in zukünftigen Haushaltsplänen berücksichtigt werde.

Ein solcher Anspruch stehe ihr auch kraft ihrer Rechtsstellung als ehemalige Bundespräsidentin zu. Die Tatsache, dass bisher jeder ehemalige Bundespräsident ein durch Bundesmittel finanziertes Büro, inklusive Belegschaft, zur Verfügung gestellt bekommen habe, zeige, dass es einen mindestens gewohnheitsrechtlich begründeten Anspruch eines jeden ehemaligen Bundespräsidenten auf eine solche Ausstattung gebe.

In ihrem Fall käme noch hinzu, dass ihr das Büro nur wegen ihrer Gegnerschaft zur X-Partei entzogen worden sei. Die Umstände der Abstimmung im Haushaltsausschuss und die Tatsache, dass alle anderen ehemaligen Bundespräsidenten – was zutrifft – ihre Büros behalten dürften, würden dies zeigen. Damit stehe ihr auch aus Art. 3 GG ein Anspruch auf die fortgesetzte Finanzierung des Büros, inklusive Belegschaft, zu.

Die X-Fraktion reagiert gelassen auf diese Vorwürfe. Dem Parlament stehe nun einmal die Budgethoheit zu. Wie das Geld des Bundes ausgegeben werde, sei allein Sache der Abgeordneten, die sich diesbezüglich vor niemandem rechtfertigen müssten.

Dass ehemalige Bundespräsidenten eine besondere Rechtsstellung hätten, sei weder dem Grundgesetz noch irgendeiner tatsächlichen Übung zu entnehmen. Die Zurverfügungstellung von Büros erfolge ohne die Absicht einer rechtlichen (Selbst-)Bindung.

Zudem würden, wie die Stellung im Haushaltsplan beweise, die Büros nicht im privaten Interesse der ehemaligen Bundespräsidenten, sondern im Interesse der Bundesrepublik Deutschland unterhalten. Dadurch, dass BP im Aufsichtsrat von CDS tätig sei, habe sie jedoch bewiesen, dass sie nicht mehr der Bundesrepublik, sondern den Interessen eines ausländischen Konzerns diene. Zumindest liege jedoch eine Zweckentfremdung des Büros durch die Nutzung bei der Erstellung der persönli-

chen Autobiographie der BP vor. Aus diesen Gründen sei die Streichung der Mittel für das Büro des BP sogar rechtlich zwingend gewesen. Von einer politisch motivierten Kampagne könne also keine Rede sein.

BP beschließt, sich das alles nicht mehr gefallen zu lassen, und erhebt vor dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht form- und fristgerecht Klage auf „die Feststellung, dass mein Büro auch zukünftig durch Mittel aus dem Bundeshaushalt finanziert werden muss".

Fallfrage

Wird BP mit ihrer Klage Erfolg haben?

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit ... 162
I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ... 162
II. Statthafte Klageart ... 165
III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog ... 166
IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit ... 166
V. Rechtsschutzbedürfnis ... 166
VI. Zwischenergebnis ... 166
B. Begründetheit ... 166
I. Gesetzlicher Anspruch aus Haushaltsplan ... 167
II. Anspruch aus Gewohnheitsrecht ... 167
III. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ... 167
1. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ... 168
a) Niederschrift der Autobiographie ... 169
b) Tätigkeit für CDS ... 169
c) Motivation der Abgeordneten ... 170
2. Zwischenergebnis ... 171
C. Ergebnis ... 171

Die Klage der BP hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung müsste der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein.

Hierfür müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die ihr zugrundeliegenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind.[2] Nach der modifizierten Subjektstheorie gehört eine Norm dem öffentlichen Recht an, wenn sie einen Hoheitsträger als solchen berechtigt oder verpflichtet.[3] BP beruft sich auf den Haushaltsplan des Bundes, Verfassungsgewohnheitsrecht und ihre Grundrechte, insbesondere Art. 3 GG. Alle diese Vorschriften verpflichten den Bund als Hoheitsträger und sind damit Teil des öffentlichen Rechts, weswegen eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

Die Streitigkeit müsste nichtverfassungsrechtlicher Art sein.

Sie ist verfassungsrechtlicher Art, wenn das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geformt ist. Hierbei kommt es nach dem Bundesverwaltungsgericht *nur* auf den materiellen Gehalt der Streitigkeit an.[4] Ausschlaggebend ist, ob es im Kern des Rechtsstreits um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, d.h. gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht.[5] Entscheidend ist dafür, ob die streitigen Normen solche sind, deren Anwendung und Auslegung die Grundlage und Rahmen für das Handeln der politischen Kräfte sind.[6]

Für das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit spricht, dass BP effektiv die Verabschiedung eines Gesetzes durch den Bundestag fordert. Das Büro im Bundestag wurde ihr aufgrund des aktuellen Haushaltsplans des Bundes entzogen, wobei es sich um ein formelles Gesetz handelt. Die Bundestagsverwaltung, die insoweit an den Haushaltsplan gebunden ist, dürfte BP das Büro erst dann wieder zur Verfügung stellen, wenn der Haushaltsplan erneut geändert werden würde. Dafür müsste der Bundestag jedoch erneut in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber tätig werden. Die vorliegende Streitigkeit berührt also das staatsorganisationsrechtliche Müssen des Bundestages in seiner verfassungsrechtlichen Funktion als zentrales Organ der Legislative.[7]

Dies verkennt jedoch, dass es für die Beurteilung des Rechtscharakters einer Streitigkeit nicht allein auf die rechtlichen oder tatsächlichen Folgen der Erfüllung des Begehrens des Klägers ankommen kann.[8] Ein Kläger, der sich durch staatliches Handeln in seinen Grundrechten verletzt sieht, wird sich regelmäßig, auch wenn er nur die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage anzweifelt, zunächst an die Verwaltungsgerichte wenden müssen, obwohl er letztendlich die Aufhebung bzw. Änderung eines Gesetzes durch den Gesetzgeber verlangt (Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde).[9] Daher ist über das Begehren des Klägers hinaus auch auf den Rechtscharakter des streitigen Verhältnisses an sich abzustellen. Dies bestimmt sich nach den streitentscheidenden Anspruchsgrundlagen.[10] Ob das Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht überwölbt ist, bestimmt sich also danach, ob das Verhältnis von BP zur Bundesrepublik Deutschland durch einfaches Recht oder durch Verfassungsrecht geprägt ist. Dies wäre der Fall, wenn das Verhältnis von BP als ehemalige Bundespräsidentin zur Bundesrepublik Deutschland maßgeblich durch das Grundgesetz ausgestaltet ist.

---

[2] *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 40 Rn. 6b, 11.
[3] *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 3 Rn. 13.
[4] BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 17 m.w.N. (juris).
[5] BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 19 (juris).
[6] BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 20 (juris).
[7] Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 21–27 (juris).
[8] Vgl. auch *Schönberger*, 3 MIP 2022, 322 (328).
[9] *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 65. Lfg., Stand: August 2025, § 90 Rn. 60.
[10] *Reimer*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2025, § 40 Rn. 100.

Das Grundgesetz regelt in Art. 54 ff. GG die Rechte und Pflichten des Bundespräsidenten, enthält jedoch keine Ausführungen zu etwaigen nachwirkenden Verpflichtungen aus diesem Amt. Möglicherweise folgen aus diesen Vorschriften jedoch ungeschriebene nachamtliche Aufgaben ehemaliger Bundespräsidenten. Diese wären, genauso wie die Aufgaben eines amtierenden Bundespräsidenten, verfassungsmäßiger Art.[11] Gegen solche ungeschriebenen Aufgaben spricht jedoch Art. 57 GG, der die Ausübung der Befugnisse des Bundespräsidenten bei dessen Verhinderung oder vorzeitiger Erledigung des Amtes dem Bundesratspräsidenten überträgt. Damit fehlt es für den Bundespräsidenten schon an der Möglichkeit auch nur einer vorübergehenden Weiterführung seiner Amtspflichten nach Erledigung des Amtes, wie sie das Grundgesetz für den Bundeskanzler in Ausnahmefällen gem. Art. 69 Abs. 3 GG zulässt. Speziell im Hinblick auf etwaige Versorgungsansprüche gegenüber dem Bund ist hervorzuheben, dass selbst in Fällen, in denen das Grundgesetz die Versorgung von Amtsinhabern ausdrücklich regelt, etwa Art. 48 Abs. 3 GG, verfassungsrechtlich fundierte Rechtspositionen über das Ende der Amtszeit hinaus nicht vorgesehen sind. Zwar gibt es einfachgesetzlich geregelte nachamtliche Versorgungsansprüche für den Bundespräsidenten gem. § 1 BPräsRuhebezG, auf Verfassungsebene ist jedoch ein sog. „Amt nach dem Amt“ nicht vorgesehen.[12] Vielmehr sieht das Grundgesetz in Bezug auf Bundespräsidenten eine Rückkehr in das normale staatsbürgerliche Leben nach Beendigung des Amtes vor. Somit gibt es von Verfassung wegen auch keine besonderen Aufgaben, die ein ehemaliger Bundespräsident erfüllen müsste. Sofern ehemaligen Bundespräsidenten also ein Büro im öffentlichen Interesse bzw. zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Verfügung gestellt wird, handelt es sich folglich *nicht* um Aufgaben, die im Verfassungsrecht wurzeln.[13]

Auch nach dem Kriterium der sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ergibt sich nichts anderes. Hiernach dürfen die am Verfahren Beteiligten nicht unmittelbar am Verfassungsleben teilnehmen und zusätzlich nicht um Rechte oder Pflichten unmittelbar aus der Verfassung streiten.[14] Wie ausgeführt handelt es sich bei BP seit Ende ihrer Amtszeit als Bundespräsidentin nicht (mehr) um eine unmittelbare Teilnehmerin am Verfassungsleben. Demnach liegt auch nach diesem Kriterium keine Streitigkeit verfassungsmäßiger Art vor.

Hinweis: Das Kriterium der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit wird schon länger in der Literatur kritisiert und wird auch vom Bundesverwaltungsgericht mangels Anknüpfungspunktes im Grundgesetz nicht angewandt.[15] Eine Anwendung dieses Kriteriums in der Klausur ist jedoch nach wie vor vertretbar. In Fällen, in denen es – wie hier – maßgeblich auf den Rechtscharakter der Streitigkeit ankommt, empfiehlt es sich jedoch, zumindest zusätzlich das vom Bundesverwaltungsgericht angewandte Kriterium der rechtlichen Ausformung des streitigen Rechtsverhältnisses heranzuziehen.

Im Ergebnis ist eine besondere verfassungsrechtliche Prägung des Verhältnisses von BP zum Bund nicht gegeben (a.A. sehr gut vertretbar)[16].

---

[11] So in Bezug auf den Bundeskanzler BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 29–30 (juris); siehe auch *von der Weiden*, jurisPR-BVerwG 16/2025 Anm. 4, C. II. 2.

[12] VG Berlin, Urt. v. 4.5.2023 – 2 K 238/22, Rn. 27 (juris).

[13] Anders BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 29–30 (juris); siehe auch *Ojak*, DVBl 2023, 1100 (1106).

[14] *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 40 Rn. 32.

[15] BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 18 (juris); siehe auch *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: Juli 2025, § 40 Rn. 138–142.

[16] Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 14 (juris).

Hinweis: Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall Schröder u.a. mit dem Argument, dass die Zuweisung von Mitteln aus der vorherigen verfassungsrechtlich determinierten Stellung als Bundeskanzler abgeleitet wird, eine verfassungsrechtliche Streitigkeit angenommen.[17]

Es handelt sich um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

Somit ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

II. Statthafte Klageart

BP müsste die statthafte Klageart gewählt haben.

Gem. § 88 VwGO ist hierbei das Begehren der Klägerin ausschlaggebend.

BP begehrt ausdrücklich eine Feststellung dahingehend, dass ihr auch weiterhin ein Büro aus Bundesmitteln bereitgestellt werden muss. Als statthafte Klageart kommt somit die Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO in Betracht.

Die Feststellungsklage ist statthaft, soweit der Kläger die Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehrt. Ein Rechtsverhältnis ist die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Norm des öffentlichen Rechts ergebende rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache. Zusätzlich muss der Kläger ein Feststellungsinteresse aufweisen, wobei grundsätzlich jedes rechtliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse ausreichend ist.[18]

BP begehrt die Feststellung, dass ihr Büro auch zukünftig mit Mitteln aus dem Bundeshaushalt finanziert werden muss. Die Verteilung von Haushaltsmitteln erfolgt auf Grundlage des Haushaltsgesetzes bzw. anderer Anspruchsnormen des öffentlichen Rechts, die die Beziehung von BP als Empfängerin der Mittel zur Bundesrepublik Deutschland regeln. Da BP ohne die Mittel aus dem Bundeshaushalt den Unterhalt des Büros selbst finanzieren oder das Büro aufgeben müsste, besteht auch ein zumindest wirtschaftliches Interesse der BP an der Feststellung des Rechtsverhältnisses durch ein Gericht.

Die allgemeine Feststellungsklage ist somit grundsätzlich statthaft.

Dem dürfte jedoch nicht die Subsidiarität der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO entgegenstehen. Hiernach kann Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte auch durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen könnte. Zweck der von BP gewünschten Feststellung ist es, die Finanzierung ihres Büros dauerhaft sicherzustellen. Bei dieser Finanzierung handelt es sich um ein tatsächliches Handeln der Bundesrepublik zu ihren Gunsten, sodass die allgemeine Leistungsklage ebenfalls als statthafte Klageart in Betracht kommt. Beim Vorgehen gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften, hier der Bundesrepublik Deutschland, ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Verwaltung aufgrund der Gesetzesbindung gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das Urteil halten wird und somit kein erhöhter Vollstreckungsdruck durch eine erfolgreiche Leistungsklage notwendig ist. Daher gilt in diesem Verhältnis die Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 VwGO ausnahmsweise nicht.[19]

[17] BVerwG, Urt. v. 10.4.2025 – 2 C 16.24, Rn. 29 (juris).
[18] *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 18 Rn. 4, 12–15.
[19] OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.6.2024 – OVG 10 B 34/23, Rn. 68 (juris); BVerwGE 36, 179 (181).

Hinweis: Diese sog. „Ehrenmanntheorie“ wird in der Literatur zurecht stark als realitätsfern und Missachtung von § 43 VwGO kritisiert.[20] Da die allgemeine Feststellungsklage im vorliegenden Fall jedoch ermöglicht, eine dauerhafte Verpflichtung der Bundesrepublik zur Finanzierung des Büros festzustellen, ist sie insgesamt rechtsschutzintensiver als die allgemeine Leistungsklage und damit trotz dieser Kritik im vorliegenden Fall statthaft. Es ist allerdings ebenfalls vertretbar, wie die Vorinstanz im Fall Schröder, die Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage anzunehmen.[21]

Folglich ist die allgemeine Feststellungsklage hier die statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Ob das Vorliegen der Klagebefugnis im Rahmen einer Feststellungsklage notwendig ist, ist umstritten,[22] kann aber dahinstehen, wenn die Klagebefugnis i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO analog gegeben ist.

Hierfür müsste BP geltend machen können, durch eine Handlung oder ein Unterlassen des Klagegegners in ihren Rechten verletzt zu sein. Diese behauptete Rechtsverletzung muss lediglich möglich erscheinen, darf also nicht offensichtlich und eindeutig von vornherein ausgeschlossen sein.[23]

BP macht geltend, dass der Entzug des Unterhalts ihres Büros gegen ihre Rechte aus Gewohnheitsrecht und dem Gleichheitssatz gem. Art. 3 GG verstößt. Eine entsprechende Rechtsverletzung kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

BP ist somit klagebefugt, ein Streitentscheid ist entbehrlich.

IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

BP ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Nach dem Rechtsträgerprinzip ist die Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland zu richten. Diese ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO und § 62 Abs. 3 VwGO beteiligten- und prozessfähig.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist durch das Vorliegen der Klagebefugnis indiziert.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage der BP ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage der BP ist begründet, soweit der Entzug der Mittel für ihr Büro rechtswidrig war. Dies wäre der Fall, wenn ihr entweder ein positiver Anspruch auf den Unterhalt zusteht oder der Entzug gegen geltendes Recht verstößt.

---

[20] Z.B. v. *Marsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 48. Lfg., Stand: Juli 2025, § 43 Rn. 43–43a.

[21] OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.6.2024 – OVG 10 B 34/23, Rn. 48–49 (juris).

[22] Vgl. BVerwGE 99, 64 (66); kritisch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2024, § 18 Rn. 17.

[23] *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 42 Rn. 65–66.

I. Gesetzlicher Anspruch aus Haushaltsplan

Ein gesetzlicher Anspruch aus dem Haushaltsplan besteht gem. § 3 Abs. 2 BHO nicht, da der Haushaltsplan keine Ansprüche oder Verbindlichkeiten begründet.

II. Anspruch aus Gewohnheitsrecht

BP könnte einen gewohnheitsrechtlich begründeten Anspruch auf den Unterhalt eines Büros haben.

Gewohnheitsrecht entsteht, wenn eine bestimmte Praxis Gegenstand längerer tatsächlicher Übung ist, die dauernd, ständig, gleichmäßig und allgemein ist (longa consuetudo). Zusätzlich muss dieses Verhalten von den Handelnden als verbindliche Rechtsnorm anerkannt werden (opinio iuris). Hiervon abzugrenzen sind Handlungen, die lediglich aus politischem Brauch bzw. Höflichkeit, ohne Überzeugung von ihrer rechtlichen Gebotenheit erbracht werden (courtoisie).[24]

Für das Vorliegen eines gewohnheitsrechtlichen Anspruches der BP spricht, dass bisher jeder Bundespräsident in der Geschichte der Bundesrepublik ein Büro mit vergleichbarer Ausstattung erhalten hat, sodass eine entsprechende tatsächliche Übung gegeben ist. Zusätzlich müssten die Büros aufgrund der Überzeugung, dass dies rechtlich verpflichtend sei, zur Verfügung gestellt werden. Da zumindest Haushaltspläne gem. § 3 Abs. 2 BHO keine Ansprüche oder Verbindlichkeiten begründen, kann aus der wiederholten Aufnahme des Unterhaltes des Büros der BP in den Haushaltsplan nicht geschlossen werden, dass dieser Unterhalt in Annahme einer rechtlichen Verpflichtung erfolgte. Auch gibt es keine Hinweise auf eine verfassungsgewohnheitsrechtlich begründete Rechtsstellung als „Bundespräsident a.D." (siehe oben). Außerdem kommt der Bundesrepublik ein objektiv-rechtliches Organisationsermessen zu. Hiernach entscheidet allein die öffentliche Hand, wie sie ihre öffentlichen Aufgaben erfüllt. Ein subjektiver Anspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung von Stellen besteht nicht. Ausschlaggebend bei der Ausweisung von Personalstellen im Haushaltsplan ist das öffentliche Interesse.[25] Die Zurverfügungstellung von Büros an ehemalige Bundespräsidenten erfolgt also, weil der Haushaltsgesetzgeber davon überzeugt ist, dass diese noch ein (verbliebenes) öffentliches Interesse erfüllen und nicht, weil er von einer rechtlichen Verpflichtung hierzu ausgeht. Diese Praxis vermag durch die besondere politische Stellung ehemaliger Bundespräsidenten beeinflusst sein, eine über einen politischen Brauch hinausgehende rechtliche Überzeugung der handelnden Bundesorgane ist jedoch nicht erkennbar. Die Anerkennung gewohnheitsrechtlich begründeter Ansprüche auf Haushaltsmittel würde darüber hinaus auch verhindern, dass das direkt durch das Volk gewählte Parlament frei über die Ausgaben des Staates und mithin auch die Belastung der Bürger entscheidet. Dies würde einen Verstoß gegen die Budgethoheit des Parlamentes gem. Art. 20 Abs. 1, 2 GG darstellen.[26]

Folglich hat BP keinen gewohnheitsrechtlich begründeten Anspruch auf ein ausgestattetes Büro in den Räumlichkeiten des Bundestages.

III. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Der Entzug des Büros und seiner Mitarbeiter könnte jedoch gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstoßen. Dies wäre der Fall, wenn BP unter Anknüpfung an eines der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale in nicht gerechtfertigter Weise rechtlich relevant ungleich behandelt wird.

---

[24] OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.6.2024 – OVG 10 B 34/23, Rn. 51 (juris).
[25] Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.6.2024 – OVG 10 B 34/23, Rn. 62–63 (juris).
[26] VG Berlin, Urt. v. 4.5.2023 – 2 K 238/22, Rn. 47 (juris).

1. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Es müsste zunächst eine relevante Ungleichbehandlung vorliegen.

In Konstellationen, in denen eine staatliche Leistung begehrt wird, liegt eine relevante Handlung des Staates vor, wenn der Staat Begünstigungen gewährt. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass der Staat Grundrechtsträgern Zuwendungen zuteilwerden lässt. Abzugrenzen ist dies von grundrechtlich nicht relevantem innerstaatlichen Organisationshandeln, also dem rein innerstaatlichen Einsatz von Mitteln zur Schaffung von Verwaltungsinfrastruktur. Die Abgrenzung erfolgt danach, ob der Staat durch den Mitteleinsatz Grundrechtsträger zumindest auch direkt subjektiv begünstigen will oder ob der Einsatz eine rein an dem öffentlichen Interesse einer angemessenen Erfüllung öffentlicher Aufgaben orientierte staatliche Organisationsentscheidung darstellt.[27] Sofern eine grundrechtsrelevante Begünstigung vorliegt, ist diese ungleich, wenn etwas wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird.[28] Dafür müsste ein wesensmäßig gleicher Tatbestand zu ungleichen Rechtsfolgen führen.[29] Ein wesensmäßig gleicher Tatbestand liegt vor, wenn ein gemeinsamer Oberbegriff zu einem vergleichbaren Personenkreis gebildet werden kann.[30]

Hinweis: Es ist zwar verbreitet, aber nicht zwingend notwendig, mit Vergleichsgruppen zu arbeiten. Grundsätzlich reicht es aus, festzustellen, dass mindestens zwei Grundrechtsträger unterschiedlich behandelt werden. Ob deren Situationen vergleichbar sind und welche rechtlichen Folgen eine (möglicherweise fehlende) Vergleichbarkeit hat, kann genauso im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung erörtert werden.[31]

BP wird als ehemalige Bundespräsidentin der Unterhalt ihres Büros, inklusive Mitarbeiter, entzogen. Andere ehemalige Bundespräsidenten dürfen hingegen ihre Büros, die vergleichbar ausgestattet sind, behalten. Allerdings könnte die Tatsache, dass ehemalige Bundespräsidenten ein vom Bund finanziertes Büro mit Mitarbeitern nutzen können, durch die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse des Bundes durch die ehemaligen Präsidenten begründet sein. Zumindest die Stellung der Büros im Haushaltsplan spricht dafür, dass diese zur Wahrnehmung der Interessen des Bundes und nicht der Person des ehemaligen Bundespräsidenten dienen. In diesem Fall sind die ehemaligen Bundespräsidenten in ihrer Stellung eher mit einem Angestellten des öffentlichen Diensts vergleichbar. Diese arbeiten regelmäßig auch in durch den Bund finanzierten Büros und haben u.U. ebenfalls einen kleinen Mitarbeiterstab. In einer solchen Konstellation kommt das Büro aber nicht dem entsprechenden Angestellten persönlich zugute, vielmehr handelt es sich um den Ort, an dem er seine Arbeitskraft unter Zuhilfenahme der bereitgestellten Mittel dem öffentlichen Interesse des Bundes zur Verfügung stellt. Ein subjektives Recht auf ein solches Büro besteht daher nicht, es fehlt im Kontext von Art. 3 GG an einer relevanten Behandlung durch die öffentliche Hand. Ähnlich könnte die Situation bei BP liegen. Die Tatsache, dass ehemalige Bundespräsidenten ein vom Bund finanziertes Büro mit Mitarbeitern nutzen können, könnte also einen reinen Rechtsreflex aus der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben für den Bund darstellen.

[27] OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.6.2024 – OVG 10 B 34/23, Rn. 66 (juris).
[28] *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 778, 826.
[29] *Hufen*, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2025, § 39 Rn. 5.
[30] *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Rn. 780–783.
[31] Instruktiv *Kempny/Lämmle*, JuS 2020, 22 (24–26).

Hinweis: Dies waren im Wesentlichen die Argumente der Vorinstanzen. Diese hatten im Fall Schröder die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs angenommen und die Begründetheit geprüft. I.R.v. Art. 3 GG sahen jedoch sowohl VG als auch OVG in der Zurverfügungstellung des Büros an Schröder keine Zuwendung an diesen persönlich, sondern vielmehr die Schaffung einer zusätzlichen Dienststelle der öffentlichen Verwaltung, in der der ehemalige Bundeskanzler ebenfalls eine Stelle besaß. Eine solche Stelle vermittelt aber gerade keine subjektiven grundrechtsrelevanten Rechtspositionen.[32]

Dies erklärt jedoch nicht, warum ehemalige Bundespräsidenten stets Teil dieser Büros sind. Sollten sie tatsächlich nur reflexartig profitieren, wäre ein Betrieb der Büros auch ohne die ehemaligen Amtsinhaber denkbar, was in der Praxis allerdings – bis auf den Fall des Todes des ehemaligen Amtsinhabers – nicht vorkommt. Tatsächlich nehmen ehemalige Amtsinhaber eine zentrale Rolle in ihren Büros ein. Nicht nur werden die Büros zur Erfüllung ihrer nachamtlichen (öffentlichen) Aufgaben erst geschaffen, die ehemaligen Bundespräsidenten übernehmen faktisch auch die Leitung des Büros und seiner Mitarbeiter. Zwar sind Letztere nur dafür da, Aufgaben im öffentlichen Interesse der Bundesrepublik Deutschland und nicht im privaten Interesse des ehemaligen Amtsinhabers wahrzunehmen. Die öffentlichen Aufgaben, die sie tatsächlich wahrnehmen, werden allerdings maßgeblich durch Amtshistorie und Verhalten des ehemaligen Amtsinhabers bestimmt.[33] Diese Umstände waren bereits bei der Schaffung des Büros der BP bekannt und wurden durch den Bund billigend in Kauf genommen.

Ob die Büros grundsätzlich ausschließlich dem öffentlichen Interesse dienen oder zusätzlich auch den ehemaligen Amtsinhabern persönlich zugutekommen sollen, kann jedoch dahinstehen, wenn das Büro von BP im konkreten Fall kein öffentliches Interesse mehr erfüllt. In diesem Fall wäre die Finanzierung des Büros nämlich von vornherein rechtswidrig gem. § 6 BHO, was zur Folge hätte, dass kein gleichheitsrechtlicher Anspruch bestünde.[34] Es ist daher zu untersuchen, wem die vom Büro geleisteten Tätigkeiten tatsächlich zugutekommen. Im Wesentlichen unterstützt das Büro BP bei zwei Aufgaben, der Niederschrift ihrer Autobiographie und der Tätigkeit für CDS, zwischen denen folglich zu unterscheiden ist.

a) Niederschrift der Autobiographie

Die Niederschrift der persönlichen Autobiographie der BP ist keine Aufgabe, die im öffentlichen Interesse der Bundesrepublik liegt, sondern dient allein der Selbstdarstellung der BP und ihrer privaten finanziellen Interessen. Insoweit liegt also eine Zweckentfremdung bzw. Zweckverfehlung staatlicher Mittel vor.

b) Tätigkeit für CDS

Etwas Ähnliches könnte auch für BPs Tätigkeiten für CDS gelten. Grundsätzlich schließen sich eine (bezahlte) Erwerbstätigkeit und ein Handeln in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gegenseitig aus, da „[m]an […] nicht Diener zweier Herren sein [kann]“[35]. Zusätzlich handelt es sich bei CDS um einen ausländischen Staatskonzern. Die Tätigkeiten der BP im Aufsichtsrat des Unternehmens die-

[32] So OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.6.2024 – OVG 10 B 34/23, Rn. 66–67 (juris); VG Berlin, Urt. v. 4.5.2023 – 2 K 238/22, Rn. 49–53 (juris).
[33] *Ipsen*, NVwZ 2023, 1107 (1112).
[34] *von der Weiden*, jurisPR-BVerwG 16/2025 Anm. 4, C. II. 2.
[35] *Ipsen*, NVwZ 2023, 1107 (1112).

nen also primär ausländischen Interessen und nicht der Bundesrepublik Deutschland. Die Tatsache, dass BP dem Auswärtigen Amt in Südamerika bei der Erfüllung seiner Aufgaben hilft, ändert hieran nichts, da nur die Hilfeleistung selbst im Interesse der Bundesrepublik liegt, nicht jedoch die davon unabhängig zu betrachtende Tätigkeit für CDS.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass BP den Aufsichtsratsposten bei CDS unentgeltlich ausübt, es sich also nicht um eine Erwerbstätigkeit im eigentlichen Sinne handelt. Darüber hinaus nutzt BP gerade ihre Position bei CDS, um den deutschen diplomatischen Dienst bei der Erfüllung seiner Aufgaben, der Pflege der auswärtigen Beziehungen und dem Schutz deutscher Staatsbürger im Ausland, zu unterstützen. Die Bitte der damaligen Bundesregierung an BP den Aufsichtsratsposten zu übernehmen, zeigt ebenfalls, dass ihre Tätigkeit für CDS zumindest auch im Interesse der Bundesrepublik liegen kann. Die Unterscheidung zwischen den Hilfeleistungen für das Auswärtige Amt und der Tätigkeit für CDS überzeugt daher auch nicht, ist letzteres doch notwendige Voraussetzung dafür, um BP in eine Position zu bringen, aus der sie die genannten Hilfeleistungen überhaupt erst erbringen kann.

Zu beachten ist allerdings auch, dass das öffentliche Interesse an einer Aufgabe nicht rein objektiv festgestellt werden kann, sondern durch die obersten Verfassungsorgane bestimmt wird. Sind die obersten, an der Willensbildung des Staates direkt beteiligten Verfassungsorgane der Ansicht, an einer Tätigkeit bestehe kein öffentliches Interesse mehr, so ist diese Beurteilung ausschlaggebend bei der Beurteilung einer Tätigkeit.[36] Durch die Streichung der Mittel für das Büro der BP aus dem Haushaltsplan macht der Bundestag zumindest konkludent deutlich, dass kein öffentliches Interesse mehr an den Tätigkeiten der BP besteht. Damit wäre auch die Tätigkeit der BP für CDS nicht geeignet, ein öffentliches Interesse an der fortgesetzten Finanzierung ihres Büros zu begründen.

c) Motivation der Abgeordneten

Wie die Geschehnisse im Haushaltsausschuss zeigen, war dies jedoch nicht die einzige Motivation der Abgeordneten. Auslöser der Abstimmung war vielmehr die Tatsache, dass man BP für ihre Aussagen über die X-Partei sanktionieren wollte. Dass dies eine der tragenden Motivationen hinter dem Beschluss war, zeigen auch die im Rahmen der Sitzungen getätigten Äußerungen der Abgeordneten („Der zeigen wir es“, „Grenzen für die spinnerte Altpräsidentin“), aus denen hervorgeht, dass man der BP ihre Arbeit erschweren wollte. Fraglich ist, ob diese Motivationslage der Abgeordneten berücksichtigt werden muss. Dafür spricht, dass ausweislich Art. 1 Abs. 3 GG die Gesetzgebung, also auch der Bundestag, durch die Grundrechte gebunden ist. Es gibt daher in der Arbeit des Bundestages, selbst bei Haushaltsfragen, grundsätzlich keinen rechtsfreien Raum, was für die Justiziabilität der Motivation hinter einem Beschluss spricht. Dagegen spricht jedoch zum einen der Grundsatz des freien Mandats gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Hiernach sind Abgeordnete in ihrer Tätigkeit frei und nur ihrem Gewissen unterworfen. Es wäre widersprüchlich und mit dieser Gewissensfreiheit unvereinbar, die inneren Motive eines Abgeordneten im Nachhinein gerichtlich zu überprüfen. Darüber hinaus sprechen auch Gründe der Rechtssicherheit gegen ein solches Vorgehen. Nicht nur ist es praktisch kaum möglich, die tatsächliche Motivation eines Abgeordneten zu ermitteln. Es würde auch potenziell jeden Beschluss des Bundestages nachträglich angreifbar machen. Aus diesen Gründen spielt die Motivationslage der einzelnen Abgeordneten bei der Entscheidung, BP das Büro nicht weiter zu finanzieren, keine Rolle und ist gerichtlich nicht überprüfbar.

[36] *von der Weiden*, jurisPR-BVerwG 16/2025 Anm. 4, C. II. 2.

2. Zwischenergebnis

Damit steht auch die Tätigkeit der BP nicht (mehr) im öffentlichen Interesse der Bundesrepublik Deutschland. Die weitere Finanzierung des Büros der BP würde gegen § 6 BHO verstoßen. Damit kommt auch ein subjektiver Anspruch der BP auf Finanzierung eines Büros nicht in Betracht. Damit fehlt es an einer relevanten Ungleichbehandlung der BP durch die öffentliche Hand.

Mangels Ungleichbehandlung verstößt der Entzug des Büros und seiner Mitarbeiter nicht gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

C. Ergebnis

Die Klage der BP ist zulässig, aber unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

Fortgeschrittenenklausur: Die Reise ins Gericht: Wenn der Einbruch nach hinten losgeht

*Wiss. Mitarbeiterin Maximiliane Aust, Regensburg**

Sachverhalt

T befindet sich wieder einmal in Geldnöten, aus diesem Grund macht er sich eines Abends auf Beutezug. In einer Wohngegend entdeckt er ein Haus, welches sich seiner Meinung nach perfekt für sein Vorhaben eignen könnte. Er hat vor, direkt nach Betreten des Hauses, alles an Wertgegenständen mitzunehmen, was ihm in die Hände gelangt und danach schnell wieder zu verschwinden. Er geht zur Haustür und zückt seine, eigens dafür mitgebrachte, Kunststoffkarte, um mit dieser die Tür zu öffnen. Gerade als er die Kunststoffkarte in den Türschlitz steckt, bemerkt er, dass die Tür gar nicht abgeschlossen ist, und kann ohne Verwendung der Kunststoffkarte das Haus betreten. Im voll möblierten und ausgestatteten Haus findet er Schmuck im Wert von 2.500 €, den er mitnimmt. T dachte dabei, dass das Haus noch bewohnt sei, tatsächlich ist seine einzige Bewohnerin O bereits vor einigen Wochen verstorben. Ihre Erben haben in der Zwischenzeit den Besitz der Gegenstände im Haus übernommen. Vom Erfolg gekrönt macht er sich auf den Heimweg und feiert seinen Triumph mit einer Flasche Wein.

Zu seinem Pech sind ihm allerdings die Ermittlungsbehörden auf die Schliche gekommen. Er wurde bei seiner Tat von Spaziergänger S, den er flüchtig kennt, beobachtet. Dieser wird auch als Zeuge vor Gericht geladen und soll in der Hauptverhandlung über die Geschehnisse an besagtem Abend aussagen.

In einer Verhandlungspause, noch bevor S als Zeuge gehört wurde, spricht T den S an und sagt zu ihm: „Du hast an dem Abend doch wieder getrunken, du weißt doch selbst, dass du dir da nichts mehr richtig merken konntest. Sag einfach, dass du zu betrunken warst und dich an nichts erinnern kannst. Das ist doch keine Lüge“. S kann sich allerdings ganz genau an die Geschehnisse des Abends erinnern, trotzdem sagt er aus Mitleid mit T nach dessen eindringlichen Flehen in seiner Zeugenaussage aus, dass er zu betrunken gewesen sei und sich an nichts mehr erinnern könne. Als das Gericht zu erkennen gegeben hat, dass die Zeugenvernehmung beendet und die Aussage des S beeidet werden soll, bricht er die Eidesformel nach „Ich schw…“ ab und sagt plötzlich aus, dass er T bei dem Einbruch beobachtet habe und gibt wahrheitsgemäß an, wie sich die Geschehnisse am Abend tatsächlich zugetragen haben.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von T und S. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. § 145d StGB und § 258 StGB sind nicht zu prüfen.

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin an der Juniorprofessur für Strafrecht und Kriminologie von Prof. *Dr. Stephan Christoph* an der Universität Regensburg.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Die Mitnahme des Schmucks 176
A. Strafbarkeit des T 176
I. Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB 176
1. Tatbestand 176
a) Objektiver Tatbestand 176
aa) Fremde bewegliche Sache 176
bb) Wegnahme 176
(1) Ursprünglich täterfremder Gewahrsam 177
(2) Neuer Gewahrsam 177
(3) Gewahrsamsbruch 177
cc) Zwischenergebnis 178
b) Subjektiver Tatbestand 178
aa) Vorsatz bzgl. des objektiven Tatbestandes, § 15 StGB 178
bb) Zueignungsabsicht: Enteignungswille und Aneignungsabsicht 178
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 178
3. Strafzumessung: Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB 178
4. Ergebnis 180
II. Strafbarkeit wegen versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB 180
1. Vorprüfung 181
a) Nichtvollendung der Tat 181
b) Strafbarkeit des Versuchs 181
2. Tatentschluss 181
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB 182
4. Rechtswidrigkeit und Schuld 182
5. Ergebnis 182
III. Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB 183
1. Tatbestand 183
a) Objektiver Tatbestand 183
b) Subjektiver Tatbestand 183
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 183
3. Ergebnis 183
B. Konkurrenzen und Gesamtergebnis zum 1. Tatkomplex 183
Tatkomplex 2: Die Verhandlung 184

A. Strafbarkeit des S 184
I. Strafbarkeit wegen falscher uneidlicher Aussage gem. § 153 StGB durch die Aussage vor Gericht 184
1. Tatbestand 184
a) Objektiver Tatbestand 184
aa) Als Zeuge vor Gericht falsch aussagen 184
bb) Vollendung 185
b) Subjektiver Tatbestand 185
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 185
3. Strafzumessung: Berichtigung einer falschen Angabe nach § 158 Abs. 1 StGB 185
a) Berichtigung 185
b) Rechtzeitigkeit, § 158 Abs. 2 StGB 185
c) Berichtigungsadressat, § 158 Abs. 3 StGB 186
d) Zwischenergebnis 186
4. Ergebnis 186
II. Strafbarkeit wegen Meineides gem. § 154 Abs. 1 StGB durch die Aussage vor Gericht 186
1. Tatbestand 186
a) Objektiver Tatbestand 186
aa) Falsche Aussage als Zeuge vor Gericht 186
bb) Eidesleistung 186
b) Zwischenergebnis 187
2. Ergebnis 187
III. Strafbarkeit wegen versuchten Meineides gem. §§ 154 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB durch die Aussage vor Gericht 187
1. Vorprüfung 187
2. Tatentschluss 187
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB 187
4. Rechtswidrigkeit und Schuld 187
5. Kein Rücktritt 187
a) Kein fehlgeschlagener Versuch 188
b) Aufgabe der Tat, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB 188
c) Freiwilligkeit 188
d) Zwischenergebnis 188
6. Ergebnis 188

B. Strafbarkeit des T ... 189
I. Strafbarkeit wegen Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage durch Einreden auf S gem. §§ 153, 26 StGB ... 189
1. Tatbestand ... 189
a) Objektiver Tatbestand ... 189
aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ... 189
bb) Bestimmen ... 189
b) Subjektiver Tatbestand: doppelter Anstiftervorsatz ... 189
2. Ergebnis ... 190
II. Strafbarkeit wegen Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage durch Einreden auf S gem. § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB ... 190
1. Tatbestand ... 190
a) Objektiver Tatbestand ... 190
aa) Falsche uneidliche Aussage eines anderen ... 190
bb) Verleiten ... 190
b) Zwischenergebnis ... 191
2. Ergebnis ... 191
III. Strafbarkeit wegen versuchter Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage durch Einreden auf S gem. §§ 160 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB ... 191
1. Vorprüfung ... 191
2. Tatentschluss ... 192
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB ... 192
4. Rechtswidrigkeit und Schuld ... 192
5. Strafmilderung, § 157 Abs. 1 StGB analog ... 192
6. Ergebnis ... 192
C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen zum Tatkomplex 2 ... 192
Gesamtergebnis ... 193

Tatkomplex 1: Die Mitnahme des Schmucks

A. Strafbarkeit des T

I. Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch die Mitnahme des Schmucks im Wert von 2.500 € wegen Diebstahls zum Nachteil der O gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

T müsste zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 242 Abs. 1 StGB eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

aa) Fremde bewegliche Sache

Eine Sache ist jeder körperliche Gegenstand.[1] Bei dem Schmuck handelt es sich um körperliche Gegenstände, mithin um Sachen i.S.d. § 90 BGB.

Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortgeschafft werden können, auch wenn sie dafür erst beweglich gemacht werden müssen.[2] Die Schmuckgegenstände können tatsächlich fortgeschafft werden und sind somit beweglich.

Fremd ist jede Sache, die weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Die Fremdheit der Sache bestimmt sich grundsätzlich nach den zivilrechtlichen Eigentumsverhältnissen.[3] Die Fremdheit des Tatobjekts muss zur Zeit der Tat und damit nach § 8 StGB zum Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen.[4] Im Zeitpunkt des Todes geht das Eigentum der verstorbenen O im Wege der Universalsukzession gem. § 1922 Abs. 1 BGB auf ihre Erben über. Der Tod hat nicht zu einer Dereliktion nach § 959 BGB geführt.

Folglich steht der Schmuck nicht im Eigentum des T und ist auch nicht herrenlos, er ist für ihn fremd.

bb) Wegnahme

Außerdem müsste T den Schmuck gem. § 242 Abs. 1 StGB weggenommen haben. Wegnahme meint den Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.[5]

Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und der Verkehrsanschauung.[6]

[1] *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 9.
[2] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 3.
[3] *Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 15.
[4] *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 8.
[5] *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 242 Rn. 10.
[6] *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 23.

(1) Ursprünglich täterfremder Gewahrsam

Zunächst müsste täterfremder Gewahrsam am Schmuck vorliegen. Der Gewahrsam endet, wenn die Möglichkeit zur tatsächlichen Sachherrschaft entfällt.[7] Ursprünglich war zu Lebzeiten zunächst O Gewahrsamsinhaberin am Schmuck.

Didaktischer Hinweis (nicht für die Lösung des Falles relevant): Tote können indes keinen Gewahrsam mehr haben, da ihnen der notwendige Herrschaftswille fehlt, der mit dem Tod erlischt. Auch die tatsächliche Sachherrschaft ist für Tote ausgeschlossen, da sie keine Einwirkungsmöglichkeiten auf die betreffenden Gegenstände mehr haben. Strafrechtlicher Gewahrsam unterscheidet sich vom zivilrechtlichen Besitz nach §§ 854 ff. BGB. Mit dem Tod erlangen Erben zwar Besitz gem. § 857 BGB, jedoch handelt es sich hierbei um eine zivilrechtliche Fiktion ohne tatsächliche Sachherrschaft. Deshalb haben Erben allein kraft ihrer Rechtsstellung keinen Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne und ein Diebstahl ist bis zur tatsächlichen Ergreifung des Besitzes ausgeschlossen. In solchen Fällen käme lediglich eine Unterschlagung in Betracht.[8]

Durch die tatsächliche Inbesitznahme der Erben nach dem Tod der O haben diese den Gewahrsam am Schmuck erlangt.

Für den Gewahrsam ist ein Herrschaftswille erforderlich, der Wissen über das Bestehen des Herrschaftsverhältnisses voraussetzt, jedoch kein ständiges Bewusstsein der Sachherrschaft verlangt. Der Herrschaftswille kann allgemein sein, z.B. für alle Gegenstände in einer Wohnung.[9] Die Verstorbene O hatte bis zu ihrem Tod einen generellen Herrschaftswillen über die Gegenstände in ihrer Wohnung. Mit der Inbesitznahme ging dieser Herrschaftswille grundsätzlich auf die Erben über, die den allgemeinen Gewahrsamsbereich ab diesem Zeitpunkt innehaben.

(2) Neuer Gewahrsam

T müsste neuen Gewahrsam begründet haben. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter oder der Dritte die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen.[10] Durch das Mitnehmen des Schmucks hat T neuen Gewahrsam geschaffen, da er den Schmuck unter seine Kontrolle brachte und die Erben nicht mehr uneingeschränkt darauf zugreifen konnten.

(3) Gewahrsamsbruch

Außerdem müsste der fremde Gewahrsam gebrochen worden sein. Der Gewahrsamsbruch setzt einen Gewahrsamswechsel ohne bzw. gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers voraus.[11] T nahm den Gewahrsamswechsel ohne den Willen der Erben vor. Er brach damit deren Gewahrsam.

---

[7] *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, § 3 Rn. 98.
[8] RGSt 58, 228 (229); Fachdienst Strafrecht 2012, 337966.
[9] *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 14.
[10] *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 242 Rn. 38.
[11] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 242 Rn. 88.

cc) Zwischenergebnis

T hat eine fremde bewegliche Sache weggenommen, der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bzgl. des objektiven Tatbestandes, § 15 StGB

T hatte Vorsatz, handelte also mit Wissen und Wollen hinsichtlich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gem. § 15 StGB.[12]

bb) Zueignungsabsicht: Enteignungswille und Aneignungsabsicht

Außerdem müsste T neben dem Vorsatz noch die Absicht rechtswidriger Zueignung aufweisen.

Die Absicht rechtswidriger Zueignung ist die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung durch Enteignungswillen und Aneignungsabsicht. Enteignung meint die dauerhafte Einziehung der Sache oder des in ihr verkörperten Sachwertes, wobei bedingter Vorsatz genügt. Aneignung setzt die zumindest vorübergehende Einverleibung der Sache in das (Eigen- oder Dritt-)Vermögen voraus, wobei Absicht erforderlich ist.[13]

T hatte zumindest Vorsatz in Form von dolus eventualis hinsichtlich der dauerhaften Enteignung der Erben und damit Enteignungsvorsatz. Außerdem hatte er Vorsatz in Form von dolus directus 1. Grades, sich den Schmuck dauerhaft einzuverleiben, Aneignungsabsicht lag vor.

Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat und diesen durchsetzen will.[14] Einen solchen hatte T nicht, es liegt folglich die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung vor und T handelte dahingehend vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafzumessung: Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

Möglicherweise liegt ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StGB vor. T könnte das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

Dafür müsste dieses zunächst in objektiver Hinsicht vorliegen und T müsste zur Ausführung der Tat in ein Gebäude mit einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen sein.

Bei dem Haus der O handelt es sich um ein Gebäude, da es sich dabei um ein durch Wände und ein Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und Unbefugte abhalten soll, handelt.[15]

---

[12] *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, § 3 Rn. 141.
[13] *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 242 Rn. 30.
[14] *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 113, 116.
[15] *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 243 Rn. 7.

Ein Eindringen setzt voraus, dass der Körper des Täters mindestens zum Teil in den Raum gebracht wird, und zwar gegen den erkennbaren oder zu vermutenden Willen des Hausrechtsinhabers.[16]

Andere zur ordnungsgemäßen Öffnung nicht bestimmten Werkzeuge i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB sind solche, durch die der Mechanismus des Verschlusses ordnungswidrig in Bewegung gesetzt wird.[17] Zwar wird mit der Kunststoffkarte nicht unmittelbar auf das Schloss eingewirkt wie bei der Verwendung eines klassischen Dietrichs, allerdings wird durch das Hineinschieben der Kunststoffkarte zwischen Tür und Rahmen der Schließmechanismus ordnungswidrig in Bewegung gesetzt und der Riegel zurückgedrückt, wodurch die Tür geöffnet werden kann.

T wollte mit seiner Kunststoffkarte die Tür öffnen, gerade als er diese in den Türschlitz steckt, bemerkt er aber, dass die Tür gar nicht abgeschlossen ist und steckt sie unverrichteter Dinge wieder ein.

Folglich ist T nicht mit einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug in das Haus eingedrungen, vielmehr betrat er das Haus durch die unabgeschlossene Haustür. Damit hat T das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB objektiv nicht verwirklicht.

Da T bereits begonnen hatte, mit der Kunststoffkarte die Tür zu öffnen, liegt eine Teilverwirklichung, gewissermaßen ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Regelbeispiels vor.

Fraglich ist, ob es den „Versuch“ eines Regelbeispiels gibt. Der Diebstahl ist vollendet und die Verwirklichung des Regelbeispiels wurde nur versucht. Streitig ist dahingehend, ob die Indizwirkung bereits eintritt, wenn das Regelbeispiel nur verwirklicht werden sollte oder ob das Regelbeispiel objektiv und subjektiv voll verwirklicht sein muss.[18]

Nach der Rechtsprechung entfaltet das unmittelbare Ansetzen zu einem Regelbeispiel Indizwirkung, wenn der Täter dazu angesetzt hat. Da Regelbeispiele tatbestandsähnlich sind, bestimmt, ähnlich wie beim Versuch, der Tatentschluss die Strafe. Gem. § 23 Abs. 2 StGB soll der Versuchstäter dem Vollendungstäter gleichgestellt werden. Denn § 23 Abs. 2 StGB zeigt den gesetzgeberischen Willen, dass eine strafbare Versuchstat grundsätzlich der gleichen Strafandrohung unterliegt wie die vollendete Tat. Der Strafrahmen orientiert sich dabei am Tatentschluss, unabhängig von einer möglichen fakultativen Strafrahmenmilderung. Dies steht im Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel, durch die Einführung von Regelbeispielen eine flexible und schuldangemessene Strafzumessung zu ermöglichen.[19] Außerdem wird argumentiert, dass die durch das 1. StrRG[20] bewirkte Umwandlung des § 243 StGB von einem echten Qualifikationstatbestand in eine Strafzumessungsregel keine Einschränkung des Strafbarkeitsumfangs bezweckte.[21] Ziel war vielmehr, dem Tatrichter eine größere Entscheidungsfreiheit bei der Annahme oder Ablehnung einer Strafrahmenverschiebung zu gewähren.[22] Auch der Wortlaut des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB steht einer Einbeziehung der Versuchsstrafbarkeit nicht entgegen. Zwar ist die Vorschrift auf die Vollendung ausgerichtet, doch gilt dies generell für die Tatbestände des Besonderen Teils, sodass eine Erstreckung der Versuchsstrafbarkeit auf die tatbestandsähnlich ausgestalteten Regelbeispiele nicht ausgeschlossen erscheint. Dieses Verständnis entspricht zudem der gesetzgeberischen Wertung, wie sie in § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB zum Ausdruck kommt, bei dem der Gesetzgeber durch die Schaffung eines Regelbeispiels für besonders schwere Fälle des sexuellen Übergriffs bzw. der sexuellen Nötigung ersichtlich nicht die Versuchsstrafbarkeit

[16] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 25.
[17] RG, Urt. v. 17.6.1919 – II 228/19 = RGSt 53, 277.
[18] *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 23 Rn. 8.
[19] Vgl. BayObLG, Urt. v. 13.5.1997 – 2 St RR 52/97 = NStZ 1997, 442; *Graul*, JuS 1999, 852 ff.
[20] BGBl. I 1969, S. 655.
[21] BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370.
[22] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 243 Rn. 3.

ausschließen wollte. Diese Auffassung stützt sich folglich auf die tatbestandsähnliche Ausgestaltung der Regelbeispiele sowie auf die fehlende Erforderlichkeit einer besonderen Versuchsregelung, da § 242 Abs. 2 StGB die Versuchsstrafbarkeit ohne Weiteres auch auf die Regelbeispiele des § 243 StGB erstreckt.[23]

Nach der Literatur muss das Regelbeispiel voll verwirklicht sein. § 243 Abs. 1 StGB ist keine eigenständige Qualifikation und somit kein Tatbestand i.S.d. § 22 StGB, sondern lediglich eine Strafzumessungsregel. Der besondere Unwertgehalt ergibt sich erst bei Vollendung des Regelbeispiels, da § 243 StGB von einem vollendeten Regelbeispiel ausgeht. Andernfalls würden vollendete, versuchte und vermeintliche Verwirklichungen gleichgestellt, sofern der Täter nur mit rechtswidriger Absicht gehandelt hat. Ein solches Gleichstellen ist nicht erforderlich, da ein unbenannter schwerer Fall oder der Strafrahmen des § 242 StGB ausreichend Raum für eine differenzierte Strafzumessung bietet.[24]

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, bedarf es einer Stellungnahme. Weil das Regelbeispiel „mit einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug" nur angestrebt, aber nicht tatsächlich verwirklicht wurde, ist der Unrechtsgehalt der Tat gemindert. Dieser geringere Unrechtsgehalt steht der Annahme der Regelwirkung für den vollendeten Grundtatbestand entgegen. Die bloße Einbruchsabsicht des Täters kann dies nicht ausgleichen, wenn er kein besonderes Zugangshindernis überwinden musste. Da Regelbeispiele keine eigenen Tatbestände darstellen, kann ein unmittelbares Ansetzen zu ihnen nicht nach § 22 StGB als Versuch gesondert bestraft werden. Es bleibt lediglich die Möglichkeit, im Wege einer Gesamtwürdigung einen unbenannten besonders schweren Fall des Diebstahls anzunehmen.[25] Außerdem ist die erste Ansicht nicht mit dem Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.[26] Folglich ist der Versuch eines Regelbeispiels nicht möglich (a.A. vertretbar).

4. Ergebnis

T hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit wegen versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Hinweis: Zwar kennt das Gesetz in § 244 Abs. 4 StGB nicht den Begriff des „schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls". In der Literatur und Rechtsprechung kann diese Bezeichnung aber zur Verdeutlichung des gesteigerten Unrechtsgehalts verwendet werden, da § 244 Abs. 4 StGB eine Qualifikation mit Verbrechenscharakter enthält. Im Urteilstenor selbst darf der Begriff hingegen nicht gebraucht werden, da nach § 260 Abs. 4 S. 2 StPO allein der gesetzliche Tatbestand zu nennen ist; die Klarstellung ergibt sich aus der Angabe der angewendeten Vorschriften im Registereintrag.[27]

T könnte sich zudem wegen versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, in dem er das Haus in der

[23] Vgl. BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370; *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, § 7 Rn. 377 ff.

[24] *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 23 Rn. 7.

[25] Vgl. *Kudlich*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2025, S. 45; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 163.

[26] *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 23 Rn. 8.

[27] Vgl. BGH, Beschl. v. 29.8.2018 – 5 StR 371/18.

Vorstellung betreten hat, dass es aktuell bewohnt ist, obwohl die einzige Bewohnerin O bereits tot war.

1. Vorprüfung

a) Nichtvollendung der Tat

Die Tat ist nicht vollendet, weil T wie oben bereits festgestellt nicht durch Verwendung der Kunststoffkarte in das Haus eingedrungen ist, da die Tür bereits offen war. Außerdem ist er nicht in eine „dauerhaft genutzte Privatwohnung" eingedrungen. Ein unbewohntes, also nicht nur vorübergehend verlassenes Wohnhaus stellt keine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.d. § 244 Abs. 4 StGB dar. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, der über den allgemeinen Wohnungsbegriff des § 244 StGB hinaus eine tatsächliche (dauerhafte) Nutzung der Wohnung voraussetzt. Daraus folgt, dass die Wohnstätte zur Tatzeit tatsächlich bewohnt sein muss. Diese Einschränkung entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die den Wohnungseinbruchsdiebstahl wegen seiner besonderen Schwere zu einem Verbrechen erklärt. Der Einbruchsdiebstahl in eine bewohnte Wohnung greift erheblich in den privaten Lebensbereich ein, verursacht gravierende Folgen und beeinträchtigt massiv das Sicherheitsgefühl der betroffenen Personen.[28]

b) Strafbarkeit des Versuchs

Außerdem ist der Versuch nach § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar, da es sich bei § 244 Abs. 1 und Abs. 4 StGB um Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB handelt. Aus § 23 Abs. 3 StGB ergibt sich für den schweren Wohnungseinbruchsdiebstahl, dass auch ein untauglicher Versuch (hier: untaugliches Tatobjekt) strafbar ist.

2. Tatentschluss

T müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Tatentschluss meint Vorsatz in Bezug auf Umstände, die den objektiven Tatbestand erfüllten, wenn sie denn einträten oder vorlägen und etwaige subjektive Merkmale, die das Gesetz verlangt.[29] T hatte sich vorgestellt, dass er durch Verwendung der Kunststoffkarte die Tür des Hauses öffnet und sodann in das Haus eindringt, um dort fremde bewegliche Sachen an sich zu nehmen. Er weist mithin Tatentschluss hinsichtlich der Begehung eines Diebstahls, mithin sogar eines Wohnungseinbruchsdiebstahls auf.

Didaktischer Hinweis: Nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung mit einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt. Eine als Wohnstätte voll funktionsfähige Unterkunft behält ihre Eigenschaft als Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch nach dem Tod des Bewohners, sofern sie nicht entwidmet wird. Ein Entwidmung liegt nicht vor. Der Begriff „Wohnung" bezieht sich auf eine Einheit, die für die private Lebensführung geeignet und in sich abgeschlossen ist, üblicherweise

[28] BGH, Urt. v. 24.6.2020 – 5 StR 671/19, Rn. 12 ff.
[29] *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 22 Rn. 23 ff.

bestehend aus mehreren Räumen. Maßgeblich ist dabei der Zweck der Räumlichkeit nach allgemeinem Sprachgebrauch, nicht deren tatsächliche Nutzung.[30]

Entscheidend für den Tatentschluss sind nicht die objektiven Gegebenheiten, sondern die Vorstellung des Täters beim unmittelbaren Ansetzen zur Tat. Relevant ist daher, wie der Täter das Einbruchsobjekt im Moment seines Versuches in dieses einzusteigen, wahrnimmt.[31] Angesichts der noch vorhandenen Möblierung des unbewohnten Hauses ist T im Sinne eines Eventualvorsatzes von einem tatsächlich bewohnten Haus ausgegangen.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Der Täter setzt nach der subjektiv-objektiven Theorie unmittelbar zur Tat gem. § 22 StGB an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los" überschreitet und objektiv zur Vollendung keine wesentlichen Zwischenschritte mehr von ihm erforderlich sind oder wenn es in enger zeitlicher Nähe zur Vollendung kommen soll und das Angriffsobjekt jeweils bereits unmittelbar gefährdet erscheint.[32]

T hat nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatausführung unmittelbar gem. § 22 StGB angesetzt, indem er die Kunststoffkarte in den Türschlitz gesteckt hat. Diese Handlung stellte keinen eigenständigen Zwischenakt dar, sondern stand in unmittelbarem Zusammenhang mit der Wegnahme von Gegenständen, die sich nach seinem Tatplan sofort anschließen sollte. Angesichts des beabsichtigten fortlaufenden Geschehens war zu diesem Zeitpunkt das geschützte Rechtsgut bereits gefährdet.

Anmerkung: Eine Ausnahme wäre dann gegeben und ein unmittelbares Ansetzen würde durch das Stecken der Kunststoffkarte in den Türschlitz noch nicht vorliegen, wenn der Täter einen bestimmten Wertgegenstand sucht und bereits weiß, dass sich dieser in einem Raum befindet, zu welchem er nach der Einbruchshandlung erst noch vordringen müsste.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Ergebnis

Nach dem Tod der O ist das Haus keine dauerhaft genutzte Privatwohnung mehr i.S.d. § 244 Abs. 4 StGB, weshalb T nur ein untauglicher Versuch vorgeworfen wird.[33] T hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: An dieser Stelle könnte über einen Rücktritt von § 244 Abs. 1 StGB durch Aufgabe des Qualifikationstatbestandes nachgedacht werden. Ein solcher scheidet allerdings aus, da der Versuch fehlgeschlagen ist.

---

[30] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 4 StR 265/22, Rn. 8; BGH, Beschl. v. 22.1.2020 – 3 StR 526/19 = NStZ 2020, 484 f.
[31] BGH, Urt. v. 24.6.2020 – 5 StR 671/19, Rn. 12 ff.
[32] *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 42.
[33] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 4 StR 265/22, Rn. 8; vgl. BGH, Urt. v. 24.6.2020 – 5 StR 671/19 = NJW 2020, 2816 (2817).

III. Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, als er das Haus betreten hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

T müsste zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 123 Abs. 1 StGB in eine Wohnung widerrechtlich eingedrungen sein.

Bei dem Haus handelt es sich um eine Wohnung.

Ein Eindringen setzt voraus, dass der Körper des Täters mindestens zum Teil in den Raum gebracht wird, und zwar gegen den erkennbaren oder zu vermutenden Willen des Hausrechtsinhabers.[34] T ist zumindest gegen den zu vermutenden Willen der Erben der O in das Haus eingedrungen.

Der objektive Tatbestand des § 123 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Außerdem ist T vorsätzlich, also mit Wissen und Wollen in das Haus eingedrungen, § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

T hat sich gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, der erforderliche Strafantrag nach § 123 Abs. 2 StGB wurde laut Bearbeitungsvermerk gestellt.

B. Konkurrenzen und Gesamtergebnis zum 1. Tatkomplex

Wird der Grundtatbestand vollendet, während der Qualifikationstatbestand nur im Versuchsstadium bleibt, ist aus Klarstellungsgründen Idealkonkurrenz anzunehmen. Andernfalls würde die Vollendung des Grunddelikts unbeachtet bleiben, weil der Täter mit dem Qualifikationstatbestand ein schwereres Unrecht beabsichtigt hatte.[35] Der versuchte Wohnungseinbruchdiebstahl nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB wird im Wege der Spezialität durch den (untauglich) versuchten schweren Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 244 Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB verdrängt.

Der versuchte schwere Wohnungseinbruchsdiebstahl verdrängt den Hausfriedensbruch nicht durch Konsumtion, sondern steht mit ihm aus Klarstellungsgründen in Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB.[36] Denn § 244 Abs. 4 StGB setzt kein Eindringen in das Haus voraus, sodass das zusätzlich verwirklichte Unrecht durch die tateinheitliche Aburteilung von § 123 StGB zum Ausdruck kommt.

---

[34] *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 123 Rn. 12 ff.
[35] Vgl. *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, vor § 52 Rn. 14; BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 4 StR 265/22.
[36] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, vor § 52 Rn. 27 f.

Anmerkung: Ebenso gut vertretbar ist es, an dieser Stelle die Konsumtion des Hausfriedensbruchs anzunehmen.

T macht sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 123 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB strafbar.

Tatkomplex 2: Die Verhandlung

A. Strafbarkeit des S

I. Strafbarkeit wegen falscher uneidlicher Aussage gem. § 153 StGB durch die Aussage vor Gericht

S könnte sich durch seine Aussage vor Gericht wegen falscher uneidlicher Aussage gem. § 153 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Als Zeuge vor Gericht falsch aussagen

S müsste vor Gericht oder einer anderen zur eidlichen Vernehmung zuständigen Stelle als Zeuge oder Sachverständiger uneidlich falsch ausgesagt haben.

S hat als Zeuge vor Gericht ausgesagt.

Außerdem müsste die Aussage falsch sein. Dahingehend ist vor allem umstritten, inwieweit subjektive Komponenten bei der Bestimmung des Merkmals „falsch“ im objektiven Tatbestand zu berücksichtigen sind.

Nach der objektiven Theorie ist eine Aussage falsch, wenn das Erklärte nicht mit dem tatsächlichen Sachverhalt übereinstimmt. Sie misst die Falschheit allein an der äußeren Tatsache, über die eine Aussage getroffen wird. Erforderlich ist ein Widerspruch zwischen Wort und Wirklichkeit.[37] S sagt aus, dass er betrunken gewesen sei und sich an nichts erinnern könne, dies stimmt allerdings nicht mit seiner tatsächlichen Erinnerung überein, denn er hat T tatsächlich am Tatort gesehen. Die Aussage ist nach der objektiven Theorie falsch.

Auch nach den anderen Theorien ist die Aussage des S i.S.d. § 153 StGB falsch, ein Streitentscheid ist nicht erforderlich. Sie ist nach der Wahrnehmungstheorie[38] falsch, da S mit seiner Aussage von seiner eigenen Wahrnehmung abgewichen ist, denn er hatte T tatsächlich am Tatort gesehen und sagt vor Gericht aber aus, er könne sich an nichts erinnern. Außerdem ist die Aussage nach der Pflichtentheorie[39] falsch, da S durch seine Aussage die prozessuale Wahrheitspflicht verletzt, weil er eben nicht

[37] BGH, Urt. v. 16.12.1954 – 3 StR 493/54 = BGHSt 7, 147 (148 f.) = NJW 1955, 430.

[38] *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 153 Rn. 50–53.

[39] *Vormbaum*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 153 Rn. 67 ff.; Pflichtentheorie wurde u.a. vertreten von *Schmidhäuser,* Strafrecht, Besonderer Teil, 1980, Rn. 23/10; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2005, § 97 Rn. 7 ff.

sein Erinnerungsbild wiedergibt. S hatte T am Tatort gesehen und sagt trotzdem aus, dass er sich an nichts erinnern könne, sodass die Aussage auch nach der subjektiven Theorie[40] falsch ist.

S hat als Zeuge vor Gericht falsch ausgesagt.

bb) Vollendung

Die Tat nach § 153 StGB ist mit Abschluss der Aussage vollendet, d.h. sobald der Aussagende nichts mehr bekunden und kein Verfahrensbeteiligter mehr Fragen an ihn stellen will, jedoch spätestens mit Schluss der Verhandlung im jeweiligen Rechtszug.[41] Das Gericht hat zu erkennen gegeben, dass die Zeugenvernehmung beendet werden sollte und in der Folge mit der Abnahme des Eides keine weitere Auskunft von S verlangt wird, sodass Vollendung gegeben ist.

b) Subjektiver Tatbestand

S müsste vorsätzlich gehandelt haben, wobei bedingter Vorsatz genügt. S hat mit Wissen und Wollen falsch als Zeuge vor Gericht ausgesagt, er handelte vorsätzlich gem. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafzumessung: Berichtigung einer falschen Angabe nach § 158 Abs. 1 StGB

Das Gericht könnte die Strafe nach seinem Ermessen gem. § 49 Abs. 2 StGB mildern oder von Strafe absehen, wenn S die falschen Angaben rechtzeitig berichtigt hat, § 158 Abs. 1 StGB.

a) Berichtigung

Ein Berichtigen nach § 158 Abs. 1 StGB setzt mehr als ein bloßes Widerrufen voraus. Der Handelnde muss die falsche Aussage zurücknehmen und sie durch die richtige Aussage ersetzen; eine bestimmte Form ist dabei nicht vorgeschrieben.[42] Eine solche Berichtigung liegt vor, da S schlussendlich seine Beobachtungen am Tattag wahrheitsgemäß schilderte.

b) Rechtzeitigkeit, § 158 Abs. 2 StGB

Außerdem müsste die Berichtigung noch rechtzeitig gem. § 158 Abs. 2 StGB erfolgt sein. Ausgeschlossen ist die Rechtzeitigkeit, wenn die Berichtigung bei der Entscheidung nicht mehr verwertet werden kann oder wenn aus der Tat ein Nachteil für einen anderen entstanden ist oder wenn gegen den Täter schon eine Anzeige erstattet oder eine Untersuchung eingeleitet worden ist.[43] Die Klarstellung durch S erfolgte noch im Rahmen der gerichtlichen Vernehmung, also während der Beweisaufnahme, sie konnte folglich noch bei der Entscheidung verwertet werden und war mithin rechtzeitig i.S.d. § 158 Abs. 2 StGB.

---

[40] Subjektive Theorie wurde u.a. vertreten von *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. II/1, 1904, S. 134.

[41] *Bosch/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 153 Rn. 8.

[42] *Bosch/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 158 Rn. 5.

[43] *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 158 Rn. 6 ff.

c) Berichtigungsadressat, § 158 Abs. 3 StGB

Die Berichtigung erfolgte vor Gericht, also dem tauglichen Berichtigungsadressat gem. § 158 Abs. 3 StGB.

d) Zwischenergebnis

S hat seine falschen Angaben gem. § 158 Abs. 1 StGB rechtzeitig berichtigt.

4. Ergebnis

S hat sich gem. § 153 StGB strafbar gemacht, allerdings mit der fakultativen Milderungs- bzw. Absehensmöglichkeit nach § 158 Abs. 1 StGB.

II. Strafbarkeit wegen Meineides gem. § 154 Abs. 1 StGB durch die Aussage vor Gericht

S könnte sich durch seine Aussage vor Gericht wegen Meineides gem. § 154 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

S müsste vor Gericht oder vor einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle falsch geschworen haben, § 154 Abs. 1 StGB.

aa) Falsche Aussage als Zeuge vor Gericht

S hat als Zeuge vor Gericht falsch ausgesagt.

bb) Eidesleistung

Ein falsches Schwören liegt vor allem vor, wenn eine falsche Aussage beschworen wird. Umstritten ist der Zeitpunkt der Vollendung beim Meineid. Dahingehend ist eine Differenzierung von Voreid und Nacheid nötig.

Anmerkung: Der Eid eines Dolmetschers nach § 189 GVG ist grundsätzlich ein Voreid, die Vollendung ist mit Abschluss der Aussage gegeben.

Der Zeugeneid ist als Nacheid ausgestaltet, wobei der Aussagende im Anschluss an seine Aussage durch Sprechen der Eidesformel vereidigt wird und eine Vollendung mit Beendigung des Schwurs vorliegt.[44] Da S als Zeuge aussagt, handelt es sich gem. §§ 59, 79 StPO um einen Nacheid. S hat die gesetzliche Eidesformel noch nicht vollständig ausgesprochen, folglich ist noch keine Vollendung gegeben.[45]

[44] *Vormbaum*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 154 Rn. 46.
[45] *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 154 Rn. 38.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 154 Abs. 1 StGB ist nicht gegeben.

2. Ergebnis

S hat sich nicht gem. § 154 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit wegen versuchten Meineides gem. §§ 154 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB durch die Aussage vor Gericht

S könnte sich wegen versuchten Meineides gem. §§ 154 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, da die gesetzliche Eidesformel nicht vollständig ausgesprochen wurde. Bei dem Meineid handelt es sich um ein Verbrechen, die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss

S müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. S wollte wissentlich als Zeuge eine falsche Aussage vor Gericht beeiden, er handelte zumindest mit dolus eventualis.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Außerdem müsste S unmittelbar zur Tat gem. § 22 StGB angesetzt haben. Fraglich ist, wann ein unmittelbares Ansetzen bei einem Meineid gem. § 22 StGB gegeben ist. Es ist eine Differenzierung zwischen Voreid und Nacheid notwendig. Bei einem Voreid liegt das unmittelbare Ansetzen mit Beginn der Aussage vor. Bei einem Nacheid ist das unmittelbare Ansetzen mit Beginn des Sprechens der Eidesformel gegeben.[46]

Es handelt sich um einen Nacheid, S hat mit Sprechen der Eidesformel bereits begonnen („ich schw…“), damit hat er unmittelbar zur Tat nach § 22 StGB angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

S könnte als Alleintäter strafbefreiend vom Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB zurückgetreten sein.

[46] *Kudlich,* in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 154 Rn. 15 f.

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Es dürfte kein fehlgeschlagener Versuch vorliegen. Nach der herrschenden Gesamtbetrachtungslehre ist ein Versuch fehlgeschlagen, wenn der Täter davon ausgeht, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln jedenfalls nicht ohne zeitlich relevante Zäsur vollenden kann.[47] S hätte die Eidesformel noch zu Ende sprechen können, es liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor.

Anmerkung: Auch nach der Einzelaktstheorie, welche jede Handlung gesondert erfasst, die der Täter für erfolgsgeeignet gehalten hat, liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor.

b) Aufgabe der Tat, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB

Für die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts ist i.R.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB eine Unterscheidung zwischen dem unbeendeten Versuch (Alt. 1) und dem beendeten Versuch (Alt. 2) nach der Lehre vom Rücktrittshorizont erforderlich. Danach ist ein Versuch unbeendet, wenn der Täter meint, noch nicht alles seinerseits zur Vollendung Nötige getan zu haben. Erkennt er hingegen, dass der Erfolgseintritt möglich ist, ohne dass er noch etwas tun müsste, ist der Versuch beendet.[48]

S meint, noch nicht alles seinerseits zur Vollendung Nötige getan zu haben, er hätte die Eidesformel noch vollständig aussprechen müssen, folglich handelt es sich um einen unbeendeten Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, der die freiwillige Aufgabe der Tat voraussetzt.

Aufgeben ist das Unterlassen der weiteren Ausführung nach dem Entschluss, auf die Tat zu verzichten.[49] S hat die Eidesformel abgebrochen und nicht vollständig ausgesprochen, er hat i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB die Tat aufgegeben.

c) Freiwilligkeit

S müsste die weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgegeben haben.

Die herrschende psychologisierende Auffassung fragt, ob der Täter aus autonomen (selbstbestimmten) und nicht aus heteronomen (fremdbestimmten) Gründen handelt. Die Literatur verlangt normative Kriterien, wonach der Täter freiwillig zurücktritt, wenn er aus Achtung vor dem rechtlichen Verbot handelt.[50] S war Herr seiner Entschlüsse und hat aus autonomen Gründen gehandelt, sodass Freiwilligkeit gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB gegeben ist.

d) Zwischenergebnis

S ist strafbefreiend als Alleintäter vom Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB zurückgetreten.

6. Ergebnis

S hat sich nicht gem. §§ 154 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

[47] *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 56.
[48] *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 31.
[49] *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 24 Rn. 43.
[50] *Heger/Petzsche*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23 ff.

B. Strafbarkeit des T

I. Strafbarkeit wegen Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage durch Einreden auf S gem. §§ 153, 26 StGB

T könnte sich wegen Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage gem. §§153, 26 StGB durch das Einreden auf S in der Verhandlungspause strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

T müsste vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat bestimmt haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist die Falschaussage des S nach § 153 StGB.

bb) Bestimmen

T müsste S zu der Tat bestimmt haben. Bestimmen i.S.d. § 26 StGB meint Hervorrufen des Tatentschlusses. Der Anstifter muss mindestens ursächlich dafür werden, dass der Haupttäter den Tatentschluss fasst, wobei eine Mitursächlichkeit genügt. Nach der Verursachungstheorie genügt für das Bestimmen zur Tat jedes Verursachen des Tatentschlusses, ausreichend sind hierzu auch das Setzen äußerer Tatanreize. Nach der Theorie des geistigen Kontaktes ist eine kommunikative Beeinflussung erforderlich.[51] T hat S nach beiden Ansichten zur Tat bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand: doppelter Anstiftervorsatz

Außerdem müsste T den subjektiven Tatbestand erfüllt haben. Erforderlich ist ein doppelter Anstiftervorsatz, also Vorsatz bezüglich der Vollendung der Haupttat (vorsätzliche Falschaussage des S) und Vorsatz bezüglich des Bestimmens.[52] Fraglich ist, ob T Vorsatz bezüglich der Haupttat hatte, obwohl er davon ausging, dass S gutgläubig, also ohne Vorsatz, eine falsche Aussage tätigen würde. Gibt die Aussageperson entgegen der Vorstellung des Täters ihre falsche Aussage vorsätzlich ab, fehlt es bei dem Täter am erforderlichen Vorsatz für eine Anstiftung zum Aussagedelikt. S handelt entgegen der Vorstellung des T nicht gutgläubig, sondern in Kenntnis der Unwahrheit. Damit scheidet eine Strafbarkeit des T nach §§ 153, 26 StGB bereits deshalb aus, weil sich sein Vorsatz nicht auf eine vorsätzliche Falschaussage des S bezieht.

Didaktischer Hinweis: Vgl. zur dogmatischen Einordnung dieser Fallkonstellation § 160 StGB. Nach der Rspr. ist § 160 Abs. 1 StGB einschlägig, wenn der Täter davon ausgeht, der Zeuge werde gutgläubig eine falsche Aussage machen, dieser aber tatsächlich vorsätzlich falsch aussagt. § 160 StGB erfasst gerade jene Fälle, in denen der Anstiftervorsatz hinsichtlich einer vorsätzlichen Falsch-

[51] *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 26 Rn. 12 ff.
[52] *Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 21.

aussage fehlt und somit eine Strafbarkeit nach §§ 153, 26 StGB ausscheidet.[53] Nach a.A. liegt insoweit ein Exzess des Zeugen vor, sodass der Verleitende lediglich wegen Versuchs der Verleitung zur Falschaussage strafbar ist.[54] Ein Rückgriff auf die mittelbare Täterschaft ist ausgeschlossen, da der aussagende Zeuge als vorsätzlich handelnder Haupttäter kein bloßes Werkzeug ist und § 160 StGB den Sachverhalt als Sondervorschrift abschließend regelt.[55]

2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Anstiftung zur Falschaussage gem. §§ 153, 26 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit wegen Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage durch Einreden auf S gem. § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB

T könnte sich wegen Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage durch das Einreden auf S in der Verhandlungspause gem. § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

T müsste einen anderen zu einer falschen uneidlichen Aussage verleitet haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Falsche uneidliche Aussage eines anderen

Die Beweisperson müsste objektiv falsch ausgesagt haben. S sagt vor Gericht als Zeuge falsch aus. Es liegt eine falsche uneidliche Aussage eines anderen vor.

bb) Verleiten

Verleiten meint ein Einwirken auf die Aussageperson, sodass diese objektiv falsch aussagt. Der Hauptanwendungsfall liegt in der Einflussnahme auf die Erinnerung des Zeugen, sodass dieser sie in der Vernehmung gutgläubig als selbst erinnert wiedergibt.[56]

S sagt zwar objektiv falsch aus, allerdings ist er nicht als gutgläubig anzusehen, da er sich noch genau an die Geschehnisse das Tattages erinnert und trotzdem falsch aussagt. Fraglich ist dahingehend, ob ein Verleiten auch bei einem bösgläubigen Werkzeug möglich ist. Denn es wurde auf ein tatsächlich vorsätzlich Handelnden in der (fehlerhaften) Annahme eingewirkt, dieser werde gutgläubig aussagen. Mithin geht es um die Abgrenzung zwischen einem vollendeten Delikt nach § 160 Abs. 1 StGB und einem bloßen Versuch nach § 160 Abs. 2 StGB.

Nach einer Ansicht erfasst § 160 Abs. 1 StGB ausschließlich das Verleiten gutgläubiger Zeugen, da die Vorschrift lediglich die durch die Eigenhändigkeit der Aussagedelikte entstehende Strafbarkeitslücke schließen soll, wonach derjenige, der einen gutgläubigen Zeugen zu einer Falschaussage veranlasst, sonst straflos bliebe. Auf bösgläubige Zeugen sei § 160 Abs. 1 StGB hingegen nicht anwendbar, da diese selbst nach §§ 153 ff. StGB bestraft werden können und für den Einwirkenden eine Straf-

[53] BGH, Urt. v. 13.7.1966 – 4 StR 178/66 = NJW 1966, 2130.
[54] RG, Urt. v. 29.1.1885 – 112/85 = RGSt 11, 418.
[55] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 26. Aufl. 2025, § 49 Rn. 56.
[56] *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 160 Rn. 11.

barkeit wegen Anstiftung oder mittelbarer Täterschaft in Betracht kommt, sodass insoweit keine Lücke besteht. Auch sei § 160 Abs. 1 StGB nicht als genereller Auffangtatbestand zur Bestrafung des verursachenden Dritten konzipiert, da zudem der Versuch nach § 160 Abs. 2 StGB strafbar ist, verbleiben keine Strafbarkeitslücken.[57]

Nach anderer Ansicht kann ein Verleiten auch bei bösgläubigen Zeugen vorliegen. Bereits der Wortlaut „verleiten" spreche für ein weites Verständnis, das jede Form der Einwirkung auf die Aussageperson erfasst, unabhängig von deren subjektiven Haltung. Zudem sei § 160 StGB als genereller Auffangtatbestand zu verstehen, der jede durch Dritte verursachte Falschaussage sanktionieren solle. Auch systematisch spreche nichts dagegen, da die Vorschrift dem umfassenden Schutz der Rechtspflege diene.[58]

Überzeugend ist die erste Ansicht. Bereits der Wortlaut „falscher Eid" statt „Meineid" verlangt unvorsätzliches Handeln. Der Schutzzweck des § 160 StGB liegt darin, Strafbarkeitslücken im Bereich der Aussagedelikte zu schließen, nicht aber darin, eine umfassende Haftung für jegliche Einwirkung auf Zeugen zu begründen. Wird ein bösgläubiger Zeuge beeinflusst, besteht bereits eine Strafbarkeit des Zeugen selbst nach §§ 153 ff. StGB sowie des Einwirkenden wegen Teilnahme. Eine zusätzliche Strafbarkeit aus § 160 Abs. 1 StGB ist daher nicht erforderlich und würde die Norm zu einem überdehnten Auffangtatbestand machen. Folglich liegt im Fall der Einwirkung auf einen bösgläubigen Zeugen lediglich ein Versuch gem. § 160 Abs. 2 StGB vor. Es liegt kein Verleiten i.S.d. § 160 Abs. 1 StGB vor[59] (a.A. vertretbar).

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 160 Abs. 1 StGB ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 160 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit wegen versuchter Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage durch Einreden auf S gem. §§ 160 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

T könnte sich durch das Einreden auf S in der Verhandlungspause wegen versuchter Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage gem. §§ 160 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet und die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 160 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2 StGB.

---

[57] *Heinrich*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 160 Rn. 1, 3; *Bosch/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 160 Rn. 1; *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 160 Rn. 16.

[58] *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 160 Rn. 6; *Zöller*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 160 Rn. 5.

[59] *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 1437; *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, Rn. 848; *Bosch/Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 160 Rn. 1; *Heinrich*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 160 Rn. 1, 3.

2. Tatentschluss

T handelte vorsätzlich hinsichtlich der von S begangenen falschen uneidlichen Aussage gem. § 153 StGB. Nimmt man mit der oben genannten Ansicht an, dass ein Verleiten nach Sinn und Zweck der Vorschrift nur vorliegen kann, wenn der Verleitende gutgläubig ist, so ist, da T von der Gutgläubigkeit des S ausgeht, jedenfalls Vorsatz hinsichtlich des Verleitens des S zu bejahen. T weist Tatentschluss auf.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Das unmittelbare Ansetzen gem. § 22 StGB ist mit dem Einreden auf S gegeben, da er so die Schwelle zum „Jetzt geht es los" überschritten hat.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelt rechtswidrig und schuldhaft.

5. Strafmilderung, § 157 Abs. 1 StGB analog

In Betracht könnte eine Strafmilderung gem. § 157 Abs. 1 StGB analog kommen. Fraglich ist dahingehend, ob das Wort „Zeuge" nur Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 StGB meint oder ob die Norm auf Anstifter und Gehilfen anwendbar ist.

Nach einer Ansicht ist eine analoge Anwendung möglich, da die Zwangslage eines Angeklagten, der einen Angehörigen zu einer Falschaussage anstiftet, der Lage eines verweigerungsberechtigten Zeugen vergleichbar ist. Außerdem schließt der Gesetzeswortlaut von § 157 StGB („Zeuge" oder „Sachverständiger") Teilnehmer nicht zwingend aus. Demgegenüber lehnt die herrschende Meinung eine analoge Anwendung ab, da § 157 StGB keine allgemeine Selbstbegünstigungstendenz enthält und der Schutzzweck in der Abmilderung der Konfliktlage liegt, die sich für den Zeugen auf Grund seiner im öffentlichen Interesse bestehenden Pflicht ergibt, wenn er zu Lasten seines Angehörigen oder sich selbst aussagen muss.[60]

Der herrschenden Meinung wird gefolgt, da der Vergleich zu § 258 Abs. 4 StGB zeigt, dass der Gesetzgeber bewusst keine analoge Regelung für Aussagedelikte schaffen wollte und sich Teilnehmer nicht in der vom Gesetz vorausgesetzten notstandsähnlichen Zwangslage befinden. Außerdem spricht für die h.M. die klare gesetzliche Regelung und formale Begrenzung in § 157 StGB auf Zeugen und Sachverständige. § 157 StGB ist nicht analog auf T anzuwenden.

6. Ergebnis

T macht sich gem. §§ 160 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen zum Tatkomplex 2

S hat sich wegen falscher uneidlicher Aussage gem. § 153 StGB strafbar gemacht.

T hat sich wegen versuchter Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage gem. §§ 160 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

---

[60] *Vormbaum*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 157 Rn. 11.

Gesamtergebnis

T hat sich gem. §§ 242 Abs. 1; 244 Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 123 Abs. 1, 52 Abs. 1; 160 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2, 53 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

S hat sich gem. § 153 StGB strafbar gemacht.

Fortgeschrittenenklausur: Wechselnde Loyalitäten

*Wiss. Mitarbeiterin Anouk Noelle Nicklas, Berlin, Dr. Marius Riebel, Leipzig**

Diese Klausur wurde im Wintersemester 2024/2025 an der Universität Leipzig im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene als dreistündige Klausur gestellt. Kernprobleme sind die Qualifikationstatbestände der Körperverletzung, Mordmerkmale, Rücktrittsfragen sowie Rechtfertigungsgründe.

Sachverhalt

Benny (B) ist ein hochtalentierter Autofahrer. Aus seiner Zeit als jugendlicher Autoknacker hat B bei Gangboss Dagur (D) hohe Schulden und arbeitet als Fluchtwagenfahrer bei Raubüberfällen, die D bislang ohne jedes polizeiliche Bekanntwerden organisiert.

In einer Niederlassung der Post lagern Blanko-Postanweisungen, die D zu viel Geld machen möchte. Durchführen sollen den von D minutiös durchgeplanten Raubüberfall der ehemalige Bankier und regelmäßig an Raubüberfällen beteiligte Tony (T) sowie dessen Freundin Love (L), die zum ersten Mal bei einer „Nummer“ dabei sein soll und den Fluchtwagen stellt. B soll den von L gestellten Fluchtwagen fahren.

Noch bevor es zur Umsetzung des Plans kommen kann, wird die Gruppe, die sich in einem verlassenen Gebäude einquartiert hatte, durch einen von einer Anwohnerin herbeigeholten Wachmann (W) gestört. B, D, T und L laufen daraufhin zu dem bereitstehenden Fluchtwagen. Dabei wirft D eine Handgranate auf den sie verfolgenden W, der durch die Detonation tödlich verletzt wird. Dies mit ansehend, weigert sich B, loszufahren. Stattdessen rammt er einen vor ihnen parkenden Laster so, dass ein nach hinten über die Lkw-Ladefläche ragendes Stahlbündel durch die Frontscheibe dringt und den auf dem Beifahrersitz sitzenden D aufspießt. D wird dabei so ungünstig von dem Stahlbündel getroffen, dass er nach einem langen Todeskampf mit extremen Schmerzen und Qualen noch am Tatort verstirbt. Zwar erkannte B die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs dieses Manövers und akzeptierte diese bei seinem Handeln, jedoch wollte er D keineswegs derart langwierige Schmerzen bescheren. Eigentlich kam es ihm sogar nur darauf an, D so zu verletzen, dass dieser von eintreffenden Polizeibeamten festgenommen und für seine Taten bestraft wird.

Von den Szenen im Auto sichtlich schockiert fliehen B, T und L unverletzt und getrennt voneinander zu Fuß vor der nun am Ort des Geschehens eingetroffenen Polizei. Dabei feuert L mehrfach aus einer automatischen Waffe auf die sie verfolgende Polizistin Anna (A). Ihr ist dabei bewusst, dass die Schüsse die Polizistin treffen können. Um eine Flucht zu ermöglichen, ist ihr deren Tod auch nicht unlieb. A wird auch tatsächlich von mehreren Schüssen am ganzen Körper so schwer verletzt, dass sie bewusstlos zu Boden geht und ohne Behandlung kurze Zeit später verstorben wäre. L erkennt, dass ohne ihr Eingreifen eine Rettung für A nicht zu erwarten ist. L ruft daher einem zufällig am Geschehen vorbeilaufenden Passanten zu, er solle doch mal nach der Polizistin sehen. Dabei erhoffte sich L, A noch retten zu können. Um nicht als potenzielle Täterin identifiziert zu werden, setzt L ihr eigenes

* Die *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Humboldt-Universität zu Berlin. Im Wintersemester 2024/2025 war sie Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie der Universität Leipzig. Der *Verf.* ist Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Leipzig (Freistaat Sachsen). Im Wintersemester 2024/2025 war er Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie der Universität Leipzig.

Smartphone, das sie griffbereit bei sich trägt, nicht ein. Der Passant ruft sogleich einen Rettungswagen, wodurch A tatsächlich überlebt. Einzig ihre durch einen Streifschuss völlig zerstörte linke Ohrmuschel konnte nicht wiederhergestellt werden. Ohne Beeinträchtigung ihres Hörvermögens erhielt A allerdings eine sog. Epithese, eine künstliche Ohrmuschel aus Silikon, wodurch der Verlust der Ohrmuschel äußerlich nicht mehr erkennbar ist.

Unterdessen gelingt es dem Polizisten P, der B zum Verwechseln ähnlichsieht, mit einem Schuss aus seiner Dienstpistole T am Arm zu verletzen. Weiteren Schüssen des P kann T ausweichen, indem er sich hinter einem parkenden Truck versteckt. P, der erkennt, dass er die Situation allein nicht unter Kontrolle bringen kann, entfernt sich nunmehr von T in Richtung seines Polizeiwagens, um Verstärkung zu rufen. T hat P seinerseits nur aus dem Augenwinkel gesehen und hält ihn fälschlicherweise für B. T schlussfolgert, B wolle nunmehr die Seiten wechseln und der Polizei sämtliche kriminelle Machenschaften des T und seiner Gang mitteilen. T beginnt daraufhin mit Tötungsvorsatz auf die sich entfernende Person zu schießen. Der für B gehaltene P bleibt wie durch ein Wunder unverletzt.

B bekommt von alledem nichts mit. Ihm gelingt unbehelligt die Flucht. Daraufhin trifft er seine Freundin Evelyn (E) im Restaurant „Square Diner“ und erzählt ihr sogleich alles. T, von Rachegefühlen gegenüber B getrieben, vermutet B bei E und trifft kurze Zeit später ebenfalls im „Square Diner“ ein. Zwischen T und B entsteht in der Folge ein Handgemenge, im Zuge dessen B rückwärtslaufend über eine Kante stolpert. T zieht sofort seine Pistole und zielt auf den am Boden liegenden B. Bevor er den Abzug betätigen kann, schlägt ihm die völlig aufgelöste E mit einem Brecheisen die Pistole aus der Hand, wobei sich T zwei Finger bricht. E, nun mit Ts Pistole ausgestattet, ist von ihrer Angst nunmehr vollends gesteuert und rennt dem nun flüchtenden T völlig panisch und hysterisch hinterher. Dabei schlägt sie mit der Waffe in der Hand mehrfach in Richtung des T, der hierdurch ein leichtes Hämatom am Rücken erleidet, bevor er E endgültig abschütteln kann.

Aufgabe

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweise

Delikte aus dem 6., 7. und 28. Abschnitt des StGB sind nicht zu prüfen. § 30 StGB findet keine Anwendung. Von der Rechtmäßigkeit des polizeilichen Handelns ist auszugehen. Alle erforderlichen Strafanträge sind gestellt. Von der Schuldfähigkeit aller Beteiligten ist auszugehen.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Fluchtversuch im Auto 199
A. Strafbarkeit des B 199
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 6 StGB gegenüber D 199
1. Tatbestand 199
a) Objektiver Tatbestand 199
b) Subjektiver Tatbestand 200
aa) Möglichkeitstheorie 200
bb) Billigungstheorie 200

cc) Gleichgültigkeitstheorie 201
dd) Zwischenergebnis zum Vorsatz 201
c) Zwischenergebnis zum Tatbestand 201
2. Rechtswidrigkeit 201
a) Festnahmesituation 201
aa) Auf frischer Tat betroffen 201
bb) Festnahmegrund 202
cc) Zwischenergebnis 202
b) Zulässige Festnahmemaßnahme 202
c) Zwischenergebnis 202
3. Schuld 203
4. Ergebnis 203
II. § 303 Abs. 1 StGB am Auto der L 203
1. Tatbestand 203
a) Objektiver Tatbestand 203
b) Subjektiver Tatbestand 203
2. Rechtswidrigkeit und Schuld 204
3. Ergebnis 204
B. Ergebnis 204
Zweiter Tatkomplex: Weitere Flucht zu Fuß 204
A. Strafbarkeit der L 204
I. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber A 204
1. Vorprüfung 204
2. Tatbestand 205
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 205
4. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB 205
a) Kein fehlgeschlagener Versuch 205
b) Taugliche Rücktrittshandlung 205
c) Freiwilligkeit 206
5. Ergebnis 207
II. §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Alt. 1, 5 StGB gegenüber A 207
1. Tatbestand 207
a) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB 207
b) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB 207

c) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB 207
d) Subjektiver Tatbestand 208
2. Rechtswidrigkeit 208
3. Ergebnis 208
III. §§ 223, 226 Abs. 1 Nrn. 2, 3 StGB gegenüber A 208
1. Tatbestand 208
a) Verwirklichung des § 223 Abs. 1 StGB 208
b) Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB 208
c) Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB 209
aa) Erhebliche Entstellung 209
bb) Dauerhaftigkeit der Entstellung 209
(1) Frühere Rechtsprechungsansicht 209
(2) Heute (noch) herrschende Ansicht 209
(3) Streitentscheid 210
(4) Zwischenergebnis 210
2. Ergebnis 210
B. Strafbarkeit des T 210
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber P 210
1. Vorprüfung 211
2. Tatbestand 211
a) Tatentschluss 211
aa) Vorsatz hinsichtlich § 212 Abs. 1 StGB 211
bb) Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB 211
b) Unmittelbares Ansetzen 211
c) Zwischenergebnis 211
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 212
4. Ergebnis 212
Dritter Tatkomplex: Geschehen im und am „Square Diner“ 212
A. Strafbarkeit des T 212
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 Var. 4 und 9, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber B 212
1. Vorprüfung 212
2. Tatbestand 212
a) Tatentschluss 212
aa) Vorsatz gem. § 212 Abs. 1 StGB 212
bb) Niedrige Beweggründe gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB 212

cc) Verdeckungsabsicht gem. § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB 213
b) Unmittelbares Ansetzen 213
c) Kein Rücktritt 213
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 214
4. Ergebnis 214
B. Strafbarkeit der E 214
I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber T (Brechstange) 214
1. Tatbestand 214
a) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB 214
b) Objektiver Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB 214
c) Subjektiver Tatbestand 214
2. Rechtswidrigkeit 215
a) Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff 215
b) Erforderliche, gebotene Verteidigungshandlung 215
c) Subjektives Rechtfertigungselement 215
d) Zwischenergebnis 215
3. Ergebnis 215
II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber T (Schläge mit der Pistole) 216
1. Tatbestand 216
a) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB 216
b) Objektiver Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB 216
aa) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB 216
bb) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB 216
c) Subjektiver Tatbestand 216
2. Rechtswidrigkeit 217
3. Schuld 217
a) Notwehrexzess gem. § 33 StGB 217
aa) Vorliegen asthenischer Affekte 217
bb) Notwehrlage nach § 32 Abs. 2 StGB 217
(1) Rechtsprechung/herrschende Meinung 217
(2) Andere Auffassung 217
(3) Streitentscheid 218
b) Zwischenergebnis 218
4. Ergebnis 218
Gesamtergebnis und Konkurrenzen 218

Hinweis: An eine Strafbarkeit nach den §§ 249, 250 StGB konnte gedacht werden, weil der Sachverhalt am Anfang den geplanten Banküberfall zum Gegenstand hatte. Hier lag eine Strafbarkeit allerdings fern, da die Tat noch im Vorbereitungsstadium war und insbesondere kein unmittelbares Ansetzen in Betracht kam. Falls Bearbeiter*innen auf diese Strafbarkeit eingehen, sollte dies äußerst kurz geschehen. Mit Blick auf die Schwerpunktsetzung können Ausführungen hier auch gänzlich entfallen.

Erster Tatkomplex: Fluchtversuch im Auto

Hinweis: Infolge des Todes des D ist eine Strafbarkeit des D nicht zu prüfen.

A. Strafbarkeit des B

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 6 StGB gegenüber D

Indem B mit dem Auto den vor ihnen parkenden Laster gerammt hat, könnte er sich des Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 6 StGB zu Lasten D schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste B einen anderen Menschen kausal und objektiv zurechenbar getötet haben, vgl. § 212 Abs. 1 StGB. D, ein anderer Mensch, ist tot. Denkt man sich das Rammen des vor ihm parkenden Lasters durch B hinweg, wäre das Metallbündel nicht durch die Frontscheibe des Pkw gestoßen und hätte D nicht tödlich getroffen, weshalb er den Taterfolg des § 212 Abs. 1 StGB auch kausal i.S.d. conditio-sine-qua-non-Formel[1] herbeigeführt hat. Durch das Rammen ergab sich zudem eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben der sich im Fahrzeug des B befindlichen Personen, die sich im Tod des D realisiert hat, weshalb dessen Tod B auch objektiv zurechenbar ist.[2] Der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

Zudem könnte B das Mordmerkmal der Grausamkeit nach § 211 Abs. 2 Var. 6 StGB erfüllt haben. Grausamkeit liegt vor, wenn ein Täter seinem Opfer in gefühlsloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke und Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.[3] D verstarb nach einem langen Todeskampf unter massiven Schmerzen und Qualen, die deutlich über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgingen. Allerdings ist zweifelhaft, ob B auch eine gefühllose, unbarmherzige Gesinnung aufwies.

[1] *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 3; *Freund/Rostalski*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor § 13 Rn. 332.

[2] Zu den Anforderungen an die objektive Zurechenbarkeit bei *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 83 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, Vor § 13 Rn. 14.

[3] BGHSt 3, 180 (181); 3, 264 (265); 49, 189 (195).

Hinweis: Eine solche Gesinnung wird von der wohl noch herrschenden Meinung gefordert.[4] Da es sich bei der Gesinnung im obigen Sinne um eine subjektive Komponente des Mordmerkmals „grausam" handelt, wäre es gleichermaßen vertretbar gewesen, die Prüfung in den subjektiven Tatbestand zu verschieben.

Zwar erkannte B die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs dieses Manövers und akzeptierte diese bei seinem Handeln, jedoch wollte er D keineswegs derart langwierige Schmerzen bescheren. Eigentlich kam es ihm sogar nur darauf an, D so zu verletzen, dass dieser von eintreffenden Polizeibeamten festgenommen und für seine Taten bestraft wird. Eine gefühllose, unbarmherzige Gesinnung ist darin nicht zu erkennen. § 211 Abs. 2 Var. 6 StGB ist nicht erfüllt.

Hinweis: Wird an dieser Stelle die gefühllose, unbarmherzige Gesinnung bejaht, ist § 211 StGB im Vorsatz abzulehnen.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste auch den subjektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Er müsste bezüglich der Tötung des D mit Vorsatz, also in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben.[5] B kam es allerdings weder auf den Tod des D an noch wusste er sicher, dass dieser durch das Rammen des Lastwagens sicher eintreten würde, weshalb dolus directus nicht vorliegt.[6] B könnte allerdings mit dolus eventualis gehandelt haben. Die Anforderungen, die an das Vorliegen des Eventualvorsatzes zu stellen sind, sind jedoch umstritten.

aa) Möglichkeitstheorie

Nach der Möglichkeitstheorie ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter die konkrete Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannte und dennoch handelte.[7] B erkannte die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs seines Handelns und handelte gleichwohl. Nach der Möglichkeitstheorie wäre Eventualvorsatz zu bejahen.

bb) Billigungstheorie

Nach der Billigungstheorie im Sinne der Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter „den Eintritt des Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und damit in einer Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Zieles willen wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein."[8] B erkannte die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs seines Handelns und akzeptierte diese bei seinem Handeln. Auch nach der Billigungstheorie wäre Eventualvorsatz zu bejahen.

---

[4] Vgl. BGHSt 3, 181 (181); *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 211 Rn. 94.

[5] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5; *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 14 ff.

[6] Zu den verschiedenen Vorsatzformen überblicksweise bei *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 2 ff.

[7] M.z.w.N. *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 75; *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 38.

[8] BGHSt 36, 1 (9 f.); 57, 183 (186); 63, 88 (93).

cc) Gleichgültigkeitstheorie

Nach der Gleichgültigkeitstheorie ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt und sie aus Gleichgültigkeit gegenüber dem Rechtsgut in Kauf nimmt.[9] B wollte durch sein Handeln eigentlich die Festnahme des D absichern. Sein primäres Ziel war eine Verletzung des D, zugleich aber akzeptiert er dessen Tötung. Hiernach wäre Eventualvorsatz also zu bejahen.

dd) Zwischenergebnis zum Vorsatz

Nach allen Theorien ist ein Vorsatz des B zu bejahen. Ein Streitentscheid ist daher entbehrlich.

Hinweis: Hier ist von den Bearbeiter*innen zu erwarten, dass die Abgrenzungsproblematik ordentlich eingeleitet und mit den gängigen Abgrenzungstheorien aufgelöst wird.

c) Zwischenergebnis zum Tatbestand

B hat den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

B müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, sofern ein Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht kommt. Das Handeln des B könnte über das Nothilferecht aus § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB gerechtfertigt gewesen sein. Das Werfen der Handgranate durch D stellt zwar einen rechtswidrigen Angriff auf das Leben des W dar, dieser war jedoch zum Zeitpunkt des Handelns des B nicht mehr gegenwärtig[10], da die Tötung bereits vollendet und ein weiterer Angriff (auf andere Personen) nicht unmittelbar zu erwarten war. Eine Nothilfe gem. § 32 Abs. 2 Var. 2 StGB infolge der Tötung des W durch D ist daher abzulehnen. Es kommt allerdings eine Rechtfertigung gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO in Betracht.

a) Festnahmesituation

Hierfür müsste zunächst eine Festnahmesituation vorgelegen haben. Dazu müsste D von B auf frischer Tat betroffen oder verfolgt worden sein und ein Festnahmegrund vorgelegen haben, vgl. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO.

aa) Auf frischer Tat betroffen

Der Täter ist i.S.v. § 127 Abs. 1 Hs. 1 Var. 1 StPO auf frischer Tat betroffen, wenn er bei Erfüllung des Straftatbestandes oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird und zwischen Vollendung und Betroffenheit der Tat ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang gegeben ist.[11] Das Werfen der Handgranate auf W stellt eine rechtswidrige Tat des D dar, wobei dahinstehen kann, welches Tötungsdelikt konkret verwirklicht wurde.

---

[9] So bspw. *Engisch*, NJW 1955, 1688 (1690); *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 82.

[10] Zum Begriff der Gegenwärtigkeit bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 19; außerdem bei *Erb*, in: MüKo StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 32 Rn. 103 ff.

[11] *Krauß*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.4.2025, § 127 Rn. 4; *Böhm*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 12.

Hinweis: Falls sich Bearbeiter*innen an der Stelle konkret zum von D verwirklichten Delikt geäußert haben, ist aufgrund des an der Stelle nur dünnen Sachverhalts sowohl die Annahme einer fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB als auch eines Mordes nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 7 StGB oder eines Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB vertretbar.

Das Geschehen im Auto schloss sich auch unmittelbar, also in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang an das Werfen der Handgranate an. D war folglich auf frischer Tat betroffen.

Hinweis: Es ist umstritten, welche Anforderungen an den Tatbegriff bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO zu stellen sind. Dieser Streitstand ist für den zu lösenden Fall jedoch ohne Relevanz.

bb) Festnahmegrund

Daneben müsste auch ein Festnahmegrund vorgelegen haben. Es könnte ein Fluchtverdacht des D i.S.v. § 127 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1 StPO vorgelegen haben. Fluchtverdacht ist anzunehmen, sobald der Festnehmende in der konkreten Situation vernünftigerweise davon ausgehen muss, dass der Täter sich dem möglichen Strafverfahren durch Flucht entziehen möchte.[12] D wollte durch das Wegfahren mit dem Pkw verhindern, von Strafverfolgungsbehörden identifiziert zu werden und sich auf diese Weise einem möglichen Strafverfahren entziehen. Fluchtverdacht ist zu bejahen.

cc) Zwischenergebnis

Es lag eine Festnahmesituation vor.

b) Zulässige Festnahmemaßnahme

B müsste auch eine zulässige Festnahmemaßnahme angewandt haben. Dem Festnehmenden steht bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich die Möglichkeit der Anwendung von Zwang und physischer Gewalt offen.[13] Dabei muss jedoch stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleiben.[14] Laut BGH können ernsthafte Beschädigungen der Gesundheit nicht von § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt werden.[15] Die Tötung als solche stellt zudem keine taugliche Festnahmehandlung dar, da D so gerade nicht den Strafverfolgungsbehörden zugeführt wird. Die Anwendung zulässiger Festnahmemaßnahmen durch B ist folglich zu verneinen.

c) Zwischenergebnis

B ist nicht über § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt. Er handelte rechtswidrig.

Hinweis: Auf das Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO war zwingend einzugehen. Aus Gründen der Schwerpunktsetzung ist es durchaus vertretbar, die Ausführungen zur Festnahmesituation in

[12] *Glaser*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 127 Rn. 16; *Böhm*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 14.
[13] OLG Karlsruhe NJW 1974, 806 (807); OLG Stuttgart NJW 1984, 1694 (1694).
[14] *Glaser*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 127 Rn. 27; *Böhm*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 16.
[15] Vgl. BGHSt 45, 378 (381).

gebotener Kürze abzuhandeln und sich vertieft mit der Zulässigkeit der Festnahmehandlung auseinanderzusetzen.

3. Schuld

Mangels entgegenstehender Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe handelte B auch schuldhaft.

4. Ergebnis

Indem B mit dem Auto den vor ihnen parkenden Laster gerammt hat, hat er sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten D strafbar gemacht.

II. § 303 Abs. 1 StGB am Auto der L

B könnte sich der Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB zu Lasten L schuldig gemacht haben, indem er mit dem Auto der L den vor ihnen parkenden Laster gerammt hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

B müsste den objektiven Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Dazu müsste er eine fremde Sache beschädigt oder zerstört haben. Das Auto ist als körperlicher Gegenstand eine Sache i.S.d. § 90 BGB, die zudem im Eigentum der L stand, also für B fremd war. Ein Beschädigen liegt in jeder körperlichen Einwirkung auf eine Sache, durch die ihre Substanz nicht unerheblich verletzt wird (= Substanzverletzung) oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird (= Brauchbarkeitsminderung).[16] Ein Stahlbündel ist durch die Frontscheibe des Autos gedrungen. Hierin liegt sowohl eine Substanzverletzung als auch eine Brauchbarkeitsminderung, mithin eine Beschädigung. Da die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit des Autos nicht völlig aufgehoben wurde, liegt eine Zerstörung des Autos nicht vor.[17] Der objektive Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste auch mit Vorsatz gehandelt haben. Es könnte dolus directus ersten Grades, also Absicht, vorliegen. Mit Absicht handelt der Täter dann, wenn es ihm auf den Eintritt des Erfolges gerade ankommt, sein Wille sich also auf die Tatbestandsverwirklichung richtet. Insoweit ist unter Absicht auch das zielgerichtete Wollen zu verstehen.[18] Dabei ist es nicht erforderlich, dass es sich bei dem

[16] BGHSt 44, 34 (38); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 24 Rn. 8.

[17] Zu den Voraussetzungen einer Zerstörung i.S.d. § 303 StGB bei *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, § 1 Rn. 36; *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 303 Rn. 14.

[18] *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 128; *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 26.

vom Täter bewirkten Erfolg um den eigentlich angestrebten Endzweck handelt.[19] Demgemäß ist es als ausreichend zu erachten, dass der Erfolgseintritt vom Täter als ein notwendiges Zwischenziel begriffen wird.[20] Als Zwischenziel in diesem Sinne werden Mittel bezeichnet, die aus Sicht des Täters zur Erreichung des Endzwecks unentbehrlich sind.[21] Es kam B darauf an, D durch sein Handeln so zu verletzen, dass dieser von eintreffenden Polizeibeamten festgenommen und für seine Taten bestraft wird. Das Durchdringen der Frontscheibe mit dem Stahlbündel war hierfür ein notwendiges Zwischenziel und auch als solches von B begriffen. Mithin ist dolus directus ersten Grades zu bejahen. Der subjektive Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

Hinweis: Es ist ebenso vertretbar statt eines Zwischenziels eine Nebenfolge anzunehmen und infolgedessen einen dolus directus zweiten Grades zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Indem er mit dem Auto der L den vor ihnen parkenden Laster gerammt hat, hat sich B wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB zu Lasten L strafbar gemacht.

B. Ergebnis

B hat sich im ersten Tatkomplex sowohl wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten D als auch wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB zu Lasten L strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: Weitere Flucht zu Fuß

A. Strafbarkeit der L

I. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber A

Indem L mehrere Schüsse auf A abgegeben hat, könnte sie sich wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

A ist nicht verstorben, weshalb der Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB nicht vollendet wurde. Gleichzeitig ist der versuchte Totschlag gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbewehrt.

---

[19] *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 26; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 10.

[20] BGHSt 4, 109; 18, 151; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 8.

[21] *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 11.

2. Tatbestand

L müsste zunächst den notwendigen Tatentschluss gehabt haben. Ein solcher setzt Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale des versuchten Deliktes voraus.[22] L war bewusst, dass die Schüsse, die sie auf die Polizistin abgibt, diese auch treffen können. Um eine Flucht zu ermöglichen, war ihr deren Tod auch nicht unlieb. Insofern liegt nach allen Abgrenzungstheorien (zum Streitstand siehe oben) Eventualvorsatz vor. L hat außerdem die Schüsse abgegeben und insofern die subjektive Schwelle zum „Jetzt geht's los" überschritten, wodurch ohne Zwischenschritte konkrete Gefährdungen für das Leben der P bereits eingetreten sind. L hat insofern auch unmittelbar angesetzt. Der Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

Hinweis: Hier könnte an eine Verdeckungsabsicht der L gedacht werden. Als Vortat käme jedoch nur § 30 Abs. 2 StGB in Betracht, der in den Bearbeitungsvermerken ausgeschlossen ist.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

L handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

L könnte jedoch gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Dazu dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn der Täter entweder tatsächlich erkennt oder irrig annimmt, dass die Vollendung der geplanten Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln und ohne zeitliche Zäsur nicht mehr möglich ist.[23] L erkannte, dass A bereits dem Grunde nach tödlich verletzt war und durchaus versterben könnte. Sie erkannte auch, dass sie ohne zeitliche Zäsur weitere Schüsse auf A hätte abgeben und damit den Tod sicher herbeiführen können. Ein Fehlschlag des Versuchs der L lag nicht vor.

b) Taugliche Rücktrittshandlung

Des Weiteren müsste L eine taugliche Rücktrittshandlung i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB vorgenommen haben. Welche Anforderungen an das Rücktrittsverhalten gestellt werden, richtet sich danach, ob aus Sicht des Täters ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt, vgl. § 24 Abs. 1 StGB. Ein Versuch ist unbeendet, sofern der Täter glaubt, noch nicht alles zur Tatvollendung Erforderliche getan zu haben und er die Vollendung noch für möglich hält.[24] Umgekehrt liegt ein beendeter Versuch vor, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolgs notwendig oder möglicherweise ausreichend ist.[25] Hierfür ist der Rücktrittshorizont maßgeblich, d.h. die Vorstellung des Täters im Zeitpunkt des potenziell strafbefreienden

[22] BGHSt 37, 294 (296); *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 13.

[23] *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 52; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 30 Rn. 77.

[24] *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 24 Rn. 14; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 72.

[25] BGHSt 4, 181; 10, 131; 23, 359.

Rücktritts.[26] L ging davon aus, dass ohne eine weitere Handlung der Tod der A eintreten würde. Es lag daher ein beendeter Versuch vor.

Im Fall eines beendeten Versuchs muss der Täter die Tatvollendung verhindern, vgl. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB. Fraglich ist, ob infolge des halbherzigen Verhaltens der A von einer tauglichen Rücktrittshandlung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB ausgegangen werden kann. Es kam L zwar durchaus darauf an, A zu retten. Um sich selbst zu schützen, rief sie aber nicht selbst einen Rettungswagen, sondern wies lediglich einen Passanten darauf hin, dass er doch A zur Hilfe eilen solle. Insofern hat L weder selbst die letztendliche Rettungshandlung vorgenommen noch hat sie den Rettungswagen gerufen. L hat lediglich die Erstursache für die Rettung gesetzt. Ob dies für eine taugliche Rücktrittshandlung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB ausreicht, hängt davon ab, welche Anforderungen an das „Verhindern" i.S.d. Norm zu stellen sind.

Nach einer Ansicht ist für einen strafbefreienden Rücktritt eine sichere Abwendung des Erfolges erforderlich. Es muss die beste zur Verfügung stehende Maßnahme für eine Verhinderung des Erfolgseintritts ergriffen werden (sog. Bestleistungstheorie).[27] L hat zwar die Erstursache für die Rettung der A gesetzt, konnte sich aber nicht sicher sein, dass der Passant eine Rettungshandlung vornehmen würde. Hiernach wäre eine taugliche Rücktrittshandlung der L abzulehnen.

Nach einer anderen Ansicht ist dagegen eine willentliche Ingangsetzung einer entgegengesetzten Kausalkette für eine strafbefreiende Wirkung des Rücktritts ausreichend.[28] Hiernach hätte L eine taugliche Rücktrittshandlung vorgenommen, indem sie durch das Informieren des Passanten über die Situation und die Aufforderung, einen Rettungswagen zu rufen, eine Kausalkette zur Rettung der A in Gang gesetzt hat, die im Ergebnis auch erfolgreich war.

Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass Zufälle und nur halbherzige Handlungen dem Täter nicht positiv angerechnet werden dürfen, da er willentlich ein Restrisiko bestehen lässt.[29] Für die letztgenannte Auffassung spricht allerdings der Wortlaut der Vorschrift: „Verhindern" ist nicht mit „Verhindern auf bestmögliche Weise" gleichzusetzen.[30] Die erhöhten Anforderungen von § 24 Abs. 1 S. 2 StGB gelten hier gerade nicht. In der Ausweitung wäre insofern eine täterbelastende, gem. Art. 103 Abs. 2 GG verbotene Analogie zu sehen.[31] Außerdem sprechen Gesichtspunkte des Verletztenschutzes für abgesenkte Rücktrittsanforderungen.[32] Demnach ist eine taugliche Rücktrittshandlung der L zu bejahen.

c) Freiwilligkeit

L hat auch freiwillig gehandelt.

---

[26] BGHSt 39, 221; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 75.

[27] So insbesondere *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (89); ebenso *Herzberg*, NJW 1989, 864 (867); zu dieser Ansicht ausführlich bei *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 129.

[28] BGH NStZ-RR 2018, 301 (301); der BGH (BGHSt 48, 147) hat zudem klargestellt, dass es neben der Zielrichtung (Verhinderung des Erfolgseintritts), lediglich darauf ankommt, ob die vom Rettungswillen getragene Handlung des*der Täters*Täter*in erfolgreich ist.

[29] *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (90 ff.); dazu auch bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 131.

[30] *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 130; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 24 Rn. 35.

[31] M.w.N. bspw. *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 133.

[32] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 24 Rn. 35a; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 132; a.A. *Puppe*, NStZ 2003, 308 (309 f.).

Hinweis: Bei der Problembearbeitung sollte sich mit beiden Ansichten auseinandergesetzt und das Problem zuvor ordentlich dargestellt werden. Wer mit der herrschenden Meinung geht, muss den Rücktritt insgesamt bejahen. Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Argumentation allerdings ebenso vertretbar.

5. Ergebnis

Im Ergebnis hat sich L durch die Schüsse auf A nicht des versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

II. §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 1, 5 StGB gegenüber A

L könnte sich durch die Schüsse auf A der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 1, 5 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB müsste erfüllt sein. Dazu müsste L die A, eine andere Person, körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.[33] Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden pathologischen Zustandes.[34] A hat starke Schmerzen sowie eine gravierende Verletzung am Ohr erlitten, die im Anschluss medizinisch versorgt werden musste. Eine körperliche Misshandlung und eine Gesundheitsschädigung sind gegeben. Diese wurden durch L auch kausal und objektiv zurechenbar herbeigeführt. Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

b) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB

Indem L mit einer Pistole auf A geschossen hat, hat sie die Körperverletzung mittels einer Waffe begangen und damit den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB erfüllt.

c) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Es könnte zudem eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB vorliegen. A war durch die Schüsse der L bereits dem Grunde nach tödlich verletzt und überlebte nur infolge des Eingriffs von Rettungssanitäter*innen. Es lag eine konkrete Lebensgefahr (im Gegensatz zu einer nur abstrakten, theoretischen Gefährdung) vor. Der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist erfüllt.

---

[33] Vgl. BGHSt 14, 269 (271); 25, 277 (278).

[34] Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 9; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 56.

Hinweis: Der Streit, ob es für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine abstrakte oder eine konkrete Lebensgefahr braucht, konnte dementsprechend dahinstehen.

d) Subjektiver Tatbestand

Um den subjektiven Tatbestand zu erfüllen, müsste L mit Vorsatz bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestands der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 1, 5 StGB gehandelt haben. Als L auf A schoss, war ihr bewusst, dass die Schüsse die Polizistin treffen können. Um sich eine Flucht zu ermöglichen, war ihr deren Tod auch nicht unlieb. Vorsatz bezüglich der objektiven Merkmale der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 1, 5 StGB ist folglich zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit

L handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Indem L auf A geschossen hat, hat sie sich der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 1, 5 StGB schuldig gemacht.

III. §§ 223, 226 Abs. 1 Nrn. 2, 3 StGB gegenüber A

L könnte sich durch die Schüsse auf A der schweren Körperverletzung gem. §§ 223, 226 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Verwirklichung des § 223 Abs. 1 StGB

Der objektive und subjektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist erfüllt (siehe oben).

b) Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Durch den Verlust der Ohrmuschel aufseiten der A könnte L zudem die Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Bei § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist der Verlust oder die dauernde Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Gliedes des Körpers der Strafschärfungsgrund. Die Ohrmuschel der A müsste hierfür ein Körperglied darstellen. Unter einem Glied ist jedes nach außen hin in Erscheinung tretende Körperteil zu verstehen, das eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus hat und mit dem Körper durch ein Gelenk verbunden ist.[35] Eine Ohrmuschel ist nicht durch ein Gelenk mit dem Körper verbunden, außerdem enthält sie keine weitere Körperfunktion, da das Hören grundsätzlich auch ohne Ohrmuschel möglich ist. Die Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB wurde folglich nicht verwirklicht.

[35] Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2025, § 226 Rn. 14; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 226 Rn. 6.

c) Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Es könnte allerdings die Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB verwirklicht worden sein. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt eine erhebliche und dauerhafte Entstellung voraus.

aa) Erhebliche Entstellung

Eine erhebliche Entstellung liegt vor, wenn das Erscheinungsbild durch eine körperliche Verunstaltung wesentlich beeinträchtigt wurde.[36] Die Erheblichkeit bestimmt sich zum einen nach dem Ausmaß der Entstellung, aber auch dem Ausmaß der psychisch-sozialen Nachteile, die der Verletzte auf Grund der Entstellung zu erleiden hat, wobei eine Vergleichbarkeit mit den übrigen in § 226 StGB genannten Folgen gegeben sein muss.[37] Der Verlust der Ohrmuschel ist aus dem Blick der Öffentlichkeit sofort sichtbar und geht mit einer wesentlichen Beeinträchtigung des Erscheinungsbilds einher. Eine erhebliche Entstellung ist zu bejahen.

bb) Dauerhaftigkeit der Entstellung

Die Entstellung der A müsste auch dauerhaft sein. Eine Entstellung ist dann dauerhaft, wenn sie mit einer ständigen oder unbestimmt langwierigen Beeinträchtigung verbunden ist, wobei es ausreichend ist, wenn der Geschädigte der Beeinträchtigung für unabsehbare Zeit ausgesetzt ist.[38] Grundsätzlich ist der Verlust der Ohrmuschel der A unbestimmt langwierig. Die Dauerhaftigkeit der Einstellung ist folglich dem Grunde nach zu bejahen. Sie könnte jedoch gleichwohl zu verneinen sein, da A eine Epithese erhalten hat, also eine künstliche Ohrmuschel aus Silikon, wodurch der Verlust der Ohrmuschel äußerlich nicht mehr erkennbar ist. Fraglich ist, ob trotz einer Prothese von einer Dauerhaftigkeit der Entstellung ausgegangen werden kann.

(1) Frühere Rechtsprechungsansicht

Nach früherer Rspr. des BGH sind derartige Möglichkeiten, die Entstellung durch kosmetische Eingriffe oder Operationen zu beheben oder zu mindern, außer Betracht zu lassen.[39] Hiernach wäre eine Dauerhaftigkeit anzunehmen.

(2) Heute (noch) herrschende Ansicht

Nach der heute herrschenden Ansicht ist bei Prothesen, die von außen nicht als solche erkennbar sind, eine Dauerhaftigkeit der Entstellung abzulehnen.[40] Durch die Epithese wurde bei A sowohl äußerlich als auch funktionstechnisch der Status quo wiederhergestellt. Demnach wäre eine Dauerhaftigkeit nach dieser Auffassung abzulehnen.

---

[36] BGH NJW 1967, 297 (298); umfassend zum Begriff der Entstellung bei *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 226 Rn. 31.

[37] BGH NStZ 2008, 32 (33); außerdem m.z.w.N. *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 226 Rn. 5.

[38] BGHSt 24, 315 (317); *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 226 Rn. 9a ff.

[39] Vgl. etwa BGH NJW 1962, 1067 (1068).

[40] BGHSt 24, 315 (317); dazu auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 226 Rn. 4.

(3) Streitentscheid

Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass dem Täter nicht zugutekommen darf, dass der Fortschritt der medizinischen Wissenschaft und deren technische Hilfsmittel eine durch ihn schuldhaft verursachte erhebliche Entstellung weitgehend beseitigen kann. Außerdem wird das Unrecht der Tat nicht dadurch geringer, dass die Entstellung durch Mittel der ärztlichen Kunst behoben werden kann.[41] Für die letztgenannte Ansicht spricht allerdings, dass für das Vorliegen einer erheblichen Entstellung dem Wortlaut nach allein das äußere Erscheinungsbild entscheidend ist. Dieses ist bei einer (nicht als solche erkennbaren) Prothese aber nicht mehr beeinträchtigt. Der Strafgrund der Norm entfällt mithin.[42] Es ist daher der letztgenannten Ansicht zu folgen. Die Dauerhaftigkeit der Entstellung der A ist abzulehnen.

Hinweis: Angesichts von BGH, Urt. v. 7.2.2017 – 5 StR 483/16 und BGH, Urt. v. 10.4.2025 - 4 StR 495/24, kommt derzeit wieder Bewegung in die Frage der Dauerhaftigkeit der Schädigung bei möglichen Einflüssen durch das Verhalten des Opfers. Allerdings beziehen sich beide Entscheidungen auf Fälle, in denen zum Zeitpunkt des Urteils noch kein medizinischer Eingriff erfolgt ist, der die Entstellung bzw. die dauernde Gebrauchsunfähigkeit beseitigt hätte. In der neueren Entscheidung hat der BGH bekräftigt, dass eine Dauerhaftigkeit ausscheidet, wenn die schwere Folge im Urteilszeitpunkt beseitigt ist. Da A die Epithese bereits erhalten hat, dürfte hier nach wie vor mit der (noch) herrschenden Meinung eine Dauerhaftigkeit der Entstellung abgelehnt werden.

(4) Zwischenergebnis

Die Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB wurde nicht verwirklicht.

2. Ergebnis

L hat sich durch die Schüsse auf A nicht der schweren Körperverletzung gem. §§ 223, 226 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 StGB schuldig gemacht.

Hinweis: Falls § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB objektiv bejaht wird, ist gem. § 18 StGB zudem Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Erfolgsqualifikation zu prüfen. Hier würden sich keine Probleme ergeben, weshalb der Prüfungspunkt knapp gehalten werden könnte.

B. Strafbarkeit des T

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber P

Indem T Schüsse auf P abgegeben hat, könnte er sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

[41] So etwa *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 226 Rn. 18.
[42] Dazu BGHSt 24, 315 (317); *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 226 Rn. 9a.

1. Vorprüfung

P ist nicht verstorben, weshalb der Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB nicht vollendet ist. Gleichzeitig ist der versuchte Mord nach §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB mit Strafe bedroht.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

T müsste mit Tatentschluss gehandelt haben.

aa) Vorsatz hinsichtlich § 212 Abs. 1 StGB

Hierzu müsste T zunächst hinsichtlich einer Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 212 Abs. 1 StGB mit Vorsatz gehandelt haben. Grundsätzlich wollte T einen anderen Menschen kausal und objektiv zurechenbar töten. Ein Vorsatz könnte allerdings gem. § 16 Abs. 1 StGB zu verneinen sein, da T den P für B hielt und sich insoweit irrte. Nach § 16 Abs. 1 StGB handelt ohne Vorsatz, wer einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. T verwechselte allerdings nur sein anvisiertes Tatopfer in der Form, als er über die Identität desselben irrte. Gleichzeitig spricht § 212 Abs. 1 StGB nur davon, dass ein Mensch getötet werden muss. Die Identität des Tatopfers spielt insoweit keine Rolle. P und B sind letztlich rechtlich gleichwertig. Dementsprechend handelt es sich bei dem als error in persona zu bezeichnenden Irrtum um einen für den Vorsatz des Täters unbeachtlichen Motivirrtum, der nicht unter die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 StGB fällt.[43] Der Vorsatz des T bezüglich § 212 Abs. 1 StGB ist daher zu bejahen.

bb) Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB

T könnte zudem mit Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB gehandelt haben. In Verdeckungsabsicht handelt, wer zielgerichtet entweder die Aufdeckung einer Tat oder aber die Identifizierung des Täters verhindern will.[44] T wollte B töten, um das Auffliegen zahlreicher Vortaten (Raubüberfälle) zu verhindern. Da es lediglich auf die Absicht des T zur Verdeckung und nicht auf die Tauglichkeit der Verdeckungshandlung ankommt, ist auch hier der error in persona unbeachtlich. Verdeckungsabsicht i.S.v. § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB ist zu bejahen.

b) Unmittelbares Ansetzen

T hat zur Tat auch unmittelbar angesetzt.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

---

[43] BGHSt 11, 270 (270 ff.); 37, 218 (218 ff.); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 15 Rn. 22.

[44] BGHSt 56, 239 (239); *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 211 Rn. 101.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Hinweis: Eine Notwehr nach § 32 StGB ist bereits mangels eines gegenwärtigen Angriffs des P auf T abzulehnen. P hat sich für T erkennbar von ihm abgewendet und sich in Richtung seines Polizeiwagens begeben, um Verstärkung zu rufen. Daher liegt insbesondere auch kein Erlaubnistatbestandsirrtum vor.

4. Ergebnis

Indem T auf P Schüsse abgegeben hat, hat er sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Dritter Tatkomplex: Geschehen im und am „Square Diner“

A. Strafbarkeit des T

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 Var. 4 und 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber B

Durch das Ziehen und Zielen der Waffe auf B könnte sich T wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 Var. 4 und 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

B ist nicht verstorben, weshalb die Tat nicht vollendet ist. Eine Strafbarkeit des Versuchs ist nach §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB gegeben.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

T müsste mit Tatentschluss gehandelt haben.

aa) Vorsatz gem. § 212 Abs. 1 StGB

T stellte sich vor, B im weiteren Verlauf des Geschehens zu erschießen, und handelte demnach mit Vorsatz in Bezug auf die objektiven Merkmale des § 212 Abs. 1 StGB.

bb) Niedrige Beweggründe gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB

T könnte außerdem aus niedrigen Beweggründen gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB gehandelt haben. Als niedrig sind solche Beweggründe anzusehen, die nach allgemeiner rechtlich-sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind.[45] Hierfür ist eine Gesamtwürdigung der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des

[45] BGHSt 2, 60 (63); 3, 132 (133); 35, 116 (126 f.); 42, 226 (228).

Täters sowie seiner Persönlichkeit anzustellen.[46] T will aufgrund des von ihm angenommenen Fehlverhaltens des B Rache an ihm nehmen. Rache kommt als niedriger Beweggrund nur dann in Betracht, wenn diese ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruht.[47] Entscheidungserheblich sind daher jene Gründe, die den Täter in die Rachlust versetzt haben. Dabei ist zu prüfen, ob die Gefühlsregung aus Sicht des Täters eines vernünftigen Grundes entbehrt.[48] T will Rache an B nehmen, da er davon ausgeht, B habe die Seiten gewechselt und der Polizei zwischenzeitlich sämtliche kriminelle Machenschaften des T und seiner Gang mitgeteilt. Er geht von einem Verrat des B aus. Seine Rache entbehrt damit nicht jeglichen vernünftigen Grundes und beruht damit ihrerseits nicht auf einer niedrigen Gesinnung. Dass die Schlussfolgerungen des T falsch sind, ist hierfür nicht erheblich. Folglich liegen keine gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB niedrigen Beweggründe vor.

Hinweis: An der Stelle kommt es auf die Argumentation an, wobei i.E. beides vertretbar erscheint. Bearbeiter*innen sollten das Problem erkennen und ihre Lösung an den dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung orientieren.

cc) Verdeckungsabsicht gem. § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB

T könnte zudem mit Verdeckungsabsicht gem. § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB gehandelt haben. Allerdings ist er an dieser Stelle des Geschehens nunmehr von Rachegefühlen gegenüber B getrieben. Er ging gerade davon aus, dass B bereits mit der Polizei kooperiert hat und die entsprechenden Taten bereits aufgedeckt wurden. Verdeckungsabsicht gem. § 211 Abs. 2 Var. 9 StGB ist folglich abzulehnen.

b) Unmittelbares Ansetzen

T müsste auch unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Unmittelbares Ansetzen liegt vor, wenn der Täter die Schwelle zum „Jetzt-geht's-los" überschreitet, sein Verhalten nach seinen Vorstellungen von der Tat in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung führen oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll und das Rechtsgut nach seinen Vorstellungen bereits konkret gefährdet ist.[49] T hatte die Waffe bereits gezogen und auf B gerichtet. Das Leben des B wurde demnach bereits in diesem Moment konkret bedroht, wobei T subjektiv und objektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht's-los" überschritten hat. Unmittelbares Ansetzen ist zu bejahen.

c) Kein Rücktritt

Die Tat ist nur deshalb nicht zur Vollendung geraten, weil T durch das beherzte Eingreifen von E am Schießen gehindert wurde. Ein Rücktritt i.S.v. § 24 StGB kommt infolge des Fehlschlags nicht in Betracht.

---

[46] BGHSt 35, 116 (127); 47, 128 (133); 56, 11 (18 f.); 60, 52 (55).

[47] BGHSt 47, 128 (130); a.A. jedenfalls in den Fällen der Rachetötung zur strafvertretenden Ahndung strafrechtlich relevanten Verhaltens *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 211 Rn. 95, der Rachemotive in der Regel als eine Hinwegsetzung über die Rechtswahrungsfunktion des Staates einordnet, die derart „antisozial" sei, dass eine verschärfte Ahndung nach § 211 StGB unerlässlich sei.

[48] BGH NStZ 2011, 35 (35); dazu ausführlich *Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 28.

[49] BGHSt 30, 363 (364 f.); 48, 34 (35 f.); 65, 15 (15 ff.); m.w.N. bei *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 20 ff.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Durch das Ziehen und Zielen der Waffe auf B hat sich T des versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

B. Strafbarkeit der E

I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber T (Brechstange)

Durch den Schlag mit der Brechstange könnte sich E der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB zu Lasten T schuldig gemacht haben.

Hinweis: Wichtig ist, dass in den Bearbeitungen zwischen dem Schlag mit der Brechstange und den Schlägen mit der Pistole unterschieden wird.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

E müsste den objektiven Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Hierfür müsste sie T körperlich misshandelt und/oder an seiner Gesundheit geschädigt haben. Durch den Schlag mit der Brechstange hat T sich zwei Finger seiner Hand gebrochen. Eine Gesundheitsschädigung ist folglich gegeben. Diese ging bei alltagsnaher Betrachtung auch mit mehr als unerheblichen Schmerzen einher, worin eine körperliche Misshandlung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB zu sehen ist. Dieser Erfolg wurde durch E kausal und in objektiv zurechenbarer Weise herbeigeführt.

b) Objektiver Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

E könnte durch die Verwendung der Brechstange die Körperverletzung auch mittels eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB begangen haben. Gefährlich ist ein Werkzeug, wenn es nach der objektiven Art seiner Beschaffenheit und der subjektiven Art seiner Verwendung dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.[50] Der Schlag mit einem Brecheisen ist aufgrund der Beschaffenheit des Gegenstandes sowohl abstrakt als auch durch die konkrete Anwendung in Form des Schlagens zum Hervorrufen erheblicher Verletzungen geeignet. Der objektive Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB ist folglich erfüllt.

c) Subjektiver Tatbestand

E handelte mit Vorsatz sowohl bezüglich § 223 Abs. 1 StGB als auch mit Blick auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB.

[50] BGHSt 13, 152 (154); 30, 375 (377); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2024, Rn. 275; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 224 Rn. 20.

2. Rechtswidrigkeit

E könnte allerdings durch Nothilfe i.S.d. § 32 Abs. 2 Alt. 2 StGB gerechtfertigt sein.

a) Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff

Dazu müsste zunächst ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorgelegen haben, vgl. § 32 Abs. 2 StGB. Unter Angriff wird jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen des Einzelnen verstanden, unabhängig davon, ob die Bedrohung bezweckt oder ungewollt ist.[51] Der Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fortdauert.[52] Ein Angriff ist rechtswidrig, wenn sich der Angreifer seinerseits nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.[53] Der versuchte Totschlag des T gegen B dauerte noch an und stellt mithin einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff auf das Leben und die körperliche Unversehrtheit des B, und damit auf notwehrfähige Individualrechtsgüter, dar.

b) Erforderliche, gebotene Verteidigungshandlung

E müsste eine erforderliche, gebotene Verteidigungshandlung ausgeführt haben. Die Notwehrhandlung ist erforderlich i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB, wenn sie geeignet ist, den Angriff abzuwehren und darüber hinaus von mehreren gleich wirksamen Mitteln das mildeste zur Verfügung stehende Gegenmittel darstellt.[54] Durch das Schlagen des T mit dem Brecheisen wurde T am Schießen auf B gehindert, weshalb die Geeignetheit der Verteidigungshandlung zu bejahen ist. Außerdem waren auf Grund der bereits unmittelbar drohenden Gefährdung auch keine weiteren Abwehrmittel ersichtlich, die eine zu befürchtende Rechtsgutsbeeinträchtigung bei B hätten verhindern können. Insofern stellte der Einsatz der Eisenstange auch das mildeste Mittel dar. Die Verteidigungshandlung war insofern erforderlich. Anhaltspunkte für eine sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts, die die Gebotenheit der Handlung i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB entfallen lassen könnten, liegen nicht vor.

c) Subjektives Rechtfertigungselement

E handelte auch in Kenntnis und aufgrund der Notwehrlage.

d) Zwischenergebnis

E handelte nicht rechtswidrig.

3. Ergebnis

Durch den Schlag mit der Brechstange hat sich E nicht wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB zu Lasten T strafbar gemacht.

---

[51] *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 6; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 5.

[52] *Perron/Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 32 Rn. 13; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 19.

[53] *Kaspar,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 190; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 21.

[54] BGH NStZ 2005, 85 (86); BGH NStZ 2006, 152 (153); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 32 Rn. 129.

II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber T (Schläge mit der Pistole)

E könnte sich durch das Schlagen des T mit der Pistole der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

E müsste zunächst den objektiven Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Indem sie T mit der Pistole geschlagen hat, hat dieser ein leichtes Hämatom erlitten. Eine Gesundheitsschädigung ist gegeben. Diese wurde durch E auch kausal und objektiv zurechenbar herbeigeführt. Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist somit erfüllt.

b) Objektiver Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

aa) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB

Da E die Waffe nicht als solche eingesetzt hat, hat sie die Körperverletzung nicht „mittels“ der Waffe i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB begangen.

bb) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

E könnte die Waffe allerdings als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB eingesetzt haben. Dazu müsste die Waffe in der Funktion als Schlagwerkzug in ihrer objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art ihrer Verwendung im Einzelfall geeignet gewesen sein, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.[55] Eine Waffe ist abstrakt auch im Falle der Verwendung als Schlagwerkzeug dazu geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Fraglich ist, ob die Waffe auch nach der konkreten Art ihrer Verwendung dazu geeignet war, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Zwar handelte es sich um eine Fluchtsituation, bei der E eher mit der Waffe „fuchtelte“, als gezielt auf T einzuschlagen, jedoch ändert sich hierdurch an der Erheblichkeit der möglichen Verletzungen durch die Waffe als stumpfen Gegenstand nichts. Für die Beurteilung der Gefährlichkeit kommt es auch nicht darauf an, ob beim Opfer tatsächlich auch erhebliche Verletzungen entstanden sind, sondern das Werkzeug muss lediglich dazu geeignet sein, diese herbeizuführen.[56] Im Ergebnis ist der objektive Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB zu bejahen.

Hinweis: An dieser Stelle ist bei guter Argumentation beides vertretbar.

c) Subjektiver Tatbestand

E handelte zumindest mit bedingtem Vorsatz hinsichtlich der Erfüllung des objektiven Tatbestandes der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB.

---

[55] BGHSt 13, 152 (154); 30, 375 (377); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2024, Rn. 275; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 224 Rn. 20.

[56] BGHSt 3, 105 (109); 14, 152 (155); ausführlich *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 12.

2. Rechtswidrigkeit

E handelte auch rechtswidrig. Insbesondere war eine Nothilfelage i.S.d. § 32 StGB nicht mehr gegeben, da T mittlerweile von einem Angriff auf B absah und die Flucht ergriff.

3. Schuld

E müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Insbesondere dürften keine Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe einschlägig sein.

a) Notwehrexzess gem. § 33 StGB

Es könnte ein Notwehrexzess i.S.v. § 33 StGB als Entschuldigungsgrund[57] vorliegen.

aa) Vorliegen asthenischer Affekte

E müsste unter dem Eindruck eines asthenischen Affekts i.S.v. § 33 StGB, also Furcht, Schrecken oder Verwirrung, gehandelt haben.[58] Als E auf T mit der Pistole einschlug, war sie „panisch und hysterisch" sowie „von Angst vollends gesteuert". Sie handelte mithin unter dem Eindruck eines asthenischen Affekts i.S.v. § 33 StGB.

bb) Notwehrlage nach § 32 Abs. 2 StGB

Unter diesem Eindruck müsste E die Grenzen des Notwehrrechts überschritten haben. § 33 StGB deckt grundsätzlich den sog. intensiven Notwehrexzess ab, also eine Überschreitung der Grenzen der Erforderlichkeit bzw. Gebotenheit der Verteidigungshandlung.[59] Fraglich ist, ob § 33 StGB auch auf solche Fälle angewendet werden kann, wenn eine Notwehrlage nicht mehr vorliegt (siehe oben), es sich also um einen nachzeitigen extensiven Notwehrexzess[60] handelt.

(1) Rechtsprechung/herrschende Meinung

Nach Auffassung der Rechtsprechung und herrschenden Meinung findet § 33 StGB auf den nachzeitigen Notwehrexzess keine Anwendung.[61] Hiernach wäre ein Schuldausschluss über § 33 StGB abzulehnen.

(2) Andere Auffassung

Nach anderer Auffassung ist ein nachzeitiger Notwehrexzess dann von § 33 StGB umfasst, sofern der Täter noch unter Eindruck einer zeitlich und räumlich nahen tatsächlichen Notwehrsituation steht.[62] E stand unter dem direkten Eindruck der kurz zuvor, und in unmittelbarer räumlicher Nähe stattgefundenen Nothilfelage. Hiernach wäre ein Schuldausschluss über § 33 StGB zu bejahen.

---

[57] Nach ganz h.M. stellt der Notwehrexzess trotz seines neutral gehaltenen Wortlauts einen Entschuldigungsgrund dar, vgl. BGHSt 3, 194 (197); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 33 Rn. 1.

[58] *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2025, § 33 Rn. 22; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 3.

[59] BGH NStZ 2003, 599 (600); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 33 Rn. 10; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 84.

[60] Zu den verschiedenen Konstellationen *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 417.

[61] BGH NStZ 1987, 20 (20 f.); BGH NStZ 2002, 141 (141).

[62] Dazu vor allem *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Tei, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 88 ff.; ebenfalls für eine Anwendung des § 33 StGB streitend *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 33 Rn. 14.

(3) Streitentscheid

Die erstarkende letztgenannte Meinung argumentiert, dass zwischen dem vorzeitigen und dem nachzeitigen extensiven Notwehrexzess zu differenzieren sei. Während bei ersterem tatsächlich eine Notwehrlage nie einschlägig war, ist beim nachträglichen extensiven Notwehrexzess eine Notwehrlage gegeben gewesen, womit eine mit dem Wortlaut des § 33 StGB vergleichbare Situation vorliege. Insbesondere mit Blick auf den geforderten zeitlichen und räumlichen Zusammenhang könne der Eindruck der Notwehrsituation fortwirken.[63] Für die erstgenannte Ansicht spricht dagegen, dass der Wortlaut des § 33 StGB eindeutig eine noch bestehende Notwehrlage voraussetzt. Diese ist in den Fällen des extensiven Notwehrexzesses aber gerade nicht mehr gegeben.[64] § 33 StGB ist daher nicht einschlägig.

b) Zwischenergebnis

E handelte schuldhaft.

4. Ergebnis

E hat sich durch das Schlagen des T mit der Pistole wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Var. 1, 224 Var. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

B hat sich wegen Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB gegenüber D in Tateinheit gem. § 52 StGB mit Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB zu Lasten L strafbar gemacht. L hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 1, 5 StGB zu Lasten A strafbar gemacht. T hat sich wegen versuchten Mordes nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Var. 9, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber P in Tatmehrheit gem. § 53 StGB mit versuchtem Totschlag gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB gegenüber B strafbar gemacht. E hat sich durch das Schlagen mit der Pistole wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber T strafbar gemacht.

[63] *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 421; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 88 ff.

[64] So bspw. BGH NStZ 2002, 141 (141); beachte allerdings *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 283.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23[1]

Die (Ketten-)Anstiftung und ihre Vorrangstellung gegenüber der Beihilfe

1. Als Anstifter kann sich gem. § 26 StGB auch derjenige strafbar machen, der kein ideelles oder materielles Interesse am Taterfolg hat; auf seine Motivation kommt es grundsätzlich nicht an.
2. Die Anstiftung zur Anstiftung (sog. Kettenanstiftung) wird als Anstiftung zur Haupttat gem. § 26 StGB bestraft.
3. Für die Kettenanstiftung ist es unerheblich, dass der (Ketten-)Anstifter die Haupttäter nicht kennt und es dem Mittelsmann überlässt, die Haupttäter auszuwählen.
4. Eine zugleich verwirklichte Beihilfe tritt als weniger schwere Beteiligungsform grundsätzlich hinter der Anstiftung als subsidiär zurück.

(Leitsätze der *Verf.*)

StGB §§ 22, 23, 25, 26, 27, 253, 255, 323c
StPO §§ 264, 265, 353

*Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. (Athen), Vaduz, Wiss. Mitarbeiter Christoph Bauch, LL.M. (Vaduz), Frankfurt a.M.**

I. Einführung

Im deutschen Strafrecht wird zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden (sog. dualistisches Beteiligungssystem)[2], im Gegensatz zum Einheitstätersystem.[3] Nach § 28 StGB stellen Anstiftung (§ 26 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB) besondere Formen der Beteiligung dar.[4] Aus dem Wortlaut und dem Telos der §§ 26, 27 StGB folgt, dass die Strafbarkeit eines Teilnehmers eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat voraussetzt. Der Anstifter fungiert als „Initialzünder“[5] der Haupttat und wird damit zu ihrem geistigen Urheber.[6] Der Gehilfe hingegen leistet lediglich einen kausalen Beitrag zur Begehung der Haupttat und trägt so zu deren Ermöglichung bei.[7] Die Abhängigkeit der Teilnahme

* Die Autorin *Papathanasiou* ist Inhaberin der Professur für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung an der Universität Liechtenstein; der Autor *Bauch* ist Wiss. Mitarbeiter an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und absolvierte den Executive Master of Laws (LL.M.) im Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Liechtenstein.

[1] Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ 2025, 29.

[2] *Rönnau*, JuS 2020, 919 (919); *Bock*, JA 2007, 599 (599); *Hecker*, ZJS 2012, 485 (486).

[3] So beispielsweise in Österreich, wo das Einheitstätersystem in § 12 öStGB gesetzlich verankert ist. Vgl. dazu *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 131 ff.; didaktische Gegenüberstellung der beiden Beteiligungssysteme bei *Bock*, Jura 2005, 673. Identisch auch die Regelung in Liechtenstein (§ 12 liStGB).

[4] Hierzu auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 1.

[5] Vgl. *Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 145.

[6] *Heine/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 1.

[7] *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 26 Rn. 1.

von einer Haupttat verdeutlicht, dass es sich bei den §§ 26, 27 StGB um Zurechnungsnormen handelt.[8] Ein häufiger – insbesondere in Prüfungsleistungen anzutreffender – Fehler besteht darin, von einer Strafbarkeit gem. § 26 StGB oder § 27 StGB zu sprechen; vielmehr liegt die Strafbarkeit stets in der Haupttat begründet.[9] Nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur beruht der Strafgrund der Teilnahme auf der zumindest mittelbaren Verursachung der tatbestandlichen Rechtsgutsverletzung (sog. akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie).[10]

Typischerweise begegnet dem Studenten[11] in Prüfungsleistungen ein Teilnehmer, der unmittelbar mit dem Haupttäter in Kontakt steht. Außerdem sind auch Konstellationen denkbar, in denen eine (strafbare) Beteiligung an der Teilnahme einer anderen Person in Betracht kommt (sog. „Kettenteilnahme“).[12] Dabei ist zu beachten, dass sich nicht nur an einer Täterschaft beteiligt werden kann, sondern ebenso an einer Anstiftung oder Beihilfe. Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die sog. Kettenanstiftung.[13] Sie erfasst Fallgestaltungen, in denen der Anstifter nicht unmittelbar auf den Haupttäter (auch als Tatnächster bezeichnet) einwirkt, sondern dessen Tatentschluss über mindestens eine zwischengeschaltete Person (sog. „Mittelsmann“) hervorgerufen wird.[14] Anders formuliert: A stiftet B an, C zur Begehung einer zumindest vorsätzlichen und rechtswidrigen Tat anzustiften.[15]

Dass die Thematik nicht nur in Prüfungsarbeiten, sondern auch in der Rechtsprechung von Bedeutung ist, zeigt die hier besprochene Entscheidung des BGH vom 12.6.2024.[16] Das Gericht hatte sich darin mit Fragen der Kettenteilnahme auseinanderzusetzen. Der zugrunde liegende Sachverhalt eignet sich in besonderer Weise für Prüfungsaufgaben, da er Probleme des Besonderen Teils mit solchen des Allgemeinen Teils verknüpft.

II. Sachverhalt[17]

Der Angeklagte S belieferte den Geschädigten O, Inhaber einer Kfz-Werkstatt, im Rahmen seiner Tätigkeit als Kurierfahrer. Dabei erlangte er Kenntnis davon, dass O die Waren stets bar bezahlte und hierzu regelmäßig größere Bargeldbeträge bereithielt. Über diese Umstände sowie bevorstehende Lieferungen informierte S den Angeklagten A. S nahm dabei billigend in Kauf, dass A die Informationen an zwei ihm (dem S) unbekannte Personen weitergeben würde, die sie zu einem Überfall auf O nutzen könnten. Ein eigenes Interesse am Gelingen der Tat hatten weder S noch A.

A leitete die Informationen an D und G weiter, die beschlossen, sich das Geld unter Einsatz einer Schreckschusswaffe und eines Messers zu verschaffen. A fuhr D und G mit einem Pkw in die Nähe der

[8] *Hecker*, ZJS 2012, 485 (486).

[9] Vielmehr muss stets (mit)zitiert werden, zu welcher Haupttat angestiftet bzw. Hilfe geleistet wurde; so auch *Hecker*, ZJS 2012, 485 (486).

[10] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 11, 26 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 2; *Geppert*, Jura 1997, 299 (300); *Gerson*, ZIS 2016, 183 (186) m.w.N.

[11] Zur besseren Lesbarkeit wird in der Entscheidungsbesprechung das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

[12] *Hecker*, ZJS 2012, 485 (486).

[13] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 74 f; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 176.

[14] *Meyer*, JuS 1973, 755 (756); *Krell*, Jura 2011, 499 (499).

[15] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 104 m.w.N.

[16] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29.

[17] Der Sachverhalt wird hier aus didaktischen Gründen vereinfacht wiedergegeben; hierzu im Original BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29.

Werkstatt und wartete dort auf ihre Rückkehr. Als sich D und G maskierten, bemerkte A erstmals deren Bewaffnung.

D und G forderten O mithilfe der Schreckschusswaffe und des Messers vergeblich zur Herausgabe des Geldes auf. S, der sich zufällig vor Ort befand, nahm das Geschehen wahr. Als D und G ihr Vorhaben aufgaben, kehrten sie zum Fahrzeug zurück; A öffnete ihnen die hintere Tür, um die Flucht zu ermöglichen. D und G stiegen jedoch nicht ein und flohen zu Fuß.

III. Entscheidung des Gerichts

Der Entscheidung des *1. Strafsenats* des BGH liegt eine Revision der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des Landgerichts Heilbronn zugrunde. Diese rügte eine Verletzung der Kognitionspflicht[18] gem. § 264 StPO, da die mögliche Strafbarkeit des S als Anstifter und des A darüber hinaus sogar als Mittäter nicht geprüft worden sei.[19] Das Landgericht nahm eine Strafbarkeit des S wegen Beihilfe zur versuchten räuberischen Erpressung und eine Strafbarkeit des A wegen Beihilfe zur versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung an.[20] Der *Senat* beanstandete, dass das Landgericht im konkreten und festgestellten Sachverhalt eine mögliche Anstiftung (und im Falle von A eine mögliche Mittäterschaft) nicht geprüft hatte, obwohl dazu Anlass bestanden hätte.[21]

Das Gericht arbeitet zunächst die dogmatischen Voraussetzungen der Anstiftung heraus:

> „Als Anstifter macht sich gemäß § 26 StGB derjenige strafbar, der einen anderen vorsätzlich zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt und dabei die vorsätzliche Begehung der Haupttat durch den Haupttäter und das Hervorrufen des Tatentschlusses des Haupttäters durch ihn selbst zumindest für möglich hält (kognitives Element) und billigend in Kauf nimmt (voluntatives Element; [...]. Anstifter kann auch sein, wer kein ideelles oder materielles Interesse am Taterfolg hat. Auf seine Motivation kommt es grundsätzlich nicht an [...]. Die Anstiftung zur Anstiftung wird als Anstiftung zur Haupttat bestraft [...].“[22]

Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen und nach den Feststellungen des Landgerichts käme bei S und A eine Anstiftung zur Haupttat und hinsichtlich A ggf. eine Mittäterschaft in Betracht.[23] Sowohl S als auch A haben von den wesentlichen Einzelheiten der Haupttat gewusst und hätten selbige billigend in Kauf genommen.[24] Dabei sei es für S unerheblich, dass nur A die Haupttäter kannte und der S gerade nicht. Auch hätten A, D und G erst nach Weiterleitung der Information von S zu der konkreten Tat entschlossen, sodass eine Anstiftung auch nicht am Kausalitätserfordernis scheitere.[25] Indem das Landgericht eine mögliche Anstiftung nicht erörtert hatte, wurde das Urteil hinsichtlich S und A aufgehoben.[26]

---

[18] Sie macht also geltend, dass der festgestellte Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt worden sei; siehe BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 6).
[19] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 6).
[20] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29.
[21] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 6).
[22] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 7).
[23] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 8).
[24] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 9).
[25] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 9).
[26] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 10).

Schließlich wies der *Senat* noch darauf hin, dass eine verwirklichte Beihilfe zur versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung hinter eine etwaige Anstiftung hinsichtlich derselben Haupttat zurücktrete, da sie die weniger schwere Beteiligungsform sei.[27]

IV. Umgang in Prüfungsleistungen und Bewertung

Der BGH beschäftigt sich in dieser Entscheidung insbesondere mit dem Themenkomplex der Kettenanstiftung. Dabei stellt sich die Frage, was genau unter diesem Begriff zu verstehen ist und wie er in einer Prüfungsleistung zu behandeln ist. Eine erste Betrachtung zeigt: Im Gesetz wird die Kettenanstiftung in den §§ 26, 27 StGB nicht ausdrücklich erwähnt.[28] Gleichwohl besteht ein deutliches kriminalpolitisches Interesse daran, die Kettenanstiftung zu ahnden und damit ihre Strafwürdigkeit zu bejahen.[29] Besonders in kriminellen Organisationen liegt der eigentliche Drahtzieher häufig am hintersten Glied der Täterkette.[30] Ihn als den „gefährlichsten Mann“ (den „unbekannten Boss“) zu privilegieren, nur weil seine Identität für den Haupttäter unbekannt bleibt, erscheint kaum hinnehmbar.[31] Auch im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts kommt es aufgrund von Aufgabendelegationen regelmäßig zu einer Trennung zwischen dem geistigen Ursprung einer Tat – dem sog. „Initialzünder“ – und dem ausführenden Haupttäter.[32]

Die Rechtsprechung[33] und Teile der Literatur[34] verstehen die Kettenanstiftung als „mittelbare“ (bzw. indirekte) Anstiftung zur Haupttat.[35] Eine Kettenanstiftung – also die Anstiftung zur Anstiftung – ist mithin immer als Anstiftung zur Haupttat zu bestrafen.[36] Dies hat maßgebliche Auswirkungen (auch) auf gutachtliche Lösungen. In einem Gutachten der hier besprochenen Entscheidung wäre es daher verfehlt (sofern von einer Anstiftung ausgegangen wird), S als Anstifter zur Tat des A als Mittelsmann (also As Anstiftung zur Haupttat als Gegenstand [Haupttat] der Anstiftung des S) zu prüfen. Vielmehr wäre die Strafbarkeit des S und A[37] (jeweils) wegen Anstiftung zu der Haupttat (also der [schweren] räuberischen Erpressung von D und G) zu prüfen.

In einer gutachtlichen Lösung ist im Rahmen einer Kettenanstiftungsprüfung auf unterschiedliche Aspekte einzugehen. Zunächst sollte mit der Strafbarkeit des Haupttäters (des Tatnächsten [!]) begonnen werden, um Inzidenzprüfungen zu vermeiden (geläufiger Aufbaugrundsatz: „Täterschaft vor Teilnahme“). Sollte jedoch nur nach der Strafbarkeit der Teilnehmer gefragt sein, muss die Strafbarkeit der (Haupt-)Täter inzident (mit sämtlichen ggf. auftretenden Problemen) im Rahmen des Merkmals „vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat“ geprüft werden.[38] Sofern im Sachverhalt Abgrenzungsprobleme zwischen der Anstiftung und der Beihilfe angelegt sind, sollte mit der Prüfung der

[27] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 f. Rn. 11).

[28] *Selter*, Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe, 2008, S. 3.

[29] *Krell*, Jura 2011, 499 (499, 503); vgl. auch BT-Drs. IV/650, S. 154 zum Entwurf eines Strafgesetzbuches.

[30] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 177; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 105; *Krell*, Jura 2011, 499 (499).

[31] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 177; *Krell*, Jura 2011, 499 (499).

[32] *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 189, 430; *Krell*, Jura 2011, 499 (499 f.).

[33] Siehe bereits BGH, Urt. v. 7.9.1955 – 3 StR 266/55 = NJW 1955, 1642 (1642).

[34] *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 923; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 8; *Meyer*, JuS 1973, 755 (757 f.).

[35] Andere nehmen hingegen an, dass die Anstiftung selbst eine „rechtswidrige Tat“ i.S.d. § 26 StGB sei und daher zu ihr eine Anstiftung möglich sei; dazu *Gallas*, JR 1956, 227 (227 f.).

[36] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 7).

[37] Sofern bei A nicht sogar die Voraussetzungen einer mittäterschaftlichen Begehungsweise (§ 25 Abs. 2 StGB) anzunehmen sind; vgl. BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 8).

[38] Zur gutachtlichen Lösung der hiesigen Entscheidung siehe bereits *Schneider*, RÜ 2024, 687 (688).

Anstiftung begonnen werden.[39] Im Rahmen dieser Prüfung ist sodann auf ausgewählte Voraussetzungen der Anstiftung ausführlicher einzugehen.

1. „Bestimmen"

Gem. § 26 StGB wird als Anstifter „gleich einem Täter" bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat *bestimmt* hat. Zum Merkmal des „Bestimmens" existieren zahlreiche Aufsätze[40] und eine kaum überschaubare Vielzahl von Lösungsvorschlägen.[41] An dieser Stelle werden daher nur die grundlegenden Auffassungen wiedergegeben, die auch in einer Prüfung bekannt sein sollten.[42]

Nach einer weit verbreiteten Definition liegt ein Bestimmen i.S.d. § 26 StGB vor, „wenn der Teilnehmer den Tatentschluss des Täters hervorruft".[43] Allen Ansichten ist gemeinsam, dass als Mindestanforderung an ein Bestimmen die (Mit-)Kausalität des Anstifters für den Tatentschluss des Täters – im Sinne eines Vorsatzes zur Verwirklichung der Haupttat – erforderlich ist.[44] Durch welches Mittel und in welcher Form die Einflussnahme auf den Täter erfolgt, ist laut Rechtsprechung (sog. Verursachungstheorie)[45] unerheblich; auch ein konkludentes Verhalten kann genügen.[46] Viele Stimmen in der Literatur[47] fordern hingegen ein stärkeres Maß an Einflussnahme. Der Streitgrund liegt letztlich in der Frage, welcher Einfluss vom Anstifter zu fordern ist, um die Bestrafung „gleich einem Täter" zu rechtfertigen und gleichzeitig eine Abgrenzung zwischen Anstiftung und Mittäterschaft zu ermöglichen.[48] Die wohl verbreitetste Meinung in der Literatur ist die sog. Kommunikationstheorie, die einen geistigen Kontakt bzw. einen kommunikativen Akt zum Täter verlangt.[49] Andere Ansätze gehen noch weiter und fordern einen gemeinsamen Tatplan in Form eines „Unrechtspakts".[50]

Überträgt man diese Theorien auf die Kettenanstiftung, führt dies zu uneinheitlichen Ergebnissen. Die Verursachungstheorie steht einem Bestimmen im Rahmen der Kettenanstiftung grundsätzlich nicht entgegen. Das Erfordernis eines kommunikativen Akts oder gar eines Unrechtspakts kann je nach Sachverhalt jedoch zur Verneinung des Bestimmens führen. In einer Fallbearbeitung könnte dieser Streitstand dargestellt und anschließend mit einem Hinweis auf § 30 StGB gelöst werden.

---

[39] Hierzu auch *Kudlich*, JA 2024, 783 (784).

[40] Siehe repräsentativ *Hilgendorf*, Jura 1996, 9; *Krüger*, JA 2008, 492.

[41] *Rönnau*, JuS 2020, 919 (921), weist insoweit darauf hin, dass je nach Zusammenstellung der Meinungsgruppen zwischen drei und 15 Grundthesen (nebst weiteren Abspaltungen) ausgemacht werden könnten.

[42] Ausführlich dazu *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 26 Rn. 10 ff.

[43] *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2025, § 26 Rn. 12.

[44] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 24; *Geppert*, Jura 1997, 299 (303); *Bock*, JA 2007, 599 (600).

[45] Dazu ausführlich *Rönnau*, JuS 2020, 919 (921 f.).

[46] BGH, Urt. v. 20.1.2000 – 4 StR 400/99 = NJW 2000, 1877 (1878); BGH, Urt. v. 22.3.2000 – 3 StR 10/00 = NStZ 2000, 421 (421).

[47] Beispielsweise *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 27; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 881; *Puppe*, GA 1984, 101 (111 ff.).

[48] *Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 26 Rn. 10.

[49] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 27; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 881; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 26 Rn. 3a; *Amelung*, in: FS Schroeder, 2006, S. 147 (163 ff.); *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 2 m.w.N.

[50] *Puppe*, GA 1984, 101 (111 ff.); *dies.*, NStZ 2006, 424 (425 f.).

Denn der Gesetzgeber erkennt in § 30 Abs. 1, Abs. 2 StGB die Kettenanstiftung offensichtlich an bzw. setzt sie in § 30 Abs. 1 Var. 2 StGB sogar voraus.[51] Nach dieser Norm wird derjenige bestraft, der versucht, eine andere Person zu bestimmen, zu einem Verbrechen anzustiften.[52] Hieraus lässt sich im Wege eines Erst-Recht-Schlusses ableiten, dass auch die vollendete Kettenanstiftung als Anstiftung strafbar ist.[53] Hinzu kommt das zuvor dargestellte kriminalpolitisches Bedürfnis – die nicht gewollte Privilegierung des „Hintermanns"; dies stützt nämlich die Ansicht, dass die vollendete Kettenanstiftung grundsätzlich als Anstiftung zu bestrafen ist.[54]

2. Anstiftervorsatz

Innerhalb des subjektiven Tatbestands ist im Anschluss der „doppelte Anstiftervorsatz"[55] zu prüfen. Bei der Kettenanstiftung kann insbesondere der Vorsatz hinsichtlich der Haupttat problematisch sein. Ausreichend ist zunächst ein bedingter Vorsatz[56], dem – wie bei anderen vorsätzlichen Erfolgsdelikten – ein Begrenzungsfunktion zukommt.[57] Dabei ist zu beachten, dass an den Anstiftervorsatz strengere Anforderungen zu stellen sind als an den Vorsatz eines Gehilfen gem. § 27 StGB.[58] Notwendig ist, dass sich der Vorsatz auf eine hinreichend konkretisierte Haupttat bezieht.[59] Eine Bestrafung „gleich einem Täter" kann nicht gerechtfertigt werden, wenn sich der Anstifter keine genauen Vorstellungen über die Straftat am Ende der „Kette" macht.[60] Gleichzeitig dürfen jedoch keine überzogenen Anforderungen an die Bestimmtheit der Haupttat gestellt werden, da sonst die grundsätzliche Strafbarkeit der Kettenanstiftung gefährdet wäre.[61]

Typisch für die Kettenanstiftung ist, dass sich die Tatbeteiligten untereinander häufig nicht kennen. Dies ist bereits beim Normalfall der unmittelbaren Anstiftung unerheblich[62] und lässt sich daher erst recht auf die Kettenanstiftung übertragen.[63] Der Anstifter muss den Haupttäter nicht kennen[64], ebenso wenig ist es erforderlich, die Anzahl der Zwischenglieder („Mittelsmänner") zu kennen.[65]

---

[51] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 177; *Krell*, Jura 2011, 499 (501); *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 105.

[52] Dazu auch *Krell*, Jura 2011, 499 (501).

[53] *Krell*, Jura 2011, 499 (501).

[54] So geht auch *Schneider*, RÜ 2024, 687 (689 f.), in der gutachtlichen Lösung des hier besprochenen Urteils vor.

[55] Hierzu *Satzger*, Jura 2008, 514 (517 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 887 ff.

[56] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 4.

[57] *Bock*, JA 2007, 599 (602); *Krell*, Jura 2011, 499 (502) m.w.N.

[58] *Heine/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 17 m.w.N.

[59] *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, § 51 Rn. 56; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 76. Das Problem der notwendigen Konkretisierung der Tat wird teilweise bereits im objektiven Tatbestand und teilweise erst im Rahmen des subjektiven Tatbestandes erörtert; dazu *Satzger*, Jura 2008, 514 (518 f.).

[60] *Geppert*, Jura 1997, 358 (364).

[61] *Krell*, Jura 2011, 499 (502).

[62] *Heine/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 26 Rn. 19.

[63] *Krell*, Jura 2011, 499 (502).

[64] KG, Beschl. v. 6.3.1991 – 2 Js 26/90 = NJW 1991, 2653 (2655); *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 26 Rn. 9; *Geppert*, Jura 1997, 358 (364); *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 104.

[65] *Küpper*, JuS 1996, 23 (25); *Geppert*, Jura 1997, 358 (364); *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 104; BGH, Urt. v. 8.7.1954 – 3 StR 796/53 = NJW 1954, 1896 (1896).

Gleichwohl müssen die Voraussetzungen hinsichtlich der Bestimmtheit der Tat für jedes Glied der Anstifterkette gesondert geprüft werden.[66]

Der BGH formuliert allgemein für den Anstiftervorsatz, dass sich dieser „auf die Ausführung einer zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Tat beziehen“[67] müsse. Anerkannt ist, dass für eine Anstifterstrafbarkeit der Vorsatz zum Zeitpunkt des Bestimmens sich nicht bereits auf eine *in sämtlichen Einzelheiten konkretisierte Haupttat* richten muss, da die Haupttat stets in der Zukunft liegt und in aller Regel nur der Haupttäter in der konkreten Tatsituation stehen wird.[68]

Zudem ist das zuvor erwähnte Strafbedürfnis der Kettenanstiftung zu berücksichtigen. In diesen Fallkonstellationen ist es typisch, dass sich der Anstifter über das „Wann“, „Wo“ und „Wie“ der Tat durch einen ihm unbekannten Täter nur wenige Gedanken macht.[69] Die Wahl der genauen Tatmodalitäten obliegt regelmäßig dem Haupttäter.[70] Dies gilt insbesondere für typische Fälle der Kettenanstiftung.[71] Unter Berücksichtigung dieser Aspekte sollte daher im Einzelfall geprüft werden, ob die Voraussetzung einer hinreichend konkretisierten Haupttat vorliegt.

V. Fazit zur Entscheidung

Dem BGH ist vor dem Hintergrund der dargelegten Ausführungen hinsichtlich der Anstiftung nach den Urteilsgründen jedenfalls zuzustimmen. Indem S seine Kenntnis über das Bargeld mit dem Angeklagten A teilte, veranlasste er diesen zumindest bedingt vorsätzlich, einen entsprechenden Tatentschluss bei D und G zu wecken.[72] Sowohl S als auch A waren über die wesentlichen Einzelheiten der Haupttat informiert und nahmen diese billigend in Kauf.[73] Vor diesem Hintergrund sprechen die deutlich besseren Gründe für eine Anstiftung.[74]

Wie bereits erwähnt, eignet sich dieser Sachverhalt besonders gut für strafrechtliche Prüfungsaufgaben. Neben Fragen zu Täterschaft und Teilnahme können – abhängig von den Angaben im Sachverhalt – weitere Problemfelder wie die Schreckschusswaffenproblematik[75], die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung[76] sowie allgemeine Probleme beim Versuch geprüft werden.

---

[66] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 104, die zugleich darauf hinweisen, dass bei jedem Zwischenanstifter auch der Aufforderungscharakter einer Anstiftung vorliegen muss.

[67] BGH, Urt. v. 21.4.1986 – 2 StR 661/85 = NJW 1986, 2770 (2770).

[68] *Satzger*, Jura 2008, 514 (519).

[69] Vgl. *Satzger*, Jura 2008, 514 (519); *Krell*, Jura 2011, 499 (502); ausf. *Meyer*, JuS 1973, 755 (756 ff.).

[70] *Roxin*, JZ 1986, 908 (908): „Der Täter ‚macht‘ die Tat, der Anstifter den Täter“.

[71] Vgl. *Krell*, Jura 2011, 499 (502).

[72] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 9).

[73] BGH, Urt. v. 12.6.2024 – 1 StR 463/23 = NStZ 2025, 29 (30 Rn. 9).

[74] Bei dem Angeklagten A soll ggf. sogar eine mittäterschaftliche Beteiligung in Betracht kommen (siehe oben).

[75] Dazu beispielsweise *Ransiek*, JA 2018, 666; *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2024, § 250 Rn. 11.

[76] Dazu beispielsweise *Bode*, JA 2017, 110.

Aufbauschema zu Anstiftung und Beihilfe:[77]

A. Strafbarkeit des Haupttäters (Tatnächsten)
B. Strafbarkeit des Teilnehmers
   I. Tatbestandsmäßigkeit
      1. Objektiver Tatbestand
         a) Vorliegen einer – zumindest in das strafbare Versuchsstadium (§ 22 StGB) gelangten – vorsätzlichen, rechtswidrigen (Haupt-)Tat (in der Regel Verweis auf A)
         b) Teilnahmehandlung
            aa) Bei der Anstiftung: Bestimmen zur Haupttat (zumindest mitursächliches Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter)
            bb) Bei der Beihilfe: Förderung der Haupttat durch Hilfeleisten (Unterstützungshandlung in Form der physischen oder auch psychischen Beihilfe)
      2. Subjektiver Tatbestand (sog. doppelter Teilnehmervorsatz)
         a) Vorsatz bzgl. der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat
         b) Vorsatz bzgl. des Bestimmens (im Falle der Anstiftung) oder Vorsatz bzgl. des Hilfeleistens (im Fall der Beihilfe)
   II. Rechtswidrigkeit
   III. Schuld

[77] Orientiert an *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2025, § 45 Rn. 12.

Entscheidungsbesprechung

BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25[1]

Pflicht des Gerichts zur audiovisuellen Vernehmung eines Auslandszeugen

> Eine fehlerhafte Anwendung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO kann im Einzelfall einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren darstellen, wenn die beteiligten Gerichte sich „so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft des Angeklagten sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und die Entscheidung keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann“ (Rn. 65).

(Leitsatz des *Verf.*)

GG Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3
EMRK Art. 6 Abs. 1
StPO § 244 Abs. 2, Abs. 5 S. 2

*Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn**

I. Einführung: Gegenstand der Entscheidung und Prüfungsrelevanz

Eine der zentralen Prozessmaximen des Strafverfahrensrechts ist der Amtsaufklärungsgrundsatz gem. § 244 Abs. 2 StPO. Danach hat das Gericht „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind“. Das bedeutet, dass Gegenstand der Urteilsfindung nicht ausschließlich das sein darf, was Staatsanwaltschaft einerseits und Angeklagte und Verteidigung andererseits vortragen.[2] Ziel der Beweisaufnahme ist es, sich der Wahrheit über den verfahrensgegenständlichen Lebenssachverhalt so weit wie möglich anzunähern.[3] Zu diesem Zweck hat das Gericht von sich aus alle Beweismittel heranzuziehen, die insoweit möglicherweise dienlich sein könnten, ungeachtet dessen, ob einer der Verfahrensbeteiligten dies vorträgt. Selbst eine geständige Einlassung eines Angeklagten darf (nach umstrittener Auffassung) nicht ohne weiteres unhinterfragt hingenommen[4], sondern muss auf ihre Stimmigkeit mit Blick auf die sonstige Beweislage hin gewürdigt werden.[5]

---

* Der *Verf.* ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2025, 24851.

[2] Exemplarisch *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2025, § 20 Rn. 19 ff.

[3] Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 57 = BVerfGE 140, 317 (345); *Bock*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 8 m.w.N.

[4] So aber exemplarisch noch BGH, Beschl. v. 19.8.1993 – 4 StR 627/92 = BGHSt 39, 291 (303).

[5] So auch bspw. *Bock*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 72; *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 244 Rn. 31; jeweils unter Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Verständigungsgesetz (Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 4.8.2009 = BGBl. I 2009, S. 2353), vgl. BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11, Rn. 68 = BVerfGE 133, 168 (207 f.)

In der Verhandlungssituation kann es jedoch dazu kommen, dass die Verteidigung (oder – seltener – die Staatsanwaltschaft) es für erforderlich hält, ein bestimmtes Beweismittel in die Hauptverhandlung einzuführen, das Gericht diese Einschätzung aber nicht teilt. Für diese Konstellation sieht die Strafprozessordnung das Institut des Beweisantrags vor. Danach kann der Verfahrensbeteiligte unter bestimmten Voraussetzungen (§ 244 Abs. 3 S. 1 StPO) vom Gericht verlangen, den beantragten Beweis zu erheben. Diesen Antrag darf das Gericht nur in bestimmten gesetzlich vorgesehenen Fällen ablehnen (§ 244 Abs. 3 S. 2 und 3, Abs. 4, Abs. 5, Abs. 6 S. 2 StPO). Im Regelfall (beachte aber § 244 Abs. 6 S. 2 StPO) erfolgt die Ablehnung durch einen Beschluss des Gerichts, der zu begründen ist. Zwar ist er gem. § 305 S. 2 StPO nicht isoliert mit der Beschwerde anfechtbar.[6] Die Revision (§ 337 StPO) gegen das später ergehende Urteil kann dann aber entweder auf den Vortrag gestützt werden, dass das Gericht unberechtigterweise das Beweismittel nicht herangezogen und damit seine Aufklärungspflicht verletzt hat, oder auf eine Verletzung des Beweisantragsrechts.[7]

Eine der Fallgruppen, in denen das Gericht berechtigt ist, den Beweisantrag abzulehnen, betrifft das Verlangen, einen Auslandszeugen zu vernehmen (§ 244 Abs. 5 S. 2 i.V.m. S. 1 StPO). Danach „kann auch ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abgelehnt werden, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre", „wenn […] nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist". Darum geht es in der zu besprechenden Entscheidung: Die 3. Kammer des *Zweiten Senats* des Bundesverfassungsgerichts führt aus, dass die Strafgerichte des (verfassungsrechtliche) Recht auf ein faires Verfahren verletzt haben, weil sie es abgelehnt haben, einen Auslandszeugen per Video zu vernehmen, der nicht nach Deutschland reisen wollte, um sich in persona im Gerichtssaal vernehmen zu lassen.

Die Entscheidung betrifft eine Vorschrift des Beweisantragsrechts und scheint damit – auf den ersten Blick – allenfalls im Schwerpunktbereich und für das Referendariat ausbildungsrelevant zu sein. Von diesem speziellen „Aufhänger" abgesehen geht es aber in der Sache zum einen um Grundlagen des Strafprozessrechts (insbesondere die Reichweite der Aufklärungspflicht des Gerichts und Grundsätze der Beweiswürdigung) und zum anderen um die Reichweite der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz. Der Beschluss dürfte daher sowohl für straf- wie auch für öffentlich-rechtliche Prüfungen interessant sein.

II. Entscheidungserheblicher Sachverhalt und strafgerichtliche Entscheidungen

Den Entscheidungen liegt ein komplexer Sachverhalt zugrunde, der hier nicht im Detail wiedergegeben werden kann. Im Einzelnen wird zum Tathergang auf das Urteil des Landgerichts[8], zum prozessualen Geschehen auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts[9] verwiesen. Entscheidend ist Folgendes:

Im Kern beschäftigt der Fall sich mit einem Auftragsmord im Umfeld der „Hells Angels", die Hintergründe ließen sich nicht im Einzelnen aufklären. Die Schwurgerichtskammer stellte zum Haupttatgeschehen fest, dass die gesondert verfolgten C./P.Y.[10] und U./HY.RH. aufgrund eines vorherigen Plans am 27.5.2023 mit dem Geschädigten und dessen Partnerin (F./NJ.) zusammentrafen. Einer der

[6] Klarstellend bspw. *Frisch*, in: SK-StPO, Bd. 6, 6. Aufl. 2022, § 305 Rn. 16 m.w.N.

[7] Vgl. nur etwa BGH, Urt. v. 13.1.2011 – 3 StR 337/10 = NStZ 2011, 471 (472) m.w.N.

[8] LG Köln, Urt. v. 23.5.2024 – 101 Ks 3/24 = BeckRS 2024, 44150 Rn. 1 ff.

[9] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 1 ff.

[10] Die Entscheidungen verwenden unterschiedliche Kürzel für die Beteiligten, was die parallele Lektüre erschwert. Daher sind im Folgenden immer beide angegeben; das erste ist dasjenige des Bundesverfassungsgerichts, das zweite dasjenige des Landgerichts.

beiden – wer, konnte nicht aufgeklärt werden – erschoss in diesem Kontext den Geschädigten. Des Weiteren wurde auf dessen Partnerin geschossen, die am Hals verletzt wurde, letztlich aber gerettet werden konnte. C./P.Y. und U./HY.RH. flohen ins Ausland.

Die Staatsanwaltschaft legte dem Angeklagten zur Last, zu diesem Mordanschlag angestiftet zu haben. Für die Identität des Anstifters gab es keine unmittelbaren Beweise, vielmehr stützte die Verurteilung sich – zulässigerweise (§ 261 StPO) – auf eine Gesamtschau aus Indizien. Diese ergaben sich maßgeblich aus der Zeugenaussage der Lebensgefährtin von C./P.Y. (Ca./YG.). Nach ihrer Aussage waren – zusammengefasst – der Angeklagte und C./P.Y., die sich bereits aus früheren Zeiten als „Hells Angels"-Mitglieder gekannt hatten, sich auf einer Hochzeit wiederbegegnet und hatten danach wieder engen Kontakt. Während dieses Zeitraums habe C./P.Y. ihr gegenüber geäußert, er müsse einen „Auftrag" erfüllen und anschließend das Land verlassen; dann aber stehe ihnen ein Leben im Luxus bevor. Gerade in der Zeit unmittelbar vor der Tat sei er extrem belastet gewesen, habe sich sehr emotional von ihr verabschiedet und sie angewiesen, ihr Smartphone zu zerstören, falls die Polizei die Wohnung durchsuche etc. In Kombination mit den Verbindungsdaten, aus denen sich bestimmte Telefonate zwischen C./P.Y. und dem Angeklagten ergaben, folgerte die Kammer, dass der Angeklagte C./P.Y. zum Mord am Geschädigten angestiftet habe.

Im Laufe der Hauptverhandlung hatte die Verteidigung einen Beweisantrag gestellt, U./HY.RH. als Zeugen zu vernehmen, der sich nach seiner Flucht in der Türkei befand; dieser könne insbesondere aussagen, dass C./P.Y. der Schütze gewesen sei und den Entschluss dazu eigenständig gefasst habe; der Angeklagte habe nichts mit der Tat zu tun. Als Kontaktmöglichkeit gab der Verteidiger einen Rechtsanwalt in Istanbul an. U./HY.RH. war bislang im Verfahren noch nicht vernommen worden.

Der Vorsitzende nahm daraufhin mit diesem Anwalt Kontakt auf. Dieser teilte mit, U./HY.RH. sei weder bereit nach Deutschland zu reisen noch sich von einem türkischen Gericht vernehmen zu lassen. Das Gericht lehnte den Beweisantrag gem. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ab. Später teilte der Anwalt in Istanbul mit, U./HY.RH. sei bereit, sich in ein türkisches Gericht zu begeben und von dort aus audiovisuell von der Kammer vernommen zu werden. Die Verteidigung erhob daraufhin eine Gegenvorstellung[11] zum Ablehnungsbeschluss. Das Gericht hielt jedoch daran fest. Es begründete die Ablehnung des Beweisantrags damit, dass die Vernehmung des U./HY.RH. „nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich" sei (§ 244 Abs. 5 S. 2 StPO). Eine durch Videovernehmung gewonnene Zeugenaussage sei völlig untauglich, etwas zur Sache beizutragen. Zum einen sei der Beweiswert bereits deshalb gemindert, weil U./HY.RH. tatverdächtig sei, zum anderen könne die Kammer sich bei einer Videovernehmung kein hinreichendes Bild vom nonverbalen Verhalten des Zeugen machen.

Die Kammer verurteilte des Angeklagten wegen Anstiftung zum Mord sowie wegen Waffendelikten zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.[12] Dagegen legte die Verteidigung Revision zum BGH ein mit der Begründung, das Gericht habe seine Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) verletzt, indem es den Beweisantrag abgelehnt (bzw. der Gegenvorstellung nicht abgeholfen) und U./HY.RH. nicht audiovisuell als Zeugen vernommen habe. Der BGH verwarf die Revision als offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).[13]

[11] Dazu *Rotsch/Wagner*, in: NK-StPO, Bd. 2, 2025, Vor § 296 Rn. 69 f. m.w.N.
[12] LG Köln, Urt. v. 23.5.2024 – 101 Ks 3/24 = BeckRS 2024, 44150.
[13] BGH, Beschl. v. 4.12.2024 – 2 StR 521/24.

III. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der Angeklagte erhob Verfassungsbeschwerde gegen die beiden strafgerichtlichen Urteile und rügte eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) mit Blick auf die Ablehnung des Beweisantrags. Die 3. Kammer des *Zweiten Senats* des Bundesverfassungsgerichts erachtete die Beschwerde für zulässig und begründet, hob die beiden strafgerichtlichen Entscheidungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurück (§§ 90 Abs. 2 S. 1, 93c, 95 Abs. 2 BVerfGG).

Der Beweisantrag habe von Verfassungs wegen nicht abgelehnt werden dürfen. Die Vorschrift § 244 Abs. 5 S. 2 StPO sei zwar grundsätzlich verfassungskonform, ebenso die sie konkretisierende Rechtsprechung des BGH.[14] Dagegen verletze ihre Anwendung im konkreten Fall das Recht auf ein faires Verfahren.[15] Zwar stelle nicht jede Verletzung der Aufklärungspflicht einen Verfassungsverstoß dar. Dies sei aber dann der Fall, wenn „sich das Tat- und gegebenenfalls das Revisionsgericht im konkreten Fall bei Anwendung von § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft des Angeklagten sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und die Entscheidung keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann“.[16] So liege der verfahrensgegenständliche Fall; die Ablehnung des Beweisantrags durch die Strafkammer sei „schlechterdings nicht mehr verständlich“.[17] Denn der Zeuge sei erreichbar gewesen und habe als einziger potenzieller Entlastungszeuge eine erhebliche Rolle gespielt, was gerade angesichts des schweren Tatvorwurfs relevant sei.[18] „[S]chon im Ansatz nicht überzeugen“ können ferner die Erwägung der Strafkammer, eine (bloß) audiovisuelle Vernehmung mindere den potenziellen Beweiswert der Aussage dermaßen, dass sie zur Sachaufklärung völlig ungeeignet sei.

IV. Würdigung

Die Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert – nicht nur, weil sie offenbar an einem Sonntag (!) gefällt wurde.[19] Auch wenn es sich („nur“) um eine Kammerentscheidung handelt, hat sie das Potenzial, sowohl die straf- (sogleich 1.) wie auch die verfassungsgerichtliche (sogleich 2.) Rechtsprechung zu prägen.

1. Zur Anwendung des Strafverfahrensrechts durch das LG und den BGH

Zunächst ist zu beleuchten, wie die Entscheidung der Strafkammer, den Beweisantrag der Verteidigung abzulehnen, prozessual zu bewerten ist. Maßgeblich ist die Vorschrift § 244 Abs. 5 S. 2 StPO, wonach ein Beweisantrag auf Ladung eines Auslandszeugen abgelehnt werden kann, wenn das Gericht dies nicht für erforderlich hält. Diese Vorschrift wurde 1993 eingeführt[20] und dient dem Zweck, den internationalen Rechtshilfeverkehr zu entlasten[21].

[14] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 60 ff.
[15] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 65 ff.
[16] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 65.
[17] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 66.
[18] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 67 ff.
[19] Darauf weist auch *Burhoff* (https://blog.burhoff.de/2025/09/beweis-i/ – zuletzt abgerufen am 19.1.2026) hin.
[20] Art. 2 Nr. 4 Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 = BGBl. I 1993, S. 50 (51).
[21] BT-Drs. 12/1217, S. 36.

Exkurs: Anforderungen an einen Beweisantrag
Da die Strafkammer den Antrag der Verteidigung gem. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ablehnte, ging sie offenbar davon aus, dass ein Beweisantrag im technischen Sinne des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO vorlag. Da dieser Themenkomplex im Studium in der Regel keine größere Rolle spielt, sollen ergänzend kurz die Voraussetzungen skizziert werden:
Seit Ende 2019[22] enthält das Gesetz in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO eine Legaldefinition des Beweisantrags, die im Wesentlichen die bis dahin herrschende obergerichtliche Rechtsprechung[23] abbildet.[24] Danach liegt ein Beweisantrag im Rechtssinne, der vom Gericht förmlich zu bescheiden ist, nur dann vor, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind:[25]

– Ernsthaftes Verlangen
– Bestimmt bezeichnetes Beweismittel
– Bestimmt behauptete konkrete Tatsache
– Konnexität

Der Antragsteller muss die Beweiserhebung ernsthaft wollen; nicht ausreichend sind Behauptungen „ins Blaue hinein".[26] Auch muss ein hinreichend konkret bestimmtes Beweismittel benannt werden, das das Gericht heranziehen soll. Des Weiteren muss dargelegt werden, welche Tatsache mit dem Beweismittel bewiesen werden soll und „weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll" (sog. Konnexität). Keine tauglichen Beweistatsachen sind insbesondere sog. negative Tatsachen;[27] in aller Regel kann kein Beweismittel dartun, dass irgendetwas nicht geschehen ist (sondern allenfalls, dass etwas anderes geschehen ist, was die Negativtatsache denklogisch ausschließt – ein Beweisantrag kann also nicht etwa darauf gerichtet sein, dass der Angeklagte sich im Tatzeitpunkt nicht in Köln aufgehalten hat, wohl aber darauf, dass er zur betreffenden Zeit in Düsseldorf war).
Diesen Anforderungen genügt der Antrag im hiesigen Fall[28] nur teilweise: Soweit die Aussage des U./HY.RH. zum Zwecke des Beweises angeboten wurde, dass der Angeklagte „in keinster Weise auf [die beiden möglichen Schützen] eingewirkt hat, um bei diesen einen Tatentschluss für einen Mord hervorzurufen", so liegt strenggenommen kein Beweisantrag vor. Im Übrigen werden bestimmte Beweistatsachen benannt. Jedenfalls, soweit es um behauptete Tatsachen geht, die den Tathergang betreffen, ergibt sich die Konnexität aus dem Vortrag, dass der Zeuge am Tatort war.

Klarzustellen ist zunächst, dass der Beweisantrag der Verteidigung auf eine *Zeugen*vernehmung gerichtet war. Wie sich im Umkehrschluss aus § 60 Nr. 2 StPO ergibt, macht allein der Umstand, dass U./HY.RH. verdächtigt wurde, der Schütze gewesen zu sein, ihn nicht automatisch zu einem (Mit-) Beschuldigten und schließt damit seine Zeugeneigenschaft nicht aus.

[22] Eingefügt durch Art. 1 Nr. 14 lit. a des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019 = BGBl. I 2019, S. 2121 (2122) – Nr. 46 v. 12.12.2019.
[23] Exemplarisch BGH, Urt. v. 15.12.2005 – 3 StR 201/05 = NStZ 2006, 585 (586).
[24] BT-Drs. 19/14747, S. 33.
[25] Vgl. etwa *Bock*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 134 ff.
[26] Dazu bspw. BGH, Urt. v. 11.4.2013 – 2 StR 504/12 = NStZ 2013, 536; *Bock*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 167 m.w.N.
[27] Vgl. die Beispiele bei *Bock*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 178 f.
[28] Wiedergegeben bei BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 11.

Eine „reguläre“ Zeugenvernehmung ist diejenige im Saal des erkennenden Gerichts im Rahmen der Hauptverhandlung. Die audiovisuelle Vernehmung stellt eine Abweichung davon dar, die einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Diese Grundlage liefert § 247a Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO i.V.m. § 251 Abs. 2 StPO.[29] Danach ist eine audiovisuelle anstelle einer persönlichen Vernehmung insbesondere dann möglich, wenn letzterer gem. § 251 Abs. 2 Nr. 2 StPO ein „nicht zu beseitigende[s] Hindernis[] entgegensteh[t]“. Ein solches kann bereits bestehen, wenn der Zeuge sich weigert, nach Deutschland zu kommen, weil keine entsprechenden Zwangsmittel bestehen.[30]

Die Ladung des Zeugen war auch i.S.d. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO „im Ausland zu bewirken“. U./HY.RH. befand sich im Zeitpunkt der Hauptverhandlung in der Türkei.

Entscheidend ist daher, ob seine Vernehmung „nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich“ war (§ 244 Abs. 5 S. 2 i.V.m. S. 1 StPO). Bei dieser Einschätzung spielen nach der Rechtsprechung des BGH maßgeblich vier Faktoren eine Rolle:[31] (1) die Schwere der angeklagten Straftat[32], (2) die Relevanz der zu beweisenden Tatsache für den Vorwurf[33], (3) der voraussichtliche Beweiswert der Zeugenaussage[34] sowie (4) der Aufwand, den die Ladung und Vernehmung des Auslandszeugen mit sich bringt, und die damit einhergehende Verzögerung des Verfahrens[35]. Insoweit ergibt sich die Besonderheit, dass das Gericht ausnahmsweise bereits vor Abschluss der Beweisaufnahme deren bisherige Ergebnisse würdigen darf, um einzuschätzen, ob der Aufwand der Auslandsladung sich voraussichtlich lohnen wird (sog. Beweisantizipation).[36]

Unter diesen Gesichtspunkten ist die vom BVerfG vorgetragene Kritik durchaus berechtigt:

Da es um den Vorwurf einer Anstiftung zum Mord ging, stand eines der schwersten Delikte des deutschen Strafrechts im Raum und drohte dem Angeklagten die höchste denkbare Strafe, weshalb besonders hohe Anforderungen an die Sorgfalt des Verfahrens zu stellen waren.[37]

Die Tatsachen, zu denen U./HY.RH. aussagen sollte, waren auch – wie die Strafkammer selbst erkannte – von zentraler Bedeutung, weil unmittelbar die Verantwortung des Angeklagten als Anstifter in Rede stand, die bislang nur aus Indizien abgeleitet worden war.[38] Zudem ist zu beachten, dass es sich um den einzigen potenziellen Entlastungszeugen gehandelt hätte, der zudem bislang noch gar nicht vernommen worden war, weshalb für eine Vernehmung auch die Garantie des Art. 6 Abs. 3

[29] Überblick etwa bei *Abel*, WiJ 2005, 101 (103 f.); ausführlich *Thörnich*, Der Auslandszeuge im Strafprozess, 2020, S. 361 ff.

[30] Bspw. *Abel*, WiJ 2005, 101 (103); *Brodowski*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 22 Rn. 42; näher *Norouzi*, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 68 ff., 75 ff.; *Thörnich*, Der Auslandszeuge im Strafprozess, 2020, S. 318 ff.

[31] So die Systematisierung nach *Bock*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 606 ff.

[32] Bspw. BGH, Beschl. v. 25.4.2002 – 3 StR 506/01, Rn. 4 = NStZ 2002, 653 (654); BGH, Urt. v. 9.6.2005 – 3 StR 269/04 = NJW 2005, 2322 (2323); krit. bspw. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 9.9.1997 – 3 Ss 271/97 = StraFo 1998, 271; *Becker*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 6, 27. Aufl. 2019, § 244 Rn. 355 („wohl kaum ein zulässiges Abwägungskriterium“); *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 268 („zweifelhaft“); *Krehl*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 244 Rn. 213; *Trüg/Habetha*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 244 Rn. 375.

[33] Bspw. BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – 3 StR 374/06 = NStZ 2007, 349 (351); BGH, Urt. v. 21.7.2016 – 2 StR 383/15 = NStZ 2017, 96 (97) m.w.N.; beachte aber auch einschränkend BGH, Urt. v. 9.6.2005 – 3 StR 269/04, Rn. 11 = NStZ 2005, 701 (703: selbst bei besonderer potenzieller Bedeutung des Beweismittels nicht zwangsläufig Ermessensreduktion auf null).

[34] Exemplarisch BGH, Beschl. v. 23.10.2013 – 5 StR 401/13 = NStZ 2014, 51.

[35] So etwa BGH, Beschl. v. 15.10.2010 – 5 StR 119/10 = NStZ 2011, 231.

[36] Stellvertretend BGH, Beschl. v. 16.2.2022 – 4 StR 392/20, Rn. 11 = NStZ 2022, 634 (635) m.w.N.

[37] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 68.

[38] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 69.

lit. d EMRK streitet.[39] Auch wenn U./HY.RH. als Entlastungszeuge benannt war, war – da er bislang noch nicht vernommen worden war –auch nicht ausgeschlossen, dass er den Angeklagten umgekehrt hätte belasten können; auch mit Blick hierauf wäre eine Vernehmung angezeigt gewesen, um die Möglichkeit zu eröffnen, eine Verurteilung nicht ausschließlich auf Indizien zu stützen.[40]

Kern der Kritik war der voraussichtliche Beweiswert der Zeugenaussage. Auch insoweit bestehen erhebliche Bedenken gegen die Begründung der Strafkammer:

Indem das Landegericht Kontakt mit dem Rechtsanwalt des Zeugen in Istanbul aufgenommen hat, um diesen über ein türkisches Gericht zu vernehmen, hat es deutlich gemacht, dass es die Aussage des Zeugen gerade nicht von Anfang an für bedeutungs- oder wertlos erachtet hat. Denn wenn es um die Umsetzung der Auslandsvernehmung geht, betrifft dies die – später nicht mehr infrage gestellte – Erreichbarkeit des Zeugen und den damit verbundenen Aufwand, nicht aber die Frage, welchen Nutzen das Gericht sich davon erhofft.

Ebenfalls nicht selbstverständlich ist die Annahme, dass ein hohes Risiko für eine Falschaussage bestehe, weil U./HY.RH. selbst der Tatbeteiligung verdächtig war. Zutreffend ist zwar, dass der sich aufdrängende Interessenkonflikt bei der Würdigung der Zeugenaussage (und damit auch bei der Prognose i.R.d. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO) kritisch zu berücksichtigen ist.[41] Dies gilt erst recht, weil U./HY.RH. sich offenbar dahingehend entlasten wollte, als er voraussichtlich vortragen sollte, dass nicht er, sondern (ausschließlich) C./P.Y. der Schütze gewesen sei. Die Antwort auf die Frage, wer geschossen hat, hat aber keine zwingenden Rückwirkungen auf diejenige, ob der Angeklagte die betreffende Person angestiftet hat oder nicht. Die mögliche Tatbeteiligung als Haupttäter macht eine potenzielle Zeugenaussage betreffend den Tatvorwurf gegen den Angeklagten daher nicht automatisch gänzlich unglaubhaft.

Schließlich überzeugen auch die Ausführungen der Strafkammer zu einer angeblichen (weiteren) Minderung des potenziellen Beweiswerts der beantragten Zeugenaussage wegen des Mediums der Videovernehmung nicht. Gegen die Annahme, dass eine audiovisuelle Zeugenvernehmung weniger verlässlich sei als eine solche im Gerichtssaal, spricht zunächst dogmatisch, dass das Gesetz dieses Instrument an mehreren Stellen explizit zulässt (insb. §§ 58b, 247a StPO, vgl. auch § 463e StPO).[42] Zudem ist hervorzuheben, dass die erleichterte Ablehnung von Beweisanträgen gem. § 244 Abs. 5 S. 2 StPO ausschließlich daran knüpft, dass die Ladung im Ausland zu bewirken ist, aber keinen Unterschied danach macht, wie die Vernehmung konkret durchgeführt werden soll.

Aber auch aussagepsychologisch überzeugt die Annahme von der Minderwertigkeit der Videovernehmung nicht. Ihr liegt die – nach wie vor verbreitete[43] – Annahme zugrunde, man könne aus der Körpersprache auf den Wahrheitsgehalt der Aussage schließen, was etwa daraus deutlich wird, dass die Strafkammer darauf hinweise, dass bei einer audiovisuellen Vernehmung das nonverbale Aussage-

[39] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 70.

[40] So der Vortrag des Beschwerdeführers, wiedergegeben bei BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 42.

[41] Vgl. nur etwa BGH, Beschl. v. 5.7.2010 – 5 StR 156/10 = NStZ-RR 2010, 352 (353); *Murmann*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 261 Rn. 124 m.w.N.

[42] So der Vortrag des Beschwerdeführers, wiedergegeben bei BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 47; offengelassen von der Kammer (Rn. 72).

[43] Vgl. etwa *The Global Deception Research Team*, Journal of Cross-Cultural Psychology 37 (2006), 60; aus der deutschen Rechtsprechung etwa BGH, Urt. v. 15.9.1999 – 1 StR 286/99 = BGHSt 45, 188 (196 f.) = NJW 1999, 3788 (3790); BGH, Beschl. v. 17.11.2020 – 3 ARs 14/20 = NStZ-RR 2021, 22. Hierauf bezieht sich auch die Strafkammer, vgl. LG Köln, Urt. v. 23.5.2024 – 101 Ks 3/24 = BeckRS 2024, 44150 Rn. 269.

verhalten nur einschränkt wahrnehmbar sei[44]. Diese Annahme ist allerdings längt widerlegt.[45] Zwar ist es richtig, dass in psychologischer Hinsicht verschiedene Unterschiede zwischen persönlicher und audiovisueller Vernehmung bestehen;[46] diese rechtfertigen es aber nicht, diese Form der Beweisführung als minderwertig zu betrachten.[47]

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Strafkammer auch nicht etwa davon abgesehen hat, die Partnerin des Geschädigten (F./NJ.) gem. § 247a StPO audiovisuell zu vernehmen.[48] Dem lässt sich auch nicht ohne weiteres entgegnen, dass bei U./HY.RH. das Problem seiner möglichen Tatbeteiligung dazukomme, weil F./NJ. als unmittelbar und mittelbar Geschädigte der Tat ebenfalls nicht gänzlich „neutral" war, was bei der Würdigung ihrer Aussage berücksichtigt werden musste.

Angesichts der großen (potenziellen) Bedeutung der Aussage des Zeugen für das Verfahren wäre daher der organisatorische Aufwand der Ladung über die Türkei und seiner audiovisuellen Vernehmung im Dienst der Wahrheitsfindung in Kauf zu nehmen.

2. Zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung

Ungeachtet der strafprozessualen Einschätzung ist zu klären, ob die Kammer des BVerfG derartige Überlegungen überhaupt anstellen durfte.

a) Zuständigkeit

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Kammer entscheiden durfte oder ob die Entscheidung dem *Zweiten Senat* des BVerfG vorbehalten gewesen wäre.

Exkurs: Das Bundesverfassungsgericht besteht nicht ausschließlich aus den beiden mit jeweils acht Personen besetzten Senaten[49]. Gem. § 15a BVerfGG werden aus diesen Personen mehrere Kammern mit jeweils drei Personen gebildet, die verschiedene Aufgaben innerhalb des Gerichts wahrnehmen.

Die Voraussetzungen für eine stattgebende Entscheidung der Kammer ergeben sich aus § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG:

Zunächst verweist die Vorschrift auf § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG. Danach muss die Entscheidung „zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 genannten Rechte angezeigt" sein; „dies kann auch der Fall sein, wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht." Ein drohender besonders schwerer Nachteil kann insbesondere in einer straf-

[44] Wiedergegeben bei BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 18; vgl. auch die skeptischen Ausführungen betreffend die Würdigung der Aussage der Zeugin F./NJ. – der Partnerin des Geschädigten –, die ebenfalls verletzt worden war und wegen ihrer Traumatisierung durch das Tatgeschehen gem. § 247a StPO per Videoschaltung vernommen wurde: LG Köln, Urt. v. 23.5.2024 – 101 Ks 3/24 = BeckRS 2024, 44150 Rn. 269.

[45] Vgl. *M. Wagner*, GA 2021, 340 (342 f.); *ders.*, in: Beck u.a., Strafrecht in der Krise, Erkenntnisse zum gesamten Strafrecht nach zwei Jahren Pandemie, 2022, S. 121 (138 f.); jeweils m.w.N.

[46] *M. Wagner*, in: Beck u.a., Strafrecht in der Krise, Erkenntnisse zum gesamten Strafrecht nach zwei Jahren Pandemie, 2022, S. 121 (138 f.); jeweils m.w.N.

[47] So im Ergebnis auch bspw. *Sautner*, JBl. 2019, 201 (213 ff.) m.w.N.; kritischer dagegen *Sommerer*, ZStW 133 (2021), 403 (418 ff.) m.w.N.

[48] So der Vortrag des Beschwerdeführers, wiedergegeben bei BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 47.

[49] https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/DasBundesverfassungsgericht/RichterinnenRichter/richterinnenRichter_node.html.

rechtlichen Verurteilung (bzw. der Vollstreckung einer solchen) bestehen,[50] weshalb diese Voraussetzungen mit Blick auf die verhängte lebenslange Freiheitsstrafe gegeben war.

Des Weiteren muss „die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden" sein (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde ist dabei nicht erforderlich, dass das Gericht schon einmal über die konkrete Sache entschieden hat. Ausreichend ist es, dass *Senats*rechtsprechung vorliegt, die klare verfassungsrechtliche Maßstäbe herausgearbeitet hat (die nicht aufgrund veränderter Umstände hinterfragt werden müssen) und die die Kammer auf den konkreten Einzelfall anwendet.[51]

Ob diese Voraussetzungen aber gegeben sind, ist fraglich: Freilich bezieht die Kammer sich vielfach auf Senatsrechtsprechung, etwa zum Recht auf ein faires Verfahren.[52] Dabei handelt es sich aber um recht abstrakte Maßstäbe, die kein eindeutiges Ergebnis vorzeichnen. Bei zweien der konkret maßgeblichen Entscheidungen, auf die die Kammer sich bezieht[53] – nämlich diejenige zur Verfassungskonformität des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO[54] sowie diejenige, der die Kammer den Maßstab dafür entnimmt, wann eine Verletzung der Aufklärungspflicht zugleich einen Verfassungsverstoß darstellt[55] – handelt es sich hingegen ihrerseits um *Kammerentscheidungen*. Daher lässt sich zumindest daran zweifeln, dass die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Kammer hinreichend vordeterminiert waren.[56]

Schließlich muss die Verfassungsbeschwerde „offensichtlich begründet" sein (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG). Ob das der Fall ist, hängt freilich seinerseits von den Kompetenzen des BVerfG ab (dazu sogleich).

b) Beurteilungskompetenz

Ungeachtet der Zweifel an der funktionellen Zuständigkeit der Kammer (siehe oben) scheint es zweifelhaft, ob das Gericht die oben skizzierten Überlegungen überhaupt anstellen durfte. Denn das Bundesverfassungsgericht ist gerade keine „Superrevisionsinstanz", das berechtigt wäre, die Auslegung des allgemeinen Fachrechts zu überprüfen, sondern es prüft ausschließlich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.[57] Dies greift die Kammer insoweit auf, als sie klarstellt, dass nicht jede Verletzung der Aufklärungspflicht gleichzeitig auch einen mit der Verfassungsbeschwerde rügbaren Verfassungsverstoß darstelle, sondern dies nur in extremen Einzelfällen in Betracht komme.[58]

Dies mag zwar auf den ersten Blick zunächst einleuchten. Bei näherem Hinsehen kommen aber Zweifel auf: Denn da das Gericht auch selbst entscheidet, ob ein solcher krasser Ausnahmefall vorliegt, droht diese kompetenzabgrenzende Abschichtung ihre Funktion zu verlieren (was freilich jeder

[50] BVerfG, Beschl. v. 9.7.1997 – 2 BvR 1371/96 = BVerfGE 96, 245 (249).

[51] *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2024, § 93c Rn. 7 ff.; *Scheffczyk*, in: BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2025, § 93c Rn. 6; jeweils m.w.N.

[52] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 55.

[53] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 64 f.

[54] BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 21.8.1996 – 2 BvR 1304/96 = NJW 1997, 999.

[55] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 30.4.2003 – 2 BvR 2045/02 = BVerfGK 1, 145 (152) = NJW 2003, 2444 (2446) = JR 2004, 37 (39) m.Anm. *Böse*.

[56] Allgemein zu diesem Problem *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 20. Lfg., Stand: Juni 2001, § 93c Rn. 15 f.

[57] Exemplarisch BVerfG, Urt. v. 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93 = BVerfGE 94, 166 (212 ff.); BVerfG, Urt. v. 14.1.2025 – 1 BvR 548/22, Rn. 37 = NVwZ 2025, 400 (401) m.w.N.

[58] BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 24.8.2025 – 2 BvR 64/25 = BeckRS 2025, 24851 Rn. 65.

Form von Willkürkontrolle immanent ist). Hinzu kommt, dass es nicht um reine Rechtsfragen, sondern auch um Beweiswürdigung geht. Insoweit erklärt die Kammer im Ergebnis letztlich ihre eigene (antizipierte) Würdigung der Beweislage (die sie nur vermittelt durch das Urteil „wahrgenommen" hat!) als die einzig verfassungsrechtlich richtige. Bei einem solchem Vorgehen droht der jeweilige Spruchkörper des Bundesverfassungsgerichts nicht nur zur „Superrevisionsinstanz", sondern sogar zur „Supertatsacheninstanz"[59] zu werden. Bedacht werden sollte insoweit, dass eine derartige substituierende Beweiswürdigung selbst den Revisionsgerichten verwehrt wäre, die das angefochtene Urteil nur auf Rechtsfehler überprüfen dürfen,[60] woraus sich ergibt, dass Beweiswürdigung nur in Bezug auf innere Widersprüche, Logik etc. hinterfragt werden darf.[61] Das mag zwar kein zwingendes Argument gegen die Prüfkompetenz des Bundesverfassungsgerichts sein, unterstreicht aber die bereits genannten Bedenken.

V. Fazit

Die Entscheidung hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck: Zwar scheinen die Zweifel des Bundesverfassungsgerichts an der Entscheidung der Strafkammer, den Zeugen nicht audiovisuell zu vernehmen – soweit sich dies ohne Aktenkenntnis und ohne an der Hauptverhandlung teilgenommen zu haben beurteilen lässt – durchzugreifen. Insbesondere ist es zu begrüßen, dass das Gericht gegen die verbreitete Skepsis der Strafgerichte gegenüber Videovernehmungen intervenieren will. Zugleich verbleiben erhebliche Zweifel daran, ob das Bundesverfassungsgericht (und erst recht die Kammer) die Entscheidung in dieser Form treffen durfte, woran auch die Richtigkeit in der Sache nichts ändert.

[59] *Starck*, JZ 1996, 1033 (1034; auch 1042: „Obertatrichter"); *Bryde*, in: FS BVerfG 50, 2001, S. 533 (553: „Superberufungsgericht[]"); vgl. auch krit. *Isensee*, in: FS Kriele, 1997, S. 5 (44 ff.).

[60] Konkret zu § 244 Abs. 5 S. 2 StPO BGH, Urt. v. 27.5.1998 – 3 StR 31/98 = NJW 1998, 3363 (3364); BGH, Urt. v. 9.6.2005 – 3 StR 269/04 = NJW 2005, 2322 (2323).

[61] Statt aller aus der Rspr. BGH, Urt. v. 1.2.2024 – 5 StR 419/23 = BeckRS 2024, 2074 Rn. 19; zum Ganzen *Murmann*, in: NK-StPO, Bd. 1, 2025, § 244 Rn. 200 ff. m.w.N.

Buchrezension

Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August: Rechtsvergleichung, Verlag C.H. Beck, München, 2025, 369 S., 49,80 €.

*Janne Fromberg, Master of Comparative Law (Fribourg), Heidelberg**

I. Ein gähnend leerer Lehrbuchmarkt ?!

Beim Erscheinen neuer Lehrbücher ist man mitunter geneigt zu fragen: Braucht es wirklich noch ein Lehrbuch? Im vorliegenden Fall des neuen Lehrbuchs von *Prinz von Sachsen Gessaphe* zur Rechtsvergleichung ist diese Frage ausnahmsweise ohne Weiteres zu bejahen. Nicht nur diejenigen, die eine stärkere Fokussierung auf Grundlagenfächer und Methodenvermittlung im juristischen Studium fordern, sollten sich über die hier anzuzeigende Neuerscheinung freuen. Nein, insbesondere für Studierende schließt das Lehrbuch eine Lücke auf dem deutschen Markt der Lehrbuchliteratur. Denn obgleich die Rechtsvergleichung sich wachsender Popularität erfreut und ihre Bedeutung vor dem Hintergrund fortlaufender Internationalisierung und Europäisierung auch in Zukunft eher zu- als abnehmen dürfte, mangelte es bisher an einem auf Studierende ausgerichteten, aktuellen Lehrbuch. Dabei fehlt es zwar nicht an maßstabssetzenden Werken, die als Lehrwerke betitelt werden, doch weisen etwa die Bücher von *Zweigert/Kötz*[1] und *Kischel*[2] einen Umfang von 729 bzw. 1.010 Seiten auf, sodass ihre (gänzliche) veranstaltungsbegleitende Lektüre für Studierende eher die Ausnahme bleiben dürfte. Teilweise Abhilfe vermochte bisher[3] lediglich die deutsche Übersetzung der vom italienischen Doyen *Rudolfo Sacco* begründeten und von *Piercarlo Rossi* fortgeführten „Einführung in die Rechtsvergleichung“ (270 Seiten) verschaffen.[4] Wenngleich deren Ansatz in weiten Teilen der herrschenden funktionalen Methode gleicht, so stellte die in Teilen alternative Herangehensweise mitunter eine Herausforderung dar.

Bereits deswegen scheint dem Werk von *v. Sachsen Gessaphe*, das in der Juristischen Kurz-Lehrbuch-Reihe des Münchner C.H. Beck Verlags erscheint, eine breite Rezeption von studentischer Seite gesichert.

II. Aufbau des Buches

Das Buch ist in vier Kapitel mit neun Paragraphen unterteilt, wobei einleitend der Begriff der Rechtsvergleichung und ihr Gegenstand im Vordergrund stehen (§ 1). Anschließend widmet sich der *Autor* in Kapitel 2 der „Lehre von der Rechtsvergleichung“ und erschließt, ausgehend von ihren Funktionen und Zielen (§ 2), die Methode der Rechtsvergleichung (§ 4). Das Kapitel endet mit einer Einführung in

* Der *Rezensent* ist stud. Mitarbeiter des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (IVR) der Universität Heidelberg am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl*, M.A.

[1] *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996.

[2] *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015 (2. Aufl. vsl. 2026).

[3] Für 2026 ist zudem ein Kurzlehrbuch von *R. Schulze* im Nomos-Verlag angekündigt.

[4] *Sacco/Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017 (= *dies.*, Introduzione al diritto comparato, 6. Aufl. 2015). Im italienischen Original ist 2024 bereits die 8. Aufl. des Werks erschienen. Die lediglich ca. 50 Seiten zur Rechtsvergleichung bei *Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl. 2010, sind einem ganzen Lehrbuch kaum gleichzustellen.

die Lehre der Rechtskreise (§ 5). Diese wird im 3. Kapitel aufgegriffen und vertieft, indem die privatrechtlichen Grundzüge des deutschen (§ 6), romanischen (§ 7) und des Common-law-Rechtskreises (§ 8) entfaltet werden. Das Werk endet mit einer case study (§ 9).

III. Inhalt

Bereits zu Beginn der Untersuchung macht der *Autor* deutlich, dass in der Rechtsvergleichung vieles umstritten ist. Eine abstrakte Definition dieser sei kaum möglich, ohne ein methodisches Vorverständnis zu offenbaren (§ 1 Rn. 1). Daher nähert er sich dem Begriff zunächst an, indem er ausgehend von der Verschiedenheit des Rechts in verschiedenen Staaten – aber auch innerhalb von Staaten – (§ 1 Rn. 2 ff.) den Gegenstand der Rechtsvergleichung sowohl in der Herausarbeitung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten des Rechts als auch in der Vorbereitung rechtsvereinheitlichender Maßnahmen identifiziert (§ 1 Rn. 14 ff.). Dafür seien sowohl Mikro- als auch Makrostudien geeignet (§ 1 Rn. 26 ff.). Eine hilfreiche Darstellung zum Verhältnis der Rechtsvergleichung zur Rechtsgeschichte, der Auslandsrechtskunde, dem IPR, dem Völkerrecht und der Rechtsoziologie schließt das erste Kapitel ab (§ 1 Rn. 35 ff.).

Das abstrakte Ziel des Erkenntnisgewinns durch Rechtsvergleichung (§ 2 Rn. 1 ff.) konkretisiert *v. Sachsen Gessaphe* durch die Ziele der besseren Kenntnis des eigenen Rechts (§ 2 Rn. 5 f.) sowie der Hilfestellung für Gesetzgeber (§ 2 Rn. 11 ff.) und Rechtsanwender (§ 2 Rn. 17 ff.). Als „gewissermaßen das Endziel“ (§ 3 Rn. 1) der Rechtsvergleichung versteht er im Geiste von *Edouard Lambert* jedoch die Rechtsvereinheitlichung bzw. -angleichung, für welche die Rechtsvergleichung eine bedeutende Vorarbeit leiste und deren Formen und Zwecke daher in § 3 ausführlich dargeboten werden. Hervorzuheben sind die Ausführungen zum einheitlichen europäischen Privatrecht, die zugleich historische Grundlagen einbinden (§ 3 Rn. 45 ff.).

Im zentralen § 4 beleuchtet *v. Sachsen Gessaphe* die Methode(n) der Rechtsvergleichung. Dabei steht die nach wie vor vorherrschende funktionale Methode nach *Rabel* und *Zweigert/Kötz* im Mittelpunkt. Nach deren instruktiven Darstellung (§ 4 Rn. 2 ff.) setzt sich der *Autor* mit einigen verbreiteten Kritikpunkten an ihr auseinander (§ 4 Rn. 26 ff.). Im Anschluss werden auch zahlreiche alternative, teils radikale methodische Ansätze bzw. Modelle dargeboten, eingeordnet und kritisch beleuchtet (§ 4 Rn. 47 ff.), sodass sich die Lektüre nicht in einer schlichten Präsentation der herrschenden Methode erschöpft. Durch die Orientierung an den Arbeiten prägender Vertreter*innen bleibt der Gedankengang dabei klar nachvollziehbar. Der *Autor* befürwortet dabei eine „anspruchsvolle“ funktionale Methode, erkennt aber überzeugend eine Methodenvielfalt an (§ 4 Rn. 91 ff.). Die Auseinandersetzung mit den alternativen Modellen ist dabei konstruktiv ausgestaltet und schärft zugleich das Profil der bevorzugten anspruchsvollen funktionalen Methode. Einige hilfreiche Praxishinweise zum rechtsvergleichenden Vorgehen (§ 4 Rn. 101 ff.) und zum Aufbau einer rechtsvergleichenden Arbeit runden den § 4 ab.

§ 5 widmet der *Autor* der sog. Lehre von den Rechtskreisen und kommt nach Darstellung nicht nur der „klassischen“ Kategorisierungen nach *Zweigert/Kötz*[5] und *René David*[6] sondern auch alternativer Vorschläge überzeugend zu dem Ergebnis, dass alle Rechtskreismodelle Unzulänglichkeiten aufwiesen und nicht mehr als ein grobes Hilfsmittel zum Einstieg in die Rechtsvergleichung darstellen können. Allein aus didaktischen Gründen – wohl auch, weil noch immer zum Standardkanon der Rechtsvergleichung zugehörig – werden im 3. Kapitel (§§ 6–8) sodann einige Rechtskreise nach dem

[5] *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 5.
[6] *David/Jauffret-Spinosi/Goré*, Les grands systèmes de droit contemporains, 12. Aufl. 2016, Rn. 16 ff.

Modell von *Zweigert/Kötz* näher beleuchtet. Namentlich der deutsche, romanische und der Common-law-Rechtskreis werden präsentiert. Vorangestellt ist ein Schema, nach dem die Rechtskreise präsentiert werden (Kap. 3 Rn. 2).

Das Lehrbuch wird durch einen beispielhaften und anschaulichen Institutionenvergleich (Bindung der Parteien bei Abschluss eines Vertrags) in § 9 abgerundet.

IV. Würdigung

1. Vorzüge des Werks

Die Sprache des *Autors* ist gut verständlich und sein Gedankengang – auch durch die den Kapiteln jeweils vorangestellten Einleitungen, die den weiteren Gang vorzeichnen – klar zu erkennen. Er schafft es auf grandiose Weise, die wichtigen großen Linien zu ziehen und für verschiedene Rechtsordnungen prägende Gedanken, Institute und Prinzipien auf knappen Raum herauszuarbeiten. Wo für das volle Verständnis des Gesagten Normen oder Originalzitate hilfreich erscheinen, werden diese im Haupttext direkt mitgeliefert und übersetzt. Das gilt aber nicht für das Englische. Denn die Rechtsvergleichung verlangt sichere Kenntnisse der englischen Sprache. Die Lektüre fremdsprachiger Rechtstexte verbleibt im deutschen Jurastudium jedoch eine seltene Ausnahme. Deswegen und zu Gunsten des Leseflusses erscheint es sinnvoll, dass englische Zitate im Buch nicht separat übersetzt wurden.

Die Ausführungen von *v. Sachsen Gessaphe* beginnen regelmäßig in der Rechtsgeschichte, insbesondere im Rahmen der Rechtskreisdarstellung. Diese historische Verankerung ist nicht nur informativ und für die Rechtsvergleichung hilfreich bzw. zwingend. Sie erleichtert auch eine Gedankenführung, die Recht als Produkt einer bestimmten Zeit betont, gegenseitige Einflüsse aufzeigt und die rechtliche Entwicklung nachvollziehbarer macht.

An anderen Stellen greift der *Autor* hingegen auf einzelne besonders prägende Wissenschaftler*innen als Anker- und Ausgangspunkt zurück, deren Werk konkret erörtert wird, bevor auf spätere Modifikationen eingegangen wird. Auch diese Herangehensweise erweist sich gegenüber einer abstrakten Darstellung von „Theorien", die oftmals aus verschiedenen Ansätzen mehrerer Wissenschaftler*innen bestehen, als der Verständlichkeit besonders dienlich.

v. Sachsen Gessaphe schreibt dabei zudem äußerst beispielreich. So folgt auf fast jeden wichtigen abstrakten Absatz ein weiterer, der das Gesagte anhand gut ausgewählter Beispiele veranschaulicht. Daher eignet sich das Werk für ein relativ breites Spektrum von Lerntypen. Die gelegentlich, aber nicht übermäßig gesetzten Merkkästen helfen dabei, die besonders wesentlichen Teile des Werks zu identifizieren und fassen diese schlaglichtartig zusammen.

2. Kritikpunkte

Obwohl *v. Sachsen Gessaphe* die Defizite der Rechtskreislehre mehrfach unterstreicht, stellt er einige Rechtskreise aus didaktisch einleuchtenden Gründen dar. Er widmet den Rechtskreisen mit 220 Seiten gar mehr als die Hälfte des Buches. Bedauerlicherweise beschränkt sich die Präsentation aber auf drei westlich geprägte Rechtskreise. Zwar rechtfertigt er die Auswahl (§ 4 Rn. 39 ff.; Kapitel 3 Rn. 1), haben diese Rechtskreise doch weltweit breite Rezeption erfahren oder hatten z.B. aufgrund kolonialer Vergangenheit einen großen Einfluss. Doch selbst in dem System von *Zweigert/Kötz*[7] hätte es mit

[7] Siehe zum Kritikpunkt der Eurozentrik bei *Zweigert/Kötz* etwa *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 4 Rn. 21.

dem „fernöstlichen“, „islamischen“ und dem „hinduistischen“ Rechtskreis (spannende!) Alternativen gegeben. Ihre gänzliche Aussparung vermittelt ein noch stärker eurozentrisches Bild der Rechtsvergleichung, als der *Autor* intendiert haben dürfte. Man kann hierin einerseits einen Ausdruck besonderen Respekts gegenüber jenen Rechtsordnungen, die außerhalb dieser „klassischen“, westlichen Rechtskreise liegen, sehen, da der *Autor* es vermeidet, diese darzustellen, obwohl er mit ihnen möglicherweise nicht hinreichend vertraut ist.[8] Andererseits erscheint eine Chance zur Auseinandersetzung mit solchen Rechtsordnungen anzuregen leider verstrichen. Eine Straffung der Darstellung westlicher Rechtskreise könnte hier Platz für weitere schaffen.

Irritierend ist die im Buch mehrfach (§ 1 Rn. 9, 12; § 4 Rn. 86; § 5 Rn. 3) zu findende Verwendung des veralteten Begriffes „Schwarzafrika“ für die subsaharischen Gebiete. Gerade in einem Buch, das zur Auseinandersetzung mit verschiedenen Rechts- und Kulturordnungen anregt und daher zu Recht interkulturelle Kompetenz anstrebt (§ 4 Rn. 93), fällt die Verwendung eines kolonial und rassentheoretisch geprägten Begriffes[9] negativ auf.

Bedauerlich ist zudem der alleinige Fokus des Werks auf das Privatrecht. Dieser fast als traditionell zu bezeichnende Umstand ist zwar nachvollziehbar. Da der Rechtsvergleichung aber auch im Strafrecht,[10] oder im Staats-[11] und Verwaltungsrecht[12] mittlerweile erhebliche Bedeutung zukommt und dort gewisse Eigenheiten auszumachen sind, wären einige Blicke über den Tellerrand des Privatrechts mitunter bereichernd.

V. Fazit

Das Werk hält, was es verspricht. Es bietet einen instruktiven Einstieg in die Rechtsvergleichung, dessen Bearbeitungstiefe insgesamt sehr gut ausbalanciert ist. Wer im Studium den eigenen Horizont mithilfe der Rechtsvergleichung zu weiten interessiert ist, für den/die wird in Zukunft kaum ein Weg an diesem Werk vorbeiführen. Denn fürs Erlernen derselben gibt es auf dem deutschen Lehrbuchmarkt bis dato kein im vergleichbaren Maß auf studentische Bedürfnisse ausgerichtetes Buch. Dieses ist zwar, wie aufgezeigt, nicht ohne Makel. Macht man sich diese jedoch bewusst, so erscheint es äußerst geeignet, um zum selbstständigen rechtsvergleichenden Arbeiten anzuleiten.

[8] Vgl. die Besprechung von *Bogdan*, RabelsZ 89 (2025), 766 (767).

[9] Siehe *Machnik*, in: Arndt/Hornscheidt, Afrika und die deutsche Sprache, 2. Aufl. 2009, S. 204 f.; *Nduka-Agwu*, in: Nduka-Agwu/Hornscheidt, Rassismus auf gut Deutsch, 2010, S. 187 ff.

[10] Siehe etwa *Eser*, in: FS Streng, 2017, S. 669 ff.

[11] *Voßkuhle*, ZaöRV 79 (2019), 481 (488 ff., insbes. 490); *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010.

[12] Dazu *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung, 2. Aufl. 2023, S. 27 ff.; *ders.*, ZaöRV 78 (2018), 807.

Buchrezension

Schäfer, Christian/Schimmel, Roland: Juristische Recherche – analog und digital, Brill Schöningh, Paderborn 2025, 146 S., 20,00 €.

*Wiss. Mitarbeiterin Livia Ester Funk, Passau/Regensburg**

Die umfassende Auswertung von Rechtsprechung und Literatur in rechtswissenschaftlichen Datenbanken ist Teil der Prüfungsleistung bei juristischen Haus- und Seminararbeiten. Jedoch wird kaum gelehrt, wie an die juristische Recherche im Einzelnen heranzugehen ist und welche Fallstricke hierbei zu beachten sind. Dabei verschwenden Studierende oft wertvolle Bearbeitungszeit im schier endlosen Dickicht juristischer Sekundärliteratur oder bei der vergeblichen Suche nach Monografien in den falschen Online-Datenbanken. Es gilt auch bei der juristischen Recherche, wie gewohnt, zu wissen, worauf es ankommt. Dieser Lücke in der juristischen Ausbildung widmet sich das Buch „Juristische Recherche“ von *Christian Schäfer* und *Roland Schimmel*. Hierbei wird sich das Werk zwei Fragen stellen müssen: Ist die Lücke wirklich so groß ist, dass Studierende während der knappen Bearbeitungszeit ihrer Arbeiten ein ganzes Buch über die juristische Recherche lesen sollten? Und hat sich das Thema durch den Vormarsch Künstlicher Intelligenz nicht ohnehin erledigt?

Zum Aufbau ist zunächst festzuhalten, dass sich das Werk in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gliedert. Der allgemeine Teil widmet sich den von Suchobjekt und -ort unabhängigen Fragen wie der Bewältigung von zu vielen oder zu wenigen Suchergebnissen, der Bewertung der Ergebnisse und der Dokumentation bzw. Literaturverwaltung. Es folgt der besondere Teil, angeführt von einer Systematisierung von Rechtsgebieten für Nicht-Jurist*innen und Studienanfänger*innen. Danach werden Aufbau und Funktionsweise juristischer Datenbanken anhand der Beispiele beck-online, juris, Wolters Kluwer Online, Nomos eLibrary und InfoCuria erläutert. Nun widmen sich die einzelnen Kapitel den jeweiligen Suchobjekten, also Rechtsvorschriften, Gerichtsentscheidungen und „rechtswissenschaftlichen Texten“, womit Kommentare, Lehrbücher, Handbücher, Monografien, Festschriften und Zeitschriftenbeiträge gemeint sind. Diese Unterkapitel sind jeweils in „Vorbemerkungen für Nicht-Juristen und Studienanfänger“, digitale Recherche und analoge Suche aufgeteilt. Hierbei kommt es zu Wiederholungen in den jeweiligen Unterkapiteln zur digitalen Recherche und den vorherigen Ausführungen zu Aufbau und Funktionsweise juristischer Datenbanken. Nach einem „Zwischenruf“ über die Relevanz der juristischen Recherche folgt noch ein Kapitel zur Recherche des internationalen Rechts und der Schluss, in dem die *Autoren* insbesondere auf die Relevanz aller vorangegangen Kapitel in Zeiten Künstlicher Intelligenz eingehen.

Das Werk richtet sich an Studierende sowie an Nicht-Jurist*innen, die aus journalistischem Interesse recherchieren. Hieraus erklären sich die vielen Hinweise für Nicht-Jurist*innen und Studienanfänger*innen, welche Einsteiger*innen bestimmte materielle Grundlagen vermitteln sollen. Wer sich in der Bearbeitungszeit einer Haus- oder Seminararbeit befindet, sollte die dafür relevanten Kapitel herausfiltern, also Kapitel 2 § 1 IV–VI und Kapitel 3 §§ 4–7. Von einer Lektüre von vorne bis hinten ist in diesem Fall dringend abzuraten. Stellenweise verlieren sich die *Autoren* in Ausschweifungen zur Relevanz des im jeweiligen Abschnitt behandelten Themas. Wie ein übersichtliches Nach-

* *Livia Ester Funk* ist Rechtsreferendarin in Regensburg und Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau.

schlagewerk liest sich das Werk daher nicht, ein tief in die Materie eindringendes Sachbuch ist es wiederum auch nicht.

Zur richtigen Zitierweise gibt das Werk lediglich drei knappe Hinweise in den jeweiligen Kapiteln zur Recherche von Artikeln, Kommentaren und Handbüchern. Diese Hinweise werden sich für Einsteiger*innen in die Thematik überdies als irritierend und wenig hilfreich erweisen. Die Zitiervorschläge sind vollständig kursiv abgedruckt und es gibt pro Quellenart jeweils nur ein einziges Beispiel. Wer nach der Lektüre auf die unterschiedlichen Zitierweisen bei Kommentaren stößt, wird sich wundern, was denn nun die richtige Zitierweise ist. Insbesondere entspricht die Anleitung für Kommentarzitate „*MüKoBGB-Wagner, § 823 Rn. 128*" (Rn. 277 – *Hervorhebungen* im Original) keiner der üblicherweise empfohlenen Zitierweisen.[1] Nun muss sich ein Werk zur juristischen Recherche nicht zwangsläufig auch eingehend mit den richtigen Zitierweisen auseinandersetzen, bei der gewählten Zielgruppe wäre es jedoch wünschenswert gewesen. Soll das Thema nichtsdestotrotz weitgehend ausgespart werden, hätte diesbezüglich auf andere Werke verwiesen werden müssen, anstatt mit halbherzigen Hinweisen für Verwirrung bei den Studierenden zu sorgen.

Im Kapitel zu ausländischem Recht finden sich viele QR-Codes zu nationalen Rechtsvorschriften- und Gerichtsentscheidungsdatenbanken. Ein Hinweis auf die meistgenutzten kommerziellen Datenbanken zum internationalen Recht wie Westlaw[2] und Oxford University Press[3] fehlt. Ausführungen zur richtigen Zitierweise wurden hier vollständig ausgelassen. Angesichts der Praxis, ausländische Rechtstexte nach den entsprechenden ausländischen Gepflogenheiten zu zitieren, und der großen Bedeutung des Blue Book im amerikanischen Rechtskreis[4] wären entsprechende Hinweise an dieser Stelle angezeigt gewesen.

Zum Schluss widmet sich das Werk der Frage, ob eigene Recherchefähigkeiten nicht mit der Verfügbarkeit Künstlicher Intelligenz in Form von Large Language Models obsolet geworden sind. Die *Autoren* gehen dabei unter anderem auf algorithmische Halluzinationen und die Verfügbarkeit von Fachtexten beim Trainieren der Modelle ein. Die Ausführungen münden in einem überzeugenden Fazit zur weiteren Notwendigkeit eigener Recherchekompetenzen. Ausgespart wird jedoch, in welchen Szenarien und innerhalb welcher Grenzen die Nutzung von Künstlicher Intelligenz durchaus sinnvoll sein kann, insbesondere bei sachgerechtem Prompt-Engineering.[5]

Die Lektüre lohnt sich für Studierende während der Bearbeitung von Haus- oder Seminararbeiten für die Ausführungen zur Ergebnisauswahl und -bewertung in Kapitel 2 § 1 VI. Die dortigen wertvollen und leicht verständlichen Erläuterungen sind ein Alleinstellungsmerkmal des Werks. Im Übrigen werden Studierende jedoch mit anderen Publikationen, die sich allgemein der Erstellung juristischer Arbeiten widmen, ebenso gut und hinsichtlich der richtigen Zitierweise besser bedient sein.

---

[1] *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024, § 6 Rn. 55 ff.; *Dornis/Keßenich/Lemke*, Rechtswissenschaftliches Arbeiten, 2019, S. 108 ff.; *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 8. Aufl. 2025, Rn. 257 ff.

[2] *Vogel*, Erfolgreich recherchieren, 4. Aufl. 2024, S. 117 ff.

[3] *Vogel*, Erfolgreich recherchieren, 4. Aufl. 2024, S. 163 f.

[4] Mit hilfreichen Beispielen *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 8. Aufl. 2025, Rn. 339 ff.; *Vogel*, Erfolgreich recherchieren, 4. Aufl. 2024, S. 188; *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024, § 6 Rn. 19.

[5] *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 11. Aufl. 2024, § 4 Rn. 24 ff.; *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 8. Aufl. 2025, Rn. 143 ff.