

09/2026

29. Jahrgang
Seiten 581 - 652

IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten
- Mieter schaltet Makler ein: Was kann Vermieter tun?
- kompakt: Ordentliche Kündigung nicht bis zum Guthabenverbrauch ausgeschlossen!

AKTUELLE GESETZGEBUNG

- Einführung eines „Widerrufsbuttons“ und sonstige Änderungen des Verbrauchervertrags durch das „Gesetz zur Änderung des Verbrauchervertrags und des Versicherungsvertrags sowie zur Änderung des Behandlungsvertragsrechts“

STRAFRECHT

- Schwere Brandstiftung: Arrestzelle als Wohnung i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB?
- Grenzen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung: Zur Zulässigkeit rückwirkender Erfassung von Kommunikationsinhalten bei Messengerdiensten

ÖFFENTLICHES RECHT

- Veränderungssperre und Verhinderungsplanung
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 I S. 2 GG?

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Staatliche Neutralität im Verfassungsstaat

GRUNDFÄLLE

- Geschickt getrickst?
- Brandstiftungsdelikte

HEMMER.LIFE

- 50 Jahre hemmer - ein halbes Jahrhundert Erfolg



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

INHALT

IHR EXAMENSWISSEN

EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- 1** Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten 581
Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten; Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen; Weisungsgebundenheit; §§ 2 I Nr. 3, 5 I S. 1, III ArbGG; § 611a BGB
- 2** Mieter schaltet Makler ein: Was kann Vermieter tun? 592
Mangelhafte Kaufsache; Arglistiges Verschweigen; Haftung nach Deliktsrecht; §§ 437 Nr. 3, 311a II, 826, 823 II BGB, § 263 StGB
- 3** kompakt: Ordentliche Kündigung nicht bis zum Guthabenverbrauch ausgeschlossen! 598
AGB-Kontrolle; Typengemischter Vertrag; Abgrenzung Dienstvertrag - Mietvertrag bei Streamingdienst; Ausschluss des Kündigungsrechts; §§ 314, 626 BGB

AKTUELLE GESETZGEBUNG

- 4** Einführung eines „Widerrufsbuttons“ und sonstige Änderungen des Verbrauchervertrags durch das „Gesetz zur Änderung des Verbrauchervertrags und des Versicherungsvertrags sowie zur Änderung des Behandlungsvertragsrechts“ 602

STRAFRECHT

- 5** Schwere Brandstiftung: Arrestzelle als Wohnung i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB? 609
Schwere Brandstiftung, § 306a StGB; Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient; Gemischt genutzte Gebäude; Konkurrenzen bei Brandstiftung
- 6** Grenzen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung: Zur Zulässigkeit rückwirkender Erfassung von Kommunikationsinhalten bei Messengerdiensten 614
Beweisverwertungsverbot; Informationstechnisches System i.S.d. § 100a I S. 2 StPO; (Quellen-)Telekommunikationsüberwachung, § 100a I StPO; Retrograde Datenerhebung; Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Art. 2 I i.V.m. Art. 11 GG

ÖFFENTLICHES RECHT

- 7** Veränderungssperre und Verhinderungsplanung 620
Veränderungssperre; § 14 BauGB; Verhinderungsplanung; Übertragung einer Angelegenheit auf einen Ausschuss
- 8** Allgemeine Verwaltungsvorschrift als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 I S. 2 GG? 626
Normenkontrollantrag, § 47 VwGO; Erlass von Rechtsverordnungen, Art. 80 I GG; Notwendigkeit einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage; Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Art. 14 I S. 2 GG; Allgemeine Verwaltungsvorschriften

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Staatliche Neutralität im Verfassungsstaat** 633
Staatliche Neutralitätspflicht; Religiös-weltanschauliche Neutralität, Art. 4 GG, Art. 140 GG/Art. 137 WRV; Parteipolitische Neutralität, Art. 20, 21 GG; Chancengleichheit der Parteien; Öffentliche Äußerungen staatlicher Amtsträger; Abgrenzung amtliche/private Äußerung; Religiöse Symbole in staatlichen Einrichtungen; Staatliches Informationshandeln

GRUNDFÄLLE

- Geschickt getrickt?** 645
Statusklage; Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage
- Brandstiftungsdelikte** 650
Brandstiftung, § 306 I Nr. 1 StGB; Schwere Brandstiftung, § 306a I Nr. 1 StGB

HEMMER.LIFE



50 Jahre hemmer - ein halbes
Jahrhundert Erfolg

KONTAKT

Abo-Service
Tel.: 09 31 / 7 97 82 30
Fax: 09 31 / 7 97 82 34
E-Mail: lifeandlaw@hemmer.de
www.lifeandlaw.de

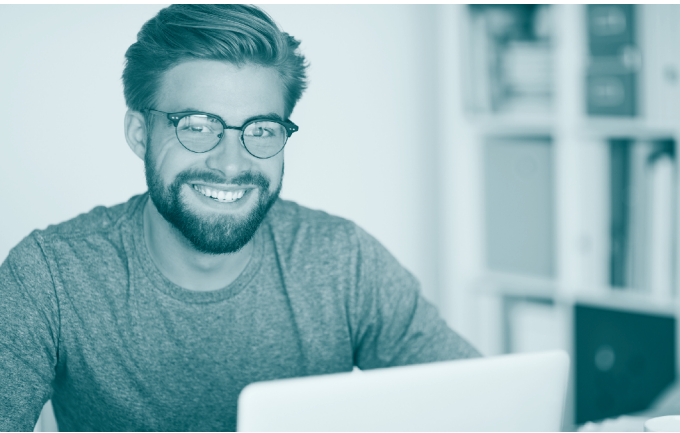
Ausgaben als hemmer.club-
Mitglied online lesen:
www.hemmer-club.de

Repetitorium hemmer

September 2026

[CRASHKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN



Liebe Kursteilnehmende,
unsere anstehenden Crashkurse finden
in Präsenz und/oder online statt.

Bitte informieren Sie sich auf der
jeweiligen Homepage Ihrer Stadt.



hemmer@home



HEMMER.BERLIN

☎ (030) 24 04 57 38, ✉ mitte@hemmer-berlin.de

22. und 23. August 2026
29. und 30. August 2026
11. - 13. September 2026
18. - 20. September 2026
18. September 2026
19. und 20. September 2026

Crashkurs Öffentliches Recht
Crashkurs Strafrecht
Crashkurs Zivilrecht
Aktueller Rechtsprechungskurs kompakt
RKK Zivilrecht
Öffentliches Recht & RKK Strafrecht

HEMMER.BOCHUM

☎ (02 51) 67 49 89 70, ✉ bochum@hemmer.de

23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept.,
sowie 03., 10. und 11. Oktober 2026
30. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026
27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II
Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.BONN

☎ (02 28) 9 11 41 25, ✉ bonn@hemmer.de

15. und 22. August 2026
26. und 27. September 2026
26. - 29. November 2026

Crashkurs Strafrecht - HYBRID Teilnahme mögl.
Crashkurs Nebengebiete - HYBRID Teilnahme mögl.
Crashkurs Zivilrecht - HYBRID Teilnahme mögl.

HEMMER.BREMEN

☎ (040) 31 76 69 17, ✉ bremen@hemmer.de

23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept.,
sowie 03., 10. und 11. Oktober 2026
30. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026
27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II
Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.DÜSSELDORF

☎ (0 22 36) 32 22 42, ✉ duesseldorf@hemmer.de

15. und 22. August 2026
26. und 27. September 2026
26. - 29. November 2026

Crashkurs Strafrecht - HYBRID Teilnahme mögl.
Crashkurs Nebengebiete - HYBRID Teilnahme mögl.
Crashkurs Zivilrecht - HYBRID Teilnahme mögl.

HEMMER.GIESSEN

☎ (0 79 30) 99 23 38, ✉ giessen@hemmer.de

23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept.,
sowie 03., 10. und 11. Oktober 2026
30. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026
27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II
Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.GÖTTINGEN**(040) 31 76 69 17,  goettingen@hemmer.de**23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept., Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
sowie 03., 10. und 11. Oktober 202630. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026

Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II

27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.HAMBURG**(040) 31 76 69 17,  hamburg@hemmer.de**23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept., Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
sowie 03., 10. und 11. Oktober 202630. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026

Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II

27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.KIEL**(0176) 22 59 28 56,  kiel@hemmer.de**23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept., Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
sowie 03., 10. und 11. Oktober 202630. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026

Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II

27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.KÖLN**(02 28) 9 11 41 25,  koeln@hemmer.de**

15. und 22. August 2026

Crashkurs Strafrecht - HYBRID Teilnahme mögl.

26. und 27. September 2026

Crashkurs Nebengebiete - HYBRID Teilnahme mögl.

26. - 29. November 2026

Crashkurs Zivilrecht - HYBRID Teilnahme mögl.

HEMMER.LÜNEBURG**(040) 31 76 69 17,  lueneburg@hemmer.de**23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept., Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
sowie 03., 10. und 11. Oktober 202630. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026

Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II

27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.MÜNSTER**(040) 31 76 69 17,  muenster@hemmer.de**23. und 29. August, sowie 05., 12. und 20. Sept., Online Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2026 II
sowie 03., 10. und 11. Oktober 202630. August, sowie 06. und 13. Sept., sowie
17. und 18. Oktober 2026

Online Crashkurs Öffentliches Recht im Überblick 2026 II

27. September und 04. Oktober 2026

Online Crashkurs Strafrecht im Überblick 2026 II

HEMMER.OSNABRÜCK**(01 51) 23 30 35 83,  osnabrueck@hemmer.de**

13. Januar 2027

Strafrecht im Endspurt, Must-Haves fürs Examen

HEMMER.POTSDAM**(030) 24 04 57 38,  mitte@hemmer-berlin.de**

22. und 23. August 2026

Crashkurs Öffentliches Recht

29. und 30. August 2026

Crashkurs Strafrecht

11. - 13. September 2026

Crashkurs Zivilrecht

18. - 20. September 2026

Aktueller Rechtsprechungskurs kompakt

18. September 2026

RKK Zivilrecht

19. und 20. September 2026

Öffentliches Recht & RKK Strafrecht

www.repetitorium-hemmer.de

BAG, Beschluss vom 02.12.2025, 9 AZB 3/25, NJW 2026, 789 ff. = [jurisbyhemmer](#)

1 Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten

+++ Arbeitnehmereigenschaft eines Theaterintendanten +++ Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen +++ Weisungsgebundenheit +++ §§ 2 I Nr. 3, 5 I S. 1, III ArbGG; § 611a BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt und ergänzt): K wurde mit befristetem Intendantenvertrag vom 07.07.2021 in einem Eigenbetrieb der Gemeinde B als Theaterintendant eingestellt.

Der Vertrag zwischen den Parteien enthält u.a. folgende Vereinbarungen:

1. B überträgt K für die Zeit vom 01.08.2022 bis 31.07.2027 als „Erster Werkleiter“ die künstlerische Leitung des Theaters mit der Dienstbezeichnung Generalintendant. (...)
- 2.2 Für diesen Dienstvertrag gelten die gesetzlichen sowie die nachfolgenden Vorschriften: (...)
 - Eigenbetriebssatzung in der jeweils geltenden Fassung
 - Geschäftsordnung für die Werkleitung des Theaters (...)
3. Der Generalintendant leitet gemeinsam mit dem Verwaltungsdirektor („Zweiter Werkleiter“) das Theater. Sie üben jeweils das Hausrecht aus. Der Generalintendant repräsentiert das Theater in der Öffentlichkeit.
- 4.1 Soweit dieser Dienstvertrag keine entgegenstehenden Vereinbarungen enthält, gelten die Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB. Dienstherr im Sinne dieser Vorschriften ist der Oberbürgermeister. Dieser ist zuständig für die Wahrnehmung der weiteren Belange aus diesem Vertrag.
- 4.2 Der Generalintendant unterliegt der Rechtsaufsicht hinsichtlich aller organisierter Verfahrensabläufe. Er unterliegt der Fachaufsicht jedenfalls nicht, soweit künstlerische Entscheidungen betroffen sind. Die Ausübung der jeweiligen Aufsicht obliegt dem Oberbürgermeister.
- 5.1 Dem Generalintendanten obliegen insbesondere die eigenverantwortliche Gestaltung des Spielplans, die Rollenbesetzung sowie die Verteilung der Regieaufgaben und Dirigate (...)
- 5.2 Vor Veröffentlichung des Spielplans unterrichtet der Generalintendant den Rechtsträger über den Spielplanentwurf.
- 5.3 Dem Generalintendanten obliegen auch der Abschluss und die Beendigung von Verträgen, insbesondere von unbefristeten Arbeits- und Dienstverträgen sowie der Abschluss, die Erneuerung oder die Nichtverlängerung befristeter Arbeits- oder Dienstverträge. Diese sind im Einvernehmen mit dem Verwaltungsdirektor abzuschließen, der die Verträge ebenfalls mitzeichnet. Arbeits- und Dienstverträge mit dem künstlerischen oder künstlerisch-technischen Personal, die über die Laufzeit des zwischen dem Rechtsträger und dem Intendanten abgeschlossenen Dienstvertrags hinaus geschlossen oder verlängert werden oder erst danach beendet werden können, bedürfen der Zustimmung der B. Zuständig für diese Zustimmung ist der Oberbürgermeister.

K erhielt ein monatliches Bruttogehalt von 15.000 EUR nebst einer jährlichen Zuwendung i.H.v. 60 % des monatlichen Bruttogehalts.

K war gegenüber B zur Anzeige und Einholung der Genehmigung für eine Nebentätigkeit und auch zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des dritten Arbeitstags nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet. Er hatte Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen bei auf Krankheit beruhender Arbeitsunfähigkeit und auf Erholungsurlaub von 45 Kalendertagen, der dem Rechtsträger anzuzeigen und grundsätzlich in den Theaterferien zu nehmen war.

K musste seine tägliche Arbeitszeit nicht dokumentieren. Er nutzte das ihm von B im Theater zur Verfügung gestellte Büro, war hierzu jedoch nicht verpflichtet.

In der vertraglich in Ziffer 2.2 in Bezug genommenen Geschäftsordnung sind unter anderem die Aufgaben der beiden Werkleiter definiert. Nach § 5 haben beide Werkleiter die wesentlichen Aufgabenbereiche (z.B. Aufstellung des Wirtschaftsplans, einschließlich des Stellenplans, Erstellung des Jahresabschlusses und der Vorlagen für den Werkausschuss und Personaleinstellungen) gemeinsam zu entscheiden.

Nach § 11 ist der Oberbürgermeister Dienstvorgesetzter beider Werkleiter.

Meinungsunterschiede der beiden Werkleiter sind dem Oberbürgermeister schriftlich und/oder mündlich vorzutragen, der dann eine Entscheidung trifft. Die Entscheidung des Oberbürgermeisters ersetzt in dem Fall diejenige des Generalintendanten. Das Eingriffsrecht erstreckt sich auf alle Aufgabenbereiche.

Nach § 10 der Geschäftsordnung sind die Werkleiter verpflichtet, dem Oberbürgermeister zu berichten.

Nachdem K von B vor Ablauf des befristeten Intendantenvertrags außerordentlich und fristlos gekündigt worden war, erhob er beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die von B mit Schreiben vom 01.08.2024 erklärte außerordentliche Kündigung beendet wurde und auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 01.08.2024 hinaus fortbesteht.

B rügt die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen und beantragt, den Rechtsstreit an das sachlich und örtlich zuständige Landgericht zu verweisen. K sei kein Arbeitnehmer i.S.d. § 5 I S. 1 ArbGG, sondern im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses tätig gewesen.

Ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet?

A) Sound

1. Die Gerichte für Arbeitssachen sind nach § 2 I Nr. 3 Buchst. a ArbGG ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. Gemäß § 5 I S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer unter anderem Arbeiter und Angestellte. Der Vorschritt liegt der allgemeine nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde, der in § 611a I BGB kodifiziert ist.

2. Geht ein Theaterintendant gegen eine außerordentliche Kündigung vor, reicht für die Begründung der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nicht die Rechtsbehauptung aus, er sei als Arbeitnehmer tätig geworden. Es handelt sich nicht um einen sogenannten sic-non-Fall. Der Erfolg der Klage ist nicht von der Arbeitnehmerstellung abhängig, denn der Kläger könnte auch dann obsiegen, wenn die außerordentliche Kündigung eines freien Dienstverhältnisses in Rede stünde. Auch dann wäre die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung am Maßstab des § 626 BGB zu überprüfen.

3. § 5 I S. 3 ArbGG steht der Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht entgegen. Der Generalintendant des Theaters ist kein gesetzlicher Vertreter der beklagten Gemeinde im Sinne der Norm. Als Mitglied der Werkleitung des Theaters vertritt er nicht die Stadt als juristische Person, sondern lediglich den von ihr gebildeten Eigenbetrieb in dessen Angelegenheiten.

4. Trotz weitreichender Freiheiten insbesondere im künstlerischen Bereich unterliegt der Generalintendant nach Maßgabe des Intendantenvertrags wesentlichen – auch ablauforientierten – Weisungen des Oberbürgermeisters, die für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnend sind.

5. Durch die Einbindung in die stark arbeitsteilig ausgerichtete Organisation des Theaters erweist sich die Tätigkeit des Generalintendanten auch als fremdbestimmt.

6. Die Eigenart der Tätigkeit des Generalintendanten hat keinen bestimmenden Einfluss auf die Einordnung des Rechtsverhältnisses. Die Tätigkeit kann – je nach Ausgestaltung der Rechtsstellung des Generalintendanten im Einzelfall – sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch eines Dienstverhältnisses wahrgenommen werden. Die grundrechtliche Ausstrahlung der Kunstfreiheit ist im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller Umstände zu berücksichtigen.

7. Die Weisungsbefugnisse des Oberbürgermeisters und das Maß an Fremdbestimmung, das aus der starken Einbindung des Generalintendanten in die Arbeitsorganisation folgt, lassen die nach dem „Intendantenvertrag“ gewährleistete gestalterische Freiheit und Verantwortung im künstlerischen Bereich nach der gebotenen Gesamtbetrachtung in den Hintergrund treten. Sie lässt die geschuldete Tätigkeit des Generalintendanten nicht als im Wesentlichen frei erscheinen.

B) Problemaufriss

Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen ist für das Urteilsverfahren (vgl. §§ 2 V, 46 ff. ArbGG) in den §§ 2, 48 ArbGG geregelt.¹

Da § 48 I ArbGG hinsichtlich des Rechtsweges auf § 17a II S. 1 GVG verweist, handelt es sich dabei nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung, da bei Unzulässigkeit des Rechtsweges keine Klageabweisung erfolgt, sondern von Amts wegen eine Verweisung an das zuständige Gericht.

¹ Für das Beschlussverfahren, das in keinem Bundesland Pflichtstoff ist, folgt dies aus §§ 2a, 80 III, 48 I ArbGG.

Dies gilt - wie im Verwaltungsprozess nach § 83 VwGO - auch für die sachliche und örtliche Unzuständigkeit. Anders als im Zivilprozess, wo gem. § 281 I S. 1 ZPO eine Verweisung bei sachlicher und/oder örtlicher Unzuständigkeit nur auf Antrag erfolgt, geschieht dies nach § 48 I ArbGG (bzw. § 83 VwGO) i.V.m. § 17a II S. 1 GVG von Amts wegen. Im Zivilprozess wird hingegen bei fehlendem Verweisungsantrag die Klage als unzulässig abgewiesen.

Daher ist es bei arbeitsgerichtlichen (und auch bei verwaltungsgerichtlichen) Klagen empfehlenswert, die Prüfung des Rechtsweges sowie der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit vor die Zulässigkeitsprüfung zu ziehen.

Anmerkung: Alternativ könnte man auch alles zusammen unter dem Prüfungspunkt „Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen“ prüfen.

Nach § 2 I Nr. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Der Begriff des Arbeitnehmers ist in § 5 I S. 1 ArbGG und § 611a I BGB definiert.

Ist der Arbeitnehmerstatus einer Partei strittig, so stellt sich die Frage, ob dies bereits bei der Eröffnung des Rechtsweges oder erst in der Begründetheit der Klage zu thematisieren ist.

I. Arbeitnehmereigenschaft ist doppelt relevante Tatsache („sic-non-Fall“)

Kann eine Klage von vornherein nur Erfolg haben, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist, so handelt es sich bei der „Arbeitnehmereigenschaft“ um eine „doppelrelevante Tatsache“.

In diesen Fällen ist die Klage nur begründet, wenn es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

In diesem sog. „sic-non-Fall“² ist für die Bejahung der Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen die bloße schlüssige Behauptung und die Möglichkeit der Arbeitnehmereigenschaft ausreichend.

Ob der Kläger bzw. der Beklagte dann tatsächlich Arbeitnehmer ist, wird erst in der Begründetheit der Klage geprüft.

Beispiel: Eine Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung, mit der die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 II KSchG geltend gemacht wird, kann nur begründet sein, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist.

Die Arbeitnehmereigenschaft ist in diesem Fall eine doppelt relevante Tatsache. Sie ist mit anderen Worten sowohl Voraussetzung für den Rechtsweg als auch für die Begründetheit der Klage („sic-non-Fall“).

Für die Bejahung des Rechtsweges genügt die bloße Möglichkeit, dass der Kläger Arbeitnehmer ist. In der Begründetheit der Klage muss bei der Frage der Anwendbarkeit des KSchG die Arbeitnehmereigenschaft dann ausführlicher subsumiert werden. Wird diese dann verneint, ist die Klage unbegründet.

II. Arbeitnehmereigenschaft ist für die Begründetheit der Klage irrelevant

In Fällen, in denen die Klage unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers Aussicht auf Erfolg haben kann, genügt die bloße Behauptung einer Arbeitnehmerstellung hingegen nicht.

Vielmehr muss hier bereits i.R.d. Zulässigkeit des Rechtsweges verbindlich geklärt werden, ob der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist.

Anmerkung: Der Rechtsweg steht nicht zur Disposition der Parteien.

Anderenfalls wären die Arbeitsgerichte noch mehr überlastet als ohnehin schon. Es hat nämlich zahlreiche Vorteile, einen Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen zu führen.³

1. Es muss kein Gerichtskostenvorschuss nach §§ 10, 12 I GKG gezahlt werden, weil diese Vorschriften nicht zur Anwendung kommen, vgl. § 11 GKG.

2. Die unterliegende Partei muss in der ersten Instanz entgegen § 91 II S. 1 ZPO nicht die Kosten des gegnerischen Rechtsanwaltes bezahlen.⁴

3. Für das Verfahren im Allgemeinen fallen nicht 3,0 Gerichtsgebühren an (KV Nr. 1210 Anlage GKG), sondern nur 2,0 (KV Nr. 8210 Anlage GKG).

4. Das Verfahren ist insgesamt schneller, vgl. dazu den Beschleunigungsgrundsatz in §§ 9 I, 57 I und 61a ArbGG.

Zu unterscheiden sind dabei zwei Fälle:

1. „aut-aut-Fall“

Wenn der Klageanspruch **entweder** („aut“) auf eine arbeitsrechtliche **oder** („aut“) auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, liegt ein sog. „aut-aut-Fall“ vor.

² Hinweis: Die lateinischen Worte sic-non bedeuten „so nicht“. Beim Vorliegen eines Dienstvertrages („so“ bzw. „sic“) ist die Klage nicht („non“) begründet.

³ Vgl. dazu Schrader/Mika, Die Zusammenhangsklage und das arbeitsgerichtliche Verfahren, NJW 2026, 421 (422).

⁴ Nach Ansicht des BAG schließt § 12a I S. 1 ArbGG nicht nur den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern

Beispiel: Bei einer Klage auf Lohnzahlung ergibt sich der Vergütungsanspruch entweder aus Arbeitsvertrag (§ 611a II BGB) oder Dienstvertrag (§ 611 I BGB).⁵

In beiden Fällen wäre die Klage begründet. Daher ist die Arbeitnehmereigenschaft für die Begründetheit der Klage nicht relevant, sondern nur für die Frage der Rechtswegeröffnung. Da der Rechtsweg nicht zur Disposition der Parteien steht, muss bei der Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen die Arbeitnehmereigenschaft festgestellt werden.

2. „et-et-Fall“

Gleiches gilt in den sog. „et-et-Fällen“, in denen die Klage **sowohl** („et“) beim Vorliegen eines Arbeitsvertrages **als auch** („et“) beim Vorliegen eines Dienstvertrages begründet wäre.

Beispiel: Feststellungsklage auf das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses wegen etwaiger Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.⁶

Hier ist in jedem Fall § 626 BGB einschlägig, und zwar unabhängig davon, ob ein Arbeits- oder eine sonstiger Dienstvertrag vorliegt.

III. Sonderfall: Die Zusammenhangsklage nach § 2 III ArbGG

Nach § 2 III ArbGG können vor die Gerichte für Arbeitssachen auch nicht unter § 2 I, II ArbGG fallende Rechtsstreitigkeiten gebracht werden, wenn der Anspruch mit einer bei einem ArbG anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Art in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und für die Geltendmachung des Anspruchs nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.

Beispiel:⁷ AN ist Arbeitnehmer in einer GmbH. Durch Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 5 GmbHG wird AN zum Geschäftsführer befördert. Im schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag wird das Ruhen des Arbeitsverhältnisses während der Tätigkeit als Geschäftsführer geregelt. Wegen verschiedener Verfehlungen des AN kündigen die Gesellschafter der GmbH den Dienstvertrag ordentlich nach §§ 620 II, 621 BGB, berufen AN durch Beschluss gem. § 46 Nr. 5 GmbHG als Geschäftsführer ab und kündigen das dadurch wieder auflebende Arbeitsverhältnis nach §§ 620 II, 622 BGB aus verhaltensbedingten Gründen (§ 1 I KSchG). AN will gegen diese Maßnahmen gerichtlich vorgehen.

Wo muss AN klagen?

1. Bzgl. der Abberufung als Geschäftsführer sind die ordentlichen Gerichte für Zivilsachen (vgl. § 13 GVG) zuständig.

Nach der „Negativfiktion“ des § 5 I S. 3 ArbGG sind Organe juristischer Personen in ihrer gesellschaftsrechtlichen Funktion keine Arbeitnehmer der GmbH.

2. Auch hinsichtlich der ordentlichen Kündigung des Geschäftsführervertrages ist nach der Ansicht des BAG⁸ und des BGH⁹ der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Es handelt sich um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB.

3. Hinsichtlich der Kündigung des Arbeitsvertrages, der aufgrund des Endes der Geschäftsführertätigkeit wiederauflebt, wären für eine Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG die Gerichte für Arbeitssachen zuständig.

Wenn nun AN vor den Gerichten für Arbeitssachen eine Kündigungsschutzklage erhebt, müssten nach §§ 2 V, 46 II S. 1 ArbGG, 134 I ZPO die Verfahren 1. und 2. eigentlich abgetrennt werden. Die Wirksamkeit der Kündigung des Dienstverhältnisses und des Gesellschafterbeschlusses müsste daher – je nach Streitwert – vor dem Amts- oder Landgericht verhandelt werden, die Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses dagegen vor den Arbeitsgerichten.

Im Hinblick auf den Grundsatz der Prozessökonomie leuchtet es aber nicht ein, dass ein und derselbe Sachverhalt von unterschiedlichen Gerichten beurteilt wird.

Daher können die zivilgerichtlichen Klagen gemäß § 2 III ArbGG im Wege der Zusammenhangsklage ebenfalls vor dem Arbeitsgericht erhoben werden, weil sie sich auf den gleichen Lebenssachverhalt wie der arbeitsgerichtliche Rechtsstreit beziehen und somit im unmittelbaren Zusammenhang zu diesem stehen und eine anderweitige ausschließliche Zuständigkeit nicht gegeben ist.¹⁰

IV. Entscheidung über den zulässigen Rechtsweg durch Vorabbeschluss gem. § 17a III GVG

1. Ist der beschrittene Rechtsweg **unzulässig**, spricht dies das Gericht nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges, § 17a II S. 1 GVG.

Anmerkung: Der Beschluss ist gem. § 17a II S. 3 GVG für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, hinsichtlich des Rechtswegs bindend.

auch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch unabhängig von seiner Anspruchsgrundlage aus, vgl. BAG, NZA 2019, 121 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁵ BAG, NJW 1996, 2948 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁶ BAG, NJW 2019, 1627 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁷ Vgl. dazu Aufgabe 1 im Bayerischen Ersten Staatsexamen, Termin 2010/II.

⁸ Vgl. BAG, NJW 2019, 1627 ff. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NJW 2021, 2059 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁹ BGH, NJW-RR 2007, 1632 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁰ Ausführlich hierzu Schrader/Mika, Die Zusammenhangsklage und das arbeitsgerichtliche Verfahren, NJW 2026, 421 (425).

Die Bindungswirkung tritt auch bei fehlerhaftem bzw. gesetzwidrigem (z.B. bei einem unbegründeten) Verweisungsbeschluss ein.¹¹

Allerdings ist gegen diesen Beschluss nach § 17a IV S. 3 GVG die sofortige Beschwerde statthaft (s.u.).

2. Ist der beschrittene Rechtsweg **zulässig**, kann das Gericht gem. § 17a III S. 1 GVG im Rahmen seines Urteils dies in jedem Fall – also auch ohne Rüge – vorab aussprechen.

3. Rügt eine Partei die Zulässigkeit des Rechtsweges, dann muss das Gericht gem. § 17a III S. 2 GVG vorab entscheiden. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss, der auch ohne mündliche Verhandlung ergehen kann, § 17a IV S. 1 GVG.

Anmerkung: Hier hatte B die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen gerügt. Das ArbG Erfurt hat durch Beschluss die Arbeitnehmereigenschaft des K bejaht.

Die gem. § 17a IV S. 3 GVG statthafte sofortige Beschwerde der B gegen diesen Beschluss (§§ 567 ff. ZPO) hat das gem. § 78 S. 3 Alt. 1 ArbGG sachlich zuständige LAG Thüringen mit Beschluss zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde nach §§ 78 S. 2, 72 II ArbGG zugelassen.¹² Über die statthafte Rechtsbeschwerde (§§ 17a IV S. 4 GVG, 574 ff. ZPO) hatte nun das gem. §§ 78 S. 3 Alt. 2, 92 S. 1 ArbGG zuständige BAG zu entscheiden.

Da die Kenntnis dieser Vorschriften von Ihnen im Examen mit Sicherheit nicht erwartet wird, wurde für die Besprechung in der **Life&LAW** die Frage darauf beschränkt, ob der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist.

Wie die Vorinstanzen hat auch das BAG zu Recht die Arbeitnehmereigenschaft des K bejaht!

C) Lösung

Die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen wäre gegeben, wenn hier gemäß § 2 I Nr. 3b) ArbGG eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses vorliegen würde.

Der Erfolg des Hauptantrags ist vorliegend nicht von der Arbeitnehmerstellung des K abhängig.

Er könnte damit nämlich auch dann obsiegen, wenn die außerordentliche Kündigung eines freien Dienstverhältnisses in Rede stünde. Auch bei dem Bestehen eines solchen wäre die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung am Maßstab des § 626 BGB zu überprüfen (sog. „et-et-Fall“).¹³

Daher müsste für die Eröffnung des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen der K tatsächlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren sein (vgl. dazu den ausführlichen Problemaufriss).

I. Jedenfalls keine Negativfiktion nach § 5 I S. 3 ArbGG

Nach § 5 I S. 3 ArbGG gelten Organe juristischer Personen oder gesetzliche Vertreter von Personengesamtheiten nicht als Arbeitnehmer.

Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Negativfiktion unabhängig von der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB oder ein Dienstverhältnis i.S.d. § 611 BGB vorliegt, die Gerichte für Arbeitssachen nicht zuständig.

K ist im vorliegenden Fall aber kein gesetzlicher Vertreter der i.S.d. § 5 I S. 3 ArbGG. Als Werkleiter und Intendant des Eigenbetriebs Theater vertritt der K nicht die Gemeinde B als juristische Person. Vertretungsbefugnisse hatte K lediglich in Angelegenheiten des von B gebildeten Eigenbetriebs (vgl. Ziffer 5.3 des Vertrages), und zwar in Abhängigkeit von den Weisungen des eigentlichen gesetzlichen Vertreters B, nämlich des Oberbürgermeisters (Ziffer 4.1 des Vertrages).

Dies genügt nicht für die Annahme einer gesetzlichen Vertretung i.S.v. § 5 I S. 3 ArbGG.¹⁴

II. Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. § 5 I S. 1 ArbGG i.V.m. § 611a I BGB

Gemäß § 5 I S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer u.a. Arbeiter und Angestellte.

Der Vorschrift liegt der allgemeine nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde, der als eigenständiger Vertragstyp in § 611a BGB gesetzlich kodifiziert ist.¹⁵

Nach § 611a I S. 1 BGB wird ein Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.

¹¹ Musielak/Voit/Wittschier, 23. Aufl. 2026, GVG § 17a Rn. 9; BAG, NJW 2011, 473 ff. = [jurisbyhemmer](#); BVerwG, NJW 2021, 2600 ff. (Rn. 9) = [jurisbyhemmer](#).

¹² LAG Thüringen, Beschl. vom 27.01.2025, Az. 2 Ta 81/24, BeckRS 2025, 34139.

¹³ BAG, NJW 2019, 162 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ Vgl. BAG, NZA-RR 2009, 330 ff. (Rn. 10) = [jurisbyhemmer](#).

¹⁵ BAG, NJW 2021, 802 ff. (Rn. 11) = [jurisbyhemmer](#).

1. Maßgeblich ist Grad der persönlichen Abhängigkeit

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich danach von dem Rechtsverhältnis eines selbstständig Tätigen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten.

a) Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und Fremdbestimmtheit der Arbeit

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung

- weisungsgebundener und
- fremdbestimmter Arbeit
- in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

Die Begriffe der Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung sind eng miteinander verbunden und überschneiden sich teilweise.

Eine *weisungsgebundene* Tätigkeit ist in der Regel zugleich fremdbestimmt. Das Merkmal der *Fremdbestimmung* kann in Bezug auf die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eigenständige Bedeutung erlangen.

Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung müssen einen Grad an *persönlicher Abhängigkeit* des Arbeitnehmers erreichen, der für ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 611a BGB prägend ist. Die Weisungsgebundenheit ist das engere, den Vertragstyp im Kern kennzeichnende Kriterium, das durch § 611a I S. 2 bis S. 4 BGB näher ausgestaltet ist.

Das Gesetz bestimmt die Weisungsgebundenheit des Dienstverpflichteten, indem es ihr die Freiheit des Selbstständigen gegenüberstellt. Nach § 611a I S. 3 BGB ist weisungsgebunden, wer seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann.

Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers nach § 611a I S. 1 BGB korrespondiert dabei mit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach **§ 611a I S. 2 BGB**, das Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann.

hemmer-Methode: Soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder durch gesetzliche Vorschriften festgelegt sind, ist nach § 106 I GewO der Arbeitgeber befugt, die Umstände, unter denen der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen hat, nach billigem Ermessen einseitig näher auszugestalten.

§ 106 S. 2 GewO erkennt zusätzlich die Ordnung und das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb als Gegenstand des Weisungsrechts an.

b) Abgrenzung zum Selbstständigen, da Weisungsgebundenheit auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses existiert

Weisungsgebundenheit und damit korrelierende Weisungsrechte können aber auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gegeben sein.

Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist daher gegenüber dem Weisungsrecht für Vertragsverhältnisse mit Selbstständigen, insbesondere Werkunternehmern (vgl. § 645 I S. 1 BGB) abzugrenzen.

Die **Anweisung** gegenüber **Selbstständigen** ist typischerweise sachbezogen und ergebnisorientiert ausgestaltet und damit **auf** die zu erbringende **Dienst- oder Werkleistung ausgerichtet**.

Im Unterschied dazu ist das **arbeitsvertragliche Weisungsrecht personenbezogen** und ablaforientiert geprägt. Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.

Wird die Tätigkeit durch den „Auftraggeber“ geplant und organisiert und der Beschäftigte in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Arbeitsergebnisses“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.¹⁶ Gegenstand, Art und Umfang des Weisungsrechts stehen in sachlichem Zusammenhang mit der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Deren Grad hängt nach **§ 611a I S. 4 BGB** auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.

Danach beeinflussen die Art der Dienstleistung und die Zugehörigkeit der Tätigkeit zu einem bestimmten Berufsbild den Vertragstyp. Bestimmte Tätigkeiten lassen sich sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch in einem Werk- oder freien Dienstverhältnis verrichten, während andere regelmäßig im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden.

Bei untergeordneten, einfachen Arbeiten besteht eher eine persönliche Abhängigkeit als bei gehobenen Tätigkeiten.¹⁷

c) Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände, § 611a I S. 5 BGB

Um die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses im konkreten Fall festzustellen, bedarf es stets einer Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls, § 611a I S. 5 BGB.

¹⁶ BAG, NZA 2022, 623 ff. (Rn. 34) = **jurisbyhemmer**.

¹⁷ BAG, NZA 2021, 552 ff. (Rn. 37) = **jurisbyhemmer**.

Von einem Arbeitsverhältnis kann erst dann ausgegangen werden, wenn den Umständen, die für eine persönliche Abhängigkeit sprechen, im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung hinreichendes Gewicht beizumessen ist oder sie dem Rechtsverhältnis ihr Gepräge geben.¹⁸

hemmer-Methode: Soweit § 611a I S. 5 BGB für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, eine Gesamtbetrachtung aller Umstände anordnet, sind dabei ggs. auch verfassungsrechtliche Wertungen zu berücksichtigen.¹⁹ Insoweit besteht auch eine Verknüpfung zur Eigenart der jeweiligen Tätigkeit gem. § 611a I S. 4 BGB.

Bei den Umständen, die Gegenstand der nach § 611a I S. 5 BGB anzustellenden Gesamtbetrachtung sind, kommt es nicht auf die vertraglich vereinbarten Umstände an, wenn der Beschäftigte abweichend von den getroffenen Vereinbarungen tatsächlich weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit leistet. Für diesen Fall erklärt § 611a I S. 6 BGB die Bezeichnung im Vertrag für unbeachtlich und löst den Widerspruch zwischen Vertragsbezeichnung und Vertragsdurchführung zugunsten Letzterer.²⁰

Der in **§ 611a I S. 6 BGB** normierte Vorrang der Vertragsdurchführung vor dem Vertragstext **verlangt eine zweistufige Prüfung** der Arbeitnehmereigenschaft:

1. Schritt: Zunächst ist der Vertrag der Parteien nach §§ 133, 157 BGB auszulegen!

Ergibt sich bereits daraus, dass die Parteien ein Arbeitsverhältnis begründen wollten, wird der Arbeitnehmerstatus allein hierdurch verbindlich festgelegt, ohne dass es auf die Vertragsdurchführung ankommt.

2. Schritt:

Führt die Auslegung des Vertrags zu dem Ergebnis, dass der Dienstverpflichtete als Selbstständiger tätig werden sollte, ist in einem zweiten Schritt die tatsächliche Durchführung des Vertrags zu prüfen:

a) Auslegung und Vertragsdurchführung stimmen überein

Stimmt die Vertragspraxis mit den vertraglichen Vorgaben überein, leistet der Dienstverpflichtete die geschuldeten Dienste nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständiger.

b) Auslegung und Vertragsdurchführung stimmen nicht überein

Weicht die tatsächliche Durchführung des Vertrags von den Vertragsbestimmungen ab, richtet sich die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses allein nach der Vertragsdurchführung, die für sich anhand der Vorgaben des § 611a I BGB zu würdigen ist (sog. „**normative Kraft des Faktischen**“).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist K vorliegend Arbeitnehmer

Gemessen an diesen Grundsätzen ist K hier als Arbeitnehmer zu qualifizieren. Aus dem „Intendantenvertrag“ vom 07.07.2021 i.V.m. mit den Kompetenzregelungen in der Eigenbetriebssatzung und Geschäftsordnung ergibt sich, dass K seine Arbeit nicht im Wesentlichen frei, sondern weisungsgebunden und fremdbestimmt in persönlicher Abhängigkeit ausübt.

Trotz weitreichender Freiheiten im künstlerischen Bereich unterliegt K nach Maßgabe des Intendantenvertrags wesentlichen – auch ablaforientierten – Weisungen des Oberbürgermeisters, die für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnend sind.

a) Freiheit bei künstlerischen Aufgaben

Mit der Tätigkeit als Generalintendant verbunden ist eine weitgehende Freiheit bei der Wahrnehmung der künstlerischen Aufgaben. Nach Nr. 5.1 des Vertrags liegen der Spielplan, die Rollenbesetzung, die Verteilung der Regieaufgaben und Dirigate in seiner Verantwortung. Diese Aufgaben gehören zum Kernbereich der geschuldeten Tätigkeit.

Der „Intendantenvertrag“ regelt in Satz 2 der Ziffer 4.2, dass K der Fachaufsicht jedenfalls nicht unterliegt, soweit künstlerische Entscheidungen betroffen sind. Auch der Umstand, dass die Arbeitszeit des K nicht erfasst worden ist und er die Büroräumlichkeiten der B nicht zu nutzen hatte, deuten auf einen hohen Freiheitsgrad bei der Arbeitsgestaltung hin.

b) Aber: Umfassende Rechtsaufsicht durch den Oberbürgermeister

Andererseits sieht der „Intendantenvertrag“ in Ziffer 4.2 Satz 1 eine umfassende Rechtsaufsicht des Oberbürgermeisters (Ziffer 4.2, Satz 3) vor. Die rechtliche Überwachung ist nicht auf die Arbeitsergebnisse beschränkt, sondern kann sich auch auf von K organisierte Verfahrensabläufe erstrecken.

Daraus folgt, dass das Weisungsrecht des Dienstvorgesetzten auch ablaforientiert ist.

aa) Eingriffsrecht des Oberbürgermeisters nach § 11 Geschäftsordnung

Die in Ziffer 2.2 vertraglich in Bezug genommene Geschäftsordnung regelt in § 11 ein umfassendes Eingriffsrecht des Oberbürgermeisters als Dienstvorgesetzter für den Fall, dass sich der Generalintendant und der zweite Werkleiter nicht einig sind.

¹⁸ BAG, NJW 2021, 1551 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁹ BAG, NZA 2022, 623 ff. (Rn. 36 ff.) = [jurisbyhemmer](#); BAG, NJW 2013, 2984 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁰ BAG, NZA 2025, 1243 ff. (Rn. 29 f.) = [jurisbyhemmer](#).

Es ist nicht beschränkt auf die den Werkleitern gemeinsam zugewiesenen Bereiche, sondern erstreckt sich auf die zur eigenverantwortlichen Gestaltung überlassenen Aufgaben.

bb) Fremdbestimmtheit der Arbeit aufgrund des arbeitsteiligen Handelns

Durch die arbeitsteilig ausgerichtete Organisation des Theaters erweist sich die Tätigkeit des K auch als fremdbestimmt. Die Führungsstruktur des Theaters sieht in Ziffer 3 des Vertrages und in § 5 der Geschäftsordnung ein enges Zusammenwirken von Generalintendant und Verwaltungsdirektor vor. Eine permanente enge inhaltliche Abstimmung des Generalintendanten mit dem Verwaltungsdirektor ist nach der Organisationsstruktur unumgänglich. Dies gilt sowohl für die eigenen Geschäftsbereiche als auch für die gemeinsam zu verantwortenden Aufgaben.

In verschiedenen Tätigkeitsbereichen kann der Generalintendant von vornherein nur mit dem Verwaltungsdirektor gemeinsam agieren.

(1) In wesentlichen Aufgabenbereichen, wie z.B. der Aufstellung des Wirtschaftsplans, einschließlich des Stellenplans, der Erstellung des Jahresabschlusses und der Vorlagen für den Werkausschuss und Personaleinstellungen, haben beide gemeinsam zu entscheiden (§ 5 Geschäftsordnung).

(2) Bestehen Meinungs- und Auffassungsunterschiede, sowohl bei den gemeinsamen als auch bei den einzelnen zugeordneten Aufgaben und Entscheidungen, sind diese dem Oberbürgermeister schriftlich und/oder mündlich vorzutragen, der dann eine Entscheidung trifft (§ 11 Geschäftsordnung).

Die Entscheidung des Oberbürgermeisters ersetzt in dem Fall diejenige des Generalintendanten. Das Eingriffsrecht erstreckt sich auf alle Aufgabenbereiche und spricht damit neben der Rechtsaufsicht entscheidend für eine Weisungsgebundenheit des Generalintendanten. Auf diese Weise kann der Verwaltungsdirektor als zweiter Werkleiter in allen Bereichen erwirken, dass die Entscheidung des Oberbürgermeisters an die Stelle der Entscheidung des Generalintendanten tritt.

(3) Durch die Berichtspflichten gegenüber dem Oberbürgermeister nach § 10 Geschäftsordnung ist gewährleistet, dass der Oberbürgermeister seine Kontrollaufgaben und Eingriffsmöglichkeiten gegenüber dem Generalintendanten auch effektiv wahrnehmen kann.

cc) Betriebliche Eingliederung durch Pflicht zur Anzeige und Einholung der Genehmigung von Nebentätigkeiten und Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Die Eingliederung des Generalintendanten in die Betriebsorganisation der B kommt auch darin zum Ausdruck, dass K – für einen Arbeitnehmer typisch – zur Anzeige und Einholung einer Genehmigung von Nebentätigkeiten und zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des dritten Arbeitstags nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet war.

c) Eigenart der Tätigkeit als Generalintendant ist nicht spezifisch dienstvertraglich

Die Eigenart der Tätigkeit des Generalintendanten hat keinen bestimmenden Einfluss auf die Einordnung des Rechtsverhältnisses. Die Tätigkeit kann – je nach Ausgestaltung der Rechtsstellung des Generalintendanten im Einzelfall – sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch eines Dienstverhältnisses wahrgenommen werden.

Entscheidend kommt es darauf an, ob im konkreten Fall die gesetzlichen Merkmale des § 611a I BGB erfüllt sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Generalintendant, dem die künstlerische Leitung eines Theaters übertragen ist, aufgrund der Eigenart seiner Tätigkeit im durch die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) geprägten Bereich beschäftigt ist.²¹

Allein dies gibt zwar keinen Ausschlag zugunsten eines freien Dienstverhältnisses. Die grundrechtliche Ausstrahlung der Kunstfreiheit ist aber im Rahmen der nachfolgenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen.

d) Nach Gesamtbetrachtung aller Umstände liegt ein Arbeitsverhältnis vor

Nach der erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände handelt es sich im vorliegenden Fall um ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a I BGB.

Die Weisungsbefugnisse des Oberbürgermeisters und das Maß an Fremdbestimmung, das aus der starken Einbindung des K in die Arbeitsorganisation folgt, fallen erheblich ins Gewicht. Sie lassen die Tätigkeit als nicht im Wesentlichen frei erscheinen und Aspekte, die für ein freies Dienstverhältnis sprechen, etwa die freie Arbeitszeitgestaltung und die fehlende Vorgabe des Arbeitsorts, in den Hintergrund treten.

Zwar ist auch bei freien Dienstverhältnissen nicht ungewöhnlich, dass ein inhaltlicher Abstimmungsbedarf mit anderen gegeben ist und Kontrollorgane die Tätigkeit überwachen.

²¹ BAG, NJW 2018, 810 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Im Streitfall besteht aber die Besonderheit, dass aufgrund der Organisationsstruktur des Theaters der Verwaltungsdirektor als zweiter Werkleiter im Konfliktfall in allen Aufgabenbereichen die Entscheidung anderer Organe erwirken kann und dies die Freiheit des Generalintendanten ganz erheblich beschränkt.

Auch der Umstand, dass der „Intendantenvertrag“ dem K im künstlerischen Bereich gestalterische Freiheit einräumt und ihm die künstlerische Verantwortung zuweist, ändert daran nichts. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die K im Theaterbetrieb für sich die Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG in Anspruch nehmen kann und ein Interesse daran hat, unabhängig Beschäftigte überall dort einzusetzen, wo es um die Einbringung individueller künstlerischer Befähigung und Aussagekraft geht.

Dies trifft zweifellos auf die Position des Generalintendanten zu, der die künstlerische Leitung des Theaters innehat. Selbst wenn man zugrunde legte, dass für ihn aus diesem Grund ein strengerer Prüfungsmaßstab anzulegen wäre, erwiese sich die Tätigkeit aufgrund der vertraglichen Gestaltung aber nicht als so frei, dass das Rechtsverhältnis als freies Dienstverhältnis anzusehen wäre.

Dem stehen das Weisungsrecht des Oberbürgermeisters und die Eintrittsmöglichkeit nach § 11 der Geschäftsordnung entgegen.

Da sich Letztere auch auf die Aufgabengebiete erstreckt, die originär der Eigenverantwortlichkeit des K unterstellt sind, ist seine Freiheit letztlich auch im künstlerischen Bereich deutlich eingeschränkt.

4. Ergebnis

K ist damit als Arbeitnehmer i.S.d. § 611a I BGB bzw. § 5 I S. 1 ArbGG zu qualifizieren.

Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag als Dienstvertrag nicht an (§ 611a I S. 6 BGB).

III. Endergebnis

Da es sich im vorliegenden Fall um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer (K) und einer Arbeitgeberin (B) über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses handelt, ist die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 I Nr. 3b) ArbGG zu bejahen.

D) Kommentar

(mtj). Der Beschluss des BAG ist innerhalb kurzer Zeit die dritte Entscheidung zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Beschäftigter als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.

Die sehr sorgfältig begründete Entscheidung des BAG ist im Ergebnis überzeugend. Im Examen ist es wichtig, sämtliche Informationen im Sachverhalt zur Auslegung heranzuziehen.

In Examensklausuren wird diese Abgrenzung nicht häufig geprüft. Da das BAG sich aber innerhalb kurzer Zeit in drei Entscheidungen mit dieser Frage beschäftigt hat, könnte diese Abgrenzung tatsächlich in den nächsten Examensterminen zum Gegenstand einer Klausur gemacht werden.

E) hemmer-background

Der **hemmer-background** befasst sich daher zum einen mit dem Urteil des BAG vom 12.11.2024 (9 AZR 205/23) zur Selbständigkeit des Betreibers einer Waschstraße²² und dem Beschluss des BAG vom 03.12.2025 (9 AZB 18/25) zur Selbständigkeit eines Schiedsrichterassistenten in der 3. Fußballbundesliga.²³

I. Zur Arbeitnehmernehmereigenschaft des Betreibers einer Waschstraße²⁴

Sachverhalt: Die Beklagte betreibt bundesweit über 300 Autowaschstraßen. Der Kläger führte für sie seit Juli 2009 eine Filiale in Hamburg auf Basis eines „Partnervertrags“. Dieser Vertrag bezeichnete den Kläger als selbstständigen Gewerbetreibenden, der die Waschstraße im Namen und für Rechnung der Beklagten betreibt.

Laut Vertrag konnte der Kläger seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen. Er war berechtigt, eigenes Personal einzustellen, dessen Arbeitsbedingungen er eigenverantwortlich regelte. Die Betriebszeiten wurden einvernehmlich festgelegt (Montag bis Samstag, teils Sonntag) und auf Wunsch des Klägers für den Winter angepasst. Im Jahr 2020 erzielte er eine Provision von rund 28.600 Euro und beschäftigte eigene Mitarbeiter.

Demgegenüber standen aber auch einige vertragliche Einschränkungen: Die Verkaufspreise wurden allein von der Beklagten festgelegt. Zudem war der Kläger verpflichtet, tägliche Abrechnungen zu erstellen, ein gesetzlich vorgeschriebenes Betriebstagebuch zu führen sowie Wartungen und Sicherheitsprüfungen streng nach einem von der Beklagten vorgegebenen Schulungshandbuch durchzuführen. Das Reinigungspersonal musste Schulungen absolvieren. Die Beklagte hatte zudem jederzeit ein Zutrittsrecht zur Anlage.

²² BAG, NJW 2025, 991 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²³ BAG, NZA 2026, 37 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁴ BAG, NJW 2025, 991 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Der Kläger begehrte gerichtlich die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Lösung: Das BAG bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanzen, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a BGB, sondern als freies Dienstverhältnis i.S.d. § 611 BGB zu qualifizieren ist.

Das BAG betonte, dass sich ein Arbeitnehmer gemäß § 611a I S. 1 BGB durch weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit auszeichnet. Für die Abgrenzung zur Selbstständigkeit ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände notwendig, § 611a I S. 5 BGB. Dabei verlangt das Gesetz eine zweistufige Prüfung: Zuerst ist der Vertrag auszulegen. Wollte man danach eine Selbstständigkeit bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die tatsächliche Durchführung davon abweicht. Liegt eine „gelebte“ Abweichung vor, verdrängt die Realität den Vertragstext, § 611a I S. 6 BGB.

Im vorliegenden Fall hielt die Vertragspraxis der rechtlichen Prüfung stand. Der Partnervertrag wies deutliche dienstvertragliche Elemente auf.

Ein entscheidendes Indiz gegen ein Arbeitsverhältnis und für die Selbstständigkeit war das vertraglich eingeräumte und real genutzte Recht des Klägers, die geschuldete Leistung nicht höchstpersönlich erbringen zu müssen, sondern dafür eigenes Personal einzusetzen.

Auch das Fehlen eines einseitigen Direktionsrechts der Beklagten bezüglich der Arbeitszeit sprach für die Unabhängigkeit; die Öffnungszeiten wurden einvernehmlich vereinbart und konnten von der Beklagten nicht einseitig abgeändert werden.

Die bestehenden Einschränkungen des Klägers – wie die Bindung an behördliche Vorgaben, das Führen des Betriebstagebuchs, die Pflicht zur täglichen Abrechnung und die Preishoheit der Beklagten – resultierten aus der Natur des Vertriebssystems. Diese Vorgaben stellen laut BAG **lediglich sach- und ergebnisorientierte Anweisungen** dar, wie sie auch bei Werk- oder freien Dienstverträgen üblich sind, und **kein personenbezogenes, ablauforientiertes arbeitsrechtliches Weisungsrecht**. In der Gesamtabwägung wogen die unternehmerischen Freiheiten des Klägers schwerer als die organisatorischen Beschränkungen.

Ergebnis: Die zulässige Feststellungsklage war daher unbegründet.

II. Zur Arbeitnehmernehmereigenschaft eines Schiedsrichterassistenten²⁵

Sachverhalt: Der Kläger ist seit der Saison 2021/2022 als Fußballschiedsrichter in der Regionalliga aktiv. Für die Saison 2024/2025 meldete ihn sein Regionalverband jedoch nicht für einen der begehrten Coaching-Plätze des Deutschen Fußball-Bundes (DFB), welche die Voraussetzung für einen Aufstieg in die professionisierte 3. Liga darstellen. Daher bot ihm die beklagte DFB Schiri GmbH keinen Vertrag als Schiedsrichter-Assistent für die 3. Liga an. Der Kläger sah darin eine Diskriminierung und klagte vor dem Arbeitsgericht auf Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 AGG.

Der standardisierte Rahmenvertrag der DFB Schiri GmbH betont ausdrücklich die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter. Er legt fest, dass kein Arbeitsverhältnis begründet wird und die Schiedsrichter auf selbstständiger Basis agieren. Demnach besteht weder eine Pflicht zur Übernahme noch ein Anspruch auf Zuteilung von Spielleitungen. In der Praxis läuft die Besetzung so ab, dass die Unparteilichen vorab Verfügbarkeiten („Freistellungen“) in ein Online-System eintragen. Erst danach erfolgt die Zuteilung durch die Beklagte, wobei die Assistenten ein zugeteiltes Spiel immer noch ablehnen können.

Eine monatliche Grundvergütung existiert nicht; gezahlt wird ausschließlich ein einsatzbezogenes Honorar (675 Euro pro Spiel als Assistent).

Die Schiedsrichterordnung (Scho) verpflichtet sie jedoch zum Training, zum Besuch von Lehraufträgen sowie zum Tragen vorgeschriebener Sportkleidung. Zudem sieht § 11 Scho Sanktionen wie die Streichung von der Schiedsrichterliste vor, falls Spiele wiederholt unbegründet oder verspätet abgesagt werden.

Die Beklagte rügte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen.

Das ArbG Bonn erklärte den Rechtsweg für unzulässig. Das LAG Köln hielt diesen auf Beschwerde des Klägers hin für eröffnet. Das LAG argumentierte, durch die Monopolstellung der Beklagten und die drohenden Sanktionen bei Absagen bestehe ein faktischer Druck, der einem Direktionsrecht gleichkomme.

Lösung: Die Rechtsbeschwerde der Beklagten vor dem BAG hatte Erfolg. Das BAG entschied, dass der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gemäß § 2 I Nr. 3c) ArbGG **nicht** eröffnet ist und verwies daher den Rechtsstreit an die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Der Kläger sei kein Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB. Das BAG stellte klar, dass im Rahmen einer Gesamtbetrachtung keine weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit vorliegt. Allein aus dem Rahmenvertrag ergibt sich keine Pflicht zur Arbeitsleistung, da die Spielleitungen jeweils separat und einvernehmlich vereinbart werden.

Das BAG wies die Argumentation des LAG Köln ausdrücklich zurück: Die Sanktionsregeln in § 11 Scho knüpfen nicht an die freie Ablehnung von Spielangeboten an, sondern sanktionieren lediglich das pflichtwidrige Absagen bereits fest zugesagter Termine.

²⁵ BAG, NZA 2026, 37 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Dies entspricht einer vertraglichen Treuepflicht und stellt kein arbeitsrechtliches Direktionsrecht dar. Auch die Pflichten zum Besuch von Lehrabenden und zur sportlichen Fitness begründen keine persönliche Abhängigkeit. Sowohl bei Arbeitsverhältnissen als auch bei freien Dienstverhältnissen hat ein Auftraggeber ein berechtigtes Interesse an der Qualitätssicherung und einer einheitlichen Regelauslegung. Zudem führt eine faktische wirtschaftliche Abhängigkeit oder eine Monopolstellung des Verbandes für sich genommen nicht zum Arbeitnehmerstatus, solange die rechtliche und tatsächliche Gestaltungsfreiheit des Einzelnen bei der Dienstleistung gewahrt bleibt.

Da der Kläger die Tätigkeit zudem nicht im Hauptberuf ausübte und nicht zur Sicherung seiner Existenz auf die Honorare angewiesen war, scheidet auch der Status einer arbeitnehmerähnlichen Person i.S.d. § 12a TVG aus.

Ergebnis: Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen war daher nicht eröffnet!

F) Wiederholungsfrage

- Was ist das maßgebliche Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages?

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines selbstständig Tätigen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten.

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung *weisungsgebundener* und *fremdbestimmter* Arbeit in *persönlicher Abhängigkeit* verpflichtet ist, § 611a I S. 1 BGB.

Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmung müssen einen Grad an *persönlicher Abhängigkeit* des Arbeitnehmers erreichen, der für ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 611a BGB prägend ist. Die Weisungsgebundenheit ist das engere, den Vertragstyp im Kern kennzeichnende Kriterium, das durch § 611a I S. 2 bis S. 4 BGB näher ausgestaltet ist.

Weisungsgebundenheit und damit korrelierende Weisungsrechte können aber auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gegeben sein.

Die **Anweisung** gegenüber **Selbstständigen** ist typischerweise sachbezogen und ergebnisorientiert ausgestaltet und damit **auf** die zu erbringende **Dienst- oder Werkleistung ausgerichtet**.

Im Unterschied dazu ist das **arbeitsvertragliche Weisungsrecht personenbezogen** und ablauforientiert geprägt. Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.

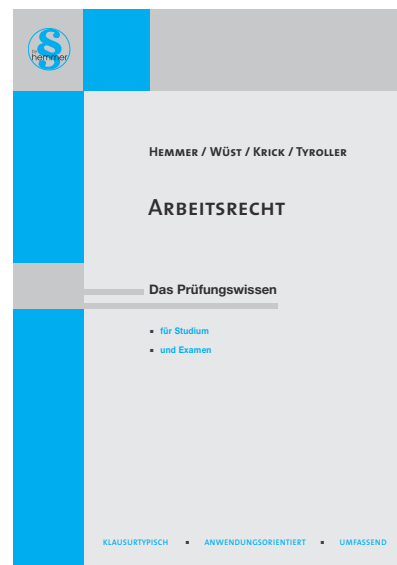
Wird die Tätigkeit durch den „Auftraggeber“ geplant und organisiert und der Beschäftigte in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Arbeitsergebnisses“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.

Ein entscheidendes Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses kann der Verlust der sog. „Zweitsouveränität“ sein.

G) Zur Vertiefung

Zum Arbeitnehmerbegriff

- Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 17 ff.



auch als eBook erhältlich



Aus dem Inhalt:

- Zulässigkeit der Anträge des Arbeitnehmers
- Verbindung der einzelnen Klageanträge des Arbeitnehmers
- Begründetheit der Feststellungsanträge
- Begründetheit der Leistungsanträge des Arbeitnehmers
- Zulässigkeit der Gegenanträge des Arbeitgebers
- Begründetheit der Gegenanträge des Arbeitgebers

BGH, Urteil vom 30.04.2026, III ZR 164/25 = NZM 2026, 461 = [jurisbyhemmer](#)

2 Mieter schaltet Makler ein: Was kann Vermieter tun?

+++ Mangelhafte Kaufsache +++ Arglistiges Verschweigen +++ Haftung nach Deliktsrecht +++
§§ 437 Nr. 3, 311a II, 826, 823 II BGB, § 263 StGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): V ist Eigentümer eine Gewerbeimmobilie in München. Die Ladenfläche ist an M vermietet. V ist auf die Erbringung von Immobilien-Dienstleistungen spezialisiert und bietet Maklerleistungen an.

M suchte einen Nachmieter für die angemietete Gewerbefläche und beauftragte den Makler X mit einer entsprechenden Suche. X vermittelte V und M einen Interessenten, mit dem ein Vertragsabschluss jedoch nicht zustande kam. X vermarktete die Fläche in der Folgezeit auf verschiedenen Webseiten als „Exklusive Boutique nahe Maximiliansplatz“ zu einer Monatsmiete von 10.000 €. Dabei verwendete X Bildaufnahmen aus dem Inneren der Räume.

Eine ausdrückliche Beauftragung des X seitens des V hatte nicht stattgefunden. Ob V zumindest mit der Vermittlungstätigkeit einverstanden war, lässt sich nicht klären.

Jedenfalls mahnte V den X per Anwaltsschreiben ab und forderte ihn auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Zudem verlangte V von X die Erstattung der dafür angefallenen Anwaltsgebühren.

X verpflichtete sich daraufhin „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – jedoch rechtsverbindlich – es zu unterlassen, die Immobilie zu vermarkten“.

Die Rechtsanwaltskosten hat X jedoch nicht beglichen.

V steht auf dem Standpunkt, er könne die Zahlung verlangen. Die Tätigkeit des X habe sich negativ ausgewirkt. V hält eine viel höhere Miete für möglich. Die Annoncen des X erschwerten nun die Verhandlungen mit anderen Interessenten. Es liege eine Eigentumsverletzung vor, so dass X ersatzpflichtig sei.

Kann V von X Ersatz der Anwaltskosten verlangen, die für die Abmahnung und die strafbewehrte Unterlassungserklärung angefallen sind?

A) Sound

1. Die Frage, ob einem Grundstückseigentümer gegen einen Immobilienmakler wegen der Vermarktung einer Immobilie ein Unterlassungsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 681 S. 1 BGB) und bei dessen Geltendmachung ein Schadensersatzanspruch (§ 678 BGB) zusteht, ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn der Mieter der Immobilie den Makler mit der Suche nach einem Unter- oder Nachmieter beauftragt hat.

2. Einem Grundstückseigentümer kann gegenüber einem Immobilienmakler ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB zustehen, wenn dieser unter Verwendung von Fotografien der Innenräume der Immobilie diese öffentlich vermarktet.

3. Besteht ein solcher Unterlassungsanspruch nach § 1004 I BGB und mahnt der Eigentümer den Makler in einer Weise ab, die diesem einen Weg weist, ihn ohne Inanspruchnahme der Ge-

richte klaglos zu stellen, kann der Eigentümer die Rechtsanwaltskosten, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, vom Mieter nach §§ 677, 683, 670 BGB ersetzt verlangen.

B) Problemaufriss

Mancher Leser mag bei der Lektüre der Leitsätze („Sounds“) verwirrt sein, weil die GoA erst abgelehnt wird (Sound 1) und dann aber bejaht wird (Sound 3).

Das ist aber kein Widerspruch, denn es geht um unterschiedliche Geschäftsführungen: Zunächst stellt sich die Frage, ob der Makler X für den V geschäftsführend tätig wurde, indem er versuchte, Interessenten für ein Nachmietverhältnis zu gewinnen (Sound 1). Sodann geht es um die Frage, ob V für X geschäftsführend tätig wurde, indem er die strafbewehrte Unterlassungserklärung einholte (Sound 3).

In diesem Zusammenhang könnte die GoA dann die Basis für die Erstattung der Anwaltskosten sein.

In Klausuren wird sehr häufig nach der Erstattungs-fähigkeit von Anwaltskosten gefragt, so dass im Problemaufriss zunächst ein grober Überblick über denkbare Anspruchsgrundlagen gegeben werden soll.

Im Ausgangspunkt muss derjenige, der einen Anwalt beauftragt, diesen auch für seine Tätigkeit vergüten. Es wird ein Geschäftsbesorgungsvertrag in Form eines Dienst- oder Werkvertrags² abgeschlossen, § 675 I BGB, aus dem eine Vergütung für die Tätigkeit bzw. für den Eintritt des Erfolgs geschuldet ist. Das erscheint banal, ist in der Praxis bei Mandanten oft aber keine Selbstverständlichkeit. Vielfach herrscht die Vorstellung vor, wenn man gewinne oder „Recht habe“, schulde die Gegenseite die Anwaltskosten. Das ist natürlich ein Irrglaube. Der Mandant schuldet stets die Zahlung. Davon strikt zu trennen ist die Frage, ob dem Mandanten (!, nicht dem Anwalt) ein Erstattungsanspruch hinsichtlich der Anwaltskosten gegenüber dem Gegner zusteht.

Anmerkung: Besteht ein solcher Anspruch und wird der Anwalt mit der Geltendmachung beauftragt, handelt es sich um eine neue Streitsache, für die der Anwalt wiederum ein Honorar verlangen kann!

Hat der Mandant dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Gegenseite, ist der Ersatz der Anwaltskosten unproblematisch. Der Mandant wird sich in der Regel herausgefordert fühlen dürfen, einen Anwalt mit der Geltendmachung seiner Schäden zu beauftragen, so dass auch die Anwaltskosten haftungsausfüllend kausal und damit erstattungsfähig sind. Das mag allenfalls bei Bagatellschäden anders sein.

Denkbare Anspruchsgrundlagen sind insoweit z.B. die §§ 823 ff. BGB, § 7 I StVG, § 280 I BGB.

Hat der Mandant einen Anspruch, mit dessen Erfüllung der Gegner in Verzug geraten ist, sind die Anwaltskosten nach §§ 280 I, II, 286 BGB zu erstatten.

Anmerkung: Klassisches Problem in diesem Zusammenhang: Die Kosten der Erstmahnung, die den Verzug erst begründet, sind nicht erstattungsfähig, da sie nicht kausal auf dem Verzug beruhen. Der Schuldnerverzug wird durch die Erstmahnung ja erst herbeigeführt.

Komplizierter ist die Rechtslage, wenn der Anwalt mit der Abwehr einer Forderung beauftragt wird. Der Mandant wird vom Gegner mit einem Anspruch konfrontiert, der nicht besteht.

Im Rahmen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses stellt die Geltendmachung eines (noch) nicht bestehenden Anspruchs eine Pflichtverletzung dar, bezogen worauf der Gegenseite die Exkulpation gem. § 280 I S. 2 BGB in der Regel nicht gelingen wird. Die Beauftragung des Anwalts führt sodann wieder zu einem kausalen Schaden.

Was aber gilt, wenn die Konfrontation mit einem Anspruch außerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses erfolgt? Sofern nicht ausnahmsweise ein Betrugsversuch in der Geltendmachung zu erblicken sein sollte (dann greift § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB als Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Anwaltskosten ein), besteht kein Erstattungsanspruch. Der Anwalt muss den Mandanten darüber im Vorfeld aufklären.

Alternativ lässt sich der Anwalt nicht mit der Forderungsabwehr beauftragen, sondern mit der Erhebung einer negativen Feststellungsklage, also einer Klage, gestützt darauf, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht.

Im Falle des positiven Ausgangs dieses Rechtsstreits wird der Beklagte (Gegner des Mandanten) zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilt. Dazu gehören neben den Gerichtskosten auch die gesetzlichen Gebühren des Rechtsanwalts (§ 91 II S. 1 ZPO), die im Kostenfeststellungsverfahren gem. §§ 103 ff. ZPO tituliert werden. Es besteht dann ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch.

Im vorliegenden Fall geht es – wie bereits erwähnt – um die Frage, ob auch die GoA tauglicher Anknüpfungspunkt für die Erstattung von Anwaltskosten sein kann. Dabei bietet der Fall zwei Anknüpfungspunkte, von denen der BGH vorliegend einen bejaht.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob V von X Erstattung der Anwaltskosten verlangen kann, die im Rahmen der strafbewehrten Unterlassungserklärung angefallen sind.

I. Anspruch aus § 678 BGB i.V.m. §§ 677, 681 S. 1 BGB

Möglicherweise ergibt sich ein solcher Anspruch aus § 678 BGB i.V.m. §§ 677, 681 S. 1 BGB.

¹ So z.B. bei der Beauftragung mit der Geltendmachung eines Anspruchs. Der Anwalt schuldet hier keinen Erfolg.

² So z.B. bei der Beauftragung mit der Anfertigung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Hier schuldet der Anwalt nicht

nur ein „Bemühen um gute Klauseln“, sondern als Erfolg eine Ausarbeitung auf aktuellem Gesetzes- und Rechtsprechungsstand.

1. Unterlassungsanspruch gestützt auf § 681 S. 1 BGB denkbar

Möglicherweise ist X mit der Vermarktung geschäftsführend für V tätig geworden. In diesem Fall hat er – soweit die zeitlichen Verhältnisse es erlauben – dem Geschäftsherrn die geplante Geschäftsführung auch schon vor Ausführung anzuzeigen und abzuwarten, ob die Geschäftsführung gewünscht ist.³ Daraus resultiert sodann wiederum ein (ungeschriebener) Anspruch des Geschäftsherrn auf Unterlassung der Geschäftsführung.

Wird das Geschäft gleichwohl geführt (entweder ohne die Anzeige oder ohne die Entschließung des Geschäftsherrn abzuwarten), handelt es sich um eine unberechtigte Geschäftsführung, welche die Schadensersatzfolge des § 678 BGB auslöst. In diesem Zusammenhang darf sich der Geschäftsherr sodann herausgefordert fühlen, einen Anwalt mit dem Verlangen nach der Abgabe einer Unterlassungserklärung zu beauftragen (siehe Problemaufriss).

2. Problem: Fremdes Geschäft für V geführt? Hier: Beauftragung durch M

Voraussetzung für diesen Anspruch ist jedoch, dass die Vermarktung ein fremdes Geschäft darstellt, welches X (auch) für den V vorgenommen, also mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat, § 677 BGB.

a) Anforderungen an die Fremdheit eines Geschäfts

Aus dem Tatbestandsmerkmal „für einen anderen“ ergibt sich, dass das (geplante) Geschäft einem fremden Rechts- oder Interessenkreis entstammt, also der Sorge eines anderen obliegt.

Zu unterscheiden ist zwischen einem objektiv fremden Geschäft, einem subjektiv fremden Geschäft (welches dem Anschein nach neutral ist) und einem „auch“ fremden Geschäft.

Ein objektiv fremdes Geschäft greift schon seinem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis ein – wie etwa die (umfassende) Verwaltung eines fremden Grundstücks, die schon dem äußeren Erscheinungsbild nach zum Rechtskreis eines Eigentümers gehört.

Unter die Kategorie des objektiv „auch fremden Geschäfts“ fallen Geschäfte, die ihrer äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Geschäftsführer, sondern unmittelbar und nicht nur reflexartig auch dem Geschäftsführer oder einem Dritten zugutekommen.

Ein zugleich eigenes und fremdes Geschäft besorgt der Handelnde, wenn die Übernahme zugleich im eigenen Interesse und im Interesse eines anderen liegt, woran es fehlt, wenn der Handelnde nur ein eigenes Gewinninteresse verfolgt.

Eine Geschäftsbesorgung für einen anderen kann auch dann vorliegen, wenn der Geschäftsführer zur Besorgung des Geschäfts einem Dritten gegenüber verpflichtet ist.⁴

b) BGH: Vorliegend kein Tätigwerden im Interessenkreis des V

Nach diesen Grundsätzen ist die durch Beauftragung des M erfolgte Tätigkeit des X vorliegend allein als Interessenwahrnehmung für M zu qualifizieren.

Zum Teil wird dies allein damit begründet, dass der Makler ausschließlich sein Provisionsinteresse verfolge.⁵ Die Suche nach einem Nachmieter wirkt sich allenfalls reflexartig für Vermieter aus, was – wie aufgezeigt – für ein auch-fremdes Geschäft nicht genügt. Denn **frühestens**, wenn ein Nachmieter gefunden wurde, kann die Rechts- und Interessenlage des Vermieters konkret und unmittelbar berührt sein, etwa weil ein Nachmietvertrag zustande kommt oder der neue Mietinteressent ein Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrags unterbreitet. Der Makler ist allein gegenüber seinem Auftraggeber verpflichtet und hat daher allein dessen Interessen zu wahren.

Ein fremdes Geschäft lag daher vorliegend (jedenfalls noch) nicht vor.

Anmerkung: Der BGH sieht also insbesondere in zeitlicher Hinsicht keine Geschäftsführung für V. Im Vorfeld des Abschlusses eines Mietvertrages wirke sich das Tätigwerden des Maklers allenfalls reflexartig aus. Da wäre eine a.A. sicherlich vertretbar.⁶ Folge: Der BGH wendet sich sodann der Frage zu, ob ein Unterlassungsanspruch, verbunden mit einem Ersatzanspruch für die Anwaltskosten, aus anderen Gründen bejaht werden kann.⁷

³ Hintergrund: Der Geschäftsherr soll entscheiden können, ob er den Geschäftsführer sodann ggfs. mit der Ausführung beauftragt. Ohne Beauftragung würde ggfs. Aufwendersatz aus §§ 683 S. 1, 670 BGB geschuldet sein. Der Geschäftsführer soll dem Geschäftsherrn die Tätigkeit nicht aufdrängen können. Damit korrespondiert sodann denknötwendig ein Anspruch des Geschäftsherrn, die Geschäftsführung ggfs. zu unterlassen.

⁴ Vgl. z.B. BGH, NJW-RR 2004, 81 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁵ So z.B. MUKo/Althammer, § 652, Rn. 27.

⁶ Dann müsste man sich in der Folge der umstrittenen Frage zuwenden, ob das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens beim auch-fremden Geschäft vermutet wird, vgl. dazu Hemmer/Wüst/d'Alquen; Rückgriffsansprüche, Rn. 405 ff.

⁷ Der BGH deutet an, dass in der entsprechenden Tätigkeitsphase allenfalls ein Unterlassungsanspruch gegenüber

II. Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Ein Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten könnte sich jedoch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB ergeben.

Dann müsste V mit der Beauftragung des Anwalts zur Beibringung der geforderten Unterlassungserklärung (auch) ein Geschäft des X für diesen geführt haben, § 677 BGB. Zudem müsste dies dem Willen bzw. mutmaßlichen Willen des X entsprochen haben (§ 683 S. 1 BGB) und bei den Anwaltskosten müsste es sich um Aufwendungen handeln, die der V im Rahmen der Geschäftsführung für erforderlich halten durfte, § 670 BGB.

1. Führen eines Geschäfts für X

Fraglich ist zunächst, ob in der Beauftragung des Anwalts in objektiver Hinsicht auch ein Geschäft des X zu sehen ist. Das ist deshalb problematisch, weil sich V ja auch darum kümmert, dass sein Grundstück nicht fremdvermarktet wird.

Ein zugleich fremdes Geschäft läge nur vor, wenn dem V gegen X ein Unterlassungsanspruch zustehen würde. Dann würde V auch im Interessenkreis des X tätig. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 1004 I S. 2 BGB ergeben.

Anmerkung: Diese Inzidentprüfung eines Anspruchs aus § 1004 I BGB gegen den Geschäftsherrn ist ein Klassiker im Rahmen der GoA. Relevant wird dies z.B. auch im Rahmen der zivilrechtlichen Abschleppfälle. Da der Falschparker Beseitigung des Fahrzeugs aus § 1004 I S. 1 BGB (bzw. aus § 862 I S. 1 BGB) schuldet, führt der Eigentümer mit dem Abschleppen (auch) ein Geschäft des Falschparkers, so dass ein Ersatzanspruch für die damit verbundenen Kosten aus §§ 683 S. 1, 670 BGB bestehen kann.⁸

Für den Unterlassungsanspruch aus § 1004 I S. 2 BGB ist zunächst erforderlich, dass die Vermarktungsbemühungen des X als eine Beeinträchtigung des Eigentums des V anzusehen sind.⁹

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH steht das Recht, Fotografien von Bauwerken und Gartenanlagen aufzunehmen und gewerblich zu vermarkten, dem Grundstückseigentümer zu, soweit die Abbildungen von seinem Grundstück aus gefertigt werden.

Anmerkung: Mancher Leser wird sich die Frage stellen, warum die Abbildungen von dem betroffenen Grundstück aus aufgenommen worden sein müssen, es also dazu gekommen sein muss, dass der Fotograf das Grundstück betreten haben muss. Ganz einfach: Das „Recht am eigenen Bild“ ist ein höchstpersönliches, an eine natürliche Person geknüpfte Position. Es gibt kein Recht am Bild des eigenen Grundstücks. Das Grundstück selbst ist kein Rechtssubjekt und hat kein Recht an einem Bild. Und das Grundstücksrecht selbst gehört nicht zum („höchstpersönlichen“) Recht am Bild des Eigentümers. Daher kann ein Eigentümer grundsätzlich nicht beanstanden, wenn sein Gebäude von einem Standort außerhalb des Grundstücks fotografiert wird.

Das gilt denklogisch auch für Innenaufnahmen. Gerechtfertigt werden können solche Aufnahmen nur dann, wenn das Betreten des Grundstücks und das Fertigen der Fotoaufnahmen mit Einwilligung des Eigentümers erfolgen. Das wäre etwa dann der Fall, wenn im Mietvertrag das Recht des Mieters vorgesehen wäre, sich selbst um die Suche nach einem Nachmieter kümmern zu dürfen. Dies setzt dann auch die Durchführung von Vermarktungsbemühungen unter Verwendung von Aufnahmen des Objekts voraus.

Eine derartige Einwilligung liegt hier nicht vor. Die (etwaige) Kenntnis von den Vermarktungsbemühungen des Mieters reicht nicht aus, um auf eine Einwilligung des Vermieters schließen zu können. Schreitet der Vermieter nicht umgehend gegen die Vermarktungsbemühungen ein, kann dies vom Mieter nicht als (konkludentes) Einverständnis aufgefasst werden.

2. Fremdgeschäftsführungswille

Sofern - wie vorliegend - ein sog. „auch-fremdes“ Geschäft vorliegt, geht der BGH in ständiger Rechtsprechung vom Vorliegen des im Umkehrschluss aus § 687 I BGB bzw. nach § 677 BGB erforderlichen („für“ einen anderen) Fremdgeschäftsführungswillens aus. Dies jedenfalls dann, wenn der Eigenanteil des Geschäfts nicht von vorneherein überwiegt.

Das ist vorliegend nicht der Fall. Gerade die Vermarktungsbemühungen des X haben V veranlasst, die Beauftragung des Anwalts vorzunehmen.

dem Mieter (!) bestehen könnte. Mit einer entsprechenden Fragestellung wäre ggfs. in der Klausur zu rechnen!

⁸ Vgl. zuletzt BGH, **Life&LAW 04/2026, 226 ff.**

⁹ Anerkannt ist der Anspruch aus § 1004 I BGB als sog. quasinegatorischer Unterlassungsanspruch auch im Falle

der Beeinträchtigung aller anderen Rechte bzw. Rechtsgüter i.S.d. § 823 I BGB. Bedeutsam ist dies insbesondere im Rahmen der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstigem Recht i.S.d. § 823 I BGB.

Anmerkung: Das scheint für den BGH so selbstverständlich zu sein, dass er es in der vorliegenden Entscheidung nicht einmal für erwähnenswert erachtet. Nach Bejahung des Unterlassungsanspruchs wendet sich der BGH gleich den Rechtsfolgen zu (!). Das dürfen Sie sich in der Klausur nicht erlauben. Es wäre vorliegend natürlich auch vertretbar, den Fremdgeschäftsführungswillen abzulehnen. Dann bliebe maximal noch die Prüfung eines deliktischen Anspruchs. Unterschied: Der hier geprüfte Aufwendungsersatzanspruch besteht verschuldensunabhängig!

3. Berechtigung der GoA

Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB vorlagen. Das setzt entgegen dem Wortlaut der Norm nur voraus, dass die Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn entspricht. Nur wenn der wirkliche Wille nicht bekannt ist und auf den mutmaßlichen Willen abgestellt werden muss, ist das objektive Interesse zur Ermittlung heranzuziehen.

Anmerkung: Die Geschäftsführung muss also nicht kumulativ sowohl dem wirklichen Willen als auch dem objektiven Interesse dienen. Das lässt sich auch damit begründen, dass die berechtigte GoA vertragsähnlich ist. Und für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Vertrages kommt es auch nur auf den Willen der Vertragsschließenden an und nicht auch darauf, ob der Vertragsschluss im objektiven Interesse der Parteien des Vertrages liegt.

Da der Sachverhalt den wirklichen Willen des X nicht wiedergibt, ist vorliegend auf den mutmaßlichen Willen abzustellen.

Das objektive Interesse des X geht dahin, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Dies auch deshalb, weil ohne die Unterlassungserklärung ggfs. die Geltendmachung eines Schadens drohte, dessen Umfang weit über die Begleichung der Anwaltskosten hinausgehen könnte.

4. Rechtsfolge: Ersatz der erforderlichen Aufwendungen

Als Folge der berechtigten GoA kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er für die Geschäftsbesorgung für erforderlich halten durfte, § 670 BGB.

Hinsichtlich der Kosten für die Einschaltung eines Rechtsanwalts ist dies grundsätzlich anerkannt, wenn dem Unterlassungsschuldner mit der Unterlassungserklärung ein Weg aufgezeigt wird, den Unterlassungsgläubiger ohne Inanspruchnahme

der Gerichte klaglos zu stellen. Dann ist die Beauftragung objektiv nützlich und die Kosten sind auch dann in vollem Umfang ersatzfähig, wenn die Motivation zur Beauftragung auch noch anders begründet war.

Anmerkung: Vorliegend hatte der V bzw. dessen Anwalt die Tätigkeit des Maklers nicht nur wegen der Verwendung der Innenaufnahmen gerügt, sondern auch, weil die Vermarktung zu einem „nicht abgesprochenen Mietzins“ erfolgte. V meinte, die Vermarktung sei auch schädlich, weil am Markt der Eindruck fehlender Werthaltigkeit vermittelt wurde. Das aber wäre ein originär eigener Belang, so dass man insoweit die Beauftragung des Anwalts als nicht erforderlich im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch erblicken könnte. Nach Ansicht des BGH erfolgt bei objektiver Erforderlichkeit aber keine Aufteilung mehr im Hinblick auf die Kosten, da diese unabhängig von der obigen Erwägung in derselben Höhe angefallen wären, wenn zu dem Mietzins und seiner Höhe nicht ausgeführt worden wäre.

5. Ergebnis zu II.

V kann daher von X die Erstattung der angefallenen Anwaltskosten verlangen.

III. Anspruch aus § 823 I BGB

Möglicherweise besteht zudem auch ein deliktischer Anspruch, gestützt auf § 823 I BGB.

1. Tatbestand

In der Vermarktung ist eine Eigentumsbeeinträchtigung zu erblicken (s.o.), welche auch nicht gerechtfertigt ist, da eine Einwilligung nicht erteilt wurde. Die Rechtswidrigkeit wird durch das Vorliegen der Rechtsgutsverletzung indiziert (Lehre vom Erfolgsunrecht), so dass X eine entsprechende Einwilligung vortragen und notfalls beweisen können müsste.

Fraglich ist, ob X auch schuldhaft handelte. Er fühlte sich durch die Beauftragung durch M legitimiert, die Vermarktungsbemühungen durchführen zu dürfen. Allerdings ist es als sorgfaltswidrig anzusehen, bei Beauftragung durch einen Mieter nicht zumindest nachzufragen, ob auch der Vermieter mit der Tätigkeit einverstanden ist, sofern ein Betreten des Grundstücks und das Fertigen von Innenaufnahmen des Objekts stattfindet.

2. Rechtsfolge: Herausforderungsfall

Auf der Rechtsfolgenseite sind Anwaltskosten dann erstattungsfähig, wenn sie haftungsausfüllend kausal auf die Rechtsgutsverletzung zurückzuführen sind.

Die Beauftragung hätte ohne die Rechtsgutsverletzung nicht stattgefunden (Äquivalenz), und es liegt auch nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit, im Hinblick auf rechtswidrige Eigentumsverletzungen einen Anwalt einzuschalten (Adäquanz).

Da die Kosten aber auf einem eigenen Willensentschluss des Geschädigten basieren und damit (vordergründig) freiwillig verursacht wurden, müsste sich V herausgefordert gefühlt haben dürfen, um sie als kausalen Schaden ansehen zu können.

Davon ist grundsätzlich auszugehen, sofern nicht lediglich Folgen durch die Rechtsgutsverletzung verursacht wurden, die auch ein juristisch nicht gebildeter Bürger ohne weiteres in Eigenregie geltend machen kann.

Das ist aber im Hinblick auf die Abgabe einer Unterlassungserklärung, bei welcher auch auf die richtige Formulierung geachtet werden muss, nicht der Fall, so dass der Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I BGB besteht. Ein Anwalt darf insoweit nicht nur zur Geltendmachung bereits entstandener Schäden beauftragt werden, sondern auch – wie vorliegend – zur Abwehr weiterer Eigentumsverletzungen.

Anmerkung: Dazu führt der BGH mit keiner Zeile aus. Sie müssen in der Klausur aber umfassend prüfen und dürfen nicht aufhören, sofern Sie eine Anspruchsgrundlage bejaht haben!

IV. Endergebnis

V hat gegen X einen Anspruch auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB und aus § 823 I BGB.

D) Kommentar

(cda). Eine interessante Entscheidung des BGH. Sie sehen, dass es für die Erstattung von Anwaltskosten verschiedene Anknüpfungspunkte im Rahmen der GoA gibt. Einmal ist denkbar ein Anspruch aus § 678 BGB im Hinblick auf einen Unterlassungsanspruch aus § 681 S. 1 BGB. Zum anderen kann aber die berechnete GoA als AGL dienen (§§ 683 S. 1, 670 BGB). Hier besteht hinsichtlich der erforderlichen Aufwendungen eine Parallele zu den zivilrechtlichen Abschleppfällen, die Sie ggfs. zur Vertiefung bearbeiten sollten!

Ein weiterer denkbarer Ansatz: Sofern der Geschäftsführer im Rahmen einer berechtigten GoA bei der Ausführung Schäden des Geschäftsherrn verursacht, haftet er aus § 280 I BGB wegen Pflichtverletzung des Schuldverhältnisses der berechtigten GoA.

Zur Geltendmachung dieser Schäden darf sodann wiederum ein Anwalt herangezogen werden, so dass auch die Kosten seiner Beauftragung erstattungsfähig sind.

E) Wiederholungsfrage

Wann liegt ein „auch-fremdes Geschäft“ i.S.d. GoA vor?

Ein auch-fremdes Geschäft liegt vor, wenn der Geschäftsführer sowohl im eigenen als auch im fremden Rechts- oder Interessenkreis tätig wird. Voraussetzung für die GoA ist nicht, dass ausschließlich im fremden Interessenkreis agiert wird.

F) Zur Vertiefung

Zur GoA

- Hemmer/Wüst, Skript Rückgriffsansprüche Rn. 360 ff.

Zu den zivilrechtlichen Abschleppfällen

- BGH, Life&LAW 04/2026, 226 ff.



auch als eBook erhältlich



Aus dem Inhalt:

- Legalzessionen
- Pflicht zur rechtsgeschäftlichen Abtretung
- Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB
- Rückgriff nach Geschäftsführung ohne Auftrag
- Rückgriffskondition
- Ausgleich unter Sicherungsgebern
- Rückgriff im Recht der Personengesellschaft

BGH, Urteil vom 16.04.2026, III ZR 152/25, NJW 2026, 1878 ff. = [jurisbyhemmer](#)

3 kompakt: Ordentliche Kündigung nicht bis zum Guthabenverbrauch ausgeschlossen!

+++ AGB-Kontrolle +++ Typengemischter Vertrag +++ Abgrenzung Dienstvertrag - Mietvertrag bei Streamingdienst +++ Ausschluss des Kündigungsrechts +++ §§ 314, 626 BGB +++

Sachverhalt (abgewandelt und etwas vereinfacht): Die U ist in Deutschland Vertragspartnerin für den Streamingdienst Netflix (N).

Dabei handelt es sich laut Leistungsbeschreibung der U um einen „personalisierten Abonnement-Dienst“ als „Dienstleistung für personalisierte digitale Inhalte zum Entdecken und für den Zugriff darauf“. Zu den Inhalten gehören auch „Live-Events“ und eigene, exklusiv über die N.-Software abrufbare Film- und Serienproduktionen. Das Angebot ändert sich von Zeit zu Zeit, wird regelmäßig aktualisiert und es werden auf die einzelnen Kunden angepasste Programmorschläge unterbreitet. Die U bietet hierfür ein „Abonnement“ zu einem Preis von 5,- € je Monat an.

Die U bietet als Zahlungsmethode auch Prepaid-Guthaben bis maximal 100 € an. In ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet sie unter der Überschrift „Gutschriften und Kündigungen vorab bezahlter Mitgliedschaften“ folgende Klausel:

„Wenn Sie Ihre N. -Mitgliedschaft ordentlich kündigen und auf Ihrem N.-Konto noch ein Guthaben vorhanden ist, tritt die Kündigung Ihrer N.-Mitgliedschaft in Kraft, sobald Ihr N.-Guthaben vollständig aufgebraucht ist.“

V hatte bei der U im Oktober 2024 unter ausdrücklichem Einverständnis mit der Geltung der AGB ein N.-Abonnement abgeschlossen, ein Prepaid-Guthaben von 100,- € gebucht und per Bankeinzug bezahlt. Am 06. August 2025 erklärt V gegenüber U die ordentliche Kündigung zum Ablauf des 31. August 2025 und nutzt das Streamingangebot danach nicht mehr. Zum Ablauf des August 2025 hatte V noch ein restliches Guthaben von 45,- €.

Ein Jahr später erscheint die neue Staffel von Vs Lieblingsserie. V „reaktiviert“ daher das N.-Abonnement bei U ab dem 01. August 2026. Als U das angegebene Konto des V per Lastschrift mit 5,- € für den August 2026 belastet, widerspricht V dem Lastschritfeinzug und beruft sich gegenüber U darauf, dass ihm noch ein restliches Prepaid-Guthaben i.H.v. 45,- € zustehe. U meint unter Berufung auf ihre AGB, dass das Guthaben im Zeitraum von September 2025 bis Mai 2026 schon verbraucht sei, da die Kündigung des V erst bei Verbrauch des Guthabens zum Ablauf des Mai 2026 gewirkt habe.

Hat U gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 5 € für den Monat August 2026?

A) Sound

1. Der Nutzungsvertrag über Streamingdienste ist als typengemischter Vertrag anzusehen und den dienstvertraglichen Vorschriften zuzuordnen.

2. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die bei Kündigung eines Streamingdienst-Abonnements mit Prepaid-Guthaben das Wirksamwerden der Kündigung bis zur vollständigen Aufbrauchung des Guthabens hinauschiebt, benachteiligt Verbraucher unangemessen und ist nach § 307 I S. 1 BGB unwirksam.

B) Problemaufriss

Streaming-Angebote für Musik, Filme und Serien, Sportübertragungen, Podcasts u.v.m. sind aus dem Alltag vieler Menschen nicht mehr wegzudenken.

Die rechtliche Behandlung dieser Vertragsmodelle ist aber noch weitreichend ungeklärt.

Zum 01.01.2022 wurde das BGB ergänzt um Regelungen zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte, wobei die „traditionellen“ Vertragstypen des BGB auch für eine Anwendung auf digitale Produkte geöffnet wurden, z.B. der Mietvertrag in § 548a BGB.

In der vorliegenden Entscheidung hatte der BGH zu einer Frage der AGB-Kontrolle bei Kündigungsregelungen einzuordnen, welche Vorschriften des dispositiven Gesetzesrechts auf einen Vertrag über eine Videostreaming-Plattform anzuwenden sind.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob U gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 5,- € für die Nutzung des N.-Streamingdienstes im August 2026 hat.

I. Anspruch auf Zahlung von 5,- € aus der Entgeltabrede des Abonnement-Vertrags ab August 2026

Ab 01. August 2026 hat V bei U ein N.-Abonnement zu dem Preis von 5,- € pro Monat abgeschlossen.

Hinsichtlich der primären Zahlungsverpflichtung bestand jedenfalls Einigkeit (§§ 145, 147, 133, 157, 311 I 241 I BGB), sodass die Einordnung des Vertragstyps an dieser Stelle noch nicht erforderlich ist.

II. keine Erfüllung durch Vorauszahlung

Der Anspruch für den August 2026 wäre aber bereits gem. § 362 I BGB erfüllt, wenn V schon die geschuldete Leistung an U bewirkt hätte.

Das wäre der Fall, wenn sich die Vorauszahlung aus dem Oktober 2024 i.H.v. 100,- € auch mit Tilgungswirkung auf die Forderung für den August 2026 bezog.¹

Fraglich ist daher allein, ob V im August 2026 noch über ein vorausbezahltes Guthaben bei U i.H.v. mindestens 5,- € verfügte.

Für die Nutzung des N.-Streamingdienstes in den elf Monaten von Oktober 2024 bis einschließlich August 2025 ist das Guthaben i.H.v. 55,- € als Erfüllung verbraucht.

Fraglich ist, ob das Restguthaben von 45,- € verbraucht wurde als Erfüllung für Zahlungspflichten aus den neun folgenden Monaten von September 2025 bis Mai 2026. Das wäre nicht der Fall, wenn Zahlungspflichten des V in diesen Monaten nicht entstanden wären, weil die Kündigung des V das Vertragsverhältnis zum 31. August 2025 beendet hätte.

¹ Bei Buchung eines sog. Prepaid-Guthabens bei Dauerschuldverhältnissen handelt es sich letztlich um die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht für den Zahlungsschuldner. Der vorausbezahlte Betrag wird unmittelbar als Erfüllung auf die zukünftig entstehenden Entgeltforderungen aus dem konkreten Verhältnis in der Reihenfolge ihrer jeweiligen Fälligkeit angerechnet (vgl. auch den Gedanken von § 366 I, II BGB). Da V vorliegend ein Guthaben von 100,- € gerade für den N.-Streamingdienst gebucht und bezahlt hat, war diese

1. Ordentliche Kündigung nach den Regeln des Dienstvertragsrechts, §§ 620 II, 621 BGB

Fraglich ist, nach welchen Vorschriften sich die ordentliche Kündigung des Vertrages über das N.-Abonnement richtet.

Es handelt sich nicht um einen im BGB geregelten Vertrag, sondern einen typengemischten Vertrag, der verschiedene Elemente von dauernden Tätigkeiten durch den Unternehmer und die Zurverfügungstellung von (digitalen) Inhalten kombiniert.

Nach der überzeugenden Rspr. des BGH² kann jedenfalls die Beendigung eines typengemischten Vertrags nur einheitlich nach dem Recht desjenigen Vertragstyps behandelt werden, der den Schwerpunkt der Typenmischung ausmacht, sog. Schwerpunkt-/Absorptionsmethode.

In Betracht käme daher eine Anwendung der **mietvertraglichen** Vorschriften aus §§ 548a, 542 I, 580a III S. 1 Nr. 2 BGB, wenn man den Vertrag über den Streamingdienst schwerpunktmäßig als eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung digitaler Inhalte begreift.³

Anmerkung: Diese Einordnung liegt besonders nahe, wenn man an die Ursprünge des Unternehmens Netflix denkt, nämlich den mietweisen Postversand von physischen DVDs als Fern-Videothek!

Andererseits könnte man den Schwerpunkt auch in dem Bereithalten eines Zugangs zu einer Online-Streamingplattform und in dem Kuratieren von Inhalten sehen. Dies wäre durch eine fortlaufende Verpflichtung zum Tätigwerden geprägt, die über die Erhaltung der Nutzbarkeit des zur Verfügung zu stellenden Produkts hinausgeht und mithin als eine **digitale Dienstleistung** zu begreifen wäre. Dann wären die dienstvertraglichen Normen der §§ 620 ff. BGB anzuwenden.

Vorliegend besteht der Anreiz des N.-Angebots gerade darin, dass die angebotenen Inhalte aktualisiert, auch durch eigene Produktionen ergänzt, ausgetauscht und den Kunden personalisiert dargeboten werden. Geschuldet wird damit in erster Linie ein Tätigwerden, das über die Erhaltung der Nutzbarkeit des zur Verfügung zu stellenden Produkts hinausgeht.

Zahlung zur Tilgung künftiger Forderungen für das N.-Abonnement wie die aus dem August 2026 bestimmt, vgl. § 366 I BGB.

² Vgl. dazu **Tyroller**, „Die Behandlung typengemischter Verträge in der Klausur“, **Life&LAW 10/2025, 704 ff.**

³ So die Vorinstanz in der hier vom BGH aufgehobenen Entscheidung: KG, Urt. v. 03.07.2025 – 23 UKI 3/24, GRUR-RS 2025 – 45268.

Die Inhalte sind dabei weder konkret bestimmt noch bestimmbar, was Voraussetzung für die Annahme eines Mietvertrags wäre.⁴ Insofern gehen die Leistungen i.R.d. N.-Streamingdienstes weit über das Angebot einer Online-Bibliothek, aus der sich der Kunde Inhalte „ausleihen“ könnte, hinaus.⁵

Mithin liegt ein **schwerpunktmäßig nach Dienstvertragsrecht zu behandelnder** Vertrag vor.⁶

Anmerkung: Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung zum Verbraucherwiderrufsrecht vom 09.07.2026⁷ (Klage gegen den Streaminganbieter SKY) auf personalisierte Programmempfehlungen abgestellt und das Streamingangebot als digitale Dienstleistung eingeordnet.

Damit war die ordentliche Kündigung des V gem. §§ 620 II, 621 Nr. 3 BGB formlos spätestens zum 15. eines Monats zum Ablauf dieses Monats möglich. Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB treten gem. § 620 IV BGB nur als zusätzliche Möglichkeit neben das Kündigungsrecht, verdrängen es aber nicht. Die von V am 06. August 2025 erklärte Kündigung hätte daher den Vertrag zum 31. August 2025 beendet.

2. Aufschiebung der Kündigungswirkung bis zum Verbrauch des Guthabens durch AGB?

Etwas anderes könnte sich aus der Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben, durch die eine Kündigung bei noch verbleibendem Prepaid-Guthaben – hier 45,- € – erst in Kraft treten soll, sobald das Guthaben vollständig verbraucht ist, vorliegend also mit Ablauf des Monats Mai 2026. Zu prüfen ist daher, ob diese AGB i.S.d. §§ 305 ff. BGB, die auch Vertragsbestandteil geworden ist, wirksam war.

a) Keine Unwirksamkeit wegen unzulässiger Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund aus § 314 BGB bzw. hier § 626 BGB ist ein fundamentaler Bestandteil jedes Dauerschuldverhältnisses und kann durch AGB nicht eingeschränkt werden, § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB.⁸

Allerdings regelt die vorliegende Klausel selbst bei kundenfeindlichster Auslegung, § 305 II BGB, nicht das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund.

b) Aber: Unwirksamkeit wegen unzulässiger Beschränkung des Rechts zur ordentlichen Kündigung

Die Klausel könnte allerdings eine unangemessene Beschränkung des Rechts zur ordentlichen Kündigung darstellen. Sie weicht ab von §§ 620 II, 623 Nr. 3 BGB und ist daher insoweit uneingeschränkt inhaltstkontrollfähig, § 307 III S. 1 BGB.

aa) Verstoß gegen § 309 Nr. 9 a) BGB

Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 9 a) BGB liegt nicht vor, da bei Aufschub der Kündigungswirkung auf den Verbrauch des Guthabens bei einem monatlichen Preis von 5,- € und einem höchstmöglichen Vorauszahlungsbetrag von 100,- € eine Bindung von längstens 20 Monaten und damit unter zwei Jahren eintreten kann.

Anmerkung: Das war im Originalfall je nach Vertragsmodell anders. Der BGH hat allerdings die Frage offengelassen mit dem Verweis darauf, dass ohnehin Unwirksamkeit nach § 307 BGB vorliege. Dazu sogleich:

bb) Verstoß gegen § 307 I, II Nr. 1 BGB

Die Klausel könnte aber den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligen, § 307 I BGB.

Ein Aufschub der Kündigungswirkung bis zum Verbrauch des Guthabens kann vorliegend im Extremfall zu einem **Vertragsende erst 19 Monate nach dem gesetzlich vorgesehenen Kündigungszeitpunkt** führen.

Darin liegt ein Nachteil, weil der Kunde – anders als bei einer nicht vorab bezahlten „Mitgliedschaft“ – nicht die Möglichkeit hat, seine Zahlungspflicht jeweils zum Ablauf eines Monats zu beenden und die „Mitgliedschaft“ später zu reaktivieren.

Die Option, auf diese Weise die Mitgliedschaft zu pausieren, entfällt für ihn.

⁴ Vgl. BGH, NJW 2002, 3322 = [jurisbyhemmer](#).

⁵ BGH, NJW 2026, 1878 = [jurisbyhemmer](#). Ausführlich *Riehm*, Verträge über digitale Dienstleistungen, RD 2022, 209 ff.

⁶ A.A. BeckOGK/H. Schmidt, 1.1.2026, BGB § 548a Rn. 5f.

⁷ EuGH, Urt. v. 09.07.2026, Az. C-234/25; derzeit nur als Pressemitteilung veröffentlicht.

⁸ BGH, NJW 2026, 1878 = [jurisbyhemmer](#); Grüneberg/ders., BGB, 84. Aufl. 2025, § 314 Rn. 2.

Gewisse Beschränkungen sind in Individualvereinbarungen aber möglich. Vertretbar wäre hier auch gewesen, das „Hinausschieben“ der Kündigungswirkung als einen totalen Ausschluss der fristlosen Kündigungsmöglichkeit zu begreifen; dann wäre die Regelung schon unabhängig von einer AGB-Kontrolle als möglicher Verstoß gegen zwingendes Recht zu prüfen.

Aus der **Wertung des § 309 Nr. 9 c) BGB**, die grundsätzlich auch in die Interessenabwägung im Rahmen des § 307 I BGB einzubeziehen ist,⁹ folgt auch, dass jedenfalls bei unbefristeten Verträgen über standardisierte Dienstleistungen mit Verbrauchern grundsätzlich eine monatliche Lösungsmöglichkeit vom Vertrag vorzusehen ist, wie die U es auch mit ihren anderen Kunden hält, die nicht per Prepaid-Guthaben bezahlen.

Dass ein Verbleib des Guthabens im Konto des Kunden einen **messbaren Nachteil für die U bedeuten würde, ist nicht ersichtlich**. Hingegen ist der Nachteil des Kunden nicht unerheblich. Ihm wird allein aufgrund der Wahl einer besonderen Zahlungsart eine ansonsten allgemein bestehende Möglichkeit zur freien Gestaltung des Nutzungszeitraums genommen. Die Abwägung der wechselseitigen Interessen fällt daher zulasten der U aus. Die Klausel benachteiligt den Vertragspartner unangemessen.¹⁰

c) Zwischenergebnis

Die Klausel zum Aufschub der Kündigungswirkung ist unwirksam, sodass gem. § 306 II BGB das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung kommt. Die ordentliche Kündigung des V wirkte daher gem. §§ 620 II, 621 Nr. 3 BGB zum Ablauf des Monats August 2025.

III. Ergebnis

Das restliche Prepaid-Guthaben von 45,- € war im August 2026 nicht zwischenzeitlich verbraucht. Die Entgeltforderung der U für August 2026 ist daher durch Vorauszahlung erfüllt, § 362 I BGB. U hat gegen V keinen weiteren Anspruch auf Zahlung von 5,- € für den August 2026.

Kommentar (mm): Die Entscheidung des BGH überzeugt! Bei Prepaid-Zahlungsmodellen geht ein Verbraucher mit z.T. erheblichen Beträgen in Vorleistung.

Der Vorteil, den dies für den Verbraucher bieten kann, liegt in der besseren Übersichtlichkeit und Kostenkontrolle im Vergleich zu einem Vertragsmodell mit (oft verlockend niedrigen) periodischen Zahlungen.

Genau diese bessere Kostenkontrolle würde dem Verbraucher aber genommen, wenn er durch den Kündigungsaufschub faktisch gezwungen wäre, das Prepaid-Guthaben unabhängig von seinem Nutzungswillen restlos zu verbrauchen.

Die Grenze zwischen digitaler Dienstleistung und digitaler Miete ist fließend und es ist erfreulich, dass hier nun ein obergerichtliches „Machtwort“ gesprochen wurde, auch wenn die Abgrenzung sicherlich umstritten bleiben wird.

⁹ Vgl. BGH, NJW 2010, 2942 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁰ Im Ganzen BGH, NJW 2026, 1878 = [jurisbyhemmer](#).

Von RA Michael Tyroller

4 Einführung eines „Widerrufsbuttons“ und sonstige Änderungen des Verbrauchervertrags durch das

„Gesetz zur Änderung des Verbrauchervertrags und des Versicherungsvertrags sowie zur Änderung des Behandlungsvertragsrechts“

Am 03. September 2025 hat die Bundesregierung auf Grundlage des RefE des Bundesministeriums¹ der Justiz vom 09. Juli 2025 den **„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Verbrauchervertrags und des Versicherungsvertrags sowie zur Änderung des Behandlungsvertragsrechts“** veröffentlicht.²

Am 03. Februar 2026 hat der Deutsche Bundestag dieses Gesetz beschlossen. Es wurde am 05. Februar 2026 im Bundesgesetzblatt verkündet.³

Dieses Gesetz ist in weiten Teilen am **19. Juni 2026** in Kraft getreten!⁴

Mit dem Gesetz werden in erster Linie die Vorgaben folgender Richtlinien umgesetzt:

- ⇒ Richtlinie (EU) 2023/2673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. November 2023 zur Änderung der Richtlinie 2011/83/EU in Bezug auf im Fernabsatz geschlossene Finanzdienstleistungsverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/65/EG (nachfolgend: RL 2023/2673) sowie
- ⇒ Richtlinie (EU) 2024/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen (nachfolgend: RL 2024/825), soweit die Vorgaben Änderungen der RL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (nachfolgend: Verbraucherrechte-RL) betreffen.

Wesentliche Änderungen, die mit diesem Entwurf umgesetzt werden sollen, betreffen die Anpassungen der Verbraucherrechte-RL im Hinblick auf im Fernabsatz geschlossene Verträge.

Die wichtigste Änderung enthält **§ 356a BGB n.F.** Mit dieser Vorschrift wird bei allen Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, eine elektronische Widerrufsfunktion (sog. **„Widerrufsbutton“**) eingeführt. Neben der Bestellschaltfläche nach **§ 312 j III BGB („Bestellbutton“)**⁵ und der Kündigungsschaltfläche nach **§ 312 k II BGB („Kündigungsbutton“)**⁶ wird das BGB nun um eine dritte Schaltfläche, den **„Widerrufsbutton“**, bereichert.

Literatur-Tipps:

Prem, Der neue Widerrufsbutton, VuR 2026, 173 ff.

Seiwerth, Der neue Widerrufsbutton, NJW 2026, 945 ff.

¹ **Hinweis:** Den Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens können Sie auf dieser Internetseite nachverfolgen:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2025_GAendVVVR.html

² https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_GAendVVVR.pdf?__blob=publicationFile&v=2

³ BGBl. 2026 I Nr. 28 vom 05.02.2026; <https://www.recht.bund.de/bgbl/1/2026/28/VO.html>

⁴ Die Änderungen des Behandlungsvertragsrechts sind bereits am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten.

⁵ Die Änderungen des § 312j BGB und der dazu korrespondierenden Vorschriften im EGBGB treten erst am 27. September in Kraft.

Nach § 312j III BGB muss der Unternehmer bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, durch den der Verbraucher zur Zahlung verpflichtet wird, die Bestellsituation so gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche (sog. **„Bestellbutton“**), ist die Pflicht des Unternehmers aus § 312j III S. 1 BGB nur erfüllt, wenn diese Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist (§ 312j III S. 2 BGB). Bei Verstößen hiergegen kommt der Vertrag nicht zustande, § 312j IV BGB (vgl. hierzu BGH, **Life&LAW 05/2026, 289 ff.** = NJW 2026, 316 ff. = [jurisbyhemmer](#)).

⁶ Zum Kündigungsbutton lesen Sie BGH, **Life&LAW 12/2025, 795 ff.** = NJW 2025, 2462 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Die wichtigsten Änderungen durch das Gesetz zur Änderung des Verbrauchervertrags und des Versicherungsvertrags sowie zur Änderung des Behandlungsvertragsrechts⁷

Neuregelung	Kurzkommentar
Änderungen im BGB	
§ 312 BGB n.F. <i>Anwendungsbereich</i> (1) und (1a) [unverändert] (2) Von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels ist nur § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 auf folgende Verträge anzuwenden: 1. Notariell beurkundete Verträge mit Ausnahme von Fernabsatzverträgen über Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung (Finanzdienstleistungen); für Verträge, für die das Gesetz die notarielle Beurkundung des Vertrags oder einer Vertragserklärung nicht vorschreibt, gilt dies nur, wenn der Notar darüber belehrt, dass die Informationspflichten nach § 312d Absatz 1 und das Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 entfallen, 2. und 3. [unverändert] 4. Verträge über soziale Dienstleistungen wie Kinderbetreuung oder Unterstützung von dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Familien oder Personen, einschließlich Langzeitpflege, 5. Verträge über die Vermietung von Wohnraum, 6. – 13. [unverändert] 14. Verträge über die Beförderung von Personen; hier findet auch § 312a Absatz 5 Anwendung. (3) ¹Auf Verträge über soziale Dienstleistungen (Absatz 2 Nummer 4) und auf Verträge über die Vermietung von Wohnraum (Absatz 2 Nummer 5) sind von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels zudem folgende Vorschriften anzuwenden: 1. die §§ 312b und 312c hinsichtlich der dort geregelten Begriffsbestimmungen zu außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, 2. § 312d Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 246a § 1 Absatz 2 und 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über die Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht, 3. § 312g über das Widerrufsrecht. ²Die in Satz 1 Nummer 1 bis 3 genannten Bestimmungen sind jedoch nicht auf die Begründung eines Mietverhältnisses über Wohnraum anzuwenden, wenn der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat. (4) Auf Verträge über Versicherungen sowie auf Verträge über deren Vermittlung ist von den Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels nur § 312a Absatz 3 bis 6 anzuwenden. (5) ¹Bei Vertragsverhältnissen über Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung (Finanzdienstleistungen), Finanzdienstleistungen, die eine erstmalige Vereinbarung mit ...	Die Ausnahme für notariell beurkundete Verträge wird durch eine Umformulierung in § 312 II Nr. 1 BGB n.F. vereinfacht. Die bisher in § 312 V BGB geregelte Definition von Finanzdienstleistungen wird bei der ersten Verwendung des Begriffs ergänzt. Die bisherige Gesetzesfassung war z.T. zu kompliziert formuliert. Anmerkung: Die Änderung dient der einfacheren Anwendung. Es handelt sich hierbei um eine redaktionelle Änderung. Inhaltliche Änderungen des Regelungsgehalts sind damit nicht verbunden. § 312 II Nr. 4 und Nr. 5 BGB n.F. strukturiert die bisherigen Absätze um. § 312 III BGB a.F. wurde teilweise zu § 312 II Nr. 4 BGB n.F. und § 312 IV BGB a.F. für Verträge über die Vermietung von Wohnraum wurde zu § 312 II Nr. 5 BGB n.F. Inhaltliche Änderungen des Regelungsgehalts sind damit nicht verbunden. § 312 II Nr. 14 BGB n.F. übernimmt § 312 VIII BGB a.F. Inhaltliche Änderungen des Regelungsgehalts sind damit nicht verbunden. Die Umstrukturierung dient der besseren Übersicht und der einfacheren Anwendbarkeit. § 312 III, IV BGB n.F. erhalten als Folgeänderung eine Umformulierung. Inhaltliche Änderungen des Regelungsgehalts sind damit nicht verbunden. § 312 VI BGB a.F. wird nun in § 312 IV BGB n.F. verortet und um die Anordnung der Anwendbarkeit von § 312a V BGB ergänzt. In § 312 V BGB n.F. wird die Legaldefinition von Finanzdienstleistungen gestrichen. Diese findet sich nun in § 312 II Nr. 1 BGB n.F. bei der erstmaligen Erwähnung des Begriffs „Finanzdienstleistungen“. Der neue § 312 V S. 2 BGB n.F. dient der Umsetzung von Art. 1 Nr. 1a) RL 2023/2673 und dem neu in die Verbraucherrechte-RL eingefügten Art. 3 I b) UAbs. 2. Im Fall des Rahmenvertrags (§ 312 V S. 1 BGB) muss auf der Rechtsfolgenseite § 312a V BGB als nationale Umsetzungsvorschrift zu Artikel 21 der Verbraucherrechte-RL auf jeden Einzelvorgang anwendbar bleiben.

⁷ Die Kurzdarstellung berücksichtigt nur die aus Sicht der Life&LAW-Redaktion für das Erste und Zweite Staatsexamen wichtigsten Änderungen.

²§ 312a Absatz 5 ist daneben auf jeden Vorgang anzuwenden. [Sätze 3 und 4 unverändert] (6) bisheriger Absatz 7 [inhaltlich unverändert] Die bisherigen Absätze 6 und 8 wurden gestrichen	
§ 312a BGB n.F. <i>Allgemeine Pflichten und Grundsätze bei Verbraucherverträgen; Grenzen der Vereinbarung von Entgelten</i> (1) ¹[unverändert] ²Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen ist der Verbraucher vom Unternehmer in Kenntnis zu setzen, wenn der Anruf aufgezeichnet wird oder aufgezeichnet werden könnte. (2) – (6) [unverändert]	Durch den in § 312a I BGB neu eingefügten Satz 2 wird der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher künftig darüber in Kenntnis zu setzen, wenn ein Anruf aufgezeichnet wird oder aufgezeichnet werden könnte. Diese Verpflichtung gilt nur bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen.⁸
§ 312d BGB n.F. <i>Informationspflichten; Gestaltungspflichten bezüglich Online-Benutzeroberflächen</i> (1) [unverändert] (2) ¹Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen ist der Unternehmer abweichend von Absatz 1 verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 246b §§ 1 bis 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu informieren. ²Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen ist der Unternehmer zudem verpflichtet, seine Online-Benutzeroberfläche nach Maßgabe des Artikels 246b § 4 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu konzipieren, zu organisieren und zu betreiben.	§ 312d BGB n.F. erhält eine neue Überschrift. § 312d II BGB n.F. wird dem neu abgefassten Art. 246b EGBGB n.F. angepasst, der in § 1 bis § 3 Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen neu regelt und in § 4 die Gestaltung der Online-Benutzeroberfläche vorschreibt. Diese muss so konzipiert, organisiert und betrieben werden, dass der Verbraucher beim Abschluss eines Fernabsatzvertrages über Finanzdienstleistungen nicht manipuliert oder anderweitig in seiner Fähigkeit, eine freie und informierte Entscheidung zu treffen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert wird.
§ 312g BGB n.F. <i>Widerrufsrecht</i> (1) und (2) [unverändert] (3) Das Widerrufsrecht besteht ferner nicht 1. bei Verträgen, bei denen dem Verbraucher bereits aufgrund der §§ 495, 506 bis 513 ein Widerrufsrecht nach § 355 zusteht, 2. bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, bei denen dem Verbraucher bereits nach § 305 Absatz 1 bis 6 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder § 2d Absatz 1 bis 5 des Vermögensanlagengesetzes ein Widerrufsrecht zusteht.	Die Neufassung des § 312g III BGB n.F. dient nur der Klarstellung des Konkurrenzverhältnisses in Bezug auf das Widerrufsrecht nach dem weder für die „Scheine“ noch das Erste bzw. Zweite Staatsexamen relevanten Vermögensanlagengesetz (VermAnlG). Das in § 2d VermAnlG geregelte Widerrufsrecht hat insoweit Vorrang. Das gilt aber nicht, wenn solche Verträge im Fernabsatz geschlossen werden. In diesen Fällen richtet sich das Widerrufsrecht ausschließlich nach § 312g BGB und nicht nach dem VermAnlG.
§ 312j BGB n.F. <i>Besondere Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern</i> (1) [unverändert] (2) Bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen gemäß Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 5 bis 8, 11a, 14 und 15 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung abgibt, klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung stellen. (3) bis (6) [unverändert]	In § 312j II BGB n.F. wurde die Angabe „Nummer 1, 5 bis 7, 8, 14 und 15“ durch die Angabe „Nummer 1, 5 bis 8, 11a, 14 und 15“ ersetzt.⁹ Der Unternehmer wird bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr nunmehr auch verpflichtet, die Information nach Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 11a EGBGB über eine etwaige gewerbliche Haltbarkeitsgarantie des Herstellers klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung zu stellen, unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung abgibt. Diese Ergänzung in Art. 246a § 1 EGBGB tritt (erst) am 27. September 2026 in Kraft.

⁸ Die Änderung dient der Umsetzung von Artikel 1 Nummer 4 der RL 2023/2673, der in die Verbraucherrechte-RL einen neuen Artikel 16a Absatz 3 Satz 2 einfügt.

⁹ Die Änderung in § 312j Absatz 2 BGB dient der Umsetzung von Artikel 2 Nummer 4 der RL 2024/825. Damit wird Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Verbraucherrechte-RL geändert.

§ 312i BGB n.F. Allgemeine Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen (1) [unverändert] (2) wurde gestrichen (2) und (3) bisherige Absätze 3 und 4 [inhaltlich unverändert]	Wegen der Streichung des § 312i II BGB a.F. gelten die zusätzlichen in Artikel 246d EGBGB besonderen Informationspflichten bei auf Online-Marktplätzen geschlossenen Verträgen künftig auch bei Verträgen über Finanzdienstleistungen. Examensrelevanz hat diese Änderung wohl nicht.
§ 356 BGB n.F. Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen (1) und (2) [unverändert] (3) <i>1Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat. 2Bei Verträgen über Finanzdienstleistungen beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Verbraucher die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erhalten hat und der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat wurde gestrichen.</i> (4) <i>1Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 2 oder § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt. 2Bei Verträgen über Finanzdienstleistungen gilt Satz 1 nicht, wenn der Verbraucher nicht nach Artikel 246b § 1 Absatz 1 Nummer 16 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.</i> (5) bisheriger Absatz 4 [inhaltlich unverändert] (6) bisheriger Absatz 5 [inhaltlich unverändert]	Der bisherige § 356 III BGB a.F. wurde zur besseren Übersicht in zwei Absätze (§ 356 III und IV BGB n.F.) getrennt. Bei Verträgen über Finanzdienstleistungen nach §§ 312b, 312c BGB ist der Unternehmer nach § 356 III S. 2 BGB n.F. verpflichtet, dem Verbraucher gegenüber rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung die vorvertraglichen Informationspflichten des Art. 246b § 2 I EGBGB n.F. zu erfüllen und auch die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mitzuteilen. § 356 IV S. 1 BGB n.F. löst für Verträge über Finanzdienstleistungen das Problem der „ewigen Widerrufsmöglichkeit“. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, soll die Widerrufsfrist spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsabschluss enden, auch wenn der Verbraucher die vorvertraglichen Informationen oder die Vertragsbedingungen nicht erhalten hat. Die Frist läuft allerdings gem. § 356 IV S. 2 BGB n.F. dann nicht ab, wenn der Verbraucher nicht nach Art. 246b § 1 I Nr. 16 EGBGB n.F. über das Widerrufsrecht belehrt wurde.
§ 356a BGB n.F. Elektronische Widerrufsfunktion bei Fernabsatzverträgen (1) <i>1Bei Fernabsatzverträgen, die über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, hat der Unternehmer sicherzustellen, dass der Verbraucher auf der Online-Benutzeroberfläche durch das Nutzen einer Widerrufsfunktion eine Widerrufserklärung abgeben kann. 2Die Widerrufsfunktion muss gut lesbar mit „Vertrag widerrufen“ oder einer anderen gleichbedeutenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein. 3Sie muss während des Laufs der Widerrufsfrist auf der Online-Benutzeroberfläche ständig verfügbar, hervorgehoben platziert und für den Verbraucher leicht zugänglich sein.</i> (2) <i>Die Widerrufsfunktion muss dem Verbraucher ermöglichen, eine Widerrufserklärung an den Unternehmer zu übermitteln und dem Unternehmer in oder mit der Widerrufserklärung ohne Weiteres folgende Informationen bereitzustellen oder zu bestätigen:</i> <i>1. den Namen des Verbrauchers,</i> <i>2. Angaben zur Identifizierung des Vertrags oder des Teils des Vertrags, den der Verbraucher widerrufen möchte,</i> <i>3. Angaben zum elektronischen Kommunikationsmittel, mit welchem dem Verbraucher eine Eingangsbestätigung für den Widerruf übermittelt werden soll.</i> (3) <i>1Sobald der Verbraucher die Informationen nach Absatz 2 bereitgestellt oder bestätigt hat, hat der Unternehmer dem Verbraucher zu ermöglichen, seine Widerrufserklärung und die Informationen dem Unternehmer mittels einer Bestätigungsfunktion zu übermitteln.</i>	Die für das Studium und das Staatsexamen wichtigste Änderung ist die Einfügung des § 356a BGB n.F., mit dem neben dem „Bestellbutton“ (§ 312j III BGB) und dem Kündigungsbutton (§ 312k II BGB) nun auch eine elektronische Widerrufsfunktion und damit der sog. „Widerrufsbutton“ eingeführt wurde.¹⁰ Die Verpflichtung zur Einführung der elektronischen Widerrufsfunktion gilt für alle Fernabsatzverträge über Waren und Dienstleistungen, welche über eine Online-Benutzeroberfläche geschlossen werden, § 356a I S. 1 BGB n.F. Dadurch ist gewährleistet, dass Verbraucher einen Vertrag ebenso leicht widerrufen können, wie sie ihn abschließen können. Die Widerrufsfunktion muss ohne Weiteres zu finden und während der gesamten Widerrufsfrist gut sichtbar und durchgehend verfügbar sein, vgl. § 356a I S. 2 u. S. 3 BGB n.F. Die Widerrufsfunktion sollte von jeder Unterseite der Online-Benutzeroberfläche unmittelbar zugänglich sein (ggfs. mit Hilfe von Hyperlinks). Sofern die Widerrufsfunktion z.B. in der Fußzeile („Footer“) der Online-Benutzeroberfläche angezeigt wird¹¹, muss für eine gute Leserlichkeit die Widerrufsfunktion von anderen Informationen, wie den AGB, dem Impressum oder Ähnlichem abgegrenzt werden. Die Widerrufsfunktion muss grundsätzlich auch ohne Login erreichbar sein.

¹⁰ Die Vorschrift dient der Umsetzung des durch die RL 2023/2673 in Art. 1 Nr. 3 in die Verbraucherrechte-RL eingefügten Art. 11a.

¹¹ Zum Ende einer Seite zu scrollen, ist dem Verbraucher zumutbar, vgl. *Seiwerth*, Der neue Widerrufsbutton, NJW 2026, 945 (946).

²*Diese Bestätigungsfunktion muss gut lesbar und mit „Widerruf bestätigen“ oder einer anderen gleichbedeutenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein.*

(4) Der Unternehmer hat dem Verbraucher, wenn dieser die Bestätigungsfunktion aktiviert hat, auf einem dauerhaften Datenträger unverzüglich eine Eingangsbestätigung zu übermitteln, die zumindest den Inhalt der Widerrufserklärung nach Absatz 2 sowie das Datum und die Uhrzeit ihres Eingangs enthält.

(5) Die Widerrufserklärung des Verbrauchers gilt als dem Unternehmer innerhalb der Widerrufsfrist zugegangen, wenn er die Widerrufserklärung nach Absatz 3 vor Ablauf dieser Frist über die Widerrufsfunktion versandt hat.

Aus den Angaben nach **§ 356a II BGB n.F.** muss erkennbar hervorgehen, welchen Vertrag oder welchen Vertragsteil der Verbraucher widerrufen möchte.

Um zu verhindern, dass der Widerruf versehentlich ausgeübt wird, muss der Unternehmer die Möglichkeit vorsehen, dass die Widerrufserklärung auf eine Weise bestätigt wird, die die Widerrufsabsicht des Verbrauchers bestätigt, **§ 356a III S. 1 BGB n.F.**

Die Ausübung des Widerrufsrechts erfolgt letztlich in drei Schritten:¹²

1. Anklicken der Widerrufsfunktion

2. Eingabe der erforderlichen Informationen gem. § 356a II BGB n.F. Danach erhält der Verbraucher eine Bestätigungsfunktion, **§ 356a III S. 1 BGB n.F.**

3. Durch das Anklicken der Bestätigungsfunktion „Widerruf bestätigen“ (das ist der „Widerrufbutton“) wird der Widerruf erklärt, **§ 356a III S. 2 BGB n.F.**

Der Widerrufbutton muss mit „Widerruf bestätigen“ oder einer anderen gleichbedeutenden Formulierung beschriftet sein.

Wird der Widerruf über den Widerrufbutton innerhalb der Widerrufsfrist bestätigt, gilt dieser gegenüber dem Unternehmer gem. **§ 356a V BGB n.F.** als rechtzeitig zugegangen.

Benutzt der Verbraucher die elektronische Widerrufsfunktion, muss der Unternehmer dem Verbraucher nach **§ 356a IV BGB n.F.** auf einem dauerhaften Datenträger unverzüglich eine Eingangsbestätigung für diesen Widerruf übermitteln. Es bietet sich an, in der Eingangsbestätigung darauf hinzuweisen, dass eine Prüfung der Wirksamkeit und Reichweite der Widerrufserklärung noch aussteht.

§ 356b BGB Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen [bzgl. Nummerierung und Inhalt unverändert]	§ 356b BGB bleibt sowohl seiner Nummerierung als auch seinem Inhalt nach unverändert.
§ 356c BGB n.F. Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen, Verträgen über ein langfristiges Urlaubsprodukt, bei Vermittlungsverträgen und Tauschsystemverträgen Bisheriger § 356a BGB a.F. [inhaltlich unverändert]	§ 356c BGB n.F. übernimmt inhaltlich unverändert den bisherigen § 356a BGB zum Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen, Verträgen über ein langfristiges Urlaubsprodukt, bei Vermittlungsverträgen und Tauschsystemverträgen nach § 485 BGB.
§ 356d BGB n.F. Widerrufsrecht bei Ratenlieferungsverträgen Bisheriger § 356c BGB a.F. [inhaltlich unverändert]	§ 356d BGB n.F. übernimmt inhaltlich unverändert den bisherigen § 356c BGB zum Widerrufsrecht bei Ratenlieferungsverträgen nach § 510 II BGB.
§ 356e BGB Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen [bzgl. Nummerierung und Inhalt unverändert]	§ 356d BGB n.F. übernimmt inhaltlich unverändert den bisherigen § 356c BGB zum Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen nach § 650I BGB.

¹² Vgl. dazu Prem, Der neue Widerrufsbutton, VuR 2026, 173 (174).

§ 356f BGB n.F. Widerrufsrecht des Verbrauchers bei unentgeltlichen Darlehensverträgen und unentgeltlichen Finanzierungshilfen Bisheriger § 356d BGB a.F. [inhaltlich unverändert]	§ 356f BGB n.F. übernimmt inhaltlich unverändert den bisherigen § 356d BGB zum Widerrufsrecht bei unentgeltlichen Darlehensverträgen und sonstigen unentgeltlichen Finanzierungshilfen nach §§ 514 II, 515 BGB.
§ 358 BGB n.F. Mit dem widerrufenen Vertrag verbundener Vertrag (1) bis (3) [unverändert] (4) ¹unverändert ²Ist der verbundene Vertrag ein Vertrag über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten, hat der Verbraucher abweichend von § 357a Absatz 3 unter den Voraussetzungen des § 356 Absatz 6 Nummer 2 Wertersatz für die bis zum Widerruf gelieferten digitalen Inhalte zu leisten. [Sätze 3 - 5 unverändert] (5) unverändert]	Da § 356 BGB n.F. um einen Absatz erweitert wurde, hat sich die bisherige Nummerierung der Absätze 4 und 5 in § 356 V und VI BGB n.F. geändert. Daher musste § 358 IV S. 2 BGB n.F. redaktionell angepasst werden. Das Zitat von § 356 V Nr. 2 BGB wurde daher in § 356 VI Nr. 2 BGB n.F. geändert. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden!
§ 491 BGB n.F. Verbraucherdarlehensvertrag (1) bis (2) [unverändert] (3) ^{1 und 2} unverändert ³Auf Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge gemäß Absatz 2 Satz 2 Nummer 5 sind nur § 491a Absatz 4 und § 495 Absatz 4 anwendbar. ⁴ unverändert (4) unverändert]	Da das Widerrufsrecht nach § 495 BGB n.F. um einen Absatz 4 erweitert wurde, musste § 491 III S. 3 BGB n.F. redaktionell angepasst werden.
§ 491a BGB n.F. Vorvertragliche Informationspflichten bei Verbraucherdarlehensverträgen (1) bis (3) [unverändert] (4) Satz 2 wurde gestrichen	Die Streichung von § 491a IV S. 2 BGB a.F. wurde durch die Neufassung des Art. 246b EGBGB n.F. veranlasst. Die vorvertraglichen Informationspflichten bestehen nach Art. 246b § 1 II S. 1 EGBGB n.F. nicht, wenn in Bezug auf den abzuschließenden Vertrag über Finanzdienstleistungen bereits in anderen Vorschriften Bestimmungen zu vorvertraglichen Informationspflichten enthalten sind.
§ 495 BGB n.F. Widerrufsrecht; Bedenkzeit (1) bis (3) [unverändert] (4) ¹Bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen entsprechend § 491 Absatz 2 Satz 2 Nummer 5, die im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossen werden, richtet sich das Widerrufsrecht nach § 312g. ²Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher über die Merkmale gemäß den Abschnitten 3, 4 und 13 des in Artikel 247 § 1 Absatz 2 Satz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche genannten Musters und entsprechend Artikel 246b § 1 Absatz 1 Nummer 16 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat.	Das Widerrufsrecht des § 495 BGB gilt bei Immobilien-Förderdarlehensverträgen i.S.d. § 491 II S. 2 Nr. 5 BGB nicht. Bei im Wege der §§ 312b und 312c BGB vertriebenen Immobilien-Förderdarlehen richtet sich das Widerrufsrecht daher nach § 312g BGB. Das wird in § 495 IV BGB n.F. klargestellt. Bei Verträgen über Finanzdienstleistungen beginnt die Widerrufsfrist nach § 356 III S. 2 BGB n.F. nicht, bevor der Verbraucher die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erhalten hat und der Unternehmer den Verbraucher entsprechend Art. 246b § 2 I EGBGB n.F. unterrichtet hat. Für Immobilien-Förderdarlehensverträge nach §§ 312b, c BGB genügt für den Lauf der Widerrufsfrist nach § 495 IV S. 2 BGB n.F. die Information nach Maßgabe von Art. 246b § 1 I Nr. 16 EGBGB n.F. über das Bestehen eines Widerrufsrechts.
§ 496 BGB n.F. Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot In § 496 II S. 1 wurde die Angabe „Nummer 1, 3 und 4“ durch die Angabe „Nummer 1, 2 und 4“ ersetzt.	Bei § 496 BGB n.F. handelt sich lediglich um eine Folgeänderung zur Neufassung des Art. 246b § 1 I EGBGB n.F.

Weitere Änderungen im BGB

§ 630f BGB n.F. Dokumentation der Behandlung Hier wurde der Begriff der Patientenakte durch Behandlungsakte ersetzt [vom Abdruck wurde abgesehen]	Die Änderung der Begrifflichkeit will Verwechslungen mit der „elektronischen Patientenakte (ePA)“ gem. §§ 341 ff. SGB V, die seit 15.01.2025 allen gesetzlich Krankenversicherten zur Verfügung steht, vermeiden. Die Akte zur Dokumentation der Behandlung wird künftig daher als Behandlungsakte bezeichnet.
§ 630g BGB n.F. Einsichtnahme in die Behandlungsakte Vorschrift neu gefasst [vom Abdruck wurde abgesehen]	Die Neufassung des § 630g BGB n.F. berücksichtigt u.a. die Entscheidung des EuGH vom 26.10.2023, wonach bzgl. der Unentgeltlichkeit der ersten Kopie der Behandlungsakte die Mitgliedstaaten keine Abweichungen im nationalen Recht vorsehen dürfen.¹³
§ 630h BGB n.F. Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler Hier wurde der Begriff der Patientenakte durch Behandlungsakte ersetzt [vom Abdruck wurde abgesehen]	Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aufgrund der Änderung der Bezeichnung „Patientenakte“ in § 630f BGB in „Behandlungsakte“.
In § 651w IV BGB n.F. wird die Angabe „Absatz 7“ durch die Angabe „Absatz 6“ ersetzt.	Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung zur Änderung des § 312 BGB n.F.
In § 1631e VI BGB n.F. wird die Angabe „Patientenakte“ durch die Angabe „Behandlungsakte“ ersetzt.	Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Änderungen im EGBGB¹⁴

Art. 246a EGBGB n.F. Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen § 1 Informationspflichten (1) [unverändert] (2) ¹Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher zu informieren 1. über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 sowie gegebenenfalls über das Bestehen und die Platzierung der Widerrufsfunktion nach § 356a des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. [unverändert] 3. darüber, dass der Verbraucher, wenn er das Widerrufsrecht ausübt, nachdem er vom Unternehmer ausdrücklich schon die Erbringung vertraglicher Leistungen vor Ablauf der Widerrufsfrist verlangt hat, dem Unternehmer einen angemessenen Betrag nach § 357a Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet a) für die bis zum Widerruf erbrachten Dienstleistungen, für die der Vertrag die Zahlung eines Preises vorsieht, oder b) für die bis zum Widerruf erfolgte Lieferung von Wasser, Gas oder Strom in nicht bestimmten Mengen oder in nicht begrenztem Umfang oder von Fernwärme. ² [unverändert] (3) In Absatz 3 Nummer 2 wird die Angabe „Absatz 4 und 5“ durch die Angabe „Absatz 5 und 6“ ersetzt.	Mit Einführung der elektronischen Widerrufsfunktion in § 356a BGB n.F. sind künftig auch Informationen über das Bestehen und die Platzierung der Widerrufsfunktion erforderlich, Art. 246a § 1 II S. 1 Nr. 1 a.E. EGBGB n.F. informiert der Unternehmer den Verbraucher nicht über das Bestehen und die Platzierung der Widerrufsfunktion, beginnt auch die Widerrufsfrist gemäß § 356 III S. 1 BGB n.F. nicht zu laufen. In diesem Fall greift dann die maximale Widerrufsfrist von 12 Monaten und 14 Tagen, § 356 IV S. 1 BGB n.F. Anmerkung: Bei Finanzdienstleistungen riskiert der Unternehmer ein ewiges Widerrufsrecht, weil hier nach § 356 IV S. 2 BGB n.F. die zeitliche Begrenzung des § 356 IV S. 1 BGB n.F. nicht gilt, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht nach Art. 246b § 1 I Nr. 16 EGBGB n.F. ordnungsgemäß belehrt wurde! Mit der am 28.05.2022 in Kraft getretenen Änderung des BGB wurde in § 357a II BGB der Wortlaut dem Art. 14 IV a) der Verbraucherrechte-RL angepasst. Art. 246a § 1 II Nr. 3 EGBGB n.F. passt nun auch die Pflichten des Unternehmers zur Information des Verbrauchers über die Rechtsfolgen des Widerrufs an. Es handelt sich hierbei um eine rein redaktionelle Korrektur. Inhaltliche Änderungen des Regelungsgehalts sind damit nicht verbunden.
---	--

¹³ EuGH, NJW 2023, 3481 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ Im EGBGB wurden zahlreiche Änderungen vorgenommen. Abgedruckt wurde nur die nach Ansicht der Life&LAW-Redaktion für das Studium und Staatsexamen wichtigste Änderung zur Erweiterung der Belehrung über den „Widerrufsbutton“.

BayObLG, Beschluss vom 09.02.2026, 203 StRR 30/26 = [juris](#)[byhemmer](#)

5 Schwere Brandstiftung: Arrestzelle als Wohnung i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB?

+++ Schwere Brandstiftung, § 306a StGB +++ Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient
+++ Gemischt genutzte Gebäude +++ Konkurrenzen bei Brandstiftung +++

Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht): Der wegen Mordes verurteilte A verbüßt eine lebenslange Freiheitsstrafe in der Justizvollzugsanstalt S. Aufgrund des unerlaubten Besitzes eines nicht verplombten Radiogeräts wird gegen A rechtmäßig ein mehrtägiger Arrest angeordnet. Um seinen Unmut über die seines Erachtens ungerechtfertigte Maßnahme kundzutun, stapelt A das in seiner Zelle befindliche Toilettenpapier und andere entzündliche Gegenstände auf seinem Bett und zündet diese sodann mit einem heimlich in die Zelle verbrachten Feuerzeug an. Bereits nach kurzer Zeit brennt der präparierte Papierstapel lichterloh. Hierdurch werden in der Folge auch die Matratze und das Bettgestell in Brand gesetzt. Dabei erkennt A, dass sich die Justizvollzugsbeamten durch etwaige Rettungsmöglichkeiten verletzen könnten und nimmt dies billigend in Kauf.

Mit Schutzhandschuhen und unter erheblicher Kraftanstrengung gelingt es dem herbeieilenden Justizvollzugsbeamten X, die erhitzte Zellentür zu öffnen und das Feuer mittels eines Feuerlöschers zu löschen. Hierbei atmet X Rauchgase ein, wobei es nur vom Zufall abhängig ist, dass er keine Rauchgasvergiftung erleidet. Durch die starke Hitzeentwicklung erleidet er jedoch schmerzhaft Rötungen im Gesicht und an den Augen, wodurch er mehrere Tage arbeitsunfähig krank ist. Die Rötungen verheilen nach wenigen Tagen vollständig. A selbst kommt mit Brandverletzungen an seinem rechten Fuß und am rechten Arm davon. Die Arrestzelle wurde infolge der hitzebedingten Putz- und Fliesenabplatzungen und der Zerstörung des Inventars unbewohnbar und bedurfte einer Sanierung in Höhe von 13.500 €.

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Auf §§ 113, 114 StGB ist nicht einzugehen.

A) Sounds

1. Eine Arrestzelle in einer Justizvollzugsanstalt erfüllt die Voraussetzungen einer zum Wohnen bestimmten Räumlichkeit gemäß § 306a I Nr. 1 StGB, wenn sie einem Gefangenen für mehrere Tage als Lebensmittelpunkt dient.

2. Die teilweise Zerstörung einer solchen Wohneinheit durch Brandlegung liegt vor, wenn die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit für eine nicht nur unerhebliche Zeit aufgehoben ist.

3. Gesundheitsschädigungen, die sich eine Person bei Rettungsmaßnahmen infolge eines Brandes in einer Wohneinheit zuzieht, sind dem Täter gemäß § 306a II StGB grundsätzlich zuzurechnen.

B) Problemaufriss

Die Brandstiftungsdelikte sind regelmäßiger Bestandteil in Examensklausuren. Hierfür ist es wichtig, dass die Systematik und das Verhältnis der Nor-

men untereinander bekannt sind. Im vorliegenden Fall beschäftigte sich das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) im Rahmen einer Revision mit der Frage, ob eine Arrestzelle eine zur Wohnung von Menschen dienende Räumlichkeit i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB darstellt. Dies wird vom BayObLG bejaht.

Neben der Frage, was alles vom Tatbestand des § 306a I Nr. 1 StGB umfasst wird, sollten bei den Brandstiftungsdelikten insbesondere die „Klassiker“ der Entwidmung und der Nachschau beherrscht werden. Hierbei kann regelmäßig mit dem hohen Strafraum und der damit einhergehenden restriktiven Auslegung argumentiert werden.

Anmerkung: Grundsätzlich sind die Oberlandesgerichte für das Rechtsmittel der Revision zuständig, vgl. § 121 I Nr. 1 GVG. Gemäß § 121 III GVG, § 9 EGGVG können Bundesländer mit mehreren Oberlandesgerichten durch Landesgesetz die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Strafsachen einem Obersten Landesgericht zuweisen.

Hiervon hat Bayern gemäß Art. 12 Nr. 1 BayAGGVG für Entscheidungen über Revisionen in Strafsachen Gebrauch gemacht.

C) Lösung

Zu prüfen ist die Strafbarkeit des A nach dem StGB. Auf §§ 113, 114 StGB ist nicht einzugehen.

I. Strafbarkeit gemäß § 306a I Nr. 1 StGB

A könnte sich durch das Anzünden des Papierstapels wegen schwerer Brandstiftung gemäß § 306a I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

hemmer-Methode: Zuvor könnte die einfache Brandstiftung nach § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB geprüft und bejaht werden. Vorliegend wird allerdings der Auffassung des BGH gefolgt, wonach § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 306a I Nr. 1 StGB zurücktritt. Nach diesem Ansatz kann mit § 306a StGB begonnen werden. Die andere Auffassung, nämlich Tateinheit gemäß § 52 StGB zwischen § 306 StGB und § 306a StGB, ist ebenfalls gut vertretbar. Dann sollte § 306 StGB geprüft und nicht nur in den Konkurrenzen erwähnt werden. Für die letztere Auffassung spricht etwa, dass nach h.M. § 306 StGB primär das Eigentum schützt und nicht die Allgemeinheit, wie § 306a StGB.¹

1. Tatbestand

Hierfür müsste der objektive und subjektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Objektiver Tatbestand

Indem A in seiner Arrestzelle ein Feuer entfachte, könnte er eine Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient, in Brand gesetzt haben oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

aa) Arrestzelle als Räumlichkeit i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB

Fraglich ist, ob die Arrestzelle ein taugliches Tatobjekt i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB darstellt. Dies ist der Fall, wenn die Räumlichkeit zumindest vorübergehend den (privaten) Lebensmittelpunkt von mindestens einer Person bildet. Indizien hierfür können, neben der Gebrauchsdauer, ein regelmäßiges Übernachten oder das Zubereiten von Speisen

sein.² Nicht erforderlich ist, dass die Räumlichkeit den einzigen Lebensmittelpunkt ihres Bewohners darstellt. Auch genügt ein nur zeitweiser Aufenthalt in den Räumlichkeiten. Entscheidend ist die tatsächliche Nutzung zum Zeitpunkt der Tat. Es bedarf jedoch im systematischen Vergleich zu § 306a I Nr. 3 StGB mehr als eines bloßen Aufenthalts.

Vorliegend verbringt A in der Zelle der Justizvollzugsanstalt S einen mehrtägigen, also zumindest vorübergehenden, Arrest aufgrund des unerlaubten Besitzes eines nicht verplombten Radiogeräts. Hierbei ist er zur Disziplinierung durchgehend Tag und Nacht in seiner Arrestzelle eingeschlossen. Dies bedeutet, dass er in der Zelle nicht nur schläft, sondern auch isst, sich pflegt und seine „Freizeit“ verbringt. Des Weiteren hat A in der Arrestzelle auch seine Kleidung und andere notwendige Utensilien, wie etwa die in Brand gesteckten Klopapierrollen und Bücher, aufbewahrt. Im Gegensatz zu einem nicht abgeschlossenen Patientenzimmer eines Klinikgebäudes ist A in der Zelle auch stets zuverlässig erreichbar, sodass die Arrestzelle die Anforderungen an eine zur Wohnung dienende Räumlichkeit erfüllt. Die Arrestzelle stellt seinen vorübergehenden Lebensmittelpunkt dar. Der Umstand, dass die Nutzung durch staatliche Gewalt erzwungen ist, stellt die Annahme eines Wohnens nicht in Frage, denn es sind die tatsächlichen Umstände in den Blick zu nehmen. Mithin ist die Arrestzelle taugliches Tatobjekt i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB, die sich im gemischt-genutzten Gebäude der Justizvollzugsanstalt S befindet.

Anmerkung: Die Aufzählung in § 306a I Nr. 1 StGB ist dem Wortlaut nach nur exemplarisch („oder eine andere Räumlichkeit“). Geschütztes Rechtsgut der Norm ist die Allgemeinheit (abstraktes Gefährdungsdelikt), sodass im Einzelfall auch spezielle Formen des Wohnens, wie zum Beispiel in einem Wohnmobil oder in einem Zelt, vom Tatbestand umfasst sein können.³

bb) Tathandlung

A müsste die Arrestzelle in Brand gesetzt haben oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben. Ein Inbrandsetzen i.S.d. §§ 306 ff. StGB liegt vor, wenn wesentliche Teile des tauglichen Tatobjekts auch nach Entfernen des Brandsatzes aus eigener Kraft weiterbrennen.⁴ Angesichts des hohen Strafmaßes von nicht unter einem Jahr ist die Norm restriktiv auszulegen.

¹ Fischer, § 306a StGB, Rn. 8 ff.

² Vgl. TK-StGB, Bosch, § 306a StGB, Rn. 5.

³ Vgl. Fischer, § 306a StGB, Rn. 3.

⁴ Vgl. Fischer, § 306 StGB, Rn. 13 ff.

Vorliegend hat nur der von A präparierte Papierstapel und das Bett gebrannt. Von einem selbstständigen Weiterbrennen ist aufgrund der massiven Bauweise der Justizvollzugsanstalt nicht auszugehen.

Es könnte jedoch die vom Gesetzgeber nachträglich ergänzte Tathandlung des ganzen oder teilweisen Zerstörens durch Brandlegung einschlägig sein. Es genügt dabei eine Zerstörung, z.B. durch Hitze- oder Rauchentwicklung, ohne dass der betreffende Gegenstand selbstständig brennen muss.⁵ Eine teilweise Zerstörung ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn das Tatobjekt für eine nicht nur unerhebliche Zeit für seine Zweckbestimmung unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile, die für einen selbstständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, vernichtet werden. Für die Unbrauchbarkeit genügt grundsätzlich die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Nutzbarkeit. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn einzelne Wohneinheiten eines Gebäudes unbewohnbar werden. Bei gemischt genutzten Gebäuden setzt die teilweise Zerstörung durch Brandlegung eine unmittelbar oder mittelbar durch die Brandlegung hervorgerufene Einwirkung auf die Sachsubstanz einer selbstständigen Wohneinheit voraus.⁶

Durch das Handeln des A entstand ein Schaden in Höhe von 13.500 € an seiner abschließbaren Arrestzelle, welche, wie bereits oben geprüft, eine eigene Wohneinheit darstellt. Dieser Schaden entstand neben dem verbrannten Inventar durch hitzebedingte Putz- und Fliesenabplatzungen. Aufgrund dessen war die Zelle für mehrere Tage unbewohnbar und musste saniert werden. A hat die Arrestzelle durch Brandlegung zumindest teilweise zerstört.

Anmerkung: Man könnte vorliegend noch diskutieren, ob ein Fall der Entwidmung in Betracht käme. Grundsätzlich ist es dem tatsächlichen Bewohner möglich, die Zweckbestimmung der Wohnung aufzuheben (sog. Entwidmung). Dies muss äußerlich nicht erkennbar sein, sondern kann auch konkludent durch das bloße Inbrandsetzen erfolgen. Fraglich ist allerdings, ob ein Häftling allein über die Wohnungseigenschaft seiner Arrestzelle disponieren kann. Problematisch erscheint hierbei insbesondere die faktische Macht des Häftlings zur Aufhebung der Zweckbestimmung. Zwar bedarf es nach BGH zur Entwidmung keiner Eigentümerstellung, sodass eine Entwidmung auch durch Mieter denkbar ist.

*Ein Mieter einer Wohnung unterscheidet sich von einem Inhaftierten aber insoweit, als sich der Inhaftierte aufgrund staatlicher Gewalt gezwungenermaßen in der Arrestzelle befindet und diese nicht ohne weiteres verlassen kann. Insofern vermag es kaum zu überzeugen, dem Inhaftierten die Möglichkeit zu eröffnen, die Wohnungseigenschaft selbst, quasi als *actus contrarius*, aufzuheben.⁷ Folglich würde man nach diesem Ansatz im Ergebnis eine Entwidmung ablehnen. Das BayObLG hat das Problem nicht thematisiert.*

b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist vorsätzliches Handeln erforderlich, § 15 StGB. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis seiner objektiven Tatbestandsmerkmale.⁸ A wollte hier seinen Unmut über die seines Erachtens ungerechtfertigte Maßnahme des Arrests kundtun. Dabei war er sich über die Folgen eines Brandes in der Zelle im Klaren. A handelte somit vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat des A müsste rechtswidrig gewesen sein. Mangels Eingreifens von Rechtfertigungsgründen war die Tat rechtswidrig.

3. Schuld

Zudem müsste A schuldhaft gehandelt haben. Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe liegen nicht vor, weshalb A schuldhaft handelte.

Zwischenergebnis: A hat sich gemäß § 306a I Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Indem A die Arrestzelle teilweise zerstörte, hat A auch § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB verwirklicht sowie ein Bauwerk i.S.d. § 305 I StGB teilweise zerstört. Die §§ 306 I Nr. 1 Alt. 1, 305 I StGB treten jedoch im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 306a I Nr. 1 StGB zurück. Zudem wird der ebenfalls verwirklichte § 303 I StGB verdrängt.

II. Strafbarkeit gemäß § 306a II StGB

A könnte sich zudem gemäß § 306a II StGB strafbar gemacht haben.

⁵ Vgl. Fischer, § 306a StGB, Rn. 8 ff.

⁶ BGH, Urteil vom 05.04.2018 – 3 StR 13/18 = [jurisbyhemmer](#).

⁷ Vgl. hierzu Pschorr, jurisPR-StrafR 9/2026 Anm. 3.

⁸ Vgl. Fischer, § 15 StGB, Rn. 3 f.

1. Tatbestand

Hierfür müsste A eine Sache i.S.v. § 306 I Nr. 1 bis 6 StGB in Brand gesetzt haben oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben und hierdurch vorsätzlich einen anderen Menschen in die konkrete Gefahr einer Gesundheitsschädigung gebracht haben. Eine konkrete Gesundheitsgefährdung liegt vor, wenn der Schadenseintritt wahrscheinlicher ist als das Ausbleiben des Schadens. Der Nichteintritt des Schadens darf also lediglich vom Zufall abhängig sein. Wie bereits oben geprüft, hat A die Arrestzelle als zur Wohnung von Menschen dienende Räumlichkeit teilweise zerstört. Er hat somit ein gemischt genutztes Gebäude (die Justizvollzugsanstalt S) gemäß § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB teilweise zerstört. Dabei atmete X bei seinen Rettungsbemühungen ausweislich des Sachverhaltes Rauchgase ein, wobei es lediglich vom Zufall abhing, dass er keine Rauchgasvergiftung erlitt. Überdies erlitt er aufgrund der starken Hitzeentwicklung schmerzhafte Rötungen im Gesicht, wodurch er mehrere Tage arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Einen solchen Verlauf hat A durchaus für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen (dolus eventualis). Der Tatbestand von § 306a II StGB ist somit erfüllt.

Anmerkung: § 306a II StGB verweist nach seinem Wortlaut nur auf die in Nr. 1 bis 6 aufgeführten Sachen, nicht hingegen auf das Merkmal der Fremdheit, sodass dieses hier nicht zu prüfen ist.⁹

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat ist rechtswidrig und A handelte schuldhaft.

Zwischenergebnis: A hat sich aufgrund seines Verhaltens auch nach § 306a II StGB strafbar gemacht.¹⁰ Aus Klarstellungsgründen steht § 306a II StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) zu § 306a I Nr. 1 StGB.

Anmerkung: Für diesen Ansatz spricht, dass es sich um zwei unterschiedlich konstruierte Grundtatbestände handelt (abstraktes bzw. konkretes Gefährdungsdelikt). Eine andere Ansicht erscheint aber auch gut vertretbar. Für ein Zurücktreten von § 306a II StGB könnte angeführt werden, dass bei beiden Absätzen (zumindest auch) die Allgemeinheit geschütztes Rechtsgut ist.

Zudem sprechen praktische Erwägungen hierfür, da sonst möglicherweise der Tenor für einen juristischen Laien merkwürdig klingen könnte („schwere Brandstiftung in Tateinheit mit schwerer Brandstiftung“). Überdies kann damit argumentiert werden, dass durch die ebenfalls verwirklichte vollendete gefährliche Körperverletzung in Tateinheit mit der schweren Brandstiftung nach § 306a I StGB dem Erfolgsunrecht hinreichend Rechnung getragen wird. Bei den Konkurrenzen ist oft vieles vertretbar.

III. Strafbarkeit gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 1 StGB zum Nachteil des X

Aufgrund der schmerzhaften Rötungen im Gesicht des X könnte sich A zudem wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des Grunddelikts und der Qualifikation müssten vorliegen. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt (§ 223 I Alt. 1 StGB). Die aufgrund der starken Hitzeentwicklung auftretenden Schmerzen stellen eine solche Behandlung dar.

Durch die Rötungen der Gesichtshaut des X nebst Arbeitsunfähigkeit, welche eine Verbrennung ersten Grades belegen, hat A bei X einen, wenn auch nur vorübergehenden, pathologischen, also krankhaften Zustand, hervorgerufen. Es liegt somit auch eine Gesundheitsschädigung vor (§ 223 I Alt. 2 StGB).¹¹

Zu anderen gesundheitsschädlichen Stoffen i.S.v. § 224 I Nr. 1 Alt. 2 StGB zählen solche Stoffe, die auf mechanischen oder thermischen Wegen wirken. Auf den Aggregatzustand der Substanz kommt es dabei nicht an. Heiße Brandgase stellen einen solchen gesundheitsschädlichen Stoff dar.¹²

A hat durch die Brandlegung ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen, dieses hat sich in der Tatbestandsverwirklichung realisiert.

⁹ So der BGH und die h.M. (sog. Konkurrenzlösung), vgl. Nachweise bei Fischer, § 306a StGB, Rn. 10b.

¹⁰ Das BayObLG ließ in der zugrunde liegenden Entscheidung offen, ob auch § 306a II StGB verwirklicht ist.

¹¹ Vgl. Fischer, § 223 StGB, Rn. 4 ff.

¹² Vgl. Fischer, § 224 StGB, Rn. 5 f.

Ihm sind als Täter die typischerweise mit der Verwirklichung eines Brandes einhergehenden Gefahren und Gesundheitsschädigungen somit zuzurechnen, die sich eine anwesende bzw. hinzukommende Person bei Rettungsmaßnahmen und Löschversuchen zuzieht.¹³ Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

Anmerkung: Diskutiert werden könnte noch § 224 I Nr. 5 StGB. Jedoch fehlen Hinweise im Sachverhalt, die eine (abstrakte) Lebensgefahr hinreichend belegen.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben, § 15 StGB. Er handelte ausweislich des Sachverhaltes zumindest mit bedingtem Vorsatz (lat.: dolus eventualis).

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

In Ermangelung gegenteiliger Angaben ist die Tat rechtswidrig. A handelte zudem schuldhaft.

Zwischenergebnis: A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Ergebnis

Die gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 1 StGB steht zur schweren Brandstiftung nach § 306a I Nr. 1 StGB und § 306a II StGB jeweils in Tateinheit, § 52 StGB.

hemmer-Methode: Würde man den Körperverletzungsvorsatz nicht feststellen können, so müsste zumindest eine fahrlässige Körperverletzung nach § 229 StGB geprüft und bejaht werden.

D) Kommentar

(bb). Die Bejahung von § 306a I Nr. 1, II StGB in Konstellationen wie der vorliegenden hat in der Praxis unter Umständen weitreichende Folgen. Denn wenn § 306a StGB verwirklicht ist, kommt auch eine Qualifikation gemäß § 306b II StGB in Betracht. Ist eine der dort genannten Modalitäten erfüllt, droht eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren (bis zu 15 Jahren, vgl. § 38 II StGB).

Gerne wird eine Brandstiftung – anders als im hier vorliegenden Fall – begangen, um einen Versiche-

rungsfall vorzutäuschen. In diesem Kontext ist neben den Brandstiftungsdelikten insbesondere an einen Versicherungsmissbrauch gemäß § 265 StGB sowie an einen (versuchten) Versicherungsbetrug gemäß § 263 I, III S. 2 Nr. 5 StGB zu denken. Außerdem ist bei Bejahung einer schweren Brandstiftung gemäß § 306a StGB zu diskutieren, ob ein Versicherungsmissbrauch bzw. ein Versicherungsbetrug als eine „andere Straftat“ i.S.d. § 306b II Nr. 2 StGB in Betracht kommt.¹⁴

E) Wiederholungsfrage

■ Was versteht man unter „Inbrandsetzen“ sowie unter „Zerstören durch Brandlegung“?

Ein Inbrandsetzen i.S.d. §§ 306 ff. StGB liegt vor, wenn wesentliche Teile der tauglichen Tatobjekte auch nach Entfernen des Brandsatzes selbstständig weiterbrennen.

Eine Zerstörung durch Brandlegung liegt vor, wenn es zur vollständigen oder teilweisen Zerstörung des Gebäudes kommt, ohne dass ein Brand aus eigener Kraft weiterbrennen konnte (z.B. durch Hitze-, Gas-, oder Rauchentwicklung; Explosion; Löschmittel).

F) Vertiefung

Zu den Brandstiftungsdelikten

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafrecht BT II, Rn. 288 ff.
- Berberich/Löper, Life&LAW 07/2016, 498 ff.



auch als eBook erhältlich



¹³ BayObLG, Beschluss vom 26.06.2023 – 203 StRR 212/23 = jurisbyhemmer.

¹⁴ Instruktives Fallbeispiel hierzu vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2007 – 3 StR 454/06 = Life&LAW 09/2007, 605 ff.

BGH, Beschluss vom 20.01.2026 – 3 StR 495/25 = [jurisbyhemmer](#)

6 Grenzen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung: Zur Zulässigkeit rückwirkender Erfassung von Kommunikationsinhalten bei Messengerdiensten

+++ Beweisverwertungsverbot +++ Informationstechnisches System i.S.d. § 100a I S. 2 StPO +++ (Quellen-)Telekommunikationsüberwachung, § 100a I StPO +++ Retrograde Datenerhebung +++ Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG +++

Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht): A steht unter Verdacht, gewerbsmäßig mit Dopingmitteln (§ 4 IV Nr. 2 AntiDopG) zu handeln. Da gewichtige Anhaltspunkte bestanden, dass A zu diesem Zweck verschlüsselt über das Internet mit potenziellen Käufern kommuniziert, ordnete der Ermittlungsrichter des zuständigen AG auf Antrag der Staatsanwaltschaft am 21.03.2025 „gem. § 100a I S. 2, 3, II Nr. 3, Nr. 7a), III, § 100e I S. 1 und 4, III StPO die Überwachung und Aufzeichnung der gesamten Telekommunikation“ des A über einen Zeitraum von drei Monaten an.

Am 23.03.2025 verschaffte sich sodann das BKA basierend auf dieser richterlichen Verfügung mittels des Einsatzes von technischen Mitteln über die Website des Messengerdienstes „Telegram“, unter Umgehung der hierfür benötigten Zwei-Faktor-Authentifizierung, heimlich Zugang zu dem „Telegram“-Account des A, ohne dabei den Provider zu informieren (sog. „Aufschaltung“).

Wenige Stunden nach der erfolgten Aufschaltung bemerkte A den Fremdzugriff auf seinem „Telegram“-Account und unterband diesen. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten durch das BKA Chatprotokolle für den Zeitraum vom 26.11.2023 bis zum 23.03.2025 gesichert werden.

In der später anberaumten Hauptverhandlung vor dem LG ordnete der Vorsitzende ein Selbstleseverfahren an, in dem Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 enthalten waren. Der Verteidiger (V) des A widersprach der Erhebung und Verwertung der Chatprotokolle unter Hinweis darauf, dass nach § 100a I S. 2, 3, V S. 1 Nr. 1 StPO ausschließlich die laufende, nicht jedoch etwaige retrograde (d.h. hier: zeitlich zurückliegende) Kommunikation hätte überwacht und aufgezeichnet werden dürfen. Die Sicherung der Chatprotokolle für den Zeitraum vor dem 21.03.2025 sei daher rechtswidrig gewesen.

Das LG wies den Widerspruch des V gegen die Verwertung der Chatprotokolle mit der Begründung zurück, die retrograde Datenerhebung sei von § 100a I S. 1 StPO gedeckt. In seinem anschließenden Urteil verurteilte es A wegen gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Dopingmitteln. Dem Urteil legte die Strafkammer dabei insbesondere die „Telegram“-Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 zugrunde.

Durften die von den Ermittlungsbehörden gesicherten Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 verwertet werden?

A) Sounds

1. Bei der Überwachung und Aufzeichnung von „Telegram“-Chats durch heimliche Aufschaltung ohne Einbeziehung des Providers oder Nutzers handelt es sich um eine sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung.

2. In diesem Rahmen darf nur auf Inhalte zugegriffen werden, die ab dem Zeitpunkt der gerichtlichen Anordnung angefallen sind.

3. Eine darüberhinausgehende Datenerhebung auf Basis von § 100a StPO ist rechtswidrig und führt im Einzelfall zur Unverwertbarkeit der erhobenen Inhalte.

B) Problemaufriss

Die §§ 100a ff. StPO sind vom Gesetzgeber sehr ausführlich gehalten, u.a. um verfassungsrechtliche Vorgaben seitens des Bundesverfassungsgerichts zu wahren. In diesem Bereich wird klassischerweise kein Spezialwissen vorausgesetzt; umso besser kann in Prüfungssituationen die Arbeit mit dem Gesetz – auf eher unbekanntem Terrain – abgefragt werden. Insbesondere für das 2. Staatsexamen dürfte die sehr praxisrelevante Entscheidung von hoher Bedeutung sein.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob die vom BKA gesicherten Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 als Beweismittel verwertbar waren.

1. Verstoß gegen ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot

Die Verwertung der Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 könnte einen Verstoß gegen ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot darstellen und daher unzulässig sein. Ein derartiger Verstoß liegt vor, wenn das Beweismittel rechtswidrig erlangt wurde und der Verstoß nach seiner Art und Schwere die Unverwertbarkeit des Beweismittels gebietet.

hemmer-Methode: Hiervon zu unterscheiden sind die sog. selbstständigen Beweisverwertungsverbote. Ein derartiges Beweisverwertungsverbot liegt vor, wenn unabhängig von der Frage, ob die Beweiserhebung rechtmäßig war oder nicht, eine spezifische gesetzliche Regelung bzw. übergeordnete Prinzipien einer Verwertung entgegenstehen.

1. Rechtmäßigkeit der Beweisgewinnung

Zu prüfen ist daher zunächst, ob die Sicherung der Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 rechtmäßig erfolgte. Wäre sie rechtswidrig, läge ein sog. Beweiserhebungsverbot vor.

Die Sicherung der Chatprotokolle aus diesem Zeitraum wäre rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht und die Maßnahme mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht.

a) Rechtsgrundlage für die Datengewinnung

Die Sicherung der Chatprotokolle müsste von einer tauglichen Rechtsgrundlage gedeckt gewesen sein. Die Sicherung der Chatprotokolle erfolgte vorliegend auf Grundlage eines auf § 100a I S. 2, 3 StPO gestützten Anordnungsbeschlusses des Ermittlungsrichters des zuständigen AG vom 21.03.2025.

Anmerkung: Die Vorschrift des § 100a I S. 2, 3 StPO wurde vom BVerfG weitgehend als verfassungsgemäß angesehen.¹ Eine Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit wurde lediglich festgestellt, soweit die Norm i.V.m. § 100a I S. 1 Nr. 1, II Nr. 1 lit. a), c), d) und t), Nr. 6 und Nr. 7 lit. b) StPO auf bestimmte Straftatbestände, die nicht hinreichend gewichtig sind, Bezug nimmt. Im Übrigen bestehen gegen die Rechtsgrundlage keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Fraglich ist, ob die konkret vorgenommene Aufzeichnung der Chatprotokolle auf Grundlage von § 100a I S. 2, 3 StPO erfolgen konnte.

Im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung (im Folgenden: TKÜ) nach § 100a StPO ist zwischen der „klassischen“ TKÜ gem. § 100a I S. 1 StPO und der durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 in § 100a I S. 2, 3 StPO eingefügten „Quellen-TKÜ“ zu unterscheiden.

Während die klassische TKÜ sich dadurch kennzeichnet, dass die heimliche Überwachung und Aufzeichnung durch Einbezug der Telekommunikationsdienstleister erfolgt, zielt die Quellen-TKÜ darauf ab, Inhalte von Messengerdiensten, die im öffentlichen Telekommunikationsnetzwerk oft nur verschlüsselt und daher für die Strafverfolgung kaum nutzbar überwacht werden können, durch ein Ausleiten der Kommunikation „an der Quelle“, also „noch vor deren Verschlüsselung auf dem Absendersystem oder nach deren Entschlüsselung beim Empfänger“, ohne Mitwirkung des Providers oder des Nutzers zu überwachen und aufzuzeichnen zu können.²

Die Quellen-TKÜ ist dabei, wie sich aus dem Wortlaut des § 100a I S. 2 StPO ergibt („notwendig“), subsidiär gegenüber der klassischen TKÜ.³

hemmer-Methode: Der maßgebliche Unterschied zwischen klassischer TKÜ und Quellen-TKÜ liegt insoweit darin, dass bei der Quellen-TKÜ eine heimliche Überwachung und Aufzeichnung, ohne willentliche und wissentliche Beteiligung des Providers oder des Nutzers, durch einen Zugriff auf das informationstechnische System selbst geschieht.⁴

¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.2025 – 1 BvR 180/23 = jurisbyhemmer.

² Vgl. BT-Drs. 18/12785, 48 f.

³ Vgl. BT-Drs. 18/12785, 56.

⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.2025 – 1 BvR 180/23 = jurisbyhemmer.

aa) „Telegram“-Messengerdienst als informationstechnisches System

Zur Bestimmung der tauglichen Rechtsgrundlage ist damit zu prüfen, ob der von A genutzte Messengerdienst „Telegram“ ein informationstechnisches System darstellt und ob die vom BKA zur Datengewinnung vorgenommene „Aufschaltung“ auf den Account des A einen notwendigen Eingriff in dieses System darstellt.

Was genau unter einem informationstechnischen System zu verstehen ist, ist nicht abschließend geklärt. Der Begriff dürfte jedoch weit auszulegen sein und alle Systeme erfassen, welche Informationen erheben, diese verarbeiten und die Ergebnisse ausgeben und/oder weiterleiten können.⁵

In der Literatur wird das informationstechnische System i.S.d. §§ 100a f. StPO insofern vermehrt als eine „Einheit aus technischen Anlagen und Bauelementen, denen eine gemeinsame Funktion zukommt und die der Verarbeitung oder Übertragung von Daten und/oder Informationen dient“ definiert.⁶

Hiervon ausgehend erfüllt der Messengerdienst „Telegram“ die Merkmale eines informationstechnischen Systems. Auf der Plattform werden Nachrichten, Bilder, Videos, Sprachaufnahmen sowie weitere Kommunikationsinhalte durch die Server- und Client-Infrastruktur des Dienstes entgegengenommen, verarbeitet, zwischengespeichert und an die jeweiligen Kommunikationspartner übermittelt.

Die Plattform dient insofern der elektronischen Erhebung, Verarbeitung, Speicherung und Übermittlung von Daten.

Der von A genutzte Messengerdienst „Telegram“ ist mithin als ein informationstechnisches System i.S.d. § 100a I S. 2, 3 StPO zu qualifizieren.⁷

Anmerkung: Dass es sich bei dem informationstechnischen System nicht um ein eigenes System des A handelt, ist dabei nicht entscheidend. Insofern stellt der gesetzliche Tatbestand des § 100a I S. 2, 3 StPO lediglich auf die Nutzung des Systems durch den von der Maßnahme Betroffenen ab.⁸

bb) Eingriff mit technischen Mitteln

Die Rechtsgrundlage des § 100a I S. 2, 3 StPO setzt neben dem Vorliegen eines informationstechnischen Systems auch einen Eingriff in dieses mittels technischer Mittel voraus.

Ein Eingriff in ein informationstechnisches System liegt vor, wenn durch technische Maßnahmen dessen Vertraulichkeit und/oder Integrität beeinträchtigt wird.⁹ Unter technischen Mitteln sind dabei technische Vorkehrungen zu verstehen, welche Kommunikationsdaten noch vor ihrer Verschlüsselung bzw. nach der Entschlüsselung auf dem Gerät abfangen und an die Ermittlungsbehörden ausleiten.¹⁰

Hiervon ausgehend könnte die vom BKA vorgenommene „Aufschaltung“ auf den „Telegram“-Account des A einen Eingriff i.S.d. § 100a I S. 2 StPO darstellen.

Insofern verschafften sich die Ermittler mittels einer „Aufschaltung“ – ohne Kenntnis des Messengerdienstes „Telegram“ und ohne Mitwirkung des A – einen Zugang auf dessen „Telegram“-Account. Die Aufschaltung erfolgte dabei ausweislich des Sachverhalts mittels technischer Mittel.

Dieses Vorgehen ermöglichte es den Ermittlern, die über den Account des A durchgeführte Kommunikation in Echtzeit mitzulesen und aufzuzeichnen.

Hierdurch wurde zum einen die Vertraulichkeit des von A genutzten informationstechnischen Systems beeinträchtigt. Insofern war die über den Account geführte Kommunikation nicht mehr ausschließlich den legitimen Kommunikationsteilnehmern zugänglich, sondern konnte fortlaufend durch die Ermittlungsbehörden mitgelesen werden.

Darüber hinaus spricht vieles dafür, dass durch das Vorgehen der Ermittlungsbehörde auch die Integrität des informationstechnischen Systems berührt wurde, da die Aufschaltung eine technische Veränderung der Accountverwaltung beziehungsweise der Sitzungsverwaltung des Messengerdienstes voraussetzte und hierdurch der ursprüngliche Systemzustand ohne Kenntnis des Providers oder des A verändert wurde. Zudem bestand zumindest die Möglichkeit, dass die Ermittlungsbehörden selbst eine Änderung der Kommunikationsdaten, etwa durch das Versenden von Nachrichten über den Account des A, vornehmen.

Nach alledem ist ein Eingriff mittels technischer Mittel in ein informationstechnisches System (hier: Messengerdienst „Telegram“) vorliegend zu bejahen.

cc) Notwendigkeit

Die Quellen-TKÜ müsste gem. § 100a I S. 2 StPO notwendig gewesen sein.

⁵ BeckOK StPO, § 100b Rn. 9.

⁶ Vgl. etwa MüKo StPO, § 100b Rn. 22.

⁷ A.A. vgl. BeckOK StPO, § 100a Rn. 84.

⁸ Vgl. zu Clouds: BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 u.a. = [jurisbyhemmer](#).

⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.2025 – 1 BvR 2466/19 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁰ Vgl. KK-StPO, § 100a Rn. 42.

50

Juristisches Repetitorium
hemmer

50 Jahre hemmer

Ein halbes Jahrhundert Erfolg







REDE VON KARL EDMUND HEMMER ZUM 50 JÄHRIGEN JUBILÄUM

Ich freue mich, dass ihr alle da seid.

Wir feiern heute 50 Jahre Juristisches Repetitorium hemmer. Danke für Eure Unterstützung.

Euer Mitwirken hat zu unserem gemeinsamen Erfolg beigetragen. Freundschaften sind entstanden. Unsere Gespräche hatten und haben für mich einen erhöhten Stellenwert. Wir haben immer feste Regeln und Schemata abgelehnt. Das Repetitorium war für uns alle auch immer Erprobung der eigenen Existenz. Es gilt der Satz: „Sei der Du bist, aber sei es.“

Wir als Repetitoren erleben uns manchmal selbstüberschreitend. Der Unterricht kann dazu führen, dass man sich neu erfindet. Wir sind immer im Dialog mit unseren Studierenden, sie und wir werden dadurch besser. Unser Filetstück ist und bleibt der Hauptkurs. Von Beginn an haben wir unser eigenes Denksystem und auch das von anderen guten Juristinnen und Juristen analysiert, wie wir und sie mit Examenssachverhalten umgehen. Die Sachverhaltsanalyse mit der daraus entstandenen „hemmer Methode“ wurde den Kursen zugrunde gelegt. Dieses Vorgehen hat verhindert, schablonenhaft zu denken und hat den Horizont der Kursteilnehmenden erweitert. Wir sehen den Ersteller der Klausur als imaginären Gegner, dessen Gedankenbild es zu erfassen gilt. So wird situiert gelernt und nicht abstrakt. Problem erkannt, Gefahr gebannt.

Unser Spruch im Unterricht: „Anders als im wirklichen Leben gilt es für Klausuren „Probleme schaffen, nicht wegschaffen“. Sogenanntes problemorientiertes Lernen. Schematisches Lernen führt dazu, dass man leicht am Ideengebäude des Erstellers vorbeischiebt. Manche tragen ein Weihnachtsgedicht an Ostern vor! Wir haben unser Niveau immer gehalten und uns nicht auf „easy learning“ eingelassen. Immer, wenn die Presse sich mit uns beschäftigt hat, ging es nie um das Wie und das Was unseres Unterrichts, sondern nur ums Geld.

Die Auseinandersetzung damit, warum wir so erfolgreich Juristinnen und Juristen ausgebildet haben, fand nie statt. Schon die Sophisten wurden im alten Athen der Geldgier bezichtigt und es bleibt oft unberücksichtigt, dass ohne ihre Rhetorik Demokratie nicht möglich gewesen wäre. Die Übereinstimmung und Dankbarkeit unserer Kursteilnehmenden zeigen sich zum Beispiel im „Hemmer-Song“. Der Sänger, zweimal mit der Gesamtnote sehr gut in seinen beiden Examina als Landesbester, ist später Generalbundesanwalt geworden und ist jetzt Richter beim Bundesverfassungsgericht.

Wir feiern heute auch 37 Jahre hemmer Assessorkurs von Ingo Gold und das 30-jährige unseres hemmer/wüst Verlags. Viele der ehemaligen Kursteilnehmenden mit gut und sehr gut haben an unserem Verlagsprogramm mitgearbeitet und insbesondere so auch den Verlag erst möglich gemacht. Vielen Dank.

Uns war klar, ohne Verlag kann das Repetitorium auf Dauer nicht bestehen. In den Verlag haben wir unser Wissen und unsere Erfahrung als Repetitoren eingebracht. Der dauernde Dialog mit den Studierenden hat sich in unseren Produkten niedergeschlagen. Es ist so kein träges Wissen entstanden. Das Wissen ist anwendungsspezifisch, knapp und präzise aufbereitet.

Die Integration von ehemaligen Kursteilnehmern in Verlag und Repetitorium, damals häufig noch Referendare, war

Basis unseres Erfolgs. Achim Wüst und ich hätten es allein nie geschafft, so erfolgreich zu werden. Die Wertschätzung ihrer Arbeit war auch für ihr berufliches und persönliches Wachstum wichtig. Die Integration in Kurse als Repetitoren hat ihr Selbstbewusstsein gefördert und war Mitursache für ihr gutes Examen.

Der Umgang miteinander war immer auch füreinander. Wir haben darauf geachtet, dass kein festes Bild vom anderen entsteht. Nur so wird eine Gemeinschaft gefördert, ohne Ausgrenzung. Wir haben keine hierarchischen Strukturen, wir sind partnerschaftlich organisiert, es gibt kein oben und unten, deshalb sind wir droben.

Geistige Leibeigenschaft, HiWi, Assistent, haben wir abgelehnt, Demokratie muss gelebt werden. Dies hat sich auch im gemeinsamen Fußballspiel mit den Kursteilnehmenden gezeigt.

Dieses Miteinander bleibt. Wohl und Wehe eines Unternehmens hängt von der guten Atmosphäre ab. Diese werden wir erhalten. Auch viele ehemalige Kursteilnehmende und Kursleitende, die heute als Notare, Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte tätig sind, haben uns noch in guter Erinnerung.

Recht hat eine überragende Bedeutung in der Gesellschaft. Es muss Anker für eine gerechte Gesellschaft sein. Nach der Maslowschen Bedürfnispyramide steht das Recht an vorderer Stelle. Wir haben an der Juristenausbildung maßgeblich mitgewirkt. Ohne einen gut ausgebildeten Juristenstand kann eine Gesellschaft nicht gerecht existieren.

Wir Repetitoren haben eine Vorbildfunktion für die zukünftigen Juristinnen und Juristen.

Wir loben alle, die mitgewirkt haben. Die Repetitoren und Repetitorinnen, die Mitarbeitenden in den Städten und in der Zentrale. Sehr erfreulich ist die lange Zeit der Zusammenarbeit. Alle unsere maßgeblichen Repetitoren sind noch dabei. Dies gilt auch für unsere Mitarbeitenden in der Zentrale. Wir wollen keinen besonders herausheben, weil sonst immer jemand vergessen wird. Unser Dank gilt allen, die am Unternehmen mitgearbeitet haben. Besonders gilt mein Dank Achim Wüst für seine Zuverlässigkeit in all den Jahren. Der Stamm unserer guten Mitarbeitenden ist Garantie für ein erfolgreiches Weitermachen. Es gibt berechnete Zuversicht, dass das Lebenswerk auch in der nächsten Generation erfolgreich fortgeführt wird. Die sich abzeichnende Frauenpower im Unternehmen ist eine gute Chance, die zu erwartenden Herausforderungen zukünftig zu bewältigen.

Ich freue mich besonders, in meiner Nichte Christine Hemmer eine würdige Nachfolgerin zu haben. Christine ist seit 18 Jahren im Unternehmen tätig. Wir hatten in der Familie immer starke Juristinnen. Meine beiden älteren Schwestern waren Richterinnen.

Jeder Lebensabschnitt muss neu gewonnen werden. Das gilt für uns persönlich, aber auch für das Unternehmen. Uns ist vor der Zukunft nicht bang. Wie die letzten 50 Jahre zeigen, sind wir bisher erfolgreich gewesen und werden es auch in Zukunft sein.

Lasst uns auf ein weiteres freundschaftliches und erfolgreiches Miteinander anstoßen!

Hieraus folgt, dass nur dann auf eine Quellen-TKÜ zurückgegriffen werden darf, wenn eine klassische TKÜ nach § 100a I S. 1 StPO nicht erfolgversprechend ist.¹¹

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass der von der Maßnahme Betroffene verschlüsselt über das Internet kommuniziert.¹²

Vorliegend bestanden gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass A mit potenziellen Käufern verschlüsselt über das Internet kommunizierte. Eine Überwachung und Aufzeichnung mittels einer klassischen TKÜ wären insofern nicht erfolgversprechend, da hierdurch nur die verschlüsselten Nachrichten durch den Telekommunikationsdienstleister an die Ermittlungsbehörden hätten ausgeleitet werden können. Mithin ist ein Rückgriff auf die Quellen-TKÜ nach § 100a I S. 2, 3 StPO notwendig gewesen.

Zwischenergebnis: Die Aufschaltung auf den „Telegram“-Account des A stellt einen notwendigen Eingriff in ein informationstechnisches System dar.

Anmerkung: Mit der Einordnung, dass die heimliche Ausleitung von Kommunikationsinhalten unter Einsatz eigener technischer Mittel der Ermittlungsbehörden eine Quellen-TKÜ und gerade keine klassische TKÜ darstellt, erteilt der Senat der früheren, abweichenden Auffassung des Ermittlungsrichters des BGH eine ausdrückliche Absage. Dieser hatte in einem ähnlich gelagerten Fall die Ausleitung von Kommunikationsinhalten mittels eigener technischer Mittel der Ermittlungsbehörden, etwa durch die Anmeldung eines weiteren Endgeräts, allein der klassischen TKÜ gemäß § 100a I S. 1 StPO zugeordnet und eine Quellen-TKÜ insoweit verneint.¹³

b) Beschränkung der Datenerhebung

Fraglich ist jedoch, ob die Ermittlungsbehörde mittels der vorgenommenen Aufschaltung sämtliche auf dem Account des A gespeicherten Kommunikationsinhalte hätte überwachen und aufzeichnen dürfen, oder ob der Umfang der Maßnahme diesbezüglich beschränkt war.

Im Rahmen der Quellen-TKÜ ist zu berücksichtigen, dass die Ermittlungsbehörden gem. § 100a I S. 3 StPO ausschließlich solche auf dem informationstechnischen System des Betroffenen gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation überwachen und aufzeichnen dürfen, die auch während des laufenden Übertragungsvorgangs im öf-

fentlichen Telekommunikationsnetz (wenngleich in verschlüsselter Form) einer Überwachung und Aufzeichnung zugänglich gewesen wären.

Wie sich aus dem Regelungszusammenhang mit § 100a V S. 1 Nr. 1 lit. b) StPO ergibt, ist die Quellen-TKÜ insofern zeitlich auf Kommunikationsinhalte begrenzt, die ab dem Erlass einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung anfallen.¹⁴

Anmerkung: Die Quellen-TKÜ ist in ihrem Umfang insofern nicht weitergehend als eine klassische TKÜ, sondern gerade auf solche Kommunikationsinhalte beschränkt, die auch im Wege einer klassischen TKÜ, hier jedoch nur in verschlüsselter Form, hätten überwacht und aufgezeichnet werden können.

Hieran gemessen durften die Ermittlungsbehörden nach Maßgabe des § 100a I S. 3, V S. 1 Nr. 1 lit. b) StPO lediglich solche Kommunikationsinhalte erfassen, die nach Erlass des Anordnungsbeschlusses vom 21.03.2025 im Rahmen der Telekommunikation über den Account des A anfielen, nicht jedoch bereits zuvor angefallene Kommunikationsinhalte.

Für die rückwirkende Erhebung derartiger retrograder Inhalte käme vielmehr eine Online-Durchsuchung nach § 100b I StPO in Betracht¹⁵, über die gem. § 100e II S. 1 StPO eine besondere Kammer des Landgerichts zu entscheiden hätte. Eine derartige Ermittlungsmaßnahme ist vorliegend jedoch nicht angeordnet worden.

Die Aufzeichnung der Chatprotokolle aus dem Zeitraum vor dem 21.03.2025 war somit nicht von der Rechtsgrundlage des § 100a I S. 2, 3 StPO gedeckt und damit rechtswidrig.

2. Keine Präklusion

Da der Verteidiger des A der Verwertung der Chatprotokolle für den Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 rechtzeitig widersprochen hat, ist eine dahingehende Rüge nach der Widerspruchslösung des BGH auch nicht präkludiert.

hemmer-Methode: Näher zur Widerspruchslösung des BGH vgl. BGH, Urteil vom 09.05.2018 – 5 StR 17/18 = [jurisbyhemmer](#) = **Life&LAW 02/2019, 107 ff.**

¹¹ Vgl. Schmitt/Köhler StPO, § 100a Rn. 14e; MüKo StPO, § 100a Rn. 218.

¹² Vgl. Schmitt/Köhler StPO, § 100a Rn. 14e; MüKo StPO, § 100a Rn. 218.

¹³ Vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 09.07.2020 – 2 BGs 468/20 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Intention, vgl. BT-Drs. 18/12785, 51.

¹⁵ Vgl. Schmitt/Köhler StPO, § 100a Rn. 14b; BT-Drs. 18/12785, 52.

3. Beweisverwertungsverbot im Einzelfall

Fraglich ist, ob die rechtswidrige Datenerhebung zu einer Unverwertbarkeit des erhobenen Inhalts führt. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zur Verwertung von entgegen § 100a I S. 2, 3, V S. 1 Nr. 1 lit. b) StPO gewonnenen Kommunikationsinhalten ist zur Beantwortung dieser Frage auf die allgemeinen straf- und verfassungsrechtlichen Grundsätze zurückzugreifen.

Da dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweishebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich ziehe, fremd ist, führt nicht jeder Verfahrensverstoß („Beweiserhebungsverbot“) zu einem Beweisverwertungsverbot.

Vielmehr ist diese Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und des Gewichts des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden (sog. „Abwägungslehre“).¹⁶

Auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung um jeden Preis gerichtet ist, schränkt ein Beweisverwertungsverbot eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind.

hemmer-Methode: Ein Beweisverwertungsverbot stellt mithin eine Ausnahme dar, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.¹⁷

Unter Anwendung dieser Grundsätze liegt im vorliegenden Fall ein Beweisverwertungsverbot vor.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die verletzte Vorschrift dazu dient, ein funktionales Äquivalent zur herkömmlichen Ausleitung der (verschlüsselten) Telekommunikation zu schaffen.¹⁸

Der Gesetzgeber hat dabei ausdrücklich die Möglichkeit einer retrograden Überwachung in den Blick genommen und wollte diese für die Quellen-TKÜ ausschließen. Dies ergibt sich aus den in § 100a V S. 1 Nr. 1 lit. b) StPO geregelten Vorgaben, nach denen technisch sicherzustellen ist, dass ausschließlich Kommunikationsinhalte ab dem Anord-

nungszeitpunkt überwacht und aufgezeichnet werden können.

Aus diesem Grund scheidet bei Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben die Erfassung älterer Inhalte von vornherein aus. Dieser Umstand spricht gewichtig dafür, dass die unter Missachtung der besonders vorgesehenen Sicherungsmechanismen gewonnenen Erkenntnisse nicht zu verwerten sind.

Daneben ist auch die besondere Grundrechtsrelevanz des Eingriffs zu berücksichtigen. Die durchgeführte „Aufschaltung“ auf den „Telegram“-Account des A greift insofern erheblich in dessen Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) ein.¹⁹

Dabei kommt der sich aus § 100a I S. 3, V S. 1 Nr. 1 lit. b) StPO ergebenden zeitlichen Begrenzung zwar eine wesentliche eingriffsmindernde Wirkung zu.²⁰ Dies setzt allerdings auch die tatsächliche Beachtung der Vorschrift voraus.

Wären nun die entgegen den ausdrücklichen gesetzlichen Vorgaben gewonnenen Erkenntnisse verwertbar, könnte dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen²¹, da die Missachtung der, gem. § 100a V S. 1 StPO technisch abzusichernden, Anforderungen im Falle der Verwertbarkeit zu Lasten der durch die Regelungen geschützten Betroffenen ginge.

Ferner gilt es im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit § 100b I StPO den Ermittlungsbehörden eine Rechtsgrundlage für eine retrograde Datenerhebung geschaffen hat. Die Schaffung einer derartigen Rechtsgrundlage verdeutlicht, dass der Gesetzgeber eine rückwirkende Erhebung gespeicherter Kommunikationsinhalte nur unter den besonders hohen Voraussetzungen dieser Norm zulassen wollte.

Im Rahmen der Abwägung ist zudem relevant, dass vorliegend nicht nur bereits die formellen Voraussetzungen einer Online-Durchsuchung gem. § 100b I StPO nicht vorliegen, sondern es darüber hinaus – mangels einer im Raum stehenden besonders schweren Straftat i.S.d. § 100b II StPO – auch an deren materiellen Voraussetzungen fehlt.

Nach alledem ist festzustellen, dass die Schwere der aufzuklärenden Straftaten nicht von solchem Gewicht ist, dass bei einer Abwägung die aufgezeigten, gegen eine Verwertung sprechenden Gesichtspunkte überwiegen.

¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 11.11.1998 – 3 StR 181/98 = [jurisbyhemmer](#); BGH, Beschluss vom 27.02.1992 – 5 StR 190/91 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 11.11.1998 – 3 StR 181/98 = [jurisbyhemmer](#); BGH, Beschluss vom 30.04.1990 – 4 BJs 136/90 – 3 StB 8/90 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 18/12785, 51 f.

¹⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.2025 – 1 BvR 180/23 = [jurisbyhemmer](#).

²⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.2025 – 1 BvR 180/23 = [jurisbyhemmer](#).

²¹ Vgl. hierzu BVerfG Beschluss vom 23.09.2025 – 2 BvR 625/25 = [jurisbyhemmer](#).

Die Chatprotokolle für den Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 unterliegen mithin einem Beweisverwertungsverbot und sind daher unverwertbar.

II. Ergebnis

Die von den Ermittlungsbehörden gesicherten Chatprotokolle aus dem Zeitraum vom 01.02.2024 bis zum 26.03.2024 sind nicht verwertbar, da sie rechtswidrig erlangt wurden und im konkreten Einzelfall einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

D) Kommentar

(bb). Die Entscheidung überzeugt im Ergebnis. Der BGH trägt dem Umstand Rechnung, dass das heimliche Aufschalten auf ein Endgerät zur Ausleitung von Messenger-Kommunikation einen besonders intensiven Grundrechtseingriff darstellt. Konsequenterweise beschränkt § 100a StPO die Quellen-TKÜ auf die laufende Telekommunikation. Das nachträgliche Auslesen bereits gespeicherter Chats ist funktional einer Online-Durchsuchung angenähert und bedarf daher der strengeren Eingriffsvoraussetzungen des § 100b StPO. Die Entscheidung stärkt den hier vorgesehenen besonderen Richtervorbehalt und verhindert eine Umgehung der gesetzlichen Schranken durch eine faktische Ausweitung der Quellen-TKÜ. Sie schafft zugleich die für die Ermittlungs- und Gerichtspraxis dringend erforderliche Abgrenzung zwischen beiden Ermittlungsmaßnahmen.

E) Wiederholungsfragen

- **Wie lassen sich Beweisverwertungsverbote unterteilen?**

Beweisverwertungsverbote lassen sich in selbstständige und unselbstständige Beweisverwertungsverbote untergliedern. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote sind solche, die auf einer fehlerhaften Beweisgewinnung („Beweiserhebungsverbot“) beruhen. Selbstständige Beweisverwertungsverbote bestehen hingegen unabhängig von vorangegangenen möglichen Fehlern bei der Beweiserhebung. Zu differenzieren ist weiter zwischen geschriebenen (gesetzlich geregelten) und ungeschriebenen Beweisverwertungsverböten.

- **Welche zeitlichen Grenzen sind im Rahmen einer Quellen-TKÜ zu beachten?**

Im Rahmen einer Quellen-TKÜ gilt es nach § 100a I S. 2, 3, V S. 1 Nr. 1 StPO zu beachten, dass lediglich die laufende Telekommunikation (§ 100a I S. 2, V S. 1 Nr. 1 lit. a) StPO), sowie solche auf dem informationstechnischen System des Betroffenen gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation überwacht und aufgezeichnet werden dürfen, die ab dem Zeitpunkt einer gerichtlichen Anordnung nach § 100e I StPO entstanden sind und auch während des laufenden Übertragungsvorgangs im öffentlichen Telekommunikationsnetz hätten überwacht und aufgezeichnet werden dürfen (§ 100a I S. 3, V S. 1 Nr. 1 lit. b) StPO). Eine darüber hinausgehende retrograde Datenerhebung ist dagegen nicht von der Rechtsgrundlage gedeckt.

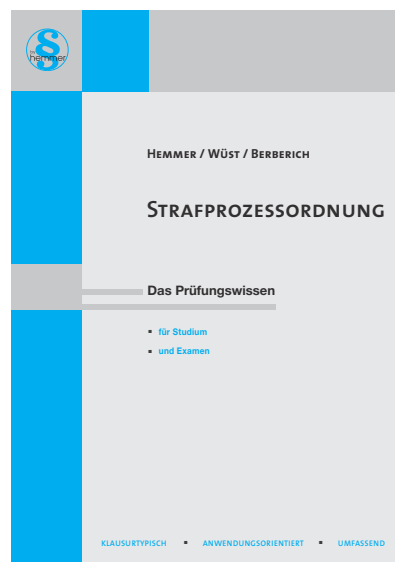
F) Zur Vertiefung

Zu den Beweisverwertungsverböten

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafprozessordnung, Rn. 359 ff.

Zur Revision, §§ 333 ff. StPO

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafprozessordnung, Rn. 490 ff.



auch als eBook erhältlich



Aus dem Inhalt:

- Allgemeines
- Der Ablauf des Strafverfahrens
 - Vorverfahren, §§ 151 - 177
 - Zwischenverfahren, §§ 199 - 211
 - Hauptverfahren, §§ 212 - 295
- Besondere Verfahrensarten
- Rechtsbehelfe

BayVGH, Beschluss vom 28.04.2026 – 2 NE 26.623 = [jurisbyhemmer](#)

7 Veränderungssperre und Verhinderungsplanung

+++ Veränderungssperre +++ § 14 BauGB +++ Verhinderungsplanung +++ Übertragung einer Angelegenheit auf einen Ausschuss +++

Sachverhalt (verkürzt): A ist Eigentümer eines Grundstücks und eines sich darauf befindlichen mehrgeschossigen Gebäudes in der kreisangehörigen Gemeinde G im Freistaat Bayern. Da seine Kinder bereits ausgezogen sind, hält er das Haus für sich allein für zu groß und beschließt, das Erdgeschoss zu Ferienwohnungen umbauen zu lassen, um sich seine Rente etwas aufzubessern. Aus diesem Grund stellt er bei der zuständigen Behörde einen Bauantrag, welcher von dieser allerdings abgelehnt wird.

Begründet wird die Ablehnung mit einer dem Vorhaben entgegenstehenden Veränderungssperre (§ 14 BauGB), die die Gemeinde bereits einige Wochen zuvor erlassen hat. Tatsächlich hat die Gemeinde eine solche Veränderungssperre zehn Wochen zuvor durch den Planungs-, Bau- und Verkehrsausschuss beschlossen. Sie wurde ordnungsgemäß ausgefertigt und bekanntgemacht. Innerhalb dieser Sperre ist deutlich zu erkennen, welches Gebiet von ihr umfasst ist. Zeitgleich wurde durch den Ausschuss auch ein Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan gefasst. Der Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans ging der Beschlussfassung über die Veränderungssperre in der Ausschusssitzung voraus. Der Gemeinderat wurde bei beiden Beschlüssen nicht beteiligt. Die Gemeinde begründet den Erlass der Veränderungssperre damit, dass sie mit dem noch zu beschließenden Bebauungsplan den Erhalt des entsprechenden Gebiets als Dauerwohngebiet sicherstellen möchte. Es gebe bereits in den unmittelbar angrenzenden Straßenzügen erheblichen Wohnraummangel, unter anderem deshalb, weil in diesen Gebieten bereits einige Wohnungen als Ferienwohnungen genutzt würden. Dieses Erfordernis ergebe sich auch durch eine von der Gemeinde in Auftrag gegebene Wohnraumbedarfsanalyse. Das Gebiet, für den der Bebauungsplan erlassen werden soll, zeichnet sich primär durch Einfamilienhäuser und wenige Mehrfamilienhäuser aus. Auch innerhalb dieses Gebiets mehrten sich in letzter Zeit die Tendenzen, Wohnhäuser in Ferienhäuser umwandeln zu lassen.

A ist der Ansicht, dass die Gemeinde nicht hinreichend begründet habe, was genau ihr Ziel mit dem Erlass des Bebauungsplans und vor allem mit dem Erlass der Veränderungssperre sei. Art und Maß der zukünftig erlaubten baulichen Nutzung sei nicht erkennbar und verhindere, dass sich die Einwohner der Gemeinde auf die zukünftigen Anforderungen einstellen könnten. Zudem seien sowohl der Aufstellungsbeschluss als auch die Veränderungssperre schon formell rechtswidrig, da dem Ausschuss das Fassen solcher Beschlüsse gar nicht übertragen werden könne. Zudem ist sich A sicher, dass der Erlass der Veränderungssperre reine Schikane ist und vor allem dem Zweck diene, die Umwandlung seines Erdgeschosses in Ferienwohnungen zu verhindern.

A ist sich sicher, dass die Gemeinde den entsprechenden Bebauungsplan bald erlassen wird. Er möchte deshalb so schnell wie möglich gegen die Veränderungssperre vorgehen, um sein Vorhaben noch vor Erlass des Bebauungsplans genehmigt zu bekommen. Dabei hofft er, die Veränderungssperre zumindest vorläufig außer Vollzug setzen lassen zu können. Er beauftragt deshalb den Rechtsanwalt R, den notwendigen Rechtsbehelf einzulegen.

Hat der von R einzulegende Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg?

A) Sounds

1. Eine Übertragung der Beschlussfassung über die Aufstellung von Bebauungsplänen und den Erlass von Veränderungssperren auf einen Ausschuss ist grundsätzlich möglich.

2. Gemäß § 47 VI VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

B) Problemaufriss

Vorliegend handelt es sich um einen Fall, der zunächst nach einer klassischen baurechtlichen Fallkonstellation aussieht. Bei genauerem Hinschauen ergeben sich allerdings Probleme, die für viele nicht zur alltäglichen Materie gehören dürften.

So musste sich der BayVGh mit der Frage des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen eines Normenkontrollantrags nach § 47 VI VwGO auseinandersetzen und zusätzlich die Rechtmäßigkeit des Erlasses einer Veränderungssperre nach § 14 I BauGB prüfen. Normenkontrollanträge sind im Baurecht keine Seltenheit, da viele baurechtliche Institute (bspw. eben der Bebauungsplan oder die Veränderungssperre) als Satzung beschlossen werden und § 47 I Nr. 1 VwGO diese Überprüfung anhand einer prinzipialen Normenkontrolle vorsieht.

Zudem ergeben sich hier auch einige kommunalrechtliche Probleme, vor allem, ob einem Ausschuss das Fassen von Bebauungsplänen und Veränderungssperren übertragen werden kann.

Anmerkung: Der zugrunde liegende Fall spielt in Bayern, weshalb bzgl. der kommunalrechtlichen Probleme die bayerische Gemeindeordnung zugrunde gelegt wird. Da die kommunalrechtlichen Regelungen von Bundesland zu Bundesland durchaus variieren, könnten sich in anderen Bundesländern auch andere Ergebnisse ergeben. Die Problemstellungen bzgl. der Normenkontrolle, des einstweiligen Rechtsschutzes und der Fragen nach der Veränderungssperre sind hingegen auf alle anderen Bundesländer übertragbar, da insoweit Bundesgesetze die Grundlage darstellen.

Der Fall eignet sich nicht nur, um sich zu vergegenwärtigen, dass auch im Rahmen von § 47 VwGO die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes existiert, sondern auch dazu, den einstweiligen Rechtsschutz generell zu wiederholen. Der Aufbau von § 47 VI VwGO unterscheidet sich nicht sonderlich von dem des § 123 VwGO. Der einstweilige Rechtsschutz stellt dabei einen absoluten Examensklassiker dar, entsprechend sollte das Wissen hier „sitzen“.

C) Lösung

Der von R eingelegte Rechtsbehelf hätte Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit er begründet ist.

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

Anmerkung: Sie können – je nach Übelichkeit in Ihrem Bundesland – auch den dreistufigen Aufbau wählen und die Sachentscheidungskompetenz als eigenen Punkt vor der Zulässigkeit prüfen.

1. Im Rahmen der Gerichtsbarkeit des OVG (bzw. in Bayern: VGh)

Es müsste sich um ein Verfahren i.R.d. Gerichtsbarkeit des VGh handeln, da der Fall in Bayern spielt.¹ Der Antrag ist nach § 47 I S. 1 VwGO also nur dann möglich, wenn er sich bzgl. der Rechtswegzuständigkeit innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit befindet.²

Anmerkung: Im Prinzip prüfen Sie, ob bei Vollzug der Rechtsnorm der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht eröffnet wäre.

Demnach sind auch hier die Grundsätze des § 40 I S. 1 VwGO zu prüfen. Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, es müsste sich also um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Vorliegend sind die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Baurechts, welche öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Nichtverfassungsrechtlicher Art ist die Streitigkeit, wenn es im Kern nicht um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solches, das heißt gerade um dessen besondere verfassungsrechtliche Funktionen und Kompetenzen geht.³ Dies ist vorliegend nicht der Fall. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist damit eröffnet. Somit ist auch die OVG-Gerichtsbarkeit begründet.

2. Statthaftigkeit

Die statthafte Antragsart richtet sich nach §§ 122 I, 88 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers.

¹ Vgl. Art. 1 I S. 1 AGVwGO i.V.m. § 184 VwGO.

² Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 17.

³ BVerwG, Urteil vom 26.03.2025 – 6 C 6.23 = jurisbyhemmer = Life&LAW 12/2025, 835 ff.

Anmerkung: Hier ist relativ eindeutig, dass es sich um einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz handelt, da im Sachverhalt deutlich wird, dass A „so schnell wie möglich“ die Veränderungssperre angreifen möchte, was mit einem einstweiligen Antrag eher möglich ist als mit einem Antrag nach § 47 I VwGO. Angreifen kann man die Veränderungssperre aber natürlich auch ohne die Beantragung einer einstweiligen Anordnung.

Vorliegend möchte A die Veränderungssperre zumindest vorläufig außer Vollzug setzen lassen. Eine solche gerichtliche Anordnung ist über das Einlegen eines Antrags im einstweiligen Rechtsschutz denkbar. In Betracht kommen grds. Anträge nach §§ 80 V, 80a, 123 und 47 VI VwGO. Da es sich hier nicht um einen Antrag in Verbindung mit der aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen einen Verwaltungsakt handelt, kommen § 123 VwGO und § 47 VI VwGO in Frage. Da es sich bei der Veränderungssperre um eine Satzung nach § 47 I Nr. 1 VwGO handelt, scheint es logisch, einen Antrag nach § 47 VI VwGO zu stellen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die entsprechende Norm bereits erlassen wurde. Ist die Norm noch nicht erlassen, kommt nur der Rechtsschutz über § 123 VwGO in Betracht.⁴ Insofern ist der einstweilige Rechtsschutz, der darauf gerichtet ist, eine Norm für vorläufig nichtig zu erklären, die unter den § 47 VwGO fällt, über § 47 VI VwGO zu wählen.⁵

3. Antragsberechtigung

A müsste tauglicher Antragsteller sein. Gemäß § 47 II S. 1 VwGO ist dies jede natürliche oder juristische Person. A ist als natürliche Person demnach tauglicher Antragsteller.

Anmerkung: Auch eine Behörde kann von Gesetzes wegen antragsberechtigt sein. Erforderlich ist hier keine Antragsbefugnis, sondern ein sog. Kontrollinteresse. Das bedeutet, dass der Streitfall im Rahmen des gesetzlichen Aufgabenbereichs der Behörde entstanden sein muss.

4. Antragsbefugnis

A müsste antragsbefugt sein. Die Antragsbefugnis im Rahmen von § 47 VI VwGO richtet sich nach der Antragsbefugnis bezüglich des (hypothetischen) Hauptsacherechtsbehelfs.⁶

Nach § 47 II S. 1 VwGO ist der Antragsteller dann antragsbefugt, wenn er geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Dabei ist die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ausreichend.⁷

Vorliegend ergibt sich aus der Wirkung der Veränderungssperre, dass A in der Nutzung seines Grundstücks eingeschränkt ist und damit zumindest die Möglichkeit der Verletzung der materiellen Baufreiheit als Ausfluss von Art. 14 I GG besteht. A ist hiernach antragsbefugt.

Im Rahmen des Eilrechtsschutzverfahrens muss der Antragsteller zudem hinreichend geltend machen, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen Gründen erforderlich ist.⁸

Vorliegend scheint eine schnelle Entscheidung geboten, da A nach Wirksamwerden des Bebauungsplans vermutlich keine Möglichkeit mehr hätte, sein Bauvorhaben umzusetzen. Aus diesem Grund ist ein schnelles Außervollzugsetzen der Veränderungssperre die einzige Möglichkeit, das Bauvorhaben noch realisieren zu können.

5. Zuständigkeit

Gemäß § 47 VI VwGO ist „das Gericht“ zuständig, was das Gericht der Hauptsache meint. Vorliegend handelt es sich in der Hauptsache um einen Normenkontrollantrag, für den nach § 47 I S. 1 VwGO das OVG, in Bayern der BayVGh, zuständig wäre.

6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Die Gemeinde G ist als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und wird im Prozess gemäß § 62 III VwGO, Art. 34 I S. 1, 38 I S. 1 GO von ihrem ersten Bürgermeister vertreten.

7. Postulationsfähigkeit

Gemäß § 67 IV S. 1 VwGO müssen sich die Beteiligten vor dem VGh von einem Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Vorliegend beauftragt A Rechtsanwalt R mit der Sache. Vom Vorliegen der Postulationsfähigkeit ist auszugehen.

⁴ Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 151.

⁵ Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 153.

⁶ Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 150.

⁷ Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 43 ff.

⁸ Schoch/Schneider, VwGO, § 47 Rn. 148.

8. Rechtsschutzbedürfnis

A müsste sich auch auf ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis berufen können. Um das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen, müssten im Rahmen von § 47 VI VwGO besondere Umstände vorliegen, sodass der Antrag keinerlei Vorteile erbringen und von vornherein nutzlos erscheinen würde.⁹ Per se sind die Eilrechtsschutzverfahren nach §§ 80 V, 80a, 123 VwGO nicht die schnelleren, wirksameren oder einfacheren Verfahren gegenüber § 47 VI VwGO, weshalb die Möglichkeit deren Einlegung das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen lässt.¹⁰ Ein Stellen des Antrags ist auch schon vor Erheben der Klage in der Hauptsache möglich.¹¹ Vom Vorliegen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses ist damit auszugehen.

9. Form

Die Formvorgaben nach §§ 81 f. VwGO sind einzuhalten.

Zwischenergebnis: Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

II. Begründetheit

Der Antrag nach § 47 VI VwGO ist begründet, wenn die einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Dabei ist eine umfangreiche Interessenabwägung vorzunehmen, in die vor allem die Erfolgsaussichten der Hauptsachen einfließen.¹² Dementsprechend sind im Rahmen der Begründetheit ebenjene Erfolgsaussichten zu prüfen.

Anmerkung: Wie immer im einstweiligen Rechtsschutz darf die Hauptsache durch das einstweilige Verfahren nicht vorweggenommen werden. § 47 VI VwGO dient lediglich dazu, eine vorläufige Regelung zu treffen, bis in der Hauptsache entschieden wird.¹³

1. Inzident: Sachentscheidungsvoraussetzungen in der Hauptsache

Bzgl. der Sachentscheidungsvoraussetzungen in der Hauptsache ergeben sich hinsichtlich der Voraussetzungen des Antrags im einstweiligen

Rechtsschutz keine Unterschiede. Es handelt sich bei der Veränderungssperre nach § 14 I BauGB um eine Satzung, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuches erlassen worden ist, demnach ist der Normenkontrollantrag statthaft nach § 47 I Nr. 1 VwGO. Da der Sachverhalt davon spricht, dass die Veränderungssperre erst einige Wochen zuvor erlassen wurde, wäre die Jahresfrist nach § 47 II S. 1 VwGO gewahrt.

Anmerkung: Eine weitere Besonderheit existiert bei der prinzipialen Normenkontrolle über § 47 III VwGO. Dieser Absatz schränkt den Prüfungsumfang des Gerichts ein. Demnach prüft das Gericht die Vereinbarkeit der angegriffenen Rechtsvorschrift nicht, soweit gesetzlich vorgesehen ist, dass die Rechtsvorschrift ausschließlich durch das Verfassungsgericht eines Landes nachprüfbar ist.¹⁴ In Bayern ist beispielsweise die Prüfung der bayerischen Grundrechte aus der Bayerischen Verfassung dem BayVerfGH über Art. 98 S. 4 BV (bayerische Popularklage) vorbehalten. Strittig ist, ob der Prüfungsumfang bereits in der Zulässigkeit zu prüfen oder als Teil der Begründetheit zu behandeln ist.

2. Inzident: Begründetheit in der Hauptsache

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet und die beanstandete Veränderungssperre nicht rechtmäßig ist.

a) Antragsgegner

Der Antrag müsste sich gemäß § 47 II S. 2 VwGO gegen den richtigen Antragsgegner richten. Dieser ist die Körperschaft, die die Rechtsvorschrift erlassen hat, im vorliegenden Fall also gegen die Gemeinde G.

b) Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre

Die Veränderungssperre ist rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht und den formellen und materiellen Anforderungen entspricht.

aa) Rechtsgrundlage

Die Grundlage für den Erlass einer Veränderungssperre ergibt sich aus §§ 14, 16 I BauGB.

⁹ Schoch/Schneider, VwGO, § 47 Rn. 151.

¹⁰ Schoch/Schneider, VwGO, § 47 Rn. 151.

¹¹ Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 157.

¹² Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 164.

¹³ Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn. 171.

¹⁴ Schoch/Schneider, VwGO, § 47 Rn. 90.

Anmerkung: Mit einer Veränderungssperre kann die Gemeinde sicherstellen, dass ein in nahe liegender Zukunft zu beschließender Bebauungsplan nicht durch Bebauung "torpediert" wird, die dem zukünftigen Plan widerspricht. Gäbe es dieses Instrument nicht, könnte sich die Situation ergeben, dass zwar die Festsetzungen des Bebauungsplans schon feststehen, der Bebauungsplan aber noch nicht beschlossen bzw. wirksam ist und eine Baugenehmigung erteilt werden müsste, die diesen Festsetzungen widerspricht.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Veränderungssperre entspricht den formellen Anforderungen, wenn sie durch die zuständige Körperschaft erlassen wurde und die Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden.

Gemäß §§ 14 I, 16 I BauGB ist die Gemeinde verbandszuständig. Grundsätzlich ist nach Art. 29 GO der Gemeinderat organzuständig. Vorliegend hat allerdings nicht der Gemeinderat die Veränderungssperre erlassen, sondern ein Ausschuss. Gemäß Art. 32 II S. 1 GO können bestimmte Aufgaben beschließenden Ausschüssen übertragen werden. Art. 32 II S. 2 GO gibt einen Negativkatalog vor, welche Aufgaben den Ausschüssen nicht übertragen werden können. Gemäß Art. 32 II S. 2 Nr. 2 GO fallen der Erlass von Satzungen und Verordnungen darunter; ausgenommen sind allerdings Bebauungspläne und sonstige Satzungen, die nach den Vorschriften des Ersten Kapitels des Baugesetzbuchs erlassen werden. Die Veränderungssperre ist eine solche Satzung, weshalb der Erlass auf einen beschließenden Ausschuss übertragen werden kann.¹⁵ Das Vorbringen, die Veränderungssperre sei schon deshalb rechtswidrig, weil der Ausschuss für die zugrundeliegende Beschlussfassung unzuständig gewesen sei, verfährt demnach nicht.

Mangels Angaben im Sachverhalt ist von der ordnungsgemäßen Beschlussfassung innerhalb des Ausschusses auszugehen.

Anmerkung: Diese Stelle ist das klassische Einfallstor für eine ausführliche kommunalrechtliche Prüfung. Oft wird an dieser Stelle ein normaler Gemeinderatsbeschluss inkl. Fragen nach persönlicher Beteiligung, ordnungsgemäßer Ladung etc. zu prüfen sein.

Zudem muss zur Wahrung der Formvorschriften das von der Veränderungssperre umfasste Gebiet klar erkennbar sein. Dies ist laut Sachverhalt ge-

nauso der Fall wie die ordnungsgemäße Ausfertigung und Bekanntmachung.

Die formellen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre liegen dementsprechend vor.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Voraussetzungen für die materielle Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre sind das Vorliegen eines wirksamen Planaufstellungsbeschlusses, die Erforderlichkeit der Planung i.S.d. § 1 III BauGB, eine hinreichend erkennbare Planung und kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht.

Anmerkung: Anders als die Rechtmäßigkeit eines Bebauungsplans hängt die Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre tatsächlich davon ab, ob der Aufstellungsbeschluss rechtmäßig war. Ist der Aufstellungsbeschluss rechtswidrig, ist auch die Veränderungssperre rechtswidrig. Demnach kann auch an dieser Stelle ein Einfallstor für eine kommunalrechtliche Beschlussprüfung nach Art. 45 GO zu finden sein.

Ausweislich des Sachverhalts ist der Aufstellungsbeschluss ordnungsgemäß gefasst worden. Auch die Aufstellung eines Bebauungsplans kann nach Art. 32 II S. 2 Nr. 2 GO auf einen beschließenden Ausschuss übertragen werden. Der Aufstellungsbeschluss ist Teil der Aufstellung eines Bebauungsplans und demnach zwingend von einem Ausschuss fassbar.

Anmerkung: Andernfalls ergäbe sich die seltsame Situation, dass der beschließende Ausschuss zwar für den Gesamterlass eines Bebauungsplans zuständig wäre, nicht aber für den Aufstellungsbeschluss als Teil des Erlasses.

Erforderlich ist zudem, dass der Aufstellungsbeschluss vor dem Beschluss der Veränderungssperre gefasst wurde. Auch dies ist ausweislich der Angaben im Sachverhalt zu bejahen.

Die Planung ist i.S.d. § 1 III BauGB dann erforderlich, wenn sie auf eine geordnete städtebauliche Entwicklung ausgerichtet ist. Ein konkreter Bedarf für die Planung ist für die Erforderlichkeit nicht entscheidend.¹⁶ Erforderlich ist die Planung dann nicht, wenn sie eine reine Verhinderungs- bzw. Negativplanung darstellt, also allein darauf ausgerichtet ist, bestimmte Bauvorhaben zu verhindern, ohne ein städtebauliches Konzept aufzuweisen.¹⁷

¹⁵ BayVGh, Beschluss vom 28.04.2026 – 2 NE 26.623 = jurisbyhemmer

¹⁶ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1 Rn. 26.

¹⁷ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1 Rn. 26a.

Vorliegend bringt G vor, den Bebauungsplan, und damit auch die Veränderungssperre, erlassen zu wollen, um das Dauerwohnen zu sichern und die Bebauung vor überhandnehmender Nutzung von Gebäuden als Ferienwohnungen zu schützen. Es ist nicht ersichtlich, dass es ihr allein darauf ankommt, das Bauvorhaben von A zu verhindern. Dies hat zur Folge, dass die Erforderlichkeit der Planung aufgrund des Vorbringens städtebaulicher Ziele zu bejahen und das Vorliegen einer reinen Verhinderungsplanung zu verneinen ist. Dafür spricht auch, dass die Sicherung des Dauerwohnens nach § 1 VI Nr. 2 BauGB ein grundsätzlich legitimes Planungsziel der Gemeinde ist.¹⁸

Eine hinreichend erkennbare Planung liegt dann vor, wenn der künftige Planinhalt bereits in einem Mindestmaß bestimmt und absehbar ist.¹⁹ Dabei kann nicht verlangt werden, dass Art und Maß der baulichen Nutzung bereits detailliert und abgewogen dargelegt werden können.²⁰ Vorliegend hat die Gemeinde deutlich gemacht, dass das Gebiet für Wohnnutzung vorgesehen ist. Zwar finden sich keine Angaben dazu, wie genau diese Nutzung auszusehen hat; die Angabe der beabsichtigten Nutzung an sich ist aber ausreichend.

Anmerkung: In einer Examensklausur wären bzgl. der Erforderlichkeit und der hinreichend erkennbaren Planung sicherlich noch mehr Informationen im Sachverhalt angelegt, die dann hier zu diskutieren wären.

Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht ist ebenfalls nicht ersichtlich, weshalb die Veränderungssperre auch den materiellen Anforderungen entspricht. Mangels Rechtswidrigkeit der Veränderungssperre wäre der Normenkontrollantrag von A unbegründet.

III. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor; allerdings ist der Antrag unbegründet und hat dementsprechend keine Aussicht auf Erfolg.

Anmerkung: Eine Veränderungssperre kann in der Klausursituation auch dergestalt relevant werden, dass Sie die Rechtmäßigkeit einer Baugenehmigung prüfen müssen und dort dann inzident zu klären haben, ob eventuell eine wirksame Veränderungssperre bauplanungsrechtlich zu beachten ist.

¹⁸ BayVGh, Beschluss vom 28.04.2026 – 2 NE 26.623 = [jurisbyhemmer](#)

¹⁹ Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 14 Rn. 9.

²⁰ BayVGh, Beschluss vom 28.04.2026 – 2 NE 26.623 = [jurisbyhemmer](#)

D) Kommentar

(bb). Der Fall weist keine Besonderheiten auf, eignet sich dafür aber umso besser, um sich mit den Grundlagen rund um § 47 VI VwGO sowie der Veränderungssperre zu beschäftigen.

Zu letzterer können Sie sich merken: Die Veränderungssperre (§§ 14 ff. BauGB) dient der Sicherung der gemeindlichen Bauleitplanung. Hat die Gemeinde einen Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan gefasst, soll verhindert werden, dass Grundstückseigentümer durch bauliche Maßnahmen oder wertsteigernde Veränderungen vollendete Tatsachen schaffen und dadurch die künftige Planung vereiteln oder wesentlich erschweren. Die Veränderungssperre hat daher eine planungsrechtliche Sicherungsfunktion, nicht aber die Aufgabe, bereits bestehendes Baurecht dauerhaft einzuschränken.

E) Wiederholungsfragen

- **Welche Arten des einstweiligen Rechtsschutzes existieren in der VwGO?**

In der VwGO existieren vier Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes: §§ 80 V, 80a III, 123, 47 VI VwGO.

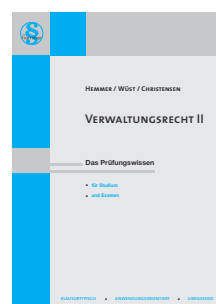
- **Was sind die materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB?**

Die materiellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit einer Veränderungssperre sind (1.) das Vorliegen eines wirksamen Aufstellungsbeschlusses seitens der Gemeinde, (2.) die Erforderlichkeit der Planung, die hinreichende Erkennbarkeit der beabsichtigten Planung sowie (3.) kein Verstoß gegen höherrangiges Recht.

F) Zur Vertiefung

Zum vorläufigen Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, § 47 VI VwGO

- Hemmer/Wüst/Christensen/Grieger, Verwaltungsrecht II, Rn. 243 ff.



auch als eBook erhältlich



BVerwG, Urteil vom 24.10.2025 – 10 CN 3.25 = [jurisbyhemmer](#)

8 Allgemeine Verwaltungsvorschrift als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 I S. 2 GG?

+++ Normenkontrollantrag, § 47 VwGO +++ Erlass von Rechtsverordnungen, Art. 80 I GG +++ Notwendigkeit einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage +++ Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Art. 14 I S. 2 GG +++ Allgemeine Verwaltungsvorschriften +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt und stark vereinfacht): Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft hat zur Umsetzung der Vorgaben der Nitratrichtlinie (Richtlinie 91/676/EWG) auf der Grundlage des Düngegesetzes (DüngG) Maßnahmen in der Düngeverordnung (DüV) festgelegt. Die DüV verpflichtet die Landesregierungen in § 13a I DüV zur Ausweisung näher bestimmter Gebiete zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung u.a. durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen. In solchen Gebieten gelten besondere Beschränkungen für den Einsatz von Düngemitteln:

§ 13a DüV: (1) Die Landesregierungen haben zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat [...] durch Rechtsverordnung auf Grund des § 3 Absatz 4 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 Nummer 3 und mit Absatz 5 des Düngegesetzes folgende Gebiete auszuweisen:

1. Gebiete von Grundwasserkörpern im schlechten chemischen Zustand nach § 7 der Grundwasserverordnung auf Grund einer Überschreitung des in Anlage 2 der Grundwasserverordnung enthaltenen Schwellenwerts für Nitrat; [...], 2. [...].

Zur Vereinheitlichung der Vorgehensweise bei der Ausweisung der Gebiete nach Satz 1 Nummer 1 bis 4 erlässt die Bundesregierung auf der Grundlage von Artikel 84 des Grundgesetzes eine allgemeine Verwaltungsvorschrift. [...]

(3) Die Landesregierungen haben zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung durch Nitrat [...] durch Rechtsverordnung auf Grund des § 3 Absatz 4 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 Nummer 3 und mit Absatz 5 des Düngegesetzes in den nach Absatz 1 ausgewiesenen Gebieten [...] Anforderungen nach Maßgabe der Sätze 2 und 3 vorzuschreiben. [...]

Zur Vereinheitlichung der Vorgehensweise bei der Ausweisung der Gebiete erließ die Bundesregierung gemäß § 13a I S. 2 DüV die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausweisung von mit Nitrat belasteten und eutrophierten Gebieten (AVV Gebietsausweisung - AVV GeA). Der Freistaat Bayern erließ daraufhin die Ausführungsverordnung zur Düngeverordnung (AVDüV), die in deren § 1 mit Nitrat belastete (rote) Gebiete und eutrophierte (gelbe) Gebiete entsprechend den Nummern 1 bis 4 des § 13a I DüV ausweist. Diese Gebiete unterliegen verschärften Düngebeschränkungen.

L ist Landwirt. Er bewirtschaftet als Eigentümer landwirtschaftliche Flächen im Bereich eines Grundwasserkörpers, die in der AVDüV als mit Nitrat belastete Gebiete ausgewiesen sind. Gegen diese Regelungen will er gerichtlich vorgehen. Er meint, dass § 13a DüV jedenfalls materiell verfassungswidrig sei. Seine grundrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit werde durch die Norm verletzt. Zwar erkenne er an, dass das Grundrecht grundsätzlich durch Gesetze ausgestaltet werden könne, nicht aber doch durch interne Behördenregelungen, gegen die er sich dann nicht mal wehren könne. Zudem sei zu berücksichtigen, dass er berufsmäßig als Landwirt tätig ist.

Der Freistaat Bayern ist hingegen der Auffassung, dass die AVDüV formell und materiell rechtmäßig sei. Sie beruhe auf einer verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage und sei, ebenso wie diese, mit Art. 14 I GG und Art. 12 I GG vereinbar. Die betroffenen Landwirte seien durch die Ausweisung der Gebiete nicht unverhältnismäßig belastet. Auch die Vorgehensweise des Landes bei der konkreten Gebietsausweisung sei nicht zu beanstanden. Sie entspreche der AVV Gebietsausweisung, welche als sachgerechter Orientierungsmaßstab gelte.

Hat das Vorgehen des L Aussicht auf Erfolg? – Es ist ungeprüft zu unterstellen, dass § 13a I DüV, der durch Verordnung vom 28.04.2020 in die Düngeverordnung eingefügt worden ist und den Landesregierungen im Wege der Subdelegation die Befugnis zur Ausweisung bestimmter gefährdeter Gebiete überträgt, formell rechtmäßig ist.

A) Sounds

1. Die bayerische Verordnung über besondere Anforderungen an die Düngung und Erleichterungen bei der Düngung (Ausführungsverordnung Düngeverordnung - AVDüV) beruht nicht auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage und verstößt deshalb gegen höherrangiges Recht.

2. Die Ermächtigungsgrundlage für die Ausführungsverordnung Düngeverordnung, § 13a I Düngeverordnung (DüV), genügt mangels hinreichender Regelungsdichte nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundrechts auf Eigentum und der Berufsfreiheit. Aus den dort getroffenen Regelungen ergibt sich nicht mit hinreichender Bestimmtheit, welche Gebiete als belastet auszuweisen sind.

3. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausweisung von mit Nitrat belasteten und eutrophierten Gebieten (AVV GeA 2022) ist keine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift. Sie bindet allein Behörden und hat keine Außenwirkung.

4. Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I S. 2 GG kann nur ein Rechtssatz mit Außenwirkung sein.

B) Problemaufriss

Der Aufhänger der Klausur ist ungewöhnlich. Das kommt aber immer wieder in öffentlich-rechtlichen Klausuren vor. Auch das Abdrucken von Rechtsnormen ist nicht völlig atypisch. In solchen Klausuren geht es vor allem darum, die Ruhe zu bewahren und im Wege eines geordneten Aufbaus die regelmäßig gar nicht so schwierigen aufgeworfenen Fragen abzuarbeiten.

C) Lösung

Das gerichtliche Vorgehen des L hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit es begründet ist.

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Es könnten die Sachentscheidungsvoraussetzungen für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO vorliegen.

1. Statthaftigkeit

Der Antrag ist gemäß § 47 I Nr. 2 VwGO zur Überprüfung von sonstigem untergesetzlichem Landesrecht statthaft, sofern das Landesrecht dies bestimmt.

hemmer-Methode: Begonnen werden kann auch mit dem Prüfungspunkt „im Rahmen der Gerichtsbarkeit“. Die Prüfung der Statthaftigkeit als ersten Punkt hat den Vorteil, dass so klargestellt wird, dass es um einen Normenkontrollantrag geht.

Eine solche Bestimmung findet sich für Bayern in Art. 4 S. 1 AGVwGO. Bei der AVDüV handelt es sich zudem um eine untergesetzliche, nicht im förmlichen Gesetzgebungsverfahren erlassene, Landesnorm. Der Normenkontrollantrag ist statthaft.

Anmerkung: *Klageziel des Antrags (terminologisch nicht der Klage) nach § 47 VwGO ist die prinzipiale, d.h. abstrakte Kontrolle der Wirksamkeit untergesetzlicher Rechtsvorschriften.¹ Grundsätzlich ist dies eine Sache der Verfassungsgerichte. Einer Vorlage des § 13a I DüV an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 I GG bedurfte es vorliegend aber nicht, weil sich dessen Verwerfungsmonopol nur auf nachkonstitutionelle Gesetze im formellen Sinn, nicht aber auf Rechtsverordnungen bezieht. Gegenbegriff zur prinzipialen ist die inzidente Normenkontrolle, bei der die Wirksamkeit einer Rechtsvorschrift lediglich Vorfrage ist.*

2. Im Rahmen der Gerichtsbarkeit des BayVGH

Das OVG bzw. in Bayern gemäß § 184 VwGO, Art. 1 S. 1 AGVwGO der BayVGH entscheidet nur im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit, § 47 I HS 1 VwGO. Dies setzt Rechtsvorschriften voraus, aus deren Anwendung öffentlich-rechtliche Streitigkeiten entstehen können, für die der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I S. 1 VwGO gegeben ist. D.h. die sog. „Vollzugsfolgenstreitigkeiten“ müssen unter § 40 I S. 1 VwGO fallen.² Aus der Anwendung der AVDüV entstehen öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, insbesondere ist nicht eine Bußgeldvorschrift der Verordnung Streitgegenstand des Verfahrens, für deren Vollzug die ordentlichen Gerichte zuständig wären (§ 68 OWiG).

¹ Vgl. Schenke/Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 47, Rn. 1.

² Vgl. Schenke/Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 47, Rn. 17 ff.

Anmerkung: Das Erfordernis der Vollzugsfolgenstreitigkeit soll verhindern, dass der BayVGH Gerichte anderer Gerichtszweige für Streitigkeiten präkludiert, für die diese sonst im Streitfall ausschließlich zuständig wären.

3. Antragsberechtigung

L als natürliche Person ist gemäß § 47 II S. 1 Var. 1 VwGO antragsberechtigt.

4. Antragsbefugnis

Anmerkung: Das Verfahren nach § 47 VwGO ist trotz des Erfordernisses einer Antragsbefugnis ein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren, da es keine Entsprechung (Rechtsverletzung) in der Begründetheit des Antrags gibt.³ Behörden müssen nicht antragsbefugt in diesem Sinne sein. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 47 II S. 1 VwGO. Gefordert wird im Rahmen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses ein objektives Kontrollinteresse.⁴

Es erscheint auch möglich, dass der Antragsteller L durch die angegriffenen Regelungen der AVDüV in seinem Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 I GG oder jedenfalls in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG verletzt wird. Er bewirtschaftet landwirtschaftliche Flächen im Bereich des entsprechenden Grundwasserkörpers, die in der AVDüV als mit Nitrat belastete Gebiete ausgewiesen werden und damit strengerer Düngebeschränkungen unterliegen. L ist nach § 47 II S. 1 VwGO antragsbefugt.

5. Antragsfrist

Von der Einhaltung der einjährigen Antragsfrist nach Bekanntmachung der AVDüV ist mangels gegenteiliger Angaben auszugehen, § 47 II S. 1 VwGO.

Anmerkung: Nach § 67 IV VwGO besteht bei der Antragstellung Anwaltszwang.

Zwischenergebnis: Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für einen Normenkontrollantrag liegen vor.

II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist und die zu überprüfende Rechtsvorschrift ungültig und damit unwirksam ist, § 47 V S. 2 VwGO.

Anmerkung: Der Prüfungsmaßstab ergibt sich aus dem landesverfassungsrechtlichen Vorbehalt des § 47 III VwGO. Dieser kann sowohl in der Zulässigkeit – insbesondere, wenn nur Landesverfassungsrecht gerügt wird – als auch erst in der Begründetheit angesprochen werden.⁵

1. Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist vorliegend der Freistaat Bayern, da dieser die AVDüV erlassen hat, § 47 II S. 2 VwGO.

2. Wirksamkeit des § 1 AVDüV

Die Rechtsvorschrift müsste, um wirksam zu sein, auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhen und sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sein.

a) Ermächtigungsgrundlage des § 1 AVDüV

Anmerkung: In diesem Zusammenhang spricht man von einer Ermächtigungs- und nicht - wie beispielsweise bei Verwaltungsakten - von einer Rechtsgrundlage.

Eine solche Ermächtigungsgrundlage könnte die bundesrechtliche Regelung des § 13a I DüV darstellen. Danach haben die Landesregierungen zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung u.a. durch Nitrat durch Rechtsverordnung mit Nitrat belastete und eutrophierte Gebiete auszuweisen. § 1 AVDüV setzt die bundesrechtliche Verpflichtung der Landesregierungen aus § 13a I und III DüV zur Ausweisung von mit Nitrat belasteten Gebieten von Grundwasserkörpern sowie zur Vorschreibung zusätzlicher Anforderungen zum Gewässerschutz um.

Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass diese Ermächtigung ihrerseits rechtmäßig ist. Auch § 13a I DüV muss daher auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhen und formell und materiell rechtmäßig sein.

³ Vgl. Schenke/Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 47, Rn. 3.

⁴ Vgl. Schenke/Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 47, Rn. 94.

⁵ Hierzu vgl. Schenke/Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 47, Rn. 95 ff.

Anmerkung: Das Erfordernis einer rechtmäßigen Ermächtigungs- bzw. auch Rechtsgrundlage fließt aus dem in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip, das auch im sog. Vorbehalt des Gesetzes seinen Ausdruck findet.

aa) Ermächtigungsgrundlage des § 13a I DüV

§ 13a I und III DüV müsste auf einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen. Die Norm stützt sich auf die gesetzliche Ermächtigung des §§ 3 IV S. 1, 2 Nr. 3, V, 15 V DüngG.

Anmerkung: Vgl. den Gesetzeswortlaut des § 13a DüV oben im Sachverhalt. Es geht hier also um die Ermächtigungsgrundlage der Ermächtigungsgrundlage.

Diese Normen ermächtigen das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft unter anderem zum Erlass von Vorschriften zum Schutz der Gewässer vor Verunreinigung, insbesondere durch Nitrat, und in diesem Zusammenhang zu einer Reihe von gesondert aufgeführten möglichen Beschränkungen, sowie zur Übertragung der jeweiligen Ermächtigung ganz oder teilweise auf die Landesregierungen (sog. Subdelegation).

Anmerkung: Das damalige Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft ist das heutige Bundesministerium für Landwirtschaft, Ernährung und Heimat.

Die gesetzlichen Regelungen des DüngG als Rechtsgrundlage für die nitratbezogenen Bestimmungen enthalten Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums i.S.v. Art. 14 I S. 2 GG und Berufsausübungsregelungen für die Landwirte gemäß Art. 12 I GG, die mit dem Gewässerschutz einem wichtigen Gemeinwohlinteresse dienen und einer verhältnismäßigen Ausgestaltung ohne Weiteres zugänglich sind. Inhalt, Zweck und Ausmaß der dem Bundesverordnungsgeber erteilten Verordnungsermächtigung ließen sich den abstrakten gesetzlichen Regelungen in auf dieser Ebene (noch) hinreichend bestimmter Weise entnehmen (Art. 80 I S. 2 GG). Der Umstand, dass flächen- oder betriebsbezogene Obergrenzen für das Aufbringen von Nährstoffen aus Düngemitteln bestimmt werden dürfen, umfasst der Sache nach auch eine Bestimmung von besonders gefährdeten Flächen, in denen diese und weitere Beschränkungen gelten. Eine weitergehende detaillierte Regelung der Verfahrensweise bei der Bestimmung derartiger Flächen musste nicht bereits auf der Ebene des formellen Gesetzes getroffen werden.

Soweit Inhalt und Schranken des Eigentums nach Art. 14 I S. 2 GG durch die Gesetze bestimmt werden, handelt es sich nicht um einen zwingenden Parlaments-, sondern um einen Rechtssatzvorbehalt, der auch Rechtsverordnungen umfasst. Beschränkungen von Inhalt und Gebrauch des Eigentums müssen daher nur in den wesentlichen Grundzügen, aber nicht in jedem Detail durch Parlamentsgesetz geregelt werden.

Gleiches gilt für Berufsausübungsregelungen, die auch aufgrund eines Gesetzes getroffen werden können (Art. 12 I S. 2 GG). Bei der Regelung stark technisch geprägter Sachverhalte darf sich der Gesetzgeber zudem im Grundsatz darauf beschränken, hinreichend genaue Zielvorgaben zu machen. Er muss lediglich diejenigen Regelungen erlassen, aus denen ein bestimmt umrissenes Handlungsprogramm für die Exekutive abgeleitet werden kann und die die erforderlichen Abwägungsentscheidungen hinsichtlich konkurrierender Rechtspositionen enthalten. Die fachlich-technischen, die Zielvorgaben nachvollziehenden Konkretisierungen kann er demgegenüber dem Ordnungsgeber und je nach Bedeutung auch den Vollzugsbehörden überlassen.

Diesen Anforderungen genügen die gesetzlichen Vorgaben des Dünggesetzes noch. Der Gesetzgeber musste nicht selbst über die Vorgehensweise bei der Bestimmung besonders belasteter Gebiete entscheiden. Er durfte vielmehr davon ausgehen, dass der Ordnungsgeber eher in der Lage ist, die Anforderungen auf dem aktuellen Stand zu halten und damit den berührten grundrechtlichen Interessen Rechnung zu tragen. § 13a DüV beruht auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit des § 13a I DüV

Nach dem Bearbeitungsvermerk ist die formelle Rechtmäßigkeit von § 13a I DüV zu unterstellen.

Anmerkung: Es bedurfte nach Art. 80 II GG, § 3 IV S. 1 DüngG der Zustimmung des Bundesrats. Anzusprechen wäre hier auch das Zitiergebot des Art. 80 I S. 3 GG. Dieses Zitiergebot gilt auch im Fall der Subdelegation nach Art. 80 I S. 4 GG. Die subdelegierende Verordnung muss in diesem Fall sowohl die gesetzliche Verordnungsermächtigung als auch die gesetzliche Ermächtigung zur Subdelegation nennen. Die Übertragung der Ordnungsbefugnis auf die Landesregierungen (Subdelegation) durch § 13a DüV genügt hier dem Zitiergebot.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit des § 13a I DüV

Problematisch ist, ob § 13a I DüV auch materiell rechtmäßig ist. Die Norm könnte insbesondere gegen Art. 14 I GG und Art. 12 I GG verstoßen und damit verfassungswidrig sein.

(1) Notwendigkeit eines Rechtssatzes mit Außenwirkung als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I S. 2 GG

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I S. 1 GG schützt nach ihrem Schutzbereich die Herrschafts- und Nutzungsbefugnis, das Recht des „Habens“ und „Gebrauchmachens“ an einem konkreten, von der Eigentumsgarantie umfassten Gegenstand. Es wird das Recht gewährleistet, eine eigentumsfähige Position zu besitzen, zu nutzen, zu verwalten, zu verbrauchen oder darüber zu verfügen.⁶ Der Schutzbereich des Eigentumsrechts ist vorliegend eröffnet.

Es müsste eine eigentumsrelevante Maßnahme vorliegen (d.h. ein „Eingriff“). Dabei ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I S. 2, II GG von einer Enteignung abzugrenzen. Hier handelt es sich ersichtlich nicht um den zielgerichteten Entzug einer konkreten Eigentumsposition zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern um die abstrakt-generelle Regelung der Nutzungsmöglichkeiten der betroffenen Grundstücke für die Zukunft.⁷ Die Ausweisung von Flächen, auf denen besondere Düngebeschränkungen gelten, sind mithin als Inhalts- und Schrankenbestimmung einzuordnen.

Die Regelungen über die Gebietsausweisung müssen jedoch auch den inhaltlichen Anforderungen an eine rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung genügen.

Nach Art. 14 I S. 2 GG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetz bestimmt. Die Eigentumsgarantie ist in besonderem Maße auf gesetzliche Ausgestaltung angewiesen und auch der verfassungsrechtliche Schutz hängt von der einfachrechtlichen Ausgestaltung ab. Da Art. 14 I S. 2 GG keinen Parlamentsvorbehalt begründet, können Inhalts- und Schrankenbestimmungen nicht nur durch Gesetze im formellen Sinne, sondern auch durch Gesetze im materiellen Sinne getroffen werden. Hierzu zählt jeder gültige Rechtssatz, namentlich Rechtsverordnungen sowie satzungs- oder gewohnheitsrechtliche Regelungen, nicht aber eine Verwaltungsvorschrift, deren Verbindlichkeit sich regelmäßig auf den Binnenbereich der Verwaltung beschränkt.

Etwas anderes folgt hier auch nicht aus dem Bedürfnis, schnell und flexibel auf weitere wissenschaftlich-technische Entwicklungen reagieren zu können. Denn dies ist auch mit der Handlungsform der Rechtsverordnung möglich. Gerade dann, wenn es zum Vollzug einer für die Verwirklichung der Grundrechte (hier der Eigentums- und Berufsfreiheit) wesentlichen Norm weiterer Bestimmungen bedarf, die über eine bloße Auslegung derselben hinausgehen, müssen diese Bestimmungen in Rechtssätzen des Außenrechts festgelegt werden. Nur auf Rechtsnor-

men in diesem Sinne können sich die Grundrechtsbetroffenen unmittelbar berufen und damit effektiven Rechtsschutz erlangen.

Anmerkung: Aus diesen Gründen entbindet auch die Verpflichtung der Bundesregierung zur Umsetzung der Nitratrichtlinie und der unionsrechtlich bedingte Zeitdruck, der bei der Änderung der Düngeverordnung zuletzt bestanden hat, nicht von der Einhaltung der grundrechtlichen Anforderungen an die notwendige Regelungsdichte in Rechtssätzen des Außenrechts.

Diesen Anforderungen ist vorliegend nicht genügt. Zwar besteht mit der streitgegenständlichen bayerischen Ausführungsverordnung zur Düngeverordnung eine Rechtsnorm, die mit Nitrat belastete Gebiete ausweist und damit – in Verbindung mit den in § 13a II und III DüV vorgesehenen Rechtsfolgen – Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt. Daraus ergibt sich aber lediglich ein Ergebnis, ohne dass die – dieses maßgeblich beeinflussenden – Kriterien und Vorgehensweisen bei dessen Ermittlung normativ hinreichend geregelt sind. Einer solchen Regelung in Rechtssätzen des Außenrechts bedarf es jedenfalls hinsichtlich der grundlegenden Vorgaben für die Gebietsausweisung, die für die räumliche Lage und den Umfang der auszuweisenden Gebiete – und damit für das „Ob“ und das Ausmaß des Grundrechtseingriffs bei den betroffenen Landwirten – von maßgeblicher Bedeutung sind. Dazu gehören insbesondere die wesentlichen Vorgaben zu dem heranzuziehenden Ausweisungsmessnetz und der Messstellendichte und die Art des für die Abgrenzung von unbelasteten und belasteten Gebieten anzuwendenden Regionalisierungsverfahrens, jeweils einschließlich etwa erforderlicher Übergangsvorschriften, sowie die Frage, ob und in welchem Maße (auch unbelastete) Flächen im Randbereich einbezogen werden.

§ 13a I DüV enthält hierzu selbst keine hinreichenden Vorgaben. Aus der Regelung ergibt sich nicht mit hinreichender Bestimmtheit, welche Gebiete als belastet auszuweisen sind und infolgedessen verschärften Düngebeschränkungen unterliegen. Von entscheidender Bedeutung für den Umfang der auszuweisenden Gebiete ist die Binnendifferenzierung, bei der innerhalb der Grundwasserkörper, in denen (Teil-)Gebiete auszuweisen sind, belastete von unbelasteten Gebieten abgegrenzt werden. Eine solche ist in der Norm nicht durchweg vorgesehen.

⁶ Vgl. die Vorinstanz: VGH München, Urteil v. 22.02.2024 – 13a N 21.3145, Rn. 49 = [jurisbyhemmer](#).

⁷ Vgl. die Vorinstanz: VGH München, Urteil v. 22.02.2024 – 13a N 21.3145, Rn. 49 = [jurisbyhemmer](#).

(2) Allgemeine Verwaltungsvorschriften haben grundsätzlich keine Außenwirkung

An dem beschriebenen Regelungsdefizit ändert nichts, dass § 13a I S. 2 DüV zur Vereinheitlichung der Vorgehensweise bei der Ausweisung der Gebiete nach Satz 1 Nummer 1 bis 4 auf eine auf der Grundlage von Art. 84 GG zu erlassende allgemeine Verwaltungsvorschrift verweist und die Bundesregierung eine solche in Gestalt der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Ausweisung von mit Nitrat belasteten und eutrophierten Gebieten (AVV GeA) erlassen hat. In dieser Verwaltungsvorschrift wird die Methodik der Ausweisung der mit Nitrat belasteten Gebiete sowie der eutrophierten Gebiete festgelegt. Sie ist aber mangels Außenwirkung keine Rechtsnorm.

Verwaltungsvorschriften sind grundsätzlich keine für Dritte verbindlichen Normen, sondern binden nur die Exekutive. Sie sind deshalb Gegenstand und nicht Maßstab richterlicher Kontrolle. Die Gerichte sind bei ihrer Kontrolltätigkeit gegenüber der Verwaltung an Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht gebunden. Sie dürfen ihren Entscheidungen vielmehr nur materielles Recht, zu dem Verwaltungsvorschriften nicht gehören, zugrunde legen und sind lediglich befugt, sich einer Gesetzesauslegung, die in einer Verwaltungsvorschrift vertreten wird, aus eigener Überzeugung anzuschließen.

Nur ausnahmsweise wird Verwaltungsvorschriften eine normkonkretisierende Wirkung zugebilligt mit der Folge, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen auch für Gerichte verbindlich und dann wie Normen auszulegen sind. Diese vor allem auf das Umwelt- und Technikrecht bezogene Ausnahme setzt voraus, dass die Verwaltungsvorschrift der Ausfüllung eines der Verwaltung eingeräumten Beurteilungsspielraums dient, dass die Exekutive bei ihrem Erlass höherrangigen Geboten und dem für deren Konkretisierung wesentlichen Erkenntnis- und Erfahrungsstand Rechnung getragen hat bzw. dass die vom Gesetz getroffenen Wertungen beachtet werden. Auch darf die Verwaltungsvorschrift nicht durch Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt sein. Schließlich kann einer Verwaltungsvorschrift nur dann ausnahmsweise normkonkretisierende Wirkung zukommen, wenn dem Erlass ein umfangreiches Beteiligungsverfahren vorangeht, dessen Zweck es ist, vorhandene Erfahrungen und den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis auszuschöpfen. Nur dann verkörpert sie in hohem Maße wissenschaftlich-technischen Sachverstand.

Anmerkung: Als normkonkretisierende und damit auch für die Gerichte grundsätzlich bindende Verwaltungsvorschriften sind im Bereich des Immissionsschutzrechts die Technischen Anleitungen zur Reinhaltung der Luft und zum Schutz gegen Lärm (TA Luft bzw. Lärm) zu nennen.

Nach diesen Maßstäben kommt der AVV Gebietsausweisung eine normkonkretisierende Wirkung nicht zu. Auf § 13a I S. 2 DüV kann insoweit nicht abgestellt werden, da sich die Exekutive nicht selbst einen Beurteilungsspielraum einräumen kann. Auch ein Verweis auf den Stand von Wissenschaft und Technik, der einen Beurteilungsspielraum der Exekutive indizieren könnte, ist im Normprogramm des Düngegesetzes nicht enthalten, soweit diesem eine (im Wege der Subdelegation weiter übertragbare) Ermächtigung des Bundesverordnungsgebers zur Ausweisung von besonders belasteten Gebieten, in denen dann strengere Düngebeschränkungen gelten, sinngemäß (noch) entnommen werden kann.

Zwischenergebnis: Wesentliche grundrechtsrelevante Vorgaben für die den Ländern übertragene Bestimmung der belasteten Gebiete werden nicht durch eine Rechtsnorm (des Außenrechts) geregelt. § 13a I DüV ist mithin materiell verfassungswidrig.

Anmerkung: Keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen aber gegen die mit der Ausweisung verbundenen zusätzlichen Düngebeschränkungen.⁸

Damit fehlt es auch an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage für § 1 AVDüV. § 1 AVDüV ist aus diesem Grund seinerseits rechtswidrig und unwirksam. Der Antrag ist begründet.

Anmerkung: Die Unwirksamkeitserklärung nach § 47 V S. 2 HS 2 VwGO hat allgemeinverbindliche Wirkung. Dagegen beschränkt sich die Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen inzidenten Normenkontrolle auf die Parteien, § 121 VwGO. Dies hat hier weitreichende Folgen. Denn es ist nicht nur die bayerische AVDüV ungültig, sondern es fehlt auch den Ausführungsverordnungen der anderen Bundesländer an einer Ermächtigungsgrundlage. Die in verfassungsrechtlichen Verfahren bestehende Möglichkeit, eine Norm nur mit der Rechtsordnung für unvereinbar zu erklären, besteht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht.⁹

⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 24.10.2025, 10 CN 3.25, Rn. 42 ff. = jurisbyhemmer.

⁹ Vgl. Schemmer, in: jurisPR-BVerwG 9/2026, Anm. 4.

D) Kommentar

(bb). Die zugrunde liegende Entscheidung zeigt anschaulich auf, welche Tragweite es haben kann, wenn allgemeine verfassungsrechtliche Vorgaben nicht beachtet werden. Rechtssätze, die grundrechtsrelevant sind, müssen eine notwendige Regelungsdichte aufweisen. Dabei muss es sich um sog. Außenrecht handeln, also um Rechtssätze mit Außenwirkung. Verwaltungsvorschriften zählen grundsätzlich nicht dazu, diese binden nur die Exekutive. Würde man die nähere Ausgestaltung kraft Verwaltungsvorschrift genügen lassen, droht aus Sicht des Bürgers eine Rechtsschutzlücke zu entstehen. Die Entscheidung des BVerwG vermag daher zu überzeugen.

E) Wiederholungsfragen

- Welche inhaltliche Anforderung ist an eine rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung zu stellen?

Nach Art. 14 I S. 2 GG werden Inhalt und Schranken durch die Gesetze bestimmt. Da die Norm keinen Parlamentsvorbehalt enthält, können Inhalts- und Schrankenbestimmungen nicht nur durch Gesetze im formellen Sinne, sondern auch durch Gesetze im materiellen Sinne getroffen werden. Hierzu zählen insbesondere auch Verordnungen. Als Gesetze in diesem Sinne sind aber Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht zu fassen.

- Kommt Verwaltungsvorschriften Außenwirkung zu?

Nein, grundsätzlich binden allgemeine Verwaltungsvorschriften als Binnenrecht allein die Behörden. Nur ausnahmsweise kann Verwaltungsvorschriften als normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften Außenwirkung gegenüber dem Bürger zukommen. Anerkannt sind hier die TA Luft und TA Lärm.

F) Zur Vertiefung

Zum verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren

- Hemmer/Wüst/Christensen/Grieger, Verwaltungsrecht II, Rn. 350 ff.



auch als eBook erhältlich



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“:
www.hemmer.de

Von RA Dr. Bernd Berberich und Georg Binzenhöfer

Staatliche Neutralität im Verfassungsstaat

+++ Staatliche Neutralitätspflicht +++ Religiös-weltanschauliche Neutralität, Art. 4 GG, Art. 140 GG/Art. 137 WRV +++ Parteipolitische Neutralität, Art. 20, 21 GG +++ Chancengleichheit der Parteien +++ Öffentliche Äußerungen staatlicher Amtsträger +++ Abgrenzung amtliche/private Äußerung +++ Religiöse Symbole in staatlichen Einrichtungen +++ Staatliches Informationshandeln +++

A) Einführung

In einem demokratischen Rechtsstaat gehört es zu den im Grundsatz nicht erklärungsbedürftigen Selbstverständlichkeiten, dass der Staat in gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen oder religiös-weltanschaulichen Fragen nicht Partei für bestimmte Personen oder Personengruppen ergreift. Seitdem der Staat sich von absolutistischen und feudalen Grundsätzen, die der Durchsetzung partikularer Interessen kleiner Gruppen diene, abgekehrt hat und sich dem egalitären, demokratischen Gedanken zugewendet hat, dass jedem Staatsbürger gleiche Rechte und gleiche Pflichten zustehen, wird der demokratische Staat als verpflichtet angesehen, sich neutral gegenüber seinen Staatsbürgern zu verhalten. Anstatt durch seine Organe selbst Meinungen, Anschauungen oder politische Überzeugungen zu bilden und zu verbreiten, hat sich nach dem Leitbild des freiheitlichen Staatswesens der Staat darauf zu beschränken, die Meinungsbildung, den Austausch über politische Ideen und das ungehinderte Ausleben religiöser Überzeugungen zu gewährleisten. Dafür hat der Staat den Rahmen zu schaffen und zu schützen; die Ausfüllung des Rahmens bleibt den freien Bürgern vorbehalten. Der Staat selbst hat sich inhaltlicher Äußerungen im Grundsatz zu enthalten.

Diesen Grundsätzen hat sich auch das deutsche Grundgesetz verpflichtet. Es gewährleistet als Aufanggrundrecht die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) und schützt damit jedes Verhalten, das nicht durch speziellere Grundrechte erfasst wird. Die Handlungsfreiheit unterliegt nur den Schranken der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes (Art. 2 I GG) und ist nur unter Erfüllung besonderer Anforderungen einschränkbar. Konkreter sind unter dem Grundgesetz die freie Ausübung von Religionen und Weltanschauungen (Art. 4 I GG), die freie Äußerung (politischer) Meinungen (Art. 5 I GG) sowie der Zusammenschluss von Personengruppen

zur Geltendmachung politischer Forderungen (Art. 8 I, 21 I GG) garantiert. Im Zusammenspiel mit weiteren Grundrechten, die der Bürger mittels der Verfassungsbeschwerde durchsetzen kann, bilden diese Garantien den verfassungsrechtlichen Rahmen, innerhalb dessen der freie Austausch von Ideen und politischen Überzeugungen stattfindet. Die Gewährleistungen blieben aber unvollständig, wenn mit ihnen nicht ein an den Staat gerichtetes Gebot korrespondierte, das den Staat zum neutralen Verhalten gegenüber seinen Rechtsunterworfenen verpflichtete.

Während über diese Grundlagen im Wesentlichen Einigkeit besteht, sind die Anforderungen im Einzelnen in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Das gilt namentlich für öffentliche Äußerungen staatlicher Amtsträger, für das staatliche Informationshandeln sowie für die Präsenz religiöser Symbole in staatlichen Einrichtungen. Der vorliegende Beitrag erschließt dieses Spektrum systematisch: Im Allgemeinen Teil werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Funktionen des Neutralitätsgebots herausgearbeitet (B.). Der Besondere Teil widmet sich sodann den praxisrelevanten Problemkreisen anhand der jüngeren Judikatur (C.) — Konstellationen, die für schriftliche und mündliche Prüfungen gleichermaßen geeignet sind.

B) Allgemeiner Teil: Grundzüge des staatlichen Neutralitätsgebotes

I. Grundlagen

Das staatliche Neutralitätsgebot entbehrt einer ausdrücklichen positivrechtlichen Normierung im Grundgesetz.¹ Eine eigenständige Kodifikation fehlt; weder als allgemeiner Grundsatz noch als explizite Verpflichtungsformel findet es sich im Verfassungstext.

¹ Vgl. Schwarz, JA 2025, 793 (795).

Gleichwohl leiten Rechtsprechung und Literatur übereinstimmend eine staatliche Neutralitätspflicht aus dem Grundgesetz ab — und zwar aus dem Zusammenspiel mehrerer Einzelbestimmungen, wobei die maßgeblichen Normen je nach Sachbereich variieren.

Für die religiös-weltanschauliche Neutralität sind vor allem Art. 4 I, II GG sowie die über Art. 140 GG inkorporierten Normen der Weimarer Reichsverfassung einschlägig. Aus Art. 137 I WRV folgt das Verbot der Staatskirche; Art. 136 I WRV garantiert die staatsbürgerliche Gleichheit unabhängig vom religiösen Bekenntnis. Das BVerfG leitet aus Art. 4 GG unmittelbar die Pflicht ab, allen Religionen und Weltanschauungen gegenüber eine offene und übergreifende Haltung einzunehmen und eine Identifikation des Staates mit bestimmten Glaubensinhalten zu unterlassen.² Ergänzend tritt Art. 3 III GG hinzu, der Benachteiligungen wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauung verbietet.

Die (partei-)politische Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger hat eine andere Grundlage. Sie wird aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 I, II GG) und dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 I GG i.V.m. Art. 3 I GG) abgeleitet.³ Für die Fallbearbeitung ist diese Differenzierung wichtig: Die jeweils einschlägige Verfassungsnorm bestimmt den Prüfungsmaßstab und den Gewährleistungsgehalt, der sich je nach Norm unterscheidet.

II. Gewährleistungen

Auch bezüglich des Gewährleistungsgehaltes ist damit zwischen der religiös-weltanschaulichen und der politischen Neutralitätspflicht zu differenzieren:

Die religiös-weltanschauliche Neutralität soll gewährleisten, dass der Staat sich nicht mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung identifiziert.⁴ Verlangt ist eine „offene und übergreifende“ Haltung, die alle Bekenntnisse gleich achtet; verboten sind die Privilegierung einzelner Religionsgemeinschaften wie die Ausgrenzung Andersgläubiger, unabhängig von deren zahlenmäßiger Stärke.⁵ Das Grundgesetz fordert dabei aber keine laizistische Trennung, etwa nach französischem Vorbild:

Der Staat darf an die religiös-kulturelle Überlieferung anknüpfen, solange dies nicht in eine inhaltliche Identifikation umschlägt. Man spricht insoweit von einer sog. „hinkenden Trennung“.⁶

Zugleich schützt die Neutralitätspflicht auch die negative Religionsfreiheit: Schafft der Staat eine Lage, in der der Bürger einem Glauben ohne Ausweichmöglichkeit ausgesetzt ist, kann darin ein Eingriff in Art. 4 I GG liegen.⁷

Kerngehalt der politischen Neutralität ist das Verbot, die amtliche Autorität und staatliche Ressourcen zugunsten oder zulasten einer Partei einzusetzen (Ressourcennutzungsverbot).⁸ Geschützt werden die Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 I GG) und die Offenheit des Willensbildungsprozesses, der vom Volk zu den Organen verläuft, nicht umgekehrt.

Anders als bei der religiösen Neutralität bedeutet dies kein Schweigegebot. Der Amtsträger bleibt zugleich Parteipolitiker; entscheidend ist daher stets, ob er in amtlicher Funktion handelt — nur dann greift die Neutralitätspflicht. Ein wichtiges Indiz für den amtlichen Charakter einer Äußerung ist der Rückgriff auf Mittel, die gerade das Amt zur Verfügung stellt: etwa die Veröffentlichung auf der offiziellen Internetseite des Ministeriums oder der Kommune, die Verbreitung über den behördlichen Pressesprecher oder die Nutzung amtlicher Social-Media-Kanäle.⁹ Wer dagegen über einen privaten Account oder auf einer Parteiveranstaltung spricht, äußert sich regelmäßig als Parteipolitiker.

Anmerkung: Ob die strengere parteibezogene Neutralitätsbindung auch gegenüber politischen Vereinigungen ohne Parteistatus gilt, ist umstritten. Die Rspr. lehnt eine Erstreckung des aus Art. 21 I S. 1 GG folgenden Neutralitätsgebots auf solche Gruppierungen ab und unterwirft deren Behandlung allein dem für jedes Staatshandeln geltenden Sachlichkeitsgebot; offengelassen ist, ob für Vereinigungen im Vorfeld einer Parteigründung anderes gilt. Eine gewichtige Gegenansicht will auch sie am Neutralitätsmaßstab messen.

² St. Rspr.; vgl. BVerfGE 19, 206 (216) = [jurisbyhemmer](#); BVerfGE 93, 1 (15 f.) = [jurisbyhemmer](#); BVerfGE 108, 282 (297 ff.) = [jurisbyhemmer](#); BVerfGE 138, 296 (338 f.) = [jurisbyhemmer](#).

³ Vgl. etwa BVerfGE 44, 125 (139 ff.) = [jurisbyhemmer](#); BVerfGE 148, 11 (24) = [jurisbyhemmer](#).

⁴ Vgl. dazu Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 218 ff.; Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 29 ff.

⁵ Vgl. BVerfGE 93, 1 (16 f.) = [jurisbyhemmer](#).

⁶ Vgl. Morlok, in: Dreier, GG, Art. 140, Rn. 25 ff.

⁷ Vgl. BayVGh, Urteil vom 08.07.2025 – 7 BV 21.336 = [Life&LAW 10/2025, 686 ff.](#) = [jurisbyhemmer](#).

⁸ Vgl. BVerfGE 162, 207 (229 f., insb. 232) = [jurisbyhemmer](#).

⁹ Vgl. Spitzlei, JuS 2018, 856 (857 f.) mit zahlreichen Beispielen aus der Rspr.

III. Funktionen

Die Neutralitätspflicht ist kein Selbstzweck, sondern erfüllt vielmehr mehrere Funktionen, die zugleich erklären, warum der freiheitliche Verfassungsstaat auf sie angewiesen ist.

In erster Linie dient die Neutralitätspflicht der Sicherung individueller Freiheit. Wer seinen Glauben — oder seinen Nichtglauben — frei ausüben soll, ist auf einen Staat angewiesen, der sich religiöser Parteinahme enthält. Die Neutralitätspflicht ist insoweit die notwendige Kehrseite der Religionsfreiheit, besonders in ihrer negativen Ausprägung (Art. 4 I GG).¹⁰ Entsprechendes gilt für den politischen Bereich: Der Bürger soll seine politische Überzeugung bilden können, ohne dass der mit Autorität und Ressourcen ausgestattete Staat einseitig zu seinen Gunsten oder Lasten eingreift.

Im parteipolitischen Bereich tritt eine spezifisch demokratische Funktion hinzu. Die Willensbildung hat sich im demokratischen Verfassungsstaat vom Volk zu den Staatsorganen hin zu vollziehen, nicht umgekehrt. Setzte der Staat seine Mittel im Parteienwettbewerb einseitig ein, kehrte er diese Richtung um und beeinflusste gerade jenen Prozess, aus dem er seine eigene Legitimation bezieht. Die Neutralitätspflicht schützt daher die Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 I GG) und damit die Offenheit und Egalität des politischen Wettbewerbs.¹¹

Mit beiden Funktionen sichert die Neutralität die Akzeptanz staatlichen Handelns. Nur ein Staat, der nicht als Anwalt einer bestimmten Weltanschauung oder Partei auftritt, kann von allen Bürgern als Ausdruck gemeinsamer Selbstgesetzgebung anerkannt werden. Insoweit ist die Neutralität Bedingung der Möglichkeit dafür, dass auch die jeweils unterlegene Minderheit staatliche Entscheidungen als legitim hinnimmt.¹²

Anmerkung: Zu einfachgesetzlichen Regelungen, vgl. *Suslin/Brockmann, NVwZ 2024, 882*.

C) Besonderer Teil: Problemkreise des Neutralitätsgebotes

Die Gewährleistungen des staatlichen Neutralitätsgebotes wurden von der Rechtsprechung in zahlreichen Fällen entwickelt und auf die Funktionen hin konkretisiert. Im Folgenden werden einige besonders (klausur-)relevante Problemkreise genauer beleuchtet.

I. Öffentliches Äußerungsrecht von Politikern

Staatliche Funktionsträger bewegen sich bei öffentlichen Äußerungen in einem Spannungsfeld: Einerseits steht ihnen — jedenfalls außerhalb des Amtes — die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 GG zu, andererseits bindet sie das Gebot staatlicher Neutralität. Dieses Recht versteht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung als formales Recht: Da der Gleichheitssatz im Bereich der politischen Willensbildung formalen Charakter hat, hat auch der Grundsatz der Chancengleichheit in gleichem Sinne formal verstanden zu werden. Folglich bedarf grundsätzlich jeder Eingriff in die chancengleiche Teilhabe einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch einen besonderen, zwingenden Grund.¹³

Aus diesem Befund hat die Rechtsprechung — ergänzt durch die einfachgesetzlichen Vorgaben für Beamte (§ 60 I, II BBG; § 33 I, II BeamStG) — einen Maßstab entwickelt, der sich auf vier ineinandergreifende Anforderungen verdichten lässt.¹⁴

Neutralitätsgebot (i.e.S.): Die chancengleiche Beteiligung am Willensbildungsprozess verlangt, dass Staatsorgane im Parteienwettbewerb Neutralität wahren. Verletzt wird dieses Gebot regelmäßig, wenn Staatsorgane als solche zugunsten oder zulasten einer Partei auf den Wettbewerb einwirken. Maßgeblich ist dabei nicht nur der Wahlkampf: Da die politische Willensbildung ein permanenter Prozess ist, gilt das Neutralitätsgebot auch außerhalb von Wahlkampfzeiten.¹⁵ Zentrale Weichenstellung ist die Frage, ob eine Äußerung in amtlicher Funktion oder als bloße Teilnahme am allgemeinen politischen Meinungskampf erfolgt — nur erstere unterliegt der Neutralitätsbindung.

¹⁰ Zur freiheitssichernden Funktion Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 29 ff.

¹¹ BVerfGE 148, 11 (24 f.) = [jurisbyhemmer](#); BVerfGE 162, 207 (229 f.) = [jurisbyhemmer](#).

¹² Zum Zusammenhang von Neutralität und demokratischer Legitimation auch Spitzlei, JuS 2018, 856 (857 f.).

¹³ Vgl. etwa BVerfGE 162, 207, Rn. 92 f. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ Vgl. dazu näher Schwarz, JA 2025, 796 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 162, 207, dort Rn. 74 = [jurisbyhemmer](#).

Sachlichkeitsgebot: Es betrifft – anders als das Neutralitätsgebot – nicht die Eingriffsrelevanz einer Äußerung, sondern entfaltet seine Bedeutung erst auf der Rechtfertigungsebene, also bei der Frage, ob eine die Chancengleichheit berührende Äußerung im Rahmen der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit zulässig ist.¹⁶ Werturteile dürfen danach nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen.

Richtigkeit: Insbesondere im beamtenrechtlichen Kontext gilt, dass Tatsachenbehauptungen zutreffend sein müssen; beweisbar unwahre Tatsachenbehauptungen sind dem Funktionsträger versagt.¹⁷

Verhältnismäßigkeit: Rechtfertigende Gründe für einen Eingriff in die Chancengleichheit müssen verfassungsrechtlich legitimiert sein; jedenfalls den Geboten der Geeignetheit und Erforderlichkeit ist Rechnung zu tragen.¹⁸

Anmerkung: Diese vier Anforderungen sind keine gleichrangig nebeneinanderstehenden Tatbestandsmerkmale, sondern verteilen sich auf verschiedene Prüfungsebenen. Neutralität und Richtigkeit/Sachlichkeit sind bereits bei der Frage relevant, ob ein Eingriff bzw. eine unzulässige Einwirkung vorliegt; Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit sind vor allem auf der Rechtfertigungsebene zu diskutieren. Beachten Sie in der Klausur also die unterschiedlichen Prüfungsebenen.

Entscheidend ist, dass der Maßstab nicht für alle Funktionsträger identisch ist, sondern er variiert mit deren verfassungsrechtlicher Stellung und ihrer Nähe zum Parteienwettbewerb. Es bietet sich an, von einem gestaffelten Maßstab zu sprechen. Das Verfassungsgericht hat das anhand mehrerer Urteile herausgearbeitet:

1. Bundespräsident

Sachverhalt:¹⁹ Bundespräsident B nahm im August 2013 – wenige Wochen vor der Bundestagswahl – an einer Gesprächsrunde vor mehreren hundert Berufsschülern teil. Auf Fragen zur NPD bezeichnete er rechtsradikale Überzeugungsträger als „Spinner“, „Ideologen“ und „Fanatiker“ und rief dazu auf, man brauche „Bürger, die auf die Straße gehen und den Spinnern ihre Grenzen aufweisen“.

Die NPD sah sich durch diese Äußerung in ihrem Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 I S. 1, 38 I S. 1 GG verletzt und beantragte im Organstreitverfahren die Feststellung eines Verstoßes gegen die parteipolitische Neutralitätspflicht.

Lösung des BVerfG: Der Antrag blieb erfolglos. Tragend ist die Sonderstellung des Amtes. Anders als die Regierung steht der Bundespräsident mit den Parteien nicht in direktem Wettbewerb um politischen Einfluss; ihm fehlen zudem die Mittel einer „aufgreifenden Informationspolitik“, mit der er den Wettbewerb verzerren könnte. Seine Repräsentations- und Integrationsaufgabe ermächtigt und verpflichtet ihn sogar, im Interesse des Gemeinwesens auf Missstände und Fehlentwicklungen hinzuweisen und dabei auch die von ihm ausgemachten Verursacher zu benennen.

Aus dieser Sonderstellung folgt eine reduzierte Kontrolldichte: Äußerungen sind gerichtlich nur darauf überprüfbar, ob der Bundespräsident unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsaufgabe willkürlich Partei ergriffen hat. Solange die Äußerung erkennbar einem Gemeinwohlziel verpflichtet und nicht auf die Ausgrenzung oder Begünstigung einer Partei um ihrer selbst willen angelegt ist, darf er sein Anliegen auch in zugespitzter Wortwahl vortragen. Die Bezeichnung „Spinner“ diente hier nach dem Duktus der Rede als Sammelbegriff für unbelehrbar rechtsradikal Gesinnte und blieb damit innerhalb der zulässigen Grenzen; erst eine ausgrenzend wirkende Schmähkritik wäre unzulässig gewesen.

Die Entscheidung etabliert für den Bundespräsidenten den großzügigsten Maßstab der gesamten Staffelung – nicht durch eine inhaltliche Privilegierung seiner Äußerungen, sondern durch die Verlagerung auf eine bloße Willkürkontrolle statt einer vollen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das Gericht behandelt das Amt als wettbewerbsferne Integrationsinstanz, deren Neutralität es selbst ausgestaltet; gerichtlich überprüfbar ist nur die äußerste Grenze. Praktisch bedeutet dies: Was beim Kanzler ein klarer Verstoß wäre, kann beim Bundespräsidenten noch zulässig sein.²⁰

¹⁶ Vgl. so ausdrücklich BVerfGE 162, 207, dort Rn. 152 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁷ Vgl. Suslin/Brockmann, NVwZ 2024, 882 (884), unter Verweis auf BVerfGE 90, 214.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 162, 207, dort Rn. 92 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 136, 323 = [jurisbyhemmer](#) – Die Sachverhalte sind jeweils verkürzt dargestellt.

²⁰ Vgl. vertiefend Gröpel/Zembruski, JURA 2016, 268 ff.

2. Regierungsmitglieder, Kanzler, Ministerpräsidenten

Sachverhalt:²¹ Während einer Auslandsreise nach Südafrika äußerte sich Bundeskanzlerin M am 06.02.2020 auf einer gemeinsamen Pressekonferenz mit dem südafrikanischen Präsidenten – stehend vor den Staatsflaggen und einem Pult mit Hoheitswappen – „aus innenpolitischen Gründen“ als „Vorbemerkung“ zur Wahl des Thüringer Ministerpräsidenten (gewählt mit Stimmen u.a. der AfD). Sie nannte den Vorgang „unverzeihlich“, forderte, das Ergebnis müsse „rückgängig gemacht werden“, und schloss mit den Worten, es sei „ein schlechter Tag für die Demokratie“ gewesen. Die AfD rügte eine Verletzung ihres Rechts aus Art. 21 I S. 1 GG.

Lösung des BVerfG: Der Antrag war begründet. Es gilt – anders als beim Bundespräsidenten – die volle Prüfungsdichte, weil Regierungsmitglieder mit den Parteien im direkten Wettbewerb stehen und über Amtsautorität und staatliche Ressourcen verfügen. Die Äußerung erfolgte in amtlicher Funktion: Dafür sprach der äußere Rahmen (offizielle Pressekonferenz im Rahmen eines Staatsbesuchs, Hoheitszeichen).

Die Qualifizierung als „Vorbemerkung aus innenpolitischen Gründen“ bewirkte aus Sicht eines verständigen Bürgers (objektiver Empfängerhorizont) keine hinreichende Distanzierung vom Amt; auch die fehlende Regelungszuständigkeit für die Thüringer Wahl änderte daran nichts, da Regierungshandeln sich typischerweise auch jenseits regulatorischer Befugnisse entfaltet. Inhaltlich lag ein Eingriff vor: Der AfD wurde – über den konkreten Anlass hinaus – jede Koalitions- und Kooperationsfähigkeit abgesprochen und sie damit aus dem Kreis demokratisch satisfaktionsfähiger Parteien ausgegrenzt. Eine Rechtfertigung scheiterte an beiden in Betracht kommenden Verfassungsgütern: Die Stabilität der Bundesregierung war nicht konkret gefährdet – der Koalitionsausschuss als Krisenmechanismus war bereits einberufen –, und auch das außenpolitische Ansehen Deutschlands war nicht betroffen. Der weite Einschätzungsspielraum entbindet nicht von der Obliegenheit, die tatsächliche Betroffenheit des rechtfertigenden Verfassungsguts plausibel darzulegen.

Für den Bundeskanzler gilt nichts anderes als für die übrigen Regierungsmitglieder: Aus der Richtlinienkompetenz (Art. 65 S. 1 GG) folgt zwar ein gegenständlich weiteres Äußerungsrecht (politische Allzuständigkeit), aber weder ein großzügigerer noch ein strengerer Neutralitätsmaßstab. Die Maßstäbe des Bundespräsidenten sind ausdrücklich nicht übertragbar, weil die vorrangige Aufgabe des Kanzlers nicht die Integration, sondern die parteipolitisch geprägte Staatsleitung ist. Ministerpräsidenten und Landesregierungen sind über Art. 28 I GG strukturgleich zu behandeln.²²

Das Urteil bildet den Gegenpol zur „Spinner“-Entscheidung. Wo der Bundespräsident wegen seiner Wettbewerbsferne privilegiert wird, wird das Regierungsmitglied wegen seiner Wettbewerbsnähe und Ressourcenmacht streng gebunden. Wichtig für die Klausurpraxis ist die zweistufige Prüfung: Zunächst ist über den objektiven Empfängerhorizont die Abgrenzung vorzunehmen, ob in amtlicher oder nicht-amtlicher Funktion gehandelt wurde, wonach – bei amtlichem Handeln – die Rechtfertigung durch ein gleichwertiges Verfassungsgut zu behandeln ist. Die bloße Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit berechtigt dabei gerade nicht zum parteiergreifenden Eingriff.

Anmerkung: Interessant an der konkreten Entscheidung ist zudem, dass eine Distanzierungsformel („Vorbemerkung“) den Amtsbezug nicht aushebelt; das überzeugt auch, denn sonst ließe sich das Neutralitätsgebot beliebig umgehen.²³

Eine Fortführung dieser Linie zeigt die Entscheidung zu amtlichen Äußerungen einer Ministerpräsidentin über eine Partei im Umfeld einer Demonstration „gegen Rechts“.²⁴ Sie ist deshalb instruktiv, weil sie den im Merkel-Urteil zwar anerkannten,²⁵ im konkreten Fall aber verneinten Rechtfertigungsgrund des Schutzes der freiheitlich-demokratischen Grundordnung näher ausgestaltet. Nach Auffassung des VerfGH RP berechtige die bloße Informations- und Öffentlichkeitsarbeit zwar nicht zum parteiergreifenden Eingriff; in Wahrnehmung des Schutzauftrags für die freiheitlich-demokratische Grundordnung seien die zuständigen Verfassungsorgane aber befugt, sich mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen einer Partei auseinanderzusetzen, deren Verhalten wertend als verfassungsfeindlich einzustufen und sogar Handlungsempfehlungen auszusprechen.

²¹ Vgl. BVerfGE 162, 207 = **Life&LAW 10/2022, 697 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

²² Vgl. etwa den Fall „Malu Dreyer“, RhPfVerfGH, Beschluss vom 21.05.2014 – VGH A 39/14 = [jurisbyhemmer](#).

²³ Die Entscheidung erging mit 5:3 Stimmen. Das Sondervotum Wallrabenstein (BVerfGE 162, 207 [Rn. 1 ff. des Sondervotums]) kritisierte, dass die Gleichsetzung von Amtsautorität und wirtschaftlicher Ressource aus dem

Ressourcennutzungsverbot ein Äußerungsverbot für Regierungsmitglieder mache, was der parteipolitisch geprägten Realität des Regierungshandelns nicht gerecht werde.

²⁴ Vgl. VerfGH Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.04.2025 – VGH O 11/24 = **Life&LAW 08/2025, 549 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

²⁵ Vgl. BVerfGE 162, 207, Rn. 116 = [jurisbyhemmer](#).

Die Grenzen – und damit die entscheidenden Prüfungspunkte – bilden das Willkürverbot und das Sachlichkeitsgebot: Unzulässig werde eine solche Einschätzung nach dem Gericht erst, wenn sie bei verständiger Würdigung nicht mehr nachvollziehbar sei und sich der Schluss aufdränge, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhe.

3. Kommunale Ebene

Sachverhalt:²⁶ Anlässlich einer islamfeindlichen Kundgebung der „Dügida“-Bewegung rief der Oberbürgermeister von Düsseldorf die Bürger dazu auf, während der Veranstaltung die Beleuchtung ihrer Gebäude auszuschalten, ließ die Beleuchtung städtischer Gebäude abschalten und bat um Teilnahme an einer Gegendemonstration. Die Versammlungsleiterin machte eine Verletzung ihrer Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 5, 8 GG) geltend.

Lösung: Das BVerwG hielt die Maßnahmen für rechtswidrig, allerdings auf einer anderen dogmatischen Ebene als von der Klägerin gerügt.

Eine faktische Beeinträchtigung der Art. 5, 8 GG bejahte es zwar; in ihrer Intensität stünden die Maßnahmen einem zielgerichteten regulativen Grundrechtseingriff aber nicht gleich, da die Versammlung nur in einem Randbereich betroffen sei. Eine Grenze aus dem Neutralitätsgebot scheide aus, denn dieses gelte allein im Verhältnis zu politischen Parteien (Art. 21 GG), nicht gegenüber sonstigen politischen Gruppierungen. Maßstab sei daher allein das für jedes Staatshandeln geltende Sachlichkeitsgebot, an dem die Maßnahmen indes scheiterten: Das symbolische Verdunkeln verlasse die Ebene des rationalen und sachlichen Diskurses, der Aufruf zur Gegendemonstration nehme unzulässig lenkenden Einfluss auf die staatsfreie Willensbildung der Bürger. Die kommunale Äußerungsbefugnis selbst leitet das Gericht aus Art. 28 II S. 1 GG i.V.m. der Organkompetenz ab, soweit Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft mit spezifisch räumlichem Bezug betroffen seien.

Über die Rechtsprechung des Falles hinaus hat das Schrifttum für direkt gewählte Hauptverwaltungsbeamte zwei einschränkende Erwägungen entwickelt.²⁷ Zum einen unterschieden sie sich funktionssystematisch fundamental vom klassischen Laufbahnbeamten – sie seien nicht stabilisierender Gegenpol zur politischen Führung, sondern selbst Teil dieser Führung, und formulierten eigene politische Ziele.

Zum anderen umfasse die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 II S. 1 GG) i.V.m. ihrer Organkompetenz die Teilnahme am örtlichen politischen Diskurs. Wertende Äußerungen seien daher nicht am strengen Neutralitätsgebot, sondern an Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu messen. In die Abwägung einzustellen sei insbesondere, ob der Amtsträger parteiliche oder lediglich staatliche Ressourcen einsetze; Letzteres berühre das Neutralitätsgebot weniger schwer.²⁸

Hauptverwaltungsbeamte nehmen nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur damit eine Zwischenstellung ein. Anders als beim staatsorganischen Streit (Art. 21 I S. 1 GG) verläuft die Prüfung primär grundrechtlich (Art. 5, 8 GG) bzw. beamtenrechtlich (§ 33 I, II BeamtStG); die Kontrolle erfolgt über Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit statt über eine strikte Neutralitätsbindung.

Anmerkung: Die Fallkonstellation verdeutlicht damit, dass auch in (kommunal-)verwaltungsrechtlichen Klausurkonstellationen Fragen der Neutralität bzw. der Begrenzung staatlicher Äußerungsrechte zum Tragen kommen können. Insgesamt ist es für das Kommunalrecht nicht untypisch, auf Erwägungen aus dem Staatsorganisationsrecht zu rekurrieren; etwa bei der Frage nach Organrechten von Gemeinderatsmitgliedern können Parallelen zu Abgeordnetenrechten gezogen werden. Denken Sie daher auch im Verwaltungsrecht immer an die Grundlagen aus dem Staatsrecht.

Eine weitere, die kommunale Ebene betreffende Konstellation hat das BVerwG jüngst entschieden. Sie ergänzt die „Dügida“-Rechtsprechung um die Frage, inwieweit sich eine Kommune die Äußerungen eines Bündnisses, dem sie angehört, zurechnen lassen muss, und verdeutlicht damit die Relevanz des Neutralitätsgebotes für die kommunale Ebene:

Sachverhalt:²⁹ Der im Stadtgebiet tätige Kreisverband der AfD verlangte von der Stadt Nürnberg den Austritt aus der „Allianz gegen Rechtsextremismus in der Metropolregion Nürnberg“, einem nicht eingetragenen Verein aus zahlreichen Kommunen und zivilgesellschaftlichen Organisationen. Die Allianz hatte sich wiederholt und pointiert AfD-kritisch geäußert. Der VGH München³⁰ verurteilte die Stadt zum Austritt:

²⁶ Vgl. BVerwGE 159, 327 – „Lichter aus!“ = [jurisbyhemmer](#).

²⁷ Vgl. dazu Suslin/Brockmann, NVwZ 2024, 885 f.

²⁸ Vgl. dazu Suslin/Brockmann, NVwZ 2024, 886.

²⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.03.2026 – 8 C 3.25 = [jurisbyhemmer](#).

³⁰ Vgl. BayVGH, Urteil vom 14.11.2024 – 4 B 23.2005 = [jurisbyhemmer](#).

Aus Art. 21 I GG folge eine parteipolitische Neutralitätspflicht auch der Kommune; die Äußerungen der Allianz seien der Stadt wegen ihrer Mitgliedschaft wie eigene zuzurechnen, sodass sie mittelbar in das Recht des Klägers auf chancengleiche Teilhabe eingreife.

Lösung des BVerwG:³¹ Die Revision der Stadt hatte Erfolg. Tragend sei die Zurückweisung einer automatischen Zurechnung. Ein Austrittsanspruch setze, so der Senat, voraus, dass der Kommune die Äußerungen der Allianz nach Zielsetzung und Wirkung ihrer Mitgliedschaft wie eigene zuzurechnen seien und der darin liegende mittelbare Eingriff in die Chancengleichheit nicht gerechtfertigt sei. Nach der ständigen Rechtsprechung zu mittelbar-faktischen Eingriffen³² komme es darauf an, ob die Mitgliedschaft wegen ihrer eigenen Zielsetzung und Wirkung einem unmittelbaren Eingriff gleichkomme.

Von einer solchen *Zielsetzung* sei auszugehen, wenn der Satzungszweck oder der tatsächliche Hauptzweck der Allianz darin bestünde, der AfD im Wettbewerb Nachteile zuzufügen, oder wenn die Kommune lenkenden Einfluss im Sinne gegen die Partei gerichteter Aktionen nehme. Die *Wirkung* entspreche der eines unmittelbaren Eingriffs, wenn Ausmaß und Intensität der kritischen Äußerungen der Partei ernsthafte Nachteile zufügen könnten. Hierzu habe der VGH keine Feststellungen getroffen, weil er von einer hiervon unabhängigen Zurechnung ausgegangen sei. Ein etwaiger Eingriff sei zudem nicht von vornherein unzulässig: Die kommunale Selbstverwaltung umfasse die Befugnis, sich an örtlicher Antidiskriminierungsarbeit und an Initiativen gegen lokalen Extremismus zu beteiligen. Berufe sich die Kommune auf die Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und lege sie die Notwendigkeit der Äußerung dar, könne der Eingriff gerechtfertigt sein.

Die Entscheidung fügt sich – soweit nach derzeitigem Stand erkennbar – stimmig in die bestehende Dogmatik ein und verzahnt zwei Stränge: Sie überträgt die Figur des mittelbar-faktischen Eingriffs auf das parteibezogene Neutralitätsgebot und übernimmt aus der rheinland-pfälzischen Entscheidung (s.o.) den Rechtfertigungsgrund der Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Bemerkenswert ist die Strenge bei der Zurechnung: Einer pauschalen Gleichsetzung von Mitgliedschaft und Vereinsäußerung erteilt das Gericht eine Absage und verlangt eine an Zielsetzung und Wirkung orientierte Prüfung.

Das überzeugt, denn andernfalls geriete jede kommunale Beteiligung an zivilgesellschaftlichen Bündnissen unter den Verdacht fehlender Neutralität. Zugleich bestätigt sich die bereits beobachtete ermächtigende Funktion der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II S. 1 GG), die der lokalen politischen Positionierung eine kompetenzielle Grundlage verleiht, an der es auf Bundesebene fehlt.

II. Staatliches Informationshandeln

Anders als bei den parteibezogenen Äußerungen (siehe oben unter I.) richtet sich das staatliche Informationshandeln typischerweise nicht gegen eine Partei, sondern an die Allgemeinheit – etwa in Gestalt von Warnungen, Hinweisen oder Bewertungen, die der Staat zur Krisenbewältigung oder zum Verbraucherschutz verbreitet. Der Bezug zum Neutralitätsgebot ist hier mittelbarer: Soweit solche Informationen einzelne Wettbewerber, Produkte oder Gruppierungen benennen, droht der Staat aus der Rolle des neutralen Rahmenwächters in die des parteinehmenden Akteurs zu wechseln. Die Anforderungen an Richtigkeit und Sachlichkeit sind insoweit nichts anderes als die Konkretisierung der Neutralitätspflicht für das informierende Staatshandeln. Die maßgeblichen Grundsätze hat das BVerfG in der „Glykol“-Entscheidung entwickelt.

Sachverhalt: Im Frühjahr 1985 wurde bekannt, dass in der Bundesrepublik Deutschland Weine vertrieben wurden, die mit dem als Frostschutzmittel gebräuchlichen Diethylenglykol (DEG) versetzt waren. Die dadurch ausgelöste Verunsicherung führte zu einem massiven Einbruch des Weinkonsums und gefährdete die Existenz zahlreicher Betriebe. Das Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit gab daraufhin eine fortlaufend aktualisierte „Gesamt-Liste“ der Weine heraus, in denen DEG festgestellt worden war, und benannte darin auch die Abfüller namentlich. Eine betroffene Weinkellerei rügte mit ihrer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 I GG), da es schon an einer Rechtsgrundlage und an der Bundeszuständigkeit fehle.

³¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.03.2026 – 8 C 3.25 = [jurisbyhemmer](#) – Hinweis: Zum Zeitpunkt der Abfassung des Beitrags lag nur die Pressemitteilung der Entscheidung vor; diese beinhaltet lediglich die wesentlichen Entscheidungserwägungen.

³² Vgl. BVerfGE 105, 252 (273) — „Glykol“ = [jurisbyhemmer](#) (siehe dazu näher sogleich).

Lösung des BVerfG: Die Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos. Die tragende Weichenstellung trifft das Gericht bereits auf der Ebene des Schutzbereichs: Art. 12 I GG schütze nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, selbst wenn diese sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirkten. Das Grundrecht sichere die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen, verbürge aber weder einen Anspruch auf Wettbewerbserfolg noch ein Recht darauf, von anderen nur so dargestellt zu werden, wie man gesehen werden möchte. Marktbezogene staatliche Informationen beeinträchtigten den Gewährleistungsbereich daher von vornherein nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach den rechtlichen Vorgaben erfolge. Diese Vorgaben verdichtet das Gericht auf zwei Anforderungen: das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe nebst Einhaltung der Zuständigkeitsordnung sowie die Beachtung von Richtigkeit und Sachlichkeit. Die Aufgabe folge aus der Staatsleitung der Regierung; in der Aufgabenzuweisung liege grundsätzlich zugleich die Ermächtigung zum Informationshandeln. Die Verbandskompetenz des Bundes ergebe sich aus seiner gesamtstaatlichen Verantwortung für überregionale, hier sogar auslandsbezogene Krisenlagen. Die Listenangaben seien unstreitig zutreffend und durch differenzierende Hinweise sachlich gehalten gewesen; ein Eingriff liege damit nicht vor.

Die Entscheidung legt mit diesen Ausführungen das dogmatische Fundament für die Fälle staatlichen Informationshandelns.³³ Sie etabliert die Figur des mittelbar-faktischen Eingriffs und zugleich dessen Grenze: Wahre und sachliche Information ist kein Eingriff, weil Markttransparenz die Funktionsbedingung des Wettbewerbs ist, nicht dessen Störung. Die Kehrseite markiert das Gericht selbst: Beeinträchtigt werde der Schutzbereich, wenn die Information als funktionales Äquivalent eines Eingriffs fungiere oder sich nachträglich als unrichtig erweise und gleichwohl weiterverbreitet werde.³⁴

Anmerkung: Die Glykol-Grundsätze gelten nicht nur für die Bundesregierung, sondern lassen sich auf nachgeordnete Behörden übertragen.

Das OVG Münster³⁵ hatte über einen polizeilichen Tweet zu befinden, in dem das Polizeipräsidium Duisburg behauptete, Fußballfans hätten Regencapes angezogen, „um die Durchsuchung zu verhindern“, verbunden mit einem Lichtbild einer identifizierbaren Person. Das Gericht bejahte einen mittelbar-faktischen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) und übertrug die Glykol-Rechtsprechung ausdrücklich: Auch die Aufgabenzuweisung an eine nachgeordnete Behörde trage grundsätzlich deren Informationstätigkeit, sofern keine besondere Ermächtigung erforderlich sei (funktionales Äquivalent). Der Tweet scheiterte bereits am Richtigkeitsgebot, weil die als innere Tatsache formulierte Verhinderungsabsicht nicht hinreichend belegt war. Zu beachten ist aber die Verschiebung gegenüber der Glykol-Entscheidung: Während dort eine unstreitig wahre Tatsache betroffen war, illustriert der Tweet-Fall die Kehrseite – die Verbreitung einer unbelegten inneren Tatsache über ein reichweitenstarkes Medium.

III. Kruzifix-Erlass

Der Problemkreis rund um das Kruzifix berührt die allgemeine Frage: Identifiziert sich der Staat – wöglichlich unter Überschreitung der Grenzen staatlicher Neutralität in religiösen bzw. weltanschaulichen Fragen – selbst mit einem religiösen Symbol, wenn er dessen Anbringung anordnet? Anders als beim schulischen Kruzifix (dazu der Anmerkungskasten am Ende des Abschnitts) fehlt im Behördenkontext das pädagogisch-persönlichkeitsbildende Moment, das dort den Eingriff in die negative Religionsfreiheit trägt. Damit verschiebt sich der Schwerpunkt auf zwei Fragen: Folgt aus dem Neutralitätsgebot ein subjektives Individualrecht und ist mit einem aufgehängten Kruzifix in einer Behörde die Erheblichkeitsschwelle überschritten? Die Positionierung der Rechtsprechung lässt sich an folgendem Beispiel aufzeigen:

Sachverhalt: § 28 der Allgemeinen Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaats Bayern (AGO) ordnet an, dass im Eingangsbereich eines jeden Dienstgebäudes „als Ausdruck der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns“ gut sichtbar ein Kreuz anzubringen ist. Eine als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfasste Weltanschauungsgemeinschaft begehrte im Wege der allgemeinen Leistungsklage die Entfernung der Kreuze und rügte eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 4 I, II und Art. 3 III S. 1 GG.

³³ Vgl. ebenfalls die zeitgleich ergangene Osho-Entscheidung, BVerfGE 105, 279 = [jurisbyhemmer](#).

³⁴ Zur Vertiefung s. Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff.

³⁵ Vgl. OVG Münster, Urteil vom 28.11.2022 – 5 A 2808/19 = [Life&LAW 06/2023, 372 ff.](#) = [jurisbyhemmer](#).

Allein die staatlich veranlasste Präsenz des Kreuzes bevorzuge die christlichen Religionsgemeinschaften und erwecke den Anschein der Parteilichkeit. Das Neutralitätsgebot sei damit verletzt.

Lösung des BayVG³⁶: Der BayVGH hielt die Klage für zulässig, aber unbegründet. Die Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog) bejahte er, weil eine Verletzung des den Klägern über Art. 19 III GG zustehenden Grundrechts aus Art. 4 I GG sowie ihres Gleichbehandlungsrechts aus Art. 3 III S. 1 GG zumindest möglich erscheine. In der Begründetheit trennte das Gericht sodann scharf zwischen objektiver Pflicht und subjektivem Recht.

Zunächst bejahte es einen Verstoß gegen die objektiv-rechtliche Neutralitätspflicht. Das Kreuz sei das zentrale Symbol des Christentums und könne seiner religiösen Bedeutung nicht entkleidet werden; für Nichtchristen und Atheisten werde es gerade wegen seiner christlichen Bedeutung zum Ausdruck bestimmter Glaubensüberzeugungen. Die in § 28 AGO niedergelegte Zweckbestimmung ändere daran nichts: Der Staat könne keine Deutungshoheit beanspruchen, maßgeblich sei der objektive Empfängerhorizont eines Besuchers. Indem der Staat das christliche Symbol in einem öffentlich zugänglichen Raum präsentiere, ohne die Symbole anderer Gemeinschaften gleichermaßen auszustellen, liege eine sachlich nicht begründete Bevorzugung und damit ein Neutralitätsverstoß vor.

Dieser begründe jedoch keinen Abwehranspruch. Die Neutralitätspflicht sei ein objektiv-rechtliches Verfassungsprinzip, das als solches keine einklagbaren subjektiven Rechte erzeuge. Subjektiven Schutz könne die Gemeinschaft erst beanspruchen, wenn nicht bloß eine Berührung des Schutzbereichs, sondern ein nicht gerechtfertigter, benachteiligender Eingriff in die Grundrechte vorliege, aus denen das Prinzip abgeleitet wird (Art. 4 I, Art. 3 III S. 1 GG). Ein solcher Eingriff fehle: Das Kreuz im Eingangsbereich sei ein „im Wesentlichen passives Symbol ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung“³⁷; der Durchgangsbereich diene nicht dem Verweilen, die Konfrontation sei flüchtig, eine Lage ohne Ausweichmöglichkeit (wie in der Schule) bestehe nicht. Auch der geltend gemachte Werbeeffect zugunsten der christlichen Kirchen sei nicht messbar dargetan.

Lösung des BVerwG³⁸: Die Revision blieb erfolglos, allerdings wählte das BVerwG einen abweichenden dogmatischen Weg. Das BVerwG verneinte bereits den Neutralitätsverstoß. Es übernahm zwar die Feststellung des BayVG³⁶, das Kreuz sei religiöses Symbol, rekurrierte aber für die Identifikationsfrage auf die in § 28 AGO ausdrücklich getroffene Zweckbestimmung: Der Freistaat identifiziere sich danach nicht mit christlichen Glaubenssätzen, sondern nur mit der kulturellen und geschichtlichen Prägung Bayerns; diese Bedeutung sei durch die Veröffentlichung der Norm objektiv hinreichend erkennbar. Zugleich legte das Gericht Art. 3 III S. 1 GG „im Lichte“ des Neutralitätsgrundsatzes aus und wies diesem eine die subjektiven Grundrechtsgewährleistungen verstärkende und ergänzende Funktion zu. Entscheidend sei schließlich die Annahme einer Erheblichkeitsschwelle: Eine Neutralitätsverletzung komme erst ab einer gewissen Eingriffsintensität in Betracht, die das Grundgesetz wegen seines Verzichts auf einen strikten Laizismus voraussetze.

Anmerkung: Für die Klausurpraxis sind beide Entscheidungen vor allem deshalb lehrreich, weil sie zeigen, dass eine Verletzung des Neutralitätsgebots und eine Grundrechtsverletzung nicht dasselbe sind.

Die zentrale Weichenstellung liegt in der Trennung von objektiver Pflicht und subjektivem Recht. Das Neutralitätsgebot verpflichtet den Staat, sich nicht mit einer Religion zu identifizieren; diese Pflicht besteht aber zunächst nur objektiv-rechtlich. Aus ihrer Verletzung folgt nicht automatisch ein einklagbares Recht des Einzelnen. Ein Abwehranspruch entsteht erst, wenn zusätzlich ein Eingriff in eines der Grundrechte vorliegt, aus denen das Neutralitätsgebot abgeleitet wird (Art. 4 I, Art. 3 III S. 1 GG). Hier setzt der BayVGH an: Er bejaht den Neutralitätsverstoß, verneint aber den Grundrechtseingriff, weshalb die Klage im Ergebnis abgewiesen wurde.

Anmerkung: Für die Fallbearbeitung bedeutet das eine gestaffelte Prüfung: Zuerst ist zu klären, ob das betroffene Grundrecht überhaupt eingreift; erst dann kann das Neutralitätsgebot als Maßstab hergeleitet werden.

³⁶ Vgl. BayVG³⁶, Urteil vom 01.06.2022 – 5 B 22.674 = **Life&LAW 12/2022, 815 ff.** = [jurisbyhemmer](#) – vgl. grundlegend zur Thematik bereits BVerfGE 93, 1 = [jurisbyhemmer](#); Link, NJW 1995, 3353 ff.

³⁷ BayVG³⁶, Urteil vom 01.06.2022 – 5 B 22.674, Rn. 33 = **Life&LAW 12/2022, 815 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

³⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.12.2023 – 10 C 5.22 = [jurisbyhemmer](#).

Der zweite klausurrelevante Punkt ist die Frage, wann ein Symbol das Neutralitätsgebot überhaupt verletzt. Hier arbeitet die Rechtsprechung mit dem Gegensatzpaar aktiv/passiv: Ein „im Wesentlichen passives Symbol ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung“ wiegt weniger schwer als ein Symbol, dem der Bürger nicht ausweichen kann. Maßgeblich sind danach zwei Gesichtspunkte: die Unausweichlichkeit der Konfrontation und die mögliche Beeinflussungswirkung. Im Behördenzugang fallen beide gering aus, weil der Bürger den Raum nur flüchtig durchquert. Genau daran zeigt sich, warum dieselbe Frage in der Schule anders zu beantworten ist.

Anmerkung (Kruzifix in der Schule): Vom Behörden-Kreuz zu unterscheiden ist die schulische Konstellation, die wegen ihrer abweichenden Eingriffsdogmatik gesondert zu behandeln ist. Verfahrensgegenständlich war ein Kruzifix zuletzt in einem Verfahren vor dem BayVG³⁹, in dem es um die Rechtmäßigkeit eines im Haupteingangsbereich eines Gymnasiums angebrachten Kruzifixes mit Korpus (ca. 150 cm hoch) ging. Der entscheidende Unterschied zur Behörden-Situation liegt im Raum: Während der Behördenzugang ein bloßer Durchgangsbereich ist, unterliegen Schülerinnen und Schüler der Schulpflicht (Art. 35 BayEUG) und sind dem Symbol jahrelang, wiederkehrend und ohne zumutbare Ausweichmöglichkeit ausgesetzt. Damit ist der Eingriff anders als in der Behörde zu bewerten: Dem Kreuz kommt im pädagogisch ausgerichteten Raum Schule ein „appellativer Charakter“ zu, der die symbolisierten Glaubensinhalte als vorbildhaft und befolgungswürdig ausweist.⁴⁰ Der BayVGH bejahte deshalb einen Eingriff in die negative Glaubensfreiheit (Art. 4 I GG), der Staat habe insoweit seine Pflicht zur Neutralität verletzt.

Bemerkenswert ist die ausdrückliche Abgrenzung zum Behörden-Erlass: § 28 AGO und das BVerwG-Urteil zum Behörden-Kreuz seien auf Schulen nicht übertragbar, weil das Kreuz dort nicht seines spezifischen Glaubensbezugs entkleidet werden könne; zudem genüge im Schulbereich bereits die zwangsweise, unausweichliche Konfrontation.

Klausurtaktisch zeigt die Gegenüberstellung beider Entscheidungen idealtypisch, wie raumabhängig die Reichweite des Neutralitätsgebots ist: ein identisches Symbol von dem identischen Hoheitsträger verwendet, kann in dem einen Fall einen Grundrechtseingriff bedeuten, im anderen Fall nicht. Das zentrale Differenzierungskriterium ist nicht das Symbol, sondern der Charakter des staatlichen Raums.⁴¹

IV. Kopftuchverbot

Während das Neutralitätsgebot den Staat grundsätzlich verpflichtet, sich nicht mit einer bestimmten Religion zu identifizieren, betrifft die folgende Konstellation den Fall, dass nicht der Staat selbst, sondern eine seiner Amtsträgerinnen ein religiöses Symbol trägt. Damit verlagert sich die Frage von der Identifikation hin zur Zurechnung: Muss sich der Staat die bei Gelegenheit der Amtsausübung erfolgte Glaubensbetätigung seiner Bediensteten als eigene anrechnen lassen? Da sich Staatsgewalt und individuelle Grundrechtsausübung in derselben Person überlagern, hängt die Reichweite der Neutralitätspflicht davon ab, in welchem Maße der Staat das äußere Gepräge der Amtshandlung selbst gestaltet. Exemplarisch hat das BVerfG im Beschluss zum „Kopftuch“ der Rechtsreferendarin diese Grundlagen herausgearbeitet.

Sachverhalt⁴²: B, eine in Frankfurt geborene Deutsch-Marokkanerin, trat im Januar 2017 den juristischen Vorbereitungsdienst in Hessen an und trägt aus Glaubensgründen in der Öffentlichkeit ein Kopftuch. Nach § 27 I S. 2 JAG HE i.V.m. § 45 S. 1, S. 2 HBG müssen sich Rechtsreferendare gegenüber Bürgern religiös neutral verhalten; Referendarinnen dürfen daher mit Kopftuch keine Tätigkeiten ausüben, bei denen sie als Repräsentantinnen des Staates wahrgenommen werden könnten. Betroffen sind die Sitzungsleitung, die Beweisaufnahme, der staatsanwaltschaftliche Sitzungsdienst sowie die Leitung von Anhörungsausschusssitzungen in der Verwaltungsstation. B rügte mit ihrer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung ihrer Glaubensfreiheit (Art. 4 I, II GG) und ihrer Ausbildungsfreiheit (Art. 12 I GG).

³⁹ Vgl. BayVG, Urteil vom 08.07.2025 – 7 BV 21.336 = **Life&LAW 10/2025, 686 ff.** = **jurisbyhemmer**.

⁴⁰ So bereits BVerfGE 93, 1 – „Kruzifix“ = **jurisbyhemmer**.

⁴¹ Vertiefend dazu Schäfer, AöR 2023, 413 ff.

⁴² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 = **Life&LAW 10/2020, 701 ff.** = **jurisbyhemmer**.

Lösung des BVerfG:⁴³ Die Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos. Die einfachgesetzliche Pflicht greife zwar in die vorbehaltlos gewährleistete Glaubensfreiheit ein, weil sie B vor die Wahl stelle, entweder die Tätigkeit auszuüben oder dem als verpflichtend empfundenen Bekleidungsgebot zu folgen. Der Eingriff sei jedoch durch kollidieren des Verfassungsrecht gerechtfertigt. Als Schranken zog das Gericht das Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die negative Religionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten heran; keine rechtfertigende Kraft entfalteten dagegen das Gebot richterlicher Unparteilichkeit und der Gedanke des weltanschaulich-religiösen Friedens. Zentral sei, dass die Verpflichtung des Staates auf Neutralität keine andere sein könne als die seiner Amtsträger, denn der Staat könne nur durch Personen handeln; allerdings müsse er sich nicht jede bei Gelegenheit der Amtsausübung getätigte private Grundrechtsausübung als eigene zurechnen lassen. Eine Zurechnung komme aber dann in Betracht, wenn der Staat – wie im Bereich der Justiz – auf das äußere Gepräge einer Amtshandlung besonderen Einfluss nehme. Durch Amtstracht, ritualisiertes Eintreten des Spruchkörpers und Gestaltung des Gerichtssaals weise der Staat dem Amtsträger eine Distanz und Gleichmaß betonende Rolle zu; aus Sicht des objektiven Betrachters könne daher das Tragen eines Kopftuchs durch eine Richterin als Beeinträchtigung der Neutralität dem Staat zugerechnet werden. Anders als die bekenntnisoffene Gemeinschaftsschule, in der sich gerade die religiös-pluralistische Gesellschaft widerspiegeln solle, trete der Staat dem Bürger in der Justiz klassisch-hoheitlich und mit größerer Beeinträchtigungswirkung gegenüber. Die Auflösung des Spannungsverhältnisses obliege zuvörderst dem Gesetzgeber, dem eine Einschätzungsprärogative zukomme. Da das Verbot auf wenige Tätigkeiten beschränkt sei und die Ableistung eines vollwertigen Referendariats ermöglicht bleibe, komme keiner der kollidierenden Rechtspositionen ein derart überwiegendes Gewicht zu, das verfassungsrechtlich zu einem Verbot oder einer Erlaubnis zwänge. Die gesetzgeberische Entscheidung sei daher zu respektieren.

Die Entscheidung führt den kontextsensitiven Charakter des Neutralitätsgebots vor Augen: Den Ausschlag, ob ein religiöses Symbol dem Staat zuzurechnen ist, gibt das vom Staat selbst gestaltete äußere Gepräge der Amtshandlung.

Zugleich zeigt der Beschluss, dass die Kollision zwischen positivem Bekenntnisschutz und staatlicher Neutralität keinen vorgegebenen Ausgang hat – die abstrakten Gewichte des Grundrechts aus Art. 4 I GG und des staatlichen Neutralitätsgebotes im weltanschaulich-religiösen Bereich mithin gleich gewichtet sind –, sondern dem Gesetzgeber innerhalb seiner Einschätzungsprärogative überantwortet ist; das Gericht beschränkt sich auf eine Vertretbarkeitskontrolle.

Anmerkung: Die Konstruktion über das Zurechnungskriterium ist dogmatisch nicht unumstritten. Es wird etwa eingewendet, das Gericht formuliere als Obersatz ein Identifizierungsverbot, begnüge sich auf der Subsumtionsebene aber mit bloßer Zurechenbarkeit, ohne den Übergang von der Zurechnung zur Identifizierung schlüssig zu begründen.⁴⁴ Da der Staat das Kopftuch weder anordne noch sich mit ihm identifiziere, liege die sauberere Schranke im Mäßigungsgebot für Amtsträger.

D) Fazit

Die behandelten Konstellationen verdeutlichen, dass das auf den ersten Blick als rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit erscheinende Neutralitätsgebot bei näherem Hinsehen erhebliche dogmatische Fragen aufwirft. Der Allgemeine Teil hat gezeigt, dass von *einem* Neutralitätsgebot nur uneigentlich gesprochen werden kann: Religiös-weltanschauliche und parteipolitische Neutralität ruhen auf unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen (Art. 4, 140 GG i.V.m. den inkorporierten WRV-Normen einerseits, Art. 20, 21 GG andererseits), gewährleisten unterschiedliche Freiheitsräume und dienen jeweils eigenen Funktionen. Der Besondere Teil hat die Maßstäbe an der jüngeren Judikatur konkretisiert – vom gestaffelten Äußerungsrecht staatlicher Amtsträger über das staatliche Informationshandeln bis zur Präsenz religiöser Symbole in öffentlichen Einrichtungen.

Die Liste klausur- und praxisrelevanter Problemkreise ließe sich fortschreiben, etwa um die Neutralitätsbindung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, um die parteipolitische Betätigung kommunaler Mandatsträger oder um die Reichweite des Gebots gegenüber Vereinigungen ohne Parteistatus, deren Behandlung bis heute umstritten ist. Dies verdeutlicht die Tragweite der Neutralitätspflicht, was sie für Prüfungen interessant macht.

⁴³ Zu einer anderen Entscheidung, die das Kopftuch im öffentlichen Dienst behandelt, vgl. BVerfGE 108, 282 = [jurisbyhemmer](#); BVerfGE 138, 296 = [jurisbyhemmer](#).

⁴⁴ Vgl. Brosius-Gersdorf/Gersdorf, NVwZ 2020, 428 ff.

Die staatliche Neutralität bedeutet – wie eingangs erwähnt – keine Gleichgültigkeit gegenüber dem Bürger, sondern ist im Gegenteil Bedingung der Möglichkeit seiner Freiheit. Der Staat enthält sich der inhaltlichen Parteinahme nicht aus Indifferenz, sondern um den Rahmen zu sichern, innerhalb dessen der Bürger seine Überzeugungen frei bilden und ausleben kann. Eben weil dieser Rahmen nicht selbstverständlich ist, sondern eine Errungenschaft des freiheitlichen Verfassungsstaates darstellt, bleibt seine Wahrung eine fortwährende Aufgabe — für die Gerichte, für die Amtsträger und nicht zuletzt für die rechtswissenschaftliche Ausbildung, die auf sie vorbereitet.



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“:
www.hemmer.de



Auszug aus den 39 wichtigsten Fällen Arbeitsrecht, Zivilrecht

Geschickt getrickst?

+++ Statusklage +++ Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage +++

Sachverhalt: Karl Kleister (K) ist Konditormeister in Garmisch-Partenkirchen. Nachdem er viele Jahre in einer Konditorei angestellt war, wagt er den Schritt in die Selbstständigkeit und bereitet die Eröffnung eines Cafés vor.

Da er bei seinem alten Arbeitgeber mitbekommen hat, wie viele Rechte Arbeitnehmer haben und er meint, sich solch „luxuriöse Arbeitnehmerschutzvorschriften“ als Jungunternehmer nicht leisten zu können, ersinnt er folgenden Plan: Er will keine Kellner für den Service als Arbeitnehmer anstellen, sondern Selbstständige mit dem Servieren beauftragen. Diese erhalten feste Dienstzeiten, kaufen Kaffee und Kuchen sowie den übrigen Verzehr bei ihm an der Theke ein und verkaufen die Bestellung an den Gast zu den Preisen in der von K erstellten Karte weiter. Den Differenzbetrag zuzüglich des Trinkgelds sollen die Kellner behalten dürfen, zusätzlich erhalten sie monatlich einen Sockelbetrag von 500,- €.

Gesagt – getan! K verwirklicht seinen Plan. Unter anderem nimmt er Ferdinand Flink (F) unter Vertrag. Nachdem K mehrfach Kollegen des F fristlos freigesetzt hat, wird es F ein wenig mulmig. Er sehnt sich nach ordentlichen Fristen und will keinen Willkürentscheidungen des K ausgesetzt sein.

F erhebt per Fax vor dem Arbeitsgericht München Klage auf Feststellung, dass er Arbeitnehmer ist.

Frage: Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

A) Sound

Das Arbeitsrecht ist eine besondere Ausprägung des Dienstvertragsrechts. Dreh- und Angelpunkt (obwohl in Klausuren eher selten zu diskutieren) des Arbeitsrechts ist der Arbeitnehmerbegriff.

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen zur fremdbestimmten Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist, § 611a I S. 1 BGB.

Nur für Arbeitnehmer sind die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) und viele weitere Vorschriften einschlägig.

Die oftmals arbeitnehmerfreundlichen Vorschriften wollen – wie hier – viele Arbeitgeber umgehen, weswegen häufig versucht wird, Arbeitnehmer durch Selbstständige zu ersetzen. Allerdings sind diese „Selbstständigen“ vielfach nur Scheinselbstständige, da sie von Rechts wegen alle Merkmale eines Arbeitnehmers aufweisen, insbesondere weisungsgebunden sind und in persönlicher Abhängigkeit stehen. Materiellrechtlich sind diese „Selbstständigen“ daher oft Arbeitnehmer, auch wenn sie im Vertrag als freier Mitarbeiter oder Selbstständiger bezeichnet werden.

Dies stellt § 611a I S. 6 BGB klar. Der normierte Vorrang der Vertragsdurchführung vor dem Vertragstext verlangt eine **zweistufige Prüfung** der Arbeitnehmereigenschaft:

1. Schritt: Zunächst ist der Vertrag der Parteien nach §§ 133, 157 BGB auszulegen!

Ergibt sich bereits daraus, dass die Parteien ein Arbeitsverhältnis begründen wollten, wird der Arbeitnehmerstatus allein hierdurch verbindlich festgelegt, ohne dass es auf die Vertragsdurchführung ankommt.

2. Schritt:

Führt die Auslegung des Vertrags zum Ergebnis, dass der Dienstverpflichtete als Selbstständiger tätig werden sollte, ist in einem zweiten Schritt die tatsächliche Durchführung des Vertrags zu prüfen:

a) Auslegung und Vertragsdurchführung stimmen überein

Stimmt die Vertragspraxis mit den vertraglichen Vorgaben überein, leistet der Dienstverpflichtete die geschuldeten Dienste nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständiger.

b) Auslegung und Vertragsdurchführung stimmen nicht überein

Weicht die tatsächliche Durchführung des Vertrags von den Vertragsbestimmungen ab, richtet sich die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses allein nach der Vertragsdurchführung, die für sich anhand der Vorgaben des § 611a I BGB zu würdigen ist (sog. „**normative Kraft des Faktischen**“)

Ein Arbeitnehmer kann seine Arbeitnehmereigenschaft vor dem Arbeitsgericht im Rahmen einer sog. „**Statusklage**“ feststellen lassen

B) Gliederung

1. Rechtsweg und Zuständigkeit

- a) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen, § 2 I Nr. 3b ArbGG (+)
- b) Örtliche Zuständigkeit, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 12, 13 oder 29 ZPO oder § 48 Ia ArbGG (+)
- c) Sachliche Zuständigkeit, § 8 I ArbGG

2. Zulässigkeit

- a) Ordnungsgemäße Klageerhebung, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 253 ZPO (+)
⇒ Erhebung per Fax zulässig
- b) Feststellungsinteresse, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 256 I ZPO (+)
- c) Zwischenergebnis: Klage zulässig

3. Begründetheit

- a) Arbeitnehmereigenschaft des F
 - aa) Arbeitsleistung gegen Entgelt (+)
 - bb) Persönliche Abhängigkeit (+)
 - cc) Zwischenerg.: F grundsätzlich AN
- b) Maßgeblichkeit des Vertrags (-)
⇒ Umgehung des Arbeitsrechts unzulässig, Anwendbarkeit steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien.

4. Ergebnis: Klage erfolgreich

Die Arbeitnehmereigenschaft des F ist vorliegend für die Rechtswegwahl sowie für die Begründetheit der Klage entscheidend, es handelt sich somit um eine so genannte doppelt relevante Tatsache.

In einem solchen „**sic-non-Fall**“ reicht nach der Rechtsprechung des BAG die Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft für die Rechtswegzuständigkeit aus. Da diese Behauptung aufgestellt wurde, liegt die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts vor.

Anmerkung: Bestünde die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts nicht, wäre die Klage gleichwohl nicht unzulässig. Sie würde allerdings gem. § 48 I ArbGG, § 17a II S. 1 GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht des richtigen Rechtsweges verwiesen. Neben den sog. „sic-non“-Fällen sind noch die „aut-aut“- und „et-et“-Fälle relevant. In ersteren kann der Anspruch entweder ausschließlich auf eine arbeitsrechtliche oder ausschließlich auf eine bürgerlich-rechtliche Vorschrift gestützt werden. Hier ist i.R.d. Prüfung der Rechtswegzuständigkeit die Arbeitnehmereigenschaft ggf. vollständig zu prüfen, weil der Rechtsweg nicht zur Disposition der Parteien steht. Gleiches gilt bei den et-et-Fällen, in denen der Kläger seinen Anspruch sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine bürgerlich-rechtliche Grundlage stützen kann.

b) Örtliche Zuständigkeit

Gem. § 46 II S. 1 ArbGG ergibt sich die örtliche Zuständigkeit mangels Angabe innerhalb des ArbGG aus den Vorschriften der ZPO.

Anmerkung: Über § 46 II S. 1 ArbGG sind die Vorschriften der ZPO über den Prozess vor den Amtsgerichten entsprechend anwendbar. Die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253 ff. ZPO) sind über den Umweg § 46 II S. 1 ArbGG, § 495 ZPO anwendbar. Arbeitsrechtliche Besonderheiten sind insbesondere i.R.d. Feststellungsinteresses zu beachten.

C) Lösung

Die Statusklage des F hätte Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

1. Rechtsweg und Zuständigkeit

a) Rechtswegzuständigkeit

Die Klage wurde beim Arbeitsgericht erhoben.

Deshalb müsste zunächst die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für diese Klage gegeben sein. F klagt vorliegend auf Feststellung, dass er Arbeitnehmer und nicht von K beauftragter Selbstständiger sei. Es besteht damit ein Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Daher ist grundsätzlich die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts gem. § 2 I Nr. 3b ArbGG gegeben.

Allerdings ist zu beachten, dass gem. § 2 I Nr. 3 ArbGG gerade vorausgesetzt wird, dass ein Arbeitnehmer mit einem Arbeitgeber streitet. Fraglich ist daher, ob an dieser Stelle bereits zu klären ist, ob die Arbeitnehmereigenschaft des F zu bejahen ist.

Beklagter ist vorliegend der Konditor K. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 12, 13 ZPO – dem Wohnsitz des Beklagten K – oder § 29 ZPO, da der Arbeitsplatz des F Erfüllungsort gem. § 29 ZPO ist. Beides ist vorliegend Garmisch-Partenkirchen.

Für Streitigkeiten nach § 2 ArbGG ist gemäß § 48 Ia ArbGG auch das Arbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat.

Garmisch-Partenkirchen liegt im Zuständigkeitsbereich des ArbG München, Art. 2 II Nr. 5 Gesetz über die Organisation der Gerichte für Arbeitssachen im Freistaat Bayern.

Das Arbeitsgericht München ist damit örtlich zuständig.

Anmerkung: In aller Regel dürfte der Gerichtsstand unproblematisch sein. Zu beachten sind allerdings insbesondere §§ 17 (bei juristischen Personen), 21 (bei Niederlassungen), 29 ZPO sowie § 48 I a ArbGG.

c) Sachliche Zuständigkeit

Gem. § 8 I ArbGG sind in der 1. Instanz die Arbeitsgerichte sachlich zuständig, da vorliegend nichts anderes bestimmt ist.

Anmerkung: Bis zum 15.08.2015 gab es den Prüfungspunkt der sachlichen Zuständigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht, da in der ersten Instanz immer die Arbeitsgerichte zuständig waren. Am 16.08.2015 ist das Tarifautonomiestärkungsgesetz in Kraft getreten. Seitdem gibt es im **Be-schluss**verfahren in der ersten Instanz die Zuständigkeit des Landesarbeitsgerichts für die Überprüfung der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages, §§ 2a I Nr. 5, 98 II ArbGG, sodass § 8 I ArbGG sprachlich angepasst wurde („soweit nicht ein anderes bestimmt ist“).

Aus diesem Grund sollten Sie inzwischen in der Klausur den Prüfungspunkt der sachlichen Zuständigkeit erwähnen und in § 8 I ArbGG verorten.

2. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachurteilsvoraussetzungen für die Feststellungsklage vorliegen.

a) Ordnungsgemäße Klageerhebung

Weiterhin müsste die Klage ordnungsgemäß erhoben worden sein. Die notwendige Form der Klageerhebung ergibt sich aus § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 253 ZPO. Vorliegend wurde die Klage per Fax erhoben. Diese Erhebung per Fax ist wegen §§ 253 IV, 130 Nr. 6 ZPO zulässig.

Anmerkung: Bei einer anwaltlichen Vertretung müssen Sie beachten, dass seit dem 01.01.2022 für Rechtsanwälte die Pflicht besteht, Schriftsätze elektronisch zu übermitteln.

Die nach § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. § 130 Nr. 6 ZPO für Schriftsätze geltende Schriftform wird also durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments ersetzt, § 46g S. 1 ArbGG.

Mit einer Übermittlung der Schriftsätze über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), einem sicheren Übermittlungsweg i.S.d. § 46c IV Nr. 1 ArbGG, kommen die Rechtsanwälte der aktiven Nutzungspflicht des beA nach.

Wird das elektronische Dokument vom Rechtsanwalt selbst signiert, ist die qualifizierte elektronische Signatur nach § 46c III S. 1 Alt. 1 ArbGG entbehrlich, § 46c III S. 1 Alt. 2 ArbGG. Es genügt die einfache Signatur.

Einfache Signatur meint die Wiedergabe des Namens am Ende des Textes. Dies kann der maschinenschriftliche Namenszug unter dem Schriftsatz oder eine eingescannte Unterschrift sein. Für die maschinenschriftliche Unterzeichnung ist weder vorgeschrieben, dass (auch) ein Vorname zu verwenden ist, noch dass die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ wiedergegeben wird.

Ein Schriftsatz weist allerdings dann keine einfache Signatur auf, wenn der Name nur im Briefkopf zum Ausdruck kommt, am Ende aber nur das Wort „Rechtsanwalt“ ohne den Namen des/der Prozessbevollmächtigten aufgeführt ist (BGH, Life&LAW 12/2022, 808 f. sowie BGH, Life&LAW 02/2025, 78 f.). Beachten Sie auch, dass die das Dokument signierende Person mit der des tatsächlichen Versenders übereinstimmen muss.

Die Klage wurde damit ordnungsgemäß erhoben.

b) Feststellungsinteresse

Die Statusklage des F ist eine Feststellungsklage, da er festgestellt haben will, dass er Arbeitnehmer sei und nicht Selbstständiger. Für eine solche Feststellungsklage ist gem. § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 256 I ZPO ein Feststellungsinteresse erforderlich. Dieses ergibt sich im Falle einer Statusklage daraus, dass bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften ab sofort anwendbar sind und die getroffenen Vereinbarungen zwischen Kläger und Beklagten hinfällig wären. Daher ist hier davon auszugehen, dass das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist.

Anmerkung: Würden parallel vom Arbeitnehmer Ansprüche wie Entgeltforderung geltend gemacht, wäre das Feststellungsinteresse zu verneinen. Die Arbeitnehmereigenschaft wird dann inzident i.R.d. Leistungsklage geprüft.

c) Zwischenergebnis

Die Klage ist nach alledem zulässig.

3. Begründetheit

Die Feststellungsklage des F ist begründet, wenn er tatsächlich Arbeitnehmer des K ist.

Dies wäre dann der Fall, wenn auf ihn tatsächlich alle Merkmale eines Arbeitnehmers zutreffen und die vertragliche Regelung mit K hinsichtlich der Selbstständigkeit hinfällig wäre.

a) Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines Vertrags in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt tätig wird, zu Arbeitsleistung verpflichtet ist und damit seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt, vgl. dazu § 611a I S. 1 BGB.

aa) Leistung von Arbeit gegen Entgelt

F müsste weiterhin Arbeit gegen Entgelt leisten, d.h. bei seiner Beschäftigung steht die Erbringung der Tätigkeit selbst und nicht ein konkretisierter Erfolg im Vordergrund. Vorliegend ist F damit beauftragt, zu servieren. Es ist kein Resultat konkret vereinbart, sondern die Tätigkeit selbst ist Vertragspflicht.

Damit ist F zur Arbeitsleistung verpflichtet. Diese erbringt er gegen Entgelt, da er zumindest einen Grundbetrag als Entlohnung erhält und Teile des Umsatzes behalten darf.

Anmerkung: Entscheidend ist hier, dass die Leistung von Arbeit, also die Tätigkeit an sich, geschuldet wird, und kein spezifischer Erfolg. Dieses Kriterium dient damit der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag.

bb) Persönliche Abhängigkeit

Das unbestimmte Merkmal der persönlichen Abhängigkeit konkretisiert § 611a I S. 3 BGB.

Danach ist weisungsgebunden, wer seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht frei gestalten und seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen kann.

Anmerkung: Nicht in persönlicher Abhängigkeit stehen aufgrund der Negativfiktion des § 5 S. 3 ArbGG die Organe juristischer Personen, da diese vielmehr die juristische Person als Arbeitgeber repräsentieren. Sie gelten daher nicht als Arbeitnehmer.

Eine weitere Kategorie stellen die sog. arbeitnehmerähnlichen Personen dar (§ 12a TVG).

Diese sind vertraglich beschäftigt, stehen nicht in persönlicher, aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit und zeichnen sich durch eine einem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzwürdigkeit aus. Sie sind keine Arbeitnehmer, auch fallen sie grundsätzlich aus dem Arbeitsrecht heraus. Lediglich einzelne Vorschriften werden ausdrücklich für anwendbar erklärt, so bspw. § 2 S. 2 BUrlG, auch ist ihnen durch § 5 I S. 2 ArbGG der Weg zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Außerdem gelten sie als Beschäftigte i.S.d. AGG (vgl. § 6 I S. 1 Nr. 3 AGG).

Schließlich ist als letzter Typus der sog. leitende Angestellte zu sehen. Diese sind Arbeitnehmer, allerdings ist ihnen die Wahrnehmung typischer Arbeitgeberfunktionen übertragen.

Ihr Kündigungsschutz ist schwächer als der „normaler“ Arbeitnehmer, vgl. § 14 KSchG, auch findet das BetrVG nur ausnahmsweise Anwendung auf sie, vgl. § 5 III BetrVG.

(1) F ist ohne eigene Gestaltungsmöglichkeit in den Betrieb des K eingebunden.

(2) Auch kann F nicht über seine Arbeitszeit frei bestimmen, sondern ist vielmehr an die Weisungen des K gebunden.

(3) Schließlich kann F den Inhalt der Arbeit nicht frei wählen.

Die Tätigkeit selbst ist durch die Vorgaben des K bestimmt, und es steht F kein wirtschaftlicher Gestaltungsraum bei den Preisen oder den angebotenen Produkten zu.

Anmerkung: Behalten Sie diese Kriterien im Hinterkopf. Zwar wird die Arbeitnehmereigenschaft selten Hauptthema einer Examensklausur sein, doch kann sie ggf. immer wieder am Rande zu problematisieren sein.

Klopfen Sie den Sachverhalt – wie immer – auf Argumente ab. In Klausuren gilt das sog. Echo-Prinzip: Was im Sachverhalt angesprochen wird, sollte auch in der Klausur verwertet werden.

cc) Zwischenergebnis:

Nach alledem weist F alle Merkmale eines Arbeitnehmers i.S.d. § 611a I BGB auf.

b) Vertragliche Abrede

Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass F nach der ausdrücklichen vertraglichen Abrede der Status eines Selbstständigen gegeben wird.

Diese Abrede wurde jedoch einzig und allein deswegen von K gewählt, um F die Vorteile zu nehmen, die ihm das soziale Arbeitsrecht gewährt. Jedoch kann die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen – anderenfalls würde der Schutzzweck des sozialen Arbeitsrechts, den wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmer weitestgehend vor Ausbeutung zu schützen, konterkariert.

Entscheidend ist aber gem. **§ 611a I S. 6 BGB** nicht die gewählte Bezeichnung, sondern die tatsächliche Durchführung.

Vorliegend ist daher unschädlich, dass der Vertrag ausdrücklich nicht als Arbeitsvertrag bezeichnet ist und weitergehend sogar als Umgehung des Arbeitsrechts geplant war.

Es liegt damit trotz der anders lautenden Terminologie ein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien i.S.d. § 611a I BGB vor, F ist Arbeitnehmer.

4. Ergebnis:

Die Klage des F ist begründet. Er ist damit – unabhängig von der mit K getroffenen Vereinbarung – Arbeitnehmer des K. Als solcher kommt er künftig in den Genuss von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Kündigungsschutz und hat einen gesetzlichen Anspruch auf Erholungsurlaub.

D Zusammenfassung

- Ein Arbeitnehmer kann vor Gericht feststellen lassen, dass er nicht selbstständig ist, sondern tatsächlich Arbeitnehmer. Dies geschieht i.R.d. sog. Statusklage.
- Diese Statusklage ist vor dem Arbeitsgericht zu erheben.
- Wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen zur Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist, ist Arbeitnehmer, unabhängig von der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses, § 611a I S. 1 i.V.m. S. 6 BGB.

hemmer-Methode: Wie bereits angedeutet, wird die Arbeitnehmereigenschaft kaum einmal Mittelpunkt einer Examensklausur sein. Dennoch sollten Sie die Definition des § 611a I BGB genau beherrschen, denn es ist an vielen Stellen entscheidend, ob „nur“ ein Dienstvertrag vorliegt oder weitergehend ein Arbeitsvertrag. Bereits die Kündigung unterscheidet sich, vgl. § 621 BGB für Dienstverhältnisse, § 622 BGB für Arbeitsverhältnisse; § 627 BGB gilt wiederum nur für Dienstverhältnisse, das KSchG ist nur bei Arbeitsverträgen anzuwenden.

Problematisch ist die Arbeitnehmereigenschaft vielfach bei sog. freien Mitarbeitern in den Medien. Hier ist mit dem BAG zu unterscheiden: Hat der Mitarbeiter programmgestaltende Funktionen zu erfüllen und ist weitgehend nicht weisungsgebunden, ist er kein Arbeitnehmer. Fehlt diese programmgestaltende Tätigkeit, ist der Mitarbeiter grundsätzlich Arbeitnehmer (vgl. zur Bedeutung der Eigenart der Arbeitsleistung auch § 611a I S. 4 BGB). Als Arbeitnehmer wurden vom BAG auch Lehrkräfte an Volkshochschulen angesehen, die in den Schulbetrieb eingegliedert sind und nicht lediglich stundenweise Unterricht geben.

Aber: Lernen Sie nicht zu viele Details. Versuchen Sie lieber, anhand der gegebenen Definition zu einem Ergebnis zu kommen. Vielfach ist offensichtlich, wohin die Klausur läuft. Geht es um Probleme der Kündigung, spricht vieles dafür, dass die Arbeitnehmereigenschaft bejaht werden muss, anderenfalls würden viele Probleme abgeschnitten. Auch hier gilt: Verwerten Sie die Angaben des Sachverhalts argumentativ, und Sie stehen auf der „sicheren Seite“.

E. Zur Vertiefung

Zur Arbeitnehmereigenschaft:

- Hemmer/Wüst, Arbeitsrecht, Rn. 17 ff.
- Hemmer/Wüst, Arbeitsrecht Karteikarten, Nr. 2 ff.

Zum Feststellungsinteresse bei Statusklagen:

- BAG, NZA 1999, 669 ff.



Auszug aus den 44 wichtigsten Fällen Strafrecht BT II

Brandstiftungsdelikte

+++ Brandstiftung, § 306 I Nr. 1 StGB +++ Schwere Brandstiftung, § 306a I Nr. 1 StGB +++

Sachverhalt:

Nero ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses. Eine Wohnung bewohnt er selbst, eine andere hat er an die Familie Meyer vermietet. Die restlichen Wohnungen stehen leer. Als Familie Meyer in Urlaub fährt, entschließt sich Nero für einen „warmen Abbruch“. Er sieht in allen Wohnungen nach, ob sich noch Menschen darin befinden. Nachdem er sichergestellt hat, dass sich niemand mehr im Haus befindet, zündet er seine Wohnungstür an. Als er diese in Flammen stehen sieht, überkommt ihn ein Sinneswandel, der ihn dazu bewegt, das Feuer zu löschen.

Frage: Hat sich Nero (N) gem. der §§ 306 ff. StGB strafbar gemacht?

A) Sound

Der Fall beschäftigt sich mit dem Tatbestandsmerkmal des Inbrandsetzens, der Möglichkeit einer Entwidmung und der Frage, ob § 306a I StGB teleologisch zu reduzieren ist, wenn im konkreten Fall keine Menschen gefährdet wurden.

B) Gliederung

Strafbarkeit des N

I. Brandstiftung, § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB

⇒ Objektiver Tatbestand (-)

II. Schwere Brandstiftung, § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand (+)

a) Tatobjekt (+)

(P) Entwidmung

b) Inbrandsetzen (+)

c) Ganzes oder teilweises Zerstören (+)

d) Teleologische Reduktion? (-)

2. Subjektiver Tatbestand (+)

3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

4. Tätige Reue gem. § 306e I StGB (+)

C) Lösung

Strafbarkeit des N

Zu prüfen ist die Strafbarkeit des N gem. der §§ 306 ff. StGB.

I. Brandstiftung, § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB

N könnte sich wegen einfacher Brandstiftung strafbar gemacht haben. Jedoch ist zu beachten, dass entgegen der Überschrift des 28. Abschnitts des StGB § 306 StGB keine gemeingefährliche Straftat, sondern einen besonderen Fall der Sachbeschädigung darstellt. Primär geschütztes Rechtsgut ist somit das fremde Eigentum.

Für N als Eigentümer des betreffenden Gebäudes fehlt es bereits an der erforderlichen Fremdheit des Tatobjekts. Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Schwere Brandstiftung, § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB

Indem N seine Wohnungstür angezündet hat, könnte er eine schwere Brandstiftung i.S.v. § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB begangen haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Das Mehrfamilienhaus des N müsste ein Gebäude sein, welches der Wohnung von Menschen dient.

Das Gebäude wurde von N bewohnt. Allerdings hat er selbst das Feuer entzündet, so dass in dieser Hinsicht von einer Entwidmung auszugehen wäre. Zündet nämlich der Bewohner des Gebäudes dieses selbst an bzw. erteilt er seine Einwilligung hierzu, entfällt konkludent die Widmung des Gebäudes zu Wohnzwecken.

Die Entwidmung muss jedoch durch alle Bewohner erfolgen. Es kommt nicht auf den Willen des Eigentümers an.

Hier bewohnte noch die Familie Meyer das betreffende Gebäude. Diese hat keine Einwilligung in das Abbrennen des Hauses erteilt, so dass es insoweit an einem Entwidmungsakt fehlt.

Der Umstand, dass die Familie Meyer in den Urlaub gefahren ist, ändert daran nichts, denn selbst bei längeren Reisen wird im Umkehrschluss zu § 306a I Nr. 3 StGB eine Entwidmung nicht angenommen. Damit liegt ein Gebäude vor, das der Wohnung von Menschen dient.

b) N könnte das Gebäude in Brand gesetzt haben.

In Brand gesetzt ist ein Tatobjekt, wenn zumindest Teile des Objektes so vom Feuer erfasst werden, dass das Feuer aus eigener Kraft, d.h. ohne Fortwirken des Zündstoffes, weiterbrennt.

Bei Gebäuden wird weiterhin vorausgesetzt, dass es sich um Teile handelt, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlich sind.

In diesem Fall hat N seine Wohnungstür angezündet. Diese brannte eigenständig ohne Fortwirkung des Zündstoffes. Die Wohnungstür ist auch ein Gebäudeteil, welcher für den bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Wohnhauses wesentlich ist.

Anmerkung: Weitere Beispiele für wesentliche Teile: Fensterrahmen; Flurtreppe; Fußboden; Gegenbeispiele: Einrichtungsgegenstände; Gardinen.

N hat somit ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, in Brand gesetzt.

c) Weiterhin könnte er das Gebäude durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

Das Tatobjekt ist zerstört, wenn es vernichtet wird oder seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig verliert. Dies war hier nicht der Fall.

Ein teilweises Zerstören liegt vor, wenn Teile des Tatobjekts, die für seinen bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlich sind, unbrauchbar geworden sind. Für die Wesentlichkeit gelten dieselben Grundsätze wie für das Inbrandsetzen.

Geht man vorliegend davon aus, dass die Wohnungstür durch die Brandlegung unbrauchbar wurde, liegt auch ein teilweises Zerstören eines Gebäudes durch Brandlegung vor.

d) Fraglich ist jedoch, ob hier der objektive Tatbestand durch eine teleologische Reduktion eingeschränkt werden muss.

Hier bieten sich zwei Ansatzpunkte für eine teleologische Reduktion an: Zum einen hat sich N vergewissert, dass sich niemand mehr in dem Gebäude befand, als er das Feuer legte. Es kam daher zu keiner Gefährdung eines Menschen. Auf eine konkrete Gefährdung eines Menschen kommt es bei § 306a I Nr. 1 StGB jedoch nicht an. Bei § 306a I StGB handelt es sich nämlich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

Allerdings liegt der Strafgrund des § 306a I StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt gerade darin, dass zumindest die Möglichkeit bestehen muss, dass ein Mensch gefährdet werden könnte.

Ist eine Gefährdung aber von vornherein mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen, fehlt es, insbesondere im Hinblick auf den Strafraum von bis zu 15 Jahren (vgl. § 38 II StGB), an der Strafwürdigkeit der Tat.

Umstritten ist jedoch, anhand welches Maßstabs eine derartige hinreichende Sicherheit bejaht werden kann. So soll es nach einer Ansicht ausreichend sein, wenn sich der Täter vergewissert, dass sich keine Person mehr in dem Gebäude befindet und er dabei die größtmögliche Sorgfalt anwendet. Nach dieser Ansicht wäre eine teleologische Reduktion in diesem konkreten Fall möglich.

Dagegen hält der BGH eine teleologische Reduktion nur für möglich, wenn eine Gefährdung von Menschen durch absolut zuverlässige und lückenlose Maßnahmen ausgeschlossen wurde. Dies könne aber nur für die Fälle angenommen werden, bei denen der Täter die Räumlichkeiten mit nur einem Blick übersehen und damit eine Gefährdung anderer ausschließen kann. Derartige Räumlichkeiten sollen dabei nur bei kleinen, insbesondere bei einräumigen Hütten oder Häuschen angenommen werden können. Da es sich bei dem fraglichen Gebäude um ein Mehrfamilienhaus handelte, wäre nach der Ansicht des BGH eine teleologische Reduktion ausgeschlossen.

Es ist demnach zu entscheiden, welcher Ansicht zu folgen ist. Für die Literaturansicht könnte sprechen, dass es im Grunde keinen Unterschied macht, ob jemand einen Raum überprüft oder ein ganzes Gebäude nach Menschen durchsucht.

Allerdings schränkt diese Ansicht den Tatbestand des § 306a I StGB zu sehr ein. Da es bei § 306a I StGB gerade nicht auf eine konkrete Gefahr ankommt (anders ist dies bei § 306a II StGB), muss vom Täter verlangt werden, dass er die Situation völlig unter Kontrolle hat und es von vornherein ausgeschlossen ist, dass Menschen gefährdet werden könnten, um eine teleologische Reduktion anzunehmen.

Bei einem Mehrfamilienhaus hat der Täter diese Kontrolle nicht. Während er eine Wohnung durchsucht, können Personen bereits vom Täter durchsuchte Gebäudeteile unbemerkt betreten. Damit liegt zumindest die Möglichkeit einer Gefährdung vor, welche der Vornahme einer teleologischen Reduktion entgegensteht.

Weiterhin könnte man an eine Einschränkung des Tatbestandes denken, weil N nur die Tür seiner eigenen Wohnung angezündet hat. Hier ist allerdings zu beachten, dass die Wohnungstür nicht nur Bestandteil der Wohnung des N, sondern auch wesentlicher Bestandteil des gesamten Gebäudes ist. Deshalb ist hier ohne Bedeutung, dass die in Brand gesetzte Tür zur Wohnung des N gehörte. Eine entsprechende restriktive Auslegung greift daher vorliegend ebenfalls nicht durch.

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

N hat vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Tätige Reue gem. § 306e I StGB

N hat das Feuer freiwillig gelöscht. Sollte dies geschehen sein, bevor ein erheblicher Schaden entstanden ist (bei einem Wohngebäude ist dies erst anzunehmen, wenn zur Schadensbeseitigung mindestens 2.500 € erforderlich sind), kann das Gericht nach seinem Ermessen die Strafe mildern oder von einer Bestrafung absehen, § 306e I StGB.

D) Zusammenfassung

Sound: (Konkludente) Entwidmung der Wohnungseigenschaft;
Teleologische Reduktion eines abstrakten Gefährdungsdelikts.

Eine Räumlichkeit dient nicht mehr der Wohnung von Menschen, wenn sie nach dem Willen aller Bewohner diese Funktion nicht mehr erfüllen soll (Entwidmung).

Die Entwidmung kann auch durch konkludentes Verhalten (Brandlegung) erfolgen.

Ist die Gefährdung von Menschen durch absolut zuverlässige und lückenlose Maßnahmen ausgeschlossen, etwa weil der Täter die Räumlichkeiten

mit nur einem Blick übersehen konnte (kleine einräumige Häuschen oder Hütten), ist § 306a I StGB teleologisch zu reduzieren.

E) Zur Vertiefung

Zu den Brandstiftungsdelikten

- Hemmer/Wüst, StrafR BT II, Rn. 288 ff.
- Hemmer/Wüst, Karteikarten StrafR BT II, Karten 103, 104.
- Berberich/Löper, Brandstiftungsdelikte – Überblick, Systematik und typische Klausurprobleme, Life&LAW 07/2016, 498 ff.

Zu der Einschränkung des § 306a I StGB

- Hemmer/Wüst, StrafR BT II, Rn. 294.

Aus der Rechtsprechung zu den Brandstiftungsdelikten

- Nach BGH kann § 306e StGB analog Anwendung finden, wenn § 306b II Nr. 1 StGB verwirklicht ist und bereits ein erheblicher Sachschaden entstanden ist, der Täter aber freiwillig die konkrete Lebensgefahr für das Opfer beseitigt, vgl. BGH, Beschluss vom 27.05.2020 – 1 StR 118/20 = Life&LAW 02/2021, 102 ff.
- Näher zur objektiven und subjektiven Tatseite der Brandstiftung siehe OLG Saarbrücken, NStZ-RR 2009, 80 ff. = Life&LAW 05/2009, 319 ff.
- Handelt der Täter in der Absicht, einen Versicherungsbetrug zu ermöglichen, ist der Tatbestand des § 306b II Nr. 2 Var. 1 StGB verwirklicht. Eine restriktive Auslegung dahingehend, dass das Brandereignis mit seinen spezifischen Gefahren als Mittel zur Begehung eingesetzt worden sein muss, ist abzulehnen, vgl. BGH, NJW 2007, 2130 ff. = Life&LAW 09/2007, 605 ff. sowie BGH, Beschluss vom 20.10.2011 – 4 StR 344/11 = Life&LAW 04/2012, 305 f.

Repetitorium hemmer

September 2026

[ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

BADEN-WÜRTTEMBERG

ONLINE-KURS

- ✓ Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II
12. und 13. September 2026
- ✓ Intensivkurs Materielles Zivilrecht - 2026 II
09. - 11. Oktober 2026
- ✓ Intensivkurs VwGO - 2026 II
24. und 25. Oktober 2026
- ✓ Intensivkurs Materielles Strafrecht - 2026 II
05. - 07. November 2026
- ✓ Intensivkurs Materielles Öffentliches Recht - 2026 II
21. und 22. November 2026
- ✓ Intensivkurs StPO - 2026 II
26. - 28. November 2026

BAYERN

ONLINE-KURS

- ✓ Kautelarkurs 2026 II
05., 06. und 09. September 2026
- ✓ Arbeitsrecht 2026 II, Gruppe I (Pflichtfachstoff)
12., 13., 19. und 20. September 2026
- ✓ Arbeitsrecht 2026 II, Gruppe II (Pflichtfachstoff)
19. und 20. September, sowie 03. und 04. Oktober 2026
- ✓ Öffentliches Recht für Referendare 2026 II
07., 10., 11. und 14. Oktober 2026
- ✓ Steuerrecht 2026 II
17., 18., 21., 24. und 25. Oktober 2026
- ✓ Erbrecht 2026 II, (mit Up-Grade-Möglichkeit Güterrecht)
31. Oktober und 01. November 2026
- ✓ Strafrecht / Strafprozessrecht 2026 II
04., 07., 08. und 11. November 2026
- ✓ ZPO 2026 II
14., 15. und 18. November 2026

BERLIN

ONLINE-KURS

- ✓ Materielles Strafrecht II - 2. Halbjahr 2026
13., 20. und 27. Oktober, sowie 03. November 2026
- ✓ Grundlagen-Intensiv ZivilR - Die Urteilklausur
22. und 29. Oktober, sowie 05. November 2026
- ✓ Grundlagen-Intensiv ZivilR - Die Anwaltsklausur
26. November, sowie 03. und 10. Dezember 2026

www.assessorkurs-hemmer.de

hemmer.assessorkurs



Mergentheimer Str. 44 / 97082 Würzburg
Tel.: 0931 - 7 97 8 2 30 / repetitorium@hemmer.de



@byhemmer

Repetitorium hemmer

September 2026

[ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

HESSEN

ONLINE-KURS

- ✓ **Crashkurs Materielles Strafrecht für Referendar*innen - mit Kursaufzeichnung**
18., 20., 25. und 27. August 2026
- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**
12. und 13. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Zivilrecht - 2026 II**
09. - 11. Oktober 2026

NIEDERSACHSEN

ONLINE-KURS

- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**
12. und 13. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Zivilrecht - 2026 II**
09. - 11. Oktober 2026

NORD/GPA

ONLINE-KURS

- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**
12. und 13. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Zivilrecht - 2026 II**
09. - 11. Oktober 2026

NORDRHEIN-WESTFALEN

ONLINE-KURS

- ✓ **Crashkurs Materielles Zivilrecht – 8 Tage Intensivtraining**
29. und 30. August, sowie 12., 13., 26. und 27. September, sowie 10. und 11. Oktober 2026
- ✓ **Crashkurs Öffentliches Recht für Referendar*innen in NRW**
07. und 08. November 2026

OST

ONLINE-KURS

- ✓ **Crashkurs Materielles Strafrecht für Referendar*innen - mit Kursaufzeichnung!**
18., 20., 25. und 27. August 2026
- ✓ **Intensivkurs ZPO I und II - 2026 II**
12. und 13. September 2026
- ✓ **Crashkurs - Öffentliches Recht Mecklenburg-Vorpommern - online**
24., 25. und 26. September 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Zivilrecht - 2026 II**
09. - 11. Oktober 2026
- ✓ **Intensivkurs Materielles Strafrecht - 2026 II**
05. - 07. November 2026
- ✓ **Intensivkurs StPO - 2026 II**
26. - 28. November 2026

DEMNÄCHST

ZIVILRECHT

Die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Reichweite der Vermutung des § 477 BGB ist noch nicht bei jedem OLG angekommen!

Verbrauchsgüterkauf; Beweislast für das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang; §§ 433, 434, 446, 477 BGB

ÖFFENTLICHES RECHT

Öffentliche Einrichtungen: Ausschluss eines Redners

Einstweiliger Rechtsschutz gemäß § 80 V S. 1 HS 2 VwGO; Zulassungsanspruch zu einer öffentlichen Einrichtung;

Widerruf nach Art. 49 II S. 1 Nr. 4 BayVwVfG; Art. 21 Ia BayGO; Gefahrenprognose; Verfassungskonforme Auslegung i.S.d. Art. 5 II GG

Wollen Sie immer „up to date“ sein, was bei hemmer passiert?

Hier finden Sie:

hemmernews, Gewinnspiele, Hinweise auf neue hemmer-Produkte,
Skurriles und Lustiges.

hemmer@facebook

www.facebook.com/byhemmer



hemmer@instagram

www.instagram.com/byhemmer



IMPRESSUM

HERAUSGEBER

hemmer/wüst Verlagsgesellschaft mbH Karl-
Edmund Hemmer · Achim Wüst

AUTOREN

Michael Tyroller · Michael Grieger
Bernd Berberich · Clemens d'Alquen

VERLAG

hemmer/wüst Verlagsgesellschaft mbH
Mergentheimer Strasse 44
97082 Würzburg

ERSCHEINUNGSWEISE

Monatlich

BEZUGSPREISE

8,70 Euro inkl. Versand
7,50 Euro für Abonnenten

ANZEIGENBESTELLUNG

Liza Wüst
Tel.: 09 31 / 7 97 82 30
E-Mail: lw@hemmer.de

ABO-SERVICE

hemmer/wüst Verlagsgesellschaft mbH
Irene Köhler
Mergentheimer Strasse 44
97082 Würzburg
Tel.: 09 31 / 7 97 82 30
Fax: 09 31 / 7 97 82 34
E-Mail: lifeandlaw@hemmer.de
www.lifeandlaw.de

Kündigung jederzeit zum Monatsende
beim Abo-Service in Textform
(z.B. eMail, Fax, schriftlich)

DRUCK

Schleunungsdruck GmbH
97828 Marktheidenfeld

URHEBER- UND VERLAGSRECHTE

Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere des Nachdrucks, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, der Hemmer/Wüst-Verlagsgesellschaft vorbehalten.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen; alle Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen, dass sie keiner anderen Zeitschrift angeboten worden sind und der Autor Inhaber des Urheberrechts ist. Mit ihrer Aufnahme wird von Life&LAW das ausschließliche Nutzungsrecht (inkl. elektronischer Nutzung) erworben. Namentlich gekennzeichnete Beiträge stellen nicht immer die Auffassung der Herausgeber dar.

KIRKLAND & ELLIS

**DU WILLST AUF
DER EINSAMEN
SPITZE NIEMALS
ALLEINE SEIN?**

**DANN GOOGLE MAL:
KIRKLAND SPITZE
UND FINDE DEIN
TEAM.**

Und jetzt lass uns
über dich reden:
karriere.kirkland.com

Private Equity/M&A
Corporate/Capital Markets
Restructuring
Debt Finance
Tax

