BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT
BRZ
GEGRÜNDET 2019

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

EDITORIAL X-Tutorial der Berliner University Alliance: „Tatort Mikrofon“ *(Marie Meiners und Regina Roßbach)*

AUS DER LEHRE

Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley) und Dr. Jan Markus Weber
Die Referendarexamensklausur

Prof. Dr. Florian Jeßberger und Leon Trampe
Völkerstrafrecht in Deutschland: Eine Einführung
Teil 2: Anwendungspraxis, übergreifende Fragen und Ausblick

ZIVILRECHT

Frederic Waubke
Unterlassungsansprüche von Aktionären gegen politische Äußerungen des Vorstands der AG

ÖFFENTLICHES RECHT

Friederike Wollny
Der Umgang mit dem Wolf – Entwicklungslinien seines Schutzes

Marc Reder
Verträge unter nahen Angehörigen – Der Fremdvergleich zwischen Verfassungsauftrag und Vollzugsdefizit

STRAFRECHT

Thore Surburg
Schädliche Neigungen im Kontext von Jugendstrafe – Rechtshistorische, gesetzesgenetische und rechtstatsächliche Aspekte, der geltende Rechtsrahmen, Kritik und Reform

GRUNDLAGEN

Paul Ferran Stein
Die Herrschaft der Mehrheit: Demokratie bei Friedrich A. von Hayek

7. Jahrgang · Seiten 61–151
www.berlinerrechtszeitschrift.de
ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2026

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion

Schriftleitung

Wilhelm Böttcher, Marlen Graf, Victoria Haub, Luisa Lerch, Arne Stockum, Valentin Stojiljkovic

Verlagsleitung

Elias Zengin

Redaktion

Timur Aksu, Rabea Albayrak, Merve Aykanat, Amra Bendow, Ludwig Berghofer, Tim Bielig, Leonard Buchholzer, Simeon Collins, Noa Emily Dichristin, Nadia Félix Padilla, Sofia Flotho, Marike Franke, Konstantin Gasoski, Mira Gerth, Ava Gottschalk, Jasper Hagen, Victoria Haub, Benjamin Herting, Kira Hoskins, Karl Huhn, Felix Jonathan Janousek, Luca Katolla, Maximilian Kelp, Shiva Khakrah, Vincent Link, Johanna Mattat, Maya Emilia Merker, Charlotte Müller, Matthias Nikutta, Piet Oevermann, Lara Ritter, Torben Roese, Chris-Marlon Rump, Marvin Ruppert, Celine Schmidt, Lilli Schuller, Maximilian Schulze, Anna M. Snoppek, Lasse Stegenwallner, Katharina Strötker, Ava Walsdorf, Dilem Pia Yildiz, Elias Zengin, Milan Zimmer

Wissenschaftlicher Beirat

Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*
Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*
Univ.-Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan)
Dr. *Lukas Böffel*, LL.M. (Berkeley)
Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur
Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*
Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*
Univ.-Prof. Dr. *Katharina de la Durantaye*, LL.M. (Yale)
Prof. Dr. *Torben Ellerbrok*, Mag. rer. publ.
Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago)
Dr. *Andreas Fijal* †
Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*
Prof. Dr. *Thomas Grützner*
Prof. *Niko Härting*
Univ.-Prof. Dr. Fe*lix Hartmann*, LL.M. (Harvard)
Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*
Univ.-Prof. Dr. *Klaus Hoffmann-Holland*
Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*
Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*
Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*
Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*
Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*
Prof. Dr. *Bettina Rentsch*, LL.M. (Michigan)
Univ.-Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger*
Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*
Dr. *Michael Sommerfeld*
Univ.-Prof. Dr. *Sophie Schönberger*
Prof. Dr. *Björn Steinrötter*
Prof. Dr. *Johannes Weberling*
Prof. Dr. *Maik Wolf*
Univ.-Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

Zitiervorschlag

Name, BRZ 2026, (Seite)

Die BRZ sagt Danke!

Das Team der BRZ bedankt sich herzlich bei ihren Kooperationspartnern:

RAUE

Hildebrandt.
RECHTSANWÄLTE

Das Team der BRZ bedankt sich außerdem bei dem Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin*.

Freie Universität Berlin

Sie möchten die BRZ unterstützten? Dann werden Sie Mitglied im Berliner Rechtszeitschrift e.V.! Mehr Informationen dazu auf www.berlinerrechtszeitschrift.de!

Vorwort der Schriftleitung

Die zweite Ausgabe im Jahr 2026 umfasst eine Auswahl aus 44 Einsendungen, die uns aus dem gesamten Bundesgebiet erreichten.

Als Auftakt dient das Editorial der Studentinnen *Marie Meiners* und *Regina Roßbach* zu den Erfahrungen aus ihrem einjährigen X-Tutorial der Berlin University Alliance „Tatort Mikrofon" aus dem Sommer- und Wintersemester 2025/2026. Das Seminar vereint Rechtswissenschaft, Kommunikationswissenschaft sowie Sozial- und Kulturanthropologie. Gemeinsam mit den Kursteilnehmenden gingen sie empirisch der Darstellung von Recht in drei True Crime Podcasts nach und prüften deren Auswirkungen auf die Hörerinnen und Hörer anhand der Kultivierungstheorie.

Im Beitrag aus der Lehre besprechen Dr. *Lukas Böffel* und RiLG Dr. *Jan Weber* Grundsätze und Techniken zum Verfassen einer gelungenen Referendarexamensklausur. Dabei arbeiten sie fächerübergreifende methodische und klausurtechnische Fähigkeiten heraus, um vorhandenes Wissen unter Prüfungsbedingungen in eine überzeugende Falllösung umzusetzen. Der Beitrag knüpft an die Darstellungen zur Assessorexamensklausur in BRZ 2025, 83 an.

Fortgesetzt wird außerdem der Beitrag von Prof. Dr. *Florian Jeßberger* und *Leon Trampe* zur Einführung in das Völkerstrafrecht in Deutschland. Der erste Teil wurde in BRZ 2026, 3 veröffentlicht. Der zweite Teil enthält einen Blick auf die Entwicklungen des Völkerstrafrechts und die deutsche Anwendungspraxis sowie auf zentrale Schnittstellen zwischen staatlicher und internationaler Ordnung.

Im ersten studentischen Beitrag bespricht *Frederic Waubke* die Frage, ob sich Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften im Rahmen ihrer organschaftlichen Stellung politisch äußern dürfen. Schwerpunkt der Untersuchung ist dabei die Rechtsschutzmöglichkeit von Aktionären gegen Äußerungen, insbesondere durch den quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch.

Im zweiten studentischen Beitrag befasst sich *Friederike Wollny* mit der Entwicklung des Wolfsschutzes im Mehrebenensystem des Völker-, Unions- und nationalen Rechts sowie den Folgen der Aufnahme des Wolfs in das Bundesjagdgesetz. Abschließend macht die Verfasserin eigene Änderungsvorschläge zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung des Bundesjagdgesetzes.

Im dritten studentischen Beitrag aus dem Steuerrecht bespricht *Marc Reder* den Fremdvergleich als Mittel zur Beurteilung der Frage, ob die Verlagerung von Einkünften aus Familienpersonengesellschaften auf nahe Angehörige in niedrigeren Progressionszonen durch die Einkünfteerzielung oder die private Lebensführung veranlasst ist. Diese Frage steht im Spannungsverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG. Der Beitrag beleuchtet Vollzugsdefizite und Möglichkeiten, den Fremdvergleich datengestützt fortzuentwickeln.

Im vierten studentischen Beitrag untersucht *Thore Surburg* die rechtshistorischen, gesetzesgenetischen und rechtstatsächlichen Aspekte des bereits im Nationalsozialismus geprägten und noch heute herangezogenen Begriffs der „schädlichen Neigungen" im Jugendstrafrecht. Der Verfasser geht auf den geltenden Rechtsrahmen und Kritik ein, bevor er sich mit Reformmöglichkeiten auseinandersetzt.

Im letzten studentischen Beitrag der Ausgabe stellt *Paul Stein* die Demokratietheorie von Nobelpreisträger Friedrich von Hayek auf den Prüfstand. Dabei stellt sich heraus, dass Hayeks Demokratiebegriff beschränkt ist und der Mehrheit der Bevölkerung keinen Raum für eine produktive demokratische Beteiligung bietet.

Die Schriftleitung wird seit dieser Ausgabe tatkräftig von *Wilhelm Böttcher* und *Luisa Lerch* unterstützt. Dafür ist *Nadia Rode* aus der Schriftleitung ausgeschieden. Sie absolviert einen Master of Law in den Vereinigten Staaten. *Elias Zengin* übernimmt die Leitung der Verlagsorganisation und folgt damit auf *Clara Vogel*, die sich künftig ihrer Examensvorbereitung widmet. Wir bedanken uns im Namen der Redaktion für die gute Zusammenarbeit.

Außerdem freuen wir uns, die Berliner Kanzlei *Hildebrandt. Rechtsanwälte PartG mbB* als Kooperationspartner gewonnen zu haben. Wir danken insbesondere Prof. Dr. *Ulrich Sawatzki* (vorm. Hildebrandt) und *Marc Steinmayer*.

Wir wünschen Ihnen und Euch eine anregende Lektüre!

Wilhelm Böttcher, Marlen Graf, Victoria Haub,
Luisa Lerch, Arne Stockum, Valentin Stojiljkovic.

Inhaltsverzeichnis

EDITORIAL Seite

Marie Meiners und *Regina Roßbach*
X-Tutorial der Berliner University Alliance: „Tatort Mikrofon“ 61

AUS DER LEHRE

Dr. *Lukas Böffel*, LL.M. (Berkeley) und Dr. *Jan Markus Weber*
Die Referendarexamensklausur 63

Prof. Dr. *Florian Jeßberger* und *Leon Trampe*
Völkerstrafrecht in Deutschland: Eine Einführung
Teil 2: Anwendungspraxis, übergreifende Fragen und Ausblick 80

ZIVILRECHT

Frederic Waubke
Unterlassungsansprüche von Aktionären gegen politische Äußerungen des Vorstands der AG 90

ÖFFENTLICHES RECHT

Friederike Wollny
Der Umgang mit dem Wolf – Entwicklungslinien seines Schutzes 101

Marc Reder
Verträge unter nahen Angehörigen – Der Fremdvergleich zwischen Verfassungsauftrag und Vollzugsdefizit 113

STRAFRECHT

Thore Surburg
Schädliche Neigungen im Kontext von Jugendstrafe – Rechtshistorische, gesetzesgenetische und rechtstatsächliche Aspekte, der geltende Rechtsrahmen, Kritik und Reform 129

GRUNDLAGEN

Paul Ferran Stein
Die Herrschaft der Mehrheit: Demokratie bei Friedrich A. von Hayek 139

Seiten 61–151
Jahrgang 7 · Heft 2
24. November 2026

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT **BRZ**

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: *Wilhelm Böttcher, Marlen Graf, Victoria Haub, Luisa Lerch, Arne Stockum, Valentin Stojiljkovic*

Redaktion: *Timur Aksu, Rabea Albayrak, Merve Aykanat, Amra Bendow, Ludwig Berghofer, Tim Bielig, Leonard Buchholzer, Simeon Collins, Noa Emily Dichristin, Nadia Félix Padilla, Sofia Flotho, Marike Franke, Konstantin Gasoski, Mira Gerth, Ava Gottschalk, Jasper Hagen, Victoria Haub, Benjamin Herting, Kira Hoskins, Karl Huhn, Felix Jonathan Janousek, Luca Katolla, Maximilian Kelp, Shiva Khakrah, Vincent Link, Johanna Mattat, Maya Emilia Merker, Charlotte Müller, Matthias Nikutta, Piet Oevermann, Lara Ritter, Torben Roese, Chris-Marlon Rump, Marvin Ruppert, Celine Schmidt, Lilli Schuller, Maximilian Schulze, Anna M. Snoppek, Lasse Stegenwallner, Katharina Strötker, Ava Walsdorf, Dilem Pia Yildiz, Elias Zengin, Milan Zimmer*

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*, Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*, Univ.-Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan), Dr. *Lukas Böffel*, LL.M. (Berkeley), Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*, Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*, Univ.-Prof. Dr. *Katharina de la Durantaye*, LL.M. (Yale), Prof. Dr. *Torben Ellerbrok*, Mag. rer. publ., Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. *Andreas Fijal* †, Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*, Prof. Dr. *Thomas Grützner*, Prof. *Niko Härting*, Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*, Univ.-Prof. Dr. *Klaus Hoffmann-Holland*, Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*, Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*, Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*, Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*, Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*, Prof. Dr. *Bettina Rentsch*, LL.M. (Michigan), Univ.-Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger*, Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*, Dr. *Michael Sommerfeld*, Univ.-Prof. Dr. *Sophie Schönberger*, Prof. Dr. *Björn Steinrötter*, Prof. Dr. *Johannes Weberling*, Prof. Dr. *Maik Wolf*, Univ.-Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

EDITORIAL

X-Tutorial der Berliner University Alliance: „Tatort Mikrofon“

True Crime Podcasts sind längst kein Nischenphänomen mehr. Zahlreiche Podcasts erreichen wöchentlich ein Millionenpublikum. Mit ihnen dringt das Strafrecht in einen Bereich, in dem es sonst selten verhandelt wird: die Unterhaltung. An diesem Punkt setzt das Projekt „Tatort Mikrofon“ als ein X-Tutorial der Berlin University Alliance – angeboten am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin – unter der Betreuung von Professor Dr. *Marko Bachl* an.

Die Idee entstand aus einer Beobachtung, die vermutlich viele teilen, die selbst regelmäßig True Crime Formate hören: Rechtliche Begriffe fallen, Urteile werden kommentiert und Institutionen bewertet. Doch wie genau das geschieht, ob korrekt, vereinfacht oder zugespitzt, bleibt meist unbeachtet. Daraus ergab sich die Leitfrage des Projekts, inwiefern die Darstellung des Strafrechts in Podcast-Produktionen von eigenen dramaturgischen Interessen geprägt ist.

Der Titel des Projekts, „Tatort Mikrofon“, spielt mit der beschriebenen Beobachtung. Er verweist einerseits direkt auf das Mikrofon, als Gerät mit dem True Crime Erzählungen aufgenommen werden, und zitiert andererseits den „Tatort“ als Ort des Verbrechens. Dies führte zur These: Das Mikrofon selbst wird zum Schauplatz, an dem Recht verhandelt und manchmal auch verzerrt wird. Um dieser These nachzugehen, wurde das interdisziplinär zusammengesetzte X-Tutorial aus Rechtswissenschaft, Kommunikationswissenschaft sowie Sozial- und Kulturanthropologie ins Leben gerufen. Die Durchführung war zweigliedrig aufgebaut. Zunächst sollten Auffälligkeiten ausgewählter Folgen hinsichtlich ihrer jeweiligen Darstellungen codiert werden. Dieser Teil des Projektes konnte bereits abgeschlossen werden. Im zweiten Teil lag der Fokus auf den Wirkungen in Bezug auf das Rechts- und Gerechtigkeitsverständnis von Hörer*innen. Die Ergebnisauswertung hierzu steht noch aus.

Im Sommersemester 2025 bestand die Forschungsgruppe aus Studierenden der Rechtswissenschaft zwischen dem 2. und 8. Fachsemester, der Publizistik- und Kommunikationswissenschaft im 4. Semester sowie der Sozial- und Kulturanthropologie im 2. Semester. Methodisch beruhte der erste Projektteil auf einer qualitativen Inhaltsanalyse mit explorativem Ansatz. Die Stichprobe umfasste „Aktenzeichen XY“[1], „Mordlust“[2] und „Zeit Verbrechen“[3]. Die Podcasts der Stichprobe wurden nach ihrer hohen Relevanz und Reichweite, ihrer professionellen Produktion sowie ihrem erkennbaren Bezug zum deutschen Strafrecht ausgewählt. Zudem mussten die Formate untereinander vergleichbar

[1] *Neue deutsche Filmgesellschaft* (Erstausstrahlung: 15.09.2022 im Auftrag des ZDF), Podcast: Aktenzeichen XY… Unvergessene Verbrechen.
[2] *Partner in Crime* (Erstausstrahlung 17.07.2018, bis 2021 im Auftrag des ZDF für funk, seit 2022 Partner in Crime), Podcast: Mordlust.
[3] *DIE ZEIT* (Erstausstrahlung: 24.04.2018), Podcast: Zeit Verbrechen.

sein: ähnlicher episodischer Aufbau, ähnliche Erscheinungsfrequenz und ähnliches Alter der Formate. Miteinbezogen wurden private, verlagsgebundene und öffentlich-rechtliche Medienhäuser. Gegenstand der Analyse waren jeweils die zum Erhebungszeitpunkt neuesten Folgen.

Jede*r Teilnehmer*in bearbeitete drei zufällig zugeordnete Folgen. Die Inhaltsanalyse stützte sich auf ein eigens entwickeltes Kategoriensystem, mit dem die Komplexität und Vereinfachung, die Erzählweise und das Narrativ, die herangezogenen Quellen sowie die Neutralität oder die vorgenommenen Bewertungen für jede zugewiesene Folge codiert werden sollten. Jede Fundstelle wurde systematisch mit Fundort, Zeitstempel, wörtlichem Ausschnitt und der sprechenden Person erfasst, um die Analyse nachvollziehbar und die Ergebnisse über die drei Podcasts hinweg vergleichbar zu machen.

Hieraus ergaben sich bereits jetzt erste Ergebnisse:

Über alle drei Podcasts hinweg zeigt sich ein ähnliches Bild. Juristische Sachverhalte werden vereinfacht dargestellt, gleichzeitig aber gezielt zur Spannungserzeugung genutzt. Bei „Mordlust“ dienen Gerichtsprozesse oft als dramaturgische Wendepunkte, ergänzt durch kritische Bewertungen von Urteilen und eine starke Emotionalisierung über die Perspektiven von Opfern und Angehörigen. Bei „Zeit Verbrechen“ werden juristische Inhalte ebenfalls oft verkürzt dargestellt; detaillierte Erklärungen sind selten. Das Strafrecht dient vor allem dem Storytelling und wird zur Dramatisierung genutzt. Als Quellen treten überwiegend Journalist*innen auf. Kritik und moralische Kommentare sind häufig. Bei „Aktenzeichen XY“ werden juristische Begriffe teils vereinfacht oder ungenau verwendet. Der Fokus liegt stärker auf der Polizeiarbeit; weniger auf den rechtlichen Hintergründen. Die Sprachwahl dient einer Spannungskurve. Kommissar*innen, Zeug*innen und Angehörige werden als Quellen herangezogen. Urteile und Institutionen werden bewertet.

Fehlinformationen wurden in keinem der drei Podcastformate gefunden.

Der zweite Teil des Projekts im Wintersemester 2025/26, der sich mit der Rezeption und den Wirkungen auf Hörer*innen befasste, umfasste leitfadengestützte Interviews mit Podcast-Hörer*innen. Hierbei musste durch ein Screening-Verfahren mit einer kurzen Vorbefragung sichergestellt werden, dass nur diejenigen befragt werden, die mehrmals wöchentlich über einen Zeitraum von mindestens einem halben Jahr True Crime Podcasts gehört haben. Zur besseren Operationalisierbarkeit der Forschungsfrage für die durchzuführenden Interviews bedurfte diese einer Anpassung. Der Forschungsschwerpunkt musste – auch aufgrund der Zugänglichkeit der Befragungspopulation – in diesem zweiten Teil des Projekts stärker dahingehend präzisiert werden, worin die Unterschiede der Rezeption und Wirkungen von True Crime Podcasts auf Studierende der Rechtswissenschaft und anderer Fächer liegen. Insgesamt wurden 17 Personen befragt, darunter acht Personen aus dem Rechtswissenschaftsstudium.

Der Vergleich zwischen Studierenden der Rechtswissenschaft und anderen Bereichen sollte aufdecken, ob es Hinweise darauf gibt, dass ein möglicher Kultivierungseffekt von True Crime Podcasts bei Studierenden der Rechtswissenschaft oder anderer Bereiche unterschiedlich ausfällt. In Frage stand, ob Vorwissen über Funktionen und Strukturen im deutschen Rechtssystem die Wahrnehmung und Rezeption von True Crime Podcasts bei den Hörer*innen verändert. Dies beruht auf der Kultivierungstheorie der Kommunikationswissenschaft. Sie wurde erstmals 1969 von *Gerbner* in „Toward ‚Cultural Indicators‘“ vorgestellt und geht davon aus, dass wiederkehrende, in sich konsistente Darstellungen in den Medien die Rezipient*innen in ihrer Vorstellung von der Realität beeinflussen können. Insbesondere bei Menschen mit wenig eigenem Faktenwissen können solche Darstellungen zu einem verzerrten Bild der Realität beitragen. Die Fragen der Interviews umfassten allgemeine Fragen zum Gerechtigkeitsempfinden, etwa „Wann empfindet ihr ein Urteil als fair?“ oder „Wie beeinflussen True Crime Podcasts euer Vertrauen in Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte?“ sowie konkrete Reflektionen zur Darstellungsform von True Crime Podcasts, wie „Wenn ihr selbst True Crime Podcasts machen würdet, was würdet ihr anders darstellen?“. Ob sich die vermuteten Unterschiede in der Wahrnehmung

der beiden Vergleichsgruppen bestätigen lassen, wird sich in der ausstehenden Ergebnisauswertung zeigen.

Die Forschung zur Wahrnehmung und Rezeption von Podcasts ist eher spärlich. Die bestehende Forschung beschränkt sich überwiegend auf das Nutzungsverhalten von Podcast-Hörer*innen. Insbesondere im Hinblick auf das Vertrauen in staatliche Institutionen, die Wahrnehmung von Kriminalität und deren Aufklärung stellt sich aber auch die Konzeption der True Crime Podcasts selbst als ein wichtiger Forschungsgegenstand heraus und sollte auch zukünftig nicht vernachlässigt werden.

von **Marie Meiners** *und* **Regina Roßbach**
Studierende der Rechtswissenschaft und Publizistik und Kommunikationswissenschaft der Freien Universität Berlin (7. Semester).

Dr. *Lukas Böffel*, LL.M. (Berkeley)[*] und Dr. *Jan Markus Weber*[**]

Die Referendarexamensklausur

Der Erfolg in den Klausuren des Referendarexamens hängt nicht allein von soliden Rechtskenntnissen ab. Ebenso bedeutsam sind methodische und klausurtechnische Fähigkeiten, um vorhandenes Wissen unter Prüfungsbedingungen in eine überzeugende Falllösung umzusetzen. Trotz der Unterschiede zwischen den Rechtsgebieten lassen sich insoweit zahlreiche übergreifende Grundsätze und Techniken identifizieren. Der Beitrag arbeitet diese heraus, ordnet sie kritisch ein und leitet daraus konkrete Empfehlungen für die Bearbeitung von Referendarexamensklausuren ab.

Inhaltsübersicht

A. Bestandsaufnahme und Zielsetzung 63
B. Grundsätzliches 64
I. Prüfungsstoff 64
II. Stufenkonzept 64
III. Die Vorbereitungsphase 65
1. Organisatorische Leitplanken 65
2. Zeitplanung 66
3. Klausurübung 67
4. Zwischenergebnis 69
C. Klausurbearbeitung 69
I. Aufgabenerfassung 69
II. Schwerpunktanalyse 70
1. Aufgeworfene Rechtsprobleme 70
2. Sachverhaltserfassung 70
3. Assoziationen und Problemlisten 71
III. Gesetzesarbeit 71
IV. Lösungsskizze 72
1. Struktur 72
2. Methodisches Vorgehen 72
3. Hilfsgutachterliche Erwägungen 73
V. Gutachtenstil 73
1. Obersatz 73
2. Definition 74
3. Subsumtion 74
4. Prüfungsübergreifende Struktur 75
VI. Schwerpunktsetzung 75
VII. Zeitmanagement 76
VIII. Argumentation 77
1. Auslegungsmethoden 77
2. Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit 77
3. Keine Bekräftigungen, keine Abschwächungen 77
IX. Sprache 78
X. Äußere Form 78
1. Leserlichkeit 78
2. Gliederungen und Überschriften 78
XI. Fahrplan 79
D. Schlussbemerkungen 79

A. Bestandsaufnahme und Zielsetzung

Das Studium der Rechtswissenschaft mündet für die meisten in die erste juristische Prüfung, oder anders: das erste Staatsexamen. Bis dahin ist es ein langer Weg, der jedem[1], der ihn beschreiten will, zahlreiche kleinere und größere Herausforderungen stellt. Derzeit sind mehrere – in Berlin und Brandenburg sieben – fünfstündige Aufsichtsarbeiten anzufertigen. Neben dem schriftlichen Teil umfasst die staatliche Pflichtfachprüfung die mündliche Prüfung; hinzutritt der universitäre Schwerpunktbereich. Den Aufsichtsarbeiten kommt für das Prüfungsergebnis jedoch besonderes Gewicht zu. In Berlin und Brandenburg machen

[*] Wiss. Mitarbeiter und Habilitand an der Freien Universität Berlin sowie Associate Researcher des European Banking Institute (EBI). Der *Autor* ist zudem Mitglied des wiss. Beirats der BRZ.
[**] Richter am Landgericht Berlin II, zugleich Leiter von Referendariats-Arbeitsgemeinschaften im Zivilrecht beim Kammergericht sowie bestellter nebenamtlicher Prüfer beim GJPA. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönlichen Meinungen der Verf. wieder.
[1] Es wird das generische Maskulinum verwendet. Es sind alle Personen jedweden Geschlechts gemeint und angesprochen.

sie gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 JAO Bln bzw. § 10 Abs. 2 S. 2 JAO Bbg 63 % der staatlichen Note aus. Bereits ihre Gewichtung rechtfertigt es daher, der Vorbereitung auf dieses Prüfungsformat besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Der Begriff „Prüfungsformat" ist nicht zufällig gewählt: Die Referendarexamensklausur[2] unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von den Prüfungsarbeiten während des Studiums. Dazu gehören insbesondere die größere Stoffmenge, die Breite möglicher Themen, der Zeitdruck während der Bearbeitung und die besondere Belastung, innerhalb kurzer Zeit mehrere fünfstündige Klausuren schreiben zu müssen. Auch die Examensvorbereitung selbst erstreckt sich regelmäßig über einen deutlich längeren Zeitraum. Der Umgang mit diesen Anforderungen will geübt sein.[3]

Dieser Beitrag hat sich daher zum Ziel gesetzt, diejenigen Faktoren zu identifizieren und zu erläutern, die zu einer erfolgreichen Klausurbearbeitung beitragen. Nun könnte man zwar meinen, dass es sich dabei um Offensichtlichkeiten handelt. Dem ist jedoch nicht so. Vielmehr bestehen gerade hinsichtlich der methodischen und klausurtechnischen Anforderungen mitunter erhebliche Wissenslücken. Der Beitrag soll deshalb die Besonderheiten des Prüfungsformats herausarbeiten und Methoden sowie Techniken vermitteln, die eigenständige methodisch belastbare juristische Lösungen fördern können. Insbesondere soll er dazu ermutigen, sich kritisch mit dem Prüfungsstoff auseinanderzusetzen und Begründungsansätze aus dem Gesetz zu entwickeln.[4] Materiell-rechtliche Gesichtspunkte spielen in diesem Beitrag allenfalls am Rande und nur dann eine Rolle, wenn Beispiele gebildet werden, um die methodischen Ausführungen zu verdeutlichen.

Die nachfolgenden Empfehlungen können keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben. Sowohl die Examensvorbereitung als auch das Vorgehen in der Klausur unterscheiden sich individuell merklich.[5] Unterschiedliche Vorgehensweisen lassen dabei nicht *per se* einen Rückschluss auf die Qualität der Klausurbearbeitung zu. Die dargestellten Methoden und Techniken sind daher nicht als starre Vorgaben zu verstehen, sondern müssen an die jeweilige Klausur und die individuellen Arbeitsweisen angepasst werden.

B. Grundsätzliches

Für eine gelungene Referendarexamensklausur sind mehrere methodische und technische Aspekte entscheidend (s. dazu noch sub C.). Bevor diese im Einzelnen behandelt werden, sind einige übergreifende Überlegungen voranzustellen. Sie bilden den Rahmen für die nachfolgenden Empfehlungen.

I. Prüfungsstoff

Am Anfang der Examensvorbereitung sollte der Prüfungsstoff stehen. Für Berlin bestimmt § 3 JAO Bln, welche Inhalte Gegenstand der Prüfungsaufgaben sein können. Ein Blick in die Ausbildungsordnung lohnt aus mehreren Gründen:

Erstens grenzt sie den Prüfungsstoff ein. Sie zeigt damit, welche Kenntnisse verlangt werden können und gibt insoweit eine Struktur vor.

Zweitens wird dadurch deutlich, was alles nicht zum Prüfungsstoff gehört. Das ist für eine effiziente Zeitplanung wichtig, da verfügbare Lernmaterialien oftmals nicht auf die landesrechtlichen Vorgaben zugeschnitten sind. Auch während der Vorbereitung empfiehlt sich daher ein regelmäßiger Abgleich mit § 3 JAO Bln (s. dazu noch sub II.)

Drittens schafft die klare Begrenzung des Prüfungsstoffs Orientierung. Der Lernstoff ist umfangreich und schon deshalb herausfordernd. Umso hilfreicher ist es, genau zu wissen, was im Examen verlangt werden kann – und was nicht.

Viertens gibt § 3 JAO Bln auch vor, in welcher Tiefe der jeweilige Stoff beherrscht werden muss. Dort wird zwischen den mit „G" und „R" gekennzeichneten Prüfungsgebieten unterschieden. „G" bezeichnet Grundzüge. Verlangt werden das Verständnis der gesetzlichen Systematik sowie Kenntnisse von Sinn und Inhalt der wesentlichen Vorschriften und Rechtsinstitute. „R" verlangt darüber hinaus Kenntnisse der Rechtsprechung und Lehre zu theoretisch oder praktisch bedeutsamen Rechtsfragen. Diese Unterscheidung sollte sich unmittelbar in der Vorbereitung widerspiegeln, da nicht jeder Teil des Prüfungsstoffs mit derselben Tiefe erarbeitet werden muss und kann.

II. Stufenkonzept

Für die Examensvorbereitung bietet sich ein Stufenkonzept an. Ausgangspunkt ist die eben dargestellte Unterscheidung in § 3 JAO Bln zwischen Rechtsgebieten, die nur in Grundzügen („G") und solchen, die unter Einbeziehung von Rechtsprechung und Lehre („R") beherrscht werden müssen. Unabhängig von der danach erforderlichen Vertiefung müssen zunächst die Grundlagen erarbeitet werden.

Auf der ersten Stufe stehen die methodischen Grundlagen. Dies sind der Gutachtenstil und die juristischen Auslegungsmethoden. Der Gutachtenstil gibt die Struktur vor, in der Rechtsfragen in der Referendarexamensklausur zu prüfen und zu beantworten sind (s. dazu noch sub C, V). Die

[2] Terminologisch ist dabei zu beachten, dass die Klausuren der ersten juristischen Prüfung auch Referendarexamensklausuren genannt werden. Sie sind also von den Klausuren nach dem juristischen Vorbereitungsdienst (Referendariat) i.R.d. zweiten juristischen Prüfung, oder anders: dem zweiten Staatsexamen, zu unterscheiden; zu letzteren s. bereits *Böffel/Weber*, BRZ 2025, 83 *passim*.

[3] *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (752).

[4] *Lobinger*, SudZR 2025, 268 (269 a.E. f.); vgl. auch *Körber*, JuS 2008, 289 (294).

[5] Vgl. *Lobinger*, SudZR 2025, 268 (269).

Auslegungsmethoden ermöglichen es demgegenüber, Inhalt und Reichweite der anzuwendenden Normen zu bestimmen (s. dazu noch sub C, VIII). Beides wird unabhängig vom jeweiligen Rechtsgebiet benötigt und bildet daher den Ausgangspunkt der weiteren Vorbereitung.[6]

Auf der zweiten Stufe stehen sodann die gesetzlichen Grundlagen. Dazu gehören die zentralen Regelungen eines Rechtsgebiets, ihre Systematik und die ihnen zugrunde liegenden Rechtsprinzipien.[7] Entscheidend ist, die einzelnen Vorschriften nicht isoliert zu sehen, sondern ihre Funktion und ihr Zusammenspiel zu verstehen.

Dieser Ansatz weist Parallelen zur systematischen Auslegung auf. Auch sie erschließt den Inhalt einer Norm aus ihrem inneren und äußeren Regelungszusammenhang. Auf eine genaue Abgrenzung kommt es hier jedoch nicht an. Für die Examensvorbereitung genügt die Erkenntnis, dass über die einzelne Vorschrift hinaus die Struktur des jeweiligen Rechtsgebiets verstanden werden sollte.

Beispiele: Wer die Wertungen des Minderjährigenschutzes hinter den §§ 106 ff. BGB verstanden hat, kann auch einordnen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Saldotheorie i.R.d. § 818 BGB gegenüber Minderjährigen eingreift (BeckOK BGB/*Wendtland*, 79. Ed., Stand: 1.8.2026, § 108 Rn. 16) oder inwieweit die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Beteiligung Minderjähriger Anwendung finden (MüKoHGB/*Fleischer*, 6. Aufl. 2026, § 105 Rn. 599 ff.). Der einzelne Anwendungsfall fügt sich so in das übergreifende System des privatrechtlichen Minderjährigenschutzes ein.

Entsprechendes gilt im öffentlichen Recht. Wer die grundrechtliche Schrankensystematik verstanden hat und weiß, dass jeder Grundrechtseingriff einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, die ihrerseits verfassungsgemäß sein und im Einzelfall verhältnismäßig angewendet werden muss, verfügt über das Prüfungsraster für jede einfachgesetzliche Eingriffsbefugnis. Sie ist die Schranke des betroffenen Grundrechts. Zu prüfen sind ihr Tatbestand, ihre Rechtsfolge und die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme. Das gilt für die polizeiliche Generalklausel (§ 17 Abs. 1 ASOG Bln) und die Standardmaßnahmen der §§ 18 ff. ASOG Bln ebenso wie für eine Ermächtigungsgrundlage aus dem Waffengesetz.

Erst auf der dritten Stufe sollten die erarbeiteten Grundlagen sodann vertieft werden. Referendarexamensklausuren können auch spezielle Rechtsprobleme aufgreifen, die sich ohne entsprechende Vorkenntnisse nicht ohne Weiteres lösen lassen. Das gilt insbesondere für die in § 3 JAO Bln mit „R“ gekennzeichneten Bereiche (s. sub I). Hinzu kommen Rechtsgebiete wie das Arbeitsrecht oder der Besondere Teil des Strafrechts, die in besonderem Maße durch eine ausdifferenzierte Rechtsprechung geprägt sind. Auch die einschlägige Rechtsprechung und Literatur sollten daher Gegenstand der vertieften Examensvorbereitung sein. Entscheidend bleiben jedoch Reihenfolge und Gewichtung. Spezielle Rechtsprobleme aus Rechtsprechung und Literatur bauen auf einem soliden Grundlagenwissen auf und dürfen nicht den Ausgangspunkt des Lernprozesses bilden.[8] Fehlende Grundlagen gefährden den Klausurerfolg stärker als fehlendes Spezialwissen.[9]

Insgesamt sollte das Ziel der Vorbereitung ein möglichst umfassendes System- und Normverständnis sein, das methodisch[10] und dogmatisch vertretbare Transferleistungen ermöglicht. Der Versuch, sämtliche Einzelprobleme auswendig zu lernen[11] und in der Klausur lehrbuchartig zu reproduzieren, geht also fehl. Schon die Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen schließt eine vollständige Vorbereitung auf jedes Einzelproblem aus. Auch gut vorbereitete Prüflinge werden daher in der Klausur mit unbekannten Problemkonstellationen konfrontiert sein.[12] Entscheidend ist dann, diese auf der Grundlage des erworbenen System- und Normverständnisses methodisch sauber zu lösen.

III. Die Vorbereitungsphase

Der Erfolg in der Referendarexamensklausur hängt auch von einer sinnvollen Vorbereitung ab. Spätestens mit dem Abschluss des Schwerpunktbereichs stellt sich für die meisten Studierenden die Frage, wann, wie und wo sie sich auf das Examen vorbereiten. Die damit verbundenen Fragen sind vielfältig und können im Rahmen dieses Beitrags nicht umfassend behandelt werden.[13] Einige Aspekte wirken sich jedoch unmittelbar auf die spätere Klausurbearbeitung aus und verdienen daher auch vorliegend einige Aufmerksamkeit.

1. Organisatorische Leitplanken

Zunächst sind die organisatorischen Leitplanken der Examensvorbereitung festzulegen. Sie bestimmen über den Zeitraum, in dem die Vorbereitung stattfindet und der von regelmäßig einem bis eineinhalb Jahren reicht.

Dazu gehört zunächst die Entscheidung, ob die Vorbereitung mit einem universitären, kommerziellen oder ganz ohne ein Repetitorium erfolgen soll. Welche Variante sich am besten eignet, hängt von den individuellen Bedürfnissen ab.[14] Eine allgemeingültige Empfehlung lässt sich daher

[6] Hierzu auch i.E. *Sanders/Dauner-Lieb*, JuS 2013, 380 (382); s. zur Methodik insbes. *Körber*, JuS 2008, 289.
[7] Vgl. *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (164).
[8] I.E. *Ransiek*, JA 2018, 481.
[9] *Ransiek*, JA 2018, 481 (482).
[10] So auch *Braun*, JuS 2023, 97 a.E.
[11] Vgl. *Konertz*, JuS 2020, 297; *Lobinger*, SudZR 2025, 268 (270).
[12] Zutreffend *Konertz*, JuS 2020, 297.
[13] S. hierzu etwa *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335; *Schauer*, JURA 2023, 684; *Scraback*, JURA 2017, 1409.
[14] *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (166).

nicht geben.[15] Die Entscheidung sollte jedenfalls nicht allein deshalb etwa zugunsten eines kommerziellen Repetitoriums ausfallen, weil diese Form der Examensvorbereitung verbreitet ist.[16] Kommerzielle Angebote können die Vorbereitung zwar strukturieren und begleiten, was im Übrigen aber auch für universitäre Angebote gilt. Ein Garant für eine erfolgreiche Examensvorbereitung sind sie jedoch keinesfalls. Ebenso wenig gewährleisten sie einen bestimmten Prüfungserfolg.

Daher sollten bei der Entscheidung auch die vielerorts etablierten universitären Angebote berücksichtigt werden. Sie sind regelmäßig kostenfrei und können insbesondere den Vorteil bieten, dass Lehrende eingebunden sind, die selbst als Prüfer oder Aufgabensteller im Examen tätig sind. Häufig werden zudem ehemalige Originalexamensklausuren als Probeklausuren gestellt und bei der Erstellung der Lösungsvorschläge die zugehörigen Prüfervermerke berücksichtigt. Auch mündliche Prüfungen können anhand ehemaliger Originalaktenvorträge simuliert werden. Universitäre Angebote sind damit regelmäßig eine geeignete Alternative zum kommerziellen Repetitorium. Auch die Kosten kommerzieller Angebote sollten in die Entscheidung einbezogen werden.

Unabhängig von der gewählten Form der Vorbereitung genügt es allerdings nicht, die angebotenen Kurse lediglich zu besuchen. Sie können die eigenständige Auseinandersetzung mit dem Prüfungsstoff nicht ersetzen. Daher muss der Besuch der Veranstaltungen durch selbstständige Vor- und Nachbereitung, Wiederholung und vor allem die Klausurübung (s. dazu noch sub 3) komplettiert werden.

Bei der Wahl der Vorbereitungsform sollten auch die bisherigen Lernerfahrungen berücksichtigt werden.[17] Wer während des Studiums vom Austausch, gemeinsamen Diskussionen und der aktiven Auseinandersetzung mit dem Stoff profitiert hat, sollte eine Vorbereitungsform wählen, die dies aufgreift. Wer dagegen im Selbststudium mit Literatur besonders erfolgreich gearbeitet hat, ist weniger auf einen Vorbereitungskurs angewiesen. Dabei kommen gewiss auch Mischformen in Betracht.

Ebenso sollte frühzeitig geklärt werden, ob eine Lerngruppe oder private Arbeitsgemeinschaft für die eigene Vorbereitung sinnvoll ist.[18] Die konkrete Ausgestaltung richtet sich auch hier nach den individuellen Bedürfnissen. Möglich sind etwa ein gemeinsamer Lernplan, feste Arbeitsgemeinschaftstage sowie die Erarbeitung und Diskussion ausgewählter Themen und Fälle.[19] Auch digitale Formate und künstliche Intelligenz (KI) können die Zusammenarbeit unterstützen. KI lässt sich etwa zur Wissensabfrage, zur Erstellung und Variation von Übungsfällen, zur Simulation mündlicher Prüfungen oder als Diskussionspartner einsetzen.[20] Ihre Ergebnisse sollten jedoch nicht ungeprüft übernommen, sondern anhand verlässlicher Quellen kontrolliert werden. Diese Überprüfung kostet zwar auch Zeit, zwingt aber zur kritischen Auseinandersetzung mit den gegebenen Antworten. Auch dies kann wiederum einen positiven Lerneffekt bewirken.

Schließlich kann auch eine selbständige Vorbereitung sinnvoll sein. Sie bietet ein hohes Maß an Flexibilität, stellt jedoch besondere Anforderungen an Eigenorganisation und Selbstkontrolle. Ohne den regelmäßigen Austausch mit anderen können falsche Schwerpunktsetzungen oder Wissenslücken länger unbemerkt bleiben. Zudem fehlt die Möglichkeit, Erfahrungen und Belastungen der Examensvorbereitung unmittelbar mit anderen zu teilen. Ferner kann die fehlende Einbindung in eine Lerngruppe oder ein Repetitorium die Sorge verstärken, relevante Inhalte oder Entwicklungen zu verpassen.[21] Diese Risiken bestehen zwar auch bei anderen Vorbereitungsformen, können beim alleinigen Lernen aber verstärkt auftreten.

2. Zeitplanung

Des Weiteren verdient die zeitliche Planung Aufmerksamkeit. Der häufig bemühte Satz, die Examensvorbereitung sei kein Sprint, sondern ein Marathon, trifft einen wesentlichen Punkt. Die regelmäßig ein bis eineinhalb Jahre dauernde Vorbereitung verlangt nicht nur eine sinnvolle Einteilung des Lernstoffs, sondern auch der eigenen Kräfte. Die zeitliche Planung muss deshalb darauf ausgerichtet sein, die eigene Leistungsfähigkeit über den gesamten Vorbereitungszeitraum zu erhalten.

Die Planung sollte daher realistisch sein und ausreichend Raum für Unvorhergesehenes lassen. Dazu gehören auch von Beginn an Pausen und Erholungszeiten.[22] Von pauschalen Vorgaben, wie viele Stunden täglich gelernt werden sollten, ist dagegen abzuraten.[23] Wie lange konzentriertes und produktives Arbeiten möglich ist, unterscheidet sich individuell und kann auch von Tag zu Tag variieren.[24] Man sollte sich daher nicht von starren Vorgaben oder Erfahrungsberichten etwa auf Social Media verunsichern lassen. Das entbindet freilich nicht von der notwendigen Disziplin. Feste Lernzeiten können dabei helfen, eine verlässliche Arbeitsroutine zu entwickeln.[25] An manchen Tagen

[15] S. auch *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (164); *Sanders/Dauner-Lieb*, JuS 2013, 380 (381).
[16] *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (336).
[17] Vgl. *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (336); *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (750); vgl. auch *Sanders/Dauner-Lieb*, JuS 2013, 380.
[18] Ausführlich *Zwickel/Gahlert*, ZDRW 2025, 197.
[19] S. hierzu dezidiert *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (337); *Zwickel/Gahlert*, ZDRW 2025, 197 (202 f.), mit verschiedenen Methoden.
[20] *Zwickel/Gahlert*, ZDRW 2025, 197 (205 ff.).
[21] Vgl. *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (337).
[22] *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (340); *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (163).
[23] Vgl. *Sanders/Dauner-Lieb*, JuS 2013, 380, 382.
[24] In diese Richtung aber *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (340).
[25] Vgl. *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (162).

kann es daher sinnvoll sein, auch um 19.30 Uhr weiterzuarbeiten; an anderen ist die Zeit um 16 Uhr mit Sport, Erholung oder dem Wocheneinkauf besser genutzt.

Im Übrigen hängt auch die Wochenplanung von der insgesamt verfügbaren Vorbereitungszeit ab.[26] Je knapper diese bemessen ist, desto stärker müssen der Prüfungsstoff priorisiert und die verfügbaren Lernzeiten genutzt werden. Als Orientierung kann etwa eine einjährige Phase zur systematischen Erarbeitung des Prüfungsstoffs dienen, an die sich eine mehrmonatige Phase der Wiederholung, Vertiefung und gezielten Klausurübung anschließt.[27] Gerade am Ende der Vorbereitungszeit ist es ratsam, dem Körper und Kopf etwas Zeit für Erholung vor der Klausurenphase zu geben und sich mit anderen Dingen als mit der Prüfungsvorbereitung zu befassen. Durchaus empfehlenswert ist eine Pause von einer Woche.

Letztlich sollte auf dieser Grundlage frühzeitig ein eigener Lernplan erstellt werden.[28] Bestehende Pläne, etwa der Lernplan des Universitätsrepetitoriums der Freien Universität Berlin[29], können hierfür als Orientierung dienen. Sie sollten jedoch nicht ungeprüft übernommen, sondern an den eigenen Wissensstand, das Lerntempo und die verfügbare Vorbereitungszeit angepasst werden.

3. Klausurübung

Eng mit der zeitlichen Planung verbunden ist sodann die Klausurübung. Einer gelungenen Examensklausur lässt sich kaum ansehen, ob ihr Verfasser zuvor 30, 50 oder 100 Übungsklausuren geschrieben hat. Unzureichende Klausurpraxis ist dagegen häufig deutlich erkennbar, weil es an der notwendigen Routine beim Aufbau, der Schwerpunktsetzung, Zeiteinteilung und Ausformulierung fehlt. Die Bearbeitung von Examensklausuren lässt sich nicht allein theoretisch erlernen. Klausurtechnik, Zeiteinteilung und die Anwendung des erworbenen Wissens auf einen konkreten Sachverhalt verbessern sich vor allem durch regelmäßige praktische Übung. Dafür muss die Vorbereitungsphase ausreichend Zeit vorsehen.[30]

a) Klausurenkurs

Für die regelmäßige Klausurübung bietet sich die Teilnahme an einem Klausurenkurs an. Ein solches Format schafft einen Rahmen, in dem unter möglichst realistischen Bedingungen Examensklausuren bearbeitet werden können. Feste Übungstermine erzeugen zudem einen gewissen Druck, die Klausur tatsächlich zu schreiben und nicht aufzuschieben.

Dabei sollte möglichst mit ehemaligen Originalklausuren aus dem eigenen Bundesland geübt werden. Sie bilden den Prüfungsstoff sowie Umfang, Struktur und Schwerpunktsetzung der tatsächlichen Examensklausuren am besten ab. Nicht sinnvoll ist es dagegen, Klausuren zu bearbeiten, die Rechtsgebiete zum Gegenstand haben, die nach der einschlägigen JAO nicht prüfungsrelevant sind (vgl. bereits sub I). Gleiches gilt für Übungsklausuren, die nach Umfang oder Schwerpunktsetzung deutlich von der jeweiligen Prüfungspraxis abweichen. Dies kann bei Klausuren kommerzieller Repetitorien der Fall sein, die teils möglichst viele (mehr oder weniger) examensrelevante Probleme in einer Klausur abprüfen. Auch wenn solche Klausuren zu Wiederholungszwecken einen gewissen Mehrwert haben können, bereiten sie nicht sinnvoll auf die regelmäßig breiter angelegten und mehrere Rechtsgebiete und -fragen verbindenden Examensklausuren vor. Für das eigentliche Klausurtraining sollten deshalb möglichst prüfungsnahe Aufgaben verwendet werden.

b) Art und Weise des Klausurtrainings

Ist ein geeigneter Klausurenkurs oder Klausurenpool gefunden, sollten die Übungsklausuren grundsätzlich ausformuliert werden.[31] Erst vollständig bearbeitete Klausuren trainieren neben der rechtlichen Lösung die richtigen Schwerpunkte zu setzen, den Gutachtenstil anzuwenden, die Argumentation zu schärfen, eine klare Sprache der Lösung zugrunde zu legen und das Zeitmanagement im Auge zu behalten (s. sub C). In einer späteren Phase der Vorbereitung kann es dagegen ergänzend durchaus sinnvoll sein, einzelne Klausuren nicht vollständig auszuformulieren und lediglich Lösungsskizzen anzufertigen. Auf diese Weise lassen sich in kürzerer Zeit mehr Fälle und Problemkonstellationen bearbeiten. Lösungsskizzen sollten die ausformulierte Klausurbearbeitung jedoch nicht verdrängen.

Das Klausurtraining sollte sich zudem an den Bedingungen der späteren Prüfung orientieren.[32] Dazu gehört insbesondere, die Klausur innerhalb der vorgegebenen Bearbeitungszeit und nur mit den offiziell zugelassenen Hilfsmitteln zu bearbeiten. Überdies ist es ratsam, ab einem gewissen Zeitpunkt die Übungszeit zu verkürzen. Bei einer fünfstündigen Klausur im Examen bedeutet dies, Übungsklausuren etwa in viereinhalb Stunden zu lösen. Dies hat den Zweck, das Zeitmanagement für die Prüfungssituation zu optimieren, in der erfahrungsgemäß mehr geschrieben und daher mehr Zeit in Anspruch genommen wird. Das soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass es gerade ganz zu Beginn der Vorbereitungsphase durchaus sinnvoll sein kann, Übungsklausuren unter Rückgriff auf Lehrbücher, Skripte oder eigene

[26] *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (338).
[27] Vgl. *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (338).
[28] Hierzu auch *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (163).
[29] https://www.jura.fu-berlin.de/studium/unirep/materialien/index.html, zuletzt abgerufen am 13.10.2026.
[30] *Basse/Wurzel*, GRZ 2021, 162 (165).
[31] *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (340).
[32] *Knaier*, JURA 2018, 495 (496); *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (339 f.); *Schauer*, JURA 2023, 684 (690); anders vgl. *Weißberg*, ZJS 2020, 648 (649).

Lernunterlagen zu bearbeiten.[33] Dies kann helfen, zunächst noch nicht gefestigtes Wissen auf einen konkreten Fall anzuwenden. Zugleich hilft dies, etwaige anfängliche Einstiegshürden und Schreibblockaden abzubauen. Mit fortschreitender Vorbereitung sollte jedoch die Bearbeitung unter Examensbedingungen zum Regelfall werden.

c) Nachbereitung

Nicht zu vernachlässigen ist die sorgfältige Nachbereitung der geschriebenen Klausuren, die ebenso wichtig ist wie das Verfassen selbst.[34] Dazu sollte zunächst die eigene Bearbeitung mit dem Lösungsvorschlag verglichen werden.[35] Entscheidend ist dabei nicht nur, Abweichungen festzustellen, sondern deren Ursachen zu verstehen: Wurde ein Problem nicht erkannt, eine Norm übersehen, falsch subsumiert, unzutreffend gewichtet oder lediglich anders, aber vertretbar gelöst? Nach Erhalt der Korrektur sollte diese Auswertung unter Einbeziehung etwaiger Randbemerkungen und des Votums ergänzt werden. Gute Korrekturen beschränken sich nicht auf die fachliche Bewertung, sondern geben auch Hinweise zur Klausurtechnik und zeigen wiederkehrende Stärken und Schwächen auf.[36] Gerade solche Hinweise sollten für die weitere Vorbereitung genutzt werden. Auch die Besprechung einer Übungsklausur kann die Nachbereitung sinnvoll ergänzen, insbesondere wenn Gelegenheit zu Rückfragen besteht.[37] Sie dient nicht nur der Wiederholung und Vertiefung des behandelten Stoffes, sondern ermöglicht es auch, Unklarheiten bei der eigenen Bearbeitung und der Korrektur zu klären.

Es empfiehlt sich vor diesem Hintergrund, bereits frühzeitig für jedes der drei großen Rechtsgebiete eine Liste anzulegen, in der inhaltliche und klausurtechnische Fehler festgehalten werden.[38] Letztere können etwa Aufbau, Schwerpunktsetzung oder Zeitmanagement betreffen. Eine solche Liste hilft, die eigenen Schwächen im jeweiligen Rechtsgebiet über mehrere Übungsklausuren hinweg zu erkennen und in der weiteren Vorbereitung gezielt abzustellen.[39] Aus Fehlern lässt sich nur lernen, wenn sie erkannt und ihre Ursachen verstanden werden.[40]

d) Klausurzirkel

Eine sinnvolle Ergänzung der Klausurübung kann ein Klausurzirkel mit Kommilitonen sein. Dabei werden Übungsklausuren untereinander ausgetauscht, anhand des Lösungsvorschlags gegenseitig korrigiert und mit konstruktivem Feedback versehen. Dies ermöglicht einen Wechsel der Perspektive: Wer die Bearbeitung eines anderen korrigiert, nimmt selbst die Sicht des Korrektors ein. Dabei wird besonders deutlich, welche fachlichen, strukturellen oder sprachlichen Schwächen die Nachvollziehbarkeit und Überzeugungskraft einer Klausur beeinträchtigen. Diese Erkenntnisse können wiederum für die eigene Klausurbearbeitung genutzt werden.

e) Quantitativer Rahmen

Wie viele Übungsklausuren während der Examensvorbereitung geschrieben werden sollten, lässt sich nicht allgemeingültig bestimmen.[41] Grundsätzlich gilt: Wer viele Klausuren ernsthaft bearbeitet und sorgfältig nachbereitet, lernt mehr Fallgestaltungen kennen, sammelt Klausurerfahrung und verbessert seine Bearbeitungsqualität.[42] Eine bestimmte Mindestzahl lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Weitere Klausurübung kann grundsätzlich auch dann noch sinnvoll sein, wenn bereits umfangreiche Klausurpraxis besteht. Wer über Jahre hinweg regelmäßig Examensklausuren schriebe, würde voraussichtlich immer sicherer und schneller in ihrer Bearbeitung. Eine derart lange Vorbereitungszeit steht jedoch nicht ernsthaft zur Verfügung. Die Klausurübung muss deshalb in einem angemessenen Verhältnis zu den übrigen Bestandteilen der Vorbereitung stehen. Entscheidend ist nicht, eine möglichst große Zahl an Klausuren geschrieben, sondern ein bestimmtes Leistungsniveau erreicht zu haben.

Gleichzeitig ist nicht von der Hand zu weisen, dass Übungseffekte erst ab einer gewissen Anzahl an Probeklausuren eintreten werden. Deutlich wird dies, wenn man Folgendes bedenkt: Werden pro Monat vier Probeklausuren verfasst, sind nach einem halben Jahr 24 Probeklausuren geschrieben. Dies ergibt pro Rechtsgebiet acht Klausuren. Dies kann, muss aber nicht reichen und soll verdeutlichen, dass ausreichende Klausurroutine ausreichende zeitliche Planung erfordert. Es empfiehlt sich also auch unter diesem Gesichtspunkt, frühzeitig mit der Übung anzufangen.

f) Notenniveau

Schließlich ist zu betonen, dass bei Übungsklausuren nicht die erzielten Noten im Vordergrund stehen sollten. Sie dienen letztlich dazu, den eigenen Leistungsstand zu bestimmen, Schwächen zu erkennen und die Klausurbearbeitung gezielt zu verbessern.[43] Entscheidend ist, zunehmend in der

[33] *Schauer*, JURA 2023, 684 (690).
[34] Hierzu dezidiert *Knaier*, JURA 2018, 495; *Schauer*, JURA 2023, 684 (690); ebenso *Kratz*, JURA 2023, 1154 (1156), mit Blick auf digitale Wiederholungssoftware.
[35] Vgl. zu den einzelnen Elementen *Knaier*, JURA 2018, 495 *passim*.
[36] Hierzu auch *Knaier*, JURA 2018, 495 (497).
[37] *Schauer*, JURA 2023, 684 (690).
[38] *Sanders/Dauner-Lieb*, JuS 2013, 380 (381).
[39] *Böffel/Weber*, BRZ 2025, 83 (90); dies kann auch tabellenförmig unter Bezugnahme auf die Probeklausuren geschehen, s. *Knaier*, JURA 2018, 495 (499).
[40] Ebenso *Knaier*, JURA 2018, 495 (498).
[41] *Knaier*, JURA 2018, 495, berichtet von zwischen 20 und 100 Klausuren je nach Empfehlungsgeber; *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (340); *Schauer*, JURA 2023, 684 (690); *Sanders/Dauner-Lieb*, JuS 2013, 380 (381).
[42] Vgl. bereits *Böffel/Weber*, BRZ 2025, 83 (95 a.E.).
[43] Zutreffend *Lemmerz/Bienert*, JURA 2011, 335 (340).

Lage zu sein, innerhalb der verfügbaren Zeit eine möglichst überzeugende juristische Lösung zu entwickeln und auszuformulieren. Das bedeutet allerdings auch nicht, dass die Bewertungen der Übungsklausuren bedeutungslos wären. So sollten sich gute Bearbeitungen auch in entsprechenden Bewertungen niederschlagen. Wer ein bestimmtes Notenziel verfolgt, sollte die Klausurübung also grundsätzlich so lange fortsetzen, bis dieses Niveau in den Übungsklausuren regelmäßig erreicht wird. Einzelne Ausreißer nach unten stehen dem nicht entgegen; sie können auch bei einem insgesamt stabilen Leistungsniveau im Examen auftreten. Insofern sollten vor allem einzelne Noten nicht überbewertet werden.[44] Sie hängen nicht nur von der eigenen Leistung, sondern auch von Schwierigkeit und Gegenstand der jeweiligen Klausur sowie in gewissem Umfang von der Bewertung des Korrektors ab. Für die Einschätzung des eigenen Leistungsstands ist folglich die Entwicklung über einen längeren Zeitraum bedeutsam.

Ein Warnsignal sollte es sein, wenn die Übungsklausuren überwiegend nicht bestanden werden. Wer also auch gegen Ende der Vorbereitung überwiegend oder sogar durchgehend unterhalb der Bestehensgrenze bleibt, sollte kritisch prüfen, ob der gewählte Prüfungstermin gehalten werden kann. Besonders schwierig kann diese Entscheidung sein, wenn andernfalls die Möglichkeit des Freiversuchs entfällt. In diesem Zeitpunkt muss zwischen den Chancen eines zusätzlichen Prüfungsversuchs und den Risiken eines Examensantritts bei noch nicht hinreichend erprobtem Leistungsniveau abgewogen werden.

4. Zwischenergebnis

Für die Vorbereitungsphase lassen sich drei Bereiche hervorheben, die für die spätere Klausurbearbeitung von besonderer Bedeutung sind: Die organisatorischen Rahmenbedingungen, die zeitliche Planung und die Klausurübung. Sie stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig.

Die organisatorische Ausgestaltung sollte sich an den individuellen Lernbedürfnissen und bisherigen Lernerfahrungen orientieren. Die Vorbereitung kann mit einem universitären oder kommerziellen Repetitorium, weitgehend im Selbststudium oder in einer Mischform erfolgen. Entscheidend ist im Ergebnis, dass die gewählte Form eine strukturierte und eigenständige Auseinandersetzung mit dem Prüfungsstoff ermöglicht sowie zum eigenen Lerntyp passt.

Die zeitliche Planung sollte realistisch sein und ausreichend Raum für die Wissenserarbeitung, Wiederholung, Vertiefung und Klausurübung sowie für Pausen und unvorhergesehene Verzögerungen vorsehen. Ein eigener Lernplan kann hierfür den notwendigen Rahmen schaffen. Vorgegebene Lernpläne können als Orientierung dienen, müssen aber an Wissensstand, Lerntempo und verfügbare Vorbereitungszeit angepasst werden.

Besondere Bedeutung kommt schließlich der Klausurübung zu. Sie sollte frühzeitig beginnen, regelmäßig stattfinden und sich zunehmend an den tatsächlichen Prüfungsbedingungen orientieren. Besonders geeignet sind ehemalige Originalklausuren, die Prüfungsstoff und Prüfungspraxis möglichst realitätsnah abbilden. Probeklausuren sollten nicht nur unter Prüfungsbedingungen bearbeitet, sondern auch sorgfältig nachbereitet werden. Lösungsvorschläge, Korrekturen, Fehlerlisten, Klausurbesprechungen und gegebenenfalls ein Klausurzirkel helfen dabei, Schwächen zu erkennen und das eigene Niveau gezielt zu heben. Quantitative Vorgaben hinsichtlich erforderlicher Übungsklausuren lassen sich nicht seriös formulieren. Entscheidend ist, ob das individuelle Notenziel in den Übungsklausuren hinreichend stabil erreicht wird und, dass Übungseffekte naturgemäß erst nach einer gewissen Anzahl eintreten.

C. Klausurbearbeitung

Die Examensvorbereitung schafft die notwendigen Voraussetzungen für die Klausur. Entscheidend ist jedoch, das erworbene Wissen unter Prüfungsbedingungen auf einen konkreten Fall anzuwenden und einer überzeugenden Lösung zuzuführen. Dazu müssen Sachverhalt und Aufgabenstellung präzise erfasst, die rechtlichen Probleme erkannt und gelöst, Schwerpunkte gesetzt und die Ergebnisse innerhalb der verfügbaren Zeit methodisch sauber und nachvollziehbar ausgearbeitet werden. Dem widmet sich der folgende Abschnitt.

I. Aufgabenerfassung

Am Anfang jeder Klausurbearbeitung muss die Aufgabenstellung genau erfasst werden. Wer die Prüfungsaufgabe missversteht oder einzelne Vorgaben übersieht, kann auch bei zutreffender rechtlicher Prüfung nicht vollständig das leisten, was verlangt ist.[45]

Examensklausuren verbinden regelmäßig umfangreiche Sachverhalte, mehrere Fallfragen sowie unterschiedliche Personen, Rechtsverhältnisse oder Tatkomplexe miteinander. Bevor die Lösung entwickelt wird, ist deshalb klärungsbedürftig, was im Einzelnen zu prüfen ist.[46] Ausgangspunkt sind dabei die konkreten Fallfragen.[47] Gibt es mehrere Aufgaben oder Teilfragen, sind diese voneinander abzugrenzen und vollständig zu erfassen. Dabei können spätere Fallfragen zugleich Hinweise darauf enthalten, welche rechtlichen oder tatsächlichen Annahmen der vorherigen Prüfung zugrunde zu legen sind. Zudem ist der Bearbeitungsvermerk

[44] *Knaier*, JURA 2018, 495 (500).
[45] Vgl. *Kuhn/Wehowsky*, ZDRW 2025, 107 (109 ff.), mit anschaulichen Beispielen.
[46] *Konertz*, JuS 2020, 297 (298).
[47] *Braun*, JuS 2023, 97 (99).

genauestens zu lesen.[48] Er kann den Prüfungsumfang begrenzen, bestimmte Rechtsfragen oder Vorschriften von der Prüfung ausschließen, tatsächliche oder rechtliche Vorgaben enthalten oder die Bearbeitung in anderer Weise steuern. Seine Vorgaben sind verbindlich.

Anschließend ist der Prüfungsgegenstand sinnvoll zu strukturieren. Im Zivilrecht können etwa mehrere Ansprüche gegen unterschiedliche Personen oder verschiedene Rechtsverhältnisse zu prüfen sein. Soweit es die Aufgabenstellung zulässt, bietet sich häufig eine Orientierung am zeitlichen Ablauf des Sachverhalts an.[49] Bei komplexeren zivilrechtlichen Sachverhalten können zudem eine Skizze der beteiligten Personen und Rechtsverhältnisse sowie ein Zeitstrahl helfen, die Fallstruktur zu erfassen. Im Strafrecht kann die Prüfung nach Tatkomplexen und Tatbeteiligten gegliedert werden. Bei mehreren Beteiligten bietet es sich häufig an, zunächst die tatnächste Person und innerhalb eines Tatkomplexes Täter vor Teilnehmern zu prüfen.

Maßgeblich ist stets die konkrete Aufgabenstellung. Die Klausur verlangt nicht die möglichst umfassende Darstellung des eigenen Wissens, sondern die rechtliche Beantwortung der gestellten Fragen unter Beachtung der Bearbeitungshinweise.[50]

II. Schwerpunktanalyse

Nachdem die Aufgabenstellung sauber erfasst wurde, sind die Schwerpunkte der Klausur zu identifizieren. Es gilt zu erkennen, welche Fragen besondere Schwierigkeiten aufwerfen und deshalb in der späteren Ausarbeitung vertieft zu behandeln sind. Diese Schwerpunktanalyse bildet die Grundlage für eine angemessene Schwerpunktsetzung im ausformulierten Gutachten (s. dazu noch sub VI).

1. Aufgeworfene Rechtsprobleme

Die rechtlichen Schwerpunkte einer Klausur sind regelmäßig im Sachverhalt und in der Aufgabenstellung angelegt, können sich aber auch erst im Verlauf der rechtlichen Prüfung zeigen.[51] Zusätzliche Hinweise kann der Bearbeitungsvermerk geben. Sieht er etwa vor, dass alle in der Prüfungsaufgabe „*aufgeworfenen Rechtsprobleme erforderlichenfalls hilfsgutachterlich zu behandeln*“ sind, verdeutlicht dies zweierlei: Zum einen ist gezielt nach den im Sachverhalt angelegten Rechtsproblemen zu suchen. Zum anderen sind diese auch dann zu behandeln, nämlich hilfsgutachterlich, wenn die Prüfung zu einem abschließenden Ergebnis führt, ohne dass diese Rechtsprobleme behandelt wurden.

Ein rechtlicher Schwerpunkt liegt insbesondere dort, wo sich eine für die Falllösung erhebliche Frage nicht ohne Weiteres beantworten lässt. Dies kann etwa die Auswahl oder Auslegung einer Norm, das Verhältnis mehrerer Vorschriften zueinander, eine umstrittene Rechtsfrage oder die Subsumtion des Sachverhalts betreffen.[52] Wie viele solcher Schwerpunkte eine Examensklausur typischerweise enthält, lässt sich nicht verallgemeinern.[53]

2. Sachverhaltserfassung

Eine zutreffende Schwerpunktanalyse setzt jedenfalls voraus, dass neben der Aufgabenstellung insbesondere auch der Sachverhalt sorgfältig gelesen und erfasst wird.[54] Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Angaben im Sachverhalt nicht zufällig gewählt sind, sondern für die rechtliche Prüfung eine Funktion haben.[55] Auffällige Formulierungen, ungewöhnlich genaue Angaben oder scheinbar nebensächliche Details können auf eine aufgeworfene Rechtsfrage hindeuten. Bei der Lektüre sollte sich daher immer wieder gefragt werden, welche rechtliche Bedeutung eine bestimmte Sachverhaltsangabe haben könnte.[56]

a) Spiegelmethode

Hilfreich kann die sog. Spiegelmethode sein:[57] Sachverhalt und rechtliche Voraussetzungen werden wechselseitig aufeinander bezogen. Einerseits ist zu fragen, welche Sachverhaltsangaben für die Voraussetzungen der möglicherweise einschlägigen Normen Bedeutung haben. Andererseits ist bei auffälligen Sachverhaltsangaben zu überlegen, für welche rechtliche Voraussetzung sie erheblich sein könnten. Dies gilt auch für Formulierungen, die auf den ersten Blick mehrdeutig erscheinen. Der Sachverhalt einer Prüfungsaufgabe soll die für die rechtliche Beurteilung erforderlichen Tatsachen vorgeben und den Prüfling grundsätzlich nicht über das tatsächliche Geschehen im Unklaren lassen.[58] Bevor eine Sachverhaltsangabe als widersprüchlich oder unklar behandelt wird, sollte deshalb untersucht werden, ob gerade ihre konkrete Formulierung auf ein rechtliches Problem hinweist.

b) Interpretation und Auslegung

Zurückhaltung ist dagegen bei der Interpretation des Sachverhalts geboten: Tatsachen, die nicht mitgeteilt werden, dürfen grundsätzlich weder hinzugedacht, noch unterstellt werden.[59] Insbesondere darf die eigene Vorstellung davon,

[48] *Lau*, BRJ 2024, 129 f.
[49] *Kuhn/Wehowsky*, ZDRW 2025, 107 (109).
[50] Ähnlich *Braun*, JuS 2023, 97 (98).
[51] *Braun*, JuS 2023, 97 (100).
[52] *Lau*, BRJ 2024, 129 (131); *Konertz*, JuS 2020, 297 (298).
[53] A.A. offenbar *Weißberg*, ZJS 2020, 648 (648).
[54] *Konertz*, JuS 2020, 297 f.
[55] *Lau*, BRJ 2024, 129 (130); *Körber*, JuS 2008, 289 (290).
[56] *Konertz*, JuS 2020, 297 (299).
[57] *Lau*, BRJ 2024, 129 (130); *Körber*, JuS 2008, 289 (290); vgl. *Konertz*, JuS 2020, 297 (299 f.), zur sog. Spiegelmethode.
[58] *Braun*, JuS 2023, 97.
[59] *Beaucamp*, JA 2018, 757; *Körber*, JuS 2008, 289 (290).

wie sich ein Geschehen typischerweise zugetragen haben könnte, nicht an die Stelle der vorgegebenen Tatsachen treten.[60] Zulässig und mitunter erforderlich sind allerdings Schlussfolgerungen, die sich aus den mitgeteilten Umständen nach allgemeiner Lebenserfahrung ableiten lassen.[61]

c) Rechtsansichten, Erklärungen und Begehren

Besondere Aufmerksamkeit verdienen Rechtsansichten, Erklärungen und Begehren der Beteiligten.[62] Sie wurden regelmäßig nicht ohne Grund in den Sachverhalt aufgenommen und können gezielt auf rechtlich erhebliche Fragen hinweisen.[63] Eine im Sachverhalt geäußerte Rechtsansicht darf dabei nicht ungeprüft übernommen werden; vielmehr ist zu untersuchen, welche rechtliche Frage sie aufwirft und ob sie zutrifft. Entsprechendes gilt für verwendete Rechtsbegriffe sowie für dem Sachverhalt beigefügte Vorschriften, Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualvereinbarungen. Soweit sie für die Falllösung erheblich sind, müssen sie bei der rechtlichen Prüfung berücksichtigt werden.

Beispiele: So kann die Äußerung eines Beteiligten, der Eigentumserwerb eines anderen sei ihm gegenüber „*relativ unwirksam*“, je nach sonstigem rechtlichen Kontext, Anlass geben, § 883 Abs. 2 BGB und die relative Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen zu prüfen. Hält ein Anspruchsgegner seine Inanspruchnahme für „*treuwidrig*“, ist auf § 242 BGB einzugehen. Sind dem Sachverhalt Allgemeine Geschäftsbedingungen beigefügt, ist dies regelmäßig ein deutlicher Hinweis darauf, dass anhand der §§ 305 ff. BGB ihre rechtliche Bedeutung zu prüfen ist.

Wird in einer strafrechtlichen Klausur hervorgehoben, das später getötete Opfer sei im Zeitpunkt des Angriffs ahnungslos gewesen und habe mit keinem Angriff gerechnet, ist das Mordmerkmal der Heimtücke (§ 211 Abs. 2 StGB) in den Blick zu nehmen.

Schließlich kann in einer verwaltungsrechtlichen Klausur geltend gemacht werden, dass der Behörde nach der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage zwar grundsätzlich Ermessen zustehe, im konkreten Fall sei jedoch nur eine einzige Entscheidung rechtmäßig gewesen. Unter diesen Umständen sollte unbedingt eine mögliche Ermessensreduzierung auf Null im Blick behalten werden.

3. Assoziationen und Problemlisten

Erkannte rechtliche Probleme und Lösungsansätze sollten bereits während der Sachverhaltsanalyse festgehalten werden. Es ist kein seltenes Phänomen, dass Prüflinge tatsächlich erkannte Rechtsprobleme nicht erörtern, weil sie ihre diesbezüglichen Assoziationen nicht notieren und diese dann im Laufe der weiteren Klausurbearbeitung vergessen. Der Unmut ist verständlicherweise groß, wenn die Erinnerung daran unmittelbar nach Abgabe der Bearbeitung zurückkehrt.

Im Rahmen dieses Assoziationsprozesses können einschlägige Normen, Rechtsfiguren oder sonstige Dinge unmittelbar an der betreffenden Stelle im Sachverhalt notiert werden.[64] Ergänzend oder alternativ bietet sich eine Problemliste an. Sie hält die erkannten Schwerpunkte fest und kann später i.R.d. Lösungsskizze und der Ausformulierung als Checkliste dienen.

III. Gesetzesarbeit

Eine präzise Arbeit mit dem Gesetz ist eine entscheidende Grundlage einer überzeugenden Klausurbearbeitung. Die Prüflinge sollen zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse verfügen (vgl. § 7 Abs. 2 JAG Bln). Dazu gehört insbesondere die Fähigkeit, die für die Falllösung maßgeblichen Vorschriften zu identifizieren, ihren Regelungsgehalt methodisch zu erschließen und den konkreten Sachverhalt auf dieser Grundlage rechtlich zu beurteilen.

Präzise Gesetzesarbeit zeigt sich unter anderem in der genauen Bezeichnung der jeweils maßgeblichen Vorschrift. Normen sollten daher so konkret wie für die rechtliche Aussage erforderlich zitiert werden.[65] Auch Absätze, Sätze, Nummern und gegebenenfalls Alternativen oder Varianten sind deshalb anzugeben, soweit sie für die geprüfte Rechtsfolge oder Voraussetzung von Bedeutung sind.[66] Beruht ein Ergebnis auf dem Zusammenspiel mehrerer Vorschriften, sollten zudem die maßgeblichen Verweisungs- oder Normketten kenntlich gemacht werden. Der Leser muss erkennen können, aus welcher konkreten gesetzlichen Regelung die jeweilige rechtliche Aussage hergeleitet wird.

Beispiele: Ist § 823 Abs. 1 BGB einschlägig, genügt regelmäßig nicht der pauschale Verweis auf „§ 823 BGB“. Je nach Anspruchsgrund ist genau zu bezeichnen, ob es sich um einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB oder einen solchen aus Abs. 2 dann i.V.m. dem verletzten Schutzgesetz handelt. Gleiches gilt für die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Hier ist etwa klar darin zu differenzieren, ob es sich um einen Anspruch auf Herausgabe aus Abs. 1 S. 1 Var. 1 oder aus Abs. 1 S. 1 Var. 2 handelt.

Im Strafrecht muss zum Beispiel im Falle eines Rücktritts genau geprüft werden, ob sich die Rücktrittsvoraussetzungen nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1, S. 1 Var. 2, S. 2, Abs. 2 S. 1 oder Abs. 2 S. 2 StGB richten.

[60] Vgl. *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (751); so auch *Zieschang*, JA 2021, 529 (530).
[61] *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881.
[62] *Beaucamp*, JA 2018, 757.
[63] Vgl. *Kuhn/Wehowsky*, ZDRW 2025, 107 (114).
[64] *Lau*, BRJ 2024, 129 (130).
[65] *Linhart*, JA 2006, 266 (269).
[66] Vgl. *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (751); *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881 (885).

In einer verwaltungsrechtlichen Klausur muss etwa im Rahmen von § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO präzise zwischen Var. 1 (i.V.m. Abs. 2 Nr. 1–3a) und Var. 2 (i.V.m. Abs. 2 Nr. 4) unterschieden werden. Dabei sollte auch darauf geachtet werden, ob die aufschiebende Wirkung *angeordnet* oder *wiederhergestellt* werden soll.

Zugleich darf eine Vorschrift nicht isoliert betrachtet werden. Verweisungen, Legaldefinitionen und andere systematisch zusammenhängende Regelungen sind für ihr allgemeines Verständnis entscheidend. Deshalb sollte regelmäßig auch das gesetzliche Umfeld einer zunächst als einschlägig erkannten Vorschrift in den Blick genommen werden.[67]

Die Gesetzesarbeit endet überdies nicht mit der Prüfung des Tatbestands. Sind die Voraussetzungen einer Norm erfüllt und greifen keine entgegenstehenden Regelungen ein, ist auch ihre Rechtsfolge genau zu bestimmen. Diese kann ihrerseits einen Schwerpunkt einer Klausur bilden.

Beispiele: Bei einem Schadensersatzanspruch etwa kann nicht die Feststellung genügen, dass dem Grunde nach ein Anspruch besteht, wenn der Sachverhalt gerade Fragen zu Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens aufwirft. Dann sind insbesondere die §§ 249 ff. BGB und die danach für die einzelnen Schadenspositionen maßgeblichen Voraussetzungen zu prüfen.

Gleiches gilt beispielsweise im öffentlichen Recht, wenn die Ermessensausübung einer Behörde auf der Grundlage einer tatbestandlich genauer geprüften Ermächtigungsgrundlage im Fokus steht.

Die Arbeit mit dem Gesetz sollte bereits bei der ersten Erfassung des Sachverhalts beginnen und die gesamte Klausurbearbeitung begleiten. Möglicherweise einschlägige Vorschriften können schon bei der Sachverhalts- und Schwerpunktanalyse am Rand des Aufgabenblatts oder auf einem gesonderten Arbeitsblatt notiert werden. Spätestens bei der Erstellung der Lösungsskizze (dazu sogleich sub IV) sind die zunächst identifizierten Normen jedoch genau zu prüfen und in ihrem systematischen Zusammenhang zu erfassen. Auf diese Weise entsteht das normative Fundament, auf dessen Grundlage die spätere Ausarbeitung erfolgt.

IV. Lösungsskizze

Auf Grundlage der Aufgaben- und Schwerpunktanalyse ist eine Lösungsskizze zu erstellen. Sie legt Aufbau, Prüfungsreihenfolge und wesentliche Ergebnisse der späteren Ausarbeitung fest und dient während der Klausurbearbeitung als Leitfaden. Dafür muss sie so gestaltet sein, dass sich die Lösung anschließend in das ausformulierte Gutachten übertragen lässt. Zugleich darf die Lösungsskizze das Gutachten nicht vorwegnehmen, da die Klausur sonst faktisch zweimal geschrieben wird. Das ist zumindest ein großes zeitliches Risiko.

1. Struktur

Die Lösungsskizze sollte so knapp wie möglich und so ausführlich wie nötig sein. Unproblematische Dinge können regelmäßig mit wenigen Stichworten und dem jeweiligen Ergebnis festgehalten werden. Bei den zuvor identifizierten Schwerpunkten sollte dagegen jedenfalls der gedankliche Lösungsweg erkennbar sein. Bei Streitfragen genügt es regelmäßig, die maßgeblichen Auffassungen, die tragenden Argumentationsansätze und das für den konkreten Fall gefundene Ergebnis zu notieren. Ausformulierte Argumentationen gehören ebenso wenig in die Lösungsskizze wie eine Wiedergabe des Sachverhalts.[68] Dies gilt auch für Definitionen.

Wie die Lösungsskizze entwickelt wird, richtet sich nach dem jeweiligen Rechtsgebiet und der konkreten Aufgabenstellung. Zunächst ist das rechtliche Prüfungsprogramm zu bestimmen (s. bereits sub I). Im Zivilrecht sind regelmäßig die in Betracht kommenden Ansprüche zu ermitteln und nach Anspruchszielen, Anspruchsgegnern und Anspruchsgrundlagen zu ordnen. Im öffentlichen Recht ergibt sich die Prüfungsstruktur aus der Aufgabenstellung und gegebenenfalls dem Rechtsschutzbegehren. Im Strafrecht bietet sich regelmäßig eine Gliederung nach Tatkomplexen und Tatbeteiligten an; innerhalb dieser Struktur sind die in Betracht kommenden Straftatbestände und Beteiligungsformen zu prüfen.

2. Methodisches Vorgehen

Im Weiteren ist der Sachverhalt anhand der Voraussetzungen der möglicherweise einschlägigen Vorschriften rechtlich zu durchdringen.[69] Dies unterscheidet sich von der allgemeinen Aufgabenerfassung und Schwerpunktanalyse, da dieses Vorgehen kleinschrittiger ist. Aufgabenerfassung und Schwerpunktanalyse haben für die Lösungsskizze also eine Filterfunktion und geben eine Richtung vor, die dann im Einzelnen tatbestandlich auszuarbeiten ist.

Folglich ist für jede Voraussetzung zu prüfen, ob und aufgrund welcher Sachverhaltsangaben sie erfüllt ist. Auf diese Weise nimmt die Lösungsskizze schrittweise Gestalt an. Insofern ist auch die zuvor angelegte Problemliste abzuarbeiten. Die dort zunächst festgehaltenen Rechtsfragen sind nun den einschlägigen Vorschriften und ihrem jeweiligen Platz im Prüfungsaufbau zuzuordnen. Auf diese Weise lässt sich überprüfen, ob alle erkannten Probleme erfasst und dogmatisch folgerichtig in die Gesamtstruktur der Lösung eingeordnet sind. Dadurch werden auch die rechtlichen Schwerpunkte deutlich bzw. überprüft.

[67] *Körber*, JuS 2008, 289 (292).
[68] Vgl. *Zieschang*, JA 2021, 529 (532).
[69] *Konertz*, JuS 2020, 297 (299); vgl. *Wienbracke*, VR 2020, 361.

Wo sich eine Voraussetzung ohne Weiteres bejahen oder verneinen lässt, genügt in der Lösungsskizze regelmäßig ein entsprechender Vermerk. Wo die Subsumtion dagegen Schwierigkeiten bereitet, unterschiedliche rechtliche Einordnungen in Betracht kommen oder eine Norm auszulegen ist, besteht regelmäßig Begründungsbedarf. Insofern kann sich ein zunächst vermuteter Schwerpunkt als unproblematisch erweisen. Umgekehrt können bei der Prüfung der einschlägigen Vorschriften Schwierigkeiten sichtbar werden, die bei der ersten Sachverhaltsanalyse noch nicht erkannt wurden. Die Lösungsskizze dient deshalb auch dazu, die zunächst identifizierten Schwerpunkte zu überprüfen, zu ergänzen und innerhalb des rechtlichen Prüfungsaufbaus zu verorten. Hilfreich kann dabei die sog. Normalfallmethode sein.[70] Ausgangspunkt ist dabei die Frage, welchen typischen Fall eine Vorschrift oder ein Tatbestandsmerkmal erfasst und ob der zu beurteilende Sachverhalt diesem Normalfall entspricht. Weicht der Sachverhalt hiervon in rechtlich erheblicher Weise ab, ist genauer zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Norm gleichwohl erfüllt sind. Die Methode kann dabei helfen, begründungsbedürftige Fragen zu erkennen und vorschnelle, lediglich intuitiv plausibel erscheinende Ergebnisse zu vermeiden.[71]

Bereits bei der Erstellung der Lösungsskizze ist sorgfältig mit dem Gesetz zu arbeiten (s. dazu bereits allgemein sub III).[72] Ist eine möglicherweise einschlägige Vorschrift identifiziert, sollte sie auch mit Blick auf die konkrete Prüfungsaufgabe nicht isoliert gelesen werden. Vielmehr sind auch ihr unmittelbares gesetzliches Umfeld, Verweisungen sowie systematisch zusammenhängende Vorschriften in den Blick zu nehmen. Auf diese Weise können weniger geläufige Regelungen entdeckt werden, die für die Falllösung entscheidend sind. Gerade Examensklausuren werfen oftmals Rechtsfragen auf, die mittels einer weniger bekannten Vorschrift im systematischen Umfeld einer geläufigen Norm zu lösen sind.[73]

3. Hilfsgutachterliche Erwägungen

Bereits in der Lösungsskizze sollte überprüft werden, ob einzelne Rechtsfragen hilfsgutachterlich zu behandeln sind.[74] Maßgeblich ist zunächst die rechtliche Lösung, die auf der Grundlage der Auslegung und Subsumtion für zutreffend gehalten wird. Von einem vertretbar gewonnenen Ergebnis sollte nicht allein deshalb abgewichen werden, weil vermutet wird, dass die Aufgabe auf eine andere Lösung angelegt sein könnte. Führt das gefundene Ergebnis allerdings dazu, dass ein im Sachverhalt erkennbar angelegtes Rechtsproblem nicht mehr entscheidungserheblich ist, kann sich jedenfalls eine hilfsgutachterliche Prüfung aufdrängen.[75] Das gilt insbesondere, wenn der Bearbeitungsvermerk ausdrücklich verlangt, alle aufgeworfenen Rechtsfragen erforderlichenfalls hilfsgutachterlich zu behandeln. Das Hilfsgutachten ermöglicht es dann, an der eigenen Lösung festzuhalten und zugleich die weiteren im Fall angelegten Rechtsfragen zu bearbeiten. Ob und an welcher Stelle hilfsgutachterlich weiterzuprüfen ist, sollte bereits in der Lösungsskizze festgelegt werden. Im Gutachten kann dieser Abschnitt mit einer entsprechenden Überschrift kenntlich gemacht und sodann wie üblich geprüft werden.

V. Gutachtenstil

Der bereits angesprochene Gutachtenstil (s. sub B, II) bildet die grundlegende methodische Struktur der juristischen Fallbearbeitung. Er dient dazu, die rechtliche Prüfung für den Leser nachvollziehbar zu entwickeln und offenzulegen, auf welchen rechtlichen Erwägungen und welcher Würdigung des Sachverhalts das jeweilige Ergebnis beruht. Seine sichere Beherrschung gehört daher richtigerweise zu den grundlegenden Anforderungen an eine Referendarexamensklausur und fließt in deren Bewertung ein.

Die rechtliche Prüfung vollzieht sich im Gutachtenstil in mehreren aufeinander aufbauenden Schritten. Ausgangspunkt ist der Obersatz, der die zu beantwortende Rechtsfrage formuliert (sub 1). Anschließend sind die maßgeblichen rechtlichen Voraussetzungen zu bestimmen und, soweit erforderlich, durch Definition oder Auslegung zu konkretisieren (sub 2). Es folgt die Subsumtion des Sachverhalts unter diese Voraussetzungen (sub 3) und schließlich das Ergebnis. Diese Grundstruktur ist kein starres sprachliches Schema, sondern an die jeweilige Rechtsfrage und deren Begründungsbedarf anzupassen.

1. Obersatz

Der Obersatz leitet die Prüfung einer Rechtsfrage ein und formuliert diese zunächst als offen. Typischerweise geschieht dies mit Formulierungen wie „*könnte*“ oder „*müsste*“. Zugleich gibt der Obersatz vor, was im Folgenden zu prüfen ist und strukturiert damit den weiteren Gedankengang.[76] Dies gilt sowohl für den einleitenden Obersatz, der eine mögliche Rechtsfolge mit einer bestimmten Rechtsgrundlage verknüpft, als auch für Obersätze zu einzelnen Voraussetzungen oder Tatbestandsmerkmalen. Durch die Formulierung des Obersatzes lässt sich zugleich kontrollieren, ob die herangezogene Norm überhaupt geeignet ist, die aufgeworfene Rechtsfrage zu beantworten.[77] Nicht erforderlich ist es dabei, bereits im einleitenden Obersatz sämtliche Voraussetzungen eines Anspruchs, einer Rechtsfolge oder eines Straftatbestands aufzuzählen. Dies kann zwar im

[70] Hierzu etwa *Haft*, Einf. in das jur. Lernen, 7. Aufl. 2015, 181 ff.
[71] Vgl. *Konertz*, JuS 2020, 297 (299).
[72] *Kuhn/Wehowsky*, ZDRW 2025, 107 (119 a.E.).
[73] Ebenso für das bayerische Prüfungsamt *Kuhn/Wehowsky*, ZDRW 2025, 107 (112).
[74] Hierzu auch *Wienbracke*, VR 2020, 361 (364 f.).
[75] Vgl. *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818).
[76] *Wienbracke*, VR 2020, 361 (362).
[77] Vgl. *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688).

Einzelfall der Orientierung dienen, führt aber häufig lediglich zu einer zeitaufwendigen Wiederholung der nachfolgenden Prüfung. Regelmäßig genügt es, die jeweils maßgeblichen Voraussetzungen dort einzuführen, wo sie im weiteren Verlauf geprüft werden.

Beispiele: So muss etwa bei der Prüfung eines Anspruchs aus § 985 BGB nicht bereits einleitend ausgeführt werden, dass der Anspruch die Eigentümerschaft des Anspruchstellers und den Besitz ohne Recht hierzu des Anspruchsgegners voraussetzt. Es kann genügen, festzustellen, dass zwischen den Beteiligten eine Vindikationslage bestehen müsste. Bei der anschließenden Prüfung der einzelnen Voraussetzungen muss dagegen jeweils klar benannt werden, was rechtlich erforderlich ist. Wird etwa die Eigentümerstellung des Anspruchstellers geprüft, ist zunächst festzustellen, dass dieser Eigentümer der herausverlangten Sache sein müsste. Erst anschließend ist zu untersuchen, ob und aufgrund welcher Umstände er Eigentum erworben und gegebenenfalls wieder verloren hat.

Auch im Strafrecht lässt sich dies am Beispiel des Wohnungseinbruchdiebstahls verdeutlichen. Nicht erforderlich ist es, bereits im einleitenden Obersatz sämtliche Voraussetzungen der §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB aufzuzählen. Es genügt etwa die Hypothese, dass sich T wegen Wohnungseinbruchdiebstahls gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben könnte, indem er in die Wohnung des O eingedrungen und dort dessen Laptop an sich genommen hat. Welche Voraussetzungen hierfür im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist anschließend bei den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen herauszuarbeiten. Allerdings sollte jedenfalls das tatsächliche Geschehen genau benannt werden, an das die Strafbarkeit anknüpft. Es kann im übrigen durch die Formulierung „durch dieselbe Handlung“ leicht auf die vorangehende Prüfung mit entsprechender Darstellung des Geschehens rekurriert werden.

Die bereits angesprochenen Formen des Obersatzes erfüllen unterschiedliche Funktionen. Der einleitende Obersatz formuliert die zu untersuchende Rechtsfolge als Hypothese, etwa: „*A könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Sache aus § 985 BGB haben.*“ Auch wenn eine solche Formulierung für sich genommen noch keine Voraussetzung benennt, unter die anschließend subsumiert werden könnte,[78] erfüllt sie eine wichtige Funktion: Sie bezeichnet die zu beantwortende Rechtsfrage und macht dem Leser deutlich, was im Folgenden geprüft wird. Die Obersätze zu den einzelnen Voraussetzungen geben demgegenüber den rechtlichen Bezugspunkt für die anschließende Subsumtion vor. So müsste A für einen Anspruch aus § 985 BGB zunächst Eigentümer der herausverlangten Sache sein. Ausgangspunkt für die Bildung solcher Obersätze ist das Gesetz.[79] Seine Tatbestandsvoraussetzungen bestimmen den Bezugspunkt, an dem der Sachverhalt im weiteren Verlauf der Prüfung zu messen ist.

Mit dieser prüfungstechnischen Strukturierung sollte schließlich auch eine entsprechende optische Gliederung einhergehen (s. hierzu noch sub X, 2). Ein neuer Prüfungspunkt sollte daher regelmäßig auch durch einen neuen Absatz kenntlich gemacht werden. Dies ist zwar keine Frage des Gutachtenstils im engeren Sinne, erleichtert dem Leser (und im Examen: dem Korrektor) aber, dem durch die Obersätze vorgegebenen Prüfungsgang zu folgen.

2. Definition

Im Anschluss an den Obersatz ist der rechtliche Maßstab für die weitere Prüfung zu bestimmen. Dies erfolgt regelmäßig durch eine Definition. Sie bestimmt den abstrakten Inhalt eines Tatbestandsmerkmals[80] und grenzt dieses erforderlichenfalls von anderen Tatbestandsmerkmalen oder Rechtsbegriffen ab.[81] Die Definition dient damit als Fundament für die anschließende Subsumtion. Dies erschöpft sich allerdings nicht immer in einer kurzen und allgemein anerkannten Definition. Manche rechtlichen Voraussetzungen lassen sich nur durch mehrere Elemente konkretisieren.

Beispiel: Dies gilt etwa für Inhalt und Reichweite von Verkehrssicherungspflichten (BeckOK BGB/*Förster*, 79. Ed., Stand: 1.8.2026, § 823 Rn. 102). Hier ist herauszuarbeiten, nach welchen rechtlichen Kriterien sich bestimmt, welche Sicherungsmaßnahmen im konkreten Fall geschuldet waren.

In anderen Fällen ist bereits umstritten, wie ein Tatbestandsmerkmal zu bestimmen ist.

Beispiel: Im Falle des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs in § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a Var 2 StGB kann sich die Maßstabsbildung nicht in der Wiedergabe einer allgemein anerkannten Definition erschöpfen, sondern muss den bestehenden Meinungsstreit berücksichtigen.

3. Subsumtion

An die Bestimmung des rechtlichen Maßstabs schließt sich die Subsumtion an. Dabei wird geprüft, ob der konkrete Sachverhalt die zuvor herausgearbeiteten rechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Sachverhalt wird damit unter den abstrakten rechtlichen Maßstab eingeordnet.[82] Hierzu sind die maßgeblichen Tatsachen aufzugreifen und daraufhin zu untersuchen, ob sie die einzelnen Voraussetzungen des maßgeblichen Tatbestands erfüllen.[83] Dabei ersetzt die

[78] *Weitbrecht*, ZJS 2022, 834 f.
[79] *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688).
[80] *Muthorst*, Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 10.
[81] Vgl. *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten, 16. Aufl. 2026, Rn. 98 ff.
[82] *Muthorst* (Fn. 80), § 6 Rn. 11.
[83] *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881 (883); *Fahl*, JA 2008, 350.

bloße Wiedergabe einer Sachverhaltsangabe keine Subsumtion.[84]

Beispiel: Heißt es im Sachverhalt etwa, A habe erklärt, er wolle sich von dem mit B geschlossenen Kaufvertrag lösen, weil B trotz Aufforderung den Kaufpreis nicht gezahlt habe, genügt bei der Prüfung des § 349 BGB nicht die bloße Feststellung, A habe den Rücktritt erklärt. Vielmehr ist anhand der konkreten Erklärung und ihres Zusammenhangs zu begründen, weshalb sie nach §§ 133, 157 BGB als Erklärung des Rücktritts zu verstehen ist. Entscheidend ist damit nicht, den Sachverhalt mit juristischen Begriffen zu wiederholen, sondern die für die rechtliche Einordnung maßgeblichen tatsächlichen Umstände mit dem zuvor entwickelten rechtlichen Maßstab zu verknüpfen.

Die Subsumtion ist keineswegs stets ein einfacher oder gar mechanischer Prüfungsschritt. Gerade bei den Schwerpunkten kann sie eine eingehende Auseinandersetzung mit den Umständen des konkreten Falles und eine differenzierte Argumentation erfordern. Eine überzeugende Bearbeitung beschränkt sich dann nicht auf die Behauptung, ein Tatbestandsmerkmal sei erfüllt oder nicht erfüllt. Sie muss vielmehr erkennen lassen, welche Sachverhaltsumstände für oder gegen die rechtliche Einordnung sprechen und warum sie in ihrer Gesamtheit zu dem gefundenen Ergebnis führen.

Maßstabsbildung und Subsumtion sind also voneinander zu unterscheiden. Deshalb sollten konkrete Umstände des zu bearbeitenden Falles nicht bereits Bestandteil einer vermeintlich abstrakten Definition sein.

4. Prüfungsübergreifende Struktur

Die Struktur des Gutachtenstils kann sich innerhalb einer Prüfung auf mehreren Ebenen wiederholen, wie bereits zur Funktion der Obersätze angedeutet (s. sub 1).[85] Ein übergeordneter Obersatz lässt sich häufig erst beantworten, nachdem mehrere einzelne Voraussetzungen geprüft worden sind, die ihrerseits jeweils einen Obersatz, eine erforderlichenfalls vorzunehmende Maßstabsbildung, die Subsumtion und ein Zwischenergebnis erfordern.[86]

Beispiel: Dies lässt sich mittels § 1147 BGB verdeutlichen. Für die Frage, ob der Hypothekar vom Eigentümer des belasteten Grundstücks die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, sind mehrere Voraussetzungen zu prüfen. Zu klären ist insbesondere, ob der Anspruchsgegner Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, eine Hypothek zugunsten des Anspruchstellers wirksam bestellt oder von diesem erworben wurde, die Voraussetzungen für die Verwertung der Hypothek vorliegen und der Inanspruchnahme keine durchgreifenden Einreden entgegenstehen (*Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688 f.)). Jeder dieser Prüfungspunkte kann seinerseits eine eigenständige gutachtliche Prüfung erfordern. Soweit eine Voraussetzung problematisch ist, ist daher wiederum der maßgebliche rechtliche Maßstab zu bestimmen, der Sachverhalt darunter zu subsumieren und ein entsprechendes Zwischenergebnis zu bilden.

Schließlich bedeutet die Grundstruktur des Gutachtenstils nicht, dass jeder Prüfungspunkt in gleicher Ausführlichkeit zu behandeln ist. Umfang und Form der Darstellung und damit der Begründungstiefe richten sich vielmehr nach dem jeweiligen Begründungsbedarf. Je größer die rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten sind, desto ausführlicher müssen Maßstabsbildung, Subsumtion und Argumentation ausfallen. Bei unproblematischen Voraussetzungen kann die Prüfung deutlich verkürzt werden. In Betracht kommt insbesondere ein verkürzter Urteilsstil, bei dem das Ergebnis vorangestellt und anschließend knapp begründet wird. Der reine Feststellungsstil, der ein Tatbestandsmerkmal ohne weitere Begründung lediglich bejaht oder verneint, sollte demgegenüber auf völlig offensichtliche Punkte beschränkt bleiben.[87]

VI. Schwerpunktsetzung

Eine überzeugende Klausurbearbeitung zeichnet sich durch eine angemessene Schwerpunktsetzung aus.[88] Die zuvor vorgenommene Schwerpunktanalyse (s. sub II) muss sich deshalb in der Ausarbeitung widerspiegeln. Nicht jeder Prüfungspunkt verdient denselben Raum und dieselbe Begründungstiefe. Entscheidend ist vielmehr, die Ausführlichkeit der Darstellung an der rechtlichen Bedeutung und Schwierigkeit der jeweiligen Frage auszurichten.

Unproblematische Voraussetzungen sind entsprechend knapp zu behandeln.[89] Je nach Begründungsbedarf können hierfür die bereits dargestellten verkürzten Darstellungsformen verwendet werden (s. sub V, 4). Lehrbuchartige Ausführungen zu bekannten Definitionen oder ersichtlich unproblematischen Voraussetzungen sind zu vermeiden.[90] Für die Falllösung unerhebliche Rechtsfragen gehören grundsätzlich nicht in die Bearbeitung. Eine gute Schwerpunktsetzung zeichnet sich daher nicht nur darin aus, was ausführlich behandelt wird, sondern ebenso darin, was kurz behandelt oder ganz weggelassen wird.

Die Schwerpunkte der Klausur sind entsprechend zu bearbeiten. Hier genügt es regelmäßig nicht, ein Ergebnis lediglich festzustellen oder bekannte Lehrsätze wiederzugeben. Vielmehr muss die Bearbeitung erkennen lassen, warum

[84] Zu letzterer *Bäcker*, JuS 2019, 321 (324).
[85] *Körber*, JuS 2008, 289 (296) („mehrere Subsumtionen ineinander verschachtelt"); *Wienbracke*, VR 2020, 361 (362).
[86] *Muthorst* (Fn. 80), § 6 Rn. 23; *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (688).
[87] Vgl. *Beyerbach*, JA 2014, 813 (816); *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (750).
[88] *Schimmel* (Fn. 81), Rn. 227; *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (753).
[89] *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881 (883).
[90] *Schimmel* (Fn. 81), Rn. 228; *Lau*, BRJ 2024, 129 (133); *Wienbracke*, VR 2020, 361 (365).

die betreffende Rechtsfrage für den konkreten Fall in der gefundenen Weise zu beantworten ist. Je nach Problemstellung kann dies insbesondere eine nähere Auslegung der maßgeblichen Vorschrift, eine eingehende Subsumtion oder die Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Rechtsauffassungen erfordern. Schwerpunktsetzung bedeutet dabei nicht, möglichst viel zu den erkannten Problemen zu schreiben. Auch bei einem Schwerpunkt sind nur diejenigen Ausführungen erforderlich, die zur Lösung der konkreten Rechtsfrage beitragen. Entscheidend ist damit nicht die Menge des dargestellten Wissens, sondern dessen Bedeutung für die Falllösung. Daher gehört zur richtigen Schwerpunktsetzung schließlich auch, Meinungsstreitigkeiten nur insoweit zu behandeln, wie sie für die konkrete Falllösung erheblich sind.[91] Ein aus Literatur oder Rechtsprechung bekannter Streit ist nicht allein deshalb darzustellen, weil er im Sachverhalt thematisch berührt wird. Führen die unterschiedlichen Auffassungen im konkreten Fall zum selben Ergebnis, bedarf es regelmäßig keiner Entscheidung des Streits.[92] Umgekehrt kann eine für die Falllösung entscheidende Auslegungsfrage eine vertiefte Auseinandersetzung erfordern, auch wenn sie keinem geläufigen Meinungsstreit entspricht.

VII. Zeitmanagement

Außerdem gehört ein funktionierendes Zeitmanagement zu den wesentlichen Voraussetzungen einer überzeugenden Klausurbearbeitung.[93] Der regelmäßig erhebliche Umfang von Examensklausuren stellt besondere Anforderungen hieran. Wie die verfügbare Zeit hierfür am besten eingeteilt wird, hängt nicht nur von der jeweiligen Klausur, sondern auch von der individuellen Arbeitsweise ab. Starre Zeitvorgaben sind deshalb wenig sinnvoll.[94] Das eigene Zeitmanagement sollte vielmehr bereits beim Schreiben von Übungsklausuren erprobt und fortlaufend angepasst werden.

Zur allgemeinen Orientierung lässt sich die Bearbeitungszeit in drei Phasen unterteilen: eine Lese- und Analysephase, eine Gliederungs- und Strukturierungsphase sowie eine Schreib- und Finalisierungsphase. In der ersten Phase sind insbesondere die Aufgabenstellung einschließlich des Bearbeitungsvermerks und der Sachverhalt sorgfältig zu erfassen sowie erste rechtliche Schwerpunkte zu identifizieren (s. sub I, II). Daran schließt sich die Entwicklung der Lösungsskizze an (s. sub IV). Die verbleibende Zeit dient der Ausarbeitung und einer abschließenden Kontrolle der Bearbeitung. Zeitlich können diesbezüglich etwa 30 Minuten für die Sachverhaltsanalyse, 90 Minuten für die Entwicklung der Lösung und rund 180 Minuten für Ausarbeitung und Abschlusskontrolle als grober Rahmen dienen. Diese Aufteilung ist jedoch weder verbindlich noch für jede Klausur und jeden Prüfling gleichermaßen geeignet. Insbesondere sollte die Analyse- und Lösungsphase nicht allein deshalb beendet werden, weil eine zuvor festgelegte Zeitspanne abgelaufen ist. Umgekehrt muss ausreichend Zeit für die vollständige Ausarbeitung verbleiben. Die in Übungsklausuren gewonnenen Erfahrungen sollten deshalb genutzt werden, um eine individuell geeignete Zeitaufteilung zu entwickeln.

Das Zeitmanagement endet überdies nicht mit dem Beginn der Reinschrift. Bereits anhand der Lösungsskizze sollte abgeschätzt werden, welcher Anteil der verbleibenden Bearbeitungszeit auf die einzelnen Prüfungsteile entfallen kann. Bei mehreren Fallfragen, Ansprüchen oder größeren Tatkomplexen kann es beispielsweise hilfreich sein, konkrete zeitliche Kontrollpunkte festzulegen. So kann etwa bestimmt werden, zu welcher Uhrzeit spätestens mit der nächsten Fallfrage oder dem nächsten größeren Prüfungsteil begonnen werden sollte. Außerdem ist während des Schreibens regelmäßig zu kontrollieren, ob der Zeitplan eingehalten wird. Wer einen solchen Kontrollpunkt deutlich überschreitet oder nach der Hälfte der vorgesehenen Schreibzeit erst einen wesentlich geringeren Teil der geplanten Ausarbeitung bewältigt hat, muss reagieren. Andernfalls besteht die Gefahr, dass spätere Ansprüche, Tatkomplexe oder Fallfragen nur noch oberflächlich oder gar nicht mehr bearbeitet werden können. In einer solchen Situation ist die weitere Darstellung insbesondere bei unproblematischen und weniger bedeutsamen Punkten zu straffen. Die zuvor vorgenommene Schwerpunktsetzung erhält damit zugleich eine zeitliche Dimension.[95]

Für das Ende der Bearbeitungszeit sollte schließlich etwas Raum zur Abschlusskontrolle verbleiben. Dabei geht es nicht darum, die gesamte Klausur nochmals inhaltlich zu überprüfen. Vielmehr sollte kontrolliert werden, ob sämtliche Fallfragen beantwortet und alle wesentlichen Prüfungsteile bearbeitet wurden, ob offensichtliche Lücken oder Widersprüche bestehen und ob die maßgeblichen Normen zutreffend bezeichnet sind. Auch kann ein abschließender Blick auf die Problemliste geworfen werden, ob wirklich alle Punkte berücksichtigt wurden. Falls nicht, verbleibt zwar nicht mehr viel Zeit. Es besteht dann aber immerhin noch die Möglichkeit, ein paar Pinselstriche hinzuzufügen. Dies dürfte sich wenigstens teilweise positiv auswirken. Soweit erforderlich, ist im Übrigen zu prüfen, ob die Bearbeitung vollständig und in der richtigen Reihenfolge abgegeben wird. Keinesfalls sollte verspätet abgegeben werden, da dies mit 0 Punkten für die betreffende Klausur sanktioniert werden kann.[96]

[91] *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (329).
[92] *Fleck/Arnold*, JuS 2009, 881 (883).
[93] *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 („Teil der Benotungsgrundlage“).
[94] So aber Weißberg, ZJS 2020, 648 (649).
[95] *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749; vgl. *Zieschang*, JA 2021, 529 (530).
[96] S. https://www.berlin.de/sen/justiz/juristenausbildung/juristische-pruefungen/artikel.263935.php, sub II, 5, zuletzt abgerufen am 13.10.2026.

VIII. Argumentation

Der Qualität der Argumentation kommt für eine juristische Begutachtung besondere Bedeutung zu. So beschränkt sich eine überzeugende Bearbeitung nicht darauf, ein bestimmtes Ergebnis zu behaupten oder juristische Fachbegriffe und bekannte Argumente wiederzugeben.[97] Sie muss erkennen lassen, aus welchen rechtlichen Gründen ein Ergebnis vertreten wird. Die angeführten Gründe sind dabei auf die konkrete Rechtsfrage zu beziehen, gegeneinander abzuwägen und entsprechend zu würdigen.

1. Auslegungsmethoden

Das wichtigste Instrument für die Argumentation bilden die juristischen Auslegungsmethoden.[98] Bei der Auslegung einer Vorschrift sind demnach nach hergebrachter Methodenlehre zumindest ihr Wortlaut, ihre systematische Stellung sowie ihr Sinn und Zweck in den Blick zu nehmen.[99] Welche dieser Gesichtspunkte für die konkrete Rechtsfrage Bedeutung haben und welches Gewicht ihnen zukommt, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Nicht jede Auslegungsfrage verlangt Ausführungen zu sämtlichen Auslegungsgesichtspunkten. Entscheidend ist vielmehr, diejenigen Argumente herauszuarbeiten, die für die zu beantwortende Rechtsfrage tatsächlich etwas beitragen.

Im Rahmen der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen sind verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben. Je nach Rechtsfrage können darüber hinaus weitere methodische Instrumente Bedeutung erlangen. Dazu gehören insbesondere die Analogie und die teleologische Reduktion, deren Voraussetzungen sicher beherrscht werden sollten.[100] Auch Argumentationsformen wie der Umkehrschluss oder der Erst-recht-Schluss können zur Begründung eines Ergebnisses herangezogen werden. Entscheidend ist auch hier nicht die bloße Benennung der jeweiligen Methode, sondern, dass sie nachvollziehbar auf die konkrete Rechtsfrage angewendet wird.

2. Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit

Eine methodisch fundierte Argumentation ermöglicht es zugleich, auch für unbekannte Rechtsfragen eigenständig vertretbare Lösungen zu entwickeln. Wer den Inhalt und die Systematik der einschlägigen Vorschriften verstanden hat und die anerkannten Auslegungsmethoden sicher anwenden kann, ist weniger darauf angewiesen, für jede denkbare Fallgestaltung vorgefertigte Lösungen oder Argumentationsmuster zu kennen. Gerade bei unbekannten Problemkonstellationen kommt es darauf an, aus dem Gesetz und seinem Regelungszusammenhang eigenständig vertretbare Argumente zu entwickeln. In diesem Sinne geht es in einer Examensklausur nicht darum, eine vermeintlich einzig richtige Lösung zu finden. Entscheidend ist, die aufgeworfenen Rechtsfragen methodisch nachvollziehbar und rechtlich vertretbar zu beantworten. Vertretbarkeit bedeutet allerdings nicht Beliebigkeit. Das gefundene Ergebnis muss sich auf das geltende Recht zurückführen und unter Beachtung der anerkannten juristischen Methoden begründen lassen.

Welches Ergebnis der für die Korrektur erstellte Lösungsvorschlag für eine bestimmte Rechtsfrage bevorzugt, können Prüflinge weder wissen noch sollten sie versuchen, es zu erraten. Bei auslegungsbedürftigen oder umstrittenen Rechtsfragen können vielmehr unterschiedliche Lösungen vertretbar sein. Dies zeigt sich auch daran, dass Lösungshinweise zu Examensklausuren mitunter verschiedene Wege aufzeigen oder abweichende Auffassungen bei entsprechender Begründung ausdrücklich als vertretbar anerkennen. Für die Prüfer sind sie sowieso unverbindlich. Entscheidend ist daher, die im Fall angelegten Rechtsfragen und Schwerpunkte zu erkennen, die maßgeblichen Argumente herauszuarbeiten und auf dieser Grundlage zu einem nachvollziehbar begründeten Ergebnis zu gelangen.

Besondere Anforderungen an die Argumentation stellen zudem Rechtsfragen, die durch Abwägung verschiedener Belange oder Umstände beantwortet werden müssen.[101] Die bloße Feststellung, bei einer „Gesamtabwägung“ überwiege die eine oder andere Seite, genügt regelmäßig nicht. Vielmehr sind zunächst die für die Abwägung erheblichen Gesichtspunkte zu identifizieren, sodann in ihrer Bedeutung für den konkreten Fall zu gewichten und schließlich zueinander ins Verhältnis zu setzen.

Beispiel: Dies gilt etwa für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, aber auch für Abwägungsentscheidungen im Zivilrecht, beispielsweise im Rahmen des Mitverschuldens nach § 254 BGB oder bei der Prüfung von Rahmenrechten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB. Gerade bei solch offenen Wertungen zeigt sich die Qualität juristischer Argumentation darin, dass das gefundene Ergebnis aus der Gewichtung der maßgeblichen Umstände nachvollziehbar hergeleitet wird.

3. Keine Bekräftigungen, keine Abschwächungen

Schließlich gewinnt eine Argumentation durch sprachliche Verstärkung nicht an Überzeugungskraft. Begriffe wie „eindeutig“, „zweifellos“ oder „offensichtlich“ können eine fehlende Begründung nicht ersetzen.[102] Ist eine rechtliche Einordnung begründungsbedürftig, muss vielmehr erläutert werden, welche rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen für das gefundene Ergebnis sprechen. Ist sie tatsächlich offensichtlich, bedarf es regelmäßig keiner

[97] *Beaucamp*, JA 2018, 757 (758).
[98] Vgl. *Lau*, BRJ 2024, 129; *Lobinger*, SudZR 2025, 268 (270).
[99] Vgl. *Bäcker*, JuS 2019, 321; historische Erwägungen sind in einem Klausurkontext regelmäßig nicht griffbereit.
[100] *Kuhn/Wehowsky*, ZDRW 2025, 107 (134).
[101] Vgl. hierzu *Bäcker*, JuS 2019, 321 (325 f.).
[102] *Schimmel* (Fn. 81), Rn. 359; *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (753); *Fahl*, JA 2008, 350 (356).

sprachlichen Bekräftigung. Auf sie sollte daher grundsätzlich verzichtet und nur vereinzelt zurückgegriffen werden.

Am Ende der Argumentation muss ein klares Ergebnis stehen. Hier sollte unter Rückgriff auf die entscheidenden Normen klar zusammengefasst werden, wie die anfänglich im Obersatz formulierte Hypothese zu beantworten ist. Abschwächende Formulierungen wie „*wohl*" oder „*wahrscheinlich*" sind zu vermeiden.[103]

IX. Sprache

Insgesamt trägt die sprachliche Darstellung zur Qualität einer Klausurbearbeitung bei.[104] Sie sollte grammatikalisch richtig und orthographisch möglichst fehlerfrei sein. Einzelne Schreib- oder Flüchtigkeitsfehler werden sich unter den zeitlichen Bedingungen einer Examensklausur zwar nicht gänzlich vermeiden lassen. Häufen sich sprachliche Fehler oder beeinträchtigen sie die Verständlichkeit, leidet dagegen auch die Qualität der juristischen Darstellung.

Für die Klausurbearbeitung empfiehlt sich überdies eine möglichst klare, präzise und prägnante Sprache.[105] Regelmäßig sind kurze und überschaubar aufgebaute Sätze leichter verständlich als komplizierte Satzkonstruktionen. Juristische Fachbegriffe und gesetzliche Formulierungen sind dabei präzise zu verwenden.[106] Insbesondere sollten gesetzliche Begriffe nicht ohne Weiteres durch vermeintlich synonyme Bezeichnungen ersetzt werden. So spricht § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vom Vertretenmüssen und nicht vom Verschulden. Beide Begriffe sind nicht bedeutungsgleich.[107]

Zur sprachlichen Klarheit trägt regelmäßig auch ein zurückhaltender Umgang mit Passivkonstruktionen und dem Nominalstil bei. Wo es ohne Bedeutungsverlust möglich ist, sind aktive Formulierungen und Verben häufig kürzer und verständlicher. Passivkonstruktionen und Substantivierungen sind damit nicht generell zu vermeiden. Sie sollten jedoch dort nicht verwendet werden, wo sie den Satz lediglich verlängern, handelnde Personen verdecken oder den Gedankengang unnötig erschweren.

Die sprachliche Darstellung sollte zugleich den Gedankengang der rechtlichen Prüfung erkennen lassen. Obersatz, Definition oder erforderlichenfalls Maßstabsbildung, Subsumtion und Ergebnis müssen inhaltlich aufeinander bezogen sein. Die einzelnen Sätze sollten deshalb nicht unverbunden nebeneinanderstehen, sondern erkennen lassen, wie die rechtliche Begründung fortschreitet.

Zu vermeiden sind schließlich sprachliche Elemente, die keinen Beitrag zur rechtlichen Begründung leisten. Dies gilt insbesondere für unnötige Füllwörter, Floskeln und bloße sprachliche Verstärkungen (siehe bereits sub VIII, 3). Auch formelhafte Wendungen wie „laut Sachverhalt", „laut Bearbeitungsvermerk" oder ein ständig wiederkehrendes „vorliegend" sind regelmäßig entbehrlich. Maßgeblich ist jedoch auch insoweit ihre Funktion im konkreten Satz. Formulierungen wie „hier" oder „in diesem Fall" können durchaus sinnvoll sein, wenn sie den abstrakten rechtlichen Maßstab mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt verknüpfen.

X. Äußere Form

Ferner trägt die äußere Form zur Qualität einer Klausurbearbeitung bei. Dies betrifft zum einen die Leserlichkeit (sub 1) und zum anderen die Gliederung und gebildete Überschriften (sub 2).

1. Leserlichkeit

Die Leserlichkeit ist naturgemäß für handschriftlich angefertigte Klausuren bedeutsam.[108] Die äußere Gestaltung sollte es dem Korrektor ermöglichen, Aufbau und Gedankengang der rechtlichen Prüfung nachzuvollziehen. Gewiss sind juristische Examensklausuren kein Schönschreibwettbewerb. Die Handschrift muss jedoch so lesbar sein, dass die Bearbeitung erfasst werden kann.[109] Entscheidend ist daher, zügig, aber leserlich zu schreiben. Was unter keinen Umständen entziffert werden kann, kann bei der Bewertung der Bearbeitung nicht berücksichtigt werden.

Auch nachträgliche Korrekturen und Ergänzungen sollten die Lesbarkeit möglichst wenig beeinträchtigen. Streichungen sollten eindeutig und Ergänzungen klar zuzuordnen sein. Bereits beim Schreiben von Übungsklausuren empfiehlt es sich deshalb, eine einfache und einheitliche Vorgehensweise für Korrekturen und nachträgliche Einfügungen zu entwickeln. Außerdem sollte bereits in den Übungsklausuren mit dem Schreibgerät gearbeitet werden, das auch in der Prüfung verwendet wird.

Sofern die Prüfungsordnung eine elektronische Klausurbearbeitung ermöglicht, entfällt zwar die Problematik der Handschriftlichkeit. An ihrer Stelle tritt jedoch die Notwendigkeit, auch unter Zeitdruck sicher mit der Tastatur arbeiten zu können. Dies sollte bereits in Übungsklausuren trainiert werden.

2. Gliederungen und Überschriften

Jede Bearbeitung sollte überdies sinnvoll gegliedert werden. Dies macht die Prüfungsstruktur sichtbar und unterstützt zugleich die Gedankenführung. Die Gliederung muss dabei der inhaltlichen Struktur der rechtlichen Prüfung folgen. Diese Struktur wiederum ergibt sich aus den einschlägigen gesetzlichen Regelungen,[110] der Aufgabenstellung, den

[103] *Beaucamp*, JA 2018, 757 (759).
[104] *Schimmel* (Fn. 81), Rn. 324 ff.; offenbar a.A. *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (691).
[105] Vgl. *Schimmel* (Fn. 81), Rn. 340 ff.
[106] *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (753).
[107] MünchKommBGB/*Ernst*, 10. Aufl. 2025, § 280 Rn. 5.
[108] *Zieschang*, JA 2021, 529 (530).
[109] *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (751).
[110] *Weitbrecht*, ZJS 2022, 687 (689); *Er/Erler/Kreutz*, JA 2014, 749 (752).

zu prüfenden Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen oder anderen Besonderheiten der Klausur. Die Gliederung erfüllt damit keinen Selbstzweck, sondern bildet den rechtlichen Aufbau der Bearbeitung ab.

Auch innerhalb der einzelnen Gliederungspunkte sollte die Gedankenführung optisch erkennbar sein. Neue Prüfungspunkte und selbstständige Argumentationsschritte sollten deshalb regelmäßig durch einen neuen Absatz kenntlich gemacht werden. Umgekehrt sollte nicht jeder einzelne Satz einen eigenen Absatz bilden.

Überschriften können dabei die Orientierung erleichtern. Sie sollten aussagekräftig sein und den Inhalt des nachfolgenden Prüfungsteils zutreffend bezeichnen. Nicht jeder Gliederungspunkt benötigt jedoch eine eigene Überschrift. Eine zu kleinteilige Untergliederung kann die Bearbeitung vielmehr unübersichtlich machen und kostet Zeit. Regelmäßig dürfte es daher genügen, Überschriften auf die übergeordneten Gliederungsebenen zu beschränken, etwa „A. Zulässigkeit“, „B. Begründetheit“ oder „I. Anspruch entstanden“, „II. Anspruch erloschen“. Die Gliederung muss jedenfalls erkennen lassen, welche konkrete Rechtsfrage jeweils geprüft wird. Überschriften sind hierfür nicht zwingend erforderlich. Eine klare Gliederungsnummerierung kann ausreichen.

Beispiel: *Die Prüfung eines Kaufvertrages mittels Überschriften kann wie folgt aufgebaut werden:*

A. Anspruch des K gegen V aus § 433 Abs. 2 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.000 Euro aus Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Dafür müsste der Anspruch zunächst entstanden sein.

1. Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages gem. § 433 BGB

Ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist entstanden, wenn sich K und V wirksam auf den Abschluss eines Kaufvertrages gem. § 433 BGB geeinigt haben.

Alternativ kann auch eine Gliederung ohne Überschriften gewählt werden:

A. K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.000 Euro aus Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Dafür müsste der Anspruch zunächst entstanden sein.

1. Ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung ist entstanden, wenn sich K und V wirksam auf den Abschluss eines Kaufvertrages gem. § 433 BGB geeinigt haben.

XI. Fahrplan

Abschließend lassen sich die wesentlichen Arbeitsschritte der Klausurbearbeitung zu einem Fahrplan zusammenfassen. Er ist nicht als starres Schema zu verstehen, kann aber helfen, die Bearbeitung zu strukturieren und auch unter Zeitdruck den Überblick zu behalten.

1. Aufgabenstellung und Bearbeitungsvermerk genau erfassen.
2. Sachverhalt gründlich lesen, rechtliche Probleme und erste Lösungsansätze notieren.
3. Soweit hilfreich, Personen- und Rechtsverhältnisse skizzieren, Tatkomplexe bilden oder einen Zeitstrahl erstellen.
4. Rechtliche Schwerpunkte identifizieren und eine Problemliste erstellen.
5. Lösungsskizze entwickeln, Prüfungsaufbau, wesentliche Ergebnisse und Argumentationslinien festlegen.
6. Lösung unter angemessener Schwerpunktsetzung und fortlaufender Kontrolle der verfügbaren Zeit ausformulieren sowie bereits verarbeitete Punkte der Problemliste abhaken.
7. Falls zeitlich möglich: Abschließend kontrollieren, ob alle Aufgaben beantwortet, die wesentlichen Prüfungspunkte behandelt und vermeidbare Fehler oder Widersprüche beseitigt sind.

D. Schlussbemerkungen

Eine erfolgreiche Klausurbearbeitung beruht nicht auf einem allgemeinen Rezept. Sie setzt das Zusammenspiel solider Rechtskenntnisse, methodischer Sicherheit und einer eingeübten Klausurtechnik voraus. Die in diesem Beitrag behandelten Elemente greifen daher ineinander: Nur wer den Sachverhalt und die Aufgabenstellung präzise erfasst, rechtliche Probleme erkennt und methodisch löst, Schwerpunkte setzt und die verfügbare Zeit sinnvoll nutzt, kann sein Wissen in eine überzeugende Klausurbearbeitung umsetzen.

Wie dies im Einzelnen gelingt, hängt auch von individuellen Arbeitsweisen und Erfahrungen ab. Die dargestellten Methoden und Techniken sind deshalb nicht als Blaupause zu übernehmen. Sie sollen Orientierung bieten und dazu anregen, für die eigene Examensvorbereitung und Klausurbearbeitung ein tragfähiges Konzept zu entwickeln.

Ein solches Konzept bewährt sich jedoch erst in der Anwendung. Klausurtechnik lässt sich nicht allein theoretisch erlernen, sondern muss regelmäßig unter Prüfungsbedingungen eingeübt werden. Die erforderliche Sicherheit und Routine lassen sich schrittweise entwickeln, indem Übungsklausuren ernsthaft bearbeitet und nachbereitet werden. Die Referendarexamensklausur wird damit zwar nicht einfacher, wohl aber etwas berechenbarer.

Prof. Dr. *Florian Jeßberger* und *Leon Trampe*[*]

Völkerstrafrecht in Deutschland: Eine Einführung
Teil 2: Anwendungspraxis, übergreifende Fragen und Ausblick

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Grundzüge des Völkerstrafrechts in Deutschland. Im Mittelpunkt stehen die Anwendungspraxis sowie übergreifende Fragen, die sich an der Schnittstelle von staatlicher und internationaler Ordnung ergeben. Der Beitrag knüpft an einen ersten Teil in Heft 1/2026, S. 3–11 an, der die Grundlagen, Entwicklungslinien und Inhalte des „deutschen Völkerstrafrechts" erörtert.

Inhaltsübersicht

A. Anwendungspraxis: Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in Deutschland ... 80
I. Zuständigkeit ... 80
II. Vorgeschichte ... 80
III. Frühphase (2002–2009) ... 81
IV. Anlaufphase (2010–2014) ... 81
V. Anwendungsphase (seit 2015) ... 81
1. Kriegsverbrechen (§§ 8–12 VStGB) ... 82
2. Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) ... 83
3. Völkermord (§ 6 VStGB) ... 83
4. Verbrechen der Aggression (§ 13 VStGB) ... 83
VI. Bilanz ... 84
B. Völkerstrafrecht an der Schnittstelle von staatlicher und internationaler Ordnung ... 85
I. Normative Schnittstellen ... 85
1. „Staatliches Völkerstrafrecht" ... 85
2. Auslegung des Völkerstrafgesetzbuches ... 85
II. Praktische Schnittstellen ... 86
1. Deutsche Strafrechtspflege im Mehrebenensystem ... 86
2. Wechselwirkung zwischen staatlicher und internationaler Rechtsprechung ... 86
III. Durchsetzung des Völkerstrafrechts: Mittel und Grenzen ... 87
1. Internationale Zusammenarbeit: Rechtshilfe und Auslieferung ... 87
2. Immunität als Verfolgungshindernis ... 88
C. Ausblick: Zur Zukunft des Völkerstrafrechts in Deutschland ... 88
I. Rechtsanwendung ... 88
II. Gesetzgebung ... 88
III. Politik ... 89
IV. Internationale Ordnung ... 89

A. Anwendungspraxis: Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in Deutschland

I. Zuständigkeit

Für die Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) sind erstinstanzlich die Oberlandesgerichte zuständig (§ 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG);[1] über die Revisionen und Beschwerden entscheidet der Bundesgerichtshof (§ 135 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 GVG). Diese Aufgaben nehmen ausschließlich die jeweiligen Staatsschutzsenate wahr.[2] Die Ermittlungen führt grundsätzlich der Generalbundesanwalt (§ 142a Abs. 1 S. 1 GVG);[3] in Sachen minderer Bedeutung gibt er das Verfahren an eine zuständige Generalstaatsanwaltschaft ab (§ 142a Abs. 2 Nr. 2 GVG). Als Polizeibehörde ist die Zentralstelle beim Bundeskriminalamt zuständig.[4]

Diese Zuständigkeitskonzentration rechtfertigt sich vor allem aus dem Gewicht der Völkerrechtsverbrechen: Es handelt sich um die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Ihre Verfolgung betrifft regelmäßig auch außenpolitische Interessen. Daneben erfordern die Komplexität der Rechtsfragen im Schnittfeld von Strafrecht und Völkerrecht und der oft erhebliche Aufklärungsaufwand bei Auslandstaten besondere Fach- und Sachkenntnis.[5]

II. Vorgeschichte

Das VStGB gilt nicht für Völkerrechtsverbrechen, die vor seinem Inkrafttreten im Juni 2002 begangen wurden.[6] Bis dahin kannte das bundesdeutsche Recht nur für den Völkermord einen eigenen Tatbestand (ab 1954: § 220a StGB a.F.); Verbrechen gegen die Menschlichkeit und

[*] *Florian Jeßberger* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. *Leon Trampe* ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

[1] Örtlich zuständig ist das Oberlandesgericht am Sitz der Landesregierung (§ 120 Abs. 1 GVG); bei Auslandstaten ohne gewöhnlichen Inlandsaufenthalt des Beschuldigten (sonst: § 8 StPO) oder dessen Ergreifung im Inland (sonst: § 9 StPO) bestimmt der BGH das Gericht (§ 13a StPO); Kriterien sind insbesondere der Anzeigeort, der Aufenthaltsort von Beschuldigten und Zeugen, Vorerfahrungen eines Gerichts, der Zusammenhang mit anhängigen Verfahren und die Belastungsverteilung, vgl. BT-Drucks. 14/8978, S. 6.

[2] Hierzu zählen der 3. Strafsenat des BGH und die Senate von elf OLGs; angeklagt hat die Bundesanwaltschaft bislang vor neun. Die OLGs üben Bundesgerichtsbarkeit in Organleihe aus (Art. 96 Abs. 5 GG).

[3] Beim GBA befassen sich drei Referate mit Taten nach dem VStGB. Fehlt eine VStGB-Strafbarkeit, entfällt seine Zuständigkeit; eingehend *Jeßberger*, HRRS 2013, 119 (122 ff.); a.A. GBA, NStZ 2010, 581.

[4] Zur Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen beim BKA *Stock*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 211 (215 ff.); *Zorn*, ZIS 2017, 762.

[5] Vgl. BT-Drucks. 14/8978, S. 6.

[6] Zur Verfolgung vor Inkrafttreten des VStGB eingehend *Jeßberger*, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2023, S. 25 ff.; vgl. auch *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (7).

Kriegsverbrechen konnten nur auf Grundlage der Tatbestände des allgemeinen Strafrechts geahndet werden.[7] Maßgeblich ist grundsätzlich das zur Zeit der Tat geltende Recht, § 2 Abs. 1 StGB.

Soweit die deutsche Strafjustiz NS-Verbrechen ahndete, erfolgte dies nicht etwa nach den völkerrechtlichen Straftatbeständen, sondern entsprechend auf Grundlage des Reichsstrafgesetzbuchs bzw. der Straftatbestände des allgemeinen Strafrechts;[8] die noch in der DDR begangenen Straftaten, die sog. Alttaten, wurden nach der Wiedervereinigung vor allem[9] auf Basis des DDR-Strafrechts verfolgt,[10] soweit nicht das bundesdeutsche Recht milder war. § 220a Abs. 1 StGB a.F. kam vier Jahrzehnte nach seiner Einführung erstmals zur Anwendung: Die ersten Aburteilungen wegen Völkermordes betrafen „ethnische Säuberungen" im Bosnienkrieg (etwa Nr. 3: zerstörerische Lebensbedingungen für die muslimische Bevölkerung).[11] Im Dezember 2015 ahndete ein Gericht eine Beteiligung am Völkermord in Ruanda 1994 nach Nr. 1.[12]

Die bisherige Praxis des VStGB lässt sich in drei Zeitabschnitte einteilen: Früh-, Anlauf- und Anwendungsphase, die der Beitrag im Folgenden beschreibt.[13]

III. Frühphase (2002–2009)

In der Frühphase unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes blieb die Strafjustiz weitgehend untätig. Die Behörden, namentlich der Generalbundesanwalt, waren auf die Anwendung des neu geschaffenen und hochambitionierten Gesetzbuchs wenig vorbereitet und unzureichend ausgestattet. Es entstand der Eindruck, sie scheuten vor einer entschlossenen Umsetzung in die Praxis zurück: Strafanzeigen gegen (ehemalige) hochrangige Amtsträger – etwa den US-Verteidigungsminister Rumsfeld[14] oder den usbekischen Innenminister Almatow[15] – mündeten nicht in Ermittlungsverfahren oder Haftbefehlen. Zwar legte der Generalbundesanwalt zahlreiche Beobachtungs- bzw. Prüfvorgänge („ARP-Vorgänge")[16] an; in der Regel blieb es jedoch dabei.[17]

IV. Anlaufphase (2010–2014)

Es folgte ein Jahrfünft, welches nicht nur einen personellen Aufwuchs bei den Ermittlungsbehörden brachte, sondern auch die Anwendungspraxis unter eine neue Überschrift stellte: Deutschland sollte kein Zufluchtsort für Völkerrechtsverbrecher – „*no safe haven*" – sein. Zugleich begann sich die Einsicht durchzusetzen, dass sich auch Deutschland am „*global fight against impunity*" beteiligen und etwa in sog. Strukturermittlungsverfahren Beweismittel sichern könne und solle.[18] 2010 erging die erste Entscheidung, in der ein Gericht das VStGB anwendete.[19] Verfahren gegen westliche – deutsche[20] oder US-amerikanische[21] – Soldaten wurden eingestellt.

V. Anwendungsphase (seit 2015)

Erst im letzten Jahrzehnt hat die Anwendungspraxis Fahrt aufgenommen. Neben der verbesserten Ausstattung insbesondere der Strafverfolgungsbehörden war ein wesentlicher Grund dafür, dass infolge des syrischen Bürgerkriegs und des Erstarkens des sog. Islamischen Staates (IS), der in Nordsyrien und im Irak ein „Kalifat" errichtet hatte, zahlreiche Geflüchtete – Täter wie Opfer – nach Deutschland kamen. Wie schon im Kontext des Jugoslawien-Krieges wurden Strafverfahren dadurch überhaupt erst möglich.[22] Die große Mehrzahl der Verfahren richtete sich gegen deutsche Täter oder betraf Sachverhalte, die in sonstiger Hinsicht einen Inlandsbezug aufwiesen. In Einzelfällen[23] betrieb die deutsche Justiz aber auch echte Weltrechtspflege und führte Strafverfahren gegen einen ausländischen Staatsangehörigen, der sich zunächst nicht im Inland aufhielt, wegen Auslandstaten an Ausländern.

---

[7] Für das Verbrechen der Aggression, das partiell vom Staatsschutzdelikt der Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80 StGB a.F.) erfasst war, vgl. *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (11).

[8] *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (7 Fn. 38).

[9] Für DDR-Taten, für die schon vor dem Beitritt das Recht der Bundesrepublik galt – etwa Spionage –, bleibt es bei dessen Anwendung (Art. 315 Abs. 4 EGStGB); vgl. BVerfGE 92, 277.

[10] § 2 StGB gilt nach Maßgabe des Art. 315 Abs. 1 EGStGB; grundlegend BGHSt 39, 1 (6 ff.); eingehend *Marxen/Werle/Vormbaum*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, 2. Aufl. 2020, S. 4 f.

[11] Insgesamt drei Verurteilungen; erstmals: OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.9.1997 – IV-26/96, S. 24 ff. – legal-tools (rechtskräftig: BGHSt 45, 64 und BGHSt 48, 153); Beihilfe zum Völkermord: BGHSt 46, 292 ff. und BGH NJW 2001, 2732 (2733 f.).

[12] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10 – 4 – 1/15, BeckRS 2016, 515 (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 26.7.2016 – 3 StR 160/16).

[13] Vgl. für eine leicht abweichende Periodisierung *Jeßberger* (Fn. 6), S. 25 ff.

[14] Vgl. GBA, JZ 2005, 311; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.6.2005 – 1 Ws 41/05, WKRS 2005, 35814; OLG Stuttgart NStZ 2006, 117.

[15] Vgl. BGH, Beschl. v. 13.11.2007 – 3 ARs 22/07 – juris; vgl. *Hannich*, ZIS 2007, 507 (513); *Kreß*, ZIS 2007, 515 (519).

[16] Unter „ARP" (Allgemeines Register für politische Sachen; Staatsschutzsachen) führt der GBA Vorgänge, in denen Erkenntnisse auf ein Staatsschutzdelikt hindeuten, aber noch kein Anfangsverdacht besteht, vgl. BT-Drucks. 19/32649, S. 1 f.

[17] BT-Drucks. 16/11479, S. 6: bis 19.12.2008 über 90 Beobachtungsvorgänge und sechs Ermittlungsverfahren; von der Verfolgung abgesehen wurde mangels Anfangsverdachts (§ 152 Abs. 2 StPO; z.B. wegen Immunität) oder nach § 153f StPO.

[18] Näher Fn. 108.

[19] BGHSt 55, 157 ff. (Fortdauer der Untersuchungshaft); zum FDLR-Verfahren sogleich.

[20] Etwa das Verfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm: GBA, Einstell. v. 16.4.2010 – 3 BJs 6/10-4, https://web.archive.org/web/20180425015830/http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf, zuletzt abgerufen am 3.9.2026; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.2.2011 – 5 StS 6/10 – juris; EGMR NJW 2021, 1291 ff.

[21] Siehe z.B. das Verfahren wegen eines Drohnenangriffs mit deutschem Opfer, GBA, Einstell. v. 20.6.2013 – 3 BJs 7/12 - 4, BeckRS 2013, 19730.

[22] Teilweise erwirkte der Generalbundesanwalt auch internationale Haftbefehle, etwa im Verfahren gegen Al Hassan (vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 492); zum Ganzen und zur Idee der „*complementary preparedness*" *Jeßberger,* Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, 2018, http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_STU(2018)603878, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

[23] Beim Verfahren gegen Taha Al-J. (OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20 - 4 - 1/20 – juris; rechtskräftig: BGHSt 67, 180) ergab sich über die deutsche Ehefrau ein gewisser Inlandsbezug.

Das Anwachsen der Zahl der Verfahren bewirkte die Konsolidierung des Rechtsstoffes. Vor allem sind nunmehr neben dem Generalbundesanwalt zunehmend die Gerichte – die Staatsschutzsenate der Oberlandesgerichte, aber auch der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs – als Protagonisten der Fortschreibung des Völkerstrafrechts durch Anwendung und Auslegung in den Vordergrund getreten.

Die folgende Übersicht über die Anwendungspraxis konzentriert sich auf die bisher ergangenen gerichtlichen Verurteilungen.[24] Die Verfahren betreffen fast ausnahmslos Vorgänge außerhalb Deutschlands. Geografisch liegt der Schwerpunkt der Aburteilungen auf in Syrien und im Irak begangenen Taten; hinzu treten Verfahren wegen Geschehnissen in Afghanistan, der DR Kongo, Gambia, Libyen, Pakistan, Ruanda, Sri Lanka, der Ukraine und Usbekistan. Die Verfahren richten sich ganz überwiegend gegen nichtstaatliche Akteure, insbesondere gegen IS-Angehörige, häufig gegen sog. IS-Rückkehrer.[25] Nur ausnahmsweise betreffen die in Deutschland geführten Strafverfahren wegen Völkerstraftaten auch staatliche Akteure; Beispiele sind die Verurteilungen wegen Verbrechen des ehemaligen syrischen Regimes sowie der afghanischen, gambischen oder irakischen Streitkräfte.

1. Kriegsverbrechen (§§ 8–12 VStGB)

Der Startschuss für die gerichtliche Anwendungsphase – die erste Hauptverhandlung, die erste Verurteilung nach dem VStGB – erfolgte mit dem Verfahren gegen zwei Milizenführer der *Forces démocratiques de libération du Rwanda* (FDLR) vor dem OLG Stuttgart. Im Mai 2011 eröffnete der 5. Strafsenat das Hauptverfahren;[26] im September 2015 befand er die beiden Angeklagten der Beihilfe zu Kriegsverbrechen für schuldig.[27] Im Juli 2016 erging die zweite Verurteilung. Mit ihr begann eine Reihe von Verfahren zu Sachverhalten, in denen die Angeklagten mit Leichen(teilen) der gegnerischen Partei eines bewaffneten Konflikts posierten. Die Rechtsprechung ordnete auch Verstorbene als nach dem humanitären Völkerrecht „zu schützende Personen" i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ein.[28] Die dritte Verurteilung verknüpfte diese Frage dann erstmals mit Tatvorwürfen des Terrorismus gegen einen IS-Angehörigen.[29] Gerade am Beispiel des syrischen Bürgerkriegs mit staatlichen wie verschiedenen nicht-staatlichen Akteuren zeigt sich die Komplexität der Kriegsverbrechen, etwa bei der Bestimmung, wer Angehöriger der „gegnerischen Partei" und damit Opfer sein kann.[30]

Seit 2019 sind mehr als ein Dutzend Verurteilungen wegen Kriegsverbrechen gegen Eigentum (§ 9 Abs. 1 VStGB) ergangen – zunächst gegen sog. IS-Rückkehrerinnen, die in Wohnstätten Vertriebener lebten und dazu beitrugen, den Gebietsanspruch zu sichern,[31] zunehmend aber auch gegen männliche IS-Angehörige.[32] Ebenfalls zweistellig ist die Zahl der Verurteilungen wegen des Kriegsverbrechens der Folter (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB); sie betreffen mit Blick auf das ehemalige Assad-Regime staatliche Hoheitsträger[33] oder regimetreue Milizen[34] ebenso wie regimefeindliche Gruppen.[35]

Tötungsdelikte (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) sind bisher nur mit anderen Tatbeständen und gegen nicht-staatliche Akteure abgeurteilt worden: darunter Tötungen wehrloser Kämpfer (§ 8 Abs. 6 Nr. 3 VStGB) aus politisch-ideologischen Motiven[36] und Tötungen von Zivilpersonen (§ 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB) aus unterschiedlichen Beweggründen.[37]

Im Zentrum der bisherigen gerichtlichen Praxis stehen demnach die Kriegsverbrechen gegen Personen und Eigentum. Hinzu tritt je eine Verurteilung wegen eines Kriegsverbrechens gegen humanitäre Operationen (§ 10 Abs. 1

[24] Daneben hat sich der BGH häufig in Beschlüssen mit materiellrechtlichen Einzelfragen befasst; für eine Übersicht *Kreicker/Voigt*, NStZ 2026, 151 ff.

[25] Viele Verfahren betreffen Mitglieder von Organisationen, die die Gerichte nach § 129a StGB als terroristische Vereinigungen qualifizieren, etwa die Freie Syrische Armee und Jabhat al-Nusra, so dass vielfach neben den Völkerstraftaten auch Terrorismustaten Gegenstand der Verfahren sind; zum sog. Terrorismusvölkerstrafrecht *Geneuss*, ZStW 2021, 1001 ff.; *dies.*, in: FS Werle, 2022, S. 105 ff.; *Trampe*, GA 2026, 34 (46 f.); *T. Zimmermann*, GA 2022, 195 ff.; mit Blick auf Eigentumsdelikte *Sayatz*, Eigentumsschutz im Völkerstrafrecht, 2025, S. 275 ff.

[26] Die Anklage erstreckte sich auf weitere Kernverbrechen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 3, 6, 8 und 9, Abs. 3; § 8 Abs. 1 Nr. 1–5, Abs. 4 S. 1; § 9 Abs. 1; § 11 Abs. 1 Nr. 4 VStGB) und stützte sich auf § 4 VStGB.

[27] OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10, BeckRS 2015, 118449: § 8 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 2, § 9 Abs. 1 Var. 1, 2 VStGB, § 27 StGB; BGHSt 64, 10 hob die Verurteilung allerdings auf.

[28] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16-4-1/16, BeckRS 2016, 19047 (rechtskräftig: BGHSt 62, 272 [276 ff.]).

[29] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 8.11.2016 – 5-3 StE 4/16, BeckRS 2016, 114443 (rechtskräftig); OLG Celle, Urt. v. 16.4.2024 – 4 St 2/23.

[30] Mit Verweis auf einschlägige Rechtsprechung *Gericke/Moldenhauer*, NStZ-RR 2021, 38 (39).

[31] OLG Stuttgart, Urt. v. 5.7.2019 – 5-2 StE 11/18; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.1.2024 – 5 St 1/23; ausführlich *Sayatz* (Fn. 25), S. 259 ff.

[32] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.5.2024 – 5 St 2/23; OLG München, Urt. v. 11.11.2025 – 7 St 2-24. Jüngst verurteilte OLG Stuttgart, Urt. v. 3.6.2025 – 6 St 3 BJs 47/20 (rechtskräftig: BGH, Urt. v. 6.8.2026 – 3 StR 584/25) auch ein Hisbollah-Mitglied.

[33] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.6.2025 – 5-3 StE 2/21-4-2/21; siehe aber auch BGHSt 65, 286 (zuvor OLG München, Urt. v. 26.7.2019 – 8 St 5/19, BeckRS 2019, 52732; afghanischer Offizier).

[34] HansOLG, Urt. v. 18.12.2024 – 3 St 2/24, BeckRS 2024, 35892 (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 14.11.2025 – 3 StR 170/25); OLG Stuttgart, Urt. v. 3.6.2025 – 6 St 3 BJs 47/20 (rechtskräftig: BGH, Urt. v. 6.8.2026 – 3 StR 584/25).

[35] Zur Folter im Gefängnis OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.9.2018 – 5-3 StE 4/16 - 4 - 3/17 (Beihilfe; rechtskräftig); KG Berlin, Urt. v. 11.7.2023 – 3 StE 8/22-5 (rechtskräftig: BGH NStZ-RR 2025, 182); zur Gewalt durch IS-Angehörige im Haushalt OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20-4-1/20 – juris (rechtskräftig: BGHSt 67, 180); HansOLG, Urt. v. 27.7.2022 – 3 St 2/22, BeckRS 2022, 61074.

[36] Staatskritisch KG Berlin, Urt. v. 4.6.2021 – (1) 3 StE 3/18 – 4 (3/18) (Irak; rechtskräftig: BGHSt 68, 128); OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.8.2021 – 6 StS 5/20 – juris (Syrien; rechtskräftig: BGH NJW 2022, 2126). Ideologisch OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2021 – 6 StS 5/18 (rechtskräftig: BGH NStZ-RR 2022, 319).

[37] OLG Stuttgart, Urt. v. 3.6.2025 – 6 St 3 BJs 47/20 (regimeunterstützend; rechtskräftig: BGH, Urt. v. 6.8.2026 – 3 StR 584/25); OLG Stuttgart, Urt. v. 13.1.2020 – 5-2 StE 5/17-4, openJur 2022, 16820 (regimekritisch; rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 10.8.2021 – 3 StR 394/20 – juris); OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.9.2018 – III-5 StS 3/16 – juris (profitorientiert; rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 6.8.2019 – 3 StR 228/19).

Nr. 1 VStGB)[38] und wegen des Einsatzes militärischer Mittel gegen Zivilpersonen (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VStGB).[39]

2. Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB)

Von großer Bedeutung in der gerichtlichen Praxis sind die Tatbestände des § 7 Abs. 1 VStGB. Das ehemalige syrische Regime führte spätestens ab April 2011 einen ausgedehnten und systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung, der sich Anfang 2012 mit Ausbruch des bewaffneten Konflikts um Kriegsverbrechen erweiterte. Der IS führte ab August 2014 einen Angriff vor allem[40] gegen die Jesiden.

Einen Schwerpunkt der Aburteilung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit bilden die Tatbestände der Versklavung (Nr. 3), Folter (Nr. 5) und Freiheitsberaubung (Nr. 9) mit jeweils zweistelligen Verurteilungszahlen. Nach der weltweit ersten Verurteilung eines syrischen Amtsträgers im Februar 2021[41] haben sich die Verfahren wegen Folter sowohl gegen weitere Regimevertreter[42] als auch gegen IS-Angehörige gerichtet;[43] bei Taten nach dem Konfliktausbruch zugleich nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB.[44] Die Versklavungsurteile betreffen Handlungen des IS[45] und einer regimezugehörigen Miliz.[46] Die Freiheitsberaubung ist ein zentraler Anknüpfungspunkt der Verfahren nach § 7 VStGB, da sie regelmäßig der Begehung weiterer Straftaten dient; die Verurteilungen betreffen Verbrechen des syrischen Geheimdienstes,[47] regimetreuer Milizen[48] und IS-Angehöriger.[49] Daneben treten Verurteilungen wegen Tötung (Nr. 1), geschlechtsspezifischer Gewalt (Nr. 6) und Verfolgung (Nr. 10), die regelmäßig mit anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit zusammentreffen. Nr. 6 geht dabei stets mit Taten einher, die ein Herrschaftsverhältnis begründen. Sie findet bei Taten gegen Oppositionelle in syrischer Geheimdiensthaft Anwendung[50] und bei der Versklavung von Jesidinnen durch den IS, bei der vor allem die Ehefrauen der Täter als Gehilfinnen verurteilt werden.[51] Nach dem Konfliktausbruch ist zugleich § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB hinzugetreten.[52] Die Verfolgungsurteile betreffen vor allem aus religiösen Gründen verfolgte Jesiden.[53] Verurteilungen nach Nr. 1 VStGB erfassen Tötungen durch staatliche und regimetreue Repression.[54]

3. Völkermord (§ 6 VStGB)

Im November 2021 hat ein deutsches Strafgericht die Verbrechen des IS an den Jesiden weltweit zum ersten Mal als Völkermord anerkannt und abgeurteilt (§ 6 Abs. 1 VStGB).[55] Die Verurteilungen haben bislang allerdings weder die Führungsriege des IS noch die am Angriff auf das irakische Sindschar-Gebiet im August 2014 unmittelbar Beteiligten betroffen,[56] sondern Personen, die Jesidinnen in ihren Privathaushalten versklavten und ihrer körperlichen Freiheit beraubten. Als Völkermordhandlung werteten die Gerichte die schweren körperlichen und seelischen Schäden, die die Täter ihren Opfern zufügten (Nr. 2),[57] sowie die gewaltsame Überführung jesidischer Kinder in eine andere Gruppe (Nr. 5).[58]

4. Verbrechen der Aggression (§ 13 VStGB)

Das Verbrechen der Aggression nach § 13 VStGB ist bislang noch nicht Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens gewesen. Ein Grund mag in der im Vergleich zu den übrigen Völkerstraftaten eingeschränkten Strafgewalt liegen (§ 1 S. 2 VStGB[59]), so dass § 13 VStGB beispielsweise auf den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine nicht anwendbar ist. Insoweit besteht vielmehr ein Verfolgungshindernis.

---

[38] OLG Stuttgart, Urt. v. 23.1.2019 – 3 StE 5/16 (rechtskräftig).
[39] KG Berlin, Urt. v. 23.2.2023 – (2) 3 StE 7/22-4 (1/22) (rechtskräftig; BGH NJW 2024, 978).
[40] Siehe aber KG Berlin, Urt. v. 11.7.2023 – 3 StE 8/22-5 (Al-Shu'aytat-Stamm; rechtskräftig: BGH NStZ-RR 2025, 182).
[41] OLG Koblenz, Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21, BeckRS 2021, 2517 (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 20.4.2022 – 3 StR 367/21).
[42] OLG Koblenz, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19 (rechtskräftig: BGHSt 68, 225); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.6.2025 – 5-3 StE 2/21-4-2/21.
[43] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20 – juris (rechtskräftig: BGHSt 67, 180); OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24.
[44] Deshalb betreffen OLG Koblenz, Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21 – juris und Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19 – juris (keine Kriegsverbrechen).
[45] HansOLG, Urt. v. 2.10.2020 – 3 St 1/20 (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 9.3.2021 – 3 StR 26/21); OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24.
[46] HansOLG, Urt. v. 18.12.2024 – 3 St 2/24, BeckRS 2024, 35892, Rn. 266 ff. (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 14.11.2025 – 3 StR 170/25).
[47] OLG Koblenz, Urt. v. 24.2.2021 – 1 StE 3/21 – juris (Beihilfe); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.6.2025 – 5-3 StE 2/21-4-2/21.
[48] HansOLG, Urt. v. 18.12.2024 – 3 St 2/24, BeckRS 2024, 35892 (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 14.11.2025 – 3 StR 170/25); OLG Stuttgart, Urt. v. 3.6.2025 – 6 St 3 BJs 47/20 (rechtskräftig: BGH, Urt. v. 6.8.2026 – 3 StR 584/25).
[49] Gefängnistaten KG Berlin, Urt. v. 11.7.2023 – 3 StE 8/22-5 (rechtskräftig: BGH NStZ-RR 2025, 182); Haushaltstaten gegen Jesidinnen OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20-4-1/20 – juris (rechtskräftig: BGHSt 67, 180); OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24.
[50] OLG Koblenz, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19 (Vergewaltigung und sexuelle Nötigung; rechtskräftig: BGHSt 68, 225); OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 16.6.2025 – 5-3 StE 2/21-4-2/21 (versuchte Beraubung der Fortpflanzungsfähigkeit).
[51] OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.6.2021 – 7 StS 3/19 – juris (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 7.2.2023 – 3 StR 483/21 – juris); OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24.
[52] HansOLG, Urt. v. 27.7.2022 – 3 St 2/22, BeckRS 2022, 61074; OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24. Eine Ausnahme bildet OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.6.2021 – 7 StS 3/19 – juris (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 7.2.2023 – 3 StR 483/21 – juris).
[53] OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.6.2021 – 7 StS 3/19 – juris (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 7.2.2023 – 3 StR 483/21 – juris); OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24. Daneben KG Berlin, Urt. v. 11.7.2023 – 3 StE 8/22-5 (Al-Shu'aytat-Stamm; rechtskräftig: BGH NStZ-RR 2025, 182).
[54] OLG Koblenz, Urt. v. 13.1.2022 – 1 StE 9/19 (rechtskräftig: BGHSt 68, 225); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.6.2025 – 5-3 StE 2/21-4-2/21; zu Gambia OLG Celle, Urt. v. 30.11.2023 – 5 StS 1/22 (rechtskräftig: BGH, Beschl. v. 12.11.2024 – 3 StR 238/24).
[55] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20-4-1/20 – juris (rechtskräftig: BGHSt 67, 180).
[56] Den Völkermord im August 2014 erkannte der Bundestag einstimmig an, BT-Drucks. 20/5228.
[57] OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20-4-1/20 – juris (rechtskräftig: BGHSt 67, 180); so auch HansOLG, Urt. v. 27.7.2022 – 3 St 2/22, BeckRS 2022, 61074 (Beihilfe zum Völkermord).
[58] OLG München, Urt. v. 13.7.2026 – 8 St 4/24.
[59] Näher *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (8 f.).

VI. Bilanz

Die Zwischenbilanz mehr als zwei Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Gesetzes fällt im Wesentlichen positiv aus.[60] Das VStGB hat sich als tragfähig erwiesen; dass die Verfolgung erst spät in Gang kam, beruhte nicht auf Defiziten der gesetzlichen Regelung. Mittlerweile hat die Bundesanwaltschaft über 350 Ermittlungsverfahren eingeleitet[61] – mehr als zwei Drittel seit 2017.[62] Dem Völkerstrafrecht kommt auch aus Sicht der Behörde eine „wachsende Bedeutung" zu.[63] Bislang ist es zu über 50 erstinstanzlichen Urteilen und über 100 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gekommen.[64] Die Mitglieder des 3. Strafsenats stellen fest: „Das Völkerstrafrecht boomt und beansprucht die Kapazitäten [der Staatsschutzsenate] in immer größerem […] Maße."[65] Als Resultat dieser Spruchpraxis lässt sich festhalten: Das deutsche Völkerstrafrecht hat inzwischen in vielerlei Hinsicht scharfe Konturen erhalten, ist in weiten Teilen konsolidiert und unterliegt zugleich ständiger Fortentwicklung. Der Anstieg der Fallzahlen fügt sich in den gesamteuropäischen Trend wachsender Verfolgungsbereitschaft ein: Die staatlichen Gerichte – nicht nur, aber auch in Deutschland – spielen inzwischen eine qualitativ wie quantitativ bemerkenswerte Rolle bei der Ahndung völkerstrafrechtlichen Unrechts. Diese Entwicklung liegt quer zu den verbreiteten Narrativen von der Krise des Völkerstrafrechts[66] und vom „Aufstieg und Fall" universeller Jurisdiktion.[67]

Die durchaus beachtliche Zahl von Strafverfahren wegen Taten nach dem VStGB und die Konsolidierung des Rechtsstoffes in der gerichtlichen Praxis dürfen freilich nicht den Blick dafür trüben, dass die Durchsetzung des Völkerstrafrechts auch in Deutschland breiter und teilweise berechtigter Kritik ausgesetzt ist.[68] Dabei geht es heute weniger um den Vorwurf der „Siegerjustiz" oder des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot oder um den Einwand staatlicher Souveränität („Immunität"). Feministische Perspektiven rügen vielmehr, dass die Justiz geschlechtsspezifische Gewalt nur unzureichend erfasse[69] und in bestimmten Konstellationen[70] nahezu ausnahmslos weibliche Angehörige verurteile.[71] Von Vertretern der sog. *Third World Approaches to International Law* (TWAIL)[72] wird (auch) der deutschen Justiz entgegengehalten, dass sie vor allem dort verfolge, wo die zu erwartenden politischen Folgekosten tragbar seien[73] – überwiegend also nicht-staatliche oder rangniedrige Akteure des Globalen Südens, kaum dagegen Angehörige der Eliten des Globalen Nordens (die beispielsweise im Verdacht der Beteiligung an Kriegsverbrechen im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung stehen).[74] Rechtsdogmatische Bedenken treffen die Strafrechtspraxis, soweit sie die Verfolgung kumulativ auf eine Völkerstraftat und die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung (§§ 129a, 129b StGB) stützt: Das führt zu Verfahrenshindernissen[75] und Verfolgungsasymmetrien zulasten nicht-staatlicher Gruppen[76] und birgt das Risiko, dass das Völkerstrafrecht, das als Weltfriedenssicherungsstrafrecht gerade staatsverstärkte Kriminalität bekämpfen will,[77] zum verkappten Staatsschutzstrafrecht verkümmert.[78] Umgekehrt zieht die Justiz Völkerstraftatbestände vermehrt heran, um terrorismusstrafrechtliche Vorwürfe zu begründen – auf die Gefahr hin, diese von ihren völkerrechtlichen Grundlagen zu lösen[79] und mit Blick auf das Analogieverbot zu weit auszulegen.[80]

All diese kritischen Perspektiven münden in dem gemeinsamen Monitum der selektiven Anwendungspraxis – auch durch das Verfolgungsermessen in § 153f StPO ermöglicht –, die Doppelstandards verfestigt und blinde Flecken belässt.[81] Es bleibt eine zentrale Aufgabe und Herausforderung für die Strafrechtspraxis, diese Doppelstandards und blinden Flecken im Bewusstsein der eigenen Rolle in einer arbeitsteilig organisierten internationalen Strafrechtspflege zu überwinden.

[60] Vgl. zum Folgenden auch *Werle/Jeßberger*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 5. Aufl. 2026, Einleitung VStGB Rn. 62 ff.
[61] Zur Ermittlungstätigkeit des GBA die Praxisberichte der Bundesanwälte *Egerer-Uhrig/Klinge*, in: FS 75 Jahre BGH, 2025, S. 397 ff. und *Frank*, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2023, S. 97 ff.
[62] Verfolgungsbilanzen etwa in BT-Drucks. 19/1506 (2002–2018) und BT-Drucks. 20/2851 (2019–2022).
[63] *Egerer-Uhrig/Klinge* (Fn. 61), S. 397.
[64] Vgl. *Safferling*, ZRP 2023, 122.
[65] *Schäfer et al.*, in: FS 75 Jahre BGH, 2025, S. 239 (240 f.).
[66] Hierzu *Jeßberger*, in: FS Werle, 2022, S. 145 ff.
[67] *Jeßberger* (Fn. 22); *ders.* (Fn. 6), S. 35 f.
[68] Zu den kritischen Perspektiven auf das Völkerstrafrecht im Einzelnen *Jeßberger* (Fn. 66), S. 151 ff.; vgl. auch *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 149 ff.
[69] Eingehend *Bock*, ZfIStW 2025, 484 ff.
[70] Beispiele: Verbrechen des IS an den Jesiden (vgl. *Egerer-Uhrig/Klinge* [Fn. 61], S. 399); § 8 Abs. 1 Nr. 5 VStGB (OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.4.2020 – 7 StS 4/19 – juris; HansOLG, Urt. v. 24.3.2022 – 3 St 2/21 – juris, rechtskräftig); § 9 Abs. 1 VStGB (*Sayatz* [Fn. 25], S. 295 ff.).
[71] Vgl. *Sayatz* (Fn. 25), S. 298; *Trampe*, GA 2026, 34 (47 f.).
[72] Zu TWAI(C)L *Mehta*, Strategic Litigation and Corporate Complicity in Crimes Under International Law, 2023, S. 15 ff.; zur postkolonialen Kritik Masake/Jeßberger (Hrsg.), International Criminal Law and the Legacy of Colonialism, 2024; *Steinl*, in: FS Werle, 2022, S. 295 (300 ff.).
[73] Zu Einstellungen der Verfahren gegen westliche Soldaten bereits Fn. 20 f.; *Jeßberger* (Fn. 6), S. 38; vgl. die Beiträge von *Bock* (S. 43 ff.), *Meloni* (S. 69 ff.) und *Schüller* (S. 77 ff.) im selben Band. Siehe ferner *Mehta/Imani/Melchior*, JICJ 2024, 631 ff.
[74] *Burghardt*, KJ 2018, 21 ff.
[75] Etwa das Verfahren gegen *Harry S.* (völkerstrafrechtliche Vorwürfe wegen *ne bis in idem* nicht verfolgt), HansOLG, Beschl. v. 12.10.2017 – 3 St 2/17 (BGH, Beschl. v. 8.2.2018 – StB 27/17); kritisch *Trampe*, GA 2026, 34 (45 f.).
[76] Zur normativen Asymmetrie *Geneuss*, ZStW 133 (2021), 1001 (1021 ff.); zum faktischen Ungleichgewicht *Burghardt*, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2023, S. 149 (162 f.).
[77] *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 19 ff., 147: staatlich zurechenbare oder abgeschirmte Verbrechen; vgl. *Werle*, ZStW 1997, 808 (829).
[78] Hierzu *Jeßberger* (Fn. 66), S. 153 ff.
[79] Kritisch *Burghardt* (Fn. 76), S. 152 ff.; *Epik/Geneuss*, JR 2025, 21 (23); zu § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB *Berster*, ZIS 2017, 264; zu § 9 Abs. 1 VStGB *Sayatz* (Fn. 25), S. 305 ff.
[80] Am Beispiel der Anwendung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf Verstorbene *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100.
[81] Allgemeiner *Patett,* Selektivität im Völkerstrafrecht, 2024, S. 139 ff.

B. Völkerstrafrecht an der Schnittstelle von staatlicher und internationaler Ordnung

Die Völkerstrafrechtspflege in Deutschland fügt sich in den größeren Zusammenhang des arbeitsteilig organisierten Systems internationaler Strafrechtspflege ein. Dieses System, das in den vergangenen Jahrzehnten rasant an Kontur gewonnen hat, führt unterschiedliche Akteure – neben deutschen auch internationale Gerichte und Gerichte fremder Staaten – mit dem gemeinsamen Ziel der Verfolgung und Aburteilung der für Völkerrechtsverbrechen Verantwortlichen zusammen. Durch die Einbettung in dieses System unterscheidet sich das deutsche Völkerstrafrecht von weiten Teilen des allgemeinen Strafrechts.[82] Den Folgen und Herausforderungen dieses Zusammenhangs geht der folgende Abschnitt nach.

I. Normative Schnittstellen

1. „Staatliches Völkerstrafrecht"

Das Völkerstrafrecht liegt im Schnittfeld von Völkerrecht und Strafrecht. Im Ausgangspunkt ist es Völkerrecht und Teil der internationalen Ordnung. Das „deutsche Völkerstrafrecht" ist eine Ausprägung des staatlichen Völkerstrafrechts, die mit dem VStGB zugleich die nationale Strafrechtsordnung internationalisiert.

In Deutschland verbietet Art. 103 Abs. 2 GG es, Strafnormen des Völkerrechts unmittelbar anzuwenden (für Völkervertragsrecht zugleich Art. 59 Abs. 2 GG) und pauschal auf sie zu verweisen.[83] Das IStGH-Statut verpflichtet die Staaten zwar weder das materielle Statutsstrafrecht im staatlichen Recht abzubilden[84] noch – anders als teilweise das Gewohnheitsrecht[85] – ihre Gerichtsbarkeit auszuüben; es begründet aber eine Kriminalisierungs- und Verfolgungsobliegenheit.[86] Das VStGB nimmt es daher zur Grundlage, modifiziert es aber nach gewohnheitsrechtlichen und innerstaatlichen Wertungen.[87] Damit verfährt Deutschland wie andere Vertragsstaaten, die das Statut meist nur teilweise umsetzen. Indem die Staaten diesen nationalen Unterbau ausbauen, festigen sie das Völkerstrafrecht; abweichende Normen fragmentieren es zugleich zunehmend vertikal.

2. Auslegung des Völkerstrafgesetzbuches

Schon aus dem Gedanken, dass es sich bei den Bestimmungen des VStGB um „verstaatlichtes", also um in den staatlichen Rechtsraum übersetztes Völkerstrafrecht handelt, erhellt sich, dass auch für die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmungen Besonderheiten gelten. Ausgangspunkt ist die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.[88] Aus ihr folgt auch ein Gebot zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des allgemeinen Strafrechts innerhalb der anerkannten Auslegungsgrenzen. Damit lässt sich zudem ein Gebot zur völkerstrafrechtsfreundlichen Interpretation des VStGB begründen, das den völkerrechtlichen „Muternormen" – vor allem den Straftatbeständen des Römischen Statuts – besondere Bedeutung zuweist.[89] Denn Völkergewohnheitsrecht (Art. 25 GG) und Völkervertragsrecht (Art. 59 Abs. 2 GG) sind einschließlich des Römischen Statuts[90] Bestandteil der deutschen Rechtsordnung.[91] Unmittelbar relevant wird dies nicht nur dort, wo Tatbestandsmerkmale sich auf völkerrechtliche Normen – insbesondere das IStGH-Statut – zurückführen lassen, sondern vor allem auch, wo Generalklauseln, ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe oder direkte Verweisungen auf das Völkerrecht auszulegen sind.[92] Zu beachten ist, dass gewohnheitsrechtliches und vertragliches (Völker-)Strafrecht voneinander abweichen können; mitunter bestehen auch Teilrechtsregime innerhalb einer Kodifikation, etwa beim Aggressionsverbrechen innerhalb des Römischen Statuts.[93] Hinzu kommt das allgemeine Gebot der menschenrechtsfreundlichen Interpretation.[94] So ziehen Gerichte bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit regelmäßig die zugrunde liegenden menschenrechtlichen Wertungen heran, beim Völkermord erschließen sie diese zugleich über eine teleologische

[82] Zur Durchdringung durch Unionsrecht siehe aber *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2024, 195 ff.
[83] Eingehend *Werle,* JZ 2001, 885 (886 f.).
[84] Näher *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (5 Fn. 28).
[85] Tatortstaaten trifft eine aus der menschenrechtlichen Schutzpflicht folgende Verfolgungspflicht (IAGMR, Urt. v. 29.7.1988 [Velásquez Rodríguez v. Honduras], Serie C Nr. 4; EGMR [GK], Urt. v. 27.9.1995 – 18984/91 [McCann u.a. v. Vereinigtes Königreich] – juris; VN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31 [2004], UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 18; vgl. Präambel Abs. 6 IStGH-Statut); für Drittstaaten ist sie bei Kriegsverbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt anerkannt; eingehend *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 279 ff.: für alle Kriegsverbrechen. Aus Vertragsrecht folgt sie für Tatortstaaten bei Völkermord (Art. VI Völkermordkonvention), durch Folter begangenen Völkerrechtsverbrechen (Art. 7 VN-Folterkonvention) und bestimmten Kriegsverbrechen (auch für Drittstaaten: Art. 49 GA I, 50 GA II, 129 GA III, 146 GA IV).
[86] Anders das Unionsrecht (vgl. Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV): strafrechtliche Mindestvorschriften für Kriminalitätsbereiche des Transnationalen Strafrechts.
[87] Eingehend zu den einzelnen Bestimmungen *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (8 ff.).
[88] Siehe nur BVerfGE 6, 309 (363); 131, 268 (295 f.). Sie wird vor allem Art. 25 GG entnommen; vgl. auch Präambel S. 1, Art. 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 24, 26 Abs. 1 S. 1, 59 Abs. 2 GG.
[89] Eingehend *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 485 ff.
[90] Siehe IStGHG (BGBl. 2000 II 1393).
[91] In diese Richtung weist bereits BVerfG NJW 2001, 1848 (1850), das § 220a StGB a.F. im Lichte der Völkermordkonvention, des IStGH-Statuts und der Rechtsprechung von JStGH und RStGH auslegt.
[92] Vgl. etwa § 7 Abs. 1 Nr. 4, 9, 10, § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB („unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts"); BT-Drucks. 14/8524, S. 20: Zur Auslegung des Angriffs gegen die Zivilbevölkerung (§ 7 Abs. 1 VStGB) ist auf Art. 7 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut zurückzugreifen (ähnlich S. 21, 26); näher zur Auslegung des IStGH-Statuts *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (6).
[93] Eingehend *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 92 ff.
[94] Angelegt in Art. 1 Abs. 1 und 2, 25 GG (dazu z.B. BVerfGE 111, 307); vgl. ferner Art. 21 Abs. 3 IStGH-Statut.

Auslegung.[95] Damit entwickelt das Völkerstrafrecht den Menschenrechtsschutz fort.[96]

Die Auslegung des VStGB richtet sich zwar vorrangig am Völkerrecht aus. Bedeutung kommt daneben jedoch dem allgemeinen deutschen Strafrecht zu: Soweit es das Völkerrecht zulässt, ist die Interpretation der Vorschriften mit dem deutschen Strafrecht zu harmonisieren.[97] Für den Allgemeinen Teil rekurriert § 4 VStGB auf die Grundsätze des § 13 StGB, im Übrigen ordnet § 2 VStGB die Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts an;[98] der Besondere Teil verweist teils explizit,[99] teils implizit[100] auf das Kernstrafrecht.

II. Praktische Schnittstellen

1. Deutsche Strafrechtspflege im Mehrebenensystem

Wie im ersten Teil dargelegt, bildet die deutsche Justiz einen Baustein in der arbeitsteilig organisierten internationalen Strafrechtspflege: Nach dem Komplementaritätsprinzip des Römischen Statuts, welches das Verhältnis von indirekten (nationalen) und direkten (internationalen) Mechanismen der Durchsetzung des Völkerstrafrechts organisiert, obliegt die Verfolgung vorrangig den Staaten.[101] Der IStGH ergänzt lediglich die staatliche Gerichtsbarkeit.[102] In erster Linie unterstützt er die Vertragsstaaten bei ihrer eigenständigen Durchsetzung („positive Komplementarität");[103] zugleich beaufsichtigt er die staatliche Verfolgung und interveniert erforderlichenfalls.[104] Während das Römische Statut das Verhältnis von Staaten und IStGH ordnet,[105] regelt § 153f StPO[106] für Auslandstaten nach dem VStGB das Verhältnis der Strafrechtspflege in Deutschland zu anderen verfolgungsbefugten Gerichtsbarkeiten im Sinne einer abgestuften Zuständigkeitspriorität: Den Vorrang sollen danach die tatnäheren Staaten mit originärer Strafgewalt (Tatortstaat oder Heimatstaat des Täters oder Opfers) sowie ein verfolgungsbereites internationales Strafgericht haben (Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 4). Bei den tatnäheren Staaten treffen Verfolgungsinteresse und Beweismittelnähe in der Regel zusammen; ein internationales Strafgericht erlangt Beweise im Wege vertikaler Kooperation typischerweise einfacher und verwirklicht internationale Solidarität sachnäher.[107] Nachrangig zuständig sind dagegen die allein auf das Universalitätsprinzip gestützten Gerichtsbarkeiten von Drittstaaten.

Neben diese Zuständigkeitsordnung tritt eine weitere rechtspraktische Schnittstelle: Der personenbezogenen Verfolgung geht häufig ein sog. Strukturermittlungsverfahren voraus. Dabei handelt es sich um einen in der StPO nicht explizit geregelten Verfahrenstyp, bei dem der Generalbundesanwalt auf einen tatbezogenen Anfangsverdacht hin völkerstrafrechtsrelevante Tatkomplexe untersucht, um Beweise zu sichern und den Verdacht später zu individualisieren.[108] Laufende Verfahren betreffen unter anderem den bewaffneten Konflikt in Syrien, Verbrechen des IS und den Krieg in der Ukraine. Auch wenn sich solche Strukturverfahren vielfach nicht bis zur Anklagereife bringen lassen (die auch als solche gar nicht darauf gerichtet sind), lassen sich auf diese Weise doch Beweismittel für spätere Verfahren vor deutschen, ausländischen oder internationalen Gerichten sichern (sog. antizipierte Rechtshilfe).[109]

2. Wechselwirkung zwischen staatlicher und internationaler Rechtsprechung

Die enge Verflechtung verschiedener Normenebenen – der staatlichen in Deutschland und im Ausland sowie der völkerrechtlichen –, die das Völkerstrafrecht kennzeichnet, bewirkt auch Wechselwirkungen zwischen den gerichtlichen Anwendungspraxen (sog. *transnational judicial dialogue* oder *transjudicial communication*).[110] Deutsche Gerichte berücksichtigen bei der Auslegung der Normen des VStGB regelmäßig Entscheidungen internationaler[111] und gelegentlich

[95] Für § 6 VStGB die Existenz der Gruppe (vgl. BVerfG NJW 2001, 1848 [1850, 1852]); für Kriegsverbrechen der Schutz fundamentaler Güter der Person (z.B. für § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB: BGHSt 62, 272 [276 ff.]).

[96] Vgl. auch EGMR, Urt. v. 4.12.2003 (M.C. v. Bulgarien), paras 102 ff.: greift auf JStGH-Rechtsprechung zurück; IAGMR, Urt. v. 26.9.2006 (Almonacid Arellano v. Chile), Serie C Nr. 154: stützt sich auf Nürnberger Prinzipien und JStGH-Rechtsprechung.

[97] Vgl. BT-Drucks. 14/8524, S. 13; § 7 Abs. 1 Nr. 6, § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB übertragen den Grundtatbestand des § 177 Abs. 1, 2 StGB in das VStGB (BT-Drucks. 20/9471, S. 24, 27); kritisch *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (352).

[98] Eingehend zu §§ 2–5 VStGB *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (9).

[99] § 7 Abs. 1 Nr. 8, § 11 Abs. 2 und § 12 Abs. 2 VStGB führen § 226 StGB an, vgl. BT-Drucks. 14/8524, S. 22, 35 f.

[100] § 8 Abs. 1 Nr. 2 VStGB greift auf § 239b StGB, § 8 Abs. 3 Nr. 3, 4 VStGB auf § 240 StGB und § 9 Abs. 1 VStGB auf § 125a S. 2 Nr. 4 StGB sowie Eigentums- und Vermögensdelikte zurück, BT-Drucks. 14/8524, S. 26, 29, 31.

[101] Historisch reichte das Rangverhältnis vom Vorrang staatlicher Gerichte (Convention pour la création d'une Cour pénale internationale, 1937) über die (quasi-)exklusive Zuständigkeit des IMG (Art. 6 IMG-Statut i.V.m. Art. 1 Londoner Viermächte-Abkommen) bis zum Vorrang der Ad-hoc-Tribunale (Art. 9 Abs. 2 JStGH-Statut, Art. 8 Abs. 2 RStGH-Statut).

[102] Präambel Abs. 4, 6 und 10, Art. 1 S. 2 Hs. 2 i.V.m. Art. 17–20 IStGH-Statut; zum Komplementaritätsprinzip *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (6). Für die Zuständigkeit des IStGH gelten Art. 11 ff. IStGH-Statut, eingehend *Trampe*, JuS 2024, 536 (541 f.).

[103] Vgl. Versammlung der Vertragsstaaten, Bericht v. 18.3.2010, ICC-ASP/8/51, paras 16 ff.

[104] Der IStGH entscheidet über die Zulässigkeit eines Verfahrens selbst (Art. 17–19 IStGH-Statut); zu den Funktionen des IStGH *Jeßberger/Geneuss*, JICJ 2012, 1081 ff.

[105] Art. 17 ff. IStGH-Statut differenzieren nicht zwischen tatnäheren Staaten und Drittstaaten.

[106] Zur Grundstruktur des § 153f StPO bereits *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (8); umfassend *Geneuss*, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2014, S. 221 ff.

[107] BT-Drucks. 14/8524, S. 37 f.; dazu *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (733). Im Übrigen ordnen sich sog. internationalisierte Gerichte je nach Rechtsgrundlage in das Mehrebenensystem ein, eingehend *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 84 ff., 362 ff.

[108] *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 492; zum Strukturermittlungsverfahren *Geneuss* (Fn. 106), S. 48, 294 ff.

[109] BT-Drucks. 14/8524, S. 38; *Böse*, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2023, S. 167 ff.; ferner *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 267.

[110] Grundlegend *Slaughter*, U Rich LR 1995, 99 ff.; siehe auch *Weißer*, in: FS Werle, 2022, S. 385 ff.; *Jeßberger*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, 2020, S. 323 (325 ff.).

[111] Exemplarisch BGHSt 62, 272 (276 f.); bereits zuvor BGHSt 45, 64 (69).

auch ausländischer Gerichte.[112] Als Ausdruck von Rechtsüberzeugung und Staatenpraxis tragen die staatlichen Judikate wiederum dazu bei, Völkergewohnheitsrecht zu erzeugen und allgemeine Rechtsgrundsätze herauszubilden; zugleich dient die (staatliche) Rechtsprechung als Quelle zur „Erkenntnis" des Völkerrechts (vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. b und c IStGH-Statut). Auch der IStGH orientiert sich an staatlicher Rechtsprechung, vor allem bei allgemeinen Prinzipien. Das bekannteste Beispiel für die Rezeption deutscher Rechtsprechung durch den IStGH ist die Tatherrschaftslehre.[113] Häufiger greift er aber auf Rechtsprechung anderer internationaler Gerichte zurück, vor allem diejenige der Ad-hoc-Tribunale.[114] Auch ausländische Gerichte rezipieren die deutsche Rechtsprechung: Auf die Rechtsprechung des BGH etwa nahmen der französische *Cour de cassation* in einer Entscheidung über das Bestehen von Ausnahmen von der Funktionsträgerimmunität[115] und der peruanische *Corte Suprema de Justicia de la República* für die Zurechnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch Annahme von mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Bezug.[116]

III. Durchsetzung des Völkerstrafrechts: Mittel und Grenzen

1. Internationale Zusammenarbeit: Rechtshilfe und Auslieferung

Das Recht der internationalen Zusammenarbeit ermöglicht die Durchsetzung des Völkerstrafrechts in zwei Richtungen: durch Kooperation im (vertikalen) Verhältnis zwischen den Staaten und dem IStGH und durch (horizontale) Rechtshilfe zwischen den Staaten.[117]

Zur Kooperation mit dem IStGH sind die Vertragsstaaten durch das Römische Statut umfassend verpflichtet, unter anderem sind geeignete innerstaatliche Verfahren bereitzuhalten (Art. 86, 88 IStGH-Statut). Deutschland ist dieser Verpflichtung nachgekommen: Das Ausführungsgesetz zum Römischen Statut trat zeitgleich mit diesem in Kraft; seinen Kern bildet das Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem IStGH.[118] Auf dieser Grundlage überstellt Deutschland auf Ersuchen des IStGH Personen – auch deutsche Staatsangehörige – nach Den Haag. Deutschland ist völkerrechtlich verpflichtet, jede Person, gegen die der IStGH einen Haftbefehl erlassen hat, festzunehmen und zu überstellen. Die persönliche Immunität amtierender Amtsträger – dazu sogleich – steht dem nicht entgegen (§ 2 IStGHG, § 21 GVG), weil der Vertragsstaat im Wege einer Art Amtshilfe ohne eigene Entscheidungskompetenz handelt.[119] Zugleich darf Deutschland nach dem Weltrechtsprinzip selbst verfolgen (§ 1 S. 1 VStGB). Das hierdurch im Einzelfall möglicherweise entstehende Spannungsverhältnis entschärft § 153f StPO, indem er der Staatsanwaltschaft unter bestimmten Voraussetzungen (pflichtgemäß auszuübendes) Ermessen einräumt, von der Verfolgung abzusehen.

Im Verhältnis der Staaten untereinander sind grundsätzlich die jeweils einschlägigen bi- oder multilateralen Rechtshilfe- und Auslieferungsregeln auch für Völkerstraftaten anwendbar; innerhalb der EU tritt der Europäische Haftbefehl hinzu. Die Ljubljana-Den-Haag-Konvention vereinheitlicht perspektivisch das Recht der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen speziell für Völkerstraftaten.[120] Institutionell bündelt sich die zwischenstaatliche Zusammenarbeit in der EU bei Eurojust[121] und dem dort angesiedelten *Genocide Prosecution Network*, das auf Völkerstrafrecht spezialisierte Praktiker der nationalen Behörden zusammenbringt und den Austausch erleichtert.[122] Zudem sichern gemeinsame, mehrere Staaten und/oder Institutionen umfassende Ermittlungsgruppen (*Joint Investigation Teams*) Beweismaterial, etwa für den Krieg in der Ukraine unter Beteiligung von Eurojust, Europol und dem IStGH. Auf internationaler Ebene tragen eigens geschaffene Beweissicherungsmechanismen – etwa für Verbrechen in Syrien[123] und Myanmar[124] – Material für spätere nationale und internationale Strafverfahren zusammen.[125]

---

[112] BGHSt 65, 286 Rn. 18 ff. wertete die Rechtsprechung ausländischer Gerichte zur funktionellen Immunität aus; BT-Drucks. 14/8524, S. 13.

[113] IStGH, Beschl. v. 29.1.2007 (Lubanga, PTC), paras 326 ff., 330 Fn. 418; die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (*Roxin*, GA 1963, 193 ff.) griff IStGH, Beschl. v. 30.9.2008 (Katanga u. Chui, PTC), paras 480 ff., 505 unter Verweis auf BGHSt 40, 218 auf.

[114] Beim „Politikelement" (Art. 7 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut) knüpft der IStGH an die JStGH-Rechtsprechung an (IStGH, Beschl. v. 31.3.2010 [Situation in the Republic of Kenya, PTC], para. 86); für Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut wandte er sich hingegen der Tatherrschaftslehre zu (IStGH, Urt. v. 1.12.2014 [Lubanga, AC], para. 472).

[115] Cour de cassation, Beschl. v. 25.7.2025 – C 24-84.071, paras 22, 30; zur Immunitätsausnahme näher Punkt B. III. 2.

[116] CSJ, Sala Penal Especial, Urt. v. 7.4.2009 – AV 19-2001, paras 725 ff. (übersetzt in ZIS 2009, 622 [630, 640, 649]), unter Verweis auf BGHSt 40, 218.

[117] *Werle/Jeßberger* (Fn. 22), Rn. 173 ff.

[118] Zu den Gesetzen, die das IStGH-Statut umsetzen, *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 Fn. 3.

[119] IStGH, Urt. v. 6.5.2019 (Al Bashir, AC), paras 103 ff. und Beschl. v. 19.3.2026 (Situation Ukraine/Nichtkooperation Tadschikistan, PTC II), paras 21 ff. (auch zu Art. 98 Abs. 1 IStGH-Statut); bereits IGH, Urt. v. 14.2.2002 (DR Kongo v. Belgien), ICJ Reports 2002, 3 (para. 61); ebenso SGHSL, Beschl. v. 31.5.2004 (Taylor), paras 37 ff.; a.A. für amtierende Hoheitsträger von Nichtvertragsstaaten *Richter*, JZ 2025, 657 (658 ff.): keine Staatenpraxis. Solche Entscheidungen können für die Auslegung von Völkervertragsrecht eine Orientierungs- und Leitfunktion entfalten (vgl. BVerfGE 128, 326 Rn. 89 ff. [EGMR] und BVerfGE 152, 8 Rn. 50 [IGH]) und könnten über Art. 24 Abs. 1 GG im deutschen Recht durchgreifen (vgl. BT-Drucks. 14/2682, S. 7); näher *Geneuss et al.*, JZ 2025, 1029 (1030 ff.).

[120] Noch nicht in Kraft; zum Stand *Bisset*, The Ljubljana-The Hague Convention, 2025, https://opiniojuris.org/2025/06/26/the-ljubljana-the-hague-convention-where-are-we-now/, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

[121] Siehe die Datenbank für Beweismittel zu Völkerrechtsverbrechen Core International Crimes Evidence Database; VO (EU) 2022/838.

[122] Ratsbeschlüsse 2002/494/JI und 2003/335/JI.

[123] International, Impartial and Independent Mechanism (VN-GV, Res. 71/248 [2016]).

[124] Independent Investigative Mechanism for Myanmar (VN-Menschenrechtsrat, Res. 39/2 [2018]).

[125] Das für Verbrechen im Irak errichtete United Nations Investigative Team to Promote Accountability for Crimes Committed by Da'esh/ISIL (VN-SR, Res. 2379 [2017]) stellte 2024 seine Arbeit ein.

2. Immunität als Verfolgungshindernis

In besonderer Klarheit zeigt sich das mitunter bestehende Spannungsverhältnis zwischen allgemeinem Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beispiel der Immunität. Die allgemeine Funktionsträgerimmunität leitet sich aus der Staatenimmunität ab. Angesichts der souveränen Gleichheit der Staaten sind Hoheitsakte grundsätzlich keiner fremden – also ausländischen – Gerichtsbarkeit unterworfen; die betreffenden Hoheitsträger können wegen dieser Akte nicht vor einem fremden Strafgericht verfolgt werden. Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen dient dagegen gerade den Interessen der Staatengemeinschaft. Zum Zusammentreffen der beiden Rechtsregime kommt es dort, wo ein staatlicher Hoheitsträger im Verdacht der Begehung eines Völkerrechtsverbrechens steht.

Nach § 20 Abs. 2 S. 1 GVG erstreckt sich die deutsche Gerichtsbarkeit nicht auf Personen, soweit die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, zu denen auch die Regeln über die völkerrechtliche Immunität gehören, sie von dieser befreien.[126] Zu differenzieren ist dabei zwischen statusbezogener persönlicher und handlungsbezogener funktioneller Immunität.

Die Immunität *ratione personae* steht der Strafverfolgung durch die staatliche und damit auch die deutsche Justiz entgegen; ihr geht es gerade darum, durch die Befreiung von fremder Strafgerichtsbarkeit einem engen Kreis hochrangiger Repräsentanten – Staats- und Regierungschefs sowie Außenminister[127] – die unerlässliche staatliche Handlungsfähigkeit zu sichern. Die persönliche Immunität gilt umfassend, sie entfällt aber als temporäres Verfolgungshindernis mit dem Ende der Amtszeit.[128] Daraus folgt: Staatspräsidenten wie Wladimir Putin, Regierungschefs und Außenminister können in Deutschland nicht verfolgt werden, auch nicht wegen Völkerstraftaten.

Die Immunität *ratione materiae* schützt demgegenüber *alle* Amtsträger und wirkt grundsätzlich als dauerhaftes Verfolgungshindernis. Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch die staatliche, auch die deutsche Strafjustiz bleibt aber möglich: Weil Völkerrechtsverbrechen die Staatengemeinschaft als Ganzes berühren, durchbricht das Völkerstrafrecht den Panzer staatlicher Souveränität. Diesen zuvor schon von Gerichten und zuletzt noch einmal vom BGH festgestellten völkergewohnheitsrechtlichen Ausschlusstatbestand hat der Gesetzgeber nunmehr in § 20 Abs. 2 S. 2 GVG ausdrücklich festgeschrieben: „Funktionelle Immunität hindert nicht die Erstreckung deutscher Gerichtsbarkeit auf die Verfolgung von Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch."[129]

C. Ausblick: Zur Zukunft des Völkerstrafrechts in Deutschland

Die Zukunft des deutschen Völkerstrafrechts entscheidet sich auf den Feldern von Rechtsanwendung, Gesetzgebung und Politik.[130] Maßgeblich wird aber auch der Zustand der internationalen Ordnung sein, welcher der staatlichen Ebene den wesentlichen Rahmen gibt.

I. Rechtsanwendung

Wie der IStGH wird auch die deutsche Strafjustiz die an sie gerichteten Erwartungen in Zukunft wohl nicht vollständig erfüllen können.[131] Richtet sie ihre Tätigkeit vor allem am realistischerweise verfolgbaren Unrecht aus und vermeidet auch in angespannter Lage Doppelstandards, bewährt sich das Völkerstrafrecht. Wie aufgezeigt, betrifft die nationale Strafverfolgung allerdings bislang vor allem Taten nichtstaatlicher Akteure auf nachgeordneten Verantwortlichkeitsebenen.[132] Verfestigt sich diese Praxis, droht die Degeneration des im Ausgangspunkt staatsmachtkritisch konzipierten Völkerstrafrechts – ein Recht gegen die Mächtigen, gegen staatsverstärkte Kriminalität – zu einem einseitig gegen nicht-staatliche oder gar staatsmachtkritische Gewalttaten in Stellung gebrachten Instrument.[133] Hier gilt es gegenzusteuern, um die Legitimation des Völkerstrafrechts zu bewahren.

II. Gesetzgebung

Auf Ebene der Gesetzgebung hat das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts[134] 2024 zahlreiche Reformvorschläge umgesetzt.[135] So wurde § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB um Konstellationen des zwangsweisen Verschwindenlassens, § 11 Abs. 1 Nr. 8 VStGB um bestimmte Umweltschäden und § 12 Abs. 1 Nr. 4, 5 VStGB um weitere Waffenarten ergänzt; zudem erweiterte das Gesetz die Kernverbrechen um Akte geschlechtsspezifischer, sexualisierter und reproduktiver

[126] Eingehend *Jeßberger/Epik,* JR 2022, 10 (11 ff.); auch *Trampe,* JuS 2024, 536 (540 f.).
[127] BGHSt 65, 286; andere beziehen weitere Regierungsvertreter in den Schutzbereich ein, eingehend *Kreicker,* JR 2015, 298 (302 f.).
[128] Vgl. IGH, Urt. v. 14.2.2002 (DR Kongo v. Belgien), ICJ Reports 2002, 3 (paras 51 ff.). Vor dem IStGH ist die personelle Immunität – ebenso wie die funktionelle Immunität – unbeachtlich (Art. 27 IStGH-Statut).
[129] BT-Drucks. 20/11661, S. 19: unabhängig von Art des Verbrechens sowie Rang und Status des Funktionsträgers; zur Immunitätsausnahme noch zurückhaltend BGHSt 65, 286 Rn. 11 ff. (Kriegsverbrechen gegen Personen und niederrangige Hoheitsträger, insbesondere Soldaten); verallgemeinernd BGH NJW 2024, 1674 Rn. 53, bestätigend BGHSt 68, 225 Rn. 32. Die Völkerrechtskommission bejahte den Immunitätsausschluss (Bericht v. 12.8.2022, UN Doc. A/77/10, S. 190 f., 230 ff.) – das Aggressionsverbrechen ausgenommen; insoweit anders nunmehr ihr Redaktionsausschuss (vgl. *Kreß*, DRiZ 2025, 326 [329]). Erfasst ist nur die allgemeine Funktionsträgerimmunität, nicht etwa spezielle Immunitäten diplomatischer und konsularischer Vertreter (vgl. §§ 18, 19 GVG; Art. 31 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 1, 39 Abs. 2 S. 2 WÜD; Art. 43 Abs. 1, 71 Abs. 1 S. 1 WÜK).
[130] Zum Wandel der deutschen Haltung zum Völkerstrafrecht *Jeßberger/Trampe*, BRZ 2026, 3 (7 ff.).
[131] Zu den Gründen siehe *Robinson,* LJIL 2015, 323 ff.
[132] Obwohl der Völkerstrafverfolgung Ausnahmecharakter zukommt, vgl. BT-Drucks. 14/8524, S. 14; *Kreß*, ZIS 2007, 515 (518).
[133] *Jeßberger* (Fn. 66), S. 145 ff.: „Krise der Idee".
[134] BGBl. 2024 I Nr. 255; dazu *Epik/Jeßberger*, JZ 2024, 801 ff.; auch *Dorneck*, NJW 2024, 3102 ff.; *Raube*, KriPoZ 2024, 278 ff.; *Safferling*, ZRP 2023, 122 ff.
[135] Zum Folgenden eingehend *Epik/Jeßberger*, JZ 2024, 801 ff.

Gewalt (§ 7 Abs. 1 Nr. 6, § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB). Den Schwerpunkt bildeten prozessuale Korrekturen, die Opferrechte und Öffentlichkeit stärken – auch im Bewusstsein, dass Völkerstrafverfahren vorrangig dem Strafverfolgungsinteresse der Völkergemeinschaft dienen.[136] Reformbedarf besteht weiterhin.[137] Rufe nach einer eigenständigen Völkerstrafprozessordnung, die – wie das VStGB für das materielle Recht – spezielle Verfahrensregeln für Völkerstraftaten schüfe, blieben indes vereinzelt und zu Recht folgenlos.[138]

III. Politik

Die Bundesregierung hat zuletzt nach US-amerikanischen Sanktionen gegen IStGH-Richter und Ankläger vielfach bekräftigt, den IStGH „in Rat und Tat" zu unterstützen.[139] Das ist gut und richtig, muss aber auch dort gelten, wo es vielleicht politisch unbequem wird. Insoweit sind zuletzt vereinzelt Zweifel aufgekommen, etwa im Zusammenhang mit der Kooperation mit dem IStGH,[140] der unmissverständlichen Benennung von Völkerrechtsverbrechen[141] und dem Verdacht, sich selbst durch Rüstungsexporte an solchen zu beteiligen.[142] Nicht nur vor dem Hintergrund der historischen Verantwortung Deutschlands bleibt ein kraftvolles und unmissverständliches Engagement für das Völkerstrafrecht und seine Institutionen, das die selbst proklamierte Vorreiterrolle auch in politisches Handeln übersetzt, notwendig.

IV. Internationale Ordnung

Der Blick auf die Trends auf der internationalen Ebene fällt zwiespältig aus. Fortschritte sind unübersehbar: Internationale Strafgerichte und auch die Anklagebehörde des IStGH treiben die Durchsetzung und Fortentwicklung des Völkerstrafrechts voran. Zwar scheiterte auf einer Sondersitzung der Vertragsstaatenversammlung 2025 eine Vertragsrevision; im Konsens verpflichteten sich die Staaten jedoch, die Gerichtsbarkeit des IStGH über das Aggressionsverbrechen bis 2029 zu stärken.[143] Hinzu treten die Arbeiten an einem Vertrag über Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die erste Ratifikation des Malabo-Protokolls sowie die erwähnte Ljubljana-Den-Haag-Konvention von 2023. Mit dem Friedensnobelpreis für Navanethem Pillay erhielt zuletzt auch eine Protagonistin des Völkerstrafrechts und seiner Institutionen höchste Anerkennung. Dem stehen unübersehbare Rückschläge gegenüber. Vor allem ist das Völkerstrafrecht unter den Druck einer sich verändernden, teils regressiven Weltordnung geraten. Der Widerstand von Staaten erschöpft sich längst nicht mehr in der bloßen Weigerung, dem IStGH beizutreten[144] oder mit ihm zu kooperieren.[145] Er äußert sich zunehmend in offenen Angriffen auf seine Angehörigen und die Institution selbst – etwa in strafrechtlichen Verurteilungen von Richterinnen und Richtern des IStGH in Russland[146] oder in Sanktionen der US-Regierung gegen diese und zuletzt auch gegen das Gericht selbst.[147]

All diese und viele weitere Ereignisse stellen Bewährungsproben für das Völkerstrafrecht dar. Über sein Fortbestehen entscheiden sie nicht. Vielmehr bestätigt gerade der Versuch, Rechtsverletzungen in den Kategorien des Völkerrechts zu rechtfertigen, dessen fortbestehenden Geltungsanspruch. Zwar haben Burkina Faso, Mali, Niger, die Republik Naoero, der Tschad und Venezuela ihren Rücktritt

---

[136] § 395 Abs. 1 Nr. 2a, 4a StPO erweitert die Nebenklagebefugnis, § 397b Abs. 4 StPO beschränkt ihre Ausübung; § 185 Abs. 4 GVG (Verdolmetschung für Medienvertreter) und § 169 Abs. 2 GVG (audiovisuelle Dokumentation) verbessern die Zugänglichkeit von Verfahren über reine Auslandstaten.

[137] Vgl. etwa *Epik/Jeßberger,* JZ 2024, 801 (808) sowie Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015; Geneuss/Werkmeister (Hrsg.), Daten(wirtschafts)völkerstrafrecht, 2024; *Heger*, in: FS Werle, 2022, S. 131 ff. (Umweltvölkerstrafrecht); zu geschlechtsspezifischer Gewalt *djb*, Stellungnahme zu BT-Drucks. 20/9471, S. 1 ff.; zu Strafrahmen *Burghardt* (Fn. 76), S. 156 ff.; zu § 153f StPO *Geneuss*, BT-Drucks. 20/9471, S. 9 und *Werle/Jeßberger* (Fn. 60), Einleitung VStGB Rn. 61 Fn. 198; zu § 68 Abs. 3 StPO *Egerer-Uhrig/Klinge* (Fn. 61), S. 408 f.; zu § 395 Abs. 1 Nr. 4a StPO *Epik/Jeßberger,* JZ 2024, 801 (806).

[138] Erforderlich sind hingegen punktuelle Korrekturen – etwa bei Auslandszeugen (§ 244 Abs. 5 S. 2 StPO) oder der Übersetzung von Verhandlungen; vgl. Wortprotokoll 18/96; *Werle/Vormbaum*, JZ 2017, 12 ff.; auch *Bock*, in: Fremuth/Sauermoser (Hrsg.), International Criminal Law before Domestic Courts, 2023, S. 153 ff.

[139] So *Giese* (AA), Regierungspressekonferenz v. 19.8.2026, https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/regierungspressekonferenz-vom-19-august-2026-2449776, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

[140] *Merz* erklärte unmittelbar vor seiner Wahl zum Bundeskanzler „Mittel und Wege" zu finden, damit der mit Haftbefehl des IStGH gesuchte israelische Premierminister Netanjahu Deutschland besuchen und wieder verlassen könne, vgl. *Kolter*, Freies Geleit mit der Brechstange, 2025, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/friedrich-merz-einladung-benjamin-netanjahu-trotz-haftbefehls-des-istgh, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

[141] Etwa zur Bewertung des US-Militärschlags gegen Venezuela als Aggressionsverbrechen *Rosenblatt*, United States military actions against Venezuela, The Rule of Law Post, 2026, https://www.penncerl.org/the-rule-of-law-post/united-states-military-actions-against-venezuela-will-international-criminal-law-be-enforced-an-explainer/, zuletzt abgerufen am 3.9.2026; anders *Merz*, PM Nr. 2 des BPA v. 3.1.2026: „Die rechtliche Einordnung des US-Einsatzes ist komplex."

[142] Vgl. IGH, Anordn. v. 30.4.2024 (Nicaragua v. Deutschland), ICJ Reports 2024, 560 (paras 17 f.); BVerfG NJW 2026, 1052 = BeckRS 2026, 1477, Rn. 10.

[143] Versammlung der Vertragsstaaten, ICC-ASP/S-1/Res.1 (2025); einordnend *Kreß*, DRiZ 2025, 326 ff.

[144] Dies geschieht bei Rücktritt vom IStGH-Statut oder beim Veto im VN-Sicherheitsrat gegen eine Überweisung an den Ankläger (Art. 13 lit. b IStGH-Statut). Eine besondere Form dieser Weigerung ist der Rücktritt (Art. 127 IStGH-Statut; zu den jüngsten Rücktrittserklärungen sogleich im Text); verschärfend wirken Vetos im VN-Sicherheitsrat gegen eine Überweisung an den Ankläger (Art. 13 lit. b IStGH-Statut), etwa von China und Russland 2014 in Bezug auf Syrien (UN Doc. S/2014/348; S/PV.7180).

[145] Siehe die bilateralen Nichtüberstellungsabkommen der USA, die Nichtkooperation der Vertragsstaaten Mongolei, Ungarn und Tadschikistan (IStGH, Beschl. v. 24.10.2024 [Situation Ukraine/Nichtkooperation Mongolei, PTC II]; Beschl. v. 24.7.2025 [Situation Palästina/Nichtkooperation, PTC II]; Fn. 119) und Art. 284[3] rStGB (Gesetz v. 28.4.2023), mit dem Russland die Zusammenarbeit mit dem IStGH unter Strafe stellt (vgl. HRW, Russia: Law Targets International Criminal Court, 2023, https://www.hrw.org/news/2023/05/05/russia-law-targets-international-criminal-court, zuletzt abgerufen am 14.10.2026).

[146] Zum Urteil gegen den Chefankläger und insgesamt acht Richterinnen und Richter: Generalstaatsanwaltschaft der Russischen Föderation, PM v. 12.12.2025, https://epp.genproc.gov.ru/ru/gprf/mass-media/news/main/e8309187/, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

[147] Übersicht bei U.S. Department of State, ICC Sanctions, https://www.state.gov/icc-sanctions, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

vom IStGH-Statut erklärt. Doch politische Entscheidungen dieser Art sind nicht irreversibel, wie das Beispiel Ungarn zeigt. Auch angesichts dieser Bewährungsproben, die das Völkerstrafrecht seit jeher zu bewältigen hat,[148] gilt: Das Völkerstrafrecht kann (und muss) sich gerade dann bewähren, wenn es in Frage gestellt wird. Erzählungen vom „Ende des Völker(straf)rechts" sind überzeugende Gegennarrative entgegenzusetzen; berechtigte Kritik ist konstruktiv aufzugreifen.[149] Entscheidend sind dabei auch das Engagement und die Innovationskraft der Zivilgesellschaft, eine strafrechtliche Ausbildung, die das Völkerstrafrecht stärker integriert, sowie eine Wissenschaft, die Strafrechts- und Völkerrechtswissenschaft wieder enger zusammenführt.[150]

Aber es gilt auch: Das Völkerstrafrecht wird sich verändern und weiterentwickeln (müssen). Sein Fortbestand hängt nicht zuletzt von den politischen und gesellschaftlichen Kräften ab, die seine Geltung einfordern. Fest vorhersagen lässt sich die Zukunft des Völkerstrafrechts und seiner Institutionen nicht. Sicher ist: Das staatliche Völkerstrafrecht und damit auch das Völkerstrafrecht in Deutschland werden auch in Zukunft eine wichtige Rolle spielen.

Frederic Waubke[*]

Unterlassungsansprüche von Aktionären gegen politische Äußerungen des Vorstands der AG

Ob Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften sich im Rahmen ihrer organschaftlichen Stellung politisch äußern dürfen, rückt – besonders vor dem Hintergrund zunehmend rechtspopulistischer Tendenzen und der Frage des unternehmerischen Umgangs damit – in den Vordergrund rechtswissenschaftlicher Diskussionen. Dieser Beitrag untersucht Rechtsschutz- und weitere Einwirkungsmöglichkeiten der Aktionäre gegen unliebsame politische Stellungnahmen des Vorstands. Dabei zeigt er insbesondere auf, dass individuelle Unterlassungsansprüche nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen, da die politische Positionierung häufig von der Geschäftsführungsbefugnis der Vorstandsmitglieder umfasst ist. Abschließend werden noch andere Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorstand diskutiert, die aber in der Regel besonders tagesaktuellen Geschehnissen nicht gerecht werden können. Die Diskussion um die Zulässigkeit von politischen Äußerungen von Vorstandsmitgliedern darf aber nicht dazu führen, dass Vorstände es künftig unterlassen, sich zu positionieren. Das würde der gesellschaftlichen Verantwortung von großen Unternehmen nicht gerecht werden.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 91
B. Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und prozessuale Einbettung des Unterlassungsanspruchs 91
I. Rechtsgrundlagen des Unterlassungsanspruchs 91
1. Verbandsrechtlicher Anspruch 92
2. Deliktsrechtlicher Anspruch 92
II. Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs 92
1. Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis 92
2. Verletzung einer aktionärsschützenden Norm 92
III. Prozessuale Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs 94
IV. Zwischenergebnis 94
C. Reichweite der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands mit Blick auf politische Äußerungen 94
I. Abgrenzung Äußerung als Vorstand – Äußerung als Privatperson 94
II. Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis bei politischen Äußerungen 94
1. Leitungsautonomie des Vorstands 94
2. Pflichtengefüge des Vorstands 95
III. Fallgruppen politischer Äußerungen 95
1. Politische Äußerungen mit unmittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck 95
2. Allgemeinpolitische Äußerungen mit mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck 96
3. Politische Äußerungen mit Eigeninteresse 97
4. Politische Äußerungen mit Gemeinwohlbezug 98
5. Zwischenergebnis 98
D. Sonstige Einflussmöglichkeiten auf politische Äußerungen des Vorstands? 99
I. Satzungsmäßige Neutralitätsklauseln 99
II. Erweiterung des Beschlusskatalogs der Hauptversammlung, § 119 Abs. 1 AktG 99
III. Diskussion um ein „*say on politics*" 99
IV. Orientierung am betrieblichen Vergütungsvotum, § 120a Abs. 1–3 AktG 100
V. Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG 100

[148] 1998 stimmten die USA – neben China und Israel – gegen das IStGH-Statut und verabschiedeten 2002 den American Service-Members' Protection Act; China und Russland wollen das Völkerrecht zu einem zwischenstaatlichen Recht zurückbauen, Joint Declaration v. 8.5.2025, https://www.mfa.gov.cn/eng/zy/jj/xjpdelsjxgs-fwcxjnslwgzzslqd/202505/t20250509_11617838.html, zuletzt abgerufen am 3.9.2026.

[149] Gegen das Narrativ der „Krise des Völkerstrafrechts" etwa *Jeßberger* (Fn. 66), S. 149 ff., 155 f.

[150] *Jeßberger* (Fn. 110), S. 336; vgl. *Werle/Vormbaum*, Transitional Justice, 2018, S. 43 ff.

[*] Der *Verfasser* studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Die Ausarbeitung ist als Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Unternehmens-, Wirtschafts- und Steuerrecht bei Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M (Univ. Chicago) entstanden.

VI. Zwischenergebnis 100
E. Fazit 100

A. Einleitung

„Lieber ‚Kopftuch-Mädel' als ‚Bund Deutscher Mädel'. Frau Weidel schadet mit ihrem Nationalismus dem Ansehen unseres Landes in der Welt. Da, wo die Haupt-Quelle des deutschen Wohlstands liegt."[1] Der zu diesem Zeitpunkt amtierende Vorstandsvorsitzende der Siemens AG, *Joe Kaeser*, brachte sich auf der Social-Media-Plattform „X" mit diesem Beitrag in die Migrationsdebatte ein. Anlass war eine Rede der AfD-Fraktionsvorsitzenden *Alice Weidel* im Deutschen Bundestag, in der sie sagte: „Burkas, Kopftuchmädchen und alimentierte Messermänner und sonstige Taugenichtse werden unseren Wohlstand, das Wirtschaftswachstum und vor allem den Sozialstaat nicht sichern."[2] Die Äußerung *Joe Kaesers* entfachte eine Diskussion auf der Hauptversammlung der Siemens AG, wie die Aktionäre das politische Engagement des Vorstands bewerten.[3] Die Debatte zeigt beispielhaft die Kontroverse um politische Äußerungen von Vorständen. Stellungnahmen zu Fragen der Migration, des Umweltschutzes, der internationalen Politik sowie der Allgemeinpolitik sind nicht mehr einzigartig. Sie gehören inzwischen zur Agenda vieler Vorstände. Diese Entwicklung wird ebenso begrüßt wie kritisiert, und sie wirft zugleich gesellschaftsrechtliche Fragen auf. Politische Äußerungen des Vorstands stimmen nicht immer mit den Interessen der Aktionäre überein, obwohl diese als (ökonomische) Eigentümer der Gesellschaft die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen solcher Äußerungen tragen.

Der Beitrag untersucht, unter welchen Voraussetzungen Aktionäre Unterlassungsansprüche gegen politische Äußerungen des Vorstands haben können. Dabei steht die Frage, ob und wann solche Äußerungen die Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands überschreiten, im Mittelpunkt. Zudem wird geprüft, ob weitere Möglichkeiten der Einflussnahme der Aktionäre auf politische Stellungnahmen des Vorstands bestehen.

Zunächst wird herausgearbeitet, welche Anspruchsgrundlagen für Unterlassungsansprüche von Aktionären in Frage kommen (unter B.I.), welchen Voraussetzungen diese unterliegen (unter B.II.) und welche prozessualen Möglichkeiten bestehen (unter B.III.). Darauf aufbauend wird dann zunächst der maßgebliche Prüfungsrahmen (unter C.I. bis C.III.) entwickelt und untersucht, ob und inwieweit politische Äußerungen des Vorstands in dessen Geschäftsführungsbefugnis fallen. Denn ist das der Fall, scheidet ein Unterlassungsanspruch bereits von vornherein aus. Anhand dieser Kriterien werden anschließend konkrete Fallgruppen (unter C.IV.) politischer Äußerungen analysiert und daraus abgeleitet, ob Unterlassungsansprüche in Betracht kommen. Der Beitrag schließt mit der Diskussion weiterer Möglichkeiten der Einflussnahme durch die Aktionäre auf den Vorstand (unter D.) sowie mit einem Fazit (unter E.). Die allgemeinen Grenzen der Meinungsfreiheit, die sich aus dem StGB ergeben, sowie die betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit politischer Äußerungen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

B. Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und prozessuale Einbettung des Unterlassungsanspruchs

Im Folgenden werden Rechtsgrundlage und Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs sowie dessen prozessuale Einbettung untersucht.

I. Rechtsgrundlagen des Unterlassungsanspruchs

Die Aktionäre üben ihre Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich in der Hauptversammlung aus.[4] Mit ihren Stimm-, Teilnahme- und Auskunftsrechten wirken sie an den der Hauptversammlung zugewiesenen Kernkompetenzen mit.[5] Dabei ist der Rechtsschutz der Aktionäre gegen gesetzes- und satzungswidrige Hauptversammlungsbeschlüsse ausführlich geregelt.[6] Politische Äußerungen des Vorstands sind hingegen keine solchen Beschlüsse, gegen die innerhalb dieses Rechtsschutzsystems vorgegangen werden kann. Sie ergeben sich regelmäßig außerhalb der Hauptversammlung und deren Möglichkeit der Einflussnahme. Den Aktionären kommen dabei nur begrenzte Möglichkeiten zu, Einfluss auf solche Äußerungen des Vorstands zu nehmen. Gleichwohl können sie ein berechtigtes Interesse daran haben, eine politische Äußerung des Vorstands zu unterbinden, besonders, wenn diese gegen Gesetz oder Satzung verstößt.

Dafür sind Unterlassungsansprüche ein denkbares Mittel.[7] Als materielle Rechtsgrundlage kommen im Verbandsrecht einerseits das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis als solches und aus dem Deliktsrecht ein quasi-negatorischer Schutz gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog in Betracht.[8]

[1] *Kaeser* (@JoeKaeser), „Lieber ‚Kopftuch-Mädel' als ‚Bund Deutscher Mädel'…", X-Beitrag v. 16.5.2018, https://x.com/JoeKaeser/status/996700947966513152?mx=2, zuletzt abgerufen am 12.4.2026.
[2] Rede von *Alice Weidel*, Plenarprotokoll 19/32 v. 16.5.2018, 2972.
[3] *Hegmann*, „Kopftuch-Mädel"-Kritik – Darf ein Dax-Chef so was sagen?, Welt v. 17.1.2019, https://www.welt.de/wirtschaft/article187183790/Joe-Kaeser-Aktionaere-sollen-ueber-AfD-Kritik-des-Siemens-Chefs-abstimmen.html, zuletzt abgerufen am 12.4.2026.
[4] *Rieckers*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 6. Aufl. 2024, § 18 Rn. 8.
[5] *Rieckers* (Fn. 4), § 18 Rn. 8.
[6] *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2613).
[7] Dogmatische Unklarheiten zwischen Anspruch und Klagerecht beruhen „auf der historischen Kontroverse um das Aktionensystem und auf einer unvollkommenen Abstimmung von materiellem Recht und Prozeßrecht bei den negatorischen Klagen", *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 21 V. 1. Fn. 218.
[8] *Casper*, in: BeckOGK AktG, 1.8.2026, § 241 Rn. 19.

1. Verbandsrechtlicher Anspruch

In der *Holzmüller*-Entscheidung, in der sich der BGH mit der Frage eines Mitspracherechts der Aktionäre bei der die Struktur der Gesellschaft verändernden Maßnahmen auseinanderzusetzen hatte, sprach der BGH dem Aktionär einen als Individualrecht ausgestalteten verbandsrechtlichen Abwehranspruch darauf zu, „dass die Gesellschaft seine Mitgliedschaftsrechte achtet und alles unterlässt, was sie über das durch Gesetz und Satzung gedeckte Maß hinaus beeinträchtigt."[9]

2. Deliktsrechtlicher Anspruch

Neben diesem anerkannten verbandsrechtlichen Anspruch kommt als Rechtsgrundlage für einen Unterlassungsanspruch auch §§ 823 Abs. 1 BGB, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog in Betracht. Der Schutz der von § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter über § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog vor bevorstehenden Beeinträchtigungen (bei fortdauernden und nicht nur bevorstehenden Beeinträchtigungen ist auch ein Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog denkbar) ist weitgehend anerkannt.[10] Da der BGH aufgrund der absoluten Ausschlussbefugnis gegenüber Dritten die Mitgliedschaft im Verband als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt hat, lässt sich also auch auf deliktischem Wege ein Unterlassungsanspruch der Aktionäre gegen den Vorstand begründen.[11]

Der Gegenansicht, nach der der deliktische Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB im Innenverhältnis der Gesellschaft keine Anwendung findet,[12] ist zu widersprechen.[13]

Da die Anwendung von § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB im Innenverhältnis der Gesellschaft weitgehend anerkannt ist,[14] ist nicht ersichtlich, warum für § 823 Abs. 1 BGB anderes gelten sollte.[15]

Auch § 117 AktG, der eindeutig dem Innenverhältnis der Gesellschaft zuzurechnen ist, hat deliktsrechtlichen Charakter.[16] Der Einwand, dadurch werde die interne Verbandsordnung unterlaufen, rechtfertigt keine generelle Ablehnung deliktsrechtlicher Ansprüche, sondern kann durch eine restriktive Auslegung des Eingriffstatbestands berücksichtigt werden.[17] Der deliktsrechtliche Schutz und das verbandsrechtliche Mitgliedschaftsverhältnis schließen sich gegenseitig nicht aus, sie können nebeneinander bestehen.[18]

Im Ergebnis können mitgliedschaftliche Unterlassungsansprüche also sowohl auf den verbandsrechtlichen Rechtsgrund als auch auf §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog gestützt werden.

II. Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs

Folgend wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein verbandsrechtlicher oder deliktischer Unterlassungsanspruch der Aktionäre besteht.

Jedenfalls bedarf es für beide Ansprüche einer Beeinträchtigung der absolut geschützten Rechtsposition des Aktionärs. Dabei ist das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung sowohl bei §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog als auch bei dem rein verbandsrechtlichen Ansatz im Sinne der *Holzmüller*-Rechtsprechung einheitlich zu bestimmen, da in beiden Konstellationen eine unbegrenzte Abwehr rechtswidrigen Handelns durch den Aktionär durch die aktienrechtlichen Vorgaben verhindert wird.[19]

1. Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis

Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands bildet eine vorgelagerte Grenze, die einen Abwehranspruch von vornherein ausschließen kann. Denn nur Maßnahmen, welche die Geschäftsführungsbefugnis überschreiten, können überhaupt eine Beeinträchtigung der Verbandsmitgliedschaft begründen.[20] Die Geltendmachung des Unterlassens einer Maßnahme, die unter die Geschäftsführungsbefugnis fällt, stellt umgekehrt vielmehr einen Eingriff des Aktionärs in den Kompetenzbereich des Vorstands dar, und eine dahingehende Klage wäre von vornherein als „Kompetenzanmaßungsklage" unbegründet.[21]

Aktionäre können sich somit mittels des Unterlassungsanspruchs lediglich gegen Maßnahmen des Vorstands, die die Grenzen der aktienrechtlichen und satzungsmäßigen Geschäftsführungsbefugnis überschreiten, verteidigen.[22]

2. Verletzung einer aktionärsschützenden Norm

Darüber hinaus ist die Frage, wann eine Beeinträchtigung der verbandsrechtlichen Position der Aktionäre vorliegt, umstritten.

Nach einer weiten Ansicht wird angenommen, dass ein umfassender Unterlassungsanspruch bei jedem rechtswidrigen

[9] BGHZ 83, 122 (133) – *Holzmüller*, mittlerweile st. Rspr., siehe BGHZ 159, 31 (33 ff.); 164, 249 (254 ff.); *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 20.
[10] RGZ 60, 6 (7 f.); BGHZ 2, 394; *Förster*, in: BeckOK BGB, 79. Ed. 1.8.2026, § 823 Rn. 50.
[11] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 21; zum Verein: BGHZ 110, 323 (327 f., 334 f.); offen gelassen zur GmbH: BGHZ 235, 57 Rn. 12.
[12] *Grunewald/Müller*, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2023, § 7 Rn. 82 ff.; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (429 f.); *Spindler*, in: MüKo AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 370 f.
[13] BGHZ 110, 323 (327 f., 334); *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges" Recht, 1996, S. 200 ff.
[14] *Spindler* (Fn. 12), § 93 Rn. 373.
[15] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 23.
[16] BGHZ 129, 136 (160).
[17] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 23.
[18] *Habersack* (Fn. 13), S. 62 ff., 68 ff.; *Schmidt* (Fn. 7), § 19 I. 3.
[19] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 22 f.
[20] *Nehmer*, in: Münchener Anwaltshandbuch AktR, 4. Aufl. 2024, § 41 Rn. 10.
[21] BGHZ 76, 160 (für die GmbH & Co. KG); *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343 (353 f.); *Nehmer* (Fn. 20), § 41 Rn. 9 f.; *Rieckers* (Fn. 4), § 18 Rn. 10.
[22] *Nehmer* (Fn. 20), § 41 Rn. 10.

Verwaltungshandeln besteht.[23] Der verbandsrechtliche Abwehranspruch ermögliche eine „Universalkontrolle“[24] der Verbandsverwaltung durch jeden einzelnen Aktionär.[25] Zur Begründung dieser Auffassung wird eine Parallele zum öffentlichen Recht gezogen.[26] Der weitreichende Anspruch auf gesetzes- und satzungskonformes Verhalten der Leitungsorgane lasse sich mit der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG vergleichen.[27] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aus der umfassenden Gesetzesbindung der Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG kein umfassendes subjektiv öffentliches Recht des Bürgers auf gesetzesmäßiges Handeln der Verwaltung resultiert.[28] Um sich gegen einen Gesetzesverstoß der Verwaltung zu wehren, ist nach der im Verwaltungsprozessrecht herrschenden Schutznormtheorie vielmehr darzulegen, dass die verletzte öffentlich-rechtliche Norm gerade auch den Interessen des Anspruchsstellers zu dienen bestimmt ist.[29] Bei der Übertragung dieser Parallele in das Aktienrecht müsste also ein Gesetzes- oder Satzungsverstoß darauf geprüft werden, ob er in eine individuell aktionärsschützende Norm eingreift.[30]

Nach der engen Ansicht wird der Unterlassungsanspruch auf die Fälle der Verletzung von Hauptversammlungszuständigkeiten begrenzt.[31] Aktionärsrechte ließen sich in diesem Fall nur geltend machen, wenn zugleich die Kompetenz der Hauptversammlung verletzt ist.[32] Dieser Ansatz bietet den Vorteil einer rechtssicheren Anwendung, da die geschriebenen Zuständigkeiten der Hauptversammlung gesetzlich geregelt sind, sodass im Einzelfall einfach festgestellt werden könnte, ob ein Anspruch besteht.

Eine vermittelnde Ansicht hingegen stellt auf die Verletzung aktionärsschützender Normen ab.[33] Als solche kommen beispielsweise eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Aktionäre gemäß § 53a AktG, die rechtswidrige Ausnutzung des Bezugsrechtsausschlusses beim genehmigten Kapital oder die Überschreitung des Unternehmensgegenstands in Betracht.[34]

Würde man einen weiten Abwehranspruch der Aktionäre gegen gesetzes- oder satzungswidriges Verwaltungshandeln anerkennen, würde ein solcher das „aktienrechtliche Kompetenzgefüge sprengen und dem Aktionär eine Art Ersatzaufsichtsrecht für alle Geschäftsführungsmaßnahmen zuerkennen“, obwohl nur die Gesellschaft selbst berechtigt ist, von ihren Organen bei all ihren Entscheidungen und Maßnahmen die Beachtung von Gesetz und Satzung zu verlangen.[35] Den Bedenken, die Aktionäre wären bei rechtswidrigem Vorstandshandeln schutzlos, ist zu entgegnen, dass die AG mit dem Aufsichtsrat und dessen Aufgabe, den Vorstand gem. § 111 Abs. 1 AktG zu überwachen, bereits über ein eigenes Kontrollorgan verfügt. Ein weitgehender Abwehranspruch birgt zudem die Gefahr vor missbräuchlichen Klagen. Richtigerweise wird der Vorstand durch das Abstellen auf eine aktionärsschützende Norm vor Popularklagen geschützt, er muss eigenverantwortlich und weisungsfrei handeln können, ohne durch die Klagen einzelner Aktionäre bei jeder seiner Maßnahmen beschränkt werden zu können.[36]

Zwar bietet die enge Ansicht Rechtssicherheit, jedoch blieben die Aktionäre schutzlos, wenn eine Maßnahme des Vorstands keine Hauptversammlungskompetenz verletzt, dafür aber unmittelbar in die Mitgliedschaftsrechte eingreift.

Für das Abstellen auf eine aktionärsschützende Norm spricht außerdem die Parallele zum Kriterium der Betriebsbezogenheit bei dem, ebenfalls als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannten, eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.[37] Im Falle der Verbandsmitgliedschaft wird für einen Anspruch aus §§ 823 Abs. 1 BGB, 1004 Abs. 1 BGB analog verlangt, dass ein spezifisch mitgliedschaftsbezogener Eingriff vorliegt.[38]

Im Ergebnis ist also mit der vermittelnden Ansicht auf die Verletzung einer aktionärsschützenden Norm abzustellen. Da es sich bei der Mitgliedschaft im Verband um ein Rahmenrecht handelt, muss die Rechtswidrigkeit eines mitgliedschaftsbezogenen Eingriffs im Einzelfall gesondert festgestellt werden.[39] Andernfalls könnte nicht ausreichend unterschieden werden, ob der Schutz der Aktionäre lediglich als Reflex der Regelung eintritt oder ob er von der Norm gerade bezweckt ist.[40] So dient etwa die Pflicht, im Prüfungsbericht des Abschlussprüfers keine falschen Angaben zu machen, mittelbar auch dem Schutz der Aktionäre, jedoch fehlt es an dem erforderten unmittelbar aktionärsschützenden Charakter,[41] sodass ein Verstoß keinen rechtswidrigen mitgliedschaftsbezogenen Eingriff begründet.

[23] *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der Aktiengesellschaft, 2002, S. 311 ff., 321 ff., 333.
[24] *Adolff*, ZHR 169 (2005), 310 (317).
[25] Vgl. *Knobbe-Keuk*, in: FS Ballerstedt, 1975, S. 239 (251 ff.).
[26] *Paefgen* (Fn. 23), S. 316.
[27] *Paefgen* (Fn. 23), S. 316.
[28] *Hoffmann-Becking*, ZHR 167 (2003), 357 (362); *Adolff*, ZHR 169 (2005), 310 (320).
[29] *Hoffmann-Becking*, ZHR 167 (2003), 357 (362); *Adolff*, ZHR 169 (2005), 310 (320); *Wysk*, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 2025, § 42 Rn. 113 ff.
[30] *Adolff*, ZHR 169 (2005), 310 (320 f.).
[31] *Lutter*, JZ 2000, 837 (841).
[32] *Lutter*, JZ 2000, 837 (841).
[33] *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343 (357); *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2611); *Hoffmann-Becking*, ZHR 167 (2003), 357 (364).
[34] *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2611) jeweils m.w.N. zum Streitstand; BGHZ 136, 133 (140 f.) konkret zum Bezugsrechtsausschluss.
[35] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 20.
[36] *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2611); *Lutter*, JZ 2000, 837 (841).
[37] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 21.
[38] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 21.
[39] *Spindler* (Fn. 12), § 93 Rn. 369; *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 22.
[40] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 22.
[41] *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 22.

Im Kontext politischer Äußerungen des Vorstands kommen als aktionärsschützende Normen besonders der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 53a AktG sowie die Überschreitung des Unternehmensgegenstands in Betracht.

III. Prozessuale Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs

Prozessual steht den Aktionären eine Abwehrklage,[42] konkret die Unterlassungsklage (*actio negatoria*), zur Verfügung, um Unterlassungsansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen.[43] Das Recht der Aktionäre, auf die allgemeinen Rechtsbehelfe des Zivilrechts zurückzugreifen, sofern wie hier keine besonderen aktienrechtlichen Prozessvoraussetzungen vorliegen, begründet der BGH damit, „dass eine materiell begründete Rechtsverfolgung […] grundsätzlich nicht daran scheitern [darf], daß die dem Aktiengesetz eigenen Rechtsbehelfe tatbestandsmäßig versagen."[44]

IV. Zwischenergebnis

Es ist nunmehr festzuhalten, dass gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln grundsätzlich Unterlassungsansprüche der Aktionäre denkbar sind, sofern eine aktionärsschützende Norm verletzt wurde. Ansprüche scheiden jedoch dort von vornherein aus, wo das in Frage stehende Handeln von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst ist.

C. Reichweite der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands mit Blick auf politische Äußerungen

Dem folgenden Kapitel liegt daher die vorgelagerte Frage zugrunde, ob politische Äußerungen von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst sein können.

Dafür gilt es zu klären, ob politische Äußerungen der organschaftlichen oder der privaten Sphäre zuzuordnen sind (unter C.I.). Anschließend wird untersucht, anhand welcher Maßstäbe die Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis bei politischen Äußerungen zu bestimmen sind (unter C.II.). Zuletzt werden Fallgruppen gebildet und es wird jeweils analysiert, ob sie von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst sind oder ob sie diese überschreiten und in der Folge einen Unterlassungsanspruch begründen können, weil eine aktionärsschützende Norm verletzt wird (unter C.III.).

I. Abgrenzung Äußerung als Vorstand – Äußerung als Privatperson

Die organschaftlichen Pflichten des Vorstands und damit die Frage der Geschäftsführungsbefugnis greifen nur, wenn der Vorstand in seiner Eigenschaft als Organ handelt.[45] Politische Äußerungen können jedoch sowohl aus der privaten als auch aus der organschaftlichen Sphäre stammen. Daher bedarf es einer Abgrenzung, welcher Sphäre die Äußerung zuzuordnen ist, bevor aktienrechtliche Maßstäbe für die Prüfung ihrer Zulässigkeit angelegt werden können.

Für die Beurteilung der Frage, welcher Sphäre die Äußerung zuzuordnen ist, ist die Außenwahrnehmung eines verständigen Dritten, der mit den Umständen des Einzelfalls vertraut ist, maßgeblich.[46] Eine Parallele besteht zur Frage, ob Äußerungen politischer Amtsträger der staatlichen Organsphäre oder dem privaten Bereich zuzuordnen sind.[47] Das BVerfG unterscheidet anhand des Kriteriums, ob für den politischen Meinungskampf staatliche Ressourcen eingesetzt werden und ob die Äußerung in amtlicher Eigenschaft erfolgt.[48] Dieser Maßstab lässt sich auf den Vorstand übertragen. Greift der Vorstand bei der politischen Äußerung und ihrer Verbreitung auf die Ressourcen der AG zu oder tritt er erkennbar als ihr Repräsentant auf, ist die Äußerung der organschaftlichen Sphäre zuzuordnen.[49] Unter Ressourcen fallen besonders die Kommunikationskanäle der AG, ihre Infrastruktur und ihr wirtschaftlicher Einfluss, aber auch die Autorität und Außenwirkung, die dem Vorstand kraft seiner Organstellung zukommen.[50] Je stärker die AG in die Äußerung einbezogen ist, desto mehr überlagern die organschaftlichen Pflichten die Meinungsfreiheit des Vorstandsmitglieds.[51]

II. Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis bei politischen Äußerungen

Sofern politische Äußerungen der organschaftlichen Sphäre zuzuordnen sind, stellt sich die Frage, ob sie von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst sind. Es wird dazu zunächst der durch die Leitungsautonomie und das Pflichtengefüge gezogene Rahmen herausgearbeitet, bevor konkrete Fallgruppen politischer Äußerungen anhand dieses Rahmens beurteilt werden.

1. Leitungsautonomie des Vorstands

Gemäß § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Er genießt die

[42] Die Verwendung des Terminus „Abwehrklage" beruht auf der Unterscheidung zur Aktionärsklage, durch die der Aktionär Ansprüche der Gesellschaft im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft geltend macht (*actio pro socio*), *Rieckers* (Fn. 4), § 18 Rn. 5.
[43] *Schmidt* (Fn. 7), § 21 V. 1.
[44] BGHZ 83, 122 (127); *Nehmer* (Fn. 20), § 41 Rn. 13.
[45] *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, AktG, Bd. 4, Teilbd. 2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 57; anders *Wilsing*, in: FS Krieger, 2020, S. 1141 (1144); zur organschaftlichen Pflichtenbindung bei privater Äußerung des Vorstands siehe *Graewe/Bogensee*, BB 2020, 1603 (1606 f.).
[46] *Hopt/Roth* (Fn. 45), § 93 Rn. 57; *Wedemann*, AG 2024, 637 (641).
[47] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (560); vgl. zur Abgrenzung im öffentlichen Recht BVerfGE 138, 102, Rn. 54.
[48] BVerfGE 138, 102 Rn. 53 ff.
[49] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (561).
[50] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (561).
[51] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (561).

Freiheit zum selbstständigen und weisungsfreien Handeln nach eigenem Ermessen.[52] Dabei soll er im Rahmen des Unternehmensinteresses „unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Belegschaft und der sonstigen mit dem Unternehmen verbundenen Gruppen (*Stakeholder*) für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung“[53] handeln. Vor diesem Hintergrund umfasst die Leitungsbefugnis grundsätzlich auch die Entscheidung darüber, ob und in welcher Weise sich die AG politisch positioniert. Politische Äußerungen sind unter die Leitungsaufgabe des Vorstands zu fassen. Sie berühren demnach keine der der Hauptversammlung zugewiesenen Kompetenzen.[54]

Die Leitungsautonomie des Vorstands bleibt jedoch nicht unbeschränkt, sie wird durch ein Pflichtengefüge begrenzt, das folgend dargestellt wird. Erst wenn eine politische Äußerung diesen Rahmen verlässt, stellt sich die anschließende Frage, ob zugleich auch eine aktionärsschützende Norm verletzt und damit ein Unterlassungsanspruch begründet wird.

2. Pflichtengefüge des Vorstands

Das Pflichtengefüge selbst, das insbesondere von §§ 76, 93 AktG vorgegeben wird, ist nicht die Grundlage für den Unterlassungsanspruch, ein Verstoß dagegen verletzt nicht ohne weiteres eine aktionärsschützende Norm.[55] Gleichwohl kommt dem Pflichtengefüge eine wesentliche Bedeutung zu. Es bildet den Maßstab, anhand dessen beurteilt wird, ob eine politische Äußerung des Vorstands den Rahmen zulässigen Vorstandshandelns verlässt und damit die oben unter B. entwickelten Beeinträchtigungsvoraussetzungen erfüllt.

a) Legalitätspflicht

Die Legalitätspflicht beschreibt die Pflicht zur Einhaltung von Gesetz und Satzung.[56] Da strafrechtliche Grenzen nicht Gegenstand dieses Beitrags sind, kommt diesen Beschränkungen hier keine Bedeutung zu. Im Vordergrund stehen aktienrechtliche Grenzen, insbesondere die Bindung an den Gesellschaftszweck und den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand.[57] Neben diesen Grenzen prägen auch Sorgfalts- und Treuepflichten das Handeln des Vorstands.

b) Sorgfalts- und Treuepflicht

Der Vorstand hat bei seiner Geschäftsführung gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Treuepflicht will sicherstellen, dass der Vorstand keine vom Gesellschaftszweck abweichenden, eigenen oder fremden Interessen vertritt.[58] Im Rahmen politischer Äußerungen ist die Treuepflicht insbesondere dann berührt, wenn ein Vorstand sich politisch äußert, um eigene Interessen, die sich nicht mit dem Gesellschaftsinteresse decken, zu fördern. Ob eine Äußerung im Gesellschaftsinteresse erfolgt, diesem zuwiderläuft oder von Eigeninteressen des Vorstands geprägt ist, ist Gegenstand der nachfolgend unter C.III. zu untersuchenden Fallgruppen.

c) Business Judgment Rule, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Die *Business Judgment Rule*, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, kodifiziert das unternehmerische Ermessen des Vorstands.[59] Sie ist kein eigenständiger Pflichtentatbestand, sondern ein Haftungsprivileg. Liegen die Voraussetzungen der *Business Judgment Rule* vor, scheidet eine Pflichtverletzung aus.[60] Ihr Anwendungsbereich wird eröffnet, wenn eine unternehmerische Entscheidung vorliegt.[61] Sie sind „infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt.“[62] Politische Äußerungen des Vorstands bergen sowohl Risiken als auch Chancen.[63] Solche Äußerungen können als unternehmerische Ermessensentscheidung qualifiziert werden. Sie sind mit prognosebehafteten Risiken und Chancen verbunden, insbesondere im Hinblick auf die ungewisse Reaktion von Adressaten, Kunden und der Öffentlichkeit sowie mit möglichen positiven Effekten wie Reputationssteigerung oder Vertragsabschlüssen.[64] Ob die weiteren notwendigen Voraussetzungen der *Business Judgment Rule* erfüllt sind, hängt von den Umständen der jeweiligen Äußerung ab. Insoweit ist maßgeblich, dass die Verletzung des Pflichtengefüges allein noch keinen Unterlassungsanspruch begründet.

III. Fallgruppen politischer Äußerungen

Im Folgenden werden Fallgruppen politischer Äußerungen gebildet und untersucht, ob sie im Rahmen der Leitungsautonomie und des Pflichtengefüges zulässig sind.

1. Politische Äußerungen mit unmittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck

Beispielhaft für eine politische Äußerung des Vorstands mit unmittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck ist ein Interview mit *Armin Papperger* (Vorstandsvorsitzender der Rheinmetall AG) im Januar 2025, in dem er Verteidigungsausgaben in Höhe von drei Prozent des BIP forderte und ein neues Sonderbudget oder Änderungen an der

[52] *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 5. Aufl. 2024, § 76 Rn. 34.
[53] Deutscher Corporate Governance Kodex, 28.4.2022, Präambel.
[54] *Spindler* (Fn. 12), § 76 Rn. 18, 129; *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (576).
[55] Gegenschluss zu *Casper* (Fn. 8), § 241 Rn. 22.
[56] *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, 3. Aufl. 2025, § 76 Rn. 13.
[57] *Grigoleit* (Fn. 56), § 76 Rn. 14, 17.
[58] *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, 3. Aufl. 2025, § 93 Rn. 73 ff.
[59] BT-Drucks. 15/5092, S. 11 f.
[60] *Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 5. Aufl. 2024, § 93 Rn. 14.
[61] BT-Drucks. 15/5092, S. 11.
[62] BT-Drucks. 15/5092, S. 11.
[63] *Wilsing* (Fn. 45).
[64] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (566).

Schuldenbremse verlangte.[65] *Papperger* äußerte sich in diesem Interview in seiner Position als Vorstandsvorsitzender, also innerhalb der organschaftlichen Sphäre. Er verspricht sich von diesen Forderungen mehr staatliche Rüstungsaufträge und damit mehr Umsatz für die Rheinmetall AG. Im Hinblick auf den in der Satzung der Rheinmetall AG festgelegten Unternehmensgegenstand,[66] betrifft *Pappergers* Äußerung die dort festgehaltenen Inhalte. Die Äußerung bewegt sich innerhalb des statuarisch festgelegten Unternehmensgegenstands. Bei dieser Äußerung liegt keine Verletzung des Pflichtengefüges vor, sie erfolgt im Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis, sodass sich auch die Frage der Verletzung einer aktionärsschützenden Norm nicht stellt. Ein Unterlassungsanspruch scheidet damit aus.

Die vorstehende Analyse beschränkt sich auf das Fallbeispiel *Papperger*. Die zugrundeliegenden Überlegungen lassen sich jedoch auf vergleichbare Konstellationen übertragen, in denen politische Äußerungen der organschaftlichen Sphäre zuzuordnen sind, sich innerhalb des satzungsmäßig festgelegten Unternehmensgegenstands bewegen, erkennbar dem Gesellschaftszweck dienen und nicht von Eigeninteressen geprägt sind. Da solche Äußerungen von der Geschäftsführungsbefugnis gedeckt sind, kommen Unterlassungsansprüche nicht in Betracht.

Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung, ob eine politische Äußerung noch der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands zuzuordnen ist, sind die nachfolgenden Fallgruppen, die „übergeordnete" Themen zum Gegenstand haben und die AG lediglich reflexartig berühren.[67]

2. Allgemeinpolitische Äußerungen mit mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck

Bei allgemeinpolitischen Äußerungen, die einen mittelbaren Bezug zum Gesellschaftszweck aufweisen, bedarf es einer genaueren Betrachtung, ob diese der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands zugeordnet werden können. Schwierigkeiten ergeben sich dabei bei allgemeinpolitischen Äußerungen, die keinen erkennbaren Bezug zum Gesellschaftszweck aufweisen oder die der pauschalen Unterstützung bestimmter politischer Parteien dienen.[68] So könnte man allgemein- und parteipolitische Äußerungen von Vorständen, die keinen unmittelbaren Bezug zur unternehmerischen Tätigkeit aufweisen, aus dem Leitungsermessen des Vorstands ausschließen.[69] Dieses sollte kein Freibrief für Aktivismus sein.[70] Eine solche Position ließe sich damit begründen, dass es sich bei allgemeinpolitischen Äußerungen um vom Unternehmensgegenstand losgelöste Risikoentscheidungen handele, die die Aktionäre nicht einpreisen könnten.[71] Die *Business Judgment Rule* will dem Vorstand zwar einen Freiraum für risikoaffines Verhalten einräumen, sie sei aber kein Instrument zum Schutz vor allen Entscheidungen, die die Aktionäre nicht absehen können.[72] Folglich wären allgemeinpolitische Äußerungen mangels Bezug zum Gesellschaftszweck nicht vom Leitungsermessen des Vorstands und dem Anwendungsbereich der *Business Judgment Rule* erfasst.[73]

Dieser Ansicht, allgemein- und parteipolitische Äußerungen aus dem Leitungsermessen auszuschließen, ist zu widersprechen. Auch allgemein- und parteipolitische Äußerungen mit lediglich mittelbarem Gesellschaftszweckbezug können grundsätzlich als unternehmerische Entscheidung im Leitungsermessen des Vorstands liegen.[74] Sie von vornherein auszuschließen, würde das Leitungsermessen des Vorstands übermäßig einschränken, der grundsätzlich frei darin ist, auf welche Art und Weise er den Gesellschaftszweck verfolgt.[75] Allgemein- und parteipolitische Stellungnahmen sind ein legitimes Mittel der Unternehmensführung, solange sie sich im Rahmen des aktienrechtlichen Pflichtengefüges bewegen. Parallelen lassen sich zur Bewertung von Parteispenden ziehen, bei denen dem Vorstand ebenfalls ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum zugebilligt wird.[76] Im Rahmen solcher steht es ihm frei, eine bestimmte politische Richtung in den Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis zu unterstützen, sofern dies im Gesellschaftsinteresse erfolgt.[77] Insbesondere können allgemeinpolitische Äußerungen auch mittelbar der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dienen, in dem sie der Reputation des Unternehmens (*Corporate Reputation Management*) zugutekommen, mittelbar den *Shareholder Value* fördern und damit langfristig der Gewinnerzielung dienen oder politischen Einfluss zugunsten der Gesellschaft ausüben.[78] Die wirtschaftlich erfolgreiche Verfolgung des Unternehmensgegenstands könnte langfristig nicht garantiert werden, wenn die AG nicht sozial akzeptiert wird.[79] Durch soziale Akzeptanz der Gesellschaft kann sie sich als „*good corporate citizen*" etablieren, wodurch indirekt ihr wirtschaftlicher Erfolg gesteigert werden könnte.[80] Gegen eine generelle Ablehnung spricht auch, dass es praktisch nahezu unmöglich wäre, bei politischen Äußerungen stets trennscharf zwischen unmittelbarem und mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck abzugrenzen.

[65] *Lilienström*, „Da darf man nicht dünnhäutig sein!", Gesichter der Demokratie v. 20.1.2025, https://www.faces-of-democracy.org/armin-papperger/, zuletzt abgerufen am 17.4.2026.
[66] Gem. § 2 der Satzung der Rheinmetall AG i.d.F. v. 9.1.2026.
[67] *Wilsing* (Fn. 45), (1141).
[68] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (568).
[69] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (651 f.).
[70] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (651).
[71] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (651).
[72] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (651).
[73] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (651).
[74] *Fleischer*, AG 2001, 171 (179).
[75] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (569).
[76] *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, 1.8.2026, § 76 Rn. 59.
[77] *Fleischer* (Fn. 76), § 76 Rn. 59.
[78] *Wedemann*, AG 2024, 637 (638).
[79] Vgl. zu Unternehmensspenden *Markworth*, ZGR 2025, 622 (643).
[80] Vgl. *Westermann*, ZIP 1990, 771 (777).

Ob eine allgemeinpolitische Äußerung oder eine politische Äußerung mit mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck das Pflichtengefüge des Vorstands verlässt, erfordert daher eine differenzierte Abwägung, die alle Umstände des Einzelfalls würdigt.[81] Regelmäßig wird eine allgemein- oder parteipolitische Äußerung zumindest mittelbar dem Unternehmensinteresse zuzuordnen sein. Selbst wenn der unmittelbare Bezug zum Gesellschaftszweck nicht eindeutig hergestellt werden kann, verfolgen derartige Äußerungen häufig ein anderes, die Gesellschaft förderndes Ziel, wie beispielsweise die Förderung der *Corporate Reputation*. Allgemeinpolitische Äußerungen und politische Äußerungen mit mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck werden demnach in der Regel unter die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands zu fassen sein.

Folglich kommt auch in diesem Fall regelmäßig kein Unterlassungsanspruch in Betracht.

3. Politische Äußerungen mit Eigeninteresse

Jedenfalls politische Äußerungen, die der Vorstand primär im Eigeninteresse tätigt und die keinen Bezug zum Gesellschaftsinteresse aufweisen, sind nicht vom Leitungsermessen umfasst. Die Maßnahmen des Vorstands müssen als Ausdruck der organschaftlichen Treuepflicht in gutem Glauben zum Wohle der Gesellschaft erfolgen und sie haben frei von Interessenkonflikten, sachfremden Einflüssen sowie persönlichem Eigennutz zu sein.[82] Politische Äußerungen, die darauf gerichtet sind, unter Rückgriff auf die Autorität und die Ressourcen des Unternehmens primär persönliche politische Präferenzen zu fördern, sind nicht von der *Business Judgment Rule* und vom Leitungsermessen des Vorstands erfasst.[83] Eine Ausnahme bildet in dieser Fallgruppe eine politische Äußerung, die sowohl Eigeninteressen entspricht als auch dem Wohl der Gesellschaft dient.[84] In der Praxis ist es schwierig, das tatsächliche Motiv einer Äußerung von ihrem vorgeblichen Beweggrund zu differenzieren.[85] Selbst wenn ein Vorstandsmitglied eine politische Äußerung – wie etwa *Joe Kaesers* Kritik am Rechtspopulismus – ausdrücklich als „Frage des Anstands und der Moral“ [86] kennzeichnet und damit vom Gesellschaftsbezug löst, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass sie nicht gleichzeitig in gutem Glaube und im Interesse des Unternehmens erfolgt ist.[87] Es entspricht gerade der inneren Logik einer solchen Äußerung, sie nicht ausdrücklich mit wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft zu rechtfertigen, was sie entwerten könnte, sondern sie durch die Koppelung an ein moralisches Gewissen zusätzlich zu legitimieren.[88] Gleichzeitig wäre es aus Sicht eines Vorstandsmitglieds naheliegend, eine aus Eigeninteresse motivierte politische Äußerung indirekt mit dem Gesellschaftszweck zu verknüpfen, da es im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen der *Business Judgment Rule* darlegungs- und beweisbelastet ist.[89] Somit könnte der Vorstand darlegen, dass sein Handeln tatsächlich auf das Wohl der Gesellschaft gerichtet war, und die Einordnung in die Fallgruppe der allgemeinpolitischen Äußerung mit mittelbarem Gesellschaftsbezug würde deutlich leichter fallen.[90]

In der Praxis ist eine objektive Betrachtung maßgeblich. Ist die politische Äußerung mit konkreten Unternehmenszielen verknüpft, spricht das für ein Handeln im Gesellschaftsinteresse. Fehlt ein solcher Bezug, lässt sich die Äußerung eher dem Eigeninteresse zuordnen. Im Grenzfall genügt es nicht, eine solche Äußerung lediglich mit dem pauschalen Verweis auf die Stärkung der *Corporate Reputation* zu rechtfertigen.[91] Andernfalls ließe sich nahezu jede Äußerung mit dem Reputationsargument rechtfertigen, was den Leitungsspielraum faktisch schrankenlos stellen würde. Stattdessen sollte eine Verbindung zur konkreten unternehmerischen Tätigkeit und den dafür erforderlichen Ressourcen hergestellt werden.[92]

Lediglich politische Äußerungen, die der Vorstand im Eigeninteresse und ohne Bezug zum Unternehmensinteresse tätigt, sind also nicht vom Leitungsermessen umfasst. Auch die *Business Judgment Rule* greift in diesem Fall nicht, da die Äußerung nicht zum Wohl der Gesellschaft und nicht frei von Sonderinteressen getätigt wurde. Eine von privaten Interessen des Vorstands dominierte politische Äußerung, die nahezu keinen Bezug zum Gesellschaftszweck aufweist, verletzt die Pflichten des Vorstands, insbesondere seine Treuepflicht. Die Treuepflicht selbst ist aber primär darauf ausgerichtet, die Gesellschaft zu schützen. Ihre Verletzung begründet also noch keinen Eingriff in eine aktionärsschützende Norm, sie schützt die Aktionäre allenfalls reflexartig.

Eine solche Äußerung könnte aber einen Verstoß gegen § 53a AktG oder eine Überschreitung des Unternehmensgegenstands darstellen. Dafür müsste sie entweder gezielt darauf ausgerichtet sein, einzelne Aktionäre zu benachteiligen, oder durch die Äußerung die Tätigkeit der AG auf ein Gebiet auszudehnen, das von der Beschreibung des Unternehmensgegenstands in der Satzung nicht gedeckt ist.[93] In diesen Fällen wäre dann eine aktionärsschützende Norm verletzt und die Aktionäre könnten bei Vorliegen der

[81] *Wedemann*, AG 2024, 637 (638).
[82] BT-Drucks. 15/5092, S. 11.
[83] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (573).
[84] BT-Drucks. 15/5092, S. 11 (zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG).
[85] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (573).
[86] *Kaeser*, Wie politisch soll/kann/darf ein CEO sein?, LinkedIn-Post v. 24.7.2018, https://de.linkedin.com/pulse/wie-politisch-sollkanndarf-ein-ceo-sein-joe-kaeser-1e, zuletzt abgerufen am 25.3.2026.
[87] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (573).
[88] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (573).
[89] BT-Drucks. 15/5092, S. 12.
[90] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (574).
[91] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (574).
[92] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (574).
[93] *Poelzig*, in: MüKo-AktG, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 179 Rn. 151.

weiteren Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere der Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr, einen Unterlassungsanspruch haben.

4. Politische Äußerungen mit Gemeinwohlbezug

Als eine Art Auffangfallgruppe bereitet die Bewertung von politischen Äußerungen, die nicht mit klarem unmittelbarem oder mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck, sondern mit Gemeinwohlbezug getätigt werden, Schwierigkeiten.

Fraglich ist insbesondere, an welchem Maßstab hier das Vorstandshandeln ausgerichtet werden muss.[94] Zwar leitet der Vorstand gem. § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung, damit ist aber noch nicht beantwortet, inwiefern er dabei Gemeinwohlinteressen berücksichtigen darf oder soll. Zunächst besteht für den Vorstand keine Pflicht, sein Handeln in erster Linie am Gemeinwohl auszurichten, es sei denn, die Satzung stellt einen gemeinnützigen Zweck vor die Gewinnerzielung.[95] Der Vorstand ist nicht verpflichtet, aber berechtigt, Gemeinwohlbelange auch jenseits gesetzlicher Vorschriften[96] zu berücksichtigen.[97] Die Rechtsprechung in Bezug auf Spenden, bei denen der Vorstand grundsätzlich dazu berechtigt ist, die Mittel der Gesellschaft für soziale, politische und kulturelle Zwecke einzusetzen,[98] ist auf politische Äußerungen übertragbar. Spenden und politischen Äußerungen ist gemein, dass der Vorstand Gesellschaftsressourcen für Zwecke einsetzt, die nicht unmittelbar der Gewinnerzielung dienen, sondern einen Einfluss auf die gesellschaftliche Wahrnehmung der AG haben (wobei dies bereits die Einordnung in die zweite genannte Fallgruppe rechtfertigen kann, sofern ein mittelbarer Gesellschaftsbezug nachgewiesen wird). Der Vorstand ist demnach befugt, seine unternehmerischen Entscheidungen auch auf Überlegungen zum Gemeinwohl zu gründen.[99] Ein weiterer Grund für die Übertragung der Rechtsprechung ist, dass die soziale Verantwortung, die aus dem Grundsatz folgt, dass die signifikante soziale Macht großer Unternehmen kehrseitig mit sozialer Verantwortung verbunden ist,[100] durch gemeinwohlbezogene Äußerungen erfüllt werden kann. Von dieser Verpflichtung und Berechtigung werden nicht nur gemeinwohlbezogene Äußerungen mit mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck umfasst, sondern auch solche ohne.[101]

Die Frage der Gewichtung der einzelnen Interessen bei der Unternehmensleitung ginge über diesen Beitrag hinaus. Entscheidend ist allein, dass der Vorstand im Rahmen seines Leitungsermessens dazu berechtigt ist, sich allgemeinwohlbezogen zu äußern. Es würde jedoch zu weit gehen, gemeinwohlbezogene Äußerungen grenzenlos zuzulassen und somit einen Unterlassungsanspruch von vornherein auszuschließen. Auch wenn solche Äußerungen meist keine unmittelbaren Vermögensabflüsse bedeuten, kann dennoch auch hier auf die Grenzen von Unternehmensspenden zurückgegriffen werden.

Der Vorstand hat das Minimalziel die dauerhafte Rentabilität zu wahren und sein gemeinwohlorientiertes Engagement auf ein Maß zu begrenzen, welches in Anbetracht der Größe und Finanzlage der Gesellschaft noch als angemessen erscheint.[102] Für politische Äußerungen bedeutet das, dass der Vorstand durch seine Äußerung die Rentabilität der AG nicht gefährden darf.[103] Zudem hat er sich an seiner Sorgfaltspflicht sowie den Voraussetzungen, die die *Business Judgment Rule* im Einzelfall verlangt, zu orientieren.[104]

Grundsätzlich können also auch politische Äußerungen mit Gemeinwohlinteresse von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst sein, sodass die Verletzung einer aktionärsschützenden Norm und damit die Begründung eines Unterlassungsanspruchs auch in dieser Fallgruppe nicht in Frage kommt. Dieser Handlungsspielraum ist bei Äußerungen überschritten, die die Rentabilität der AG gefährden. Dann liegt zugleich auch eine Verletzung einer aktionärsschützenden Norm und damit der Legalitätspflicht vor. In der Praxis wird ein Vorstand jedoch selten die Rentabilität der AG mit einer einzigen gemeinwohlorientierten politischen Äußerung gefährden können. Tut er dies dennoch, liegt eine Beeinträchtigung der geschützten Rechtsposition der Aktionäre vor.

5. Zwischenergebnis

Die Analyse der Fallgruppen zeigt, dass politische Äußerungen des Vorstands einen Unterlassungsanspruch der Aktionäre nur in wenigen Ausnahmefällen begründen, da der Vorstand kraft seiner Geschäftsführungsbefugnis einen weiten Spielraum für politische Äußerungen hat. Bei Äußerungen mit unmittelbarem oder mittelbarem Bezug zum Gesellschaftszweck wird regelmäßig kein Unterlassungsanspruch begründet werden können, da diese oft von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst sind. Bei Äußerungen, die ausschließlich im Eigeninteresse getätigt werden, sowie bei solchen, die gemeinwohlorientiert sind, kann die Schwelle der Geschäftsführungsbefugnis

[94] *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (623).
[95] *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (627).
[96] Gemeint sind insbesondere die Berichtspflichten gem. § 161 AktG und §§ 289b–289e, §§ 315b–315d HGB.
[97] *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (633).
[98] BGHSt 47, 187 (192).
[99] *Vetter*, ZGR 2018, 338 (353).
[100] Siehe bereits *Davis*, Business Horizons 10, No. 4 (1967), 45 (48): „social responsibilities of businessmen arise from the amount of social power they have".
[101] *Cahn*, in: KK-AktG, Bd. 7, 4. Aufl. 2023, § 76 Rn. 37.
[102] BGHSt 47, 187 (197); *Cahn* (Fn. 102), § 76 Rn. 37; *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (636).
[103] *Cahn* (Fn. 102), § 76 Rn. 37.
[104] *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (636).

und der Verletzung einer aktionärsschützenden Norm erreicht und eine Beeinträchtigung gegeben sein. Die hier gebildeten Fallgruppen versuchen, politische Äußerungen zu systematisieren. Sie sind nicht abschließend und nicht jede Äußerung kann zweifelsfrei einer der Fallgruppen zugeordnet werden.

Soweit ersichtlich gibt es jedoch bislang keinen Fall, bei dem Aktionäre einen Unterlassungsanspruch gegen eine politische Äußerung des Vorstands durchgesetzt haben. Damit bewegt sich die praktische Bedeutung dieser Rechtsschutzmöglichkeit gegen Null.[105] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage alternativer Kontrollmechanismen der Aktionäre.

D. Sonstige Einflussmöglichkeiten auf politische Äußerungen des Vorstands?

Aktienrechtliche Kontrollmechanismen bieten nur indirekt die Möglichkeit, auf politische Äußerungen des Vorstands der AG Einfluss zu nehmen. Zudem sind sie nicht darauf ausgerichtet, einzelne Maßnahmen des Vorstands zu rügen,[106] sondern sie zielen auf eine Beurteilung seines Gesamtverhaltens ab.[107] Neben den bekannten Kontrollmechanismen, wie beispielsweise der Abberufung des Vorstands durch den Aufsichtsrat nach Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung gemäß § 84 Abs. 4 AktG, werden andere Möglichkeiten diskutiert, das Mitspracherecht der Aktionäre bezogen auf die politische Ausrichtung der AG zu stärken.

I. Satzungsmäßige Neutralitätsklauseln

Es wäre denkbar, in der Satzung eine politische Neutralitätsklausel zu verankern, die es dem Vorstand untersagt, sich politisch zu äußern.[108] Jedoch würde eine solche Satzungserweiterung einerseits die Leitungsautonomie des Vorstands, die durch abweichende Regelungen in ihrem Kern nicht ausgehöhlt werden darf,[109] unzulässig einschränken[110] und andererseits *de lege lata* § 23 Abs. 5 AktG verletzen,[111] wonach die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen kann, wenn es ausdrücklich zugelassen ist (Grundsatz der Satzungsstrenge).

II. Erweiterung des Beschlusskatalogs der Hauptversammlung, § 119 Abs. 1 AktG

Die Überlegung, politische Äußerungen des Vorstands *de lege ferenda* in den Katalog der Beschlussgegenstände des § 119 Abs. 1 AktG aufzunehmen, sodass sie der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen, überzeugt ebenfalls nicht.[112] Das deutsche Aktiengesetz sieht eine solche Möglichkeit durch seine dualistische Unternehmensleitung nicht vor.[113] Zum einen verfügt die Hauptversammlung über keine Residualkompetenz in Geschäftsführungsangelegenheiten[114] und zum anderen ist sie aufgrund ihrer Struktur kein geeignetes Forum für politische Meinungsbildung.[115] So würden die formalen Hürden der Hauptversammlung, wie etwa ihre Einberufung, das dynamische politische Handeln der AG verlangsamen.[116]

III. Diskussion um ein „*say on politics*“

In Anlehnung an die Debatte um ein „*say on climate*“,[117] lässt sich ein „*say on politics*“ diskutieren.[118] Die Hauptversammlung könnte zwar nicht aus eigener Initiative über die politische Ausrichtung der Gesellschaft entscheiden, der Vorstand wäre aber zu einer beabsichtigten politischen Positionierung nicht nur berechtigt, sondern dazu verpflichtet, einen diesbezüglichen positiven Beschluss der Hauptversammlung einzuholen.[119] Je umstrittener die beabsichtigte Positionierung, desto näher liegt ein solches Zustimmungserfordernis.[120] Diesem Vorschlag stehen jedoch die formalen Anforderungen der Hauptversammlung und der oft starke Aktualitätsbezug politischer Äußerungen im Weg.[121] Die Hauptversammlung hat keine originäre Zuständigkeit für die Geschäftsführung. Sie kann gem. § 119 Abs. 2 AktG nur auf Verlangen des Vorstands tätig werden. Ein „*say on politics*“ würde der Hauptversammlung systemwidrige Entscheidungsbefugnisse einräumen,[122] denn nur der Vorstand ist zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Leitung der AG berechtigt. Ein vergleichbarer Mechanismus findet sich in Sec. 366 UK-Companies Act 2006 zur Zulässigkeit politischer Unternehmensspenden. Das Ob der Spende und der Höchstbetrag müssen den Anteilseignern zur Zustimmung vorgelegt werden.[123] Auf das deutsche Aktienrecht lässt sich dies aber nicht übertragen, da *de lege lata* bei der politischen Positionierung der AG kein Mitspracherecht der Aktionäre vorgesehen ist und eine entsprechende Kompetenzverschiebung systemwidrig wäre.[124]

[105] *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343 (355).
[106] *Weller/Hoppmann*, AG 2022, 640 Rn. 32.
[107] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (665).
[108] *Vetter*, ZGR 2018, 338 (371).
[109] *Seibt* (Fn. 52), § 23 Rn. 55.
[110] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (570).
[111] *Vetter*, ZGR 2018, 338 (371 f.).
[112] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (570).
[113] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (570).
[114] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (570).
[115] *Stark*, ZGR 2025, 686 (710 f.).
[116] *Stark*, ZGR 2025, 686 (711).
[117] *Komo/Mathias/Schimmel*, NZG 2025, 152 (152); *Richter*, ZGR 2025, 43 (43 ff.); *Assmann/Sajnovits*, AG 2025, 608 (625 ff.).
[118] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (666).
[119] *Stark*, ZGR 2025, 686 (713).
[120] *Stark*, ZGR 2025, 686 (714).
[121] *Stark*, ZGR 2025, 686 (714).
[122] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (666 f.).
[123] Zu Sec. 366 UK-Companies Act 2006 *Hahn*, AG 2018, 472 (476); *Stöhr*, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 2024, 289 (294).
[124] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (665).

IV. Orientierung am betrieblichen Vergütungsvotum, § 120a Abs. 1–3 AktG

Der Vorschlag von *Markworth*, sich bei der Ausgestaltung des Mitspracherechts der Aktionäre in politischen Fragen an § 120a Abs. 1–3 AktG (betriebliches Vergütungsvotum – *say on pay*) zu orientieren,[125] verdient eine genauere Betrachtung. Mit diesem Vorschlag würde der Aufsichtsrat durch das Festlegen politischer Leitlinien für den Vorstand stärker in die Pflicht genommen werden und das allgemeine Kompetenzgefüge des Aktienrechts bliebe erhalten.[126] Basierend auf diesen Leitlinien, welche erst der Hauptversammlung vorgelegt werden würden, würde der Vorstand über einheitliche, an das Unternehmen gekoppelte politische Meinungsgrundlagen verfügen.[127] Bei großer Beteiligung der Aktionäre würden politische Äußerungen des Vorstands auf aktionärsdemokratischer Grundlage legitimiert.[128] Auf der anderen Seite läuft dieser Vorschlag Gefahr, die Interessen weiterer *Stakeholder* aus dem Blick zu verlieren, wenn den Aktionären mehr Einfluss zukommen würde. Auch ein Konflikt mit der Leitungsautonomie des Vorstands bleibt bestehen, wenn der Hauptversammlung in einem derart breiten Feld größere Kompetenzen zugeschrieben würden.[129] In Zeiten (geo-)politischer Umbrüche wird es sich praktisch als schwierig erweisen, umfangreiche politische Leitlinien zu erarbeiten. Insbesondere bei tagesaktuellen Veränderungen ist eine allgemeine Grundhaltung nicht immer auf die diversen kontroversen Themen unserer Zeit anwendbar. So würde die dynamische und flexible Öffentlichkeitsarbeit des Vorstands beeinträchtigt. Obgleich sich der Vorschlag nur auf „wesentliche[...] Änderung[en] der allgemeinpolitischen Leitlinien“[130] bezieht, könnten solche Leitlinien dazu führen, dass sich der Vorstand bei politischen Kontroversen zurückhält, um nicht gegen etwaige Vorgaben zu verstoßen.[131]

V. Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG

Ein weiterer Ansatz *de lege lata* besteht darin, bestimmte politische Äußerungen des Vorstands einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu unterstellen.[132] Demnach hat der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Vor diesem Hintergrund müssten politische Äußerungen einem solchen Zustimmungsvorbehalt unterstellt werden können. Voraussetzung eines Zustimmungsvorbehalts ist aber, dass es sich um eine „bestimmte Art“ von Geschäft handelt.[133] Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Leitungsverantwortung des Vorstands nicht entkernt wird.[134] Alle politischen Äußerungen unter einen pauschalen Zustimmungsvorbehalt zu stellen, wäre zu unbestimmt.[135] Die Vorschrift verlangt die eindeutige Bezeichnung der zustimmungsbedürftigen Maßnahme,[136] sodass der Einschluss sämtlicher politischer Äußerungen diesem Erfordernis nicht gerecht werden würde. Einzelne, hinreichend bestimmte Themen, könnten hingegen einem Zustimmungsvorbehalt unterstellt werden. Dieser Vorschlag würde weder das Kompetenzgefüge unterlaufen noch die Leitungsautonomie des Vorstands beschränken.

VI. Zwischenergebnis

Der letztgenannte Ansatz, politische Äußerungen einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats zu unterstellen, kommt einer praktikablen Lösung am nächsten. Das bestehende Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft bliebe gewahrt, und Äußerungen des Vorstands unterlägen einer fallbezogenen Kontrolle. Eine umfassende Lösung gerade mit Blick auf tagesaktuelle Positionierungen kann er jedoch nicht bieten. Zudem stellt dieser Lösungsweg keinen direkten Einfluss der Aktionäre dar, sondern bietet nur mittelbaren Schutz durch die Kontrolle des Vorstands durch den Aufsichtsrat.

E. Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass Aktionären zwar grundsätzlich Unterlassungsansprüche gegen politische Äußerungen des Vorstands zustehen können, sofern das Vorstandshandeln nicht mehr dem Bereich der Geschäftsführung zuzuordnen ist und mit der politischen Äußerung eine aktionärsschützende Norm verletzt wird.

Die dazu gebildeten Fallgruppen dienen als Orientierungsrahmen für die Einordnung politischer Äußerungen des Vorstands und damit für die Beurteilung, ob ein Unterlassungsanspruch vor dem Hintergrund der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht kommt. Maßgeblich bleibt letztlich die Einzelfallbetrachtung anhand der erarbeiteten Kriterien, wie das Ausgangsbeispiel des Beitrags zeigt: *Kaesers* Beitrag zur Rede von *Alice Weidel* erfolgte innerhalb der organschaftlichen Sphäre. Der Vorstandsvorsitzende greift dabei auf seinen öffentlichen Account zurück, auf dem er seine Unternehmensposition benennt, die ihn unmittelbar mit der Siemens AG in Verbindung bringt. Die Äußerung weist keinen unmittelbaren Bezug zum Gesellschaftszweck auf. Allenfalls ließe sich ein mittelbarer Bezug über das Reputationsargument konstruieren. Dies überzeugt jedoch nicht, da es im Grenzfall gerade nicht genügt,

[125] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (669 ff.).
[126] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (670).
[127] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (670).
[128] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (671).
[129] Siehe bereits oben unter D.III.
[130] *Markworth*, ZGR 2025, 622 (670).
[131] Siehe bereits oben unter D.III.
[132] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (570).
[133] *Habersack*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 111 Rn. 121.
[134] *Habersack* (Fn. 133), § 111 Rn. 121.
[135] *Weller/Böbel/Müller*, ZGR 2025, 553 (571).
[136] *Habersack* (Fn. 133), § 111 Rn. 121.

solche Äußerungen mit dem pauschalen Verweis auf das *Corporate Reputation Management* zu rechtfertigen. Näher liegt die Einordnung in die Fallgruppe des Eigeninteresses oder des Gemeinwohlinteresses, da *Kaeser* keinen erkennbaren Bezug zum Gesellschaftszweck herstellt. Dieser Beitrag lässt sich nicht ohne weiteres der Geschäftsführungsbefugnis zuordnen. Ein Unterlassungsanspruch der Aktionäre käme jedoch nur in Betracht, wenn zusätzlich eine aktionärsschützende Norm verletzt wurde. Für diese Annahme spricht bei einem einzelnen Social Media Beitrag wenig.

Im Ergebnis bestehen keine weitreichenden Unterlassungsansprüche der Aktionäre gegen politische Äußerungen des Vorstands. Um den Aktionären dennoch die Möglichkeit zu geben, Einfluss auf die politischen Äußerungen zu nehmen, wurden weitere Möglichkeiten der Einflussnahme der Aktionäre diskutiert. Eine allseits zufriedenstellende Lösung kann keiner dieser Vorschläge bieten, ein Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats hinsichtlich bestimmter politischer Themen kommt jedoch einer handhabbaren und sinnvollen Lösung am nächsten.

Die Diskussion um die verbandsrechtliche Zulässigkeit politischer Äußerungen von Vorständen soll nicht zur Folge haben, dass diese zukünftig bei politischen Fragen schweigen. Zwar wäre es denkbar, dadurch das Risiko negativer Folgen abzusenken, jedoch würde das der gesellschaftlichen Entwicklung und Verantwortung großer Unternehmen nicht gerecht werden. In der heutigen Zeit gehört es zur Unternehmensführung, sich auch politisch äußern zu können, Vorstände werden und sollen darauf nicht verzichten (müssen). Dabei darf jedoch das aktienrechtliche Pflichten- und Kompetenzgefüge niemals aus dem Blick geraten.

Friederike Wollny[*]

Der Umgang mit dem Wolf – Entwicklungslinien seines Schutzes

Die Arbeit untersucht die Entwicklung des Wolfsschutzes im Mehrebenensystem des Völker-, Unions- und nationalen Rechts sowie die rechtlichen Folgen der Überführung des Wolfs in das Bundesjagdgesetz. Ausgangspunkt ist das bisherige strenge artenschutzrechtliche Verbotsregime der Berner Konvention, der FFH-Richtlinie und des Bundesnaturschutzgesetzes. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob die Herabstufung des Schutzstatus und die Neuregelung der §§ 22b ff. BJagdG den Übergang zu einem verwaltungsrechtlichen Bestandsmanagement ermöglichen. Die Untersuchung zeigt, dass die Neuregelungen den Handlungsspielraum zwar erweitern, unionsrechtliche Vorgaben – insbesondere die Sicherung des günstigen Erhaltungszustands – jedoch weiterhin enge Grenzen setzen. Abschließend wird ein Änderungsvorschlag zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung des Bundesjagdgesetzes entwickelt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 101
B. Der strenge Wolfsschutz als Ausgangspunkt des Schutzregimes 102
I. Völker- und unionsrechtliche Vorgaben 102
II. Die nationale Umsetzung in das deutsche Naturschutzrecht 103
C. Die Absenkung des Schutzstatus auf völker- und unionsrechtlicher Ebene als „öffnende" Entwicklungslinie 105
I. Die Änderung der Berner Konvention als Weichenstellung 105
II. Die Anpassung der FFH-Richtlinie 105
D. Der Wolf als eine dem Jagdrecht unterliegende Tierart – der nächste Schritt in Richtung Bestandsmanagement? 106
I. Der Schutzstatus im geltenden Recht 106
II. Das Verhältnis von Jagd- und Artenschutzrecht 107
III. Unionsrechtliche Grenzen eines bestandsbezogenen Wolfsmanagements 109
1. Der unionsrechtliche Regelungsrahmen 109
2. Der günstige Erhaltungszustand als materielle Grenze – §§ 22b Abs. 1, 22d Abs. 3 BJagdG 109
3. Die abgesenkte Eingriffsschwelle des § 22d Abs. 3 BJagdG 110
4. Die pauschalisierte Entnahmebefugnis des § 22d Abs. 3 S. 2, 3 BJagdG 110
5. Bewertung der Neuregelungen im Lichte des Unionsrechts 111
E. Änderungsvorschlag 111
F. Schlussbetrachtung 112

A. Einleitung

Mit Beschluss vom 5.3.2026 hat der Deutsche Bundestag die Überführung des Wolfes (*Canis lupus*) aus dem Regelungsregime des Bundesnaturschutzgesetzes in das Bundesjagdgesetz beschlossen.[1] Nach Zustimmung des Bundesrates[2] ist die Neuregelung mit ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt zum 2.4.2026 in Kraft getreten.[3] Die gesetzgeberische Entscheidung markiert einen bedeutsamen Einschnitt im rechtlichen Umgang mit dem Wolf, der

[*] *Friederike Wollny* studiert Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin. Die Studienabschlussarbeit ist im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Deutsches und Europäisches Umweltrecht" entstanden.

[1] Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 21/62, S. 7524.
[2] BR-Drucks. 117/26.
[3] BGBl. 2026 I Nr. 87.

bislang als streng geschützte Art dem unionsrechtlichen Artenschutzrecht unterfiel.[4]

Beinahe zeitgleich rückte ein Vorfall in Hamburg die praktische Relevanz dieser Entwicklung in den Fokus: Am Abend des 30.3.2026 verirrte sich ein Wolf in eine Einkaufspassage im Stadtteil Altona.[5] Dort soll eine Frau bei dem Versuch, den Wolf nach draußen zu führen, von ihm verletzt worden sein.[6] Der Wolf floh anschließend und wurde kurze Zeit später durch Einsatzkräfte eingefangen.[7] Das Tier wurde – mit einem Sender ausgestattet – wieder frei gelassen und soll überwacht werden, um frühzeitig eingreifen zu können, falls sich das Tier noch einmal Siedlungsgebieten nähern sollte.[8] Der Vorfall verdeutlicht exemplarisch die rechtlichen und tatsächlichen Herausforderungen, die sich im Umgang mit dem Wolf stellen.

Die Rückkehr des Wolfes nach Deutschland gilt gemeinhin als artenschutzrechtlicher Erfolg.[9] Nachdem die Art infolge einer exzessiven Bejagung in Deutschland weitgehend ausgerottet war,[10] führte insbesondere das unionsrechtliche Schutzregime[11] seit den 1990er Jahren zu einer stetigen Erholung der Population.[12]

Der jetzige Wandel wirft grundlegende rechtliche Fragen auf. Zu klären ist insbesondere, ob die Integration des Wolfes in das Bundesjagdgesetz tatsächlich zu einer Erweiterung staatlicher Eingriffsmöglichkeiten führt oder ob die unionsrechtlichen Vorgaben des Artenschutzes, insbesondere die Regelungen der RL 92/43/EWG des Rates v. 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie, im Folgenden FFH-RL), weiterhin enge Grenzen setzen.[13]

Die vorliegende Arbeit widmet sich den übergeordneten Fragen, inwieweit die gesetzliche Neuregelung des Wolfsschutzes vom 2.4.2026 den Übergang vom artenschutzrechtlichen Verbotsregime zu einem verwaltungsrechtlichen Bestandsmanagement markiert und, ob die neu in das BJagdG aufgenommen Regelungen der §§ 22b ff. BJagdG mit den unionsrechtlichen Vorschriften der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie vereinbar sind.

B. Der strenge Wolfsschutz als Ausgangspunkt des Schutzregimes

I. Völker- und unionsrechtliche Vorgaben

Die völker- und unionsrechtlichen Grundlagen des Artenschutzes bilden den Ausgangspunkt des nationalrechtlichen Schutzregimes des Wolfes und verankern den Biodiversitätsschutz als Teil des Umweltschutzes bereits auf Ebene des Primärrechts als Zielbestimmung (vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV, Art. 11 i.V.m. Art. 191 AEUV).[14]

Den übergeordneten Referenzrahmen stellt dabei das Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume[15] (sog. Berner Konvention, im Weiteren BK) vom 19.9.1979[16] dar. Dieses verfolgt gem. Art. 1 BK das Ziel, die wildlebende Flora und Fauna sowie ihre Lebensräume zu schützen. Sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch die Europäische Union (EU) sind Vertragsparteien,[17] die gem. Art. 2 und 3 Abs. 1 BK dazu verpflichtet sind, geeignete rechtliche und tatsächliche Maßnahmen zur Umsetzung der Schutzziele zu ergreifen und eine entsprechende unionale sowie nationale Schutzpolitik zu entwickeln.[18] Das Übereinkommen begründet damit ein verbindliches Schutzregime, das sich durch ein abgestuftes Anhangssystem[19] kennzeichnet und in diesem nach streng geschützten Pflanzen und Tieren sowie allgemein geschützten Tierarten differenziert.[20] Durch seine bisherige Verortung im Anh. II der Konvention[21] („*streng geschützte Arten*") kam dem Wolf stets ein besonders hohes Schutzniveau zu, das insbesondere Störungs-, Fang- und Tötungsverbote vorsieht (vgl. Art. 6 BK), und nur unter engen Voraussetzungen Ausnahmen zulässt (vgl. Art. 9 Abs. 1 BK). Das Übereinkommen entfaltet dabei als völkerrechtlicher Vertrag i.S.d. Art. 216 Abs. 2 AEUV nicht bloß Bindungswirkung, sondern dient durch seinen Vorrang vor innerstaatlichem

[4] *Reinhardt/Kluth,* Leben mit Wölfen, BfN-Schriften 201, 2007, S. 22.
[5] *Schaper*, Wolfsbiss oder nicht? Was über den Fall aus Hamburg bekannt ist, NDR v. 6.4.2026, https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/wolfsbiss-oder-nicht-was-ueber-fall-aus-hamburg-bekannt-ist,wolf-582.html, zuletzt abgerufen am 25.9.2026.
[6] *Schaper* (Fn. 5).
[7] WELT, Wolf nach Attacke in Hamburg wieder frei, WELT v. 6.4.2026, https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/afxline/topthemen/article69d3974685a7e040c873493e/wolf-nach-attacke-in-hamburg-wieder-frei.html, zuletzt abgerufen am 20.10.2026.
[8] NDR, Nach mutmaßlichem Biss: Wolf im Süden von Hamburg ausgesetzt, NDR v. 8.4.2026, https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/nach-mutmasslichem-biss-wolf-im-sueden-von-hamburg-ausgesetzt,wolf-580.html, zuletzt abgerufen am 25.9.2026.
[9] BT-Drucks. 21/3546, S. 1; *Schulze Hülshorst*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesjagdgesetzes und zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BAGJE v. 16.2.2026, S. 1, https://www.lobbyregister.bundestag.de/media/23/6e/698363/Stellungnahme-Gutachten-SG2602240021.pdf, zuletzt abgerufen am 1.5.2026.
[10] *Hehl,* Biologie in unserer Zeit (BiuZ) 54 (2024), 61 (63).
[11] *Wolf,* Natur und Recht (NuR) 2014, 463.
[12] Redaktion beck-aktuell, Weniger Schutz für Wölfe – Bundesjagdgesetz wird geändert, beck-aktuell v. 10.11.2025, https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/wolf-entnahme-abschuss-bundesjagdgesetz-jagdrecht, zuletzt abgerufen am 26.3.2026.
[13] *Mittag/Mittag,* NuR 2025, 581 (582).
[14] *Appel/Ertelt/Pfeuffer,* NuR 2025, 289 (293).
[15] Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume v. 19.9.1979, Europarat, Sammlung Europäischer Verträge Nr. 104 (amtliche dt. Übersetzung).
[16] *Möckel,* NuR 2024, 249.
[17] *Weinrich,* ZUR 2025, 539.
[18] *Schumacher,* Archiv des Völkerrechts (AVR) 54 (2016), 543 (547).
[19] *Mittag/Mittag,* NuR 2024, 816 (817).
[20] *Schumacher,* AVR 54 (2016), 543 (544).
[21] *Hehl,* BiuZ 54 (2024), 61 (65).

Recht[22] zugleich als Auslegungsmaßstab für die Legislative und die Exekutive.[23]

Als Konkretisierungsakt des Unionsgesetzgebers[24] verabschiedeten die Mitgliedstaaten der EU im Jahr 1992 einstimmig die FFH-RL, die inzwischen als eines der stärksten rechtlichen Instrumente des Artenschutzes gilt[25] und zugleich durch die Sicherung des sog. „*günstigen Erhaltungszustands*" dem Vorsorgeprinzip gem. Art. 191 Abs. 2 AEUV Sorge trägt.[26] Die FFH-RL hat in Übereinstimmung mit der BK auch das Anhangssystem zur Differenzierung des Schutzkonzepts übernommen.[27] Streng zu schützende Arten werden demnach in Anh. IV und einfach geschützte Arten in Anh. V der RL eingeordnet. Im hier maßgeblichen Ausgangspunkt gehörte der Wolf dem Anh. IV an[28] und genoss damit den strengen Schutz, der sich durch das Zusammenspiel der Art. 12, 16 FFH-RL ergab. Art. 12 FFH-RL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten umfassende Maßnahmen in Form von Zugriffsverboten umsetzen, um den Schutz der in Anh. IV verorteten Arten zu gewährleisten. Art. 16 FFH-RL regelt daneben die Voraussetzungen einer Entnahme und sieht insbesondere das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, eine Alternativenprüfung sowie die Erhaltung des günstigen Erhaltungszustands vor (vgl. Abs. 1). Ein Grund, welcher eine Entnahme rechtfertigt, kann in diesem Zusammenhang bspw. die „*Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung […]*" oder das „*Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses […]*" sein. Liegt ein solcher vor, ist zudem eine Alternativenprüfung vorzunehmen und die Erhaltung des günstigen Erhaltungszustands zu gewährleisten, da eine Ausnahme nach Art. 16 FFH-RL aufgrund der restriktiven Auslegung nach der Rechtsprechung des EuGH nur bei kumulativem Vorliegen der drei Voraussetzungen möglich ist.[29] Der Erhaltungszustand wird dabei gem. Art. 1 lit. i FFH-RL als „günstig" betrachtet, „wenn (1) aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, und (2) das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und (3) ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern". Er stellt damit nicht lediglich eine Zustandsbeschreibung dar, sondern fungiert als normative Leitgröße des unionsrechtlichen Artenschutzregimes (vgl. Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 lit. i FFH-RL). Sämtliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind gem. Art. 2 Abs. 2 FFH-RL darauf auszurichten, diesen Zustand zu bewahren oder – sofern er noch nicht erreicht ist – wiederherzustellen. Der günstige Erhaltungszustand übernimmt damit eine doppelte Steuerungsfunktion innerhalb der Richtlinie: Einerseits begrenzt er staatliche Eingriffe mittelbar durch erhöhte Anforderungen, wie im Fall des Art. 16 FFH-RL; andererseits begründet er eine positive Handlungspflicht der Mitgliedstaaten zur aktiven Bestandsentwicklung (vgl. Art. 12 Abs. 4 FFH-RL).

Ergänzend zur BK besteht auf völkerrechtlicher Ebene das Washingtoner Artenschutz-Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (CITES) als weiteres Schutzinstrument, das den internationalen Handel gefährdeter Arten regelt. Dieses wird auf Unionsebene durch die Verordnung (EG) Nr. 338/97 (im Weiteren EU-Artenschutz-VO) über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels umgesetzt. Im Anhangssystem dieses Regelwerks ist der Wolf in Anh. A als „*streng geschützt[e]*" Art verortet, womit der internationale Handel mit lebenden Wölfen sowie mit Teilen und Erzeugnissen von Wölfen besonderen Beschränkungen und Kontrollen unterliegt. Die Verordnung ergänzt damit das populationsbezogene Schutzsystem der BK und der FFH-RL.

Durch die Vielfalt an internationalen Übereinkommen und Umsetzungsakten auf Unionsebene ergibt sich ein sehr verzweigtes Schutzgeflecht, in dem die BK als Ausgangspunkt des Verbotsregimes zum Wolfsschutz fungiert,[30] die FFH-RL dessen unionsrechtlichen Konkretisierungsakt darstellt[31] und weitere Abkommen, wie CITES, spezifische Teilbereiche erfassen.

Diese Vorgaben bilden den verbindlichen Rahmen, innerhalb dessen der deutsche Gesetzgeber den Wolfsschutz auszugestalten hat.

II. Die nationale Umsetzung in das deutsche Naturschutzrecht

Für Deutschland ergibt sich als Vertragspartei der BK sowohl eine Bindungswirkung auf völkerrechtlicher Ebene[32] als auch auf unionsrechtlicher Ebene durch die FFH-RL,[33] die die völkerrechtlichen Verpflichtungen konkretisiert und maßgeblich für die innerstaatliche Ausgestaltung des Rechts ist (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV). Die innerstaatliche Ausgestaltung verpflichtet dabei nicht nur zur Schaffung eines hinreichend dichten Regelungsrahmens, sondern

[22] *Herrmann/Niestedt*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 27. EL 2026, Kap. 10 Rn. 4
[23] EuGH, Urt. v. 3.6.2008, Intertanko, C-308/06; EU:C:2008:312, Rn. 42.
[24] *Weinrich*, ZUR 2025, 539 (540).
[25] *Schumacher/Schumacher*, NuR 2022, 298 (304).
[26] *Borwieck*, ZUR 2020, 50 (52).
[27] *Weinrich*, ZUR 2025, 539 (541).
[28] *Mittag/Gerhold,* ZUR 2023, 536.
[29] *Obwexer*, Nachhaltigkeitsrecht (NR) 2025, 33 (37).
[30] *Roth-Weiß,* NVwZ 2025, 744.
[31] *Wolf,* NuR 2014, 463 (465).
[32] *Hendrischke,* in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 4. Aufl. 2024, § 2 Rn. 56.
[33] *Hendrischke* (Fn. 32), § 2 Rn. 54.

gerade zur effektiven Durchsetzung durch geeignete administrative Maßnahmen.[34]

Auf verfassungsrechtlicher Ebene findet sich das Staatsziel des Umweltschutzes gem. Art. 20a GG, das den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen als verbindliche Leitentscheidung normiert[35] und insbesondere den Gesetzgeber[36] dazu anhält, auf eine stärkere Berücksichtigung des Umweltschutzes hinzuarbeiten.[37] Die Umsetzung der FFH-RL erfolgt im deutschen Naturschutzrecht maßgeblich durch das fünfte Kapitel des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG).[38] Letzteres fungiert somit als zentrales Regelwerk des nationalen Wolfsschutzes, nimmt jedoch zur Bestimmung der Schutzkategorien auch auf andere Rechtsakte Bezug.[39] So definieren § 7 Abs. 2 Nr. 13, 14 BNatSchG die Begriffe der „*besonders*" und „*streng*" geschützten Arten, u.a. durch Verweis auf die Anhänge der FFH-RL sowie auf die EU-Artenschutz-VO. Die Verweise verdeutlichen das Zusammenspiel der unterschiedlichen Schutzregime: Während die FFH-RL den populationsbezogenen Schutz regelt (vgl. Art. 2 Abs. 2 FFH-RL), zielt die EU-Artenschutz-VO primär auf die Kontrolle des internationalen Handels mit gefährdeten Arten ab.[40] Das BNatSchG verknüpft an dieser Stelle beide Regelungsstränge und statuiert damit ein umfassendes Schutzsystem.

Gleichwohl bleibt für die artenschutzrechtlichen Zugriffverbote, die für den Wolfsschutz von übergeordneter Relevanz sind, maßgeblich, dass diese an den populationsbezogenen Schutz der FFH-RL anknüpfen. Vor diesem Hintergrund war der Wolf im hier maßgeblichen Ausgangszustand durch seine Verortung in Anh. A EU-Artenschutz-VO als „*besonders geschützte Art*" gem. § 7 Abs. 2 Nr. 13 lit. a BNatSchG gelistet, wodurch für ihn strengere Schutzvorschriften galten, als für die Arten, die dem allgemeinen Artenschutz unterliegen.[41] Darüber hinaus kam ihm durch seine zusätzliche Verortung in Anh. IV FFH-RL auch die Geltung als „*streng geschützte Art*" gem. § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. a und b BNatSchG zu, welcher einen noch umfassenderen Schutz durch Störungsverbote und strengere Sanktionsbestimmungen bei Verletzung der Schutznormen ermöglichte.[42] Sowohl für die „*besonders geschützte[n]*" als auch die „*streng geschützte[n]*" Arten i.S.d. § 7 BNatSchG, stellt der § 44 BNatSchG die Schlüsselvorschrift hinsichtlich der Verbotstatbestände dar.[43] Dieser verfolgt einen streng individuenbezogenen Ansatz[44] und etabliert insbesondere Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote.[45] Im darauffolgenden § 45 BNatSchG werden Ausnahmen geregelt,[46] wobei hier vor allem dem Abs. 7 eine bedeutsame Rolle zukommt, da dieser Ausnahmen für die Verbote des § 44 BNatSchG regelt und normiert, dass die zuständige Behörde auch Ausnahmen für Tötungs-, oder Verletzungsverbote zulassen kann. Bis zu diesem Zeitpunkt war es nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG jedoch notwendig, zur Zulassung einer Ausnahme, die berechtigenden eingetretenen oder drohenden Schäden einem konkreten Tier zuzuordnen, um von der Geeignetheit der Maßnahme zur Schadensabwehr ausgehen zu können.[47]

Diese Ausgestaltung der Ausnahmevorschrift wurde bereits 2018 – erstmalig durch Brandenburg[48] – auf Landesebene relativiert. Unter Rückgriff auf die Klausel des § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG, die die Landesregierungen dazu ermächtigt (*„können"*), Ausnahmen durch Rechtsverordnung zu erlassen, wurden in einzelnen Bundesländern Regelungs- und Verwaltungskonzepte entwickelt, die auf eine bestandsbezogene Steuerung des Umgangs mit dem Wolf abzielten.[49] Die Verordnungen mussten jedoch stets die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG wahren.[50]

Als Modifikation[51] des § 45 Abs. 7 BNatSchG wurde mit Gesetz vom 4.3.2020 bereits der § 45a BNatSchG eingefügt.[52] Dieser sollte die Entnahme einzelner Mitglieder eines Rudels bei räumlich und zeitlich zusammenhängenden Rissereignissen auch ohne Identifizierung des konkret schadensverursachenden Tiers bis zum Ausbleiben weiterer Schäden ermöglichen.[53] Eine grundlegende Absenkung des Schutzniveaus war mit dieser Neuerung nicht verbunden.

Insbesondere ergab sich aus § 45a Abs. 2 S. 4 BNatSchG ausdrücklich, dass die für die Entnahmeentscheidung zuständige Behörde weiterhin an die Prüfung der Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG gebunden blieb.[54] Danach waren vor allem das Fehlen zumutbarer Alternativen, bspw. in Gestalt von Herdenschutzmaßnahmen,[55] sowie die Wahrung eines günstigen Erhaltungszustands der Population sicherzustellen (vgl. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG). Insgesamt zeigt diese Betrachtung, dass der Wolf im Ausgangszustand Teil eines strengen Verbotsregimes war, welches Eingriffe, insbesondere Entnahmen, grundsätzlich unter Verbot stellte und diese nur im Rahmen eng begrenzter,

[34] *Obwexer,* NR 2025, 33 (36).
[35] *Bauer*, in: FS Sommermann, 2026, S. 383 (385).
[36] *Beckmann*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 6. Aufl. 2025, Rn. 7731.
[37] *Beckmann* (Fn. 36), Rn. 7731.
[38] *Weinrich*, ZUR 2025, 539 (540); *Appel/Ertelt/Pfeuffer*, NuR 2025, 289 (298).
[39] *Hendrischke* (Fn. 32) § 7 Rn. 26.
[40] VO (EG) Nr. 338/97, ABl. 1997 L 61, S. 1, Erwägungsgrund 1.
[41] *Müller-Walter*, in: Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, BNatSchG § 7 Rn. 33.
[42] *Müller-Walter* (Fn. 41), § 7 Rn. 34.
[43] *Kahl/Gärditz,* Umweltrecht, 14. Aufl. 2025, § 10 Rn. 177.
[44] *Köck*, NuR 2018, 812 (813).
[45] *Kahl/Gärditz* (Fn. 43), § 10 Rn. 178.
[46] *Kahl/Gärditz* (Fn. 43) § 10 Rn. 177.
[47] *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 4. Aufl. 2024, § 45a Rn. 5.
[48] BbgWolfV v. 26.1.2018, GVBl. Bbg II 2018, Nr. 8.
[49] *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 1, 108. EL 2025, BNatSchG § 45 Rn. 38.
[50] *Gellermann* (Fn. 49), § 45 Rn. 38.
[51] *Kahl/Gärditz* (Fn. 43) § 10 Rn. 191.
[52] BGBl. 2020 I 440.
[53] *Brenner,* NuR 2024,1 (3).
[54] *Gläß/Brade,* NuR 2021, 21 (25).
[55] *Gläß/Brade,* NuR 2021, 21 (22).

einzelfallbezogener Ausnahmeentscheidungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zuließ.

C. Die Absenkung des Schutzstatus auf völker- und unionsrechtlicher Ebene als „öffnende" Entwicklungslinie

I. Die Änderung der Berner Konvention als Weichenstellung

„Insbesondere aufgrund der durch den Wolf verursachten Nutztierschäden"[56] machte die Europäische Kommission bei einer Tagung des Ständigen Ausschusses der BK im Sept. 2023 den Vorschlag, den Schutzstatus des Wolfes innerhalb des Übereinkommens von Anh. II („*streng geschützt*") in Anh. III („*geschützt*") zu verschieben.[57] Eine solche Verschiebung bedeutet konkret, dass für die infragestehende Art nicht mehr die Störungsverbote des Art. 6 BK gelten, sondern das Schutzregime des Art. 7 BK, der die Nutzung gem. Abs. 2 grds. – unter Beachtung der Voraussetzungen des Art. 2 BK – erlaubt. Am 3.12.2024 folgte die Zustimmung des Ständigen Ausschusses.[58] Die Änderung des Regimes als erster Schritt in eine weniger schutzorientierte Richtung stellt eine Zäsur dar. Als die völkerrechtliche Ebene[59] und damit als treibende Kraft des Wolfsschutzes[60] hat sie die Lockerung des Schutzregimes auf unionaler und nationaler Ebene erst ermöglicht.[61] Die Änderung zur Herabsenkung auf völkerrechtlicher Ebene ist zum 7.3.2025 in Kraft getreten.[62] Diese Zäsur darf jedoch keineswegs als totale Öffnung der wolfsschutzleitenden Linien verstanden werden. Vielmehr heißt es im Meeting Report des Ständigen Ausschusses vom 23.12.2024 noch: „*The Committee reminded the Contracting Parties that despite the change in the wolf's protection status, the rules of the Bern Convention still apply and need to be observed, notably Art. 1 (1)*, *Art. 2*, *Art. 7 and Art. 9*".[63] Es darf also auch weiterhin nicht gegen die Kernpflichten der Konvention verstoßen werden, die die Vertragsparteien dazu verpflichten den Erhalt der wildlebenden Pflanzen und Tiere zu fördern (Art. 1 Abs. 1 BK), die erforderlichen Maßnahmen zum Populationserhalt umzusetzen (Art. 2 BK) und den Schutz der in Anh. III aufgeführten Arten sicherzustellen (Art. 7 BK). Darüber hinaus regelt Art. 9 Abs. 1 BK umfassend die Voraussetzungen einer Entnahme unter dem Vorbehalt, dass der Zweck nicht durch eine alternative zufriedenstellende Lösung erreicht werden kann und die Entnahme der betreffenden Population nicht schadet.

Gleichwohl offenbart die Gegenüberstellung von Art. 6 BK und Art. 7 BK eine qualitative Verschiebung des Schutzregimes: Während Art. 6 BK ein grundsätzliches, individuenbezogenes Verbotsregime mit eng begrenzten Entnahmevorbehalten etabliert, operiert Art. 7 BK von vornherein mit einem Nutzungsregime unter Regulierungsvorbehalt. Die Nutzung ist somit nicht mehr die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, sondern wird – vorbehaltlich populationserhaltender Maßnahmen, wie dem Fortbestand des günstigen Erhaltungszustands[64] – zum regelungsfähigen Ausgangspunkt. Diese strukturelle Umkehr führt dazu, dass Eingriffe nicht mehr primär als zu rechtfertigende Durchbrechung eines absoluten Schutzes erscheinen, sondern als steuerbare Bestandteile eines Managementkonzepts. Damit markiert die Herabstufung trotz der weiter bestehenden Kernpflichten[65] einen systematischen Einschnitt: Der Wolfsschutz löst sich erstmals von einem strikten Verbotsansatz und bewegt sich hin zu einem flexibilisierten, populationsbezogenen Steuerungsmodell. Die Verschiebung stellt den Beginn der Abkehr vom absoluten Schutzgedanken dar.

II. Die Anpassung der FFH-Richtlinie

Auch auf unionsrechtlicher Ebene eröffnet die Herabsenkung des Wolfsschutzes in der BK einen neuen Gestaltungsspielraum.[66] Am 7.3.2025, dem Tag des Inkrafttretens der Anpassung der BK, schlug auch die Europäische Kommission eine Änderung der Anhänge der FFH-RL vor.[67] Diese ist nach Zustimmung des EU-Parlaments mit Wirkung zum 14.7.2025 in Kraft getreten,[68] sodass der Wolf durch die RL (EU) 2025/1237 von Anh. IV („*streng zu schützende Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse*") in den Anh. V („*Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse, deren Entnahme aus der Natur und Nutzung Gegenstand von Verwaltungsmaßnahmen sein können*") der Richtlinie herabgestuft und damit die Änderung der BK nachvollzogen wurde.[69] Seitdem unterliegt der Wolf dem schwächeren Schutzregime der

[56] Europäische Kommission, Fragen und Antworten zur Änderung des Schutzstatus des Wolfs im Rahmen der Berner Konvention, 20.12.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/qanda_23_6753/QANDA_23_6753_DE.pdf, zuletzt abgerufen am 20.10.2026.
[57] Europäische Kommission, EU-Vorschlag, den im Rahmen des Übereinkommens von Bern festgelegten Schutzstatus des Wolfs anzupassen, um mehr Flexibilität bei der Bewirtschaftung der Wolfspopulationen zu ermöglichen, Pressemitteilung v. 3.12.2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_6202, zuletzt abgerufen am 7.4.2026.
[58] *Kolnberger,* forum (441) 2025, 31.
[59] Standing Committee of the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, Meeting Report of the 44th Meeting, T-PVS(2024) 21, S. 7, https://www.coe.int/en/web/bern-convention/-/44th-standing-committee, zuletzt abgerufen am 26.3.2026.
[60] *Roth-Weiß*, NVwZ 2025, 744 (745).
[61] *Roth-Weiß*, NVwZ 2025, 744 (748).
[62] COM(2025) 106 final.
[63] Standing Committee (Fn. 59), S. 7.
[64] Europäische Kommission (Fn. 56).
[65] Standing Committee (Fn. 59), S. 7.
[66] *Ratschow/Nebelsieck*, NuR 2025, 606 (610).
[67] Europäische Kommission, Kommission schlägt Angleichung des Schutzstatus in den EU-Rechtsvorschriften an die Berner Übereinkunft vor, Pressemitteilung v. 7.3.2025, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_25_711, zuletzt abgerufen am 23.4.2026.
[68] RL (EU) 2025/1237 v. 17.6.2025, ABl. L, 2025/1237, Art. 3.
[69] *Weinrich*, ZUR 2025, 539 (541).

Art. 14, 16 FFH-RL[70] statt dem der vorherigen Art. 12. 16 FFH-RL.[71]

Art. 12 Abs. 1 FFH-RL begründet für Anh. IV-Arten ein umfassendes System strenger Schutzvorschriften in Gestalt von Zugriffs- und Störungsverboten (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a und b FFH-RL), die nach Abs. 3 für sämtliche Lebensstadien gelten und nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 16 FFH-RL durchbrochen werden können. So ist es gem. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL zur Ausnahmeerteilung erforderlich, dass keine zufriedenstellende Alternative zur Erfüllung des Zwecks besteht und die Tierart in einem günstigen Erhaltungszustand verbleiben kann. Demgegenüber ist Art. 14 FFH-RL, als zentrale Vorschrift für die Anh. V-Arten, strukturell anders angelegt: Die Norm verpflichtet die Mitgliedstaaten nämlich dazu, nur „*sofern sie es für erforderlich halten*“, Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass mögliche Entnahmen und Nutzungen mit der Aufrechterhaltung eines günstigen Erhaltungszustands vereinbar sind.[72] Den Mitgliedstaaten kommt damit ein Gestaltungsspielraum zu, den Art. 12 FFH-RL gerade nicht vorsieht. Diese Erweiterung der Handlungsspielräume wird jedoch durch die unionsrechtlichen Zielvorgaben begrenzt: Nach der ASCEL-Rechtsprechung des EuGH[73] ist der den Mitgliedstaaten eröffnete Gestaltungsspielraum nicht schrankenlos, sondern wird durch die aus Art. 2 Abs. 2 FFH-RL resultierende Verpflichtung zur Ausrichtung ergriffener Maßnahmen auf die Wahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands, determiniert.[74] Auch im Rahmen des Art. 16 FFH-RL, der für den Art. 14 FFH-RL weiterhin angewendet wird, bleibt das kumulative Vorliegen der drei Voraussetzungen für eine Ausnahme verpflichtend[75]: (1) Ein die Ausnahme rechtfertigender Grund, (2) eine Alternativenprüfung, (3) die Wahrung des günstigen Erhaltungszustands. Damit fungiert der günstige Erhaltungszustand als verbindliche materielle Grenze des Wolfsschutzes.[76] Im Ergebnis bewirkt die Herabstufung auf Unionsebene eine systematische Verschiebung der Schutzkonzeption: An die Stelle eines strikt individuenbezogenen Verbotsregimes des Art. 12 FFH-RL tritt mit Art. 14 FFH-RL ein populationsbezogenes Nutzungsregime, das den Mitgliedstaaten zwar einen erweiterten Gestaltungsspielraum zukommen lässt, dessen Wahrnehmung jedoch weiterhin dem günstigen Erhaltungszustand unterordnet.[77] Die Nutzung wird damit nicht schlichtweg freigegeben, sondern schrittweise in ein unionsrechtlich determiniertes Steuerungssystem überführt.

Die Anpassung begründet außerdem wiederum einen Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit die Aufnahme des Wolfes in das BJagdG als weiterer Schritt in Richtung eines Bestandsmanagements verstanden werden kann.

D. Der Wolf als eine dem Jagdrecht unterliegende Tierart – der nächste Schritt in Richtung Bestandsmanagement?

I. Der Schutzstatus im geltenden Recht

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Bundesjagdgesetzes (BJagdG) und zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes durch Verkündung im Bundesgesetzblatt zum 2.4.2026[78] stellt sich die Frage, welchem Schutzstatus der Wolf nach geltendem Recht nunmehr zuzuordnen ist. Ausgangspunkt dafür ist weiterhin die Einordnung des Wolfes im System des BNatSchG. Ob der Wolf dort als „*streng geschützt*“ oder als „*besonders geschützt*“ gilt, ist von den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 13, 14 BNatSchG abhängig. Zur Geltung als „*streng geschützt[e]*“ Art setzt die Norm voraus, dass die Spezies entweder gem. lit. a in Anh. A der EU-Artenschutz-VO oder alternativ gem. lit. b im Anh. IV der FFH-RL verortet ist.

Der Wolf wird seit seiner Herabstufung auf unionsrechtlicher Ebene nicht mehr im Anh. IV der FFH-RL, sondern in Anh. V genannt.[79] Er verbleibt jedoch weiterhin in Anh. A der EU-Artenschutz-VO.[80] Da § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. a BNatSchG ausdrücklich auch auf Anh. A der EU-Artenschutz-VO abstellt,[81] erfüllt der Wolf ungeachtet seiner unionsrechtlichen Herabstufung weiterhin die Voraussetzungen einer „*streng geschützte[n] Art*“ im Sinne des nationalen Rechts. Auch entspricht er damit den Anforderungen einer „*besonders geschützte[n] Art*“ i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 13 lit. a BNatSchG.[82] Da für beide Fälle die strengeren Vorschriften des besonderen Artenschutzes nach §§ 44 ff. BNatSchG gelten,[83] besteht für den Wolf grds. auch weiterhin ein strenges Schutzregime,[84] wobei das Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG fort gilt und Eingriffe nur unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG zulässig sind.[85]

Zwar fällt der Wolf aufgrund seiner Listung in Anh. V der FFH-RL grds. auch in den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 2 BNatSchG, der ebenfalls ein Entnahmeverbot normiert und Ausnahmen nur unter den Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG oder des Art. 14 FFH-RL zulässt,

[70] *Ratschow/Nebelsieck,* NuR 2025, 606.
[71] COM(2025) 106 final.
[72] EuGH, Urt. v. 29.7.2024, ASCEL, C-436/22; *EU:C:2024:656*, Rn. 53.
[73] EuGH, Urt. v. 29.7.2024, ASCEL, C-436/22; EU:C:2024:656.
[74] EuGH, Urt. v. 29.7.2024, ASCEL, C-436/22; *EU:C:2024:656*, Rn. 55 f.
[75] *Obwexer,* NR 2025, 33 (37).
[76] *Gerhold/Mittag,* ZRP 2026, 58 (59).
[77] *Gerhold/Mittag,* ZRP 2026, 58 (59).
[78] BGBl. 2026 I Nr. 87.
[79] *Weinrich,* ZUR 2025, 539 (541).
[80] VO (EU) 2023/966, ABl. 2023 L 133, S. 1.
[81] *Kahl/Gärditz* (Fn. 43), § 10 Rn. 191.
[82] BR-Drucks. 765/1/25, S. 27.
[83] *Weinrich*, ZUR 2025, 539 (546).
[84] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (59).
[85] BR-Drucks. 765/1/25, S. 20.

doch die Regelungen des allgemeinen Artenschutzrechts treten hier hinter die spezielleren Regelungen des besonderen Artenschutzrechts zurück (vgl. § 39 Abs. 7 BNatSchG). § 39 Abs. 2 BNatSchG behält insoweit lediglich subsidiäre Bedeutung und wird gem. § 39 Abs. 7 BNatSchG durch die spezielleren Verbotsnormen der §§ 44 ff. BNatSchG verdrängt. Damit bleibt es sinngemäß auch nach der Gesetzesnovelle dabei, dass die Entnahme eines Wolfes grds. unzulässig ist und lediglich im Wege einer behördlichen Ausnahmegenehmigung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zugelassen werden kann.

Neben dieser fortbestehenden Einbindung in das Naturschutzrecht wurde der Wolf – wie bereits im Koalitionsvertrag 2025 als Ziel verankert[86] – durch die Gesetzesänderung vom 2.4.2026 offiziell in den Katalog des § 2 Abs. 1 BJagdG aufgenommen[87] und ist damit nun eine dem Jagdrecht unterliegende Tierart. Begründet wird die Aufnahme des Wolfes in das Jagdrecht mit den von Wölfen ausgehenden Gefahren hinsichtlich der Fälle, in denen präventiver Herdenschutz ausscheidet.[88] Welche rechtliche Tragweite diese Einordnung entfaltet, ist im Folgenden zu untersuchen.

Zunächst ist festzustellen, dass die bloße Aufnahme in das Jagdrecht lediglich die Anwendbarkeit jagdrechtlicher Vorschriften begründet; eine automatische Ermächtigungsgrundlage zur Entnahme liegt dadurch nicht vor.[89] Mit den neu eingeführten §§ 22b ff. BJagdG hat der Gesetzgeber speziellere Regelungen für den Umgang mit dem Wolf im Jagdrecht geschaffen. Diese Vorschriften normieren insbesondere Regelungen zur behördlichen Steuerung des Wolfsbestandes und statuieren damit ein auf die Tierart Wolf zugeschnittenes Regelungssystem innerhalb des Jagdrechts.[90] Eine inhaltliche Bewertung dieser Vorschriften erfolgt an späterer Stelle.

Im Zuge der Gesetzesnovelle ist auch die bisherige Vorschrift des § 45a BNatSchG entfallen, der Sonderregelungen über den Umgang mit dem Wolf beinhaltete.[91]

Begründet wird diese Streichung vom Gesetzgeber mit der Überführung der wesentlichen Regelungsinhalte in das Jagdrecht,[92] um eine Entlastung der unteren Naturschutzbehörden zu erreichen und gleichzeitig den für Jagd zuständigen Behörden neue Aufgaben zuzuteilen.[93] Zu beachten ist außerdem, dass auch die Einführung eines § 39a BNatSchG diskutiert wurde, der den Wolf abweichend vom besonderen lediglich dem allgemeinen Artenschutzrecht unterstellen sollte.[94]

Daraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber von einer umfassenden Absenkung des Schutzstatus abgesehen hat, um das bestehende Schutzsystem des besonderen Artenschutzrechts grds. beizubehalten, eine Regelungsverlagerung jedoch gewünscht war. Der Wolf verbleibt somit – entgegen dem Wunsch einiger politischer Stimmen[95] – weiterhin im Anwendungsbereich des besonderen Artenschutzrechts und unterliegt insbesondere den Zugriffsverboten des § 44 BNatSchG.[96] Gleichzeitig wird durch seine Aufnahme in das BJagdG ein zusätzliches jagdrechtliches Regelungssystem etabliert, das insbesondere durch die §§ 22b ff. BJagdG ausgestaltet ist.[97] Damit fällt der Wolf aktuell unter zwei Regelungsregime: zum einen dem fortgeltenden artenschutzrechtlichen Schutz, zum anderen jagdrechtlichen Vorschriften, wodurch sich ein komplexes Doppelregime entfaltet.[98]

II. Das Verhältnis von Jagd- und Artenschutzrecht

Mit der Aufnahme des Wolfes in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 BJagdG sowie der Einführung der §§ 22b ff. BJagdG und der gleichzeitigen Fortgeltung seines strengen Schutzstatus nach dem besonderen Artenschutzrecht der §§ 44 ff. BNatSchG entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Eingriffssystemen.

Während das Artenschutzrecht mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ein grundsätzliches Tötungsverbot statuiert,[99] das lediglich einzelfallbezogene Ausnahmen unter den engen Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG vorsieht, etablieren die §§ 22b ff. BJagdG ein planungs- und populationsbezogenes Bestandsmanagement.

Es stellt sich daher die Frage, ob es zulässig sein kann, dass eine „*streng geschützt[e] Art*“ i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. a BNatSchG dennoch bejagt werden darf bzw. soll.[100] Bedeutet die Aufnahme des Wolfes in den Katalog des § 2 Abs. 1 BJagdG, dass seine Entnahme künftig nach den §§ 22b ff. BJagdG beurteilt wird oder unterliegt diese weiterhin den Voraussetzungen der §§ 44 Abs. 1, 45 Abs. 7 BNatSchG?

Beide Gesetze enthalten eigenständige Vorgaben für den Umgang mit der Tierart Wolf und können im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Der § 37 Abs. 2 S. 1 BNatSchG bestimmt, dass die Vorschriften des Jagdrechts von den Regelungen des besonderen Artenschutzrechts „*unberührt*“ bleiben. Die Norm bringt damit zum Ausdruck, dass die beiden

[86] CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag 2025: Verantwortung für Deutschland, 21. Legislaturperiode, Z. 1283 f.
[87] BGBl. 2026 I Nr. 87.
[88] *Gerhold/Mittag,* ZRP 2026, 58.
[89] *Köck,* ZUR 2015, 589 (594).
[90] BT-Drucks. 21/3546, S. 13.
[91] BT-Drucks. 21/3546, S. 1; BT-Drucks. 21/4090, S. 5.
[92] BT-Drucks. 21/3546, S. 38.
[93] BT-Drucks. 21/3546, S. 3.
[94] BR-Drucks. 765/1/25, S. 20; BT-Drucks. 21/4090, S. 9.
[95] BR-Drucks. 765/1/25, S. 20 ff.
[96] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (59).
[97] BT-Drucks. 21/3546, S. 13.
[98] *Wolf*, ZUR 2012, 331 (332).
[99] BR-Drucks. 765/1/25, S. 20.
[100] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (59); *Heider*, in: Schuck, BJagdG, 4. Aufl. 2025, Einl. Rn. 44.

Regelungsbereiche grds. nebeneinander Anwendung finden, ohne deren Verhältnis abschließend festzulegen.[101]

Vor diesem Hintergrund entspricht es mittlerweile weit überwiegender Auffassung, dass den Vorschriften kein genereller Vorrang vor dem Artenschutzrecht zukommt, vielmehr sind Konfliktfälle im Anwendungsbereich des § 37 Abs. 2 BNatSchG anhand der allgemeinen Auslegungsregeln zu lösen, wobei der *lex-specialis-Regelung* hier besondere Bedeutung zukommt.[102] Dafür spricht auch schon der Wortlaut des § 37 Abs. 2 S. 2 BNatSchG, der bestimmt, dass bei Fehlen „*besondere[r] Bestimmungen zum Schutz und zur Pflege der betreffenden Arten*" die Vorschriften dieses Kapitels und die zugehörigen Vorschriften anzuwenden sind. Entscheidend ist damit, welche der miteinander kollidierenden Normen sich mit Blick auf ihren Regelungsbereich und ihren Schutzzweck als die speziellere Bestimmung i.S.d. § 37 Abs. 2 S. 2 BNatSchG erweist.[103]

Gleichwohl wird vereinzelt vertreten, dass sich aus der Einordnung einer Art als bejagbar i.S.d. § 2 Abs. 1 BJagdG ein Vorrang des Jagdrechts ergebe.[104] Danach richte sich die Bejagungsbefugnis bei Tierarten, die dem Jagdrecht unterliegen, primär nach jagdrechtlichen Vorschriften.[105] Diese Sichtweise stützt sich insbesondere auf die Erwägung, dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme in § 2 Abs. 1 BJagdG eine bewusste Regelungsentscheidung getroffen habe, um dem Tier den „*besonderen Schutz des Jagdrechts zukommen [zu lassen]*".[106] Daraus wird gefolgert, dass sich die Bewirtschaftung dieser Arten nach dem Jagdrecht richten solle und dieses als speziellere Regelung ggü. dem Artenschutzrecht anzusehen sei.[107] Bezüglich des Wolfes trägt dieses Argument insoweit, als der Gesetzgeber hier mit der Einfügung der §§ 22b ff. BJagdG den bisherigen § 45a BNatSchG ersetzt hat[108] und somit eine Verschiebung des Regelungsregimes vom Naturschutzrecht zum Jagdrecht gerade gewünscht scheint. Auch wird darauf verwiesen, dass das Jagdrecht ein eigenständiges Steuerungssystem für den Wildbestand darstellt (vgl. § 1 Abs. 1 BJagdG), und daher im Bereich der Jagdausübung grds. vorrangig zur Anwendung kommen müsse. Das Naturschutzrecht greife danach nur ergänzend ein, soweit jagdrechtliche Vorschriften keine abschließenden Regelungen enthalten.[109]

Die überzeugendere Auffassung geht davon aus, dass Jagd- und Artenschutzrecht grds. gleichrangig nebeneinanderstehen[110] und ein Vorrang nur im Wege einer einzelfallbezogenen Spezialitätsprüfung bestimmt werden kann.[111] Maßgeblich ist dabei insbesondere der Schutzzweck der infragestehenden Normen.[112] Während das besondere Artenschutzrecht auf den individuenbezogenen Schutz und deren Erhaltung abzielt,[113] dient das Jagdrecht zur Bestandssicherung im Hinblick auf eine nachhaltige Nutzbarkeit des Wildes.[114] Daraus ergibt sich eine entscheidende Differenzierung: Geht es um die Erhaltung der Art als solche und damit um das „*Ob*" des Eingriffs, ist das Artenschutzrecht regelmäßig die speziellere Vorschrift.[115] Im Umkehrschluss lässt sich darauf schließen, dass im Hinblick auf die Organisation und Durchführung zulässiger Maßnahmen, also das „*Wie*" –, die jagdrechtlichen Vorschriften spezieller sind.

Für den Wolf bedeutet dies Folgendes: Als *streng geschützte* Art i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. a BNatSchG unterliegt er grds. den Zugriffsverboten des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Die Frage, ob eine Entnahme zulässig ist, richtet sich damit primär nach § 45 Abs. 7 BNatSchG. Doch durch den neu eingeführten § 22d BJagdG enthält auch das Jagdrecht nun eine Vorschrift, die die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Wolfsbejagung normiert. Die Norm erlaubt die Jagd auf den Wolf unter den in Abs. 3 geregelten Bedingungen. Damit stellt sich die Frage, ob § 22d Abs. 3 BJagdG nicht seinerseits eine eigenständige Regelung des *„Ob"* der Tötung enthält und damit funktional neben § 45 Abs. 7 BNatSchG tritt.

Exemplarisch sollen in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Formulierungen der Eingriffsvoraussetzungen betrachtet werden. Während § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG eine Ausnahme nur „*zur Abwendung ernster […] Schäden*" zulässt, spricht der § 22d Abs. 3 BJagdG lediglich von der „*Abwendung […] [von] Schäden*". Eine dem § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG entsprechende Verschärfung findet sich auch auf unionsrechtlicher Ebene in Art. 16 Abs. 1 lit. b FFH-RL, der ebenfalls die „*Verhütung ernster Schäden*" verlangt. Diese terminologische Abweichung ist hier erheblich. Würde man § 22d Abs. 3 BJagdG als eigenständige Eingriffsnorm verstehen, läge darin eine materielle Absenkung der Eingriffsschwelle, die insbesondere nicht den unionsrechtlichen Vorgaben der FFH-RL entspricht, die jedoch unzweifelhaft einzuhalten sind.[116] Vor diesem

[101] *Heß/Wulff*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 1, 108. EL 2025, BJagdG § 1 Rn. 11, § 37 Rn. 11 f.
[102] OVG Lüneburg, Urt. v. 25.5.2016 – Az. 4 KN 154/13, Rn. 54 – juris; *Gläß*, in: BeckOK Umweltrecht, 79. Ed. (Stand: 1.7.2026), BNatSchG § 37 Rn. 20; *Gellermann* (Fn. 49), § 37 Rn. 12.
[103] *Gellermann* (Fn. 49), § 37 Rn. 17.
[104] *Heider* (Fn. 100), § 2 Rn. 25.
[105] *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 1, 260. EL 2026, BJagdG § 44a Rn. 9.
[106] *Heider* (Fn. 100), § 2 Rn. 25.
[107] OLG Köln NuR 2010, 300.
[108] BR-Drucks. 765/25, S. 22.
[109] *Heider* (Fn. 100), § 2 Rn. 25; *Müller-Walter*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 1, 260. EL 2026, BNatSchG § 37 Rn. 13; *Metzger* (Fn. 105), § 44a Rn. 9.
[110] *Heß/Wulff* (Fn. 101), § 1 Rn. 11.
[111] *Ratschow/Nebelsieck*, NuR 2025, 606 (611).
[112] OLG Köln NuR 2010, 300.
[113] *Köck*, NuR 2018, 812 (813).
[114] *Köck*, ZUR 2015, 589 (594).
[115] *Müller-Walter* (Fn. 109), § 37 Rn. 8.
[116] *Heider* (Fn. 100), § 2 Rn. 26; *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61); dazu unten D. III.

Hintergrund liegt es nahe, § 22d Abs. 3 BJagdG nicht als eigenständige, von § 45 Abs. 7 BNatSchG losgelöste Eingriffsermächtigung zu verstehen. Diese Einordnung fügt sich in die zuvor erläuterte dogmatische Struktur ein. Maßgeblich bleibt, dass § 37 Abs. 2 BNatSchG kein Vorrangverhältnis begründet, sondern zwischen Jagd- und Artenschutzrecht koordiniert. Es bleibt bei einem gleichrangigen Nebeneinander beider Bereiche,[117] innerhalb dessen die maßgebliche Norm im Einzelfall nach dem Spezialitätsgrundsatz anhand des Schutzzwecks und des Regelungsgegenstands zu bestimmen ist.[118]

III. Unionsrechtliche Grenzen eines bestandsbezogenen Wolfsmanagements

Ob die neu eingeführten jagdrechtlichen Vorschriften – die hierfür mit dem Unionsrecht vereinbar sein müssten[119] – unionsrechtskonform sind und ohne Konflikte im Verhältnis von nationalem zu unionalem Recht zur Anwendung kommen können, soll im Folgenden anhand exemplarisch ausgewählter Regelungsaspekte untersucht werden, die womöglich in einem Spannungsverhältnis zu den Vorgaben der FFH-RL stehen.

1. Der unionsrechtliche Regelungsrahmen

Die unionsrechtlichen Leitlinien für den Umgang mit dem Wolf ergeben sich maßgeblich aus Art. 14 und 16 FFH-RL, die auch nach der Herabsenkung weiterhin ein striktes Schutzsystem begründen und dessen Nutzung nur innerhalb eines unionsrechtlich determinierten Rahmens ermöglichen.[120]

Art. 14 FFH-RL eröffnet den Mitgliedstaaten zwar einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob und in welchem Umfang Steuerungsmaßnahmen zur Nutzung ergriffen werden („*für erforderlich halten*“). Dieser ist jedoch unionsrechtlich dahingehend gebunden, dass jede Nutzung mit der Aufrechterhaltung eines günstigen Erhaltungszustands vereinbar sein muss.[121] Die Grenzen dieses Spielraums konkretisiert weiterhin Art. 16 Abs. 1 FFH-RL, der die Abweichung von Schutzvorgaben nur zulässt, wenn ein unionsrechtlich anerkannter Ausnahmegrund des abschließenden Katalogs[122] vorliegt, keine anderweitige zufriedenstellende Lösung besteht und die Population trotz der Maßnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verbleibt. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind diese Voraussetzungen eng auszulegen und kumulativ zu erfüllen.[123]

Zentrale Bedeutung kommt dabei der Alternativenprüfung zu.[124] Sie verpflichtet die zuständigen Behörden darzulegen, dass der verfolgte Zweck nicht durch mildere Mittel – insbesondere präventive Herdenschutzmaßnahmen – erreicht werden kann,[125] sodass die Entnahme auf Unionsebene *ultima ratio* bleibt.[126]

Der günstige Erhaltungszustand bleibt die materielle Grenze jeder Entnahmeentscheidung.[127] Vor einer Ausnahme ist zunächst der Zustand der betroffenen Population festzustellen und sodann zu prüfen, welche Auswirkungen die Maßnahme auf diese Population haben kann.[128] Bestehen nach den besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen Unsicherheiten darüber, ob der günstige Erhaltungszustand gewahrt oder wiederhergestellt werden kann, ist eine Ausnahme unzulässig[129] und auch im Hinblick auf das unionsrechtliche Vorsorgeprinzip ist Zurückhaltung geboten.[130] Damit eröffnen Art. 14 und 16 FFH-RL keine „*freie Jagd*“ auf den Wolf, sondern einen rechtlich gebundenen Managementspielraum, an dem sich die Zulässigkeit der neu eingeführten §§ 22b ff. BJagdG messen lassen muss.

2. Der günstige Erhaltungszustand als materielle Grenze – §§ 22b Abs. 1, 22d Abs. 3 BJagdG

Art. 14 FFH-RL verlangt von den Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die Entnahme und Nutzung von Arten des Anh. V mit der Aufrechterhaltung eines günstigen Erhaltungszustands vereinbar sind[131] und dient damit als Zulässigkeitsvoraussetzung für Ausnahmen. Auch Art. 16 Abs. 1 FFH-RL gestattet Ausnahmen nur unter der Bedingung, dass die betroffene Art „*ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen*“ kann. Vor diesem Hintergrund könnte der neu eingeführte § 22b Abs. 1 S. 1 BJagdG für Bedenken sorgen,[132] da die Norm Maßnahmen an das Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustands knüpft. Zugleich verlangt sie jedoch, dass die vorgesehenen

[117] *Heß/Wulff* (Fn. 101), § 1 Rn. 11.
[118] *Müller-Walter* (Fn. 109), § 37 Rn. 13; *Gellermann* (Fn. 49), § 37 Rn. 17.
[119] *Heider* (Fn. 100), § 2 Rn. 26.
[120] *Brenner*, NuR 2024, 1 (2); *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (60).
[121] EuGH, Urt. v. 11.7.2024, Umweltverband WWF Österreich, C-601/22; EU:C:2024:595.
[122] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 110, 118.
[123] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 110.
[124] EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17; *EU:C:2019:851*, Rn. 28.
[125] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 111; EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17; *EU:C:2019:851*, Rn. 49.
[126] *Roth-Weiß*, NVwZ 2025, 744 (746).
[127] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 115; EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17; *EU:C:2019:851*, Rn. 50.
[128] EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17; *EU:C:2019:851*, Rn. 58.
[129] EuGH, Urt. v. 14.6.2007, Kommission/Finnland, C-342/05; *EU:C:2007:341*, Rn. 31.
[130] EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17; *EU:C:2019:851*, Rn. 66.
[131] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (59).
[132] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (60).

Maßnahmen darauf gerichtet sind, der Population künftig dauerhaft einen günstigen Erhaltungszustand zu sichern.

Der unionsrechtliche Prüfungsmaßstab könnte allerdings durch § 22d Abs. 3 BJagdG nicht hinreichend gewahrt werden, da die Vorschrift die Bejagung des Wolfes gerade bei Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustands erlaubt. Damit knüpft man die Zulässigkeit von Eingriffen an einen Zustand,[133] der unionsrechtlich – in Anbetracht der unterschiedlichen Schutzregime für Anh. IV und Anh. V-Arten – typischerweise ein erhöhtes Schutzniveau erfordert. Da ein ungünstiger Erhaltungszustand eine Gefährdung der Population indiziert, sollte nach der Systematik des unionsrechtlichen Schutzsystems vielmehr eine Verdichtung des Schutzregimes folgen, anstatt die Bejagung unter gewissen Bedingungen zuzulassen. Diese Regelung birgt das Risiko, dass die unionsrechtlich vorgegebene Schutzlogik unterlaufen wird.[134] Die Spannung verstärkt sich auch im Lichte des Vorsorgeprinzips aus Art. 191 Abs. 2 AEUV, das darauf abzielt drohende oder konkrete Umweltbeeinträchtigungen zu vermeiden.[135] Danach wäre es ebenfalls gerade bei Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustands vermeidbar, eine Öffnung von Eingriffsmöglichkeiten vorzunehmen und die Population des Wolfes damit noch weiter zu reduzieren. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass § 22d Abs. 3 BJagdG den unionsrechtlichen Maßstab verschiebt, indem er einen Zustand erhöhter Schutzbedürftigkeit zum Ausgangspunkt von Eingriffsbefugnissen macht und damit in ein Spannungsverhältnis zur unionsrechtlich vorgegebenen Schutzlogik gerät.

3. Die abgesenkte Eingriffsschwelle des § 22d Abs. 3 BJagdG

Art. 16 Abs. 1 FFH-RL erlaubt Abweichungen vom artenschutzrechtlichen Schutzregime nur unter den dort abschließend normierten[136] Voraussetzungen. Für den hier relevanten Fall der Schadensvermeidung setzt Art. 16 Abs. 1 lit. b FFH-RL ausdrücklich das Vorliegen „*ernster Schäden*“ voraus. Der unionsrechtliche Tatbestand enthält damit eine qualifizierte Eingriffsschwelle, die sicherstellen soll, dass Entnahmen auf besonders gewichtige Ausnahmefälle beschränkt bleiben.[137] Demgegenüber verzichtet § 22d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BJagdG auf dieses qualifizierende Tatbestandsmerkmal – erneut auch unter Vorliegen eines ohnehin schon ungünstigen Erhaltungszustands – und stellt auf die Abwendung von „*Schäden*“ ab. Die Norm übernimmt damit den unionsrechtlichen Ausnahmegrund nicht vollständig, sondern senkt die Eingriffsschwelle inhaltlich ab und erweitert damit den Anwendungsbereich zulässiger Entnahmen gegenüber dem unionsrechtlich vorgegebenen Rahmen. Eine solche Abweichung ist nicht unerheblich. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Ausnahmekatalog des Art. 16 Abs. 1 FFH-RL abschließend[138] und darüber hinaus restriktiv auszulegen,[139] um den strengen Schutz nicht auszuhöhlen.[140] Nationale Regelungen, die lediglich Teile der unionsrechtlichen Voraussetzungen übernehmen oder diese in abgeschwächter Form wiedergeben, genügen den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Umsetzung nicht.[141] Für einen bewussten Verzicht auf das Adjektiv spricht insbesondere auch, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle der Norm – § 22d Abs. 4 Nr. 3 lit. a BJagdG – das Tatbestandsmerkmal der „ernsten Schäden“ ausdrücklich verwendet. Die unterschiedliche Terminologie innerhalb derselben Vorschrift legt nahe, dass der Gesetzgeber zwischen beiden Schwellen bewusst differenzieren wollte.[142] Im Ergebnis führt der Verzicht auf das qualifizierende Tatbestandsmerkmal dazu, dass § 22d Abs. 3 BJagdG den unionsrechtlich vorgegebenen Rahmen unterschreitet und damit eine Absenkung der Eingriffsschwelle bewirkt, die mit den unionsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar ist.[143]

4. Die pauschalisierte Entnahmebefugnis des § 22d Abs. 3 S. 2, 3 BJagdG

Die Regelung des § 22d Abs. 3 S. 2, 3 BJagdG sorgt auch hinsichtlich ihrer pauschalisierten Entnahmebefugnis für Bedenken. Die Norm erlaubt – unter den genannten Voraussetzungen – die Jagd zur Schadensabwehr innerhalb eines Radius von bis zu 20 Kilometern um den Schadensort und über einen Zeitraum von bis zu sechs Wochen „*bis ein Wolf erlegt worden ist*“, (vgl. § 22d Abs. 3 S. 3 BJagdG). Diese Ausgestaltung löst die Entnahme vom spezifischen Gefahrenzusammenhang und ersetzt die individualisierte Betrachtung durch eine generalisierte Eingriffslogik. Während das unionsrechtliche Schutzsystem, insbesondere i.R.d. Art. 16 Abs. 1 FFH-RL stets eine Zweck-Mittel-Relation zwischen Gefahrenlage und Eingriff vorsieht, erlaubt § 22d Abs. 3 BJagdG die Tötung eines beliebigen Exemplars der Population.

Darin könnte ein Verstoß gegen die für Art. 16 Abs. 1 FFH-RL erforderliche Verhältnismäßigkeit liegen.[144]

[133] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (59).
[134] *Ratschow/Nebelsieck*, NuR 2025, 606 (612); *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (59).
[135] *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 191 Rn. 33.
[136] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 110, 118.
[137] EuGH, Urt. v. 10.10.2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17; *EU:C:2019:851*, Rn. 41.
[138] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 110, 118.
[139] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 110.
[140] *Köck*, NuR 2018, 812 (814).
[141] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 112.
[142] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61).
[143] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61).
[144] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61).

Danach muss eine Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das verfolgte Ziel zu erreichen.[145] Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur sog. Schnellabschussproblematik betont die Notwendigkeit, die Voraussetzungen einer letalen Entnahme anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen und das Fehlen einer anderweitigen zufriedenstellenden Lösung nachvollziehbar darzulegen.[146] Zwar kann die Entnahme eines Wolfes grds. geeignet sein, weitere Schäden zu verhindern. Je weiter sich die Maßnahme jedoch vom konkreten Schadensereignis entfernt – sowohl räumlich als auch zeitlich – desto weniger lässt sich ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen Eingriff und Gefahrenabwehr begründen.[147] Diese Problematik wird durch die konkrete Ausgestaltung der Norm weiter verstärkt. Die pauschale Eröffnung der Entnahmebefugnis innerhalb eines weiten Rahmens birgt das Risiko, dass Eingriffe faktisch von der konkreten Gefahrenlage entkoppelt werden. Insbesondere könnte die Kombination aus genehmigungsfreier Jagd („*ohne Genehmigung der zuständigen Behörde*“) und fehlender unmittelbarer behördlicher Koordination dazu führen, dass mehrere Eingriffe parallel erfolgen, ohne dass eine effektive Steuerung sichergestellt ist.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass die Norm nicht nur abstrakt pauschalisiert, sondern auch das Risiko einer übermäßigen Eingriffspraxis eröffnet. Dies verstärkt die bereits bestehenden Zweifel an der Wahrung der Verhältnismäßigkeit, da die tatsächliche Eingriffsintensität über das zur Schadensabwehr Erforderliche hinausgehen könnte.

5. Bewertung der Neuregelungen im Lichte des Unionsrechts

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass die Neuregelungen der §§ 22b ff. BJagdG zwar eine strukturelle Öffnung hin zu einem populationsbezogenen Wolfsmanagement erkennen lassen. Diese Öffnung erfolgt jedoch nicht losgelöst von den unionsrechtlichen Bindungen, vielmehr bleiben die Vorgaben der Art. 14 und 16 FFH-RL dabei maßgeblicher Referenzrahmen für die Zulässigkeit von Eingriffen, wobei insbesondere der günstige Erhaltungszustand als materielle Schranke fungiert.[148] Zugleich hat die Betrachtung der einzelnen Regelungsaspekte gezeigt, dass zentrale Vorschriften der Neuregelung – insbesondere der § 22d Abs. 3 BJagdG – ein Friktionen mit den unionsrechtlichen Anforderungen der FFH-RL ergeben. Dies betrifft sowohl die Ermöglichung der Jagd trotz eines ungünstigen Erhaltungszustands[149] als auch die pauschalisierte Ausgestaltung einer Entnahmebefugnis.[150] Im Ergebnis werfen diese Elemente die Frage auf, ob die nationale Ausgestaltung den unionsrechtlichen Bedingungen Rechnung trägt oder sie teilweise unterläuft.

Vor diesem Hintergrund lässt sich festhalten, dass die Neuregelungen Elemente eines bestandsbezogenen Steuerungselements aufweisen, das jedoch maßgeblich durch die fortgeltenden unionsrechtlichen Vorgaben geprägt und begrenzt wird. Die Vorschriften des BJagdG sind daher, soweit dies möglich ist, im Lichte der Art. 14, 16 FFH-RL richtlinienkonform auszulegen. Soweit eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist und die nationalen Regelungen hinter den Anforderungen der Art. 14, 16 FFH-RL zurückbleiben, besteht ein unionsrechtliches Umsetzungsdefizit,[151] das nicht folgenlos bleibt.[152] Ein solches Defizit könnte ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV begründen.[153] Dies unterstreicht erneut die unionsrechtliche Relevanz im Rahmen des Artenschutzes und verdeutlicht, dass die nationalen Gestaltungsspielräume auch unionsrechtlich kontrolliert und begrenzt werden können.

E. Änderungsvorschlag

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Konflikte erscheint es sinnvoll, die §§ 22b ff. BJagdG im Hinblick auf das Unionsrecht klarer auszugestalten. Ziel sollte es sein, das Wolfsmanagement nicht als eigenständiges populationsbezogenes Steuerungssystem zu etablieren, sondern dessen Einordnung als rechtlich gebundenes Ausnahmesystem im Rahmen der Vorgaben der Art. 14, 16 FFH-RL deutlicher herauszuarbeiten. Zentral sollten dabei Eingriffsbefugnisse an den Maßstab des günstigen Erhaltungszustands geknüpft werden. Auch biete sich eine Angleichung der nationalen Tatbestandsmerkmale an die unionsrechtlichen Vorgaben an. So könnte die Aufnahme der Schwelle „*ernster Schäden*“ in § 22d Abs. 3 Nr. 1 BJagdG dazu beitragen, dass Entnahmen auch im Jagdrecht auf besonders gewichtige Ausnahmefälle beschränkt blieben. Auf diese Weise ließe sich die unionsrechtliche Schutzlogik, wonach ein ungünstiger Erhaltungszustand grds. erhöhte Anforderungen an Eingriffe stellt, deutlicher im nationalen Recht abbilden. Auch erscheint es sinnvoll, den Vorrang nicht-letaler Maßnahmen i.S.d. *ultima-ratio-Prinzips*[154] ausdrücklich gesetzlich zu verankern, insbesondere bei Vorliegen eines ungünstigen Erhaltungszustands, um eine weitere Gefährdung der Population zu vermeiden. Ergänzend wird vorgeschlagen, die im Rahmen eines bestandsbezogenen Managements

[145] OVG Münster, Beschl. v. 13.7.2026 – Az. 16 B 674/26, Rn. 8 – juris.
[146] OVG Lüneburg NuR 2025, 44; OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2024 – Az. 4 ME 122/24, Rn. 33 – juris.
[147] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61).
[148] EuGH, Urt. v. 11.7.2024, Umweltverband WWF Österreich, C-601/22; EU:C:2024:595.
[149] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61); *Obwexer*, NR 2025, 33 (39).
[150] *Gerhold/Mittag*, ZRP 2026, 58 (61).
[151] EuGH, Urt. v. 10.5.2007, Kommission/Österreich, C-508/04; *EU:C:2007:274*, Rn. 110, 118; *Wolf*, NuR 2014, 463 (465).
[152] *Ratschow/Nebelsieck*, NuR 2025, 606 (612).
[153] *Ratschow/Nebelsieck*, NuR 2025, 606 (612).
[154] *Roth-Weiß*, NVwZ 2025, 744 (746).

festgelegten Entnahmequoten an die Bedingung zu knüpfen, dass diese nicht durch anderweitig begründete Einzelentnahmen unterlaufen oder überschritten werden.[155] Dies könnte dazu beitragen, die Gesamtzahl der Eingriffe besser zu kontrollieren und die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben an den Erhaltungszustand der Population sicherzustellen. Schließlich könnte auch erwogen werden, die unionsrechtlichen Vorgaben ausdrücklich im nationalen Recht sichtbar zu machen. Dahingehend wird vorgeschlagen, eine unionsrechtliche Verweisungsklausel aufzunehmen, die die zuständigen Behörden dazu verpflichtet, die Einschränkungen der Art. 14, 16 FFH-RL bei der Anwendung der jagdrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen.[156] Derartige Anpassungen könnten dazu beitragen, etwaige Umsetzungsdefizite zu beseitigen und mögliche Beanstandungen – im Zweifel im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV – zu vermeiden.

F. Schlussbetrachtung

Die Entwicklungslinien des Wolfsschutzes zeigen einen deutlichen Wandel vom strikt artenschutzrechtlichen Verbotsregime hin zu einem stärker populationsbezogenen Steuerungsansatz. Ausgangspunkt war ein engmaschiges Schutzsystem auf Grundlage völker- und unionsrechtlicher Vorgaben, das national durch das besondere Artenschutzrecht der §§ 44 ff. BNatSchG geprägt wurde. Der Wolf unterlag damit einem Schutzsystem, das Eingriffe grds. untersagte und Entnahmen nur im Rahmen eng begrenzter, einzelfallbezogener Ausnahmen zuließ. Mit der Herabstufung des Schutzstatus zunächst innerhalb der BK und anschließend in der FFH-RL wurde dieser strikte Schutzansatz jedoch geöffnet und markiert damit den Beginn des Systemwechsels: An die Stelle eines primär individuenbezogenen Verbotsregimes tritt ein Modell, das Entnahme und Nutzung als Gegenstand von Verwaltungsmaßnahmen zulässt (vgl. Art. 14 Abs. 1 FFH-RL). Diese Öffnung bedeutet jedoch keine generelle Freigabe zur Bejagung, sondern lediglich die Eröffnung eines unionsrechtlich gebundenen Managementspielraums. Die Aufnahme des Wolfes in das BJagdG setzt diese Entwicklung auf nationaler Ebene fort. Sie markiert einen weiteren Schritt in Richtung eines bestandsbezogenen Wolfsmanagements, da der Gesetzgeber den Umgang mit dem Wolf nun stärker jagdrechtlich und populationsbezogen strukturiert. Gleichwohl führt dies nicht dazu, dass das besondere Artenschutzrecht vollständig verdrängt wird. Vielmehr stehen Jagd- und Artenschutzrecht grds. nebeneinander[157] und es ist im Zweifel zu prüfen, welche Norm im Einzelfall im Hinblick auf den jeweiligen Regelungsgegenstand und den Spezialitätsgrundsatz maßgeblich ist.[158] Die Untersuchung der §§ 22b ff. BJagdG hat gezeigt, dass die neu geschaffenen jagdrechtlichen Vorschriften zwar Anwendung finden und nationale Eingriffsmöglichkeiten faktisch erleichtern. Ihre Reichweite bleibt jedoch an die unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 14, 16 FFH-RL gebunden, sodass einige Regelungsaspekte hinsichtlich ihrer Umsetzung zu Konflikten führen könnten.

Die Leitfrage ist daher differenziert zu beantworten: Die Neuregelung vom 2.4.2026 markiert zwar einen Übergang hin zu einem verwaltungsrechtlichen Bestandsmanagement, jedoch keinen vollständigen Bruch mit dem bisherigen artenschutzrechtlichen Verbotsregime.

Vielmehr handelt es sich um eine rechtlich begrenzte Öffnung, deren praktische Reichweite maßgeblich durch das Unionsrecht determiniert bleibt. Ein unionsrechtskonformes Wolfsmanagement kann daher nicht als freies jagdrechtliches Steuerungssystem ausgestaltet werden, sondern nur als streng kontrolliertes Ausnahmesystem innerhalb der fortbestehenden Schutzbindungen.

Für die weitere Entwicklung bleibt offen, ob der Gesetzgeber die jagdrechtlichen Vorschriften nachschärfen wird oder ob die bestehenden Regelungen von der Kommission, der Hüterin der Verträge,[159] beanstandet werden. Die nationalen Regelungen wären sodann zunächst im Wege richtlinienkonformer Auslegung im Einklang mit den Vorgaben der FFH-RL auszulegen. Wäre eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich, könnten die bestehenden Regelungen im Zweifel sogar Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV werden.

Die Zukunft der Wolfspopulationen in Deutschland wird damit maßgeblich davon abhängen, inwieweit es gelingt, die nationalen Handlungsspielräume unter Wahrung der unionsrechtlichen Schutzvorgaben sachgerecht auszugestalten.

[155] *Brenner*, NuR 2024, 1 (10).
[156] *Schulze Hülshorst* (Fn. 9), S. 3.
[157] *Heß/Wulff* (Fn. 101), § 1 Rn. 11.
[158] *Gellermann* (Fn. 49), § 37 Rn. 17.
[159] *Martenczuk*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, 86. EL 2025, EUV Art. 17 Rn. 15.

Marc Reder[*]

Verträge unter nahen Angehörigen – Der Fremdvergleich zwischen Verfassungsauftrag und Vollzugsdefizit

Familienpersonengesellschaften ermöglichen es, Einkünfte auf nahe Angehörige in niedrigere Progressionszonen zu verlagern. Ob eine solche Vereinbarung durch die Einkünfteerzielung oder die private Lebensführung veranlasst ist, soll der Fremdvergleich klären, der sich im Spannungsverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG bewegt. Dass die verfassungsrechtlich gebotene Gesamtwürdigung in der Praxis nicht verlässlich umgesetzt wird, verdeutlicht der Beschluss des BVerfG vom 27.5.2025. Ursächlich sind Vollzugsdefizite und die Subjektivität des hypothetischen Fremdvergleichs. Vor diesem Hintergrund untersucht der Beitrag, wie sich der Fremdvergleich fortentwickeln lässt. Da ein Familiensplitting die Prüfung nicht entbehrlich macht, steht ein konkreter Fremdvergleich im Fokus, der auf realen Vergleichsdaten der Finanzverwaltung beruht und auffällige Fälle über das Risikomanagement nach § 88 Abs. 5 AO aussteuert.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 113
B. Grundlagen 114
I. Ausgangslage 114
II. Der Begriff des nahen Angehörigen 114
III. Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung 114
IV. Grundrechtliche Implikationen der steuerlichen Prüfung 115
C. Der Fremdvergleich als zentrale Prüfungsmethode . 115
I. Normativ-dogmatische Ebene: Das Gebot der Gesamtwürdigung 115
1. Indizienbeweis und Rechtsfortbildung 115
2. Verfassungsrechtliche Herleitung: Die „Oder-Konto"-Entscheidungen 116
3. Reichweite und Disponibilität der Gesamtwürdigung 117
4. BVerfG-Beschluss vom 27.5.2025 117
5. Zwischenfazit 117
II. Vollzugsebene 117
1. Strukturelle Defizite der Sachverhaltsfeststellung 117
2. Finanzgerichtliche Kontrolle 118
3. Mangelnde Objektivität des Fremdvergleichs . 119
D. Familienpersonengesellschaften 119
I. Grundlagen 119
1. Begriff 119
2. Steuersubjektivität 120
II. Steuerliche Anerkennung der Familienpersonengesellschaft 120
1. Steuerliche Anerkennung der Gesellschaft als solcher 120
2. Angemessenheit der Gewinnverteilung 122
E. Lösungsansätze 123
I. Maßnahmen zur Reduzierung von Fehlanreizen ... 123
1. Vermeidung der Begünstigungskumulation 123
2. Familiensplitting 123
II. Maßnahmen zur Optimierung der Prüfung 125
1. Gesetzliche Normierung 125
2. Anpassung der Anwendung der Anerkennungsvoraussetzungen 126
F. Ergebnis 128

A. Einleitung

Familienpersonengesellschaften bilden einen prägenden Bestandteil der deutschen Wirtschaftsstruktur und stellen zugleich ein bedeutsames Instrument steuerlicher Gestaltungen dar. Durch die Aufnahme naher Angehöriger als Mitunternehmer lässt sich die Besteuerung von Einkunftsquellen in niedrigere Progressionszonen verlagern. Hierdurch eröffnet sich die Möglichkeit, die steuerliche Gesamtbelastung des Familienverbundes zu reduzieren. Diese Gestaltungsfreiheit birgt zugleich ein Missbrauchspotenzial. Da sich nahe Angehörige regelmäßig nicht in einer Position wirtschaftlich gegenläufiger Interessen befinden, ließe sich derselbe Effekt auch durch Vereinbarungen ohne echten wirtschaftlichen Hintergrund erzielen, die allein zu diesem Zweck geschlossen werden. Genau einer solchen rein steuerlich motivierten Gestaltung soll die steuerliche Anerkennung nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, allen voran dem Fremdvergleichsgrundsatz, versagt bleiben. Der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), das Gebot der Besteuerungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) und das staatliche Bedürfnis nach Missbrauchsabwehr stehen damit in einem Spannungsverhältnis, das die Rechtsprechung durch eben diese Kriterien aufzulösen versucht. Der Beschluss des BVerfG vom 27.5.2025 zeigt jedoch, dass die in diesem Kontext gebotene Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände bis heute nicht verlässlich umgesetzt wird. Das FG Thüringen hatte die steuerliche Anerkennung einer Gestaltung allein anhand eines einzelnen Formkriteriums verneint, ohne die übrigen Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Die Arbeit geht daher folgender Forschungsfrage nach: Inwieweit genügt der einkommensteuerliche Fremdvergleich den verfassungsrechtlichen und praktischen Anforderungen und wie lässt er sich so fortentwickeln, dass Missbrauchsabwehr, Besteuerungsgleichheit

[*]*Marc Reder* studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Die Studienabschlussarbeit ist im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Allgemeines Steuerrecht" entstanden und wurde bei Univ.-Prof. a.D. Dr. *Markus Heintzen* erarbeitet.

und der Schutz von Ehe und Familie in Einklang gebracht werden? Nach einer kurzen Einführung in die Grundlagen und die Fremdvergleichsdogmatik rücken die Spezifika der Familienpersonengesellschaft in den Mittelpunkt. Die abschließenden Lösungsansätze gehen zunächst der Frage nach, ob sich die Gestaltungsanreize innerhalb der Freibetragssystematik sowie durch ein Familiensplitting beseitigen lassen. Der Schwerpunkt liegt sodann auf der Fortentwicklung der Prüfungsweise selbst, namentlich einem datengestützten dreistufigen Fremdvergleich.

B. Grundlagen

I. Ausgangslage

Durch Verträge zwischen nahen Angehörigen lassen sich beachtliche Steuervorteile erlangen. So können durch die Wahl einer Gestaltungsmöglichkeit Einkunftsquellen auf Angehörige verlagert, die steuerliche Erfassung bestimmter Vermögensmehrungen verhindert oder steuermindernde Aufwendungen geschaffen werden.[1] Im Grundsatz sind solche Verträge steuerrechtlich zulässig. Angehörige können ihre Rechtsverhältnisse untereinander so gestalten, dass diese für sie steuerlich möglichst günstig sind.[2] Eine Gestaltung bleibt jedoch steuerlich unberücksichtigt, wenn die an Angehörige geleisteten Zahlungen und Zuwendungen solche im Sinne des § 12 Nr. 1 und 2 EStG sind.[3] Da zwischen nahen Angehörigen regelmäßig keine natürlichen Interessengegensätze bestehen, prüft die Finanzverwaltung hier genau, ob diese ernsthaft vereinbart worden sind und auch tatsächlich durchgeführt werden.[4] Entscheidend ist daher zunächst die steuerrechtliche Einordnung des Begriffs „naher Angehöriger".

II. Der Begriff des nahen Angehörigen

Der Angehörigenbegriff ist vom Gesetzgeber abschließend und vom Zivilrecht unabhängig in § 15 AO geregelt.[5] Um steuerlich relevante Gestaltungen sachgerecht erfassen zu können, bedarf es darüber hinaus des von der Rechtsprechung entwickelten, engeren Begriffs des „nahen Angehörigen".[6] Dazu gehören namentlich verheiratete Ehegatten,[7] Eltern, minderjährige Kinder[8] sowie erwachsene und verheiratete Kinder,[9] Großeltern, Enkelkinder[10] und Geschwister[11]. Weiter zählen dazu neben Schwiegereltern und Schwiegerkindern[12] auch entfernte Verschwägerte, deren maßgeblicher Grad im Einzelfall zu beurteilen ist.[13] Anders als bei den zuvor genannten Personengruppen besteht zwischen Verschwägerten allerdings grundsätzlich ein natürlicher Interessengegensatz.[14]

III. Voraussetzungen der steuerlichen Anerkennung

Ist der maßgebliche Personenkreis bestimmt, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Verträge zwischen diesen Personen steuerlich anerkannt werden. Dass eine Gestaltung auf Minderung der Steuerlast zielt, rechtfertigt für sich genommen noch keine Versagung der Anerkennung. Vielmehr geht es um die Frage, ob die Vertragsbeziehungen durch die Einkünfteerzielung veranlasst (§ 4 Abs. 4, § 9 Abs. 1 S. 1 EStG) oder aber der privaten Lebensführung zuzuordnen sind (§ 12 Nr. 1 und 2 EStG).[15] Eine Vereinbarung ist an den allgemeinen, für sämtliche Steuerpflichtige geltenden Vorschriften zum Scheingeschäft (§ 41 Abs. 2 AO) und zum Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (§ 42 AO) zu messen. Kennzeichnend für rechtsmissbräuchliche Gestaltungen i.S.d. § 42 AO ist insbesondere, dass durch gegenläufige Gestaltungen die rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen von Rechtsgeschäften ganz oder teilweise aufgehoben werden, sodass sich die tatsächliche und wirtschaftliche Position des Nutzenden nicht verändert.[16] Daneben haben sich in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis unterschiedliche Anerkennungsvoraussetzungen herausgebildet.[17] Der Vertrag muss eindeutig und ernsthaft sein, zivilrechtlich wirksam zustande kommen und tatsächlich durchgeführt werden.[18] Ferner ist zu prüfen, ob die Vereinbarung ihrem Inhalt und ihrer Durchführung nach unter fremden Dritten üblich ist (Fremdvergleichsgrundsatz).[19] Das Verhältnis dieser Anforderungen zueinander ist in Literatur und Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Einerseits werden die Kriterien als unselbständige Unterkriterien des Fremdvergleichs gesehen,[20] andererseits wird der Fremdvergleich als eigenständige Prüfungsmethode verstanden.[21] Diese Diskrepanz findet sich auch in der Entscheidungspraxis der Senate des BFH. Während der IX. Senat den Fremdvergleich als eigenständiges Kriterium neben das der

[1] *Widera,* Verträge unter nahen Angehörigen im Einkommensteuerrecht, 2018, S. 50 f.
[2] BFH, Urt. v. 18.12.1990 – Az. VIII R 290/82 – BStBl. II 1991, 391.
[3] *Osterloh,* Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, 1992, S. 355.
[4] Vgl. BMF v. 23.12.2010 – BStBl. I 2011, 37.
[5] *Gersch,* in: Klein, AO, 19. Aufl. 2025, § 15 Rn. 1.
[6] BFH, Beschl. v. 20.1.2003 – Az. IX B 94/02 – BFH/NV 2003, 617.
[7] BFH, Urt. v. 26.10.1982 – Az. VIII R 50/80 – BStBl. II 1983, 209.
[8] BFH, Urt. v. 13.5.1980 – Az. VIII R 63/79 – BStBl. II 1981, 295.
[9] BFH, Urt. v. 25.5.1976 – Az. IV R 226-227/71 – BStBl. II 1976, 561; Urt. v. 5.2.1988 – Az. III R 216/84 – BFH/NV 1988, 553.
[10] BFH, Urt. v. 22.11.1963 – Az. VI 178/62 U – BStBl. III 1964, 74.
[11] BFH, Urt. v. 7.5.1996 – Az. IX R 69/94 – BStBl. II 1997, 196.
[12] BFH, Urt. v. 5.2.1988 – Az. III R 234/84 – BFH/NV 1988, 628; Beschl. v. 25.11.1999 – Az. X B 48/99 – BFH/NV 2000, 477.
[13] BFH, Urt. v. 7.5.1996 – Az. IX R 69/94 – BStBl. II 1997, 196.
[14] BFH, Beschl. v. 20.1.2003 – Az. IX B 94/02 – BFH/NV 2003, 617.
[15] *Drüen,* in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 189. Akt. 2026, § 41 AO Rn. 30.
[16] *Ratschow,* in: Klein, AO, 19. Aufl. 2025, § 42 Rn. 121.
[17] Zum Verhältnis dieser Voraussetzungen zu § 42 AO und zu § 41 Abs. 2 AO ausführlich *Widera* (Fn. 1), S. 68 ff.
[18] Vgl. BFH, Urt. v. 16.2.1990 – Az. III R 21/86 – BStBl. II 1990, 575; BMF v. 23.12.2010 – BStBl. I 2011, 37.
[19] BFH, Urt. v. 28.6.2002 – Az. IX R 68/99 – BStBl. II 2002, 699; Urt. v. 18.5.2004 – Az. IX R 83/00 – BStBl. II 2004, 898.
[20] Vgl. *Wassermeyer,* in: FS Offerhaus, 1999, S. 405 (410).
[21] Vgl. *Bilsdorfer,* StuW 1997, 51 (65).

zivilrechtlichen Wirksamkeit stellt,[22] fasst der VIII. Senat sämtliche Anerkennungsvoraussetzungen unter den Fremdvergleich zusammen.[23] Eine einheitliche Prüfungsmethode zur steuerlichen Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen besteht folglich weder in der Literatur noch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Von Bedeutung ist dies vor allem für die Prüfungsstruktur. Auf das Ergebnis wirkt es sich nach der hier vertretenen Ansicht dagegen kaum aus, weil die einzelnen Kriterien ohnehin stets im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen sind, wie noch näher unter C. I. 2. zu zeigen sein wird.

IV. Grundrechtliche Implikationen der steuerlichen Prüfung

Verträge zwischen fremden Dritten unterliegen demgegenüber keiner solchen gesonderten Prüfung. Vereinbarungen zwischen fremden Vertragsparteien liegt die Vermutung zugrunde, dass die Beteiligten hierbei jeweils eigennützig und wirtschaftlich rational handeln.[24] Ihren Vereinbarungen kommt daher eine „Richtigkeitsgewähr“[25] zu, sodass sie, vorbehaltlich der allgemeinen Missbrauchskontrolle, als steuerlich beachtlich anerkannt werden. So besteht etwa bei gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsabreden zwischen fremden Gesellschaftern eine tatsächliche Vermutung dahin, dass die vereinbarten Konditionen dem tatsächlichen Beitrag des Gesellschafters entsprechen.[26] Verträge unter nahen Angehörigen unterliegen stattdessen einer widerlegbaren Missbrauchsvermutung[27] und müssen daher die vorstehend dargestellten, zusätzlichen Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen. Indem die Anerkennungsvoraussetzungen Angehörige einer strengeren Kontrolle unterwerfen als fremde Dritte, berühren sie neben Art. 3 Abs. 1 GG auch den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1GG, der Ehe und Familie nicht nur defensiv gegen staatliche Eingriffe schützt, sondern den Staat darüber hinaus positiv zu ihrer Förderung verpflichtet.[28] Damit stellt sich die Frage des Verhältnisses beider Grundrechte zueinander. Nach allgemeinen Grundsätzen der Grundrechtskonkurrenz verdrängen sich Freiheits- und Gleichheitsrechte nicht gegenseitig, doch kann ein einschlägiges Freiheitsrecht den Rechtfertigungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG beeinflussen.[29] Maßgeblich ist hierfür, zu welcher Norm die „engere sachliche Beziehung“[30] besteht, wobei die Gewährleistungsgehalte des zurücktretenden Grundrechts gleichwohl fortwirken können.[31] Ob konkret Art. 3 Abs. 1 GG durch Art. 6 Abs. 1 GG verdrängt wird[32] oder vielmehr in Verbindung mit diesem zur Anwendung gelangt,[33] ist ungeklärt. Maßgeblich bleibt jedenfalls, dass die Heranziehung des Art. 6 Abs. 1 GG den Kontrollmaßstab von einer bloßen Willkürprüfung zu einer Verhältnismäßigkeitskontrolle verschärft.[34] Eine Regelung, die nahe Angehörige gegenüber fremden Dritten schlechterstellt, ist demnach im Wege „praktischer Konkordanz“[35] mit dem Anliegen einer gleichmäßigen Besteuerung in Einklang zu bringen.[36] Das Interesse an der Missbrauchsvermeidung rechtfertigt es nicht, die Belange der Steuerpflichtigen einseitig zurückzustellen.[37] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bildet damit den maßgeblichen Beurteilungsmaßstab, der den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zugrunde liegt.[38]

C. Der Fremdvergleich als zentrale Prüfungsmethode

Der Fremdvergleich ist ein Kriterium verfahrensrechtlicher Natur, das primär der Sachverhaltsfeststellung dient.[39] Sein wesentlicher Zweck besteht darin, innere Tatsachen aufzuklären, die einer unmittelbaren Beobachtung nicht zugänglich sind,[40] etwa die tatsächliche Motivation hinter einer Vermögensverschiebung oder die Ernsthaftigkeit einer Vereinbarung.

I. Normativ-dogmatische Ebene: Das Gebot der Gesamtwürdigung

1. Indizienbeweis und Rechtsfortbildung

Um diese inneren Tatsachen feststellen zu können, zieht die Rechtsprechung äußere Beweisanzeichen, sog. Indizien, heran.[41] Maßgebliche innere Tatsache ist dabei, ob die Vermögenszuwendung auf einem Leistungsaustauschverhältnis und damit auf betrieblicher Veranlassung beruht oder ihren Grund in der familiären Beziehung hat.[42] Konkretisiert wird dies durch die Ernstlichkeit der Vereinbarung. Zweifel an der Betätigung eines Rechtsbindungswillens sind zugleich Zweifel an der betrieblichen Veranlassung.[43] Für Verträge unter nahen Angehörigen bedeutet dies, dass sich die private Veranlassung der Zuwendung aus den Indizien ergeben muss. Welche das sind, gibt der BFH als

[22] Exemplarisch BFH, Urt. v. 22.2.2007 – Az. IX R 45/06 – BStBl. II 2011, 21.
[23] Exemplarisch BFH, Urt. v. 18.12.2001 – Az. VIII R 69/98 – BStBl. II 2002, 354.
[24] *Osterloh* (Fn. 3), S. 389.
[25] *Widera* (Fn. 1), S. 84.
[26] BFH, Beschl. v. 29.5.1972 – Az. GrS 4/71 – BStBl. II 1973, 5.
[27] Vgl. *Hey,* DStJG 33 (2010), 167 (169 f.).
[28] Vgl. BVerfGE 6, 55 (76).
[29] *Kischel,* in: BeckOK, GG, 65. Edt., März 2026, Art. 3 Rn. 4.
[30] BVerfGE 67, 186 (195); 75, 348 (357).
[31] BVerfGE 75, 382 (393); 82, 60 (86).
[32] So etwa BVerfGE 99, 216 (232).
[33] So etwa BVerfGE 103, 242 (263).
[34] Vgl. BVerfGE 111, 160 (169 f.); 162, 277 (312).
[35] *Hesse,* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., 1999, Rn. 72.
[36] *Widera* (Fn. 1), S. 81.
[37] *Widera* (Fn. 1), S. 80.
[38] *Widera* (Fn. 1), S. 81.
[39] *Wolff-Diepenbrock,* in: FS Beisse, 1997, S. 581 ff.; *Fischer,* DStZ 1997, 357 (358); *Pezzer,* DStZ 2002, 850 (852); a.A. Einordnung materiellrechtlicher Natur *Wassermeyer* (Fn. 20), S. 407.
[40] Vgl. BFH, Urt. v. 16.2.1990 – Az. III R 21/86 – BStBl. II 1990, 575.
[41] Vgl. BFH, Urt. v. 7.5.1996 – Az. IX R 69/94 – BStBl. II 1997, 196 (197).
[42] BFH, Beschl. v. 27.11.1989 – Az. GrS 1/88 – BStBl. II 1990, 160.
[43] Vgl. *Osterloh* (Fn. 3), S. 407.

Revisionsinstanz im Wege der Rechtsfortbildung vor.[44] Dass der BFH das Recht fortbilden darf, ist nicht nur weithin anerkannt,[45] sondern findet sich auch in §§ 11 Abs. 4, 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO. Im konkreten Fall obliegt es dann in der Regel dem Finanzgericht als Tatsachengericht, nach freier Überzeugung zu beurteilen, welche Absichten der Steuerpflichtige verfolge.[46] Liegen im Einzelfall entsprechende Indizien vor, sind diese unter Berücksichtigung aller weiteren Umstände im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu bewerten.[47] Im Folgenden ist auf die hierzu ergangene Rechtsprechung des BVerfG einzugehen.

2. Verfassungsrechtliche Herleitung: Die „Oder-Konto"-Entscheidungen

Das BVerfG hat mit seinen „Oder-Konto"-Entscheidungen[48] den normativen Rahmen für die steuerliche Überprüfung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen grundlegend geprägt. Das BVerfG beschrieb es als objektiv willkürlich, ein Ehegattenarbeitsverhältnis allein aus dem Grund einkommensteuerlich nicht anzuerkennen, dass der Arbeitgeber-Ehegatte den Lohn auf ein Bankkonto überweist, über das beide Ehegatten jeweils einzeln verfügen können (sog. Oder-Konto).[49] Den strengeren Prüfungsmaßstab als solchen beanstandete es dabei nicht. Die ständige Rechtsprechung des BFH, Verträge zwischen Ehegatten nur bei eindeutiger und ernstlicher Vereinbarung sowie tatsächlicher Durchführung anzuerkennen, hielt es für verfassungsgemäß.[50] Ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse ein Arbeitsverhältnis ernsthaft vereinbart und durchgeführt und werden insbesondere die Arbeitsleistungen angemessen vergütet, sei die betriebliche Veranlassung nicht mehr beweisbedürftig.[51] Werde dennoch allein auf die Überweisung auf das Oder-Konto abgestellt, richte sich die Prüfung nicht mehr gegen einen zweifelhaften, sondern gegen einen bereits feststehenden Sachverhalt.[52] In einem solchen Fall liege eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG vor, da Ehegatten hinsichtlich eines gleichen Sachverhalts zu familiär nicht verbundenen Partnern willkürlich ungleich behandelt würden.[53] Damit entfällt der sachliche Grund, der die Ungleichbehandlung trägt. Denn die Missbrauchsgefahr rechtfertigt die Aufklärung eines ungewissen Sachverhalts, nicht aber die Nachprüfung eines geklärten.[54] Im Ergebnis bestätigte das BVerfG also die Spruchpraxis des BFH, äußerlich erkennbare Merkmale indiziell heranzuziehen. Gleichwohl stellte es klar, dass einzelne dieser Indizien nicht zu eigenständigen Tatbestandsmerkmalen verselbständigt werden dürfen.[55] Eine derartige Verselbständigung ist *in concreto* anzunehmen, wenn eine Beweisregel in Gestalt einer „Immer-dann"-Formel ausgestaltet ist und dabei die übrigen Umstände des Einzelfalls – namentlich andere Indizien – unberücksichtigt lässt.[56] Dadurch geprägt ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH nunmehr eine Gesamtwürdigung aller objektiven Gegebenheiten geboten, bei welcher nicht jede Abweichung vom Fremdüblichen sofort zur steuerlichen Nichtanerkennung führen darf.[57] Die Entscheidung des BVerfG provozierte zunächst unterschiedlich ausfallende Reaktionen. Teilweise wurde sie als „gravierender Eingriff in die Kompetenz der Fachgerichte"[58] beschrieben. Dem Tatsachenrichter werde faktisch untersagt, das Oder-Konto zu berücksichtigen, sobald das Ehegattenverhältnis anderweitig hinreichend sicher feststehe, was einem „Gebot vorweggenommener Beweiswürdigung" gleichkäme und den Tatsachenrichter damit unzumutbar in der Nutzung aller verfügbaren Beweismittel einschränke.[59] Demgegenüber wurde etwa von *Hoffmann* keine Beschränkung, sondern eher eine Befreiung gesehen. An die Stelle eines überzogenen Formalismus trete die tatrichterliche Würdigung des Einzelfalls unter Abwägung aller vorliegenden Sachverhaltsmerkmale.[60] Auch *Felix* würdigte die durch die Entscheidung eingeleitete Abkehr vom Formalismus als Fortschritt.[61] Das BMF blieb dieser Rechtsprechungsentwicklung gegenüber zunächst reserviert[62] und belegte eine Folgeentscheidung des BFH,[63] die dem Umstand der zivilrechtlichen Unwirksamkeit eines Vertragsabschlusses in Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben lediglich indizielle Bedeutung beigemessen hatte, mit einem Nichtanwendungserlass,[64] der wohl als rechtswidrig einzustufen ist.[65] Mittlerweile geht aber auch das BMF ausdrücklich von der bloßen Indizwirkung aus.[66] Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass alle Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung von Verträgen unter nahen Angehörigen lediglich Indizien darstellen, die erst im Rahmen einer Gesamtwürdigung geeignet sein können, die betriebliche Veranlassung einer Zuwendung

[44] Dazu ausführlich *Hintze,* Indizien in der Finanzrechtsprechung, 2008, S. 197 f.
[45] Vgl. *Englisch,* in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 25. Aufl. 2024, Rz. 5.82.
[46] *Weber-Grellet,* DStR-Beih 2007, 40 (40).
[47] *Hintze* (Fn. 44), S. 195.
[48] BVerfG DStR 1995, 1908; NJW 1996, 834; Beschl. v. 9.1.1996 – Az. 2 BvR 796/91 – BeckRS 1996, 12524; Beschl. v. 15.8.1996 – Az. 2 BvR 3027/95 – DB 1996, 2470.
[49] BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[50] Vgl. BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[51] BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[52] BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[53] BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[54] BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[55] BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[56] *Anzinger,* Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung im Ertragsteuerrecht, 2006, S. 155.
[57] St. Rspr., vgl. BFH, Urt. v. 7.5.1996 – Az. IX R 69/94 – BStBl. II 1997, 196 (197).
[58] So *Sangmeister,* NJW 1996, 827 (830).
[59] *Sangmeister,* NJW 1996, 827 (830).
[60] *Hoffmann,* DStR 1997, 649 (649).
[61] *Felix,* FR 1996, 729 (737).
[62] So *Spindler,* DStR 2007, 1061 (1064), Fn. 62.
[63] BFH, Urt. v. 7.6.2006 – Az. IX R 4/04 – BStBl. II 2007, 294.
[64] Vgl. BMF v. 2.4.2007 – BStBl. I 2007, 441.
[65] So *Tiedtke/Möllmann,* DStR 2007, 1940 (1946), wonach sich das BMF bewusst über das geltende Recht hinweggesetzt und gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen habe.
[66] Vgl. BMF v. 23.12.2010 – BStBl. I 2011, 37, womit der in Fn. 64 genannte Nichtanwendungserlass aufgehoben wurde.

auszuschließen, wobei ihnen im Einzelfall eine unterschiedliche oder sogar keine Bedeutung zukommen kann.[67]

3. Reichweite und Disponibilität der Gesamtwürdigung

Fraglich ist, ob von einer solchen umfassenden Gesamtwürdigung aller Einzelfallumstände aus Praktikabilitätsgründen abgesehen werden kann. *Sieker* verneint, dass die Rechtsprechung eine stets pauschale Würdigung aller Indizien verlange.[68] Eine Gesamtbetrachtung sei nur dann sinnvoll, wenn es um die Beurteilung einer konkreten Voraussetzung, wie etwa die der tatsächlichen Durchführung, gehe.[69] Andere Stimmen sprechen sich demgegenüber für eine stets vorzunehmende Gesamtwürdigung aus.[70] *Widera* begründet dies damit, dass die Gesamtwürdigung nicht nur Prüfungsmaßstab, sondern zugleich der Anlass sei, aus dem heraus ein Vertrag überhaupt einer Überprüfung unterzogen werde, womit sie unentbehrlich für eine sachgerechte Missbrauchsabwehr sei.[71] Die Fragestellung lässt sich letztlich auf ihren verfassungsrechtlichen Kern reduzieren. Entscheidend ist, ob ein Absehen mit den Wertentscheidungen des Grundgesetzes vereinbar ist. Nach der ständigen Judikatur des BVerfG dürfen Praktikabilitätserwägungen den immanenten Wertentscheidungen des Art. 6 Abs. 1 GG nicht vorangestellt werden.[72] Zweckmäßigkeitsentscheidungen vermögen verfassungsrechtliche Wertungen nicht zu verdrängen.[73] Ein Absehen ist daher nur insoweit zulässig, als die verfassungsrechtlichen Garantien gewahrt bleiben. Dies sei nach *Anzinger* dann der Fall, wenn aus einem einzelnen Erfahrungssatz auf eine Tatsache geschlossen werden könne, die stark genug ist, einen Anscheinsbeweis zu begründen.[74] Die aus dem Anscheinsbeweis gewonnene Überzeugung muss erschütterbar bleiben.[75] Zentral bleibt folglich, dass, wenn von einer Gesamtwürdigung abgesehen werden sollte, die Möglichkeit des Gegenbeweises stets bestehen muss.

4. BVerfG-Beschluss vom 27.5.2025

Dass die Gesamtwürdigung und das als zentral erachtete Kriterium der Möglichkeit des Gegenbeweises bis heute in der Vollzugspraxis nicht verlässlich umgesetzt werden, verdeutlicht exemplarisch ein jüngerer Beschluss des BVerfG vom 27.5.2025.[76] Das FG Thüringen hatte sich der Auffassung des Finanzamts angeschlossen, welches den Betriebsausgabenabzug einer Gestaltung zwischen zwei Schwestergesellschaften versagt hatte, weil es an einer zeitnahen schriftlichen Fixierung der Vereinbarung fehlte und die Gestaltung deshalb nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz standhalte.[77] Die Entscheidung betrifft zwar keine Angehörigen, ist aber übertragbar, da in beiden Konstellationen der wirtschaftliche Interessengegensatz fehlt. Das BVerfG hob das Urteil auf und verwies die Sache zurück. Das FG sei vom Rechtsprechungsgrundsatz der Gesamtwürdigung abgewichen, indem es ausschließlich auf das Fehlen einer schriftlichen Vereinbarung abgestellt habe und sämtliche weiteren Beweisanträge unberücksichtigt gelassen habe.[78] Dadurch habe es die Schriftform faktisch zur zwingenden Voraussetzung für den Betriebsausgabenabzug nach § 4 Abs. 4 EStG erhoben und entferne sich damit in nicht mehr nachvollziehbarer Weise von der höchstrichterlichen Rechtsprechung.[79] Diese Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht bedeutsam. Sie belegt zunächst, dass das BVerfG nach wie vor konsequent an der „Oder-Konto"-Rechtsprechung festhält. Sie zeigt darüber hinaus, dass die schematische Handhabung einzelner Formkriterien kein überwundenes Phänomen ist, sondern bis in die Gegenwart ein fortwährendes Problem darstellt.

5. Zwischenfazit

Die vorstehende Analyse zeigt, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die steuerliche Überprüfung von Angehörigenverträgen in Rechtsprechung, Verwaltung und Literatur dem Grunde nach anerkannt sind. Der BFH hat die Rechtsprechung des BVerfG weiterentwickelt, das BMF übernimmt sie und das Schrifttum stimmt überwiegend zu. Ein normativer Dissens besteht mithin nicht. Gleichwohl offenbart der BVerfG-Beschluss vom 27.5.2025 eine erhebliche Umsetzungslücke. Dies ist weder in der Rechtsprechungspraxis und schon gar nicht in der Verwaltungspraxis ein Einzelfall. Der Befund deutet vielmehr auf ein strukturelles Muster hin, in dem die gebotene Gesamtwürdigung durch schematische Kriterien ersetzt wird. Worin dieses Defizit im Einzelnen besteht und wie es sich auf die Vollzugspraxis auswirkt, ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

II. Vollzugsebene

1. Strukturelle Defizite der Sachverhaltsfeststellung

Eine tragfähige Gesamtwürdigung setzt voraus, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt hinreichend aufgeklärt ist. Die Gesamtwürdigung ist nicht besser als die

[67] *Wolff-Diepenbrock* (Fn. 39), S. 584 f.; *Felix,* FR 1996, 729 (732); *Pezzer,* DStZ 2002, 850 (853 f.); *Seeger,* DStR 1998, 1339 (1342); *Heuermann,* StuW 2009, 356 (356); *Hintze* (Fn. 44), S. 184; *Pahlke,* DStR-Beih 2011, 66 (71); *Bilsdorfer,* Der steuerliche Fremdvergleich bei Vereinbarungen unter nahestehenden Personen, 1996, S. 147; *Gosch,* DStZ 1997, 1 (7).
[68] *Sieker,* Umgehungsgeschäfte, 2001, S. 114.
[69] *Sieker* (Fn. 68), S. 114.
[70] Vgl. *Hoffmann,* DStR 1998, 313 (317).
[71] *Widera* (Fn. 1), S. 98.
[72] Vgl. BVerfGE 6, 55 (83 f.); 13, 318 (330); 26, 321 (326 f.).
[73] Vgl. BVerfGE 6, 55 (83 f.); 13, 318 (330); 26, 321 (326 f.).
[74] *Anzinger* (Fn. 56), S. 157.
[75] *Anzinger* (Fn. 56), S. 157.
[76] BVerfG DStR 2025, 1569.
[77] FG Thüringen, Urt. v. 30.3.2022 – Az. 1 K 68/17 – BeckRS 2022, 61063, Rn. 21 f.
[78] Vgl. BVerfG DStR 2025, 1569 (1572).
[79] Vgl. BVerfG DStR 2025, 1569 (1572).

Tatsachengrundlage, auf der sie beruht. Eben an dieser Stelle liegt das zentrale strukturelle Defizit. Die Finanzverwaltung ist eine Massenverwaltung und damit zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Sachverhaltsermittlung in jedem Einzelfall faktisch nicht in der Lage.[80] Insofern besteht eine „Diskrepanz zwischen ihrem gesetzlichen Leistungsauftrag und ihrem Leistungsvermögen“,[81] die sich unmittelbar auf die Qualität der Sachverhaltsaufklärung auswirkt. Dazu kommt, dass dem Steuerpflichtigen bei inneren Tatsachen wie der die Zuwendung tragenden Veranlassung eine faktische Monopolstellung zukommt. Denn die zugrundeliegende Motivation ist einer objektiven Beobachtung grundsätzlich nicht zugänglich.[82] Diesem Umstand wird allgemein durch die Mitwirkungsverpflichtung bei der Sachverhaltsermittlung in § 90 Abs. 1 S. 1 AO Rechnung getragen. Der Steuerpflichtige kommt seiner Mitwirkungspflicht insbesondere dadurch nach, dass er die für die Besteuerung erheblichen Tatsachen vollständig offenlegt und die ihm bekannten Beweismittel angibt, § 90Abs. 1 S. 2 AO. Dabei ändert die Mitwirkungspflicht nichts an der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung. Der Steuerpflichtige bleibt lediglich „Ermittlungsgehilfe“[83] in einem gegen ihn gerichteten Verfahren.[84] Die Zuständigkeit für die Sachverhaltsaufklärung bleibt bei der Finanzverwaltung.[85] Eine unterbliebene Mitwirkung durch den Steuerpflichtigen führt nicht zur Entlastung der Finanzverwaltung, wenn diese den Sachverhalt falsch aufklärt.[86] Erfüllt der Steuerpflichtige diese Mitwirkungspflicht, liegt es nahe, anzunehmen, dass das Finanzamt den Sachverhalt aufklären kann. In der Praxis versagt dieses Zusammenspiel dennoch regelmäßig. Wie *Bilsdorfer* hervorhebt, findet eine umfassende Sachverhaltsermittlung faktisch selten statt, stattdessen wird eine Gestaltung vorschnell als unüblich eingestuft.[87] Dabei erhält der Steuerpflichtige keine Gelegenheit, die betriebliche Veranlassung mittels eines substantiierten Gegenvortrags nachzuweisen.[88] Allein die Unüblichkeit einer Gestaltung entbindet die Verwaltung nicht von ihrer Sachverhaltsaufklärungspflicht,[89] denn die Frage nach der betrieblichen Veranlassung setzt stets eine hinreichende Ermittlung voraus.[90] Weiterhin setzt eine Entscheidung nach Beweislast die vorherige Ausschöpfung aller behördlichen Ermittlungsmöglichkeiten voraus.[91] Werden stattdessen unwiderlegbare Beweisvermutungen aufgestellt, wird den verfahrensrechtlichen Grundsätzen über die Sachverhaltsaufklärung nicht entsprochen[92] und damit zugleich gegen die „Oder-Konto“-Grundsätze des BVerfG verstoßen, die dem Steuerpflichtigen stets die Möglichkeit des Gegenbeweises sichern.[93] Jedoch lässt sich dieser Zustand in gewisser Weise nachvollziehen. Denn auch der Steuerpflichtige selbst ist regelmäßig nur eingeschränkt in der Lage, substantiierte und nachprüfbare Tatsachen zur Ernsthaftigkeit seiner Vereinbarung darzulegen.[94] Es ist daher zumindest fraglich, inwiefern es dem Steuerpflichtigen – vor allem aus der Sicht der Finanzverwaltung – möglich ist, einen tauglichen Gegenbeweis zu erbringen. Infolgedessen führen verbleibende tatsächliche Zweifel im Sinne eines *non liquet* dazu, dass das Risiko der Nichtaufklärbarkeit dem Steuerpflichtigen zugewiesen wird,[95] da dieser insbesondere bei steuerbefreienden und steuermindernden Tatsachen die Beweislast trägt.[96] *De facto* scheitert die Gesamtwürdigung oftmals folglich an beiden Seiten zugleich. Die Verwaltung kann den Sachverhalt nicht vollständig aufklären und der Steuerpflichtige kann den ihm obliegenden Gegenbeweis qualitativ häufig nicht erbringen. In dieser Konstellation liegt es nahe, dass das Finanzamt eine Gestaltung schlicht als unüblich einstuft.

2. Finanzgerichtliche Kontrolle

Ermittelt die Finanzverwaltung den Sachverhalt unzureichend und bewertet die Gestaltung als unüblich, bleibt dem Steuerpflichtigen nur der Rechtsweg zu den Finanzgerichten. Auch diese sind gem. § 76 Abs. 1 S. 1 FGO von Amts wegen zur Erforschung des Sachverhalts verpflichtet (Untersuchungsgrundsatz). Die Art und Weise der Sachverhaltsaufklärung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, das – soweit Anlass dazu besteht – den Sachverhalt so vollständig wie möglich aufklären muss.[97] In der Praxis vermag der finanzgerichtliche Rechtsschutz die Verwaltungspraxis indes nicht zu kompensieren. Auch Finanzgerichte kommen ihrer Sachverhaltserforschungspflicht nicht stets vollumfänglich nach und lassen den Gegenbeweis des Steuerpflichtigen in vergleichbarer Weise unberücksichtigt. Der bereits dargestellte BVerfG-Beschluss belegt dies beispielhaft. Das FG Thüringen ließ weitere Beweisanträge des Steuerpflichtigen unberücksichtigt und beging damit exakt denselben Fehler, den das BVerfG bereits Jahrzehnte zuvor als verfassungswidrig qualifiziert hatte. Aber auch weitere erstinstanzliche Urteile zeigen das Problem einer

[80] *Müller-Franken,* Maßvolles Verwalten, 2004, S. 113.
[81] *Müller-Franken* (Fn. 80), S. 113.
[82] Dazu auch *Osterloh* (Fn. 3), S. 405.
[83] *Isensee,* Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 103 ff.; *Puhl,* DStR 1991, 1141 (1142); *Schuhmann,* DStZ 1986, 583 (584); *Wittmann,* StuW 1987, 35 (44).
[84] Vgl. *Schuhmann,* DStZ 1986, 583 (584).
[85] *Osterloh* (Fn. 3), S. 223 f.; *Schuhmann,* DStZ 1986, 583 (584).
[86] *Müller-Franken* (Fn. 80), S. 167.
[87] *Bilsdorfer* (Fn. 67), S. 76.
[88] *Bilsdorfer* (Fn. 67), S. 153.
[89] *Bender,* Grundlagen und Kriterien des steuerlichen Fremdvergleichs bei schenkweise eingeräumten Beteiligungen an Familienpersonengesellschaften, 2008, S. 161.
[90] *Drüen* (Fn. 15), § 41 AO Rn. 30.
[91] Vgl. *Wirfler,* in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 74. Edt. 2026, Rn. 1.
[92] Vgl. *Hahlweg,* in: Koenig, AO, 6. Aufl. 2026, § 88 Rn. 26.
[93] Vgl. *Anzinger* (Fn. 56), S. 157; *Hey,* DStJG 33 (2010), 167 (169 f.).
[94] *Osterloh* (Fn. 3), S. 405.
[95] *Osterloh* (Fn. 3), S. 407.
[96] Vgl. BFH, Urt. v. 5.11.1970 – Az. V R 71/67 – BStBl. II 1971, 220.
[97] *Herbert,* in: Gräber, FGO, 10. Aufl. 2025, § 76 Rn. 20.

fehlerhaften Gesamtwürdigung.[98] Dies liegt nicht allein an der unzureichenden Sachverhaltsermittlung, sondern auch daran, dass dem Fremdvergleich selbst kein hinreichend objektiver Prüfungsmaßstab zugrunde liegt.

3. Mangelnde Objektivität des Fremdvergleichs

Der Fremdvergleich orientiert sich als Prüfungsmaßstab daran, was unabhängige Dritte in vergleichbarer Lage als wirtschaftlich angemessen vereinbart hätten. Er ist damit seinem Wesen nach ein hypothetischer Fremdvergleich, der mangels realer Vergleichsdaten maßgeblich von den individuellen Vorstellungen und Erfahrungswerten des jeweiligen Entscheidungsträgers geprägt wird.[99] Das Ergebnis der Gesamtwürdigung ist damit das Produkt subjektiver Überzeugungsbildung.[100] Für den Steuerpflichtigen ist ihr Ergebnis zwar *ex post* nachvollziehbar, *ex ante* indessen kaum vorhersehbar.[101] Dies zeigen auch die empirischen Befunde *Fischers*, die Betriebsprüfer, Berater und Finanzrichter zu ihren Praxiserfahrungen befragt hat. Betriebsprüfer stützen sich demnach häufig auf Erfahrungswerte und beurteilen ungewöhnliche Gestaltungen pauschal als Indiz für familienbedingte Konstruktionen.[102] Finanzrichter kommen beim Fremdvergleich oft schon zu einem negativen Ergebnis, wenn die Verträge nicht „normal" sind, ohne die konkreten Maßstäbe zu benennen und weisen überdies auf die Schwierigkeit hin, geeignete Vergleichsfälle zu finden.[103] Berater nehmen die Haltung der Finanzverwaltung als tendenziell negativ wahr und zweifeln an der Objektivität des Fremdvergleichs, da dessen Inhalt perspektivenabhängig sei.[104] Gleichwohl wird der Fremdvergleich von allen Beteiligten als notwendiger Maßstab erachtet.[105] Insgesamt bestätigen die Befunde, dass das Objektivitätsdefizit dem Vollzugsdefizit der Massenverwaltung nicht bloß nachgelagert ist. Solange belastbare Kriterien für die Einordnung als fremdüblich fehlen, kann selbst eine vollständige Sachverhaltsermittlung keine verlässliche Grundlage für eine einheitliche Rechtsanwendung bieten.

D. Familienpersonengesellschaften

Die Grundsätze des Fremdvergleichs und der Gesamtwürdigung erfahren bei Familienpersonengesellschaften eine besondere Bedeutung. Eine typische Form der Einkünfteverlagerung besteht darin, dass der bisherige Einzelunternehmer sein Unternehmen in eine neu gegründete Personengesellschaft einbringt und es zu gemeinschaftlichem Vermögen macht.[106] Mangels eigener ausreichender Mittel der Kinder zur Erbringung einer Einlage erfolgt deren Beteiligung in der Praxis entweder im Wege der Umbuchung vom Kapitalkonto des bisherigen Einzelunternehmers auf die Festkapitalkonten der Kinder oder mittels vorgelagerter Schenkung des hierfür erforderlichen Geldbetrags durch die Eltern.[107] Der Anreiz zur Einkünfteverlagerung auf oftmals minderjährige und sonstige unterhaltsbedürftige Angehörige ist hierbei groß.[108] Das Kind ist selbständiges Steuersubjekt und erhält den vollen Grundfreibetrag (§ 32a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EStG), während den Eltern, unabhängig von den Einkünften des Kindes, zugleich die Freibeträge des § 32 Abs. 6 EStG zustehen. Der Bedarf des Kindes wird damit zweimal berücksichtigt: bei dem Kind über den Grundfreibetrag und bei den Eltern über den Kinderfreibetrag. Treffend ist insoweit von einer „Begünstigungskumulation des steuerfreien Existenzminimums"[109] oder von einem „doppelten"[110] Ansatz die Rede. Grundsätzlich liegt dabei kein Missbrauch vor, wenn lediglich der bei subjektübergreifender Betrachtung entstehende Progressionsvorteil genutzt wird.[111] Die Gestaltungen sind damit nicht als solche zu beanstanden, wohl aber in ihren tatsächlichen Grundlagen überprüfungsbedürftig. Gerade diese Überprüfung ist bei Familienpersonengesellschaften erschwert. Anders als bei einfachen Leistungsbeziehungen unter nahen Angehörigen treffen die Anerkennungsvoraussetzungen auf komplexe Gestaltungen mit Vermögensübertragung und gleichzeitiger schuldrechtlicher Bindung, bei denen die Trennung zwischen privater Lebensführung (§ 12 EStG) und betrieblicher Einkünfteerzielung (§ 4 Abs. 4 EStG) strukturell erschwert ist. Familie und Unternehmen bilden eine „koevolutionäre Einheit"[112], in der beide Sphären so eng miteinander verwoben sind, dass eine klare Trennung oft nur künstlich möglich ist.[113] Das bereits herausgearbeitete Problem der Feststellung innerer Tatsachen potenziert sich damit bei Familienpersonengesellschaften.[114]

I. Grundlagen

1. Begriff

Eine Familienpersonengesellschaft liegt vor, wenn mehrere Familienmitglieder an einer Personengesellschaft beteiligt sind.[115] Dazu lassen sich aber auch juristische Personen

[98] Vgl. FG-Urteile aufhebend BFH, Urt. v. 19.8.2008 – Az. IX R 23/07 – BFH/NV 2009, 12; DStRE 2014, 503; DStR 2016, 2947; DStR 2021, 213; DStR 2021, 596; DStRE 2023, 1157; Urt. v. 22.7.2025 – Az. VIII R 23/23 – BFH/NV 2025, 1283.
[99] In dem Sinne auch *Osterloh* (Fn. 3), S. 410 ff.
[100] *Anzinger* (Fn. 56), S. 350.
[101] *Anzinger* (Fn. 56), S. 350.
[102] *Fischer,* Die Gewinnverteilung von Familienunternehmen, 2019, S. 197.
[103] *Fischer* (Fn. 102), S. 197.
[104] *Fischer* (Fn. 102), S. 198 f.
[105] *Fischer* (Fn. 102), S. 200.
[106] *Crezelius,* StuW 1995, 313 (319).
[107] *Dischinger,* Typisierung steuersparender Sachverhaltsgestaltungen zwischen Eltern und Kindern im Einkommensteuerrecht, 1997, S. 28.
[108] *Grieger,* DStZ 1961, 81 (82 ff.).
[109] *Dischinger* (Fn. 107), S. 13.
[110] *Hey,* in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 25. Aufl. 2024, Rz. 8.103.
[111] *Ratschow* (Fn. 16), § 42 Rn. 129.
[112] Begriff in Anlehnung an die Systemtheorie *Luhmanns,* vgl. *Fischer* (Fn. 102), S. 167 ff.
[113] *Fischer* (Fn. 102), S. 240.
[114] Siehe oben unter C. II. 1.
[115] *Zimmermann et al.,* Die Personengesellschaft im Steuerrecht, 12. Aufl. 2017, S. 739.

zählen, wenn sie in Personengesellschaften mit einbezogen werden und die Anteilseigner Familienangehörige sind.[116] Familienunternehmen stellen ca. 90 % aller Unternehmen in Deutschland dar.[117] Auch wenn nur ein Teil von ihnen als Familienpersonengesellschaft geführt wird, entfalten die Grundsätze zur steuerlichen Anerkennung damit erhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung.

2. Steuersubjektivität

An den so umrissenen Begriff schließt sich die Frage nach der steuerlichen Subjektqualität an. Während Personengesellschaften zivilrechtlich seit dem MoPeG[118] auch ausdrücklich gesetzlich als Gruppe rechtsfähig sind[119] – OHG und KG stets und die GbR als Außengesellschaft gem. § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n.F. – knüpft das Steuerrecht hingegen an diese zivilrechtliche Entwicklung nicht an und erkennt der Personengesellschaft keine allgemeine Rechtspersönlichkeit zu.[120] Personengesellschaften sind weder in der abschließenden Aufzählung der §§ 1, 2 KStG noch in § 1 EStG als Steuersubjekt erfasst. Stattdessen nimmt das Steuerrecht ihre rechtliche Existenz lediglich zum Ausgangspunkt für die Einkommensbesteuerung ihrer Gesellschafter,[121] indem es nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 EStG auf deren Gewinnanteile durchgreift.[122] Die erzielten Einkünfte werden den Gesellschaftern anteilig als originäre eigene Einkünfte zugerechnet und bei diesen der Einkommensteuer (ggf. der Körperschaftsteuer) unterworfen (Transparenzprinzip).[123] Eine gewisse steuerrechtliche Teilrechtsfähigkeit kommt der Personengesellschaft insoweit zu, als Art und Höhe der Einkünfte bereits auf Ebene der Gesellschaft festgestellt werden.[124] Die Gesellschaft ist damit Subjekt der Einkünfteerzielung und -ermittlung, nicht jedoch Besteuerungssubjekt.[125] Die Transparenz der Personengesellschaft ist gleichzeitig der Ausgangspunkt für Gestaltungen durch Familienpersonengesellschaften. Die Einkommensteuer folgt als Individualsteuer einem progressiven Tarif (§ 32a EStG).[126] Daher ermöglicht die Übertragung einer Einkunftsquelle auf einkommensschwächere Angehörige, etwa durch schenkweise Einräumung des Kommanditanteils, eine Verlagerung von Gewinnanteilen in deren niedrigere Progressionszonen unter gleichzeitiger Aktivierung ihrer Grundfreibeträge.[127] Dies führt im Regelfall zu einer spürbaren Abflachung der Gesamtsteuerbelastung im Familienverbund. Gerade dieser, dem Gesetz nach zulässige, Gestaltungsanreiz bedingt die steuerliche Prüfung von Familienpersonengesellschaften.[128]

II. Steuerliche Anerkennung der Familienpersonengesellschaft

Bei der steuerlichen Beurteilung von Familienpersonengesellschaften ist zwischen zwei Prüfungsebenen zu differenzieren. Zunächst ist festzustellen, ob die Gesellschaft als solche steuerlich anzuerkennen ist, was insbesondere anhand des Mitunternehmerbegriffs erfolgt. Hiervon getrennt ist sodann die Frage zu prüfen, ob die vereinbarte Gewinnverteilung steuerlich anerkannt werden kann.[129]

1. Steuerliche Anerkennung der Gesellschaft als solcher

Auch bei Familienpersonengesellschaften ist weder in Rechtsprechung noch in Literatur eine klare Linie festzustellen, innerhalb welcher konkreter Maßstäbe der Fremdvergleich durchzuführen ist.[130] Dies ist keine Besonderheit, sondern setzt die bereits festgestellte fehlende einheitliche Prüfungsdogmatik auf einer komplexeren Ebene fort.

a) Mitunternehmerstellung

Für das Vorliegen einer eigenen Einkunftsquelle des Familienpersonengesellschafters ist dessen Mitunternehmerstellung von entscheidender Bedeutung.[131] Werden nahe Angehörige zu Mitunternehmern, werden diesen die im Rahmen der Mitunternehmerschaft erwirtschafteten Einkünfte anteilig unmittelbar zugerechnet.[132] Der Begriff des Mitunternehmers ist ein genuin steuerrechtlicher Terminus und reicht in seinem Anwendungsbereich über den zivilrechtlichen Gesellschafterbegriff hinaus.[133] Dabei ist der Begriff des Mitunternehmers nicht legal definiert. Die Mitunternehmerstellung setzt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls voraus, dass der Gesellschafter der Personengesellschaft Mitunternehmerrisiko trägt, Mitunternehmerinitiative entfaltet und mit Gewinnerzielungsabsicht handelt.[134] Grundsätzlich sind die Kriterien für die Annahme einer gewerblichen und einer freiberuflichen Mitunternehmerschaft dieselben.[135]

---

[116] *Zimmermann et al.* (Fn. 115), S. 739.
[117] *Fels/Wolter,* Die volkswirtschaftliche Bedeutung von Familien- und Frauenunternehmen, IfM-Daten und Fakten Nr. 28, 2022, S. 10, https://hdl.handle.net/10419/251749, zuletzt abgerufen am 22.9.2026.
[118] Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz v. 10.8.2021, BGBl. I 2021, S. 3436.
[119] *Wertenbruch,* in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Bd. 1, 93. Akt. 2025, Rn. 34.
[120] *Stenert,* in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Bd. 3, 93. Akt. 2025, Rn. 25.
[121] BFH, Urt. v. 10.7.1980 – Az. IV R 136/77 – BStBl. II 1981, 84.
[122] *Stenert* (Fn. 120), Rn. 23.
[123] BFH, Beschl. v. 3.5.1993 – Az. GrS 3/92 – BStBl. II 1993, 616.
[124] BFH, Beschl. v. 3.7.1995 – Az. GrS 1/93 – BStBl. II 1995, 617.
[125] BFH, Urt. v. 3.2.2010 – Az. IV R 26/07 – BStBl. II 2010, 751.
[126] Vgl. etwa BVerfGE 66, 214 zum Grundsatz der Individualbesteuerung und zum Leistungsfähigkeitsprinzip.
[127] Dazu ausführlich *Groh,* DStJG 1 (2. Aufl. 1979), 97 (97 ff.).
[128] Vgl. BFH, Beschl. v. 29.5.1972 – Az. GrS 4/71 – BStBl. II 1973, 5.
[129] *Paschmanns,* KÖSDI 2025, 24101 (24103).
[130] So *Bender* (Fn. 89), S. 21.
[131] *Zimmermann et al.* (Fn. 115), S. 756.
[132] *Kahle,* in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 21.
[133] *Bode,* in: Brandis/Heuermann, EStG, 189. Akt. 2026, § 15 Rn. 222.
[134] BFH, Beschl. v. 25.6.1984 – Az. GrS 4/82 – BStBl. II 1984, 751; Urt. v. 22.6.2017 – Az. IV R 42/13 – BFH/NV 2018, 265; Urt. v. 13.7.2017 – Az. IV R 41/14 – BStBl. II 2017, 1133.
[135] Vgl. BFH, Urt. v. 3.11.2015 – Az. VIII R 63/13 – BStBl. II 2016, 383.

aa) Mitunternehmerrisiko und Mitunternehmerinitiative

Ein Mitunternehmerrisiko besteht in der Regel, wenn der Gesellschafter am Vermögen, am laufenden Gewinn und an den stillen Reserven des Anlagevermögens beteiligt ist.[136] Der Steuerpflichtige muss mithin am Erfolg des Unternehmens beteiligt sein[137] und ein Verlustrisiko des eigenen persönlichen Vermögens tragen, etwa durch Haftung, Gesellschafterbeiträge oder Vergleichbares.[138] Die Mitunternehmerinitiative besteht in der Teilhabe an oder dem Einfluss auf Unternehmensentscheidungen.[139]

bb) Gesamtbild der Verhältnisse

Insbesondere bei Familienpersonengesellschaften muss Wert auf das Gesamtbild der Verhältnisse bezüglich der einzelnen Beteiligungen gelegt werden, da erst in den ausformulierten Regelungen des Gesellschaftsvertrags ein außerbetriebliches Motiv für die Beteiligung erkennbar wird, sodass diese im Ergebnis keine betriebliche Einkunftsquelle darstellen kann.[140] Hierbei können die Voraussetzungen des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative unterschiedlich ausgeprägt sein, dürfen aber nicht gänzlich fehlen.[141] Der Mitunternehmerbegriff ist als offener Typusbegriff ausgestaltet.[142] Bei Typusbegriffen werden Merkmale vergleichbarer Fälle zu Fallgruppen gebündelt und unter einem einheitlichen Begriff zusammengefasst.[143] Liegen die typusprägenden Merkmale in einem Sachverhalt in hinreichender Zahl und Intensität vor, wird dieser dem entsprechenden Typus zugeordnet.[144] Diese Konstruktion des Typus ist nicht unumstritten.[145] Im Fokus dieser Kritik steht vor allem die Unvereinbarkeit von Typusbegriffen mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz[146] sowie die Befürchtung, dass Rechtsanwender durch solche Begriffe in originär legislative Kompetenzen eingreifen.[147] Im konkreten Fall wird darüber hinaus bezweifelt, ob es sich beim Mitunternehmerbegriff überhaupt um einen Typusbegriff handelt. Da die Merkmale der Mitunternehmerinitiative und des Mitunternehmerrisikos in einem kumulativen Verhältnis stünden und durch kasuistisch entwickelte Kriterien konkretisiert würden, spreche dies vielmehr für eine Einordnung als unbestimmter Rechtsbegriff mit klar strukturierter Tatbestandsordnung.[148] Zudem wird kritisiert, dass die Rechtsprechung den Mitunternehmerbegriff dazu nutze, Einkünfteverlagerungen mittels Familienpersonengesellschaft zu verhindern, was die Gestaltungsfreiheit des Steuerpflichtigen ohne gesetzliche Grundlage beschränke.[149] Diese Kritik ist im Kern nicht von der Hand zu weisen. Gleichwohl erweist sich der Mitunternehmerbegriff gerade hinsichtlich der „Oder-Konto"-Rechtsprechung als vorzugswürdig. Denn der BFH schafft es an dieser Stelle, den Vorgaben des BVerfG zu folgen, indem er den Mitunternehmerbegriff im Wege einer Gesamtwürdigung auslegt.[150]

b) Zivilrechtlich wirksamer Gesellschaftsvertrag

Ein Indiz für die Ernsthaftigkeit eines Gesellschaftsvertrags zwischen Familienangehörigen ist nach dem BFH dessen Abschluss in einer Form, die Zweifel an der zivilrechtlichen Wirksamkeit nicht aufkommen lässt.[151] *E contrario* bedeutet dies, dass einer etwaigen zivilrechtlichen Unwirksamkeit nur indizielle Bedeutung beizumessen ist.[152] Sie ist nur eines vieler Kriterien und darf nicht allein ausschlaggebend sein.[153] Diese Indizwirkung verstärke sich, so der BFH, wenn den Vertragsparteien die Nichtbeachtung von Formvorschriften vorgeworfen werden könne, was insbesondere bei klarer Zivilrechtslage der Fall sei.[154] An einer solchen fehle es, wenn sich für den konkreten Fall die Anwendbarkeit der Formvorschrift nicht aus dem Gesetzeswortlaut, sondern nur im Wege erweiternder Auslegung oder eines Analogieschlusses ergebe, diese Auslegung oder Analogie sich nicht ohne Weiteres aufdränge, keine veröffentlichte Rechtsprechung existiere, die eine derartige Auslegung oder Analogie bejahe und die analoge Anwendung der Formvorschriften auf vergleichbare Fälle auch in der allgemein zugänglichen Literatur nicht erörtert werde.[155] Der BFH verlagert damit den dogmatischen Ansatzpunkt. Nicht die zivilrechtliche Unwirksamkeit als solche führt zur Versagung der steuerlichen Anerkennung, sondern erst deren Vertretenmüssen durch die Parteien.[156] Selbst wenn die Indizwirkung durch das Vertretenmüssen verstärkt wird, verlangt die verfassungsrechtlich gebotene Gesamtwürdigung, dass alle relevanten Einzelfallumstände berücksichtigt werden.[157] Ein Formverstoß schließt die

[136] BFH, Beschl. v. 25.6.1984 – Az. GrS 4/82 – BStBl. II 1984, 751; Urt. v. 20.9.2018 – Az. IV R 39/11 – BStBl. II 2019, 131.
[137] BFH, Beschl. v. 25.6.1984 – Az. GrS 4/82 – BStBl. II 1984, 751; Urt. v. 28.10.1999 – Az. VIII R 66-70/97 – BStBl. II 2000, 183.
[138] BFH, Urt. v. 13.7.2017 – Az. IV R 41/14 – BStBl. II 2017, 1133.
[139] *Heinrichs,* in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 25. Aufl. 2024, Rz. 10.38.
[140] *Zimmermann et al.* (Fn. 115), S. 756.
[141] *Heinrichs* (Fn. 139), Rz. 10.38.
[142] BFH, Urt. v. 17.1.1980 – Az. IV R 115/76 – BStBl. II 1980, 336; Urt. v. 12.4.1991 – Az. III R 105/88 – BStBl. II 1991, 616; Urt. v. 1.8.1996 – Az. VIII R 12/94 – BStBl. II 1997, 272.
[143] *Tipke,* Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, 1982, S. 197.
[144] *Schenke,* Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 160.
[145] Vgl. etwa *Rüthers,* Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 570; *Kuhlen,* Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, S. 169; *Weber-Grellet,* in: FS Beisse, 1997, S. 551 ff.; *Mössner,* in: FS Kruse, 2001, S. 181.
[146] Vgl. *Mössner* (Fn. 145), S. 181.
[147] Vgl. *Weber-Grellet* (Fn. 145), S. 568 f.
[148] *Florstedt,* Stand und Entwicklung der steuerrechtlichen Mitunternehmerdoktrin, 2015, S. 74.
[149] *Florstedt* (Fn. 148), S. 74.
[150] *Bender* (Fn. 89), S. 166.
[151] BFH, Urt. v. 12.5.2016 – Az. IV R 27/13 – BFH/NV 2016, 1559.
[152] BFH, Urt. v. 12.5.2016 – Az. IV R 27/13 – BFH/NV 2016, 1559.
[153] *Bender* (Fn. 89), S. 40.
[154] BFH, Urt. v. 12.5.2009 – Az. IX R 46/08 – BStBl. II 2011, 24; Urt. v. 12.5.2016 – Az. IV R 27/13 – BFH/NV 2016, 1559; Urt. v. 22.2.2017 – Az. II R 52/14 – BStBl. II 2017, 653.
[155] BFH, Urt. v. 23.4.2009 – Az. IV R 24/08 – BFH/NV 2009, 1427.
[156] *Tiedtke/Möllmann,* DStR 2007, 1940 (1945).
[157] *Tiedtke/Möllmann,* DStR 2007, 1940 (1945).

steuerliche Anerkennung des vertraglich Vereinbarten daher nicht *eo ipso* aus.[158] Die zivilrechtliche Unwirksamkeit darf nicht zu einem eigenen Tatbestandsmerkmal verselbständigt werden.[159]

c) Beteiligung von Minderjährigen

Eine besonders konfliktträchtige Fallgruppe bildet die Beteiligung minderjähriger Kinder. Der BFH geht bei Verträgen zwischen Eltern und Kindern aufgrund gleichgerichteter Interessen davon aus, dass eine Missbrauchsgefahr besonders nahe liege[160] und verlangt daher schriftliche, vom Familiengericht genehmigte Verträge (§§ 1643, 1852 Nr. 2 BGB).[161] Da Minderjährige nicht unbeschränkt geschäftsfähig sind (§§ 104 Nr. 1, 106 BGB) und die Eltern wegen des Verbots des Selbstkontrahierens (§ 1824 BGB i.V.m. § 181 BGB) von der Vertretung ausgeschlossen sein können, ist regelmäßig ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Diesem ist bei Familienpersonengesellschaften dann – ebenso wie ggf. auch dem Familiengericht – Einsicht in geschäftsinterne Unterlagen zu gewähren, etwa zur Entscheidungsfindung bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung.[162] Dies macht die Aufnahme minderjähriger Kinder als Gesellschafter im Einzelfall unattraktiv. Oftmals möchten die Gesellschafter gerade nicht, dass Dritte Einfluss auf Entscheidungsprozesse innerhalb der Gesellschaft haben und diese ggf. verkomplizieren.[163] Gleichwohl kann der Vorteil durch Verlagerung von Gewinnanteilen auf Kinder mit niedrigem Steuersatz die damit verbundenen Transaktionskosten überwiegen, womit sich die Frage der Angemessenheit der Gewinnverteilung stellt.

2. Angemessenheit der Gewinnverteilung

Im Rahmen eines zweiten, von der Frage der steuerlichen Anerkennung der Gesellschaft als solcher unabhängigen Prüfungsschritts ist die Angemessenheit der Gewinnverteilung zu untersuchen.[164] Die Angemessenheitsprüfung betrifft den Bereich der Zurechnung der Einkünfte im Sinne des § 2 EStG. Ihre Grundlage findet sie in der im EStG angelegten Unterscheidung zwischen Einkommenserzielung und Einkommensverwendung, die in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG einerseits und dem grundsätzlichen Abzugsverbot für private Zuwendungen nach § 12 Nr. 2 EStG andererseits ihren Ausdruck gefunden hat.[165]

a) Gewinnverteilungsabrede

Für die Frage der Einkünftezurechnung nach § 2 EStG ist grundsätzlich die vom Steuerpflichtigen getroffene Regelung maßgeblich.[166] Da die Regelungen zur Gewinnverteilung dispositiv i.S.d. § 708 BGB sind,[167] kommt es primär auf eine Gewinnverteilungsabrede an, soweit diese auch tatsächlich vollzogen wird.[168] Fehlt eine solche, sind die Beteiligungsverhältnisse maßgeblich.[169] Zwar ist eine disproportionale Gewinnverteilung zivilrechtlich zulässig, doch können die steuerrechtlichen Vorschriften und Grundsätze dem entgegenstehen.[170] So werden Gewinnverteilungsabreden steuerlich nur anerkannt, soweit sie auf wirtschaftlichen Gründen beruhen und vor der Gewinnentstehung beschlossen worden sind.[171] Auch hier gelten die allgemeinen Grundsätze. Die Gewinnverteilungsabrede muss eindeutig und ernsthaft vereinbart sowie tatsächlich durchgeführt werden und einem Fremdvergleich standhalten.[172]

b) Angemessenheit der Gewinnverteilung und die 15 %-Grenze

Die Gewinnverteilung ist im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung (§§ 179, 180 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a AO i.V.m. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG) unabhängig von der zivilrechtlichen Gewinnverteilungsabrede auf ihre steuerliche Angemessenheit zu überprüfen.[173] Die Angemessenheit des Gewinnanteils ist insoweit Maßstab für die betriebliche Veranlassung der vereinbarten Gewinnverteilung.[174] Maßgeblich sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse beim Vertragsschluss sowie die auf Basis bisheriger Erwartungen und vernünftiger Prognosen zu erwartende durchschnittliche Rendite.[175] Da die Rechtsprechung den hypothetischen Fremdvergleich bei Familienpersonengesellschaften in bestimmten Fällen für wenig zielführend hält,[176] nimmt sie insofern eine Quantifizierung des Angemessenheitskriteriums vor.[177] Für unentgeltlich übertragene Gesellschaftsbeteiligungen an nicht in der Gesellschaft tätige Familienangehörige, die sowohl am Gewinn als auch am Verlust der Gesellschaft partizipieren, wird ein

[158] *Lange et al.,* Personengesellschaften im Steuerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 3568.
[159] BFH, Urt. v. 7.6.2006 – Az. IX R 4/04 – BStBl. II 2007, 294.
[160] Vgl. BFH, Urt. v. 3.8.1973 – Az. IV R 21/72 – BStBl. II 1973, 844; Urt. v. 13.11.1986 – Az. IV R 322/84 – BStBl. II 1987, 121 (123); Urt. v. 7.5.1996 – Az. IX R 69/94 – BStBl. II 1997, 196.
[161] Vgl. BFH, Urt. v. 8.11.1972 – Az. I R 227/70 – BStBl. II 1973, 287; Urt. v. 29.1.1976 – Az. IV R 73/73 – BStBl. II 1976, 324; Urt. v. 29.1.1976 – Az. IV R 97/74 – BStBl. II 1976, 332.
[162] *Nitze,* Der minderjährige Gesellschafter in Familienunternehmen, 2017, S. 33 f.
[163] *Nitze* (Fn. 162), S. 33 f.
[164] Vgl. auch R 15.9 Abs. 3 EStR 2012.
[165] Vgl. BFH, Urt. v. 24.7.1986 – Az. IV R 103/83 – BStBl. II 1987, 54.
[166] BFH, Urt. v. 18.6.2015 – Az. IV R 5/12 – BStBl. II 2015, 935.
[167] Vgl. dazu ausführlich *Schäfer,* in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2024, § 709 Rn. 32 ff.
[168] *Bode* (Fn. 133), § 15 Rn. 404.
[169] Vgl. § 709 Abs. 3 BGB für die GbR, bei der OHG § 709 Abs. 3 BGB i.V.m. § 120 Abs. 1 S. 2 HGB, bei der KG § 709 Abs. 3 BGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB.
[170] *Schäfer* (Fn. 167), § 709 Rn. 28.
[171] *Schiffers,* DStZ 2025, 899 (914).
[172] BFH, Beschl. v. 29.5.1972 – Az. GrS 4/71 – BStBl. II 1973, 5.
[173] *Zimmermann et al.* (Fn. 115), S. 772.
[174] BFH, Urt. v. 24.7.1986 – Az. IV R 103/83 – BStBl. II 1987, 54.
[175] BFH DStR 2009, 959 (962).
[176] Vgl. BFH, Beschl. v. 29.5.1972 – Az. GrS 4/71 – BStBl. II 1973, 5.
[177] *Wacker,* in: Schmidt, EStG, 45. Aufl. 2026, § 15 Rn. 776.

Gewinnanteil in Höhe einer durchschnittlichen Rendite von 15 % des gemeinen Werts der zugewendeten Beteiligung als steuerlich angemessen qualifiziert.[178] Die 15 %-Grenze stößt in der Literatur[179] und auch instanzgerichtlich[180] auf Kritik, die aus mehreren Gründen berechtigt erscheint. Zunächst erscheint es wenig überzeugend, über einen Zeitraum von mehr als 50 Jahren hinweg unverändert einen pauschalen Prozentsatz zur Bestimmung einer angemessenen Rendite anzusetzen, da ein solcher dem volatilen Zinsniveau nicht gerecht wird.[181] Schwerer wiegt jedoch ein verfassungsrechtlicher Einwand. Die starre Anwendung einer solchen Obergrenze widerspricht den Rechtsprechungsgrundsätzen des BVerfG in grundlegender Weise.[182] Denn die 15 %-Grenze wird unabhängig von den besonderen Umständen des Einzelfalls angewendet und stellt damit genau jene „Immer-dann"-Regel[183] auf, die nach der hier vertretenen Lesart der „Oder-Konto"-Entscheidungen eine unzulässige Verselbständigung eines einzelnen Indizes zu einem eigenständigen Tatbestandsmerkmal darstellt. Indem die Überschreitung der Grenze zur Kürzung auf das typisierte Maß führt, wird dem Steuerpflichtigen faktisch die Möglichkeit des Gegenbeweises genommen.

c) Folgen der Nichtanerkennung

Wird eine Vereinbarung über die Gewinnverteilung als unangemessen beurteilt, erfolgt die Besteuerung der Gesellschafter so, als wäre eine angemessene Verteilung vereinbart worden.[184] Passen die Gesellschafter ihre tatsächliche Vereinbarung nicht an die als angemessen angesehene Regelung an, ist ein fiktiver Gewinnverteilungsschlüssel zugrunde zu legen.[185]

E. Lösungsansätze

Die bisherige Untersuchung hat ein doppeltes Problem offengelegt: die starke Anreizwirkung der progressiven Einkommensteuer einerseits und die Defizite des Fremdvergleichs andererseits. Lösungsansätze müssen beide Aspekte berücksichtigen. Im Folgenden werden zunächst Maßnahmen zur Reduzierung von Gestaltungsanreizen und anschließend Vorschläge zur Prüfungsoptimierung erörtert.

I. Maßnahmen zur Reduzierung von Fehlanreizen

1. Vermeidung der Begünstigungskumulation

Innerhalb der Freibetragssystematik ließe sich die „Begünstigungskumulation"[186] auf zwei Wegen auflösen: durch eine Kürzung des Grundfreibetrags des Kindes oder durch eine Anrechnung der eigenen Einkünfte des Kindes bei den Eltern. Der erste Weg scheidet aus. Das Kind ist eigenes Steuersubjekt (§ 1 Abs. 1 EStG), und der Zweck des Grundfreibetrags ist es gerade, dem Steuerpflichtigen das zur Deckung seines existenznotwendigen Bedarfs erforderliche Einkommen zu belassen.[187] Da die Steuerfreiheit des Existenzminimums für jeden Steuerpflichtigen gesondert gilt,[188] kann der Grundfreibetrag des Kindes nicht zur Korrektur einer Überentlastung der Eltern herangezogen werden. Anzusetzen ist daher beim Belastungsgrund der Eltern, der durch die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind geminderten Leistungsfähigkeit.[189] Deckt das Kind seinen Bedarf selbst, entfällt dessen Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) und mit ihr die Belastung, an die § 32 Abs. 6 EStG anknüpft.[190] Da es genügt, das Existenzminimum bei den betroffenen Steuerpflichtigen jeweils einmal von der Besteuerung auszunehmen,[191] wäre eine Kappung des sächlichen Kinderfreibetrags[192] verfassungsrechtlich unbedenklich. Sie beseitigt aber nur die doppelte Freistellung und lässt den Progressionsvorteil unberührt, der die Verlagerung wirtschaftlich trägt.[193] Eine tragfähige Lösung muss daher über die Freibetragssystematik hinausgehen.

2. Familiensplitting

a) Ausgestaltung und Wirkungen

Beim Familiensplitting lassen sich zwei Modelle unterscheiden, die in ihrer Reichweite und ihrer systemischen Eingriffstiefe erheblich voneinander abweichen. Beim Familienrealsplitting bleibt es bei der Möglichkeit des bisherigen Ehegattensplittings i.S.d. § 26 EStG, wonach das Einkommen der Ehegatten hälftig aufgeteilt werden kann (§ 32a Abs. 5 EStG). Zusätzlich werden die Unterhaltsleistungen an Kinder bei den Eltern vom Einkommen abgezogen und bei den Kindern als fiktives Einkommen versteuert.[194] Das Familienrealsplitting orientiert sich an dem für geschiedene bzw. dauernd getrennt lebende Ehegatten geltenden Mechanismus des begrenzten Realsplittings,

[178] BFH, Beschl. v. 29.5.1972 – Az. GrS 4/71 – BStBl. II 1973, 5.
[179] *Wacker* (Fn. 177), § 15 Rn. 779.
[180] Vgl. FG Düsseldorf DB 1983, 1687; aufgehoben durch BFH, Urt. v. 24.7.1986 – Az. IV R 103/83 – BStBl. II 1987, 54.
[181] *Paschmanns,* KÖSDI 2025, 24101 (24111).
[182] So auch *Bender* (Fn. 89), S. 168 f.
[183] *Anzinger* (Fn. 56), S. 155.
[184] BFH, Urt. v. 29.3.1973 – Az. IV R 158/68 – BStBl. II 1973, 489.
[185] *Bode* (Fn. 133), § 15 Rn. 428.
[186] Siehe oben unter D.
[187] BVerfGE 87, 153 (169 f.).
[188] Vgl. BVerfGE 120, 125 (154 f.).
[189] BVerfGE 99, 246 (259).
[190] Vgl. *Kanzler,* DStJG 24 (2001), 417 (452).
[191] BVerfG NJW 2010, 3564 (3565); ebenso *Thiede,* Die verfassungsrechtliche und steuersystematische Untersuchung der Ehegattenbesteuerung und ihrer Alternativmodelle, 1999, S. 187 f.
[192] Der BEA-Freibetrag bildet dagegen einen eigenständigen, vom BVerfG für verfassungsrechtlich geboten gehaltenen Bedarf ab, der von den Einkünften des Kindes unabhängig ist, vgl. BVerfGE 99, 216 (233 ff.); a.A. etwa *Kanzler*, DStJG 24 (2001), 417 (453 f.); *Schön*, DStR 1999, 1677 (1680); *Lange,* ZRP 2000, 415 (417 f.); *Sacksofsky,* NJW 2000, 1896 (1899).
[193] Vgl. *Dischinger* (Fn. 107), S. 14; *Lingemann,* Das rechtliche Konzept der Familienbesteuerung, 1994, S. 160.
[194] *Jachmann/Liebl,* DStR 2010, 2009 (2012).

wonach Unterhaltsleistungen beim Leistenden gem. § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG als Sonderausgaben abgezogen und beim Empfänger korrespondierend als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1a EStG besteuert werden.[195] Beim Familiendivisorensplitting hingegen würde das gesamte Familieneinkommen steuerlich auf alle Familienmitglieder verteilt.[196] Das Einkommen der Eltern (und ggf. der Kinder) würde addiert und durch die Summe der den Familienmitgliedern zugeordneten Faktoren geteilt.[197] Dabei können die Kinder entweder mit demselben Faktor wie die Eltern oder mit einem Teilfaktor einbezogen werden.[198] Beiden Modellen ist gemein, dass das Vorhandensein von Kindern den Splittingvorteil auslöst, da gerade dieses die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit tatsächlich mindert.[199] Durch den sich ergebenden Splittingvorteil verringerte sich für den rational handelnden Unternehmer der steuerliche Anreiz, Einkünfte durch missbräuchliche Gestaltungen auf nahestehende Angehörige zu verlagern.[200] Denn der Splittingvorteil würde einen vergleichbaren wirtschaftlichen Effekt auf legalem Wege erzielen und die aufwendigen und rechtlich risikobehafteten Gestaltungen weitgehend überflüssig machen.[201] Über die bloße Anreizvermeidung hinaus wird dem Familiensplitting eine egalisierende Wirkung zugeschrieben.[202] Wer nicht über hinreichendes Kapital und steuerliche Beratung verfügt, kann Gestaltungen mittels Familienpersonengesellschaften nicht vornehmen.[203] Insoweit ist zwischen rechtlicher und tatsächlicher Gleichheit zu unterscheiden. Formal steht die Gestaltung jeder Familie offen. Tatsächlich setzt sie ein übertragbares Substrat voraus, über das vor allem Familien mit Unternehmen und Vermögen verfügen.[204] Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) lassen sich nicht auf Kinder verlagern.[205] Was derzeit nur Steuerpflichtigen mit Vermögenseinkommensquellen offensteht, würde ein Familienrealsplitting allen Familien gleichermaßen eröffnen.[206] Seine egalisierende Wirkung könnte dementsprechend bis in die Mittelschicht reichen.[207] Beim Familiendivisorensplitting beschränken sich die Entlastungen wegen der Progression auf die oberen Einkommensdezile, während untere Einkommen ohnehin nur vom Kindergeld profitieren.[208] Beide Modelle haben damit jeweils eine Schwäche. Das Realsplitting wirkt egalisierend, lässt aber den Progressionsvorteil der Einkünfteverlagerung bestehen.[209] Das Divisorensplitting könnte den Anreiz durch die Zusammenveranlagung der Familie strukturell beseitigen,[210] käme aber vor allem hohen Einkommen zugute. Hinsichtlich der Finanzierbarkeit[211] ergibt sich ein differenziertes Bild. Beim Familienrealsplitting kommt eine Berechnung zu dem Ergebnis von steuerlichen Mehreinnahmen in Höhe von EUR 640.000.000,[212] sodass dieses Modell fiskalisch unproblematisch erscheint. Beim Familiendivisorensplitting ist es dagegen wohl als herrschende Auffassung anzusehen, dass ein Vollsplitting hinsichtlich der Haushaltslage nicht finanzierbar ist.[213] So ergibt eine Berechnung bei Berücksichtigung von Ehegatten mit Faktor 1 und jedem minderjährigen Kind mit dem Faktor 0,5 einen zusätzlichen Finanzierungsbedarf von EUR 1.740.000.000 im Vergleich zur derzeit geltenden Regelung des Ehegattensplittings.[214] Dies ließe sich zwar durch Änderungen der Bemessungsgrundlage oder des Tarifs sowie Anpassungen beim Kindergeld kompensieren[215] oder könnte sogar zu Steuermehreinnahmen führen,[216] setzt aber einen erheblichen Gestaltungsaufwand voraus. Beide Modelle führen außerdem zu erheblichem Verwaltungsaufwand,[217] der angesichts der strukturellen Vollzugsdefizite der Finanzverwaltung nicht zu unterschätzen ist. Gemessen allein am Ziel der Anreizvermeidung stünde dieser Aufwand indes kaum im Verhältnis zum Ertrag. Auch der Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG trägt eine Einführung nur bedingt, da gerade die anreizbeseitigende Variante vorwiegend einkommensstarke Familien begünstigte. *De lege ferenda* stellt ein Familiensplitting damit eine erwägenswerte Systemalternative dar, die Gestaltungsanreize mindern, aber nicht vollständig beseitigen kann. Zudem bleibt, wie *Bilsdorfer* zu Recht fragt, offen, was gelten soll, wenn volljährige Kinder an der Gestaltung mitwirken.[218] Verlagerungen auf volljährige Kinder und sonstige Angehörige blieben weiterhin lohnend. Hinzu treten erhebliche politische Durchsetzungshürden. Eine solche Reform griffe tief in das gewachsene Gefüge aus Ehegattensplitting,

[195] Vgl. dazu *Linderer,* NZFam 2015, 647 (647).
[196] *Jachmann/Liebl,* DStR 2010, 2009 (2012).
[197] *Jachmann/Liebl,* DStR 2010, 2009 (2012).
[198] *Thiede* (Fn. 191), S. 171.
[199] *Pfab,* ZRP 2006, 212 (215 f.).
[200] Insoweit geht etwa *Hey* (Fn. 110), Rz. 8.103 davon aus, dass zumindest eine Einführung des Familienrealsplittings der Übertragung von Einkunftsquellen vorbeugen würde.
[201] So auch *Lingemann* (Fn. 193), S. 160; *Klein,* DStR 1987, 779 (783).
[202] *Merkt,* DStR 2009, 2221 (2225); *Hey* (Fn. 110), Rz. 8.103; *Lingemann* (Fn. 193), S. 160 beschreibt das Familienrealsplitting als „sozial".
[203] *P. Kirchhof,* DB 2016, S. S1.
[204] *Hey* (Fn. 110), Rz. 8.103; *Lingemann* (Fn. 193), S. 160.
[205] *Lingemann* (Fn. 193), S. 160.
[206] *Lingemann* (Fn. 193), S. 160.
[207] Vgl. *Bergs et al.,* WD 2006, 639 (643).
[208] *Bergs et al.,* WD 2006, 639 (644); *Bareis,* DStR 2010, 565 (573).
[209] *Dischinger* (Fn. 107), S. 14; *Thiede* (Fn. 191), S. 178 f.
[210] *Dischinger* (Fn. 107), S. 14.
[211] Zu bedenken ist, dass fiskalische Erwägungen zutreffend nach *Kanzler,* DStJG 24 (2001), 417 (458), unter Verweis auf BVerfGE 6, 55 (80); 82, 60 (89); 87, 153, nur begrenzte Ausschlagkraft entfalten können, insbesondere wenn eine verfassungsrechtlich gebotene Neuregelung in Rede stehen sollte.
[212] *Bergs et al.,* WD 2006, 639 (642), zum konkreten Vorgehen siehe S. 641.
[213] Vgl. *Jachmann/Liebl,* DStR 2010, 2009 (2012); *Bareis,* DStR 2010, 565 (573); *G. Kirchhof,* SdF 2017, 9 (12).
[214] *Bergs et al.,* WD 2006, 639 (642).
[215] *Bergs et al.,* WD 2006, 639 (642).
[216] Vgl. Antwort auf Kleine Anfrage v. 7.1.2016, BT-Drucks. 18/7212, wonach verschiedene Maßnahmen zu steuerlichen Mehreinnahmen i.H.v. ca. EUR 3.100.000.000 führen könnten.
[217] *Jachmann/Liebl,* DStR 2010, 2009 (2010); a.A. *Hey* (Fn. 110), Rz. 8.103, Fn. 212, wonach dieser Mehraufwand durch die Zusammenveranlagung der Familienangehörigen vermieden werden könne.
[218] *Bilsdorfer* (Fn. 67), S. 160.

Kinderfreibetrag und Kindergeld ein. Schließlich müsste sie gegen die derzeit entgegengesetzte Reformtendenz durchgesetzt werden.

b) Gegenläufige Reformtendenz: Das fiktive Realsplitting

In der aktuellen Debatte zeigt sich ein gegenläufiger Trend. Die derzeit diskutierte Ersetzung des Ehegattensplittings durch ein fiktives Realsplitting[219] ist arbeitsmarktpolitisch motiviert und verfolgt primär ein anderes Ziel als das hier vorgeschlagene Familiensplitting, nämlich den Abbau von Erwerbsanreizhemmnissen für den geringer verdienenden Ehepartner.[220] Im Unterschied zum heutigen Ehegattensplitting wird das gemeinsame zu versteuernde Einkommen beim fiktiven Realsplitting nicht mehr einfach hälftig aufgeteilt. Stattdessen wird jeder Ehegatte zunächst mit seinen eigenen Einkünften individuell veranlagt.[221] Danach besteht die Möglichkeit, den Unterhaltshöchstbetrag nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG (derzeit EUR 13.805) vom besser verdienenden auf den schlechter verdienenden Partner zu übertragen, vergleichbar mit einer Unterhaltszahlung, die der Empfänger versteuern muss (§ 22 Nr. 1a EStG).[222] Neben der Kritik, dass die bezweckte Wirkung auf den Arbeitsmarkt aufgrund des hohen Übertragungsbetrages gering sei,[223] würde ein fiktives Realsplitting die Gestaltungsanreize verschärfen. So müssten insbesondere Ehepaare mit gutverdienendem Alleinverdiener durch das fiktive Realsplitting mehr Steuern zahlen.[224] Diese verfügen aber gerade über das erforderliche Einkommenssubstrat und die Gestaltungsspielräume, um steuersparende Vereinbarungen zu treffen. Davon dürfte beim fiktiven Realsplitting verstärkt Gebrauch gemacht werden.[225] Dies relativiert auch die fiskalische Rechtfertigung der Reform. Die erwarteten Mehreinnahmen von ca. EUR 6.300.000.000[226] beruhen auf rein statischen Schätzungen. Zwar erhöhen positive Arbeitsangebotseffekte das erwartete Aufkommen nach anderen Berechnungen sogar leicht,[227] Gestaltungs- und Ausweichreaktionen der mehrbelasteten Haushalte bildet dagegen keine der Simulationen ab. Trifft die Mehrbelastung überproportional Steuerpflichtige, die über die größten Ausweichmöglichkeiten verfügen, könnte das tatsächliche Aufkommen hinter den kalkulierten Werten zurückbleiben.[228] Hinzu kommt, dass die Finanzverwaltung solche Gestaltungen angesichts bestehender Vollzugsdefizite nur eingeschränkt erfassen kann.[229] Im Ergebnis verstärkt das fiktive Realsplitting die Anreize zur Schließung von Verträgen unter nahen Angehörigen und lässt sich in der vorgeschlagenen Form weder arbeitsmarktpolitisch noch fiskalisch überzeugend begründen.

II. Maßnahmen zur Optimierung der Prüfung

1. Gesetzliche Normierung

Ein erheblicher Teil der Unsicherheit bei der Behandlung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen resultiert aus der Tatsache, dass die gesamte Dogmatik ausschließlich durch Rechtsfortbildung entstanden ist. Daher erscheint es naheliegend, Regeln für die Behandlung solcher Verträge gesetzlich zu normieren.

a) Generelle Nichtanerkennung

Eine generelle Nichtanerkennung solcher Verträge wäre zwar der einfachste Ansatz, verstieße aber gegen Art. 6 Abs. 1 GG, der den Staat nicht nur zur Achtung, sondern auch zur aktiven Förderung von Ehe und Familie verpflichtet.[230] Nahe Angehörige gegenüber kontrahierenden Dritten schlechter zu stellen, liefe diesem Förderauftrag diametral zuwider und wäre verfassungsrechtlich nicht haltbar.[231]

b) Normierung der Anerkennungsvoraussetzungen

Auch eine gesetzliche Normierung der Anerkennungsvoraussetzungen überzeugt nicht. Mit § 42 AO existiert bereits eine Generalklausel gegen Gestaltungsmissbrauch. Eine speziellere Norm würde das oben dargestellte Problem nicht lösen, da sich der Gestaltungsmissbrauch stets nur anhand der Einzelfallumstände beurteilen lässt.[232]

c) Zwischenergebnis

Eine gesetzliche Normierung scheidet im Resultat aus.

---

[219] Vgl. etwa *Schnitzer et al.,* Offener Brief an die Bundesregierung: Reformvorschlag für das Ehegattensplitting, 2.6.2026, https://www.diw.de/documents/dokumentenarchiv/17/diw_01.c.1009611.de/offener_brief_bundesregierung_reform_ehegattensplitting.pdf, zuletzt abgerufen am 22.9.2026.

[220] Vgl. *Bach et al.,* DIW Wochenbericht 2020, 785 (785 ff.).

[221] *Stöwhase,* Analysen zum fiktiven Realsplitting, Fraunhofer FIT, 10.6.2026, S. 2, https://publica.fraunhofer.de/entities/publication/c8c7ccc6-7808-4cac-9a53-b0dcfd3fe923, zuletzt abgerufen am 22.9.2026.

[222] *Stöwhase* (Fn. 221), S. 2.

[223] *Bach et al.,* DIW Wochenbericht 2020, 785 (790), die daher nur einen Übertragungsbetrag in Höhe des Grundfreibetrages vorschlagen (793 f.); *Blömer/Brandt/Peichl,* Raus aus der Zweitverdienerinnenfalle, Okt. 2021, S. 23, https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/raus-aus-der-zweitverdienerinnenfalle-all, zuletzt abgerufen am 22.9.2026.

[224] *Bach et al.,* DIW Wochenbericht 2020, 785 (790).

[225] Mit steigender Grenzbelastung nimmt die Attraktivität steuermindernder Gestaltungen zu, insbesondere bei einkommensstarken Steuerpflichtigen, vgl. *Schellhorn,* Effizienzeffekte der Einkommensteuer bei Steuervermeidung, 2005, S. 290 f.

[226] *Stöwhase* (Fn. 221), S. 4 f.; auch *Blömer/Brandt/Peichl* (Fn. 223), S. 32 kommen zu einem ähnlichen Ergebnis mit EUR 6.400.000.000; *Bach et al.,* DIW Wochenbericht 2020, 785 (790) zu einem Ergebnis von EUR 5.300.000.000.

[227] *Blömer/Brandt/Peichl* (Fn. 223), S. 32: EUR 6.400.000.000 ohne, EUR 7.000.000.000 mit Arbeitsangebotsanpassung.

[228] So gingen etwa bei der Einführung des Solidaritätszuschlags rund zwei Drittel des kalkulierten Mehraufkommens durch Ausweichhandlungen verloren, vgl. *Schellhorn* (Fn. 225), S. 285 ff.

[229] Siehe oben unter C. II. 1.

[230] Vgl. BVerfGE 99, 216.

[231] So auch *Bilsdorfer* (Fn. 67), S. 155.

[232] *Hey,* BB 2009, 1044 (1046).

2. Anpassung der Anwendung der Anerkennungsvoraussetzungen

a) Orientierung am zu erwartenden steuerlichen Erfolg

Da eine vollständige Sachverhaltsaufklärung bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen angesichts der Fallmenge praktisch nicht leistbar ist, lässt sich diskutieren, ob die Prüfungsintensität vom zu erwartenden steuerlichen Erfolg, verstanden als fiskalisches Mehrergebnis,[233] abhängig gemacht werden kann.[234] Für Familienpersonengesellschaften könnte dies bedeuten, dass die Finanzverwaltung die Prüfungsintensität hinsichtlich der steuerlichen Anerkennung der Familienpersonengesellschaft als solcher davon abhängig macht, wie hoch der Gewinn der Gesellschaft bei Aufnahme eines nahen Angehörigen als Gesellschafter ist. Bezugspunkt ist, wie auch grundsätzlich bei der Gewinnverteilungsabrede, das Ergebnis des handelsrechtlichen Jahresabschlusses, das mangels eigener steuerrechtlicher Regelungen auch im Steuerrecht entsprechend anzuwenden ist.[235] Exemplarisch würde eine Gesellschaft mit einem Jahresgewinn von EUR 50.000 weniger intensiv geprüft als eine solche mit EUR 500.000. Unter Praktikabilitätsgesichtspunkten erscheint ein solches Vorgehen nachvollziehbar, begegnet dennoch erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Gegen den Grundgedanken wird eingewandt, dass er zu einem „Zweiklassensteuerrecht" führe.[236] Außerdem verletze ein solches Vorgehen die Gleichheit der Steuerpflichtigen untereinander und die Verwaltung sei nicht berechtigt, sich aus Praktikabilitätsgründen allein am Kontrollbedürfnis zu orientieren.[237] *Müller-Franken* deutet den Ansatz freilich um. Nicht ein fiskalisches Mehrergebnis werde verfolgt, sondern die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchgesetzt, da die steuerliche Bedeutung eines Falles und die Betriebsgröße eine erhöhte Prüfbedürftigkeit indizierten.[238] Unabhängig davon bleibt auf praktischer Ebene offen, ab welcher Gewinnhöhe eine erhöhte Prüfintensität einsetzen soll und wie neu gegründete Gesellschaften ohne Gewinnhistorie zu behandeln sind. Der Ansatz vermag damit letztlich nicht zu überzeugen.

b) Konkreter Fremdvergleich

Die bisherige Praxis leidet unter zwei strukturellen Defiziten. Der hypothetische Fremdvergleich ist inhärent subjektiv, da er mangels klarer Kriterien von der individuellen Beurteilung des jeweiligen Prüfers abhängt. Hinzu tritt das strukturelle Vollzugsdefizit der Finanzverwaltung, das eine einzelfallgerechte Sachverhaltsaufklärung faktisch unmöglich macht. Beide Defizite lassen sich durch den Übergang zu einem empirisch fundierten konkreten Fremdvergleich zumindest abmildern. Anders als beim hypothetischen Fremdvergleich stellt dieser auf tatsächliche Marktdaten ab. Es handelt sich mithin um einen Ist-Ist-Vergleich auf Grundlage realer Vergleichsdaten.[239] Im Folgenden wird speziell für die Prüfung der Angemessenheit der Gewinnverteilung ein dreistufiges Modell entwickelt, das Datenerhebung und Mittelwertbildung,[240] algorithmische Risikosteuerung und einzelfallbezogene Gesamtwürdigung miteinander verbindet.

aa) Erste Stufe: Datenerhebung und Mittelwertbildung

Ausgangspunkt ist die Erhebung realer Gewinnverteilungsabreden aus vergleichbaren Personengesellschaften. Infolge der fortschreitenden elektronischen Erfassung von Steuererklärungen verfügt die Finanzverwaltung über einen stetig wachsenden Datenbestand, der eine belastbare Grundlage zur Identifikation geeigneter Vergleichsfälle bildet.[241] Dieser Bestand ist allerdings bislang nicht bundesweit einheitlich auswertbar, da die Feststellungserklärungen bei den Landesfinanzbehörden anfallen. Die dafür erforderlichen organisatorischen und rechtlichen Strukturen sind jedoch bereits angelegt. So entwickeln die Länder im Projekt „KONSENS" (Koordinierte neue Softwareentwicklung in der Steuerverwaltung) gemeinsam einheitliche Software für das Besteuerungsverfahren, wobei die Beschlüsse der eingesetzten Steuerungsgruppe auch die nicht in ihr vertretenen Länder binden.[242] Mit dem KONSENS-Gesetz[243] hat der Gesetzgeber hierfür zudem die Voraussetzungen für einheitliche IT-Standards von Bund und Ländern geschaffen.[244] Auf einer so vereinheitlichten Grundlage können Algorithmen sachverhaltsbezogene Datenreihen generieren, aus denen anhand definierter Kriterien Mittelwerte sowie zulässige Bandbreiten abgeleitet werden, innerhalb derer eine Gewinnverteilung als fremdüblich anzusehen ist.[245] Sämtliche Fälle würden hierdurch nach einheitlichen Maßstäben geprüft, wodurch Prüfungsergebnisse weitgehend unabhängig von der individuellen Beurteilung

[233] *Müller-Franken* (Fn. 80), S. 346.
[234] So etwa im Anwendungserlass zur AO v. 31.1.2014 (BStBl. I 2014, 290) zu § 88.
[235] Vgl. *Kahle* (Fn. 132), § 7 Rn. 92.
[236] *Kruse,* FR 1995, 525 (526).
[237] *Tipke,* Die Steuerrechtsordnung Bd. 3, 2. Aufl. 2012, S. 1219 f.
[238] *Müller-Franken* (Fn. 80), S. 346.
[239] Vgl. dazu auch *Kraft,* in: Kraft, AStG, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 214 f.
[240] Methodisch vergleichbar ist die im internationalen Verrechnungspreisrecht etablierte Datenbankanalyse, bei der auf Basis einer Funktions- und Risikoanalyse fremdübliche Bandbreiten aus Vergleichsdaten abgeleitet werden (dort für konzerninterne Transaktionen, hier für Gewinnverteilungsabreden). Die dort bekannten Einschränkungen wirken hier abgeschwächt, da es lediglich um Bandbreiten als Auslöser einer Risikoklassifikation geht, vgl. *Jacobs,* Internationale Unternehmensbesteuerung, 9. Aufl. 2023, S. 584 ff.
[241] *Fischer* (Fn. 102), S. 200.
[242] *Polenz,* in: Anzinger/Hamacher/Katzenbeisser, Schutz genetischer, medizinischer und sozialer Daten als multidisziplinäre Aufgabe, 2013, S. 165 (165 f.); aus KONSENS ist etwa ELSTER hervorgegangen.
[243] Gesetz über die Koordinierung der Entwicklung und des Einsatzes neuer Software der Steuerverwaltung (KONSENS-Gesetz) v. 14.8.2017, BGBl. I 2017, S. 3122 (3129 ff.).
[244] *Schwabe,* Die Digitalisierung der Amtsermittlung im Steuerverfahren, 2023, S. 139.
[245] *Fischer* (Fn. 102), S. 200, 260.

des jeweiligen Betriebsprüfers wären.[246] Insbesondere bei kapitalistisch geprägten Beteiligungen sollte der Fremdvergleich in Relation zu bei ähnlicher Kapitalanlage erzielbaren Renditen erfolgen.[247] Dies kann durch einen solchen datengestützten Ansatz erheblich präziser geleistet werden als durch die bisherige starre 15 %-Grenze. Bei der Verarbeitung und Auswertung sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben der DSGVO[248] sowie die Anforderungen der KI-VO[249] strikt zu beachten.[250]

bb) Zweite Stufe: Algorithmische Risikosteuerung

Die ermittelten Mittelwerte und Bandbreiten sind anschließend in einen Algorithmus zu integrieren, beispielsweise auf der Grundlage des in § 88 Abs. 5 AO geregelten Risikomanagementsystems (RMS). Ziel dieses Systems ist es, Steuerverkürzungen zu verhindern, Betrugsfälle effizient aufzudecken, die Fallbearbeitung risikoorientiert zu optimieren und eine einheitliche, qualitativ hochwertige Rechtsanwendung sicherzustellen.[251] Nach § 88 Abs. 5 S. 1 AO können die Finanzbehörden zur Sicherstellung einer gleichmäßigen und gesetzmäßigen Steuerfestsetzung automationsgestützte Systeme einsetzen. Gleichzeitig legt die Norm in S. 3 die Mindestanforderungen an ein solches RMS fest. Voraussetzung einer zielgenauen Aussteuerung ist zunächst, dass sich Angehörigenkonstellationen überhaupt erkennen lassen. Die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung verlangt hierzu bislang keine Angaben. Da die Beteiligten ohnehin einzeln aufgeführt werden (Anlage FB), ließe sich zugleich erheben, ob zwischen ihnen ein Angehörigenverhältnis i.S.d. § 15 AO besteht.[252] Diese Offenlegung ist als steuererhebliche, der Sphäre des Steuerpflichtigen zuzurechnende Tatsache bereits von § 90 Abs. 1 S. 2 AO umfasst. Erst ihre Aufnahme in den amtlich vorgeschriebenen Datensatz (§ 150 Abs. 1, § 181 Abs. 1 AO) führt jedoch dazu, dass sie strukturiert erfolgt und im Rahmen des RMS einsetzbar ist. Weicht eine konkrete Gewinnverteilungsabrede von der ermittelten Bandbreite ab, wird der Fall automatisiert als Risikofall identifiziert und zur vertieften Prüfung ausgesteuert. Die begrenzten Prüfungskapazitäten werden damit zielgenau auf diejenigen Fälle konzentriert, in denen tatsächliche Anhaltspunkte für eine nicht fremdübliche Gestaltung bestehen. Die weitere Überprüfung des Angehörigenverhältnisses, namentlich ob es sich um nahe Angehörige handelt, bleibt der personellen Prüfung durch den Amtsträger nach § 88 Abs. 5 S. 3 Nr. 2 AO vorbehalten. Rechtlich ähnelt dieses Vorgehen dem Anscheinsbeweis (*Prima-facie*-Beweis), bei welchem Erfahrungsgrundsätze auf einen bestimmten Geschehensablauf in der Weise angewendet werden, dass bei einem typischen Sachverhalt nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Kausalverlauf geschlossen werden kann.[253] Liegt eine Gewinnverteilungsabrede außerhalb der ermittelten Bandbreite, begründet dies nach diesem Modell einen *Prima-facie*-Beweis für eine möglicherweise missbräuchliche, nicht betrieblich veranlasste Gestaltung. Solange keine Umstände erkennbar sind, die auf eine Abweichung des zu entscheidenden Falls vom Regelfall hindeuten, ist eine umfassende Würdigung sämtlicher Indizien im Standardfall zunächst entbehrlich.[254]

cc) Dritte Stufe: Gesamtwürdigung im Einzelfall

Erkennt das System eine relevante Abweichung, ist im Einzelfall eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände vorzunehmen. Der Anscheinsbeweis kann dabei jederzeit durch den Gegenbeweis entkräftet werden.[255] Dem Steuerpflichtigen muss die Möglichkeit verbleiben, darzulegen, dass die konkrete Gestaltung trotz Abweichung vom statistischen Mittelwert auf wirtschaftlichen Gründen beruht und damit betrieblich veranlasst ist. Gerade hierin liegt die Übereinstimmung mit den Rechtsprechungsvorgaben des BVerfG. Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG ist dann gegeben, wenn einzelne Indizien zu eigenständigen Tatbestandsmerkmalen verselbständigt werden und der Gegenbeweis faktisch ausgeschlossen wird.[256] Das vorliegende Modell trägt dem Rechnung, indem es keine unwiderlegbare Vermutung aufstellt, sondern lediglich eine erschütterbare Ausgangsvermutung.

dd) Kritik

(1) Veröffentlichungsverbot (§ 88 Abs. 5 S. 4 AO) und Transparenzdefizit

Die gewichtigsten Einwände gegen das Modell betreffen das Spannungsverhältnis zwischen dem in § 88 Abs. 5 S. 4 AO normierten Veröffentlichungsverbot der dem RMS zugrundeliegenden Kriterien einerseits und den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG andererseits. Da der Steuerpflichtige die Filterparameter nicht kennt, kann er kaum substantiiert vortragen und Gerichte können die Systemlogik nur eingeschränkt überprüfen, was unter Rechtsschutzgesichtspunkten kritisch zu sehen ist.[257] Weiter gehört die Ausgestaltung eines solchen RMS zum Innenrecht der Finanzverwaltung und ist von den durch eine risikoorientierte Steuerung betroffenen Steuerpflichtigen

[246] *Fischer* (Fn. 102), S. 313.
[247] *Paschmanns,* KÖSDI 2025, 24101 (24111).
[248] Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO), ABl. L 119, 4.5.2016, S. 1.
[249] Verordnung (EU) 2024/1689 (Verordnung über künstliche Intelligenz – KI-VO), ABl. L, 2024/1689, 12.7.2024.
[250] *Schmidt,* RDi 2025, 406 (406).
[251] BT-Drucks. 18/7457, S. 69 f.
[252] Die Vorgabe eines Vordrucks unterliegt als solche keinem Parlamentsvorbehalt, BFH, Urt. v. 16.11.2011 – Az. X R 18/09 – BStBl. II 2012, 129 (133 f.).
[253] BFH, Beschl. v. 21.9.2015 – Az. I R 72/14 – BFH/NV 2016, 28.
[254] Vgl. *Anzinger* (Fn. 56), S. 157, 351.
[255] BFH, Urt. v. 4.12.2012 – Az. VIII R 42/09 – BStBl. II 2013, 365.
[256] Vgl. BVerfG DStR 1995, 1908 (1908).
[257] Vgl. dazu nur *Schwabe* (Fn. 244), S. 249 ff.

nicht selbständig nach § 40 FGO anfechtbar.[258] Anfechtbar ist erst der infolge der personellen Überprüfung ergehende Steuer- und Feststellungsbescheid als nach außen hin wirkender Verwaltungsakt, gegen den der Adressat Einspruch (§ 347 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO) und Klage (§ 40 Abs. 1 Alt. 1 FGO) erheben kann, wobei er inzident auch die Rechtswidrigkeit der Fallauswahl sowie eine mögliche Grundrechtsverletzung geltend machen kann.[259] Dieser Einwand verliert hingegen an Überzeugungskraft, wenn man den *status quo* in den Blick nimmt. Auch die bisherige Praxis bietet dem Steuerpflichtigen keine größere Transparenz hinsichtlich der angelegten Maßstäbe.[260] Insbesondere bei der 15 %-Grenze bleibt unklar, auf welchen Erwägungen sie beruht.[261] Das diskutierte Modell stellt insofern gegenüber dem bestehenden Zustand sogar eine Verbesserung dar, da die der algorithmischen Auswertung zugrundeliegenden Vergleichsdaten auf objektiven, empirisch gewonnenen Kriterien beruhen. Darüber hinaus wird das Transparenzdefizit dadurch abgemildert, dass dem Steuerpflichtigen auf der dritten Prüfungsstufe die Möglichkeit verbleibt, den Anscheinsbeweis durch konkreten Gegenvortrag zu erschüttern.

(2) Gefahr der Reduktion auf ein Fiskalinstrument

Ein weiterer Einwand besteht in der Gefahr, dass das RMS primär als Instrument zur Reduktion von Personal- und Sachaufwand eingesetzt wird und die mit seinem Einsatz intendierten Effizienzgewinne dadurch letztlich konterkariert werden.[262] Dieser Gefahr ist strukturell entgegenzuwirken, indem die algorithmische Erstauswertung nicht als Ersatz, sondern als Vorstufe zur einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung verstanden und ausgestaltet wird. Die Konzentration auf ausgesteuerte Risikofälle dient gerade nicht der Verdrängung der Sachverhaltsaufklärung, sondern ihrer zielgenauen Ausrichtung auf prüfungsbedürftige Fälle.

(3) Gleichheitsrechtliche Bedenken

Aus gleichheitsrechtlicher Sicht führt das RMS zu einer unterschiedlichen Behandlung von Steuerpflichtigen, je nachdem, ob ihre Gewinnverteilungsabrede als risikoarm oder risikobehaftet eingestuft wird. Diese Differenzierung ist jedoch grundsätzlich gerechtfertigt, da sie auf vorab festgelegten, empirisch gewonnenen Risikoparametern beruht und an tatsächliche Unterschiede in der Prüfungsbedürftigkeit anknüpft.[263] Rügt der Steuerpflichtige, er sei aufgrund der Fallauswahl zu Unrecht intensiver geprüft worden als andere, scheitert er am Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“, sofern er nicht zugleich ein dem Gesetzgeber zurechenbares strukturelles Vollzugsdefizit darlegen kann.[264] Dies wird regelmäßig aber gerade nicht möglich sein.[265] Hinzu tritt die Gefahr, dass verschiedene Bundesländer oder Finanzämter die Filter unterschiedlich scharf einstellen, was dazu führen könnte, dass identische Sachverhalte ungleich behandelt werden.[266]

(4) Technische Herausforderungen beim KI-Einsatz

Wird das Modell um den Einsatz Künstlicher Intelligenz ergänzt, treten zusätzliche technische und rechtliche Herausforderungen hinzu. Insbesondere das sog. Blackbox-Problem vieler KI-Systeme erschwert die Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit von Prüfungsentscheidungen und kollidiert mit dem Transparenzgebot des rechtsstaatlichen Verfahrens.[267] Die rechtlichen Anforderungen der DSGVO und der KI-VO sind daher von Anfang an in die praktische Systemgestaltung einzubeziehen, um sowohl die Rechtmäßigkeit als auch die praktische Einsatzfähigkeit sicherzustellen.[268]

ee) Zwischenergebnis

Letztlich vermag die vorgebrachte Kritik das dreistufige Modell nicht grundlegend in Frage zu stellen. Die aufgezeigten Schwächen sind teils dem bestehenden System immanent und werden durch den vorgeschlagenen Ansatz zumindest nicht verschärft, teils lassen sie sich durch eine sorgfältige Ausgestaltung des Systems auffangen. Entscheidend ist, dass das Modell die im ersten Teil als verfassungsrechtlich zwingend herausgearbeitete Gesamtwürdigung mit Gegenbeweismöglichkeit nicht beseitigt, sondern verfahrensökonomisch sinnvoll konzentriert. Es setzt damit an den strukturellen Ursachen der aufgezeigten Divergenz zwischen normativer Dogmatik und praktischer Rechtsanwendung an. An die Stelle des hypothetischen Fremdvergleichs tritt ein empirisch fundierter konkreter Fremdvergleich. Die Risikosteuerung lenkt die knappen Prüfungskapazitäten auf auffällige Fälle und auf der dritten Prüfungsstufe bleibt die Gesamtwürdigung im Einzelfall gewahrt. Das Modell bringt damit die Rechtsprechungsvorgaben des BVerfG mit den Kapazitätsgrenzen der Finanzverwaltung weitgehend in Einklang.

F. Ergebnis

Der einkommensteuerliche Fremdvergleich wird den verfassungsrechtlichen und praktischen Anforderungen derzeit nur eingeschränkt gerecht. Zwar sind Gesamtwürdigung und

[258] *Seer,* in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 189. Akt. 2026, § 88 AO Rn. 88.
[259] *Seer* (Fn. 258), § 88 AO Rn. 88.
[260] Siehe oben unter C. II. 3.
[261] *Bode* (Fn. 133), § 15 Rn. 413.
[262] *Rätke,* in: Klein, AO, 19. Aufl. 2025, § 88 Rn. 92; *Seer* (Fn. 258), § 85 AO Rn. 37a; *Schwabe* (Fn. 244), S. 275.
[263] *Schwabe* (Fn. 244), S. 191.
[264] *Thiermann,* StuW 2018, 304 (312 f.).
[265] Siehe oben unter C. II. 1.
[266] *Haunhorst,* DStR 2010, 2105 (2109 f.) mit Verweis auf Kritik des Bundesrechnungshofs.
[267] *Schmidt,* RDi 2025, 406 (411).
[268] *Schmidt,* RDi 2025, 406 (406).

Gegenbeweismöglichkeit dogmatisch anerkannt. Ihre Umsetzung scheitert allerdings häufig an strukturellen Vollzugsdefiziten und der inhärenten Subjektivität eines hypothetischen Prüfungsmaßstabs, der zu eingeschränkter Vorhersehbarkeit und uneinheitlicher Rechtsanwendung führt. Dies zeigt sich besonders bei Familienpersonengesellschaften und der schematischen Anwendung von Kriterien wie der 15 %-Grenze. Ein Familiensplitting setzt zwar an der Wurzel der Gestaltungsanreize an, doch reichen seine Grenzen über bloße Praktikabilitätserwägungen hinaus. So lässt es Verlagerungen auf volljährige Kinder und sonstige Angehörige weiterhin lohnend erscheinen. Zudem kommt es, je nach Ausgestaltung, vorwiegend Beziehern höherer Einkommen zugute und läuft der gegenwärtigen Reformtendenz zuwider. Die Prüfung von Angehörigenverträgen kann dadurch nicht entbehrlich gemacht werden. Der Schlüssel liegt vielmehr in der Fortentwicklung der Prüfungssystematik selbst. Der hier entwickelte dreistufige Fremdvergleich tritt an die Stelle subjektiver Einschätzungen und stützt sich auf empirisch gewonnene Bandbreiten. Über das Risikomanagement des § 88 Abs. 5 AO konzentriert er die knappen Prüfungskapazitäten auf die tatsächlich auffälligen Fälle. Die Gesamtwürdigung mit der Möglichkeit des Gegenbeweises bleibt dabei unangetastet. Weil er sich überdies weitgehend innerhalb des geltenden Rechts verwirklichen lässt, bietet er einen gangbaren Weg, Missbrauchsabwehr, Besteuerungsgleichheit und den Schutz von Ehe und Familie in Einklang zu bringen.

Thore Surburg[*]

Schädliche Neigungen im Kontext von Jugendstrafe – Rechtshistorische, gesetzesgenetische und rechtstatsächliche Aspekte, der geltende Rechtsrahmen, Kritik und Reform

Bereits in § 4 Abs. 2 des Reichsjugendgerichtsgesetzes (RJGG) von 1943 wurden „schädliche Neigungen" als selbstständige Alternative für die Verhängung von Jugendstrafe definiert. Der Begriff stand im nationalsozialistischen Kontext der Ausgrenzung von „unerziehbaren" Jugendlichen aus der propagierten „Volksgemeinschaft". Heute findet er sich weiterhin unverändert in § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG wieder. Obwohl § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG durch die Rechtsprechung verfassungskonform ausgelegt wird, ist der in der Zeit des Nationalsozialismus geprägte Strafrechtsbegriff in seiner Existenzberechtigung im Jugendstrafrecht kritisch zu hinterfragen. Die Bearbeitung stellt die verschiedenen Kritikpunkte dar und betont insbesondere die stigmatisierende und ausgrenzende Wirkung des Begriffs. Am Ende der Betrachtung werden verschiedene Reformansätze dargestellt und eine terminologische Umformulierung des Begriffs unterstützt.

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht 129
A. Einleitung 129
B. Rechtshistorischer Hintergrund 130
C. Gesetzesgenese der „schädlichen Neigungen" in §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 1 RJGG 131
D. Der geltende Rechtsrahmen 132
I. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG 132
II. Das Schuldspruchverfahren nach §§ 27 ff. JGG 133
III. Die Bemessung der Jugendstrafe im Einzelnen . 133
E. Jugendrichterliche Praxis 134
F. Kritik 134
I. Stigmatisierende und ausgrenzende Wirkung 134
II. Anachronismus des Begriffs 135
III. Inhaltliche Disponibilität des Begriffs 135
IV. Verletzung des Schuldprinzips 136
V. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 136
G. Reform 137
I. Ersatzlose Streichung der Alternative 137
II. Ersetzung durch Erziehungsmaßregel 137
III. Terminologische Umformulierung des Begriffs 138
H. Fazit und Ausblick 138

A. Einleitung

Die Jugendstrafe ist die schwerste Strafe im jugendstrafrechtlichen Sanktionensystem. Die Tatbestandsvoraussetzung der „schädlichen Neigungen" für die Verhängung von Jugendstrafen in § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG wurde bereits durch das Reichsjugendgerichtsgesetz (RJGG) von 1943 gesetzlich verankert. Der seitdem gleichgebliebene Gesetzeswortlaut steht heute einer vielfältigen Kritik gegenüber. Um auf die entsprechenden Reformvorschläge eingehen zu können, wird der Begriff zu Beginn in seinem rechtshistorischen und gesetzesgenetischen Hintergrund erörtert (B., C.), um sodann den geltenden Rechtsrahmen und die Anwendung in der Rechtspraxis auszuführen (D., E.). Die entsprechende Kritik wird im Anschluss dargestellt und mittels verschiedener Reformvorschläge beurteilt (F., G.).[1]

[*] Der Verfasser studiert im 6. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf der Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Jugendstrafrecht bei Prof. Dr. *Michael Sommerfeld.*

[1] In der vorliegenden Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Personenbezeichnungen beziehen sich auf Personen aller Geschlechter.

B. Rechtshistorischer Hintergrund

Die Einführung des Begriffs der „schädlichen Neigungen" in das RJGG im Jahre 1943 ist im Kontext der rechtshistorischen Umstände zu betrachten. Die nationalsozialistische Weltanschauung sollte die Rechtsvorstellungen und -normen hin zu einer „völkischen Rechtsordnung"[2] grundlegend ändern.[3] Das Recht sollte dem zur Rechtsquelle erhobenen „deutschen Rechtsempfinden" und damit der Beurteilung durch ein „Volksgewissen" entsprechen.[4] Die soziale und politische Ordnung des Nationalsozialismus wurde von dem Herrschaftskonzept einer „Volksgemeinschaft" bestimmt.[5] Die Vorstellung einer „Volksgemeinschaft" kreierte eine soziale Utopie gemeinschaftlichen Lebens auf der Grundlage völkischer und rassistischer Kriterien.[6] Auf der Grundlage dieser Auffassung etablierten sich im Nationalsozialismus erbbiologische Vorstellungen, die in einer Politik der Rassenhygiene mündeten.[7] Der Nationalsozialismus selbst war in seiner rassistisch-biologischen Ideologie zutiefst rechtsfeindlich.[8] Das Recht sollte in Ausrichtung am Schutz des deutschen Volkes eine ausschließlich dienende Funktion haben.[9] Demnach sei das, was dem Volk diene, Recht, was dem Volk schadet, Unrecht.[10]

In dieser Funktion sollte sich das Strafrecht innerhalb der „völkischen Rechtsordnung" am Gemeinschaftsgedanken ausrichten.[11] Aufgrund dieser „gemeinschaftsbildenden Kraft"[12] und dem Ziel des Schutzes der „Rassenehre"[13] wurde das Strafrecht als „Ehrenstrafrecht"[14] qualifiziert.[15] Das Strafrecht sollte als „ein ständiger Selbstreinigungsprozess der Gemeinschaft" dienen.[16] Es orientierte sich an den Gedanken des Schutzes des Volkes und der „Reinhaltung der Rasse" von „kriminellen Elementen".[17] Ausgangspunkt des NS-Strafrechts war die rassisch-blutsmäßig verstandene „Volksgemeinschaft".[18] Das „Fernhalten fremden Blutes und die Ausschaltung entarteten Blutes" sei „höchstes Gebot."[19]

Aus dem Verständnis des Wesens der Strafe „als Werturteil der Volksgemeinschaft"[20] entwickelte sich das Strafrecht im Nationalsozialismus zu einem täterorientierten Gesinnungsstrafrecht.[21] Der als abstrakt rationalistisch-formalistisch beschriebene formelle Täterbegriff[22] wurde durch einen materiellen Täterbegriff ersetzt, der die mangelhaften objektiv-deskriptiven durch subjektiv-normative Tatbestandselemente erweiterte.[23] Dies solle der Herstellung individueller Gerechtigkeit durch persönlichen Zugriff des Richters auf den Täter im Sinne einer „gesunden Volksanschauung" dienen.[24] Nicht die konkrete Tat war erheblich, sondern die in ihr zum Ausdruck kommende „Persönlichkeit und Gesinnung" des „Täters".[25] Zur Erfassung der Gesinnung des Täters bedürfe es einer „ganzheitlichen Wesensschau".[26] Teil der individuellen Tätererfassung sei auch die erbbiologische Anlagenforschung.[27] Hier gewannen kriminalbiologisch-sozialdarwinistische Ansätze aus der Kriminologie Einfluss, die sich unter anderem auf die Untersuchung über die Vererbung krimineller Neigungen konzentrierten.[28] Eine „kriminalbiologische Untersuchung" sollte den Täter als Gelegenheits-, Affekt- oder Zustandsverbrecher identifizieren.[29] Dies entsprach der eugenischen, rassenanthropologischen und völkischen Sichtweise der nationalsozialistischen Ideologie.[30] Sie ermöglichte die Rechtfertigung einer strafrechtlichen Diskriminierung der nicht zur „Volksgemeinschaft" gehörenden „Artfremden".[31]

[2] Hinweis zum Sprachgebrauch: Die Arbeit setzt sich mit nationalsozialistischer Literatur auseinander, da hier die Ursprünge des Begriffs „schädliche Neigungen" liegen. Die Zitation historischer Originalbegriffe aus der Zeit des Nationalsozialismus dient ausschließlich der wissenschaftlichen Analyse. Der Autor distanziert sich vom nationalsozialistischen Gedankengut.
[3] *Rüthers*, Entartetes Recht – Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 2. Aufl. 1989, S. 19, 23.
[4] Frank/*Freisler*, Denkschrift des Zentralausschusses, 1934, S. 7, 11; *Siegert,* Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, S. 11, 16; *Rüthers* (Fn. 3), S. 28.
[5] *Kollmeier,* Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 2007, S. 31 f.
[6] *Kollmeier* (Fn. 5), S. 32 ff.
[7] Vgl. Dreier/Sellert/*Dölling,* in: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1989, S. 194 (198); *Harten/Neirich/Schwerendt,* Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 2007, S. 5 ff.; vgl. *Exner,* Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1939, S. 358.
[8] *Rüthers* (Fn. 3), S. 21, 181 ff.
[9] *Rüthers* (Fn. 3), S. 21, 181 ff.; vgl. *Curschmann,* Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1937, S. 9; *Siegert* (Fn. 4), S. 10; Frank/*Freisler* (Fn. 4), S. 7 (8); Frank/*Thierack* (Fn. 4), S. 25 (26).
[10] *Siegert* (Fn. 4), S. 10; vgl. *Schmidt-Klevenow,* Deutsches Recht 1937, S. 227.
[11] *Siegert* (Fn. 4), S. 8.
[12] *Schaffstein* in: Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, 1935, S. 108 (109 f.).
[13] Frank/*Thierack* (Fn. 9), S. 25 (26).
[14] Zum Begriff: *Curschmann* (Fn. 9), S. 7.
[15] *Schaffstein* in: Deutsches Recht, 1936, S. 64 (65); *Curschmann* (Fn. 9), S. 10, 15; *Kollmeier* (Fn. 5), S. 72.
[16] *Curschmann* (Fn. 9), S. 13.
[17] *Siegert* (Fn. 4), S. 12; Frank/*Freisler* (Fn. 4), S. 7 (7 f.); Frank/*Thierack* (Fn. 9), S. 25 (26); Dreier/Sellert/*Dölling* (Fn. 7), S. 197 (205).
[18] S.o.; *Wolf,* ZStW 54 (1934), 544 (545 f.); *Ambos,* Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 27, 30.
[19] Frank/*Freisler* (Fn. 4), S. 7 (7); Frank/*Thierack* (Fn. 9), S. 25 (26).
[20] *Wolf*, ZStW 54 (1934), 544 (545).
[21] *Kollmeier* (Fn. 5), S. 70; *Siegert* (Fn. 4), S. 78; *Ambos* (Fn. 18), S. 122.
[22] *Wolf,* in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 1932, S. 7 (20).
[23] *Wolf* (Fn. 22), S. 7 (22 ff.); *Wolf,* ZStW 54 (1934), 544 (550); *Schaffstein* (Fn. 12), S. 108, 114; *Siegert* (Fn. 4), S. 78.
[24] *Wolf*, ZStW 54 (1934), 544 (550); *Wolf* (Fn. 22), S. 7 (22).
[25] *Wolf* (Fn. 22), S. 7 (15 f., 27); *Schaffstein* ersetzte die Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung mit der einer Pflichtverletzung (*Schaffstein* (Fn. 12), S. 108 ff.), führte den Begriff „Pflichtenstrafrecht" ein (*Schaffstein* (Fn. 12), S. 108, 110 f.) und vertrat damit in diesem Kontext ebenso die Idee eines Gesinnungsstrafrechts (*Schaffstein* (Fn. 12), S. 108, 111, 114).
[26] *Schaffstein* (Fn. 12), S. 108, 111, 120.
[27] *Wolf* (Fn. 22), S. 7 (26); Wolf, ZStW 54 (1934), 544 (569).
[28] Vgl. *Mezger*, Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 1934, S. 104 ff.; *Exner* (Fn. 7), S. 149 ff., 274, 358; Dreier/Sellert/*Dölling* (Fn. 7), S. 194 (198, 209, 223); *Ambos* (Fn. 18), S. 29; *Dahm,* MSchrKrimPsych 24 (1933), 162 (176).
[29] *Mezger*, Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen, 1944, S. 220 ff.
[30] Dreier/Sellert/*Dölling* (Fn. 7), S. 194, 223; *Harten/Neirich/Schwerendt* (Fn. 7), S. 5.
[31] Vgl. *Dahm,* MSchrKrimPsych 24 (1933), 162 (176); vgl. *Mezger* (Fn. 29), S. 245.

Exemplarisch für die „Reinhaltung der Rasse“ und den „Schutz des deutschen Volkes“ als Zielsetzung des nationalsozialistischen Strafrechts wurden normative Tätertypenlehren entwickelt, die den „Typus des Volksfeinds“ umschrieben und ein soziales Wert- bzw. Gesinnungsurteil des Richters erforderten.[32] Für eine vermeintliche volksnahe Rechtsprechung boten Generalklauseln flexible Auslegungsmöglichkeiten.[33]

C. Gesetzesgenese der „schädlichen Neigungen“ in §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 1 RJGG

Die im Jahre 1933 vom Reichsjustizministerium eingesetzte Amtliche Strafrechtskommission lehnte am 13. Januar 1936 die Idee ab, das vom JGG von 1923 eigenständig geregelte Jugendstrafrecht in das StGB zu überführen.[34] Es wurde unter anderem mit der besonderen sozialen Ehre der Jugendlichen sowie ihrer Eigenständigkeit in der deutschen Volksordnung argumentiert.[35]

Umfassende inhaltliche Grundsatzdiskussionen zur Reform des Jugendstrafrechts folgten.[36] Bereits am 26. Juni 1933 hatte *Hans Frank* in seiner Funktion als Reichsleiter der NSDAP die Akademie für Deutsches Recht gegründet.[37] Diese sollte in Ergänzung und teilweise auch in Konkurrenz zu den amtlichen Gesetzgebungskommissionen die nationalsozialistische Rechtsreform „durch Anregung, Begutachtung, Vorbereitung und Ausarbeitung von Gesetzentwürfen“[38] vorantreiben.[39] Verantwortlich für die Reformen im Jugendstrafrecht war ein Unterausschuss unter dem Vorsitz von *Friedrich Schaffstein*.[40]

Schaffsteins jugendstrafrechtliche Konzeptionen orientierten sich an den Ideen des kriminalbiologischen, täterorientierten Gesinnungsstrafrechts im Nationalsozialismus.[41] Auf dieser Grundlage trat *Schaffstein* für eine radikale Trennung zwischen „unerziehbaren“ und „erziehbaren“ Jugendlichen ein.[42] Er forderte eine Konzentration erzieherischer Bemühungen um eine „Wiedereingliederung“ in die „Volksgemeinschaft“ ausschließlich auf rassisch und erbbiologisch „wertvolle“ Jugendliche.[43] Nach *Schaffstein* widerspreche es „der modernen erbbiologischen Auffassung und der Rassenlehre, die vorhandenen, nun einmal beschränkten Kräfte zu verschwenden durch wenig aussichtsreiche Erziehungsversuche an erheblich Minderwertigen“.[44] Die Strafe gewinne hierdurch ihre Funktion als Ausscheidung des unerziehbaren Jugendlichen aus der „Volksgemeinschaft“ und folglich als rassische und eugenische Auslese im Bereich des Jugendstrafrechts.[45] Die Erziehung der rassisch und erbbiologisch „wertvollen“ Jugendlichen folgte wiederum dem Ziel der Erziehung zur deutschen „Volksgemeinschaft“.[46]

Ebenso vertrat Staatssekretär *Roland Freisler* im Jugendstrafrechtsausschuss eine „erbbiologische“ bzw. „rassisch fundierte kriminalbiologische“ Auslese der jugendlichen Rechtsbrecher.[47] Er referierte im Jahre 1939 über eine „unbestimmte Verurteilung“ von Jugendlichen.[48] Hierbei verwies er auf das „Recht der Ostmark“, welches in § 12 Abs. 1 S. 1 des österreichischen Gesetzes über die Behandlung junger Rechtsbrecher (öJGG) vom 18. Juli 1928 die „unbestimmte Verurteilung“ des Jugendlichen „zur Überwindung seiner schädlichen Neigungen“ ermöglichte.[49] Ursprung der Formulierung „schädliche Neigungen“ war die ideologiefreie Voraussetzung der Einweisung britischer Jugendlicher in eine Borstal-Anstalt nach Section 1 (1) (b) des *Prevention of Crime Act* von 1908.[50]

Das österreichische Jugendgerichtsgesetz spielte wegen der hohen Anzahl österreichischer Strafrechtler, die regelmäßig an den Sitzungen der Akademie für Deutsches Recht teilnahmen, eine maßgebende Rolle.[51] Dies korrelierte mit dem Anschluss Österreichs im Mai 1939 an Nazi-Deutschland.[52] Der Entwurf der Verordnung über die „Globaleinführung“ des deutschen Strafrechts für das „Großdeutsche Reich“ im Reichsjustizministerium stieß auf österreichischer Seite auf Kritik, die entgegen einer reinen Auswechslung der Paragrafen auf eine Einzelfallbetrachtung unter möglicher Übernahme österreichischer Vorschriften beharrte.[53]

[32] Vgl. *Wolf,* ZStW 54 (1934), 544 (550 f.); *Wolf,* ZAkDR 3 (1936), 361 (361 f.); nach *Mezger* habe die „Ausscheidung volksschädlicher Bestandteile“ „ohne Rücksicht auf persönliche Schuld“ zu erfolgen (vgl. *Mezger* (Fn. 29), S. 245 f.).
[33] *Rüthers* (Fn. 3), S. 21; *Kollmeier* (Fn. 5), S. 70.
[34] *Schumann,* ZJJ 4/2017, 313 (316).
[35] *Schaffstein* (Fn. 15), S. 64 (65, 68).
[36] *Schumann,* ZJJ 4/2017, 313 (316).
[37] *Pichinot,* Die Akademie für Deutsches Recht – Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reiches, 1981, S. 7; *Schumann,* ZJJ 4/2017, 313 (316).
[38] § 2 Satzung der Akademie, in: JAkDR 1 (1933/1934), S. 249.
[39] *Pichinot* (Fn. 37), S. 7 ff.
[40] *Schumann*, in: Die Akademie für Deutsches Recht – Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reiches 2017, S. 88.
[41] S.o. B.; *Schaffstein* (Fn. 12), S. 108 (119 ff.); *Schaffstein* (Fn. 15), 64 (66).
[42] *Schaffstein* (Fn. 15), 64 (65); auch W*olf* unterteilte bei der Zielsetzung des Strafrechts in die 1. Sicherung der „Volksgemeinschaft“ vor dauernden Schädlingen und in die 2. Erziehung der durch ungünstige Einflüsse oder erstmals zu Fall gekommenen erbgesunden Volksgenossen (*Wolf,* ZStW 54 (1934), 544 (546)); vgl. *Schaffstein* (Fn. 12), S. 108, 109.
[43] *Schaffstein* (Fn. 15), 64 (65).
[44] *Schaffstein* (Fn. 15), 64 (66).
[45] *Schaffstein* (Fn. 15), 64 (65 f.).
[46] *Wolf,* ZStW 54 (1934), S. 544 (546); *Schaffstein* (Fn. 15), 64 (65); *Kollmeier* (Fn. 5), S. 87, Fn. 311.
[47] Vgl. *Schubert*, in: Akademie für Deutsches Recht 1933-1945, 2001, S. 154 (154); Schubert/*Freisler*, Ausschuss für Jugendrecht, 2001, S. 156 (157 f.).
[48] Schubert/*Freisler*, (Fn. 47) S. 154 (158).
[49] Schubert/*Freisler*, 2001, S. 156 (158); *Freisler*, MSchrKrim 1939, 209 (212).
[50] FS-Kreuzer/*Höffler*, 2018, S. 239 (241); *Zipf,* Strafmaßrevision, 1969, S. 154.
[51] *Schubert* (Fn. 47), S. 417 (417); *Schütz,* Hoffnungslose Kriminelle und Neigungstäter – die Erfassung der Frühkriminalität im wissenschaftlichen Wirken von Friedrich Schaffstein (1905-2001), 2022, S. 77.
[52] *Schütz* (Fn. 51), S. 77.
[53] *Wolff,* Hoffnungslose Kriminelle und Neigungstäter – die Erfassung der Frühkriminalität im wissenschaftlichen Wirken von Friedrich Schaffstein (1905-2001), 1992, S. 146; *Schütz* (Fn. 51), S. 77; vgl. *Klatt*, Hoffnungslose Kriminelle und Neigungstäter – die Erfassung der Frühkriminalität im wissenschaftlichen Wirken von Friedrich Schaffstein (1905-2001), 2009, S. 180 ff.

Nach *Hans Mann*, dem Gauleiter des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes, hätten sich die nun seit mehr als 100 Jahren geltenden österreichischen Gesetzesbestimmungen ausgezeichnet bewährt.[54] Die österreichische Strafgesetzgebung sei nach *Mann* im Vergleich zum Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches vom 15. Mai 1871 von den „schlimmsten Auswüchsen der liberalen Standpunktlosigkeit“ frei.[55]

Nach eingehender Beratung des Ausschusses in den Sitzungen vom 27. und 28. März 1941 führte der Jugendstrafrechtsausschuss am 10. September 1941 in der „Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher“ – in teilweiser Abweichung von der österreichischen Regelung[56] - die Verhängung von Freiheitsstrafe von unbestimmter Dauer bei Jugendlichen mit „schädlichen Neigungen“ ein:[57]

„Ist eine Gefängnisstrafe von mindestens neun Monaten zur Ahndung der Tat eines Jugendlichen geboten und lässt sich wegen der darin zutage getretenen *‚schädlichen Neigungen‘* des Jugendlichen nicht voraussehen, welche Strafdauer erforderlich ist, um ihn durch die Erziehung im Strafvollzug wieder in die Volksgemeinschaft eingliedern zu können, so verhängt der Richter Gefängnis von unbestimmter Dauer.“[58]

Die konkrete Bedeutung von „schädlichen Neigungen“ wurde der Entwicklung durch die Rechtsprechung überlassen, um eine „elastische Auslegung“ zu ermöglichen.[59] Der Begriff „Neigung“ als ein an die Anlage anknüpfender Terminus war eine ideologische Anknüpfung an die Kriminalbiologie.[60] 1935 hatte der Kriminologe *Wilhelm Sauer* die „Anlage“ als „Inbegriff der vererbten und erworbenen Neigungen“ dargestellt.[61]

Der Begriff „schädliche Neigungen“ spiegelt damit ein täterorientiertes Gesinnungsstrafrecht wider, das im nationalsozialistischen Jugendstrafrecht eine rassenbiologische Auslesefunktion entfalten sollte. Gleichzeitig wurde der Jugendliche mit der Zuschreibung „schädlicher Neigungen“ und der Unfähigkeit zur Eingliederung in die „Volksgemeinschaft“ „ehrlos“ gestellt.[62]

Das Reichsjugendgerichtsgesetz (RJGG) von 1943 übernahm den Begriff „schädliche Neigungen“ als selbstständige Alternative für die Verhängung von Jugendstrafe in § 4 Abs. 2 RJGG.[63] Die unbestimmte Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ übernahm es in § 6 Abs. 1 RJGG.[64] Die begriffliche Unsicherheit der „schädlichen Neigungen“ wurde durch die Richtlinie Nr. 1 zu § 6 RJGG im Jahre 1944 dahingehend konkretisiert, dass „schädliche Neigungen […] ein Jugendlicher [zeigt], bei dem Anlage- oder Erziehungsmängel die Gefahr begründen, dass er ohne Durchführung einer längeren Gesamterziehung durch weitere Straftaten die Gemeinschaftsordnung stören wird“.[65] Das JGG von 1953 übernahm den Begriff „schädliche Neigungen“ als Voraussetzung der 1. Alternative für die Verhängung von Jugendstrafe und mit ihm die Richtlinie Nr. 1 zu § 6 RJGG unverändert.[66] Die Funktion des Begriffs „schädliche Neigungen“ sollte nun aber nicht mehr eine diffamierende rassenbiologische Auslese sein, sondern den Erziehungszweck stärker in den Vordergrund stellen.[67] So sollte in erster Linie auf die persönliche Schuld und charakterliche Haltung des Täters abgestellt werden.[68] Die Bestrafung sollte nicht durch Betonung eines Schutz- und Sühnebedürfnisses der Allgemeinheit bestimmt werden.[69] Die im Justizalltag bedeutungslos gewordene Jugendstrafe von unbestimmter Dauer (§ 19 JGG a.F.) wurde im Jahre 1990 durch das 1. JGG-Änderungsgesetz abgeschafft.[70] Der Begriff „schädliche Neigungen“ ist unverändert als Tatbestandsvariante für die Verhängung einer nunmehr zeitlich bestimmten Jugendstrafe in § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG i.V.m § 18 JGG erhalten geblieben.

D. Der geltende Rechtsrahmen

I. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG

Im Rahmen einer reichhaltigen Kasuistik definiert die Rechtsprechung den Begriff „schädliche Neigungen“ in § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG nunmehr als „erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel, die ohne längere Gesamterziehung die Gefahr der weiteren Begehung von Straftaten in sich bergen, die nicht nur gemeinlästig sind oder bagatellarischen Charakter haben“.[71] Hierin sind – mit einzelnen Abweichungen - klare Gemeinsamkeiten mit der Richtlinie Nr. 1 zu § 6 RJGG von 1944 zu erkennen.[72] „Schädliche Neigungen“ können nach ständiger Rechtsprechung in der Regel nur bejaht werden, wenn erhebliche Persönlichkeitsmängel schon vor der Tat angelegt waren und im Zeitpunkt

[54] *Klatt* (Fn. 53), S. 181.
[55] *Klatt* (Fn. 53), S. 181.
[56] Vgl. *Schubert* (Fn. 47), S. 417 (417 ff.).
[57] *Schubert* (Fn. 47), S. 417 (417 ff.); vgl. RGBl. I 1941, S. 567.
[58] Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher v. 10.09.1941, § 1 I, in: RGBl. I 1941, S. 567.
[59] *Freisler*, Deutsche Justiz 1941, 981 (982 f.); *Wolff* (Fn. 53), S. 146.
[60] *Schütz,* 2022, S. 76; vgl. *Kümmerlein,* ZdAdR 1941, 392 (396).
[61] Vgl. *Sauer*, ZdAdR 1935, 520 (521).
[62] Vgl. *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (279).
[63] RGBl. I 1943, S. 639.
[64] RGBl. I 1943, S. 639.
[65] *Kümmerlein,* RJGG, 1944, S. 41; *Wolff* (Fn. 53), S. 147.
[66] *Dallinger/Lackner,* JGG, 1955, § 17 Rn. 19; FS-Heinitz/*Schaffstein,* 1972, S. 461 (469).
[67] *Dallinger/Lackner,* JGG, 1955, § 17 Rn. 2, 5; *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (279).
[68] Vgl. BT-Dr. I/3264, S. 40; *Dallinger/Lackner,* JGG, 1955, § 17 Rn. 2.
[69] Vgl. BT-Dr. I/3264, S. 40; *Dallinger/Lackner,* JGG, 1955, § 17 Rn. 2.
[70] Weber/*Werner,* 2025, „unbestimmte Strafe“; Gesetz v. 30.08.1990, BGBl. 1990 I, S. 1853.
[71] BGH, Urt. v. 9.8.2001 – 4 StR 115/01, juris, Rn. 8; BGH NStZ-RR 2002, 20; BGH, Beschluss v. 17.7.2012 - 3 StR 238/12, juris, Rn. 3; NStZ 2013, 287; BGH, Beschluss v. 8.1.2015 – 3 StR 581/14 –, juris, Rn. 5, NStZ-RR 2015, 154; BGH NStZ 2018, 658; BGH, Urt. v. 6.2.2020 − 3 StR 31/19, NStZ 2020, 738; BGH Urt. v. 29.6.2023 – 3 StR 56/23 Rn. 7; NStZ 2024, 615; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 22.
[72] Vgl. *Schumann,* ZJJ 4/2017, 313 (328).

des Urteils gegeben sind und deshalb weitere Straftaten befürchten lassen.[73] Insofern ist eine negative Rückfallprognose erforderlich.[74] Umfasst sind keine Konflikt-, Gelegenheits- oder Nottaten, die auf ein einmaliges, situationsbedingtes Versagen schließen lassen.[75] Ebenso können keine auf jugendlichen Motivationen beruhenden Taten Grundlage für eine Jugendstrafe sein, zum Beispiel kriminelle Abenteuerlust oder gruppendynamische Zwänge.[76] Die Tat muss symptomatischen Charakter für das Vorliegen „schädlicher Neigungen" haben, sie muss gerade Ausdruck deren sein.[77] „Schädliche Neigungen" im Sinne einer Rückfallgefahr setzen in der Regel wiederholte Straftaten voraus.[78] Gleichzeitig ist nach ständiger Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass bereits eine Ersttat auf „schädliche Neigungen" schließen lässt.[79] In diesem Fall bedarf es aber regelmäßig der Feststellung von Persönlichkeitsmängeln, die sich bereits vor der Tat ausgebildet haben, Einfluss auf die Tat genommen haben und befürchten lassen, dass der Angeklagte weitere Straftaten begehen wird.[80]

Persönliche Defizite können auf ererbten Anlagen, neurotischer Fehlentwicklung ebenso basieren wie auf Erziehungsmängeln, schädlichen Einflüssen Dritter oder sonstigen Umwelteinflüssen.[81] Es kommt nicht auf die Entstehungsgründe oder ein Verschulden des Täters bezüglich der „schädlichen Neigungen" an.[82]

II. Das Schuldspruchverfahren nach §§ 27 ff. JGG

Die Vorschrift des § 27 JGG eröffnet die Möglichkeit, die Schuld des Jugendlichen im Urteil festzustellen und gleichzeitig die Entscheidung über die Verhängung der Jugendstrafe aufgrund „schädlicher Neigungen" auszusetzen.[83] Eine mittels der Bewährungsauflagen durch den Jugendrichter nach §§ 28, 29 JGG womöglich positiv beeinflusste Entwicklung des Delinquenten kann der Verhängung einer Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" entgegenwirken, § 30 Abs. 2 JGG.[84] Der Jugendliche bleibt ohne justizielle Stigmatisierungen, was sich erzieherisch konstruktiv auf den Jugendlichen auswirkt.[85] Die Sanktion vermeidet ebenso einen erheblichen Sanktionssprung von der kurzfristigen Freiheitsentziehung im Jugendarrest (§ 16 JGG) zur Mindestdauer der Jugendstrafe (§ 18 Abs. 1 S. 1 JGG).[86]

III. Die Bemessung der Jugendstrafe im Einzelnen

Die Dauer der verhängten Jugendstrafe richtet sich nach § 18 Abs. 1 JGG. Gem. § 18 Abs. 1 S. 1 JGG beträgt das Mindestmaß sechs Monate, das Höchstmaß fünf Jahre, bei einem Verbrechen, für das nach dem allgemeinen Strafrecht eine Höchststrafe von mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe angedroht ist, ist das Höchstmaß gem. § 18 Abs. 1 S. 2 JGG zehn Jahre. Eine abweichende Höchststrafe von zehn Jahren für Heranwachsende ergibt sich aus § 105 Abs. 3 S. 1 JGG, bei Mord mit besonderer Schwere der Schuld liegt die Höchststrafe für Heranwachsende gem. § 105 Abs. 3 S. 2 JGG bei 15 Jahren. Die Umstände, die sich im Erwachsenenstrafrecht strafschärfend oder strafmildernd auf die Strafzumessung auswirken, sind trotz § 18 Abs. 1 S. 3 JGG[87] auch für die Strafzumessung gem. § 18 JGG zu beachten.[88] Die Bewertung des Tatunrechts darf allerdings nicht dominierend sein und muss sich der jugendstrafrechtlichen Zielsetzung der positiven Individualprävention unterordnen.[89] Die Verhängung der Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" misst sich am verfassungsrechtlichen Gebot des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[90] Die Sanktion der Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" muss im Hinblick auf das Ziel der Vermeidung einer Straftatwiederholung geeignet, erforderlich und angemessen sein.[91]

---

[73] Vgl. BGH NStZ 2010, 280 (281); BGH, Beschluss v. 9.7.2015 – 2 StR 170/15 –, juris, Rn. 6, NStZ-RR 2015, 323; BGH, Beschluss v. 4.5.2016 – 3 StR 78/16, juris, Rn. 4; BGH Urt. v. 3.3.2021 – 2 StR 218/20, juris Rn. 22; BGH Beschl. v. 20.2.2024 – 1 StR 30/24, juris, Rn. 4; BGH NStZ 2024, 615.

[74] *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (3); *Konze,* Hoffnungslose Kriminelle und Neigungstäter – die Erfassung der Frühkriminalität im wissenschaftlichen Wirken von Friedrich Schaffstein (1905-2001), 2014, S. 95; *Rose,* ZJJ 1/2020, 43 (44); *Brunner/Dölling,* JGG, 14. Aufl. 2023, § 17 Rn. 15.

[75] BGH StV 1993, S. 531; OLG Hamm NStZ-RR 1999, 377; NStZ-RR 2010, 387; vgl. bereits Richtlinie Nr. 1 zu § 6 RJGG, in: *Kümmerlein,* RJGG, 1943, S. 41.

[76] BGH StV 1993, S. 531; NStZ-RR 2010, 387.

[77] *Böhm/Feuerhelm,* Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2004, S. 221; *Laubenthal/Baier/Nestler*, JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 728; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 33.

[78] BGHSt 11, 169; 15, 224; *Brunner/Dölling,* JGG, 14. Aufl. 2023, § 17 Rn. 18; *Kölbel,* KriPoZ 4/2024, 304 (308).

[79] BGHSt 16, 261 (262); BGH StV 1993, 531; BGH NStZ-RR 1997, 22; BGH NStZ 2002, 89.

[80] BGH NStZ 1988, 499; StV 1993, 531; OLG Köln StV 2001, 178.

[81] Vgl. BGHSt 11, 169 (171); 16, 261 (262).

[82] Vgl. BGHSt 11, 169 (171); 16, 261 (262); *Laubenthal/Baier/Nestler*, JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 725; krit. *Albrecht,* JStR, 3. Aufl. 2000, S. 246; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 24.

[83] Meier/et al./*Meier,* JGG, 3. Aufl. 2024, § 27 Rn. 1; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 27 Rn. 2.

[84] *Jaglarz,* NStZ 2015, 191 (194).

[85] Meier/et al./*Meier,* JGG, 3. Aufl. 2024, § 27 Rn. 2; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 27 Rn. 3; krit. *Heublein,* ZfJ 1995, 436 (436).

[86] Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG § 27 Rn. 4; *Heublein*, ZfJ 1995, 436 (436).

[87] Nach § 18 Abs. 1 Satz 3 JGG gelten die Strafrahmen des allgemeinen Strafrechts im Jugendstrafrecht nicht, entscheidend sind die eigenständigen Grenzen des § 18 Abs. 1 JGG bzw. des § 105 Abs. 3 JGG.

[88] BGH StV 1986, 304; OLG Hamm, Beschluss v. 17.10.2000 – 3 Ss 992/00 –, juris, Rn. 34, 35; OLG Köln StV 2001, 178; *Albrecht,* JStR, 3. Aufl. 2000, S. 255; *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 238; *Streng,* JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 443; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 18 Rn. 23; *Ostendorf,* JGG, 12. Aufl. 2026, § 5 Rn. 4.

[89] BGH Beschl. v. 14.3.2024 – 5 StR 18/24, juris Rn. 3; *Ostendorf,* JGG, 12. Aufl. 2026, § 18 Rn. 7.

[90] *Ostendorf,* JGG, 12. Aufl. 2026, § 5 Rn. 3; § 18 Rn. 7.

[91] *Laubenthal/Baier/Nestler*, JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 723; *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 235-243; *Ostendorf,* JGG, 12. Aufl. 2026, § 5 Rn. 3.

E. Jugendrichterliche Praxis

Die Jugendstrafe macht innerhalb der jugendstrafrechtlichen Sanktionen in den vergangenen Jahrzehnten stets etwa 16 % der Verurteilungen aus.[92] In etwa 80 % bis 90 % der Fälle wurde zu einer Jugendstrafe unter zwei Jahren verurteilt, der Anteil der Verurteilungen zu einer Jugendstrafe zwischen zwei und fünf Jahren wuchs stetig bis zu 15 %, der Anteil derjenigen über fünf Jahre lag konstant unter 1 %.[93] Verschiedenen (älteren) Untersuchungen zufolge wird die Jugendstrafe in der Praxis ganz überwiegend wegen „schädlicher Neigungen" verhängt. Sie erfolgte nach Untersuchungen von *Benske* (1966) in 79 % der Verurteilungen zur Jugendstrafe[94], nach *Lange* (1973) in 69,3 % der Fälle[95] und nach *Matzke* (1982) in 71,9 % der Fälle.[96] Diesen Untersuchungen zufolge werden sowohl „schädliche Neigungen" als auch „Schwere der Schuld" in etwa 8,5 % bis 20,6 % der Verurteilungen zur Jugendstrafe angenommen.[97] Bei der neuesten Untersuchung von *Kurzberg* von 2009 wurden bei der Hälfte aller Verurteilungen zur Jugendstrafe beide Voraussetzungen in § 17 Abs. 2 JGG als erfüllt angesehen.[98] Eine Verurteilung zur Jugendstrafe ausschließlich wegen „schädlicher Neigungen" erfolgte nach dieser Untersuchung bei Jugendlichen lediglich in 20,9 % der Fälle und bei Heranwachsenden in 25,2 % der Fälle.[99] Sofern beide Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG im Urteil bejaht werden, hat dies eine deutlich höhere Strafe zur Folge als im Vergleich zu denjenigen Fällen, in denen das Gericht nur eine der Alternativen annimmt.[100]

In der Praxis wird für die Bejahung „schädlicher Neigungen" meist an das Vorliegen einer wiederholten Tatbegehung und an eine gewisse Deliktsschwere angeknüpft.[101] Merkmalsausprägungen aus dem Sozial- oder Persönlichkeitsbereich, wie zum Beispiel schulische Entwicklung, familiäre Situation oder Drogenkonsum, scheinen erst in zweiter Linie bestimmend zu sein.[102] Die Verurteilung zur Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" erfolgt überwiegend wegen Gewalt-, Raub- oder Diebstahlsdelikten.[103]

Urteile über die Verhängung einer Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" zeigen oftmals Mängel in der Begründung und der Strafzumessung.[104] Die Voraussetzungen einer Jugendstrafe werden bei Heranwachsenden in 45 % der Urteile und bei Jugendlichen in 36 % der Urteile nur mit einer Wiederholung des gesetzlichen Wortlauts begründet.[105] Dies steht im Widerspruch zum Maßstab der Rechtsprechung, nach dem es bei der Verhängung von Jugendstrafe einer besonders sorgfältigen Sanktionsbegründung bedarf und das Vorliegen „schädlicher Neigungen" eingehend begründet und angegeben werden muss.[106] Vorstrafen werden pauschal im Urteil erwähnt, allerdings bedarf es deren Bezugs zur aktuellen Tat, um die Vorstrafen für die Feststellung „schädlicher Neigungen" einfließen lassen zu können.[107] Dahingehend werden die beim Täter schon vor der Tat bestehenden Defizite nicht deutlich, womit die Tat als Ausdruck der Mängel nicht erörtert werden kann.[108] Mangelhafte Begründungen der Voraussetzungen der Jugendstrafe spiegeln sich auch in den zahlreichen revisionsgerichtlichen Aufhebungen von Verurteilungen zu einer Jugendstrafe wider.[109] Das Schuldspruchverfahren nach §§ 27 ff. JGG fand im Jahr 2021 nur in 2 % aller Verurteilungen nach dem JGG statt[110], wobei es zu einer Verhängung der Jugendstrafe nach § 30 Abs. 1 JGG in lediglich unter 25 % der ausgewerteten Verfahren kam.[111]

F. Kritik

I. Stigmatisierende und ausgrenzende Wirkung

Der Begriff „schädliche Neigungen" hat erhebliche stigmatisierende und kränkende Wirkung.[112] Die individualisierende

[92] *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 176; vgl. das Bezugsjahr 2021, in dem insgesamt 7.293 Jugendstrafen ausgesprochen wurden (bei insgesamt 46.603 nach Jugendstrafrecht Verurteilten): Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung (Fachserie 10, Reihe 3, Tab. 2.3.).

[93] Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung (Fachserie 10, Reihe 3, Tab. 4.1.); *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 246.

[94] *Benske,* Die Bedeutung des Erziehungsgedankens für die Bemessung der Jugendstrafe, 1966, S. 141.

[95] *Lange,* Die Bedeutung des Erziehungsgedankens für die Bemessung der Jugendstrafe, 1973, S. 113.

[96] *Matzke,* Die Bedeutung des Erziehungsgedankens für die Bemessung der Jugendstrafe, 1982, S. 182 f.

[97] *Benske* (Fn. 94), S. 141; *Lange* (Fn. 95), S. 113; *Matzke* (Fn. 96), S. 182 f.; die Untersuchungen von *Meier* (1994) und *Schulz* (2000) wurden mangels Repräsentativität nicht aufgeführt, vgl. *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 246.

[98] *Kurzberg,* Die Bedeutung des Erziehungsgedankens für die Bemessung der Jugendstrafe, 2009, S. 186.

[99] *Kurzberg* (Fn. 98), S. 186 f., der aber selbst auf die Verfälschung durch die Schwere der untersuchten Delikte hinweist.

[100] *Kurzberg* (Fn. 98), S. 190.

[101] *Buckolt*, Die Zumessung der Jugendstrafe – eine kriminologisch-empirische und rechtsdogmatische Untersuchung, 2009, S. 74 ff., 349 f.; *Kurzberg* (Fn. 98), S. 187 f.; vgl. FS-Ostendorf/*Bliesener/Thomas*, 2015, S. 73 (76 f.); *Swoboda*, ZJJ 3/2016, 278 (284 ff.).

[102] *Meier,* Die Zumessung der Jugendstrafe – eine kriminologisch-empirische und rechtsdogmatische Untersuchung, 1994, S. 72 f.; *Kurzberg* (Fn. 98), S. 188 f.; FS-Ostendorf/*Bliesener/Thomas*, 2015, S. 73 (76 f.); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 25.

[103] *Ludwig,* Jugendstrafe an Vierzehn- und fünfzehnjährigen, 1983, S. 66 (99 f.); *Albrecht*, JStR, 3. Aufl. 2000, S. 246; *Kurzberg* (Fn. 98), S. 187.

[104] *Kurzberg* (Fn. 98), S. 186 f.

[105] *Kurzberg* (Fn. 98), S. 186 f.

[106] OLG Hamm, Beschluss v. 26.10.2021 – 4 RVs 109/21; BeckRS 2021, 33763.

[107] Vgl. *Meier* (Fn. 102), S. 73; *Kurzberg* (Fn. 98), S. 189; dies steht ebenso im Widerspruch zur Rspr.: OLG Köln, Beschluss v. 05.03.2010 – 1 RVs 26/10; OLG Hamm, Beschluss v. 26.10.2021– 4 RVs 109/21.

[108] *Kurzberg* (Fn. 98), S. 189; s.o. D., I.

[109] Siehe die Ergebnisse des Wiesbadener Verlaufsprojekts, wonach bei 10 von 40 Jugendstrafgefangenen angesichts von Kriminalität im Rahmen der Persönlichkeitsreifung die Voraussetzungen für die Verhängung einer Jugendstrafe nicht vorlagen, *Bock*, NK 2013, 326 (329 f.).

[110] Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung (Fachserie 10, Reihe 3, Tab. 2.2.); *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 224.

[111] Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung (Fachserie 10, Reihe 3, Tab. 4.1); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 30 Rn. 6; *Streng,* JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 553.

[112] BT-Drs. 20/14257, S. 52; *Bald*, Jugendstrafe an Vierzehn- und Fünfzehnjährigen, 1995, S. 66; *Albrecht*, JStR, 3. Aufl. 2000, S. 243; *Walter/Wilms*, NStZ 2007, 1 (2); *Kurzberg* (Fn. 98), S. 253; *Swoboda*, ZJJ

und moralisierende Betonung eignet sich dazu, den Jugendlichen als (bedrohliche) „Defekt-Persönlichkeit“ zu beurteilen.[113] Es werden Stereotypisierungen durch die systematische Überschätzung von Unterschieden zwischen Jugendlichen mit „schädlichen Neigungen“ und Jugendlichen ohne diese Neigungen gefördert.[114] Der Begriff fördert damit Ausgrenzungsstrategien, die in Prinzipien des allgemeinen Strafrechts wie auch des Jugendstrafrechts oder des Jugendhilferechts keine Grundlage finden.[115] Ebenso fördert der Begriff in Ausgestaltung seiner stigmatisierenden und ehrverletzenden Wirkung ein negatives Selbstbild des Jugendlichen.[116] Gerade Jugendliche und Heranwachsende neigen aufgrund ihrer entwicklungsbedingten Labilität dazu, die von außen an sie herangetragenen Wertungen in ihr Selbstbild zu übernehmen.[117] Durch dieses Selbstbild werden für den Jugendlichen Anreize geschaffen, die Rolle des Verbrechers zu übernehmen.[118] Dadurch wird den Jugendlichen gleichzeitig der Mut genommen, die Alternative eines rechtskonformen Lebensmodus auszuprobieren.[119] Der Begriff „schädliche Neigungen“ wirkt auf den Jugendlichen damit auch provozierend.[120] Jugendliche könnten resignieren und sich im Sinne des „*labeling approach*“ ihrem scheinbar unabänderlichen, teils biologisch bedingten kriminellen Schicksal fügen.[121] Für die Erreichung des in § 2 Abs. 1 JGG verankerten Ziels des Jugendstrafrechts, der Vermeidung erneuter Straffälligkeit, erweist sich dies als äußerst kontraproduktiv.[122] Insbesondere junge Menschen tragen die Fähigkeit zur Veränderung in sich, da sie sich noch in der Entwicklung befinden.[123]

II. Anachronismus des Begriffs

Der Begriff ist historisch stark belastet.[124] Die nationalsozialistischen Wertvorstellungen prägten den Begriff durch ein den heutigen kriminologischen Erkenntnissen zuwiderlaufende Bild einer anlagebedingt fest verankerten kriminellen Persönlichkeit der betroffenen Jugendlichen und Heranwachsenden im Sinne einer gesellschaftlichen Wertlosigkeit.[125] Der Begriff hatte die durch nationalsozialistische Ideologie geprägte rassenbiologische Auslese und Entehrung des Jugendlichen zum Ziel.[126] Diesbezüglich wurde dem Jugendlichen die Fähigkeit zur Veränderung abgesprochen.

Dies widerspricht den Erkenntnissen der heutigen entwicklungskriminologischen Forschung zu den Lebensläufen jugendlicher Delinquenten.[127] Nur etwa 5 bis 10 % sind sogenannte Persister, also solche, die sich wiederholt auch im späteren Lebensverlauf strafbar machen, während die übrigen nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr mit schwerer Delinquenz in Erscheinung treten.[128] Viele kehren an den sogenannten *Turning Points* „auf den rechten Weg“ zurück und beenden ihre Straffälligkeit.[129] Protektive Faktoren wie das Aufnehmen einer festen Arbeitsstelle, Heirat und Familiengründung tragen hierzu bei.[130] Statische Begriffe wie „schädliche Neigungen“ nehmen jungen Menschen hingegen im Sinne des *Labelings* das Gefühl, dass ihnen Veränderung auch zugetraut wird.[131] Der Begriff „schädliche Neigungen“ scheint dahingehend anachronistisch und überholt. Die nationalsozialistische Deutung des Begriffs im Sinne einer rassenbiologischen Auslese und Entehrung des Jugendlichen verstößt gegen die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG.[132] Auch ein neuer (bundesrepublikanischer) Kontext des Begriffs lässt es nicht zu, das nationalsozialistische Gedankengut aus dem Begriff wieder zu entfernen.[133]

III. Inhaltliche Disponibilität des Begriffs

Ein wesentlicher Kritikpunkt am Begriff ist außerdem dessen inhaltliche Disponibilität. Grundsätzlich ist der Begriff „schädliche Neigungen“ durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert und widerspricht damit nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG.[134] Unklare Grenzen des Begriffs ermöglichen eine zirkelschlüssige

3/2016, 278 (283 f.); FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (246); *Streng,* JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 430; *Ostendorf*, JGG, 12. Aufl. 2026, § 17 Rn. 3.

[113] *Hermanns*, Sozialisationsbiographie und jugendrichterliche Entscheidungspraxis – eine empirische Untersuchung zur Sanktionsauswahl, Strafbemessung und -aussetzung bei jugendlichen und heranwachsenden Untersuchungshäftlingen, 1983, S. 11; *Albrecht*, JStR, 3. Aufl. 2000, S. 243; *Kurzberg* (Fn. 98), S. 253; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 21.

[114] FS-Kreuzer/*Höffler*, 2018, S. 239 (246); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 21.

[115] *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (283); *Kölbel,* KriPoZ 4/2024, 304 (310); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 18a, 21.

[116] *Pfeiffer*, Sozialisationsbiographie und jugendrichterliche Entscheidungspraxis – eine empirische Untersuchung zur Sanktionsauswahl, Strafbemessung und -aussetzung bei jugendlichen und heranwachsenden Untersuchungshäftlingen, 1989, S. 78; *Bald* (Fn. 112), S. 64.

[117] *Brauneck,* Allgemeine Kriminologie, 1974, S. 237; *Pfeiffer* (Fn. 116), S. 78; *Bald* (Fn. 112), S. 63; *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (284); vgl. *Mergen,* Die Kriminologie – eine systematische Darstellung, 3. Aufl. 1995, S. 97.

[118] *Walter/Wilms*, NStZ 2007, 1 (2); *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (284).

[119] *Bald* (Fn. 112), S. 64 f.; S*woboda,* ZJJ 3/2016, 278 (284).

[120] *Walter/Wilms*, NStZ 2007, 1 (2).

[121] Vgl. *Bald* (Fn. 112), 63 ff.; *Böhm/Feuerhelm* (Fn. 77), S. 220; *Laubenthal/Baier/Nestler*, JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 731; siehe auch: *Brauneck* (Fn. 117), S. 237 f.; *Mergen* (Fn. 117), S. 96 ff.

[122] Vgl. BT-Drs. 20/14257, S. 53.

[123] FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (248).

[124] S.o. B., C.; BT-Drs. 20/14257, 52; *Swoboda*, ZJJ 3/2016, 278 (279).

[125] Vgl. BT-Drs. 20/14257, 52.

[126] Vgl. oben B., C.

[127] *Stelly/Thomas*, Einmal Verbrecher - immer Verbrecher?, 2001, S. 17 ff.

[128] FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (245); vgl. *Stelly/Thomas* (Fn. 127), S. 17 ff.; *Kemme/Wetzels,* in: Praxis der Rechtspsychologie, Themenschwerpunkt Diagnostik und Begutachtung im (Jugend-) Strafrecht, 2014, S. 45 (56 f.).

[129] FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (248).

[130] FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (248).

[131] S.o. F., I.; FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (248).

[132] FS-Kreuzer/*Höffler*, 2018, S. 239 (245); *Streng*, JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 430.

[133] JuMiKo v. 01./02.06.2016 Beschluss II.13; *Schumann,* ZJJ 4/2017, 313 (329); FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (245).

[134] Vgl. oben, D., I.; *Bald* (Fn. 112), S. 81; *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (4).

Argumentationsweise des Gerichts und bergen damit gleichzeitig die Gefahr der Sanktionseskalation.

„Schädliche Neigungen“ werden oft im Zusammenhang mit einschlägigen Vordelikten und unter dem Eindruck der Wirkungslosigkeit vorangegangener Sanktionen bejaht.[135] Insbesondere bei länger andauernden kriminellen Verläufen neigen die Gerichte zur härteren Sanktion.[136] An bereits begangene Taten wird bei der Annahme „schädlicher Neigungen“ angeknüpft, da eine empirische Erfassung „schädlicher Neigungen“ nicht möglich ist.[137] Wenn allerdings „schädliche Neigungen“ durch die begangene Kriminalität begründet werden und weitere Kriminalität durch eben diese „schädlichen Neigungen“ prognostiziert wird, liegt ein Zirkelschluss vor.[138] Ebenso dient die Schwere der Schuld oftmals als Indiz für das Vorliegen von „schädlichen Neigungen“, womit gleichzeitig die Unterschiede zwischen beiden Alternativen der Jugendstrafe in der Praxis eingeebnet werden.[139] Sofern „schädliche Neigungen“ aus der Tat abgeleitet werden, wird die Täterpersönlichkeit nur sekundär erforscht und aus der begangenen Tat heraus betrachtet.[140]

Es zeigt sich, dass die inhaltliche Konturlosigkeit des Begriffs dem Rechtsanwender einen weiten Spielraum zur Auslegung im Einzelfall und zur Annahme „schädlicher Neigungen“ lässt. Es mangelt hierbei an klaren gesetzlichen Leitlinien. Dem Gericht steht eine weitgehend unüberprüfbare tatrichterliche Willkürkompetenz zu, die in inhaltsleeren Floskeln und zirkelschlüssigen Argumentationsweisen resultieren kann.[141] Die fehlende Konturierung des Begriffs wurde im Nationalsozialismus gerade für eine „elastische Auslegung“ genutzt, um so die Ziele des nationalsozialistischen Jugendstrafrechts zu verfolgen.[142] In der heutigen Rechtsanwendung stellt sich dies als Missstand dar.

IV. Verletzung des Schuldprinzips

Weiterhin ist rechtsstaatlich kritisch zu sehen, dass trotz der Jugendstrafe als repressive Schuldstrafe irrelevant ist, ob dem Jugendlichen im Einzelfall ein individueller Schuldvorwurf gemacht werden kann.[143] Der Anordnungsgrund der Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ liegt in der neigungsbedingten Rückfallgefährlichkeit des Jugendlichen.[144] Die vorausgesetzte schuldhaft begangene Tat fungiert ausschließlich als Anlass und Limitierung der Sanktion.[145] Die Rückfallprognose des Jugendlichen muss lediglich gestellt werden, es kommt nicht darauf an, ob dem Verurteilten deswegen ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.[146] Das Schuldprinzip verbietet es, Jugendliche und Heranwachsende für Umstände zu bestrafen, die ihnen nicht zuzurechnen sind.[147] Eine mit dem Begriff „Lebensführungsschuld“[148] pauschalisiert umschriebene Tätergefährlichkeit als Grundlage für die Verhängung von Jugendstrafe verstößt damit gegen das Schuldprinzip.[149]

Aufgrund der schuldunabhängigen Bemessung der Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ liegt eine Ähnlichkeit mit einer sichernden Maßregel vor.[150] Teilweise wird die Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG auch als solche eingeordnet.[151] Allerdings greifen nicht die im Maßregelrecht geltenden Verfahrensstandards.[152] Die Verhängung einer Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ wird im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Schuldprinzip aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG teilweise für verfassungswidrig gehalten.[153]

V. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Außerdem ist fragwürdig, ob eine Verhängung von Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ den Anforderungen des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips gerecht

[135] Vgl. *Buckolt* (Fn. 101), S. 74 ff., 350; *Kölbel,* ZAkDR 4/2024, S. 310; vgl. oben, E.
[136] *Buckolt* (Fn. 101), S. 74 ff., 364 f.
[137] Vgl. Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 18.
[138] *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (6).
[139] S.o. E.; *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (285); vgl. *Meier* (Fn. 102), S. 72, 92.
[140] Vgl. *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (285).
[141] S.o. E.; *Bald* (Fn. 112), S. 22; *Albrecht*, JStR, 3. Aufl. 2000, S. 247; *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (5); *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (285); vgl. *Meier* (Fn. 102), S. 72 f.; *Buckolt* (Fn. 101), S. 345 ff.;
[142] S.o. B.
[143] *Bald* (Fn. 112), 70 ff.*; Albrecht*, JStR, 3. Aufl. 2000, S. 246; FS-Amelung/*Haffke*, 2009, S. 17 (21); *Kemme,* StV 2014, 760 (762); *Konze* (Fn. 74), S. 101; *Kölbel,* KriPoZ 4/2024, 304 (310); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 2026, § 17 Rn. 23.
[144] Vgl. D., I; *Begemann,* ZRP 1991, 44 (45); *Konze* (Fn. 74), S. 101; *Kölbel*, KriPoZ 4/2024, 304 (310); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 2026, § 17 Rn. 23; a.A.: FS-Dölling/*Haas*, 2023, S. 515 (518).
[145] Vgl. oben, D., I., III.; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 2026, § 17 Rn. 23, 39.
[146] Vgl. oben, D., I.; FS-Amelung/*Haffke,* 2009, S. 17 (20 f.); *Kölbel,* KriPoZ, 4/2024, S. 310.
[147] *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung, 1988, S. 49.
[148] Der Begriff „Lebensführungsschuld“ ist durch den Strafrechtler und Kriminologen *Edmund Mezger* im Jahre 1938 eingeführt worden, um die Lehre vom sog. Tätertypus (s.o. B.) im Kontext des nationalsozialistischen Täterstrafrechts zu rechtfertigen. Eine „Lebensführungsschuld“ kann keine Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ begründen, da das geltende Tatstrafrecht, die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG es nicht erlauben, auf die Persönlichkeit oder den Charakter eines Menschen abzustellen.
[149] Zur h.A.: *Begemann,* ZRP 1991, 44 (45); *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (4); *Kemme,* StV 2014, 760 (762); *Konze* (Fn. 74), S. 101; *Schumann,* ZJJ 4/2017, 313 (328); *Brunner/Dölling*, JGG, 14. Aufl. 2023, § 17 Rn. 12. Nach *Bald* liegt ebenso ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor, da im Erwachsenenstrafrecht eine „Lebensführungsschuld“ keine freiheitsentziehende Maßnahme begründen kann, sondern lediglich im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 StGB Beachtung findet (vgl. *Bald* (Fn. 112), S. 76).
[150] *Begemann,* ZRP 1991, 44 (45); FS-Amelung/*Haffke,* 2009, S. 21; *Kemme,* StV 2014, 760 (763); *Kemme/Wetzels* (Fn. 128), S. 55; *Konze* (Fn. 74), S. 101; allerdings den ahndenden Strafcharakter begründend: *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (282 f.); FS-Dölling/*Haas,* 2023, S. 515 (518); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 23; ebenso krit. *Laubenthal/Baier/Nestler,* JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 725.
[151] *Zipf* (Fn. 50), 155 f.; FS-Amelung/*Haffke,* 2009, S. 17 (21); BeckOK/*Brögeler,* JGG, 2025, § 17 Rn. 5.1; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 18a, 18b.
[152] *Albrecht,* JStR, 3. Aufl. 2000, S. 246; *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (7).
[153] Vgl. etwa *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (4 f.); ebenso *Konze* (Fn. 74), S. 93 ff., 101.

wird.[154] Geeignet ist die Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG dann, wenn das Erziehungsziel der positiven Individualprävention durch den Jugendstrafvollzug erreicht werden kann.[155] Als *ultima ratio* ist die Jugendstrafe erforderlich, wenn keine gleich geeigneten, milderen Sanktionen zur Erreichung des Erziehungsziels bestehen.[156] Schon wegen des geringeren Eingriffscharakters haben Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel[157] Vorrang.[158] Zudem bieten Bewährungsmöglichkeiten nach § 21 JGG und § 27 JGG mildere Reaktionsformen.

Dem Strafvollzug wohnen zahlreiche erziehungsfeindliche Elemente inne.[159] Die Jugendlichen sind erheblichen psychischen und sozialen Deprivationen ausgesetzt.[160] Sie geraten in die Gefahr des Prisonisierungsprozesses und der Subkulturbildung, die negativ vorbildhaft-prägend und erzieherisch auf den Jugendlichen wirken.[161] Die erlernte Unselbstständigkeit wirkt nicht re-, sondern entsozialisierend.[162] Weitere Belastungen im Jugendstrafvollzug, wie die Fremdbestimmung, ungünstige und ungewollte Sozialkontakte, ein gewalthaltiger Interaktionsalltag, Verlust positiver externer Sozialbeziehungen und eine anhaltende Außenweltstigmatisierung wirken ebenso desintegrierend - insbesondere, da Jugendliche noch vor spezifischen Entwicklungsaufgaben stehen.[163] Aus diesen Gründen wird der Jugendstrafe teilweise die Eignung für eine (Re-)Sozialisierung von Jugendlichen im Alter von 14 bis 16 Jahren abgesprochen[164].

Als mildere Mittel kommen rein präventiv ausgestaltete Erziehungsmaßnahmen ohne Repression in Betracht, die gezielter auf die Erziehungsdefizite und Bedürfnisse der jungen Delinquenten eingehen als eine stationäre Jugendstrafe.[165] In Betracht kommt die Erziehung in neu zu schaffenden Heimen oder Wohngruppen, die ein positiveres soziales Klima bieten, die Stigmatisierung des Strafvollzugs vermeiden und eine kontinuierliche Förderung in beschützendem Milieu bieten.[166] Eine sozialpädagogische Intensivbetreuung, die innerhalb strenger Verhältnismäßigkeitsgrenzen auch stationär stattfinden kann, ist eine mildere Maßnahme als die stationäre Jugendstrafe. Deren Verhältnismäßigkeit ist damit zweifelhaft.[167]

G. Reform

I. Ersatzlose Streichung der Alternative

Zum einen wird die ersatzlose Streichung dieser Alternative aus dem Gesetzestext gefordert.[168] Sie sei unumgänglich, da sie wissenschaftlich unhaltbar, rechtlich unbestimmt und sozial stigmatisierend sei.[169] Es bedürfe einer eindrücklichen Betonung, dass diese Denkmuster durchbrochen werden müssen, um einer rationalen, auf kriminologische Erkenntnisse gestützten Jugendrechtspolitik Platz zu machen.[170] Problematisch an einer ersatzlosen Streichung ist die entstehende Sanktionslücke.[171] Es könnten mehr Jugendarreste verhängt werden, die damit noch stärker den Charakter einer kurzfristigen Freiheitsstrafe übernehmen.[172] Außerdem könnten die Gerichte die Grenzen der „Schwere der Schuld“ weiter als bisher ziehen.[173]

II. Ersetzung durch Erziehungsmaßregel

Ein anderer Vorschlag ist daher die dogmatische Ersetzung der Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ durch eine Erziehungsmaßregel, die eine sozialpädagogische Intensivbetreuung des Jugendlichen ermöglicht.[174] Eine Ausgestaltung als Erziehungsmaßregel bietet ein positiveres, emotional zuträglicheres Klima, flexible Betreuungsmodalitäten und eine bessere personelle und finanzielle Ausstattung gegenüber dem Strafvollzug, was für eine intensive individuelle Betreuung notwendig ist.[175] Diesbezüglich gibt es auch

[154] Vgl. oben, D., III.; *Bald,* (Fn. 112), S. 69; *Konze* (Fn. 74), S. 93 ff.; *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 235 ff.
[155] Ungeeignet ist eine Maßnahme lediglich, wenn das gewählte Mittel „objektiv untauglich“ ist (BVerfGE 16, 147, 181; 47, 109, 117); vgl. *Konze* (Fn. 74), S. 93, 97 f.;
[156] *Konze* (Fn. 74), S. 93 ff.; die Rückfallquote bei Jugendstrafgefangenen liegt bei etwa 70 %, vgl. *Ostendorf,* JGG, 12. Aufl. 2026, § 17 Rn. 10.
[157] Der Begriff „*Zuchtmittel*“ wurde wie der Begriff „*schädliche Neigungen*“ durch das RJGG von 1943 in das Jugendstrafrecht eingeführt. Er spiegelt ebenfalls ursprünglich nationalsozialistisches Gedankengut im Jugendstrafrecht wider, womit die unveränderte Begriffsverwendung im JGG heute gleichfalls Kritik ausgesetzt ist.
[158] Vgl. § 17 II JGG, BGH Beschl. v. 20.10.2022 – 1 StR 352/22, juris Rn. 4.
[159] *Streng*, JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 527; vgl. *Bald* (Fn. 112), 86 ff.; bereits BR-Drs. 464/89.
[160] *Bald* (Fn. 112), S. 86 f.; *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 235.
[161] *Bald* (Fn. 112), S. 88.
[162] *Bald* (Fn. 112), S. 85.
[163] *Kölbel,* KriPoZ, 4/2024, 304 (308).
[164] *Ostendorf/Drenkhahn,* JStR, 11. Aufl. 2022, Rn. 235; *Brunner/Dölling*, JGG, 14. Aufl. 2023, § 17 Rn. 5; Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 19.
[165] *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (7); FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (246).
[166] *Sabaß,* MSchrKrim, 2003, 221 (223); *Kölbel*, KriPoZ 2024, 304 (310).
[167] *Bald* (Fn. 112), S. 94, 116; *Konze* (Fn. 74), S. 101; *Kölbel,* KriPoZ 4/2024, 304 (310).
[168] BR-Drs. 634/02, S. 3; *Walter,* ZStW 113 (2001), 743 (771); 2. Jugendstrafrechtsreformkommission der DVJJ, DVJJ-Extra, 2002, Nr. 5, S. 87; Beschlüsse des 64. DJT, NJW 2002, 3073 (3078) (VI 8); *H.-J. Albrecht*, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?, 2002, S. 152 (153); *Walter/Wilms,* NStZ 2007, 1 (7 f.); *Kurzberg* (Fn. 98), S. 253; zur geringen Zustimmung einer ersatzlosen Streichung des Begriffs in der jugendrichterlichen Praxis: *Buckolt* (Fn. 101), S. 343 f.
[169] *Albrecht*, JStR, 3. Aufl. 2000, S. 246.
[170] FS-Kreuzer/*Höffler,* 2018, S. 239 (248 f.).
[171] BR-Drs. 238/04, S. 37; *Bald* (Fn. 112), S. 116 f., 132; *Buckolt* (Fn. 101), S. 442 f.; *Laubenthal/Baier/Nestler,* JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 731; *Streng,* JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 431.
[172] *Walter/Wilms*, NStZ 2007, 1 (7 f.).
[173] *Begemann*, ZRP 1991, 44 (46); *Böhm/Feuerhelm* (Fn. 77), S. 228.
[174] Vgl. oben, F., V.; *Streng,* GA 1984, 149 (165); *Bald* (Fn. 112), S. 119 ff., 132; FS-Heinitz/*Schaffstein,* 1972, 461 (474); *Sabaß,* MSchrKrim, 2003, 221 (223); *Schaffstein/Beulke/Swoboda,* JStR, 16. Aufl. 2020, Rn. 462; FS-Dölling/*Haas,* 2023, S. 515 (522); *Kölbel*, KriPoZ 2024, 304 (310); *Streng,* JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 431.
[175] Vgl. oben, F., V.; *Sabaß,* MSchrKrim, 2003, 221 (223); Beispiele hierfür sind Einrichtungen des Jugendstrafvollzugs in freien Formen, zum Beispiel das Projekt „Chance“ in Creglingen (abrufbar unter: https://projekt-chance.de/projekte/jugendprojekt-chance/, zuletzt: 17.10.2026);

Vorschläge, eine etwaige zukünftige Erziehungsmaßregel wegen „schädlicher Neigungen“ an psychologische Kategorien anzuschließen und sie damit weitgehend psychologischen Sachverständigen zu überantworten.[176] Ebenso stellt sich die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/800 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, vom 11. Mai 2016 als sinnvoller Mechanismus dar.[177] Danach kann der Verteidiger im Rahmen der notwendigen Verteidigung auf das Einschalten eines psychologischen Sachverständigen zur Feststellung „schädlicher Neigungen“ auf Grundlage psychologisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse hinwirken.[178] Diesem Vorschlag folgend würden Verstöße gegen das Schuldprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vermieden werden.

III. Terminologische Umformulierung des Begriffs

Allerdings ist im politischen Raum die Bereitschaft zu Modifizierungen lediglich auf terminologische Fragen beschränkt.[179] Zur Umformulierung des Begriffs in Anlehnung an die bisherige Kasuistik der Rechtsprechung[180] gab es mehrfache Vorstöße der Bundesländer.[181] Insbesondere wurde die Vorlage eines Formulierungsvorschlags durch das Bundesjustizministerium im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/800 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, vom 11. Mai 2016[182] erbeten.[183] Das Bundesjustizministerium äußerte sich im September 2023 zu einer zeitgemäßen Neuformulierung des Begriffs „schädliche Neigungen“ positiv.[184] Die FDP-Fraktion des Bundestags formulierte am 17. Dezember 2024 einen Gesetzesentwurf zur Neuformulierung des Begriffs.[185] Dieser lautete wie folgt:

„Das Gericht verhängt Jugendstrafe, wenn 1. wegen erheblicher Mängel in der individuellen oder sozialen Entwicklung des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, die künftige Begehung erheblicher Straftaten zu befürchten ist und Erziehungsmaßregeln oder unrechtsverdeutlichende Maßnahmen zur Erziehung nicht ausreichen […].“[186]

Eine sachliche Änderung des Anwendungsbereiches dieser Variante der Jugendstrafe blieb aus.[187] Der Formulierungsvorschlag stützt die für die Jugendstrafe erforderlichen Defizite auf prinzipiell korrigierbare persönliche Entwicklungsprozesse.[188] Es sollen die komplexen, auch von sozialen Faktoren abhängigen Entstehungsbedingungen eines vorhandenen und potenziell anhaltenden delinquenten Verhaltens im Jugendalter besser reflektiert und mutmaßliche Zuschreibungen im Sinne einer biologisch vorgeprägten „Defekt-Persönlichkeit“ vermieden werden.[189] Eine Neufassung des Begriffs „schädliche Neigungen“ hat zum Vorteil, dass Sanktionslücken vermieden werden und damit der Schutz der Gesellschaft auch vor jungen, gefährlichen Rechtsbrechern ermöglicht wird, bei denen ambulante Maßnahmen nicht ausreichen und eine stationäre Unterbringung erforderlich ist.[190] Der Gesetzesentwurf vom 17. Dezember 2024 hat sich allerdings mit der Wahl des neuen Bundestags vom 23. Februar 2025 erledigt. Zu weiteren Gesetzesentwürfen bezüglich der Änderung von § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG ist es bisher nicht gekommen.

H. Fazit und Ausblick

Der rechtshistorische und gesetzesgenetische Hintergrund des Begriffs „schädliche Neigungen“ zeigt, wie das Strafrecht zu politischen Zwecken instrumentalisiert werden kann. Der Begriff wurde bei gleichbleibender Terminologie aufgrund seiner inhaltlichen Konturlosigkeit zum Einfallstor für aktuelle Kriminalpolitiken und Jugendstrafrechtsverständnisse. Er bietet Raum für eine Ideologisierung, die an bestehende gesellschaftliche Normvorstellungen angepasst ist.

Die terminologische Abgrenzung von ideologisierungsfähigen Strafrechtsbegriffen ist in einem demokratischen Rechtsstaat zu fordern – insbesondere beim Erstarken antidemokratischer Kräfte. Vor allem aufgrund der modernen kriminologischen Forschung und des von einem erzieherisch-liberalen Menschenbild geprägten Jugendstrafrechts bedarf es einer klaren Abkehr vom ideologischen Gedankengut des nationalsozialistischen Jugendstrafrechts. Insbesondere aufgrund der stigmatisierenden und ausgrenzenden

siehe auch *Dreßel*, Projekt Chance – eine Alternative zu herkömmlichen Jugendstrafanstalten, 2007, S. 62 ff.; *Stelly,* ZJJ 3/2014, 257 (257 ff.); ähnlich *Streng*, JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 431.

[176] *Kemme/Wetzels* (Fn. 128), S. 54 ff.; *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (286).

[177] *Swoboda*, ZJJ 3/2016, 278 (287); vgl. Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 24.

[178] *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (287); Eisenberg/Kölbel/*Kölbel,* JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 18.

[179] *Kölbel*, KriPoZ 4/2024, 304 (310); zu Vorschlägen der Jugendrichter zur Begriffsersetzung: *Buckolt* (Fn. 101), S. 346 ff.

[180] Vgl. oben, D., I.

[181] Vgl. BR-Drs. 238/04, S. 7, 36 f.; Beschluss der JuMiKo v. 25./26.06.2014, TOP II.11; Beschluss der JuMiKo v. 01./02.06.2016, TOP II.13.

[182] Vgl. ABl. L 132 vom 21. Mai 2016, S. 1.

[183] Beschluss der JuMiKo v. 25./26.06.2014, TOP II. 11.; so auch Eisenberg/Kölbel/*Kölbel*, JGG, 27. Aufl. 2026, § 17 Rn. 24; vgl. *Swoboda,* ZJJ 3/2016, 278 (288 f.); *Rose,* ZJJ 1/2020, 43 (43 ff.); die RL (EU) 2016/800 wurde in nationales Recht zentral durch § 68 Nr. 5 JGG mit Wirkung vom 17. Dezember 2019 umgesetzt, vgl. BGBl. 2019 I, S. 2146; schon oben, G., II.

[184] Entsprechende Ankündigung im Grußwort des Bundesjustizministers zum 32. Deutschen Jugendgerichtstag, vgl. den Tagungsbericht von *Höynck/Ernst*, ZJJ 4/2023, 383 (384).

[185] BT-Drs. 20/14257.

[186] BT-Drs. 20/14257, S. 12.

[187] Vgl. auch zur Begründung: BT-Drs. 20/14257, S. 53.

[188] BT-Drs. 20/14257, S. 53.

[189] BT-Drs. 20/14257, S. 53.

[190] *Dölling*, in: Das Jugendstrafrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert, 2001, S. 193; *Laubenthal/Baier/Nestler*, JStR, 3. Aufl. 2015, Rn. 731; *Streng*, JStR, 6. Aufl. 2024, Rn. 431; vgl. *Brunner/Dölling,* JGG, 14. Aufl. 2023, § 17 Rn. 6.

Wirkung des Begriffs und der Verbindung mit der Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG im NS-Unrecht ist eine Begriffsänderung anzustreben. Es ist eine neutrale, nicht wertende und menschenwürdeorientierte Formulierung zu erzielen, die an das konkrete Verhalten anknüpft und damit dem Erziehungsziel aus § 2 Abs. 1 JGG förderlich ist.

Für die Gesamtheit der zur Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" Verurteilten ist davon auszugehen, dass die Sanktionsform der Kriminalstrafe weiterhin erforderlich bleibt.[191] Eine umfassende Neugestaltung der Sanktionsart für diese Tätergruppe ist in näherer Zukunft nicht abzusehen.[192] Gerade deshalb ist eine sorgfältige Prüfung der erheblichen Entwicklungsmängel bei dem Jugendlichen durch den Jugendrichter sowie die Begründung erforderlich, inwieweit mildere Maßnahmen des jugendstrafrechtlichen Sanktionensystems zur Erreichung der individuellen Spezialprävention nach § 2 Abs. 1 JGG nicht ausreichen. Den individuellen Umständen des Jugendlichen ist im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Schuldprinzip aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG besondere Beachtung zu schenken. Die inhaltliche Disponibilität dieser Tatbestandsvoraussetzung bleibt hierfür weiterhin eine Herausforderung

Paul Ferran Stein[*]

Die Herrschaft der Mehrheit: Demokratie bei Friedrich A. von Hayek

Im Kontext wiedererstarkender neoliberaler Begründungsmuster beschäftigt sich der folgende Beitrag mit der Demokratietheorie Friedrich August von Hayeks, einem der großen neoliberalen Denker des 20. Jh. Nach Darstellung seiner theoretischen Grundkonzeption zeigt sich: die Demokratie ist bei ihm auf die Sicherung der Freiheit ausgerichtet. Geleitet von den Fragen, für wen diese Freiheit gilt, wer sie ausüben kann und ob Hayeks Freiheitskonzeption insgesamt schlüssig ist, rückt der Freiheitsbegriff ins Zentrum der Analyse. Hierbei deutet sich ein demokratisches Defizit an: Hayeks Freiheit ist primär für eine kulturelle Elite konzipiert. Bei der Untersuchung der sich hieraus ergebenden Implikationen für die Demokratie stellt sich heraus, dass Hayeks Demokratiebegriff beschränkt ist und der Mehrheit der Bevölkerung keinen Raum für eine produktive demokratische Beteiligung bietet.

Inhaltsübersicht

A. Einführung 139
B. Demokratie bei *Hayek* 140
I. Erkenntnistheorie und kulturelle Evolution 140
II. Freiheit 141
III. Politische Konsequenzen 141
IV. Demokratie 142
V. Verfassung 142
VI. Recht 143
C. Die Herrschaft der (oder über die) Mehrheit? 143
I. Demokratie der Freiheit 144
1. Freiheit für wen? 144
2. Freiheit ohne Fähigkeiten? 146
3. Eine Freiheit für die Wenigen 147
II. Aristokratisch-konservative Demokratie 147
III. Demokratie der Unterwerfung 148
IV. Eindimensional-totalitäre Demokratie 149
V. *Allende*, *Pinochet* und *Hayek* 150
D. *Hayeks* Demokratietheorie gemessen am deutschen Zivilrecht 150
E. Die Herrschaft über die Mehrheit 151

A. Einführung

Wer sich mit Demokratie beschäftigt, wird um die Auseinandersetzung mit der neoliberalen Idee von Demokratie nicht herumkommen. *Hayek* steht wie kein anderer für die Idee des Neoliberalismus, die ab den 1970er-Jahren ihren Durchbruch erlebte. War bis dahin der Keynesianismus die vorherrschende Wirtschaftstheorie, wurden nun mit *Hayek* (1974) und *Friedman* (1976) gleich zwei der führenden Denker dieser Strömung mit dem Nobelpreis ausgezeichnet.

Der Neoliberalismus zeichnet sich durch eine Abkehr vom klassischen *Laissez-Faire-Liberalismus* (machen lassen) aus, in dem der Staat eine reine *Nachtwächterrolle* einnahm. *Hayek* verbindet die klassische Ablehnung jedes Eingriffs in den Markt mit einem stärkeren Staat, welcher bestimmte Grundvoraussetzungen bereitstellen soll.[1] Auch in der politischen Praxis wurde ab den 1970er-Jahren vermehrt auf diese Lehre zurückgegriffen. So stützten sich neben *Margaret Thatcher* auch *Ronald Reagan* und *Franz Josef Strauß* auf diese Denkschule.[2]

[191] Vgl. *Stelly,* ZJJ 3/2014, 257 (258, 262).
[192] Vgl. auch BT-Drs. 20/14257, S. 53.
[*] Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin im achten Fachsemester. Der Beitrag ist als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Grundlagen des Rechts mit Unterschwerpunkt Rechtstheorie entstanden. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*.
[1] *Rodrigues,* CJE 37, No. 5 (2013), 1003–1008.
[2] *Steltemeier*, Liberalismus Ideengeschichtliches Erbe und politische Realität einer Denkrichtung, 1. Aufl. 2015, S. 331.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Frage, inwieweit *Hayeks* Demokratietheorie dem selbstgewählten Titel *Die Herrschaft der Mehrheit*[3] entspricht.

Dabei kann auf die verschiedenen Ausformungen der Demokratie – von der parlamentarischen bis zur Rätedemokratie – nicht weiter eingegangen werden. Demokratie im Sinne dieser Analyse bedeutet schlicht: Volksherrschaft.

Die These dieser Untersuchung lautet, dass *Hayeks* Demokratietheorie dem Begriff der Volksherrschaft nicht gerecht wird und dem Individuum wie der Mehrheit keinen Raum für eine politische Gestaltung der Umwelt bietet.

B. Demokratie bei *Hayek*

Hayek entwickelte eine umfassende Theorie, die neben einem evolutionären Konzept auch eine erkenntnistheoretische Idee zur Grundlage seines Freiheits- und damit seines Gesellschaftsverständnisses macht. Auf diesen Grundmauern fußt schließlich sein Konzept einer liberalen Demokratie und des Rechtsstaates. Um Letzteres umfassend verstehen und würdigen zu können, seien zunächst Ersteredargestellt.

I. Erkenntnistheorie und kulturelle Evolution

Hayeks Weltsicht kann auf drei Säulen stehend verstanden werden. *Hayek* gründet seine erste Säule, die Erkenntnistheorie, auf ein subjektiv-individualistisches Wissensverständnis, in dem er alle menschliche Erkenntnis auf die subjektive Wahrnehmung von Sinneseindrücken der einzelnen Individuen zurückführt.[4] Das Bewusstsein eines Menschen wird geformt durch die Vielzahl verschiedener Erfahrungen, die dieser macht und die es ihm schließlich ermöglichen, bestimmte Muster zu erkennen.[5] Die soziale Welt ist von enormer Komplexität und kann im Gegensatz zur physikalischen Wissenschaft gerade nicht wissenschaftlich quantifiziert und vollständig verstanden werden.[6] Deshalb bleibt die Mustererkennung notwendigerweise unpräzise und begrenzt.[7] Die Vorstellung, man könne solche sozialen Konstrukte wie die Gesellschaft oder den Markt gleich einer physikalischen Wissenschaft vollständig verstehen, bezeichnet Hayek in seiner Nobelpreisrede von 1974 als „*pretence of knowledge*“ (Anmaßung von Wissen).[8] Aus dieser „Unvollkommenheit“[9] des Wissens leitet er eine kategorische Ablehnung jedweder menschlichen Planung von sozialen Prozessen ab. Schließlich kann der Planende immer nur auf ein begrenztes Wissen zugreifen und niemals das gesamte, in der Gesellschaft verteilte Wissen besitzen.[10]

Die gesellschaftliche Ordnung ist für *Hayek* folgerichtig nicht das Ergebnis eines Planes, sondern vielmehr Folge eines Wettbewerbs, in welchem sich die am besten angepassten Strukturen durchgesetzt haben. Dieser Prozess ist für ihn die kulturelle Evolution.[11] Sie bildet die zweite Säule seiner Weltsicht. Indem Menschen ihre Verhaltensweisen immer wieder anpassen, bereits vollzogene Anpassungen nachahmen und erworbene Eigenschaften weitergeben, erfolgte die Entwicklung hin zur Zivilisation in einem Selektions- und Anpassungsprozess.[12] Die Vernunft und das Gehirn spielen hierbei eine untergeordnete Rolle, oft werden Verhaltensweisen befolgt, deren Sinn sich dem Verstand des Individuums entzieht.[13] Das menschliche Bewusstsein ist aus instinktiven Trieben, Überresten von Traditionen vergangener Gesellschaften und einer „dünne[n] Schicht von Regeln“[14] zusammengesetzt. Vor allem die Traditionen spielen für *Hayek* eine entscheidende Rolle, da sie Wissen über vergangene Anpassungsprozesse enthalten und somit essenziell für das Funktionieren der aktuellen Gesellschaft sind.[15] Alle elementaren Institutionen und Errungenschaften der Zivilisation, wie beispielsweise Geld, Moral und Recht, sind durch das spontane, oft auch zufällige Wachstum der kulturellen Evolution entstanden. Das menschliche Individuum wäre niemals in der Lage gewesen, solch komplexe Ordnungsstrukturen zu entwerfen.[16]

Die spontane Ordnung der Marktwirtschaft ist nun die logische Schlussfolgerung.[17] Der Markt, dessen Funktionsweise wir „nicht in vollem Umfang verstehen“[18], dient als Wissensverteilungs- und Wissenserschaffungsmechanismus. Durch die egoistischen Handlungen des einzelnen Individuums am Markt werden Bedürfnisse befriedigt, von denen das Individuum selbst gar keine Kenntnis hat.[19] So fungiert der Markt als effizientes Mittel, um auf das verbreitete Wissen der Individuen zuzugreifen, indem die Preise auf dem Markt als Informationsquelle dienen. Der Markt bietet somit die ideale Ordnung, in welcher sich der Fortschritt der Gesellschaft entfalten kann. In welche Richtung dieser geht, bleibt offen,[20] denn das kann der Mensch nicht wissen. Er kann nur einen günstigen Rahmen schaffen und „dann das Beste hoffen“[21], denn der „Mensch ist und wird niemals der Herr seines Schicksals sein“[22].

[3] *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl. 2005 (Erstauflage 1960 unter dem Titel The Constitution of Liberty), Kap. 7.
[4] *Hennecke*, Friedrich August von Hayek zur Einführung, 2008, S. 45 f.
[5] *Hennecke* (Fn. 4), S. 49.
[6] *Hayek,* AER 79, No. 6 (1989), 3 (3); *Hennecke* (Fn. 4), S. 52.
[7] *Biebricher*, Neoliberalismus zur Einführung, 2012, S. 60.
[8] *Hayek,* AER 79, No. 6 (1989), 3 (3).
[9] *Hayek* (Fn. 3), S. 31.
[10] *Jankowski*, WiSt 2006, 164.
[11] *Hayek* Recht, Gesetzgebung & Freiheit, Bd. 3: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, 1. Aufl. 1982, S. 211.
[12] *Hayek* (Fn. 11), S. 213 f.; *Hennecke* (Fn. 4), S. 77; *Ptak,* in: Kritik des Neoliberalismus, 3. Aufl. 2017, S. 3 (50).
[13] *Hayek* (Fn. 11), S. 213 f.
[14] *Hayek* (Fn. 11), S. 217.
[15] *Hayek* (Fn. 11), S. 217 f., 220.
[16] *Hayek* (Fn. 11), S. 220.
[17] *Hayek,* AER 79, No. 6 (1989), 3 (4); *ders.* (Fn. 3), S. 44–50.
[18] *Hayek* (Fn. 11), S. 225.
[19] *Hennecke* (Fn. 4), S. 58–63.
[20] *Hayek* (Fn. 3), S. 47.
[21] *Hayek* (Fn. 11), S. 228.
[22] *Hayek* (Fn. 11), S. 236.

II. Freiheit

Neben seiner Erkenntnistheorie und seiner Evolutionstheorie stützt sich *Hayeks* Weltsicht noch auf eine dritte elementare Säule: die Freiheit. Sie nimmt bei *Hayek* einen übergeordneten Stellenwert ein; nicht umsonst tragen gleich zwei seiner bedeutendsten Werke Freiheit im Titel.[23]

Freiheit ist für *Hayek* ein Zustand, in dem das Individuum frei von Zwang ist, das heißt, nicht dem Willen eines anderen unterworfen ist.[24] *Hayeks* Freiheitsbegriff ist ein negativer: Er beschreibt die Abwesenheit bestimmter Hindernisse für unser Handeln, aber „sichert uns keinerlei Möglichkeiten"[25] (wie es ein positiver Freiheitsbegriff tun würde) zu.[26] Der Zwang, der die Freiheit einschränken kann, kann dabei nur durch bewusste menschliche Handlungen wirken, die den Entscheidungsspielraum derart einengen, dass zwischen den noch möglichen Entscheidungsmöglichkeiten diejenige ausgewählt wird, die vom Zwingenden gewünscht war.[27] Deshalb gibt es für ihn auch keinen wirtschaftlichen Zwang und selbst ein Monopol kann nur in seltenen Ausnahmefällen zwanghaft wirken.[28]

Um sein Verständnis zu konturieren, grenzt er sein Freiheitsverständnis von verschiedenen Freiheitskonzeptionen ab, die die ursprüngliche Bedeutung des Wortes verklärt und den Begriff politisch instrumentalisiert haben: Ihm geht es um eine Rehabilitierung des ursprünglichen Freiheitsverständnisses.[29]

Freiheit hat für ihn nichts mit politischer Partizipation und der Möglichkeit zu wählen („der politischen Freiheit") zu tun, schließlich ist es auch möglich, sich per demokratischer Wahl einen Tyrannen zu erwählen. Wenn er betont, dass gerade auch Menschen, die kein Wahlrecht besitzen, frei sein können, wird deutlich: Für *Hayek* ist die Freiheit in erster Linie (konsistent mit seiner Erkenntnistheorie) individuell und auf die „Handelnsfreiheit"[30] des Einzelnen fokussiert.[31]

Auch von der inneren Freiheit, also dem Vermögen des Individuums, sich kraft seiner Vernunft zu steuern und sich nicht durch Emotionen oder Leidenschaften lenken zu lassen, unterscheidet sich sein Freiheitsbegriff.[32] Die wichtigste Unterscheidung sieht *Hayek* zum sozialistischen Freiheitsverständnis, welches Freiheit mit der „Macht, unsere Wünsche zu befriedigen"[33] gleichsetzt. Wie *Isaiah Berlin* sieht er in dieser positiven Freiheit die Gefahr begründet, eine solche würde konturlos werden und den jeweiligen (sozialistischen) Herrschern nur noch dazu dienen, eine Vielzahl von Dingen als Freiheit zu betiteln und letztendlich im Namen der Freiheit jene zu unterdrücken.[34]

In Bezug auf seine Evolutionstheorie stellt er fest, dass die Menschheit nicht frei geboren ist, sondern erst durch die Anwendung und Befolgung abstrakter Regeln (des Rechts) frei wird.[35] Hierin erkennt man eine gewisse Parallele zu *Kant*, für den die Freiheit ebenfalls gerade durch Begrenzung der Freiheit erst möglich wird.[36] Überdies scheint in dieser Verbindung auch schon *Hayeks* Affinität zum Recht durch, die er an anderen Stellen noch weiter ausbreitet, wenn er beispielsweise betont, dass die Gleichheit vor dem Gesetz die einzige Art der Gleichheit ist, die sich mit der Freiheit verträgt.[37] Auch weist er darauf hin, die Durchsetzung eines allgemeinen Rechts diene der Verminderung von Zwang und somit der Ermöglichung von Freiheit.[38]

III. Politische Konsequenzen

Die dargestellten drei Säulen dienen *Hayek* als Grundlage für seine politische und philosophische Weltsicht. Diese entsteht für ihn immer in Auseinandersetzung mit dem Totalitarismus, welcher das Gegenteil von Freiheit ist und sowohl im Sozialismus als auch im Faschismus zu erkennen ist.[39] Der Totalitarismus zeichnet sich hauptsächlich dadurch aus, dass eine Regierung versucht, in die Prozesse des Marktes einzugreifen.[40] Da der Markt von den Regierungen nicht vollständig verstanden werden kann, wird jeder Eingriff zwangsläufig Folgen haben, die gerade nicht beabsichtigt waren und einer erneuten Korrektur bedürfen. So entsteht eine Eingriffsspirale, die in der umfassenden Planung der Wirtschaft durch die Regierung, im Totalitarismus und der Zerstörung der Zivilisation endet.[41] Von dieser Befürchtung ausgehend, wendet sich *Hayek* kategorisch dagegen, in den Markt einzugreifen und ist Zeit seines Lebens scharfer Kritiker des Wohlfahrtsstaates, in welchem er gerade diese freiheitsgefährdenden Tendenzen manifestiert sieht.[42] Insbesondere gegen das Anstreben einer Verteilungsgerechtigkeit argumentiert *Hayek* kategorisch. Eine solche sei nicht nur ein Kategorienfehler, schließlich können die konkreten Ergebnisse des Marktes nicht vorausgesehen werden, sondern als leere Worthülse Sehnsucht

[23] Siehe: Verfassung der *Freiheit* und Recht, Gesetzgebung und *Freiheit.*
[24] *Hayek* (Fn. 3), S. 14 f.
[25] *Hayek* (Fn. 3), S. 27.
[26] Vgl. hierzu: *Özmen,* in: Internationale Gerechtigkeit und demokratische Legitimation, 2019, S. 47–55.
[27] *Hayek* (Fn. 3), S. 29, 171 f.
[28] *Hayek* (Fn. 3), S. 174–176, hier etwas kritischer gegen Monopole: S. 358–361.
[29] *Hayek* (Fn. 3), S. 15, 22–26; *Hennecke* (Fn. 4), S. 87.
[30] *Hayek* (Fn. 3), S. 44.
[31] *Hayek* (Fn. 3), S. 19.
[32] *Hayek* (Fn. 3), S. 20 f.
[33] *Hayek* (Fn. 3), S. 22.
[34] *Berlin*, Freiheit: Vier Versuche, 1995, S. 210–215.
[35] *Hayek* (Fn. 11), S. 221; *ders.* (Fn. 3), S. 189 f.
[36] *Kant*, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, AA VI, 230; zu dieser Beobachtung: *Hennecke* (Fn. 4), S. 100.
[37] *Hayek* (Fn. 3), S. 110.
[38] *Hayek* (Fn. 3), S. 28–30, 182.
[39] *Hayek*, Der Weg zur Knechtschaft, 4. Aufl. 2004, S. 147–158: Beide seien gleichen Ursprungs.
[40] *Hayek* (Fn. 11), S. 204.
[41] *Hayek,* AER 79, No. 6 (1989), 3 (7).
[42] *Hayek* (Fn. 3), S. 353.

nach den überkommenen Instinkten der kleinen Gesellschaft.[43]

Hayeks Philosophie lässt sich als eine vernunftkritische (genauer: antikonstruktivistische), evolutionäre und freiheitsfokussierte Legitimation der Marktwirtschaft verstehen, die mit einem großen Vertrauen in den Entwicklungsprozess der spontanen Ordnung einhergeht.

IV. Demokratie

Auf diese drei Säulen gestützt, entwickelt *Hayek* sein Verständnis einer liberalen Demokratie. Auch dieses entwickelt er in Auseinandersetzung und im Kontrast zur Demokratievorstellung des „doktrinären Demokraten", also des Sozialisten, der für eine unbeschränkte, allein vom Mehrheitswillen gelenkte Demokratie eintritt.[44] Hiergegen wendet sich *Hayek*, für den eine sinnvolle Demokratie immer nur eine beschränkte Demokratie ist. In der Theorie über diese Beschränkung sieht er die Aufgabe des Liberalismus.[45] Dieser unterscheidet sich von der Demokratie, denn der Liberalismus „ist eine Lehre über den zulässigen Inhalt der Gesetze"[46], die Demokratie ist hingegen „ein Grundsatz über das Verfahren" zur Bestimmung des Inhalts der Gesetze.[47] Demokratie an sich ist demnach nicht wertvoll, sie ist allein ein Mittel („eine Verfahrensregel"[48]), unter dem die Freiheit des Einzelnen mit größerer Wahrscheinlichkeit gedeiht als unter vergleichbaren Systemen.[49]

Neben dieser zentralen Zuschreibung der Demokratie als Mittel zur Freiheit sieht *Hayek* noch weitere Gründe, die für eine Demokratie sprechen. So ist die Demokratie wertvoll, weil sie eine Methode zur friedlichen Änderung von Mehrheitsverhältnissen ist und weil sie ein effektives Mittel ist, jene Mehrheit zu bilden oder zu erziehen und hierdurch einen großen Teil der Bevölkerung an ihr teilhaben zu lassen.[50] *Hayeks* Demokratieverständnis lässt sich auf zwei zentrale Themenschwerpunkte zusammenführen. Zum einen beschäftigt ihn die Macht der demokratisch gewählten Mehrheit, welche für ihn immer die Gefahr birgt, die volle Souveränität zu beanspruchen, bestehende Regeln zu ihren Gunsten zu ändern und letztlich bestimmte Minderheiten zu diskriminieren.[51] Hiermit einher geht auch seine Befürchtung, die herrschende Mehrheit sei oft nur durch „ein Schacher[n] mit Sonderinteressen" erkauft.[52] Aus dieser Überlegung heraus setzt er sich für eine beschränkte Demokratie ein, in welcher auch die Mehrheit an bestehende Gesetze gebunden ist und diese auch nicht zu ihren Gunsten anpassen kann.[53]

Daran anschließend kritisiert er auch den Begriff der Volkssouveränität, welcher für ihn als Schlüsselbegriff für den dogmatischen Demokraten fungiert und eine solche Allmacht der Mehrheit zum Ausdruck bringt. Diese Überlegungen führt er in seiner Entwicklung einer idealen Verfassung fort, auf die später eingegangen wird. Zum anderen sind für ihn die herrschenden Ideen und deren Entstehung von entscheidender Bedeutung. So setzt er sich kritisch mit dem Mehrheitsbeschluss auseinander, welcher für ihn als Abfolge mehrerer Kompromisse, die „niemanden ganz befriedig[en]"[54], der Weisheit von Experten in den meisten Fällen nachsteht. Ebenso wenig kann die Weisheit der Mehrheitsbeschlüsse mit derjenigen des „spontanen gesellschaftlichen Wachstums […], aus dem Bräuche und Einrichtungen entstehen"[55], mithalten. Hiermit spielt er auf die bereits oben dargelegte ungeplante Evolution an,[56] welche sich durch die immerwährende Anpassung und Korrektur selbst verbessert.[57] Auch kann ein Mehrheitsbeschluss immer nur Ausdruck der momentan bestehenden Meinungen sein, eine Weiterentwicklung der Ideen im Rahmen des Mehrheitsbeschlusses ist gerade nicht möglich.[58]

Ideen in einer Gesellschaft entstehen für *Hayek*, logisch aufbauend auf seiner Wissenstheorie, immer erst in den Köpfen einiger weniger und verbreiten sich dann über Wissensdistributoren (beispielsweise Lehrer, Journalisten, Schriftsteller) in der Gesellschaft, vorausgesetzt natürlich, die Idee setzt sich im Wettbewerb der Ideen gegen andere durch.[59] Hier sieht *Hayek* die entscheidende Rolle der „Staatsphilosophen"[60], welche sich mit den elementaren Fragen auseinandersetzen und deren Aufgabe es ist, die Mehrheit von ihren jeweiligen Mindermeinungen zu überzeugen.[61]

V. Verfassung

Konturiert wird *Hayeks* Demokratieverständnis durch seine Ausarbeitung zu einem idealen Verfassungsmodell in *Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen*. Dort entwickelt er, ausgehend von der Feststellung, dass heutzutage keine klare Gewaltenteilung mehr herrscht,[62] ein Modell einer freiheitlichen Verfassung mit einem Zweikammersystem.

[43] *Hayek*, Recht, Gesetzgebung & Freiheit, Bd. 2: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, 1. Aufl. 1981, S. 93–95, 99–102; *ders.* (Fn. 11), S. 223; *Plant,* in: Der Staat des Neoliberalismus, 1. Aufl. 2016, S. 75 (88).
[44] *Hayek* (Fn. 3), S. 132.
[45] *Hayek* (Fn. 3), S. 132.
[46] *Hayek* (Fn. 3), S. 133.
[47] *Hayek* (Fn. 3), S. 133.
[48] *Hayek* (Fn. 11), S. 183.
[49] *Hayek* (Fn. 3), S. 136, 138–140, 150.
[50] *Hayek* (Fn. 3), S. 138–141.
[51] *Hayek* (Fn. 3), S. 136–138.
[52] *Hayek* (Fn. 11), S. 184.
[53] *Hayek* (Fn. 11), S. 183: „Demokratie ist im Grunde ein negativer Wert"; *ders.* (Fn. 3), S. 136–138.
[54] *Hayek* (Fn. 3), S. 143.
[55] *Hayek* (Fn. 3), S. 143.
[56] Vgl. B. I.
[57] *Hayek* (Fn. 3), S. 143.
[58] *Hayek* (Fn. 3), S. 142.
[59] *Hayek* (Fn. 3), S. 146.
[60] *Hayek* (Fn. 3), S. 147.
[61] *Hayek* (Fn. 3), S. 148 f.
[62] *Hayek* (Fn. 11), S. 147.

Diese Verfassung basiert auf der Grundthese, dass Menschen nur unter Berücksichtigung der individuellen Sphäre jedes Einzelnen und in „Übereinstimmung mit den anerkannten Regeln des gerechten Verhaltens“[63] Adressaten von Zwang werden dürfen.[64] Die Aufgabe, diese abstrakten Regeln auszuformen, sieht er nun bei einer der Kammern: der „Legislative[n] Versammlung“[65]. Diese solle sich in ihrer Zusammensetzung deutlich von der zweiten „Regierungsversammlung“[66] unterscheiden. So soll Erstere aus einem Teil der Bevölkerung bestehen, welcher schon Erfahrungen gemacht und einen guten Ruf erworben hat. Hierfür müsste die Bürgerschaft beim Erreichen des 45. Lebensjahres Repräsentanten aus ihrem Jahrgang wählen, die dann für 15 Jahre Teil der Kammer werden und keine Chance auf Wiederwahl haben.[67] Als völlig unabhängige Kammer wären die Mitglieder dazu berufen, den allgemeinen Überbau mit Hilfe von Verbotsgesetzen abstrakt festzulegen, in denen sich dann der Wettbewerb entfalten kann.[68]

Im Gegensatz hierzu hat die Regierungskammer die Aufgabe, innerhalb dieser Regeln das Gesetz durchzusetzen und das übliche Regierungsgeschäft zu leiten. Sie soll periodisch durch eine Mehrheitswahl gewählt werden; in ihr soll die Regierung (der „Exekutivausschuß“[69]) durch die Opposition kontrolliert werden und Parteien mit Programmen dürfen hier antreten.[70] Diese Kammer ähnelt der heutigen Form der Parlamente.[71]

Flankiert werden diese beiden Kammern durch ein Verfassungsgericht, welches Kompetenzstreitigkeiten löst und die Gewalt der beiden Kammern beschränkt.[72] Erwähnenswert ist zuletzt noch die Notstandsgewalt, welche *Hayek* für den Fall vorsieht, dass die „langfristige Erhaltung jener Ordnung selbst bedroht“ ist und zeitweilige Einschränkungen der Freiheiten ermöglicht.[73] Zusammenfassend scheint *Hayeks* Demokratieverständnis von Misstrauen gegenüber Mehrheitsentscheidungen geprägt zu sein, welchem mit einer starken Absicherung der individuellen Freiheiten und der Entwicklung der spontanen Ordnungen begegnet wird. Die Demokratie hat als Verfahrensregel keinen intrinsischen Wert und dient nur der Sicherung individueller Freiheit.

VI. Recht

Die bereits oben erwähnte Rechtsaffinität *Hayeks*[74] steht hier in der Tradition der Liberalen, für welche die *Rule of Law* immer ein elementarer Teil im Staatsverständnis war.[75] *Hayek* entwickelt sein Rechtsverständnis parallel zu seiner Evolutionstheorie; auch das Recht ist gerade nicht geschaffen worden, sondern spiegelt vielmehr die bestehenden Verhaltensregeln in einer Gesellschaft wider, die sich im Wettbewerb nach Effektivitätsmaßstäben durchgesetzt haben.[76]

Die Gesetzgebung sollte sich möglichst darauf beschränken, diese bestehenden Verhaltensregeln zu entdecken und zu kodifizieren und das gewachsene Recht nur in den Fällen korrigieren, in denen dieses in einer „Einbahnstraße“[77] gemündet ist.[78] Das Gesetz hat hauptsächlich die Funktion, berechtigte Erwartungen zu kodifizieren und einen Rahmen für das Verhalten vorzugeben. Dabei bleibt es allein schon wegen der Beschränktheit der Sprache notwendigerweise hinter der Komplexität zurück, die die zugrundeliegende gewachsene Ordnung auszeichnet.

Als Ausdruck eines diesem Ideal entsprechenden Rechts zieht *Hayek* das *Common Law* heran, das sich gerade dadurch auszeichnet, dass es für spätere Gerichte bindend ist (also stabile Erwartungen schafft) und sich durch Rechtsfindung von Richtern und nicht durch legislative Eingriffe gebildet hat.[79]

Sein Rechtsverständnis mündet in der Unterscheidung von *nomos*, dem gewachsenen Recht, das auf Konsens in der Bevölkerung beruht und von Richtern angewendet wird und *thesis*, dem Recht der Gesetzgebung.[80] Die Überwachung der Übereinstimmung des *thesis*-Rechts mit dem *nomos* und die gegebenenfalls nötige Ausformung des Letzteren wären wohl Aufgabe der legislativen Versammlung.

C. Die Herrschaft der (oder über die) Mehrheit?

Geleitet von der These, dass *Hayeks* Demokratieverständnis unvereinbar mit einer Herrschaft, geschweige denn Beteiligung der Mehrheit ist, werden im Folgenden mehrere Aspekte seiner Theorie kritisch beleuchtet.

Zunächst wird der Freiheitsbegriff daraufhin untersucht, für wen die Freiheit gilt und ob *Hayeks* Freiheitskonzeption an sich stimmig ist. Danach wird die Rolle des Individuums bei *Hayek* betrachtet, insbesondere mit Fokus darauf, ob sich diese mit dem Anspruch der Herrschaft der Mehrheit verbinden lässt. Außerdem wird die konservative Dimension *Hayeks*, die immer mitschwebt, beleuchtet, um am Ende *Hayeks* freiheitliche Demokratie am Maßstab von *Marcuses* Totalitarismus zu messen; denn *Hayeks* Demokratieverständnis scheint in diesen eindimensionalen

[63] *Hayek* (Fn. 11), S. 151.
[64] *Hayek* (Fn. 11), S. 151, vgl. bspw. zu weiteren Erwähnungen: *ders.* (Fn. 3), S. 110, 182–184, 198 f.
[65] *Hayek* (Fn. 11), S. 155.
[66] *Hayek* (Fn. 11), S. 163.
[67] *Hayek* (Fn. 11), S. 156 f.
[68] *Hayek* (Fn. 11), S. 167, 179 f.
[69] *Hayek* (Fn. 11), S. 163.
[70] *Hayek* (Fn. 11), S. 155 f., 163 f., 167 f.
[71] Vgl. zu dieser Beobachtung: *Hennecke* (Fn. 4), S. 131.
[72] *Hayek* (Fn. 11), S. 164 f.
[73] *Hayek* (Fn. 11), S. 169.
[74] Siehe B. VI.
[75] *Plant*, The Neo-liberal State, 2009, S. 5.
[76] *Hayek*, Recht, Gesetzgebung & Freiheit, Bd. 1: Regeln und Ordnungen, 2. Aufl. 1986, S. 105–109.
[77] *Hayek* (Fn. 76), S. 124.
[78] *Hayek* (Fn. 76), S. 120–125.
[79] *Hayek* (Fn. 76), S. 119–121.
[80] Zur Übersicht: *Hennecke* (Fn. 4), S. 106–112.

Totalitarismus zu münden. Zuletzt wird die Argumentation durch eine Betrachtung von *Hayeks* Verhalten zum Chile der 1970er-Jahre beendet, mit Fokus darauf, welchen Wert er der Demokratie beimaß.

I. Demokratie der Freiheit

Zunächst sei hier nun der Freiheitsbegriff näher betrachtet, welcher schließlich der Zweck des Demokratieverfahrens ist.

1. Freiheit für wen?

Hierbei ist zunächst zu analysieren, für wen diese Freiheit gilt. Dies lässt sich am Beispiel der USA der 1960er-Jahre[81] exemplarisch darstellen, welche *Hayek* mehrmals als positives Beispiel einer freiheitlichen Nation heranzieht.[82] Mit der Kategorisierung der USA als freiheitlich bewegt er sich durchaus im Mainstream seiner Zeit. Im Gegensatz zum Mainstream verfügt *Hayek* jedoch über ein ausgearbeitetes Freiheitskonzept, an dessen Kriterien er sich im Folgenden messen lassen muss.

Neben der oben bereits aufgeführten Freiheitsdefinition[83] macht *Hayek* fünf Bedingungen aus, die für die Freiheit eines Menschen essenziell sind: Frei ist ein Mensch, der „gegen willkürliche Verhaftung geschützt ist und seine Arbeit frei wählen kann", „Eigentum erwerben und besitzen kann", der sich frei bewegen kann und der „einzig und allein denselben Gesetzen unterworfen ist wie alle seine Mitbürger".[84]

Diese Kriterien werden nachfolgend anhand von drei Bevölkerungsgruppen näher betrachtet: An der Schwarzen Bevölkerung,[85] an Frauen und an der arbeitenden Bevölkerung.

a) Die Freiheit der Schwarzen Bevölkerung im Amerika der 1960er-Jahre

Betrachtet man die Freiheit der Schwarzen Bevölkerung in den USA, fällt auf, dass 1960 in großen Teilen der USA vor allem in den Südstaaten noch die *Segregation* unter dem Motto „*equal but separated*"[86] durch sogenannte *Jim-Crow-Gesetze* herrschte.[87] Somit bestanden separierte öffentliche Einrichtungen für Weiße und Schwarze, wie beispielsweise getrennte Krankenhausstationen, Kirchen, Kinos, Züge und Busabteile.[88] Aber nicht nur öffentliche Einrichtungen wurden von den ab 1900 verstärkt eingeführten Gesetzen geregelt, es wurden auch bestimmte Stadtteile nur für bestimmte *Races* zugeteilt und auch auf den Arbeitsmarkt hatten diese Gesetze massive Auswirkungen.[89]

So wurden in den agrarisch geprägten Südstaaten eine Vielzahl von Gesetzen, wie beispielsweise *Enticement and Contract Enforcement Laws*, *Vagrancy Laws*, *Emigrant Agent Laws* und ein Strafgefangenenpacht-System, erlassen. Durch diese Gesetze wurde es der Schwarzen Bevölkerung erheblich erschwert, die jeweiligen Bundesstaaten zu verlassen, an Informationen über potenziell besser bezahlende Arbeitgeber zu kommen und durch die *Vagrancy-Laws*[90] (Landstreichergesetze) wurde es teilweise kriminalisiert, arbeitslos zu sein. Straftäter wurden in sogenannten „*chain gangs*"[91] an Firmen verpachtet, welche sie oftmals deutlich schlechter behandelten als Sklaven.[92]

Auch wenn spätestens ab dem Zweiten Weltkrieg ein langsamer Prozess, insbesondere vorangetrieben durch eine erstarkende Bürgerrechtsbewegung, begann, endete die *Segregation* formal erst 1964 durch den *Civil Rights Act*, welcher jedwede Art der Diskriminierung aufgrund von „Race, color, religion or national origin"[93] verbot.

Wendet man auf diese Situation nun die oben genannten Kriterien[94] an, fällt zweierlei auf: Erstens herrschten für Schwarze Menschen und andere ethnische Minderheiten andere Gesetze als für Weiße Menschen. Hiermit wird bereits gegen die Gleichheit vor dem Gesetz verstoßen. Zweitens sei noch auf Folgendes hingewiesen: Ein legalisierter Rassismus führt zwangsläufig dazu, dass die Schwarze Bevölkerung der Willkür der Weißen ausgesetzt ist. Dies würde selbst nach *Hayeks* Freiheits- und Zwangsdefinition zutreffen und ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Freiheit in den USA der 1960er-Jahre gerade keine Freiheit für die Schwarze Bevölkerung ist.

b) Die Freiheit der Frauen

Im nächsten Schritt soll die Freiheit der Frau in den USA der 1960er-Jahre erörtert werden. Zunächst zu den allgemeinen Gesetzen: Frauen sind in der Geschichte der USA lange Zeit nicht als gleichwertige Wesen angesehen worden, vielmehr galten immer bestimmte Regeln nur für sie.[95] Auch in den 1960er-Jahren galten noch zahllose Gesetze,

[81] Die Originalfassung von *Die Verfassung der Freiheit* erschien 1960.
[82] *Hayek* (Fn. 3), S. 23, vgl. auch S. 113.
[83] B. II.
[84] Alle Zitate in diesem Satz stammen von *Hayek* (Fn. 3), S. 28.
[85] Schwarz hier großgeschrieben in Befolgung der Empfehlung von *Amnesty International*, Glossar für diskriminierungssensible Sprache, https://www.amnesty.de/glossar-fuer-diskriminierungssensible-sprache, zuletzt abgerufen am 23.4.2025.
[86] Siehe insbesondere: Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537–564 (1896).
[87] *Barak/Leighton/Cotton*, Class, Race, Gender and Crime, 4. Aufl. 2015, S. 7–10.
[88] *Barak/Leighton/Cotton* (Fn. 87), S. 9; für Virginia: *Wynes*, Phylon, 28, No. 4 (1967), 417–421.
[89] Änderungen ab 1964 dargestellt in *BNA*, The Civil Rights Act of 1964. Operations Manual, 1964, S. 1–6; *Roback*, U. Chi. L. Rev. 51, No. 4 (1984), 1170–1192.
[90] Diese galten oft noch bis in die 1970er-Jahre und fanden außerdem Anwendung auf wohnungslose Menschen, siehe *Skolnik,* Homelessness, Liberty and Property, 2024, S. 30–39.
[91] *Roback*, U. Chi. L. Rev. 51, No. 4 (1984), 1170.
[92] *Roback*, U. Chi. L. Rev. 51, No. 4 (1984), 1163–1170.
[93] Civil Rights Act 1964, Titel II Sec. 201 (a), Sec. 202.
[94] C. I. 1.
[95] *Brown et al.*, Yale L.J., 80, No. 5 (1971), 871.

die explizit zwischen Frauen und Männern unterschieden. So herrschten beispielsweise unterschiedliche Ehevoraussetzungen für Männer und Frauen. Frauen waren überwiegend deutlich jünger volljährig und in der Lage zu heiraten.[96] Frauen waren von Teilen des gesellschaftlichen Lebens und der gesellschaftlichen Teilhabe gesetzlich ausgeschlossen, konnten beispielsweise nicht die *jury duty* übernehmen[97] und wurden auch strafrechtlich anders behandelt als Männer. Etwa galt das Verbrechen der Prostitution in weiten Teilen nur für Frauen und es wurden insbesondere nur die Prostituierten und nie die Freier kriminalisiert.[98]

Besondere Betrachtung verdient das Familienrecht, in welchem sich eigentumsrechtliche und geschlechterspezifische Regelungen überschneiden. Während die Frauen historisch im britischen und amerikanischen *Common Law* mit der Heirat zu einer Nicht-Person wurden und somit jedwede Kontrolle über ihr Vermögen und ihr Eigentum an den Ehemann verloren,[99] ist die rechtliche Stellung der Frau im Amerika der 1960er-Jahre schon deutlich emanzipierter. So wurden bereits im 19. Jh. mit den *Married Women Property Acts* auch Eigentumsrechte für die Ehefrauen eingeführt.[100] Wie weit diese Rechte gingen, zeigt sich exemplarisch bei der Betrachtung des Eherechts des US-Bundesstaates Texas, in dem 1963 mehrere Gesetze erlassen wurden, um die rechtliche Stellung der Ehefrau zu verbessern. Der Ehefrau wurde das Recht eingeräumt, über ihren separaten Besitz zu verfügen und auch bezüglich dieses Besitzes selbstständig Verträge zu schließen.[101] Die Frau wurde durch diese Gesetze *sui iuris*.[102]

Was diese Gesetze im Umkehrschluss jedoch verdeutlichen, ist, dass es in Texas vor 1963 gerade keine volle Vertragsfreiheit und Handlungsmacht der Ehefrau über ihr Eigentum gab. Das verstößt nun gleich gegen zwei von *Hayeks* Freiheitskriterien. Nicht nur beschränkte diese Rechtslage Frauen in ihrem Eigentum, auch wurde auf sie ein anderes Gesetz angewendet als auf ihre Ehemänner. Betrachtet man darüber hinaus, dass in nahezu allen Staaten der USA bis in die 1970er-Jahre das *Domicile* der Frau automatisch beim Ehemann lag,[103] wird deutlich, dass auch die Bewegungsfreiheit der Ehefrau eingeschränkt war. Denn das amerikanische Domizilrecht knüpft eine Vielzahl von Rechten an das Domizil der Person.[104]

Die Frau, insbesondere die Ehefrau, wurde folglich vor dem Gesetz unterschiedlich behandelt, konnte nicht frei über ihr Eigentum verfügen und war darüber hinaus auch in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Zudem war sie der Willkür ihres Ehemannes ausgesetzt, was man nicht nur daran sieht, dass die Vergewaltigung in der Ehe erst 1980 verboten wurde,[105] sondern auch an dem bis heute andauernden Kampf um Abtreibungsrechte. Insbesondere Letztere stellen eindeutig Eingriffe in den „privaten Bereich [der] Einzeln[en]“[106] dar, in dem jede ihre Freiheit ausleben können sollte.[107]

Es ist eindeutig: Auch Frauen genossen die Freiheit in *Hayeks* Sinne nicht. Dass ein problematisches Frauenbild systematisch in *Hayeks* Theorie vorkommt, zeigt sich zudem daran, dass *Hayek* junge Frauen als Anreiz für ältere Männer instrumentalisiert[108] und der Meinung ist, die Schweizer Frauen hätten freiwillig bis 1971 nicht wählen wollen.[109]

c) Die Freiheit der Arbeiter und Angestellten

Nachdem die ersten beiden Gruppen anhand selbstgewählter Beispiele beleuchtet wurden, ist es sinnvoll, die Freiheit der Arbeiter und Angestellten direkt im Sinne von *Hayek* darzustellen. Hierfür eignet sich Kapitel acht aus seinem Werk *Die Verfassung der Freiheit*, in dem er sich mit dem Wert der Freiheit und der Unabhängigkeit auseinandersetzt. Den Unabhängigen stellt *Hayek* die „Unselbstständigerwerbenden“[110] (im Folgenden auch bei *Hayek*: Arbeiter oder Angestellte) entgegen.

Diese Gruppe, die für ihn frei ist, scheint den Wert der Freiheit nicht zu erkennen, sodass ein immer höherer Anteil an Angestellten zu einer ernstlichen Gefahr für die Freiheit führe. Dies komme insbesondere daher, dass Angestellte die Freiheit nicht mehr in dem Maße ausüben, wie es Selbstständige tun, und somit ihren Wert nicht mehr erkennen. Den Angestellten fehle es an Innovationskraft, an Eigeninitiative und an Verantwortungsbewusstsein,[111] alles Qualitäten, die der Selbstständige hingegen besitzt. Wird

[96] *Brown et al.*, Yale L.J., 80, No. 5 (1971), 871 (938); *Kanowitz*, Women and the Law: The unfinished Revolution, 1969, S. 8–11.
[97] *Kanowitz* (Fn. 96), S. 28; dass dies eine *legal inferiority* darstellt, wurde für Schwarze Männer in Plessy v. Ferguson bereits gesehen: Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (545).
[98] *Kanowitz* (Fn. 96), S. 15–17.
[99] *Kanowitz* (Fn. 96), S. 35–37; *Brown* et al., Yale L.J., 80, No. 5 (1971), 872 (937).
[100] *Kanowitz* (Fn. 96), S. 40 f.
[101] *Smith*, Sw L.J. 18, No. 1 (1964), 70 (71).
[102] *Smith*, Sw L.J. 18, No. 1 (1964), 70 (72).
[103] *Kanowitz* (Fn. 96), S. 47; *Spickhoff*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 7 Rn. 23: Nicht zu verwechseln mit dem deutschen Wohnsitz, beschreibt vielmehr die Verbundenheit mit einem Rechtskreis.
[104] *Brown et al.*, Yale L.J., 80, No. 5 (1971), 872 (941); *Kanowitz* (Fn. 96), S. 47; selbst 1997 hing die Scheidungsmöglichkeit noch mit dem Domizil zusammen, vgl. *Wasserman*, Wm. & Mary L. Rev. 39, No. 1 (1997), 1 (2, 20).
[105] *Robin*, The Reactionary Mind – Conservatism from Edmund Burke to Donald Trump, 2. Aufl. 2018, S. 5.
[106] *Hayek* (Fn. 3), S. 29.
[107] *Hayek* (Fn. 3), S. 29 f., 178–180.
[108] Vgl. *Hayek* (Fn. 11), S. 160–162: *Hayek* entwirft in seinen Ausführungen zur idealen Verfassung politische Klubs, die die politische Teilhabe der Bevölkerung fördern sollen. Diese seien für Männer wohl attraktiver, wenn sie mit zwei Jahre jüngeren Frauen in Klubs zusammengefasst würden.
[109] *Hayek* (Fn. 3), S. 135 (in Fn. 4): „Es ist nützlich, daran zu erinnern, daß in der ältesten und erfolgreichsten Demokratie Europas, der Schweiz, die Frauen – offenbar mit Zustimmung ihrer Mehrheit – noch vom Wahlrecht ausgeschlossen sind.“.
[110] *Hayek* (Fn. 3), S. 152.
[111] *Hayek* (Fn. 3), S. 157.

nun die öffentliche Meinung und damit die Gesetzgebung immer mehr von Angestellten dominiert, würden Werte vertreten, die die Freiheit aller in Gefahr bringen, da diese die kleine Gruppe der Selbstständigen, welche durch ihr Handeln (etwa das Bereitstellen von Arbeitsplätzen für die Angestellten) die Freiheit sichert, benachteiligen. Gelingt es nicht, die große Mehrheit der Bevölkerung zu überzeugen, die Freiheit der Selbstständigen zu erhalten, droht die Gefahr des Totalitarismus, in dem es nur noch einen Arbeitgeber gibt: den Staat.

Aber die Unabhängigen erlangen für *Hayek* noch eine weitere essenzielle Bedeutung für den Fortschritt in einer Gesellschaft. Verfügen sie über ausreichende finanzielle Mittel, sind sie es, die solche Bedürfnisse befriedigen, die der Markt nicht stillen kann.[112] Die „kulturelle Elite“[113] hat eine besondere Verantwortung darin, nicht ihre gesamte Kraft in das Erreichen ökonomischer Ziele zu stecken. Vielmehr muss sie auch dazu in der Lage sein, nicht materielle Ziele zu verfolgen und den „Müßiggang“[114] zu pflegen. Hierdurch ist die kulturelle Avantgarde (welche hauptsächlich Teil „der Reichen“[115] ist und nicht aus Teilen der Angestelltenschicht bestehen sollte[116]) in der Lage, Moralvorstellungen, „neue Ideen in der Politik, der Moral und Religion“[117], neue Bedürfnisse und Fortschritt in Wissenschaft und Forschung zu generieren. In Zusammenhang mit den obigen Ausführungen zur Demokratie gesetzt,[118] liegt damit nahe, dass die Staatsphilosophen als Ideenbegründer Teil eben jener kulturellen wie wirtschaftlichen Elite sein müssen, die die Freiheit nutzen kann und sie zu schätzen weiß. Ob dieser *Trickle-down*-Effekt wirtschaftlich wirklich allen zugutekommt, muss hier dahingestellt bleiben; der Fokus liegt hier auf *Hayeks* Demokratieverständnis.

In Bezug auf die Demokratie lässt sich bereits hier festhalten, die durch sie angestrebte Freiheit wird von einem weiteren großen Teil der Bevölkerung weder geschätzt noch ausgeübt. Vielmehr gerät der Freiheitsbegriff mit den Interessen der Arbeiter und Angestellten in direkten Konflikt, wenn sie sich zur Durchsetzung ihrer Interessen kollektiv zusammenschließen. Dies wird insbesondere deutlich, wenn *Hayek* ausführt, Gewerkschaften würden eine elementare Gefahr für gerade jene Freiheit darstellen und es sei zu empfehlen, diesen „zur Eindämmung [ihrer] schädlichen Macht“[119] jede Zwangsbefugnis (etwa das Streikrecht) zu nehmen.[120]

Es bleibt die Frage, welchen Wert eine Freiheit hat, die von dem Großteil der Bevölkerung weder wertgeschätzt noch ausgeübt oder schlicht nicht besessen wird. Dies gilt insbesondere, wenn sie unmittelbar mit den Interessen der Mehrheit in Konflikt kommt. Bereits an dieser Stelle wird deutlich: *Hayeks* Freiheit existiert für eine reiche, elitäre Schicht, für die Mehrheit der Bevölkerung entfaltet sie hingegen keine Wirkung. Diese Elite scheint bei *Hayek* immer im Gegensatz zu der Mehrheit zu stehen.[121]

Ob ein solch elitäres Gesellschaftsmodell mit dem Wortsinn der Demokratie in Einklang zu bringen ist, bleibt fraglich.

Bevor hierauf vertieft eingegangen wird, ist der Freiheitsbegriff noch aus einer anderen Perspektive zu betrachten. Denn wie sich hier bereits andeutet, scheint die Freiheit bei *Hayek* durchaus mit den Möglichkeiten (gar den Fähigkeiten?) zusammenzuhängen, die eine Person durch sie erlangen kann. Gegen diese Verbindung von Freiheit mit Fähigkeiten wehrt *Hayek* sich jedoch entschieden.[122]

2. Freiheit ohne Fähigkeiten?

Für *Hayeks* Freiheitsverständnis ist die Abgrenzung zur positiven Freiheit essenziell. Dass diese Abgrenzung deutlich komplexer und weniger eindeutig ist, als er darstellt, zeigt *Raymond Plant* mit seiner bestechenden Argumentation.[123]

Erstens scheint es unmöglich zu messen, wie frei eine Gesellschaft ist, ohne auf eine Verbindung von Freiheit und Fähigkeiten abzustellen, denn die Frage danach, ob jemand frei ist, etwas zu tun oder nicht, wird logisch erst relevant, wenn derjenige es auch tun kann.[124] Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, „[i]t makes no sense to ask whether or not we are free to jump from Oxford to New York since there is no generalized ability to do this”[125]. Hier wird bereits klar, dass die Unterscheidung von Fähigkeiten und Freiheit nicht so eindeutig ist, wie *Hayek* darlegt.

Zweitens weist *Plant* darauf hin, dass *Hayek* die Freiheit oft als Zweckbegriff verwendet, um in Freiheit unsere eigenen Ziele zu verfolgen oder Nutzen aus unserem Wissen ziehen zu können.[126] Das bedeutet jedoch, dass die Unterscheidung vom Wert der negativen Freiheit schwierig von ihrem Zweck zu trennen ist.[127] Wenn das so ist, müsste über den Wert der Freiheit und die Tätigkeiten, zu welchen uns diese befähigt, Einigkeit in der Bevölkerung bestehen. Eine solche Einigkeit über Wertvorstellungen dementiert *Hayek* jedoch in seinen Auseinandersetzungen mit der

[112] *Hayek* (Fn. 3), S. 160 f.
[113] *Hayek* (Fn. 3), S. 165.
[114] *Hayek* (Fn. 3), S. 163.
[115] *Hayek* (Fn. 3), S. 162.
[116] *Hayek* (Fn. 3), S. 163: „Es besteht eine ernstliche Lücke in einer Gesellschaft, in der alle intellektuellen, moralischen und künstlerischen Führer der Angestelltenklasse angehören […]“.
[117] *Hayek* (Fn. 3), S. 161.
[118] B. IV.
[119] *Hayek* (Fn. 3), S. 378.
[120] *Hayek* (Fn. 3), S. 362–385.
[121] Vgl. *Rodrigues,* CJE 37, No. 5 (2013), S. 1013–1015.
[122] *Hayek* (Fn. 3), S. 16, 22 f.
[123] Nachzulesen im Ganzen in: *Plant* (Fn. 75), Chapter 10.
[124] *Plant* (Fn. 75), S. 210 f.
[125] *Plant* (Fn. 75), S. 210.
[126] *Plant* (Fn. 43), S. 93.
[127] *Plant* (Fn. 75), S. 209; *ders.* (Fn. 43), S. 93.

Verteilungsgerechtigkeit kategorisch.[128] Hier scheint ebenfalls eine gewisse Lücke seiner Argumentation zu bestehen.

Zuletzt sei noch auf *Hayeks* Zwangskonzeption hingewiesen. Er argumentiert, ein Monopol könne nur Zwang ausüben, wenn es die Kontrolle über ein „unentbehrliches Gut"[129] habe und greift zur Definition dieser Güter auf die gemeinsamen Wertvorstellungen der Gesellschaft zurück. Abgesehen davon, dass er die Existenz solcher Wertvorstellungen ablehnt,[130] liegt hier noch ein anderer Schluss nahe: Wenn es essenzielle Güter für die Wahrnehmung der Freiheit gibt, müssen diese garantiert werden, um die Freiheit zu ermöglichen. Falls man dieser These zustimmt, bewegt man sich nun schon im Feld eines positiven Freiheitsbegriffs.[131] Insgesamt scheint *Hayek* die Abgrenzung zu einem Freiheitsbegriff, der Fähigkeiten einschließt, nicht schlüssig zu gelingen. Hier erscheint eine Liberalismuskonstruktion, wie beispielsweise von *Nussbaum* vertreten, deutlich überzeugender. Denn sie würdigt, dass „Bürgerinnen und Bürger […] nur dann vollständige Gleichberechtigung genießen, wenn sie in der Lage sind, sich für die Ausübung einer ganzen Bandbreite von Fähigkeiten zu entscheiden"[132].

3. Eine Freiheit für die Wenigen

Zusammenfassend ist festzuhalten: *Hayeks* Freiheitsbegriff weist nicht nur konzeptionelle Schwächen auf, sondern stellt auch nur eine Freiheit für einen kleinen Teil der Bevölkerung dar, „die Freiheit einer Elite"[133]. Für einen großen Teil der Bevölkerung ist die Freiheit entweder nicht Realität oder gar nicht wünschenswert.

Dies geht einher mit einem elitären Verständnis der Gesellschaft, welches in dieser Form nicht mit dem Anspruch der Herrschaft der Mehrheit vereinbar zu sein scheint. Daher stellt sich die Frage, welche Macht dem Individuum bleibt, wenn alle kulturellen, moralischen und wirtschaftlichen Werte und Innovationen in der Elite geformt werden.

II. Aristokratisch-konservative Demokratie

Dieses elitäre Element in *Hayeks* Theorie lässt sich von zwei weiteren Seiten beleuchten. Zunächst wird der konservative Einschlag unter Bezugnahme auf *Corey Robins* brillante Analyse dargestellt, bevor genauer auf die Rolle des Individuums eingegangen wird. Dass *Hayek* bereits deshalb schon als konservativ gelten kann, weil er den *status quo* (die Marktwirtschaft) erhalten will,[134] ist offensichtlich, auch wenn er sich gegen diese Zuordnung wehrt.[135]

Robins Analyse greift jedoch viel tiefer, indem sie die ideengeschichtliche Herkunft von *Hayeks* Philosophie in den Fokus rückt. Historisch werden stets wiederkehrende Argumentationsmuster verwendet, um bestimmte gesellschaftliche Ordnungsvorstellungen zu rechtfertigen. Wurden diese Argumente ursprünglich in einem antiemanzipatorischen Kontext vorgebracht, birgt ihre aktuelle Verwendung stets die Gefahr, die ihnen zugrundeliegenden Prämissen in die eigene Argumentation zu inkorporieren.

Robin zeigt auf, dass sich in *Hayeks* Demokratietheorie Elemente aristokratischen Machterhalts wiedererkennen lassen. Der Konservatismus ist für *Robin* „the theoretical voice […] against the agency of the subordinated classes"[136] und Ausdruck eines Widerstandes gegen eine Rotation der Macht, welche Konservative nicht nur in den gesellschaftlichen Hierarchien, sondern insbesondere in privaten und intimen Beziehungen befürchten. So lasse sich die Durchsetzung von Gleichberechtigung daran messen, ob sie im privaten Bereich gelebt wird.[137] Konservative fürchten sich gerade vor mehr Gleichheit, weil dadurch die Freiheit der Massen ausgeweitet und ihre eingeschränkt wird.[138] Für *Robin* stellt diese Angst vor der Emanzipation einer noch unterdrückten Mehrheit das vereinende Element (den Kern) des Konservatismus dar, aus dem sich dann die Theorien der Konservativen entwickeln.[139]

Einen Ausdruck dieser Strömung weist *Robin* in der Philosophie von *Edmund Burke* nach, auf welchen *Hayek* sich immer wieder bezieht. So zeigt *Robin*, dass *Edmund Burke* seine Theorie der Marktwirtschaft in kritischer Auseinandersetzung mit der Französischen Revolution entwickelte und darum bemüht war, die gegebenen Hierarchien der Gesellschaft aufrechtzuerhalten.[140] Hierfür entwickelte er eine Markttheorie, gestützt auf eine subjektive Werttheorie, in der allein die Bedürfnisse des Käufers, des „*man of capital*"[141], den Wert einer Ware bestimmen. Das Kapital stellt somit die notwendige Führung für die Arbeiterschaft dar. Es wird von einer aristokratischen Schicht besessen, deren Wert *sui generis* feststeht, denn der Beitrag der Kapitalbesitzer ist vielschichtig und umfassend.[142]

---

[128] *Plant* (Fn. 43), S. 89, 93; *Hayek* (Fn. 43), S. 41; *Hayek* (Fn. 3), S. 316–18.
[129] *Hayek* (Fn. 3), S. 175.
[130] *Hayek* (Fn. 43), S. 150 f.
[131] *Plant* (Fn. 75), S. 200.
[132] *Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit – Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit, 4. Aufl. 2024, S. 303.
[133] *Oellers*, Konformität und Unterwerfung – Zum autoritären Charakter in der Lehre Hayeks, https://www.kritiknetz.de/images/stories/texte/Konformitaet_und_Unterwerfung.pdf, zuletzt abgerufen am 20.7.2026, S. 18.
[134] Zu der Einordnung als konservativ ebenfalls: *Biebricher* (Fn. 7), S. 65 f.; *Ptak* (Fn. 12), S. 48; *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (160).
[135] *Hayek* (Fn. 3), S. 528; zu seiner ausführlichen Argumentation hierzu siehe S. 515–533.
[136] *Robin* (Fn. 105), S. 7.
[137] *Robin* (Fn. 105), S. 9–16.
[138] *Robin* (Fn. 105), S. 8.
[139] *Robin* (Fn. 105), S. 16.
[140] *Robin* (Fn. 105), S. 106.
[141] *Robin* (Fn. 105), S. 117.
[142] *Robin* (Fn. 105), S. 127.

Hierin zeigt sich nun eine starke Parallele zu *Hayeks* Elitengedanken.[143] Die antiemanzipatorische Stoßrichtung des Marktgedankens wird von *Hayek* ganz im Sinne *Burkes* übernommen. Dass *Hayeks* Theorie ebenfalls in Auseinandersetzung mit einer drohenden Emanzipation eines Großteils der Bevölkerung entstanden ist, verdeutlichen seine Idee der beschränkten Demokratie[144] und seine fortwährende Kritik am Sozialismus. Folgt man *Robin*, deutet sich damit bereits an, dass *Hayeks* Theorie hauptsächlich als Legitimation der bestehenden (Herrschafts- und Hierarchie-) Ordnung fungiert.[145]

Ein weiterer ideengeschichtlicher Vorfahr von *Hayek* weist auf die herrschaftslegitimatorische Dimension seiner Theorie hin: *Thomas Hobbes*. Obwohl *Hayek* sich mehrmals gegen *Hobbes'* Absolutismus ausspricht,[146] hat er doch eine zentrale These von *Hobbes* übernommen: *Hobbes* entwickelte in seiner Auseinandersetzung mit dem englischen Bürgerkrieg, in dem er einen Ausdruck der Emanzipation der Massen erkannte, ein neues Freiheitsverständnis, das er zur Legitimation seiner absolutistischen Staatsordnung benötigte.[147] Gestützt auf einen materialistischen Willensbegriff entwickelte er ein mechanisches Freiheitsverständnis, in dem der Mensch nur durch externe Hindernisse in seiner Freiheit begrenzt wird.[148] Innere Hindernisse, wie beispielsweise die Angst vor einer Strafe, stellen infolgedessen gerade keine Freiheitsbeschränkung dar, sondern sind Ausdruck des fehlenden Willens. Folglich hat die politische Herrschaftsform nichts mit der persönlichen Freiheit zu tun und auch unter einem absolutistischen System kann noch große individuelle Freiheit herrschen. *Robin* fasst das treffend als „Subjugation is emancipation"[149] zusammen.

Die Trennung von politischer Partizipation und Freiheit ist auch bei *Hayek* ein elementarer Bestandteil.[150] Während er *Burkes* konservativ-aristokratische Stoßrichtung übernimmt, nutzt er die von *Hobbes* vorbereitete Trennung der politischen von der individuellen Freiheit. Dieses ideengeschichtliche Erbe fügt sich nahtlos in eine Theorie ein, in welcher die Herrschaft der Elite konserviert wird und der Großteil der Gesellschaft die Freiheit der Reichen nicht genießen kann und soll.

Ob das noch mit dem Anspruch der Volksherrschaft vereinbar ist, zeigt sich, wenn die Rolle des Volkes (der Mehrheit) betrachtet wird.

III. Demokratie der Unterwerfung

Aufbauend auf der konservativen Dimension von *Hayeks* Philosophie scheint die Rolle des Individuums eine der Unterwerfung und Anpassung zu sein.[151] Sind die Gesellschaft und die sie formenden Mechanismen nicht zu verstehen, bleibt dem (nicht der Elite angehörenden) Individuum schlussendlich nur die kritiklose „Unterwerfung unter die unpersönlichen Kräfte des Marktes"[152], welche für den Großteil der Bevölkerung gerade als Ziel und Erfüllung erscheint.[153]

Wie *Whyte* darlegt, lässt sich *Hayeks* Vertrauen in die spontane Ordnung als Gegenpol zur politischen Macht und als radikale Agitation für eine Entpolitisierung der Mehrheit deuten.[154] Diese Entpolitisierung dient ihm im Anschluss an seinen Konservatismus dazu, den Kapitalismus als alternativlos darzustellen[155] und die von der Marktordnung erzeugte Ungleichheit wahlweise aus dem Feld des politisch Änderbaren zu abstrahieren[156] oder direkt als etwas Gewünschtes, dem Fortschritt Zuträgliches zu deklarieren.[157]

Hayek baut seine Theorie zwar nicht auf göttlicher Legitimation auf, ganz ohne Glauben an eine höhere Macht, eine Vorsehung, kommt er jedoch nicht aus.[158] *Whyte* führt dieses göttliche Argument ideengeschichtlich auf *Hayeks* Bezug zu *Ferguson* zurück, der seine Markttheorie noch auf eine göttliche Vorsehung gründete.[159] *Hayek* übernimmt diese Theorie und ersetzt den Aspekt der Vorsehung durch seine spontane Ordnung. Diese dient ihm – im Rückgriff auf seine Evolutionstheorie[160] – dazu, die Überlegenheit des Marktes zu begründen. *Whyte* zeigt einerseits, dass dieser Rückgriff stets eine Unterordnung des Individuums unter die spontane Ordnung verlangt,[161] und andererseits, dass *Hayek* kein Argument für die Überlegenheit der spontan gewachsenen Ordnung vorweisen kann.[162] Leitet sich die Überlegenheit nur aus ihrer Entstehung ab, ist es allein der Glaube an ihre Überlegenheit, der sie rechtfertigt. Letztlich verbleibt der Kern seiner Theorie und damit der Nexus seiner Begründung blickdicht[163] und nicht rational erfassbar.

[143] Vgl. C. I. 1. c).
[144] Vgl. B. IV., C. I. 3.
[145] Vgl. *Robin* (Fn. 105), S. 159–164.
[146] *Hayek* (Fn. 76), S. 119.
[147] *Robin* (Fn. 105), S. 93 f.
[148] Zu *Hobbes'* Freiheitsverständnis und der Verbindung zur negativen Freiheit auch: *Özmen* (Fn. 26), S. 47–52.
[149] *Robin* (Fn. 105), S. 103.
[150] Vgl. B. II.
[151] *Robin* (Fn. 105), S. 103.
[152] *Oellers* (Fn. 133), S. 11.
[153] *Oellers* (Fn. 133), S. 11, 14; *Ptak* (Fn. 12), S. 48; *Robin* (Fn. 105), S. 160; *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (171–173); *dies.* PT 47, No. 2 (2019), 194 (199).
[154] *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (175 f.).
[155] *Ptak* (Fn. 12), S. 53.
[156] *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (176 f.).
[157] Bspw. *Oellers* (Fn. 133), S. 12 f.
[158] *Oellers* (Fn. 133), S. 1, 15; *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (163).
[159] *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (159).
[160] Vgl. B. I.
[161] *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (172–174).
[162] *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (163–165).
[163] *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (163): „this veil of ignorance […] remains opaque".

Die politische Passivität, die das Verhalten des Individuums in *Hayeks* Theorie prägt, wird darüber hinaus deutlich, wenn man betrachtet, dass es dem Individuum nicht einmal möglich ist, sich hochzuarbeiten, um in die Elite aufzusteigen. Dies weist *Biebricher* nach, indem er darauf hinweist, dass *Hayek* sich das Argument der Leistungsgerechtigkeit, wie es andere Neoliberale oft vertreten, abschneidet, indem er im Rahmen seiner spontanen Ordnung und der darin enthaltenen Verteilungsmechanismen Zufall und Glück eine entscheidende Rolle einräumt.[164] Hierfür spricht ebenfalls *Hayeks* Skepsis gegenüber Neureichen, denen er nicht das gleiche Fortschrittspotenzial zugesteht wie Erbreichen.[165] *Hayeks* Neoliberalismus erscheint letztlich als „Gesellschaftstheorie, die gegen die Gesellschaft gerichtet ist"[166] und durch ihren atomisierenden Fokus auf das Individuum jeden Gedanken an eine alternative Gesellschaft unterdrückt und so den politischen Wandel zu verhindern sucht.[167] Hierzu passt auch *Hayeks* „beschränkte Demokratie", welche die wirtschaftlichen Grundpfeiler, auf denen die Macht der Elite aufbaut, aus dem Rahmen des politisch Änderbaren enthebt.[168]

Insgesamt kann dieses Demokratieverständnis dem Maßstab der Herrschaft des Volkes nicht gerecht werden. Die Herrschaft liegt bei einer kulturellen und wirtschaftlichen Elite, welche die Werte, nach denen der Rest der Gesellschaft handelt, festlegt. *Hayeks* Demokratie ist im Grunde ein Oxymoron und lediglich eine euphemistische Beschreibung einer hierarchisch-aristokratisch organisierten Gesellschaft.

IV. Eindimensional-totalitäre Demokratie

Dies fügt sich ein in das Bild, welches *Marcuse* in seiner Studie *Der eindimensionale Mensch* von der fortgeschrittenen Industriegesellschaft zeichnet. Er legt dar, dass in der modernen Gesellschaft die Fähigkeit zum kritischen Hinterfragen (zur Negation) der bestehenden Ordnung verloren gegangen ist.

Die Gesellschaft ist in ihrem Bewusstsein eindimensional auf die bestehende Ordnung beschränkt. In einer solchen Ordnung besteht die Totalität darin, dass sie alle Ebenen der Gesellschaft durchdringt und jede Ebene des menschlichen Lebens letztlich auf den Erhalt eben jener Ordnung ausrichtet. Hierbei unterscheidet er zwischen falschen und wahren Bedürfnissen. Erstere bestehen aus den „gesellschaftlich notwendigen Betätigungen, Fertigkeiten und Haltungen" sowie den „individuellen Bedürfnisse[n] und Wünsche[n]"[169], die der Produktionsapparat im Individuum erzeugt und welche so der Legitimation der bestehenden Ordnung dienen, da sie „Produkte eine[r] Gesellschaft, deren herrschendes Interesse Unterdrückung erheischt"[170] sind. Die Befriedigung der wahren Bedürfnisse hingegen würde eine tatsächliche materielle Verbesserung darstellen.[171]

Hier lässt sich eine Parallele zu *Hayek* ziehen: Die Bedürfnisse, die entweder durch die Elite oder durch die spontane Ordnung des Marktes geschaffen werden, sind notwendigerweise eindimensional und legitimieren ihre Existenzberechtigung immer wieder selbst. Es sind „repressive Bedürfnisse"[172].

Dies lässt sich nun mit dem Konzept der adaptiven Präferenzen verbinden, wie es *Nussbaum* ausbreitet: Sie erkennt ebenso, dass sich die Bedürfnisse einer unterdrückten Gruppe oft an das anpassen, was sie im Rahmen ihrer Unterdrückung erreichen kann. Dies gilt für Frauen in patriarchalischen Strukturen, ebenso wie für das Individuum in *Hayeks* Demokratie.[173] Mit *Nussbaum* lässt sich zuspitzen, dass infolgedessen der Markt ein untaugliches Mittel ist, die Interessen der Bevölkerung aufzudecken bzw. zu stillen, schließlich stillt er diese nur in einer Weise, „die Unterwerfung hervorbringt"[174].[175]

Die Gesellschaft tendiert somit zu einer manipulierenden politischen wie geistigen Gleichschaltung, welche jene Aussicht auf gesellschaftliche Änderung verhindert. Dass dies das Ziel der neoliberalen Politik ist, weist *Marcuse* nach, indem er die Kritik des Neoliberalismus am Wohlfahrtsstaat als Versuch entlarvt, „die unterdrückenden Fähigkeiten der Gesellschaft vor dem Wohlfahrtsstaat zu schützen"[176]. Diese Eindimensionalität durchdringt Kultur, Wissenschaft, Politik sowie Intimität und unterdrückt somit das „reale Gespenst der Befreiung"[177], bei *Marcuses* Analyse, wie in *Hayeks* Theorie.

Eine Freiheit, die die „soziale Kontrolle" über das Individuum aufrechterhält, ist keine *wahre* Freiheit, sondern – als „repressive Freiheitsideologie"[178] – Instrument der Herrschaft. Genauso scheint die beschränkte Demokratie *Hayeks* „das leistungsfähigste Herrschaftssystem"[179] oder direkt in *Lenins* Worten: „die denkbar beste politische Hülle des Kapitalismus"[180] zu sein.

---

[164] *Biebricher* (Fn. 7), S. 64.
[165] *Hayek* (Fn. 3), S. 161.
[166] *Bude*, in: Politische Theorie und Gesellschaftstheorie - Zwischen Erneuerung und Ernüchterung, 1. Aufl. 2016, S. 73 (76).
[167] *Oellers* (Fn. 133), S. 12–15, 18; *Ptak* (Fn. 12), S. 53 f., 61–64; *Whyte*, PT 47, No. 2 (2019), 156 (174–177).
[168] *Ptak* (Fn. 12), S. 63–65.
[169] *Marcuse*, Der eindimensionale Mensch – Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, 2014 (Ersterscheinung 1964 unter dem Titel One-Dimensional Men), S. 17–18.
[170] *Marcuse* (Fn. 169), S. 25.
[171] Vgl. *Marcuse* (Fn. 169), S. 25.
[172] *Marcuse* (Fn. 169), S. 25.
[173] *Nussbaum*, Women and Human Development – The Capabilities Approach, 2000, S. 111–115, 136–143.
[174] *Marcuse* (Fn. 169), S. 95.
[175] Vgl. *Nussbaum* (Fn. 173), S. 132–144: *Nussbaums* Argumentation richtet sich hauptsächlich gegen *Welfarism*, lässt sich aber auch gegen Hayek nutzen.
[176] *Marcuse* (Fn. 169), S. 70.
[177] *Marcuse* (Fn. 169), S. 72.
[178] *Marcuse* (Fn. 169), S. 60.
[179] *Marcuse* (Fn. 169), S. 72.
[180] *Lenin*, Staat und Revolution, 2014 (Ersterscheinung 1918), S. 15.

Hayeks Glauben an die spontane Ordnung kann nun *Marcuses* Analyse der Verschleierung der „Reproduktion von Ungleichheit und Versklavung“[181] und die Tatsache, dass „die herrschende Art der Freiheit Knechtschaft ist“[182] entgegengesetzt werden. Dies weist erneut auf die tiefsitzende legitimatorische Funktion seiner Theorie hin. *Hayeks* Warnung vor dem *Weg zur Knechtschaft* mündet selbst im totalitären Staat, in dem das eigentliche Ideal der Demokratie im *Orwell*'schen Sinne[183] in sein Gegenteil verkehrt ist: Es herrschen nicht die Mehrheit oder das Volk, vielmehr werden sie beherrscht.

V. *Allende*, *Pinochet* und *Hayek*

Weiter lässt sich *Hayeks* Demokratieverständnis, genauer der Wert, den er der Demokratie zumisst, an einem realen Beispiel messen. Es erscheint aufschlussreich, *Hayeks* Einstellung zum Chile der 1970er-Jahre zu betrachten. Am 11.9.1973 putschte der damalige Befehlshaber des Militärs, *Augusto Pinochet*, den demokratisch gewählten Präsidenten *Salvador Allende* gewaltsam aus dem Amt.

Hayek äußerte sich in mehreren Interviews mit der chilenischen Tageszeitung *El Mercurio* zur Diktatur von *Pinochet*. In diesen lobte er den wirtschaftlichen Weg, den Chile eingeschlagen hatte und bezeichnete die Entwicklung als chilenisches Wunder.[184] Dieses war geprägt durch neoliberale Reformen, die durch US-amerikanische Wirtschaftsberater (die sogenannten *Chicago Boys*) umgesetzt wurden.

Sie übersetzten *Milton Friedmans* Theorie in die Praxis.[185] Dessen „Schocktherapie“ ging einher mit hohen sozialen Kosten, etwa dem Verbot von Gewerkschaften, enormen Preisanstiegen und hoher Arbeitslosigkeit.[186] Relevanter ist hier jedoch, was *Hayek* zu einem eindeutig undemokratischen Militärputsch sagte. *Hayek* stellte in einem der Interviews fest, er ziehe einen liberalen Diktator einem „democratic government lacking liberalism“[187] vor. Auch merkte er an, die Demokratie sei kein Selbstzweck und würde einen Stellenwert hinter der Freiheit einzunehmen haben.[188]

Es zeigt sich, dass die Demokratie für *Hayek* einerseits ein rein instrumentelles Mittel zur Sicherung der (repressiven) Freiheit darstellt und andererseits außer Kraft gesetzt werden kann, wenn die Freiheit gefährdet ist.

Abgesehen davon, dass es äußerst fraglich ist, warum es dem liberalen Diktator gelingen soll, die Wirtschaft in die richtige Richtung zu lenken, wenn die Unmöglichkeit der wirtschaftlichen Lenkung eines seiner Hauptargumente gegen sozialistische Diktatoren ist,[189] wird hier erneut deutlich: Die Mehrheit herrscht in *Hayeks* Demokratieverständnis nicht. Es bleibt kein Raum für eine Volksherrschaft: Einerseits ist die Herrschaft der Mehrheit gerade in einer Weise beschränkt, die die Rolle der führenden Elite sichert. Andererseits ist es temporär[190] möglich, diese beschränkte Demokratie vollständig zum Schutz der (repressiven) Freiheit auszusetzen.

D. *Hayeks* Demokratietheorie gemessen am deutschen Zivilrecht

Abschließend lässt sich *Hayeks* Demokratieverständnis am deutschen Zivilrecht messen. Für eine Demokratie ist stets die Reaktion auf Krisen ein besonderer Härtetest. Ob eine geeignete Reaktion des demokratischen Gesetzgebers eine solche Krise adäquat gelingt, lässt sich an § 138 BGB exemplarisch aufzeigen. Zusätzlich lässt sich an dieser Norm *Hayeks* Freiheits- und Rechtsverständnis in besonderer Weise veranschaulichen.

Betrachtet man dessen ersten Absatz, so scheint die Norm zunächst dem Idealbild des Rechts, wie *Hayek* es zeichnet, sehr nahe zu kommen. Das Tatbestandsmerkmal der guten Sitten, welches mit dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden“[191] konkretisiert wird, entspricht dem „Inbegriff der sittlichen Verhaltensanforderungen und -erwartungen“[192]. Anhand dieser Generalklausel findet eine negative Kontrolle des Vertragsinhaltes statt, welcher anhand der gesetzlichen und außergesetzlichen Wertvorstellungen gemessen wird. Die „Leerformel“[193] der guten Sitten ist also durch richterliche Rechtsfindung und -fortbildung mit einem Inhalt zu füllen, welcher mit den herrschenden Rechts- und Sozialnormen im Einklang steht.[194]

Diese Praxis ähnelt dem von *Hayek* skizzierten Prozess richterlicher Rechtsausformung nun sehr. Durch die stetige Konkretisierung der guten Sitten schaffen die Richter stabile Erwartungen bezüglich der herrschenden Verhaltenserwartungen. Dass sie dabei auf die „christlich-abendländische Tradition“[195] zurückgreifen, auch im außergesetzlichen Raum nach Auslegungsmaßstäben suchen und aus

[181] *Marcuse* (Fn. 169), S. 52.
[182] *Marcuse* (Fn. 169), S. 107.
[183] Diese Beobachtung ist entliehen aus: *Marcuse* (Fn. 169), S. 107; *Oellers* (Fn. 133), S. 17 f.
[184] *Farrant/McPhail/Berger*, Am. J. Econ. Sociol. 21, No. 3 (2012), 513 (520–522).
[185] Vgl. *Brinkhof*, How the Chicago Boys Broke Chile, https://jacobin.com/2023/05/chile-chicago-boys-neoliberalism-friedman-allende-pinochet, zuletzt abgerufen am 20.7.2026.
[186] *Letelier*, Review of Radical Political Economics (RRPE) 8, No. 3 (1976), 44 (46, 48–52).
[187] *Hayek* hier zitiert nach *Farrant/McPhail/Berger*, Am. J. Econ. Sociol. 21, No. 3 (2012), 513 (521).
[188] *Farrant/McPhail/Berger*, Am. J. Econ. Sociol. 21, No. 3 (2012), 513 (522).
[189] *Farrant/McPhail/Berger*, Am. J. Econ. Sociol. 21, No. 3 (2012), 513 (527).
[190] *Pinochet* regierte Chile 17 Jahre lang.
[191] *Armbrüster* (Fn. 103), § 138 Rn. 26.
[192] *Baldringer,* in: Soergel-BGB, Bd. 2, Teilbd. 1, 14. Aufl. 2022, § 138 Rn. 3.
[193] *Fischinger,* in: Staudinger, 2024, § 138 Rn. 61.
[194] *Fischinger* (Fn. 193), § 138 Rn. 3 f.
[195] *Fischinger* (Fn. 193), § 138 Rn. 66.

diesen dann den Rahmen für das billige Verhalten ableiten, kommt *Hayeks* Idee des *nomos* sehr nahe.

In Konflikt gerät *Hayek* mit § 138 Abs. 2 BGB. Der Wuchertatbestand soll als Sonderfall der Sittenwidrigkeit eine sich in einer Schwächeposition befindliche Person vor Ausbeutung schützen.[196] Insbesondere der Begriff der Zwangslage (ehem. Notlage)[197] steht im Widerspruch zu *Hayeks* Theorie, da das deutsche Zivilrecht hier auf einen anderen Zwangsbegriff abstellt. So können unter anderem gesundheitliche Gründe, wirtschaftliche und politische Bedrängnisse eine Zwangslage im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB auslösen.[198] Auch Einflüsse der Umgebung, die schnelles Handeln erfordern, kommen in Betracht.[199]

Für *Hayek* würden diese Faktoren keine Bedrohung der Freiheit[200] bedeuten und es wäre folglich für den Gesetzgeber nicht möglich, eine Ausbeutung dieser Zwangslagen gesetzgeberisch zu verhindern. Dass der deutsche Gesetzgeber dem klassischen liberalen Freiheitsbegriff hier gerade nicht gefolgt ist, könnte man nun als weiteres Indiz dafür werten, dass dieser Freiheitsbegriff unzureichend ist.

Mehr noch verdeutlicht die Reform des Abs. 2 gerade im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität die Diskrepanz zwischen den realen Bedürfnissen eines parlamentarischen Gesetzgebers und *Hayeks* reaktionsunfähiger Regierung. Die Reform erfolgte als Antwort auf eine zunehmend komplexere Wirtschaft und sich verfeinernde kriminelle Methoden.[201] Durch die Reform wurde der Wuchertatbestand des StGB zugänglicher formuliert und der Anwendungsbereich zusammen mit der Strafdrohung erhöht. Hierin setzt sich eine Praxis der zunehmenden Verschärfung des strafrechtlichen Wuchertatbestands fort, welche sich seit Einführung des Strafgesetzbuches 1871 zurückverfolgen lässt.[202] Die historischen Beispiele, in denen zeitweise kein Wucherverbot bestand und in denen es daraufhin zu Zinsraten von bis zu 1.000 Prozent kam, beweisen, dass es Eingriffen in die freie Marktwirtschaft zum Schutze der wirtschaftlich Unterlegenen bedarf.[203]

Für *Hayek* ist ein solcher Schutz auch im Rahmen eines Wettbewerbsschutzes nicht vorgesehen. Vielmehr legt er dar, selbst in Krisenzeiten sei einem Eingriff in die Wirtschaft entschieden entgegenzutreten. Denn für die Funktion seiner spontanen Ordnung „ist es notwendig, da[ss] die Wirtschaftspartner zu jedem Preis kaufen und verkaufen dürfen, zu dem sie einen Kontrahenten finden“[204]. Jeder Eingriff in die Preisstruktur führe dazu, dass diese nicht mehr alle „wesentlichen Datenänderungen registrieren und den einzelnen, keinen zuverlässigen Anhaltspunkt für ihre Wirtschaftsakte liefern“[205].

Es wird nun deutlich, dass mit *Hayeks* Theorie dem Problem des Wuchers, welches vor allem in wirtschaftlichen Krisen auftaucht,[206] nicht begegnet werden kann. Dieses kann weder als Zwangslage erkannt werden, noch ist es als Betätigungsfeld der Regierung existent. So bleibt (erneut) nur die Unterwerfung unter die bestehende repressive Ordnung.

E. Die Herrschaft über die Mehrheit

Auch wenn einzelne Elemente aus *Hayeks* Theorie durchaus von bestechender Logik und großem Reiz sind, ist an der Ausgangsthese festzuhalten. *Hayeks* Idee einer Demokratie erschöpft sich in einer Verfahrensordnung, die auf die Freiheit als zentralen Begriff ausgerichtet und dieser untergeordnet ist. Bei dieser Freiheit handelt es sich jedoch um ein repressives Freiheitsverständnis, welches nur die Freiheit einer wertsetzenden Elite fassen kann. Ein Verfahren, dessen Ziel bereits nicht erstrebenswert ist, bleibt letztlich wertlos. Für das Individuum bleibt in *Hayeks* Demokratie kein Raum, um über die sein Leben beeinflussenden Umstände zu bestimmen, geschweige denn zu herrschen. *Hayeks* Demokratietheorie ist somit ein konservativ-aristokratisches Konstrukt, in dem sich das Individuum der bestehenden Ordnung unterordnen muss und totalitär von der herrschenden Elite regiert wird. *Hayek* entthront die Politik, um die abstrakt-undurchschaubare Marktordnung zu krönen, die den weiterbestehenden aristokratischen Herrschaftsanspruch in verschleierter Form weiterhin enthält. Die Mehrheit soll glauben, sie würde mitspielen, findet sich jedoch im Publikum vor geschlossenem Vorhang wieder.[207]

[196] *Baldringer* (Fn. 192), § 138 Rn. 70.
[197] BT-Drucks. 7/3441, S. 40; BT-Drucks. 7/5291, S. 22.
[198] *Armbrüster* (Fn. 103), § 138 Rn. 276.
[199] *Fischinger* (Fn. 193), § 138 Rn. 271.
[200] Vgl. *Hayeks* Zwangsbegriff unter B. II.
[201] BT-Drucks. 7/3441, S. 14 f., 20 f.
[202] *Rühle*, Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?, 1978, S. 25–28, 34–41; *Sturm*, JZ 1977, 84 (85).
[203] *Rühle* (Fn. 202), S. 26–28.
[204] *Hayek* (Fn. 39), S. 35.
[205] *Hayek* (Fn. 39), S. 35.
[206] *Rühle* (Fn. 202), S. 40: „Eine Wirtschaftspolitik, die auf direkte Eingriffe in der Wirtschaft weitgehend verzichtete, mußte bei einer weiterhin angespannten Versorgungslage zu Mißbräuchen herausfordern“; zur Notwendigkeit der Reform: *ders.* (Fn. 202), S. 17–24.
[207] Die Theater-Metapher ist *Robin* (Fn. 105), S. 97 entliehen, der Vorhang *Marcuse* (Fn. 169), S. 199.

ZUR NÄCHSTEN AUSGABE

SELBST IN DER BRZ VERÖFFENTLICHEN



Wir publizieren Seminar-, Studien- oder Abschlussarbeiten (ab 13 Punkten), aber auch andere Beiträge aus allen Gebieten der Rechtswissenschaft! Die Beiträge können auf Deutsch oder Englisch verfasst sein. Es kommt nicht darauf an, welcher Universität Du angehörst.



Passe Deine Arbeit an die Vorgaben unserer Schriftordnung an. Weitere Informationen findest Du auf der Seite „Hinweise für Veröffentlichende“ im Internet auf unserer Website:

www.berlinerrechtszeitschrift.de



Sende Deinen Beitrag an unsere E-Mail-Adresse:

redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de

Nach dem Reviewprozess erfährst Du, ob Dein Beitrag zur Publikation angenommen wurde.

Einsendeschluss ist der 29.11.2026. Später eingereichte Arbeiten werden für die folgende Ausgabe berücksichtigt.

IMPRESSUM

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Die Berliner Rechtszeitschrift wird herausgegeben vom gemeinnützigen Verein *Berliner Rechtszeitschrift e.V.*

Der Verein ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, Registernummer: VR 37649 B.

c/o Freie Universität Berlin, Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin

E-Mail: verein@berlinerrechtszeitschrift.de

Vertreten durch den Vorstand: *Marvin Ruppert* (1. Vorsitzender), *Konstantin Gasoski* (2. Vorsitzender), *Laetizia Krigar* (Beisitzerin), *Paul Suilmann* (Beisitzer).

Redaktion

Schriftleitung (V.i.S.d.P.): *Wilhelm Böttcher, Marlen Graf, Victoria Haub, Luisa Lerch, Arne Stockum, Valentin Stojiljkovic*

Verlagsleitung: *Elias Zengin*

Redaktion: *Timur Aksu, Rabea Albayrak, Merve Aykanat, Amra Bendow, Ludwig Berghofer, Tim Bielig, Leonard Buchholzer, Simeon Collins, Noa Emily Dichristin, Nadia Félix Padilla, Sofia Flotho, Marike Franke, Konstantin Gasoski, Mira Gerth, Ava Gottschalk, Jasper Hagen, Victoria Haub, Benjamin Herting, Kira Hoskins, Karl Huhn, Felix Jonathan Janousek, Luca Katolla, Maximilian Kelp, Shiva Khakrah, Vincent Link, Johanna Mattat, Maya Emilia Merker, Charlotte Müller, Matthias Nikutta, Piet Oevermann, Lara Ritter, Torben Roese, Chris-Marlon Rump, Marvin Ruppert, Celine Schmidt, Lilli Schuller, Maximilian Schulze, Anna M. Snoppek, Lasse Stegenwallner, Katharina Strötker, Ava Walsorf,Dilem Pia Yildiz, Elias Zengin, Milan Zimmer*

Manuskripte zur Veröffentlichung werden in digitaler Form an redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de erbeten. Mehr Informationen unter https://berlinerrechtszeitschrift.de/hinweise-fuer-veroeffentlichende/. Für unverlangt eingereichte Manuskripte haftet der Berliner Rechtszeitschrift e.V. nicht. Eine Rücksendung von unverlangt eingereichten Manuskripten erfolgt nur bei Übersendung von Rückporto und einem entsprechenden Rückumschlag.

Die Redaktion bedankt sich herzlich bei den Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirats für die Betreuung der Beiträge dieser Ausgabe.

Die Berliner Rechtszeitschrift wird im Rahmen von Kooperationspartnerschaften unterstützt von *Raue PartmbB* und *Hildebrandt.Rechtsanwälte PartG mbB*. Weiterhin bedankt sich die Redaktion beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin* für seine Unterstützung.

Verantwortlicher für Anzeigen: *Elias Zengin*
(verlag@berlinerrechtszeitschrift.de)

Layout/Satz: *Elias Zengin,* Berlin

Bei Rückfragen bezüglich des Heftes sind die vorstehend genannten Personen über die obenstehende Vereinsanschrift erreichbar.

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH · Mühlbachstraße 7 · 71522 Backnang

Erscheinungsort: Berlin · Auflage: 250 Exemplare · ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (online) 2699-2132

© 2026 Berliner Rechtszeitschrift e.V. Alle Rechte vorbehalten.

www.berlinerrechtszeitschrift.de