

Hamburger Rechtsnotizen

Ausgabe
2025/2
15. Jahrgang



AUS DEM INHALT

Interview mit Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch
Vom Bundesgerichtshof zum
Unabhängigen Kontrollrat

FORUM
Olesja Kaltenecker/Jeremias Forssman
Digitalisierung der juristischen
Ausbildung

Felicia Mäurer
Widerspruch beim Betriebsübergang:
Neue Unterrichtsanforderungen
nach der geänderten Rechtsprechung
des Bundesarbeitsgerichts?

Christian Kisczio
Die Überzeugungskraft der Worte:
Anmerkung zum Urteil des
Hamburgischen Verfassungsgerichts
vom 5. September 2025 – HVerfG
2/24

Call for Papers

Wir planen laufend die Inhalte unserer nächsten Ausgaben und freuen uns **jederzeit** über Einsendungen von **Beiträgen** auf den Gebieten des **Zivilrechts, des öffentlichen Rechts, Strafrechts und den Grundlagen des Rechts.**

Beiträge von **Studierenden** ausdrücklich **willkommen!**

hamburger-rechtsnotizen.de



redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de @

[@hamburger_rechtsnotizen](https://www.instagram.com/hamburger_rechtsnotizen)

Hamburger Rechtsnotizen (HRN) in

Editorial

Liebe Leser:innen,

seit der letzten Ausgabe gab es in vielerlei Hinsicht einige Veränderungen. Die Verlagerung internationaler Machtverhältnisse und sich zuspitzende politische Problematiken fordern gleich an mehreren Fronten die regelbasierte Ordnung heraus. Ob und auf welchen Wegen Regeln und Normen diesen Herausforderung begegnen können, zeigen in dieser Ausgabe vier Aufsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, Ausführungen zur geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beim Betriebsübergang und zwei Klausurmusterlösungen. Auf dem neu geschaffenen Forum macht derweil ein Plädoyer für die Digitalisierung der juristischen Ausbildung den Anfang.

Veränderungen gab es auch in der Chefredaktion. Hier mussten wir Paul Ole Gasthuber und Antonia Peikert in den examensbedingten Ruhestand verabschieden. Wir bedanken uns ganz herzlich für ihren unermüdlichen und beharrlichen Einsatz, dieses Projekt auch über die Fakultät hinweg bekannt zu machen und die Arbeit in der Redaktion kontinuierlich zu verbessern. Besonders die Optimierung unseres Auswahl- und Reviewprozesses aber auch die dauerhafte Betreuung und Professionalisierung unserer Öffentlichkeitsarbeit sind zwei Schritte, die diese Chefredaktion angeregt und begleitet hat. Wir wünschen beiden ganz viel Erfolg in den Prüfungen!

Schließlich haben wir diese Ausgabe um zwei Kategorien erweitert. Für kritische neue Stimmen im rechtswissenschaftlichen Diskurs haben wir das Forum geschaffen, während wir für Studierende nun auch Klausurmuster-

lösungen in jeder Ausgabe vorstellen möchten. Um Euch in Zeiten des Wandels als bleibende Konstante erhalten zu bleiben, dürfen wir euch nun endlich die Ausgabe 2025/2 vorstellen:

Therese Fröhlich, Noëlle Nowack, Antonia Peikert und Janine Schmeller haben mit Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch gesprochen, die in dem Interview von ihrer Arbeit als Richterin im 5. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erzählt sowie von ihrer aktuellen Arbeit als Kontrollbeauftragte des Unabhängigen Kontrollrates und dessen besonderer Stellung, Organisation und Besetzung. Außerdem haben die vier mit Frau Schmidt-Räntsch über ihre Erfahrungen als Trans-Frau gesprochen. Wer ganz bis zu Ende liest, erfährt, welche Ratschläge Frau Schmidt-Räntsch nicht nur queeren sondern allen Studierenden mit auf den Weg gibt.

Die Frage der Grenzen von Äußerungsbefugnissen politischer Amtsträger beschäftigt deutsche Verfassungsgerichte immer öfter. Zumeist ist es die AfD, die mit Verweis u.a. auf das Sachlichkeits- und Neutralitätsgebot aus Art. 21 I 1 GG gerichtlich gegen AfD-kritische Aussagen vorgeht. Christian Kiczio befasst sich mit einem jüngst ergangenen Urteil des Hamburger Verfassungsgerichts über solche Aussagen des Innensensors Andy Grote im November 2023. Dabei beleuchtet er insbesondere die Bedeutung und Besonderheiten von Landesverfassungsgerichten im (bundes-)verfassungsgerichtlichen Kontext.

Im Bereich des Arbeitsrechts hat sich Felicia Mäurer mit der geänderten Rechtsprechung hinsichtlich den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterrichtung der Arbeitnehmer:innen über den Betriebsübergang gemäß § 613a VI BGB auseinandergesetzt. Während der bis 2021 für Fragen des Betriebsübergangs zuständige 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit der juristischen Fehlerfreiheit der Unterrichtung besonders strenge Maßstäbe an die Unterrichtung anlegte, hat der nunmehr zuständige 2. Senat diese Rechtsprechung aufgegeben und betont besonders für die Auslösung der Widerspruchsfrist die Frage, ob der Fehler regelmäßig ohne Belang ist.

Der digitale Raum ist kein rechtsfreier Raum. Doch dass die Umsetzung von Recht im Internet regelmäßig an seine Grenzen gerät, ist kein Geheimnis. Der Digital Services Act stellt einen ambitionierten Versuch dar, einen sicheren Online-Raum zu schaffen. Wo die aktuellen Regelungen unter Berücksichtigung der Meinungs- und Informationsfreiheit aus Art. 11 I EU-GRCh an ihre Grenzen stoßen und welche Reformvorschläge diesem Umstand Abhilfe schaffen könnten, erläutert uns Clemens A.W.P. Hutengs.

Nach wie vor wird die absolute Mehrheit der über 5 Millionen pflegebedürftigen Menschen in Deutschland im eigenen Zuhause gepflegt. Abseits der ambulanten und der stationären Versorgung erfreuen sich sog. alternative Wohnformen immer größerer Beliebtheit. Sophia Sandner beleuchtet in ihrem Beitrag am Beispiel der ambulant betreuten Wohngruppe die Probleme der Abgrenzung solcher Wohnformen zur stationären Versorgung und setzt sich dabei kritisch mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auseinander.

Nicht nur im Rahmen der juristischen Ausbildung bekommt der delegierte Rechtsakt i.S.d. Art. 290 AEUV wenig Aufmerksamkeit. Dass dieses Instrument aber besonders geeignet ist, um unerprobten Regelungsinstrumenten die notwendige Lern- und Anpassungsfähigkeit zu verleihen, zeigt Fabian Guderian anhand des

Forschungsdatenzugangs unter dem Regime des Art. 40 IV–XI DSA, der durch den delegierten Rechtsakt C (2025) 4340 final weiter ausgestaltet wird. Besonders interessant ist hier auch das dem Forschungsdatenzugang zugrundeliegende (EU-)grundrechtliche Spannungsverhältnis.

Zum mittlerweile achten Mal fand im letzten Juni der Hamburger Criminal Law Moot Court statt. Dabei konnte unser Team von der Universität Hamburg im Derby gegen die Bucerius Law School das Rennen vor dem OLG für sich entscheiden. Über die Vorbereitung und den Ablauf des Moot Courts haben unsere Mooties einen Erfahrungsbericht geschrieben.

Auf unserem neu geschaffenen Forum möchten wir insbesondere studentischen Autor:innen die Möglichkeit geben, abseits von klassischen Aufsätzen ihre Meinung zu aktuellen rechtlichen Themen auch in zugespitzter Weise zu äußern. Den Anfang machen Olesja Kaltenecker und Jeremias Forssmann von *recode.law*, die sich für eine umfassendere Digitalisierung der juristischen Ausbildung aussprechen.

Zu guter Letzt dürfen wir Euch in dieser Ausgabe zum ersten Mal zwei Klausurmusterlösungen bereitstellen. Zum einen die Klausur im Strafrecht BT I, die im Sommersemester 2025 an der Fakultät lief. Zum anderen eine Klausur im Internationalen Erbrecht, wie Sie sich beispielsweise für den SPB II: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung anbieten würde.

Wir wünschen allen ein erfolgreiches Jahr 2026 und ganz viel Spaß mit unserer Ausgabe 2025/2!

Für die Redaktion

Yasin Elawadi, Janine Schmeller und Frithjof Winkler.

Inhalt

Interview

Therese Fröhlich, Noëlle S. M. Nowack, Antonia Peikert, Janine Schmeller

Vom Bundesgerichtshof zum Unabhängigen Kontrollrat 82

Ein Interview mit Johanna Schmidt-Räntsch

Aufsätze

Christian Kisczio

Die Überzeugungskraft der Worte: Anmerkung zum Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 5. September 2025 – HVerfG 2/24 95

Felicia Mäurer

Widerspruch beim Betriebsübergang Neue Unterrichtsansforderungen nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts? 101

Clemens A.W.P. Hutengs

Digitale Meinungsfreiheit am Scheideweg? Der Digital Services Act zwischen Overblocking und Grundrechtsschutz 110

Sophia Sandner

Die ambulante Versorgung in Wohngruppen nach Maßgabe des SGB XI 117

Fabian Guderian

Delegierte Rechtsakte zur Flexibilisierung des Forschungsdatenzugangs 129

Maria Märkte Dietrich / Khaled El-Rifai / Veron Saiti / Ingrid Scheurer

Ein Erfahrungsbericht: 8. Hamburger Criminal Law Moot Court 137

Forum

Olesja Kaltenecker / Jeremias Forssman

Digitalisierung der juristischen Ausbildung

142

Klausurmusterlösungen

Jun.-Prof. Dr. Hannah Ofterdinger / Hannah Welling

Klausur Strafrecht BT I

151

Prof. Dr. Konrad Duden / Giovanni Freise / Christina Frühauf

Klausur Internationales Erbrecht:

Die neue Liebe und das alte Testament

161

Interview

Therese Fröhlich, Noëlle S. M. Nowack, Antonia Peikert, Janine Schmeller

Vom Bundesgerichtshof zum Unabhängigen Kontrollrat

Ein Interview mit Johanna Schmidt-Räntsch

• **Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch** war von 2002 bis 2021 Richterin am Bundesgerichtshof und outete sich 2014 als Trans-Frau – die erste in diesem Amt. Seit 2021 ist sie als Kontrollbeauftragte beim Unabhängigen Kontrollrat tätig. Zudem ist sie Honorarprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Redaktion: *Nach Ihrem Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität promovierten Sie und arbeiteten als Wissenschaftliche Assistentin. In Nordrhein-Westfalen traten Sie 1984 als Proberichterin in den höheren Justizdienst ein und wurden 1987 zur Richterin am Landgericht Bonn ernannt. Sie wechselten 1991 zum Bundesministerium der Justiz und wurden 1997 zur Ministerialrätin ernannt. 2002 sind Sie zur Bundesrichterin am V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ernannt worden, wurden im November 2014 stellvertretende Vorsitzende und waren dort bis 2021 tätig.¹ Wollten Sie seit Beginn des Studiums Bundesrichterin werden? Wie haben Sie den Weg dorthin erlebt?*

Johanna Schmidt-Räntsch: Ich hatte immer vor, Jura zu studieren, allerdings ohne eine konkrete Spezifikation. Der Richterberuf hat mich fasziniert, möglicherweise deshalb, weil mein Vater den Kommentar zum Richtergesetz geschrieben hat. Meine Eltern haben sich bei meiner Berufswahl völlig herausgehalten, weil sie meinten, das müsse ich selbst machen. Und deswegen habe ich ohne eine konkrete Ausrichtung studiert. Ich habe immer geschwankt zwischen der Wissenschafts- und der Justizlaufbahn.

Da damals keine Stellen in der Justiz frei waren, habe ich erstmal eine Assistentenstelle angenommen. Allerdings mit dem Vorbehalt, wenn ich eine Richterstelle bekommen könnte, würde ich wechseln – und so kam es dann auch. Eine Stelle wurde frei und ich trat diese in Aachen an.

Mein Wunsch, in der Justiz tätig zu sein, hatte sich erfüllt, wenn auch die Arbeit in der Justiz nach dem Studium und der Referendarszeit etwas anders war, als erwartet. Meine ersten Urteile sahen ziemlich türkis aus, weil mein Vorsitzender einen türkisen Füller zur Korrektur nutzte. Aber mit der Zeit bekam ich heraus, wie man Urteile und Beschlüsse schreibt und das hat mir Freude bereitet.

Sie waren am V. Zivilsenat tätig, welcher für Grundstücksrecht, Nachbarrecht, und Wohnungseigentumsrecht zuständig ist. Von 2006 bis 2010 waren Sie zudem beisitzendes Mitglied im Senat für Anwaltsachen und lange Zeit stellvertretendes Mitglied im Senat für Notarsachen und Senat für Landwirtschaftssachen. 2019 wurde der XIII. Zivilsenat für Energiewirtschaftsrecht und Vergaberecht errichtet, dem Sie auch mit anteiliger Arbeitskraft angehörten.²

.....
¹Der Bundesgerichtshof, Zwei Richterinnen und ein Richter des Bundesgerichtshofs zu Mitgliedern des Unabhängigen Kontrollrates ernannt (30.06.2025).

.....
²Bundesgerichtshof, Sachliche Zuständigkeit der Zivilsenate (01.07.2025); Bundesgerichtshof, Zwei Richterinnen und ein Richter des Bundesgerichtshofs zu Mitgliedern des Unabhängigen Kontrollrates ernannt (30.06.2025).

Haben Sie von Anfang an Interesse an diesen Themen gehabt, oder sind diese Interessen erst im Verlauf Ihrer Karriere entstanden?

Wenn man zum Bundesgerichtshof gewählt wird, wird man in den Vorgesprächen, die man mit dem Präsidentsrat des Bundesgerichtshofes führt, unter anderem gefragt, woran man Interesse hat. Ich habe vor dem Bundesgerichtshof im Bundesministerium der Justiz an der Gesetzgebung mitgearbeitet und war an der Schuldrechtsmodernisierung beteiligt. Meine Interessen lagen dem entsprechend im Schuldrecht und Sachenrecht. Aber ich überlegte mir dann, dass ich besser nicht sagen würde, in welchen konkreten Senat ich wolle. Denn das Gerichtspräsidium könne doch am besten beurteilen, ob ich dort hineinpassen würde. Der V. Zivilsenat hat insofern wunderbar gepasst, weil sich dieser auch mit Immobilienkauf beschäftigt. Damit hatte ich genau das, was ich im Bundesjustizministerium im Bereich der Gesetzgebung gemacht hatte, und war natürlich sehr zufrieden.

Wie sah ein typischer Arbeitstag als Bundesrichterin aus? Welche Aufgaben und Verantwortlichkeiten waren mit Ihrer Position im V. Zivilsenat verbunden?

Beim Bundesgerichtshof im V. Zivilsenat terminieren wir praktisch das ganze Jahr. Es gibt zwei Arten von Terminen: Beratungs- und Verhandlungstermine.

Die Beratungstermine dienen dazu, die Nichtzulassungs- und Rechtsbeschwerden zu beraten, über die man normalerweise nicht verhandelt. Rechtsbeschwerden werden in der Justiz eher als eine lästige Nebensache betrachtet, da sie häufig sehr viel Arbeit machen – viele Rechtsbeschwerden werfen jedoch sehr spannende Rechtsfragen auf. Im V. Zivilsenat gab es pro Woche einen Beratungstermin, an dem zehn bis fünfzehn Sachen behandelt wurden. Wenn es um kompliziertere Rechtsbeschwerden ging, dann behandelten wir natürlich nicht so viele Nichtzulassungsbeschwerden.

Jede Woche gab es einen Termin, wo bis zu drei Sachen auf der Terminliste bzw. auf der Rolle

standen, wie man im Fachjargon sagt. Am Donnerstag fanden immer die Vorberatungen statt und am Freitag war Sitzungstag. In der Vorberatung kristallisiert sich heraus, wo Schwierigkeiten des Falls liegen, welche Punkte umstritten sind, was es für Meinungen gibt. Die strittigen Punkte und welche Argumente wir für Pro und Kontra sahen, legten wir dann in der mündlichen Verhandlung gegenüber den beteiligten Rechtsanwält:innen offen. Ich habe den Eindruck, dass das bei den Parteivertreter:innen besser ankommt, weil sie dann vorbereitet und zielgerichtet in der mündlichen Verhandlung argumentieren können. Einige Parteivertreter:innen trugen ihr für die Verhandlung vorbereitetes Plädoyer unabhängig von den Vorbereitungen des Senats vor. Andere schalteten sofort um und verließen das vorbereitete Konzept, wenn wir ganz andere Punkte in den Vordergrund stellten.

Als Gericht waren wir vor allem bei schwierigen Rechtsfragen offen, was das Ergebnis angeht, und diskutierten daher viel in den mündlichen Verhandlungen. Es ist durchaus schon vorgekommen, dass sich das Ergebnis aufgrund der Verhandlung geändert hat. Von außen sieht es vielleicht so aus, als wäre das alles eine Showveranstaltung. Wir sind aber wirklich offen und ich habe auch schon von Parteivertreter:innen die Rückmeldung bekommen, dass bei Senaten, an denen keine Vorbesprechungen stattfinden, die Fragen der Mitglieder an die Parteivertreter:innen nicht abgestimmt erscheinen. Das kann Unsicherheit darüber erzeugen, wozu eine Stellungnahme nicht erwartet wird.

Für die Beratungssitzung wird bei den Nichtzulassungsbeschwerden immer ein schriftliches Votum erarbeitet. Der Arbeitsalltag besteht im Wesentlichen darin, Voten zu erarbeiten. Das bedeutet nicht, dass in den Beschlusssentwürfen für Rechtsbeschwerden nur noch ein paar redaktionelle Korrekturen vorgenommen werden. Die Thematik wird vielmehr häufig auf Grundlage der Ansichten der Kolleg:innen neu durchdacht. Die Arbeit beim Bundesgerichtshof als Rechtsinstanz unterscheidet sich sehr von der bei den Instanzgerichten. Diese müssen sich den Sachverhalt zunächst erarbeiten, zum Beispiel Zeug:innen und Sachverständige laden, Beweisauf-

nahmen durchführen und dies bedarf sehr viel Organisation. Ein Amtsgericht muss Sachen schnell erledigen. Dabei wird zwangsläufig in Kauf genommen, dass manches nicht ganz zu Ende gedacht wird. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gelten demgegenüber zwar nicht für alle im Sinne einer formellen Verbindlichkeit, jedoch haben sie große Breitenwirkung und müssen sozusagen „zu Ende gedacht“ sein. Wir haben auch die Zeit dafür.

Welche Entscheidung aus Ihrer Zeit an den Senaten am Bundesgerichtshof war für Sie persönlich am prägendsten und welche Entscheidung hat Sie besonders herausgefordert – gab es einen Fall, bei dem Ihnen die Urteilsfindung besonders schwergefallen ist?

Es gibt viele Sachen, die juristische Routine sind. Das heißt jetzt nicht, dass man da nicht nachdenken muss, aber es gibt Fälle, die einen wirklich beschäftigen – und da kann ich drei nennen.

Der eine ist ein richtig farbiger Fall.³ Es ging darum, dass zwei Brüder gemeinsam zum Miteigentumsanteil ein Haus besaßen. Der eine übertrug seine Miteigentumshälfte auf den anderen und ließ sich dafür ein Wohnungsrecht eintragen. Eines Tages stritten die Brüder sich fürchterlich. Der Bruder mit dem Wohnungsrecht erschlug daraufhin seinen Bruder. Dafür ist er natürlich verurteilt worden. Seine Mutter beantragte, das Wohnungsrecht aufzuheben. Das haben wir abgelehnt. Zwar gibt es im österreichischen Recht, worauf die Klägerin hinwies, die kraft Gesetzes bestehende Möglichkeit, eine Servitut – entspricht unserer Dienstbarkeit – zu kündigen. Die Rechtslage in Deutschland ist aber anders. Bei uns muss die Kündigungsmöglichkeit als auflösende Bedingung vereinbart werden, was hier nicht geschehen war. Natürlich beschäftigt einen ein solcher Fall. Aber man muss sehen: Die Entscheidung wirkt auch für ganz andere Fallgestaltungen. Eine Änderung der Rechtsprechung will gut überlegt sein.

.....
³ BGH, Urt. v. 11.03.2016 – V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140.

Die zweite Entscheidung betrifft eine Fallgestaltung, die wir Dresdener Komplettierungskäufe⁴ getauft haben. Auch er ist etwas tragisch. Er spielt in der ehemaligen DDR in Dresden. Dort sind Einfamilienhausgrundstücke entschädigungslos enteignet worden. Diese durften DDR-Bürger: innen noch kurz vor der Wende kaufen. Bei dem Abschluss dieser Kaufverträge sind oft Fehler unterlaufen.

So lag es auch in unserem Fall. Aber wir fanden, dass der Vertrag trotzdem wirksam war. Das hatte dann zur Folge, dass der, dessen Grundstück entschädigungslos enteignet worden war, auch keine Restitution nach dem Vermögensgesetz verlangen konnte, weil ein redlicher Erwerb eingetreten war. Da hat man also zwei Bürger; der eine, dem das Grundstück ohne Entschädigung enteignet worden war, weil er die DDR verlassen hatte, und der andere, der darauf vertraut, dass er das Haus behalten darf, in dem er gewohnt hat. Wir fanden die besseren Argumente beim Häuslebauer. Einfach war diese Entscheidung aber nicht. Solche Fälle hat es in der DDR viele gegeben. Die meisten Fälle haben wir dann nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz deutlich glücklicher lösen können, in welchem ein Ausgleich zum halben Bodenwert vorgesehen war. Bei den Komplettierungsfällen gab es diesen Ausgleich nicht. Hier konnte es nur einen Gewinner geben.

Und dann habe ich noch einen dritten Fall, der mich lange beschäftigt hat.⁵ Der Sachverhalt ist an sich einfach: Der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben ist durch das BImA-Gesetz nahezu das ganze Bundesvermögen übertragen worden. Darunter fielen auch Grundstücke, an denen Verpflichtungen hafteten. Diese Verpflichtungen wurden allerdings nicht ausdrücklich übertragen, die Bundesanstalt sollte sich aber um sie kümmern. Ein Handwerker klagte aus einer solchen Verpflichtung. Die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben verwies ihn an die Bundesrepublik, obwohl sie sich auch um diese Verpflichtung kümmern sollte. An dem Urteil und seiner Begründung habe ich so lange rumgefeilt wie an keiner anderen. Die Schwierigkeit war, einen An-

.....
⁴ BGH, Urt. v. 17.09.2004 – V ZR 339/03, BGHZ 160, 240.
⁵ BGH, Urt. v. 17.07.2015 – V ZR 205/14, NJW 2015, 3720.

satz zu finden, wie man das durch das formalistisch anmutende Verhalten der Bundesanstalt hervorgerufene Störgefühl juristisch sauber fassen kann. Den Ansatz habe ich schließlich in einer analogen Anwendung des Umwandlungsgesetzes gefunden. Dem ist der Senat gefolgt.

Diese Fälle kann ich heute noch vortragen, weil die bei mir haften geblieben sind. Aber das ist auch etwas, was man als Jurist:in benötigt: Kreativität und Disziplin. Man braucht zwar sein Bauchgefühl. Aber man darf sich von diesem Bauchgefühl nicht beherrschen lassen, sondern muss schauen, ob man das gefühlt richtige Ergebnis auch juristisch herleiten kann. Wenn das nicht geht, dann darf man ihm nicht folgen; man muss es anders machen.

Kommen wir zu einem anderen Amt, das Sie innehaben: 2021 wurden Sie vom Parlamentarischen Kontrollgremium zum Mitglied des Unabhängigen Kontrollrats⁶ gewählt und ernannt, kurz gesagt: Sie sind Kontrollbeauftragte.⁷

Hintergrund hierfür ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2020. Darin entschied das BVerfG, dass die Regelungen im BND-Gesetz zur strategischen Fernmeldeaufklärung im Ausland verfassungswidrig sind.⁸ Begründet wurde dies damit, dass die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt ist. Stattdessen umfasst der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG und die Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auch Ausländer:innen im Ausland. Dabei ist nicht relevant, ob die Überwachung vom Inland oder Ausland erfolgt.⁹ Aufgrund dieser Begründung wurde das Gesetz über den Bundesnachrichtendienst erneuert und angepasst, woraufhin der Unabhängige Kontrollrat am 1. Januar 2022 als oberste Bundes-

.....

⁶ Im Folgenden als UKRat abgekürzt.

⁷ Deutscher Bundestag, Parlamentarisches Kontrollgremium hat Mitglied des gerichtähnlichen Kontrollorgans des Unabhängigen Kontrollrates gewählt (30.06.2025).

⁸ BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152.

⁹ Sehl, Auslandsüberwachung durch BND verfassungswidrig (01.07.2025).

behörde seinen Dienstbetrieb aufnahm.¹⁰ Was sind die Hintergründe der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung aus dem Jahr 2020?

Wir haben erst seit der Schaffung des Bundesdatenschutzgesetzes ein Gesetz, das sich mit dem Bundesnachrichtendienst befasst. Im Rahmen dieses Gesetzes sind nämlich das BND-Gesetz und entsprechende Gesetze für den Bundesverfassungsschutz und den Militärischen Abschirmdienst geschaffen worden. Diese Gesetze waren sehr sparsam gehalten.

Das BND-Gesetz wurde im Zusammenhang mit dem NSA-Skandal geändert, und man hat erste Schutzvorkehrungen eingebaut. Dieses Gesetz ist Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht geworden und hat der verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standgehalten.

Das Urteil ist sehr umfangreich. Wenn man zwei, drei wichtige Punkte herausgreifen soll, wären das Folgende:

Das Gericht hat zuerst geklärt, ob die Grundrechte, vor allem das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG und die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, überhaupt für Ausländer:innen im Ausland gelten, also für Menschen, die keine deutschen Staatsbürger:innen sind und sich auch nicht in Deutschland aufhalten. Bisher waren die Bundesregierung und der Bundesnachrichtendienst selbst davon ausgegangen, dass dies nicht der Fall ist. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet anders: Die genannten Grundrechte gelten auch für Ausländer:innen im Ausland. Das sagt sich leicht. Aber dann wäre die strategische Auslandaufklärung des Bundesnachrichtendienstes eine anlasslose Massenüberwachung. Die ist in Deutschland selbst unzulässig. Natürlich kann man dabei nicht stehen bleiben, denn jeder weiß: Eine Bundesregierung muss auch die Informationen bekommen, die man nicht in der Zeitung lesen kann. Diese Informationen sind oft viel wichtiger als das, was öffentlich zugänglich ist. Dafür braucht man einen

.....

¹⁰ Unabhängiger Kontrollrat, Was ist der Unabhängige Kontrollrat? (01.07.2025).

Nachrichtendienst. Wir sagen nicht „Geheimdienst“, weil unsere Nachrichtendienste nur Nachrichten beschaffen sollen, aber keine Eingriffe vornehmen dürfen.

Es läuft also überhaupt nicht so wie in den James-Bond-Filmen: Alles, was die Agenten dort machen, machen unsere Nachrichtendienste nicht und dürfen es auch nicht.

Das Bundesverfassungsgericht hatte zwei Seiten zu beachten: einerseits Grundrechtsträger, andererseits das Bedürfnis, auch geheime Informationen zu gewinnen, um die Bundesregierung ausreichend zu informieren. Und das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass dies möglich ist, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen. Dies betrifft nach dem Urteil eine Art der technischen Aufklärung, nämlich die strategische Aufklärung. Es gibt noch andere Arten der technischen Aufklärung und ganz andere Aufklärungsarten, die aber beide nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde waren.

Das Bundesverfassungsgericht legt nun zwei Zwecke fest, zu denen strategische Aufklärung erfolgen darf: „politische Unterrichtung“ oder „Gefahrenfrüherkennung“.

Bei der Gefahrenfrüherkennung müssen die relevanten Gefahren auch benannt werden. Zudem muss dafür gesorgt werden, dass der Kernbereich der Persönlichkeit nicht aufgeklärt wird und dass Vertraulichkeitsbeziehungen geschützt bleiben, also etwa Kommunikation mit Rechtsanwält:innen oder Geistlichen.

So etwas gab es in Ansätzen schon früher, aber das Revolutionäre ist jetzt, dass eine umfassende objektiv-rechtliche Kontrolle gefordert wird. Denn die Betroffenen können sich nicht wehren, weil sie nichts von der Maßnahme wissen. Diese Schutzdefizite gleicht die objektive Rechtskontrolle aus.

Eigenartig ist dabei folgendes: Der Staat muss an sich eine gerichtliche Kontrolle sicherstellen, aber nicht durch ein Gericht. Damit hat es folgende Bewandnis:

Unsere Nachrichtendienste brauchen auch Erkenntnisse von befreundeten Nachrichtendiensten, weil niemand alles allein herausfinden kann. Diese Informationen bekommen sie aber nur, wenn sie sich an eine Regel halten, die bei allen Nachrichtendiensten der Welt üblich ist, die sogenannte „third party rule“. Danach sind die weitergegebenen Nachrichten und Erkenntnisse nur für den empfangenden Nachrichtendienst und seine Regierung bestimmt; Dritten dürfen sie nicht weitergegeben werden. Dritter in diesem Sinne ist auch ein Gericht. Deshalb bekam das Unabhängige Gremium beim BGH nach dem BND-Gesetz von 2016 oft nur geschwärzte Unterlagen. Das macht aber eine effektive Rechtskontrolle unmöglich. Deswegen akzeptiert das Bundesverfassungsgericht eine behördliche Kontrolle, wenn sie als Vorabkontrolle gerichtsähnlich abläuft und in der Hand von hauptamtlich Tätigen liegt, die bisher Richter:innen waren. Diese gerichtsähnliche Kontrolle muss, was neu ist, durch eine kontinuierliche administrative Kontrolle begleitet werden, die laufend die gesamte technische Aufklärung des Bundesnachrichtendienstes kontrolliert.

Das Bundesverfassungsgericht lässt es zu, diese beiden Arten der Rechtskontrolle auf zwei selbständige Behörden zu verteilen. Der Gesetzgeber hat sich dann aber entschieden, beides in einer Behörde zu vereinen. Deshalb gibt es den UKRat mit zwei Kontrollorganen: einem gerichtsähnlichen Kontrollorgan, das jedenfalls derzeit aus BGH-Richter:innen besteht, und einem administrativen Kontrollorgan, das aus Beamt:innen besteht und hierarchisch organisiert ist. Die ganze Behörde ist unabhängig.

Was genau prüft nun der Unabhängige Kontrollrat?

Im Jahr 2022 war die Herausforderung, die gesamte Aufklärungstätigkeit des BND im Bereich der technischen Aufklärung auf das neue System umzustellen. Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass die gesamte strategische Fernmeldeaufklärung des BND zum Gegenstand von Aufklärungsanordnungen gemacht werden muss. Eine solche Anordnung können Sie sich wie einen Befehl des Präsidenten an seine Bediensteten vorstellen: In diesem „Aufklärungsbefehl“

muss geregelt werden, zu welchem Zweck, zum Schutz vor welchen Gefahren, mit welchem geografischen Fokus etwas aufgeklärt werden soll. Es muss auch das Thema benannt und eine Frist gesetzt werden.

Diese Anordnung kommt dann zu uns. Wir prüfen sie und bestätigen ihre Rechtmäßigkeit, nicht, ob sie zweckmäßig oder politisch opportun ist.

Natürlich müssen wir auch prüfen, ob die Bundesregierung den BND mit dieser Aufklärung überhaupt beauftragt hat. Diese Vorabkontrolle ist unsere Aufgabe, und die Kolleg:innen der administrativen Kontrolle führen laufend beim BND Kontrollen durch und prüfen etwa, welche Suchbegriffe für die Suche verwendet werden und ob die gesetzlichen Vorgaben für solche Suchbegriffe (vgl. § 19 Abs. 5 BNDG) eingehalten werden.

Hintergrund dieses Anordnungssystems ist, dass die Prüfungen des NSA-Untersuchungsausschusses etwa ergeben haben, dass früher z.B. umfangreiche Beobachtungen im Vatikan vorgenommen wurden, ohne dass nachvollziehbar war, warum. Deshalb beschließt die Bundesregierung das Aufklärungsprofil der Bundesregierung (APB), eine Art „Auftragsbuch“. Dieses ist als geheim eingestuft, weshalb ich mich nicht näher dazu äußern kann.

Bei der Änderung des BND-Gesetzes im Jahr 2021 ist der Bundesgesetzgeber über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinausgegangen. Er hat auch eine andere Form der technischen Aufklärung, die „Computer Network Exploitation“, also das Infiltrieren von Computern, einbezogen und sie entsprechend geregelt. Das Bundesverfassungsgericht hat eine auch gegen dieses neue Gesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.¹¹ Daraus schließe ich, dass das Gesetz in der vorliegenden Form einer verfassungsrechtlichen Prüfung standgehalten hat.

.....
¹¹ BVerfG, Beschl. v. 05.11.2024 – 1 BvR 1820/23, unveröffentlicht.

Der Präsident des Unabhängigen Kontrollrates Josef Hoch versteht den UKRat als Teil der Judikative. „In einem rechtsstaatlich geregelten Entscheidungsverfahren stellt der UKRat als unabhängiges und am Ausgangskonflikt unbeteiligtes neutrales Staatsorgan einzelfallbezogen einen konkreten Sachverhalt fest und bewertet diesen in Anwendung des geltenden Rechts in einer abschließenden Entscheidung, die für Bundesregierung und BND verbindlich ist“, erklärt er. „Zugleich erfüllt der UKRat die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine umfassende – auch institutionelle – Unabhängigkeit und etabliert so eine der gerichtlichen Kontrolle gleichwertige Rechtskontrolle, die das BVerfG gefordert hat.“¹² In welchen Fällen ist der Unabhängige Kontrollrat zuständig und was sind dessen Aufgaben? Inwiefern unterscheidet sich der UKRat von einem „normalen“ Gericht?

Ich hatte eben die „third party rule“ angesprochen. Das ist eine gängige Vorgehensweise zwischen Nachrichtendiensten, die das Bundesverfassungsgericht auch als solche hinnimmt. Nun fragt man sich natürlich, wieso ein Gericht ein „Dritter“ ist. Das ist etwas verwunderlich, weil die US-amerikanischen und andere Geheim- und Nachrichtendienste selbst einer gerichtlichen Aufsicht unterliegen. Warum die dort so viel Angst vor einem Gericht haben, kann man nicht eindeutig erklären. Möglicherweise hängt es damit zusammen, dass Gerichte in der Regel öffentlich tagen. Aber auch das ist nur die halbe Wahrheit, denn es gibt durchaus Fälle, in denen die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird. Trotzdem wird dies so gesehen und das Bundesverfassungsgericht akzeptiert das so und verlangt eine oberste Bundesbehörde, die strukturiert ist wie ein Gericht und auch so arbeitet. Formal sind wir eine oberste Bundesbehörde: Wir stehen alle in einem Beamtenverhältnis, nicht in einem Richter-verhältnis. Wir müssen zwar Richter:innen gewesen sein, aber das Richter-verhältnis ruht, wenn wir hier arbeiten.

Wir sind eine Art Zwitter: Wir tragen den Mantel einer Behörde, aber darin stecken Richter:innen. Das ist für die Ausrichtung der Behörde ein entscheidender Punkt. Manche Behörden verfolgen

.....
¹² beck-aktuell, Kontrolleure der Aufklärung (02.07.2025).

nur ein bestimmtes Interesse, unsere Aufgabe ist es hingegen, zwei Interessen miteinander in Einklang zu bringen. Das macht uns gerichtsähnlich, denn eine Streitentscheidung durch ein Gericht ist ja in der Sache auch ein Ausgleich zwischen zwei Interessen auf der Grundlage der gesetzlichen Vorgaben.

Wir beachten auf der einen Seite die Interessen der Betroffenen, zu deren Schutz wir als Behörde ja gerade eingerichtet wurden, und auf der anderen Seite das Interesse des Staates und der Regierung, frühzeitig über Gefahren informiert zu werden und dadurch Menschen zu schützen und richtige politische Entscheidungen zu treffen. Wir beurteilen, was rechtlich möglich ist und was nicht.

Wir beanstanden Fehler, die die Interessen der Betroffenen verletzen. Wir zeigen aber auch auf, wie eine effiziente Aufklärung gewährleistet werden kann, die die Interessen der Betroffenen wahrt.

Wie wird eine strategische Fernmeldeaufklärung durchgeführt und welche Maßstäbe hat das Bundesverfassungsgericht für die Auslandsaufklärung des Bundesnachrichtendienstes gesetzt?

Strategische Aufklärung bedeutet, dass man anhand von Telekommunikationsverkehren versucht, Erkenntnisse zu den Themen zu gewinnen, die das APB benennt. Man hört etwa Telefonate ab oder liest E-Mails.

Dabei handelt es sich um Unmengen von Daten, an die man aber erst einmal herankommen muss. Im Inland kann man sich dazu nach § 25 BNDG an die Betreiber solcher Kommunikationsleitungen wenden, um Zugang zu bestimmten Leitungen zu bekommen. Wenn man dies tut, ist das so, als würde man an einen Wasserhahn eine Abzweigung legen: man bekommt einen riesigen Strom von Daten, aber keinen aufbereiteten Inhalt.

Deshalb braucht man Suchbegriffe: Man filtert den Datenstrom, so wie man z.B. in einer juristischen Datenbank ein Stichwort eingibt, um zu

vermeiden, dass hunderttausende Treffer herauskommen. Diese Ergebnisse können dann, unterstützt durch Computerprogramme, ausgewertet werden.

Der BND fängt nicht bei Null an, sondern hat bereits Vorinformationen, und sucht aus dem Datenstrom kleine Puzzlestücke heraus, die ein zunehmend vollständigeres Bild ergeben. In der Realität bleibt das Bild oft unvollständig und man muss aus wenigen Puzzlestücken folgern, was sie für den Rest bedeuten könnten.

Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass es für jede Maßnahme eine Anordnung mit Zweckangabe gibt, dass ein geografischer Bereich bestimmt wird und dass die Maßnahme befristet ist. So soll eine effektive Kontrolle der Maßnahmen gewährleistet werden. Wir prüfen vor Aufnahme bzw. Fortführung der Maßnahme, ob diese Rahmenbedingungen den gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Im Nachhinein wird – durch das administrative Kontrollorgan – kontrolliert, ob die Suchbegriffe passen und ob die Konditionen eingehalten werden, also z.B., dass keine Suchbegriffe genutzt werden, die keinen inhaltlichen Bezug zur Anordnung haben.

Man fischt also aus Telefon- und E-Mail-Verkehr Inhalte heraus, allerdings nicht willkürlich, sondern so zielgerichtet wie möglich, um zu verhindern, dass die private E-Mail eines an dem Aufklärungsgeschehen Unbeteiligten ausgelesen wird. Durchgesehen wird lediglich die Kommunikation etwa einer gesuchten terroristischen Gruppe. Wenn dennoch eine E-Mail von einer unbeteiligten Person in die „Treffer“ gelangt, etwa eine private Nachricht, muss sie gelöscht werden. Das wird wiederum durch das administrative Kontrollorgan kontrolliert.

Welchen Aufgaben gehen Sie als Kontrollbeauftragte des UKRates nach? Wie unterscheiden sich diese von den Aufgaben als Richterin?

Mein Aufgabe als Kontrollbeauftragte ähnelt teilweise meiner früheren richterlichen Tätigkeit, ganz anders ist freilich der Gegenstand unserer Arbeit: Im V. Zivilsenat habe ich mich hauptsächlich mit Kaufrecht, Sachenrecht, Zwangsvollstreck-

ckungsrecht und Freiheitsentziehungsrecht beschäftigt. Hier geht es ums Nachrichtendienstrecht, ein sehr spezielles Rechtsgebiet. Das Besondere daran ist, dass wenig öffentliche Diskussion stattfindet, weil die Tätigkeit und ihre Gegenstände geheim sind. Das war anfangs schwierig für mich, weil ich ein diskursiver Mensch bin; ich brauche den Austausch. Hier entfällt vieles davon. Man gewöhnt sich daran, sich nicht mit anderen Personen beraten zu können, aber es ist eine Einschränkung.

Die Art des Vorgehens ist ähnlich, ich schreibe Voten, wie auch beim V. Zivilsenat, und Beschlüsse, welche so ähnlich sind wie Rechtsbeschwerden, wenn auch thematisch völlig anders. Aber man muss sich auch mit der Frage beschäftigen, was ein Nachrichtendienst wie der BND eigentlich leisten kann. Wir müssen uns oft Dinge erklären lassen, die wir selbst nicht verstehen und wenn wir etwas genauer in Erfahrung bringen müssen, setzen wir eine mündliche Erörterung an. Eine solche Erörterung ähnelt einer mündlichen Verhandlung bei Gericht, nur dass es außer dem BND und dem Bundeskanzleramt keine weiteren Beteiligten und keine Öffentlichkeit gibt. Die BND-Mitarbeitenden kommen und erläutern, was sie aufklären wollen, in welchem Rahmen ihre Maßnahme zu sehen ist, was sie können und was nicht. Wir müssen dann überlegen: Was davon ist rechtlich zulässig, was nicht? An dieser Stelle muss ich ein wenig nebulös bleiben, weil konkretere Angaben geeignet wären, Geheimnisse zu offenbaren.

Ein weiteres Thema, zu dem uns Ihre Einschätzung interessiert, ist der Diskurs, die Kritik und die Gegenkritik um die – nun zurückgezogene – Kandidatur von Frauke Brosius-Gersdorf für das Bundesverfassungsgericht. BGH-Richter:innen werden anders ernannt als Bundesverfassungsrichter:innen, nämlich über den Richterwahlausschuss im Bundestag. Haben Sie trotzdem das Gefühl, dass sich das auch auf zukünftige BGH-Richter:innen auswirken könnte, solche Diskurse auch bei deren Wahlen stattfinden könnten?

Ich glaube, dass ein großer Unterschied zwischen den Richter:innen an den obersten Gerichtshöfen des Bundes und den Richter:innen am Bun-

desverfassungsgericht besteht, der mit dem Gegenstand der Tätigkeit zusammenhängt. Die obersten Gerichtshöfe wenden in ihrem Bereich das sogenannte einfache Recht an, also das Gesetzesrecht. Und das ist meistens sachlich orientiert. Natürlich ist jedes Gesetz ein Stück weit politisch, aber im Kern geht es dann eben beispielsweise darum, was die Rechte und Pflichten bei einem Kaufvertrag sind oder was man beachten muss, wenn man eine Photovoltaikanlage auf sein Dach baut. Das sind normalerweise keine Fragestellungen, die die Politik interessieren.

Deshalb ist die Öffentlichkeit meistens auch nicht sehr interessiert daran, wer an den obersten Gerichtshöfen des Bundes als Richter:in tätig ist. Wir werden zudem auch von einem Richterwahlausschuss gewählt, der ein Mischgremium aus vom Bundestag entsandten Mitgliedern und den für die jeweilige Gerichtsbarkeit zuständigen Landesminister:innen ist. Den Vorsitz führt in Abhängigkeit von dem obersten Gerichtshof, an den die Bewerber:innen gewählt werden sollen, die/der Bundesminister:in der Justiz (BGH, BVerwG, BFH) oder die/der Bundesminister:in für Arbeit- und Soziales (BAG, BSG).

Das bedeutet also, bei uns ist die sachliche Beurteilung dessen, was die Kolleg:innen leisten oder nicht leisten, das Entscheidende. Deshalb ist die Besetzung der obersten Gerichtshöfen des Bundes selten Gegenstand einer öffentlichen Diskussion.

Beim Bundesverfassungsgericht liegt es anders. Das Bundesverfassungsgericht ist ein Gericht, das weder nach Gutdünken noch nach politischen Meinungen entscheidet, sondern nach dem Inhalt unserer Verfassung. Die Verfassung selbst ist aber auch ein politisches Gesetz, weil sie regelt, wie die politischen Kräfte in unserem Land zu Entscheidungen finden und woran sie sich dabei ausrichten sollen. Deshalb wundert es mich auch nicht, dass das Interesse an der Besetzung des Gerichts so groß ist.

Was wir nach meinem Eindruck bislang in dieser Schärfe noch nicht hatten, ist, dass eine Bewerberin um das Amt der Bundesverfassungsrichte-

rin aufgrund einer wissenschaftlichen Ansicht, mit der man nicht einverstanden ist, als Person respektlos herabgewürdigt wird. Ich halte das für äußerst problematisch.

Offenbar ist die Meinung verbreitet, die an das Bundesverfassungsgericht gewählten Richter:innen seien eine Art Anwalt ihrer politischen Interessen. Das ist aber nicht so. Wenn man an das Bundesverfassungsgericht gewählt wird, hat man ein Amt, das man der Verfassung entsprechend auszufüllen hat. Diesem Anspruch entsprechen unsere Bundesverfassungsrichter:innen auch.

Ein anschauliches Beispiel dafür ist der frühere Bundesverfassungsrichter *Benda*. Er war CDU-Politiker und, nach der Einschätzung seiner Gegner, einer der konservativsten Innenminister, die die Bundesrepublik je hatte. Als er Verfassungsrichter geworden ist, war er Berichterstatter für das Volkszählungs-Urteil, in dem das Datenschutzgrundrecht entwickelt wurde. Das hätte niemand für möglich gehalten, zeigt aber, dass unsere Bundesverfassungsrichter:innen ihr Amt in den Vordergrund stellen und – gestützt durch den Senat, dem sie angehören, – zu unser aller Wohl ausüben. Natürlich sind die Menschen verschieden und deswegen kann man darüber streiten, wen man wählt. Darüber darf meines Erachtens der Respekt vor den Kandidat:innen nicht verloren gehen. Das ist aus meiner Sicht im Fall von *Frauke Brosius-Gersdorf* geschehen und darf sich nicht wiederholen.

Wir möchten gerne noch einmal auf Ihre Tätigkeit als Richterin am BGH zurückkommen: Sie sind unter einem anderen Vornamen geboren. 2014 outeten Sie sich.¹³ Damit sind Sie die erste BGH-Richterin, die sich als trans geoutet hat.¹⁴ Die Sprecherin Dietlind Weinland des Bundesgerichtshofs sagte diesbezüglich gegenüber der Zeitung Bild: „Das wird behandelt wie eine Namensänderung bei der Eheschließung. Das ist ein rein formaler Akt.“¹⁵

.....
¹³ *Croll*, Bundesrichter lässt sich zur Frau umwandeln (02.07.2025); *LTO*, Richter ist jetzt Richterin (30.06.2025).

¹⁴ *JURios*, ARD-Rechtspodcast: Im Gespräch mit einer transsexuellen BGH-Richterin (02.07.2025).

¹⁵ *Negrone*, BGH-Richter ist jetzt Richterin (02.07.2025).

Wie haben Sie Ihr Arbeitsumfeld darüber informiert und wie war die Reaktion Ihrer Kolleg:innen? Haben Sie das Gefühl, dass sich etwas in Ihrem Berufsleben dadurch verändert hat?

Fangen wir mit dem letzten an. Im Kern hat sich eigentlich beruflich für mich nichts verändert, dessen war ich mir aber noch nicht so sicher, als ich mich geoutet habe.

Ich bin da so ein bisschen reingerutscht. So ein Outing besteht ja auch aus einer Phase, in der man sich in der neuen Rolle ausprobieren muss. Und da hat mich dann eine Kollegin beim BGH gesehen und mir hinterher dann gesagt, sie fände das gut. Daraufhin dachte ich mir, ich muss mich jetzt wenigstens gegenüber meinem Senat outen. Das habe ich dann auch gemacht und habe jedes einzelne Mitglied zu einem persönlichen Gespräch aufgesucht und ihm meine Transition erklärt. Ich bin dabei durchweg auf Verständnis gestoßen. Mit dem Operationstermin kam der Zeitpunkt, zu dem ich die Transition einleiten konnte.

Das war noch unter Geltung des Transsexuellengesetzes, wo man noch ein Gerichtsverfahren mit Gutachten durchlaufen musste. Ich musste also erst mal Gutachten besorgen. Ich hatte Glück, weil ich bei einem Richter gelandet bin, der meinte, ich könne ihm die Gutachten auch selbst vorlegen, wenn ich diese von einem der Gutachter erstellen lasse, mit denen er bereits in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht hatte – und das Gutachten natürlich auch überzeugt. Das habe ich getan und parallel dazu auch schon geschaut, dass eine Operation stattfinden kann. Das Operationserfordernis bestand zu diesem Zeitpunkt schon nicht mehr, weil das Bundesverfassungsgericht es bereits 2011 es als verfassungswidrig außer Anwendung gesetzt hatte.¹⁶ Ich hatte aber trotzdem bereits beschlossen, mich operieren zu lassen. Einerseits, weil ich mich sonst unvollständig gefühlt hätte, andererseits aber auch ein kleines bisschen deswegen, weil ich das Gefühl hatte, dass andere Menschen mich dann eher akzeptieren und ich das Gefühl hatte, nicht

.....
¹⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011 – 1 BvR 3295/07, *BVerfGE* 128, 109 Rn. 71, 77.

glücklich werden zu können, wenn die anderen mir meine Transition nicht „abnehmen“. Ich hatte also das Gefühl, das gehört dazu. Darüber kann man sich aber streiten.

Und als es dann soweit war, habe ich die Verwaltung des BGH darüber informiert, dass ich vorhatte, allen Kolleginnen und Kollegen einen Brief zu schreiben, um zu erklären, was passiert. Das habe ich dann auch getan. Ich glaube, dass das eine gute Idee war, weil auf diese Weise alle Bescheid wussten und sich auch mit dem Thema anfreunden konnten. So ganz selbstverständlich und alltäglich ist das ja nicht. Viele wissen auch nicht, was eine Transition ganz praktisch bedeutet. Sie hatten mich ja in männlicher Gestalt gesehen, und wenn ich unerwartet und unvorbereitet als Frau erschienen wäre, hätte das schon irritiert. Dass es dann hinterher nicht besonders auffällig war, hat mir sehr geholfen.

Beim BGH hat sich nichts verändert; ich wurde von da an einfach als Frau angeschrieben. Ich habe da allerdings auch gewartet, bis das Verfahren nach dem Transsexuellengesetz abgeschlossen war. Im Sitzungssaal muss klar sein, wer auf der Richterbank sitzt.

Ich habe also Glück gehabt. Vielleicht liegt es auch daran, dass ich in einem Umfeld lebe, das sehr tolerant ist. Das ist nicht bei jedem transsexuellen Menschen selbstverständlich.

Sie stehen als trans Frau in der Öffentlichkeit, hatten beispielsweise die Schirmherrschaft beim Christopher Street Day (CSD) in Karlsruhe,¹⁷ sprachen beim Senatsempfang des CSD in Hamburg,¹⁸ berichteten bei den Justizreporter:innen der ARD (SWR) über über den Wandel der LGBTQ+-Rechte in den letzten 70 Jahren¹⁹ und hielten eine Vortragsreihe „Recht Divers“ an der Universität Regensburg.²⁰

.....

¹⁷ *Queer.de*, Bundesrichterin wird Schirmfrau des CSDs Karlsruhe (02.07.2025).

¹⁸ Rede von Prof. Johanna Schmidt-Räntsch beim CSD-Senatsempfang Hamburg 2019.

¹⁹ *ARD Audiothek*, LGBTQ-Rechte im Wandel der Zeit (20.08.2021).

²⁰ *Universität Regensburg*, Vortragsreihe „Recht Divers“ mit Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch (02.07.2025).

Was hat Sie dazu bewogen, auch öffentlich über Ihre queere Identität zu reden? Wie bewerten Sie die aktuelle Rechtslage hinsichtlich der LGBTQ+-Community und wo sehen Sie noch Reformbedarf?

Ich bin da so ein bisschen hineingerutscht. Als ich nämlich frisch operiert war, hat sich jemand als ein Reporter der Berliner Zeitung ausgegeben und wollte ein Interview von mir haben. Ich habe das abgelehnt, weil alles noch so frisch war.

Als ich dann wieder ins Büro fuhr, war das Erste, was ich sah, ein ganzseitiger Artikel in der Bild-Zeitung. Der Artikel an sich war ganz in Ordnung, nicht in Ordnung war dagegen, dass er gegen meinen Willen erschien. Der Kollege hat sich die Informationen anderweit besorgt und ein passendes Foto beschafft. Wie ihm das gelungen ist, weiß ich nicht. Ich habe mich zunächst etwas geärgert. Dann habe ich mir aber, da der Artikel immerhin informativ war, gedacht, vielleicht ist es ja auch ganz gut so. So sieht man: Transsexualität ist nichts Schlimmes. Man muss sich auch nicht davor ängstigen. Menschen, die transsexuell sind, könnte das vielleicht auch ermutigen, und ich stehe auch dazu, dass ich transsexuell bin. So sehen andere Leute, dass es so etwas gibt und dass Transsexualität Teil unserer Normalität ist. Da gibt es gar nichts weiter zu befürchten oder sich aufzuregen.

Wir haben jetzt das Selbstbestimmungsgesetz, welches dazu geführt hat, dass das Verfahren nach dem Transsexuellengesetz nicht mehr durchlaufen werden muss. Das hat natürlich den Vorteil, dass man gewissen Schwierigkeiten dieses Verfahrens entgeht. Erstens sind diese Gutachten ja auch für die Gutachter nicht einfach. Zweitens ist es so, dass diese Gutachten von manchen Richterkolleg:innen missbraucht wurden und den Betroffenen das Leben schwer machten. Mir ist etwa ein Fall zugetragen worden, in dem ein Richter die Einholung von drei Gutachten angeordnet hat, eines davon von einem Gutachter, welcher Transsexualität ablehnt – und damit als Sachverständiger ungeeignet ist. Das ist natürlich misslich. Auch wenn das auch nicht die Regel war, passierte so etwas trotzdem. Deshalb ist es gut, dass sich das Verfahren geändert hat.

Jetzt ist es aber so, dass wir in zwei Bereichen Probleme haben, in denen ich noch nicht weiß, wie sie zu gelöst werden sollten: Das eine sind non-binäre Menschen und das andere sind transsexuelle Menschen, die sich, anders als ich, nicht operieren lassen.

Die praktischen Schwierigkeiten zeigen sich z.B. beim Sauna-Besuch: Wenn eine transsexuelle Person, die sich nicht hat operieren lassen und deshalb eher männlich erscheint, die Frauensauna nutzen möchte, könnte das die anderen Frauen verunsichern.

Ein anderes Beispiel ist die Frauenumkleide etwa in einem Fitnessklub. Ich habe es selbst schon erlebt, dass ich, obwohl ich weibliche Kleidung trug, als Mann angesehen und an die Herrenumkleide verwiesen wurde, weil ich eine relativ tiefe Stimme habe. Ich habe das Gefühl, dass befriedigende Lösungen solcher Situationen nur mit beiderseitiger Toleranz und dem beiderseitigen Bemühen um praktische Konkordanz zu erzielen sind. Das gilt natürlich auch für non-binäre Personen und andere queere Menschen.

Es kann auch im Ausland zu Problemen kommen. Eine offizielle Menschenrechtsorganisation in England hat beispielsweise entschieden, dass transsexuelle Frauen nicht auf die Frauentoilette gehen dürfen. Ich halte diese Entscheidung für merkwürdig; der englische Innenminister hat auch gesagt, er werde diese Regel nicht durchsetzen.

Bei uns, denke ich, wird sich das einrenken. Ich hoffe, die Gerichte werden eine Linie praktischer Konkordanz finden, die der Botschaft des Gesetzes Rechnung trägt, dass Transsexualität, Non-Binarität und andere Formen queeren Lebens Teil unserer Gesellschaft sind.

Bereits 2001 verfassten Sie einen Entwurf zum Antidiskriminierungsgesetz, der auf viel Gegenwind stieß. Erst am 14. August 2006 wurde das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erlassen.²¹ Welche

.....
²¹ Crolly, Bundesrichter lässt sich zur Frau umwandeln (02.07.2025); Schmidt-Räntsch, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Mietrecht,

Argumente wurden seinerzeit gegen Ihren Vorschlag vorgebracht? Halten Sie die Regelungen des AGG heute für ausreichend?

Die AGG-Diskussion ist zu einem Zeitpunkt entstanden, wo auch in Europa alles noch sehr streitig war. Und man hat sich bei den beteiligten Kreisen natürlich davor gefürchtet, dass man mit den Richtlinie Unterscheidungsmerkmale verbieten würde, die manche seinerzeit noch für gerechtfertigt hielten.

Einen großen Entwicklungsschub haben die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU gebracht. Sie haben maßgeblich dazu beigetragen, dass das AGG in der heutigen Form entstanden ist. Ich halte das AGG im Prinzip für gelungen. Ich glaube auch, dass es ziemlich genau die Grenze dessen trifft, was in der Bevölkerung durchsetzbar ist.

Was wir jetzt haben, ist meines Erachtens sehr gelungen. Es gibt zwar, wie gesagt, mit dem „Sauna-“ und dem „Umkleide-Beispiel“ Bereiche, in dem man noch prüfen muss, ob die Vorschriften wirklich ausreichen. Das ist ein Feld, in dem auch das AGG nicht weiterhilft, weil es Ausnahmeregelungen enthält, die auslegungsbedürftig und zum Teil unbestimmt sind.

Nun geht es darum, dass die Gerichte Lösungen finden, die von den Bürger:innen akzeptiert werden. Letztlich ist ein Gesetz nur so viel wert, wie es überzeugend ist und als gerecht empfunden wird. Dafür muss man kontinuierliche Anwendungsarbeit leisten.

Ich glaube, dass wir hier insgesamt auf einem ziemlich guten Stand sind. Die Verantwortung liegt nun bei den Gerichten. Ich bin mir sicher, dass es ihnen gelingt, auch schwierige Einzelfälle zufriedenstellend zu lösen.

2025 wurde, auf Veranlassung der Bundestagspräsidentin Julia Klöckner, zum ersten Mal seit 2022 auf dem Reichstagsgebäude während des CSD keine Pride-Flagge gehisst.²² Bundeskanzler Friedrich Merz

.....
NzM 2007, 6.
²² tagesschau.de, Julia Klöckner und die Frage der Neutralität (13.07.2025); Deutscher Bundestag, Regenbogenflagge

unterstützte diese Entscheidung. Wie sehen Sie die momentane politische Lage in Bezug auf die LGBTQ+-Community?

Ja, das ist schwierig, denn die Beflaggungsrechtslage im Bunde ist eher konservativ. An den Bundesbehörden werden regelmäßig nur die Bundesdienstflagge und die Europaflagge gehisst. Kein Problem bereitet es, wenn genügend Fahnenmasten vorhanden sind, auch die Flagge eines ausländischen Gastes zu hissen. Mit dem Hissen der Pride-Fahne tut sich das Bundesinnenministerium, das dafür zuständig ist, immer wieder schwer.

Ich persönlich sehe das Hissen der Pride-Fahne als Zeichen für Toleranz, wenn man etwa den Pride-Month durch das Hissen der Flagge würdigt. Ganz leicht ist ein solches Zeichen beim Deutschen Bundestag nicht umzusetzen. Am Haupteingang gibt es Fahnenmasten und auf den Türmen des Bundestagsgebäudes auch. Sie sollen den Bundestag als Vertretung des deutschen Volkes hervorheben. Ich kann verstehen, dass man die Pride-Fahnen dort nicht hissen möchte. Ob das auch für die anderen Dienststellen des Bundestags gilt, scheint mir zweifelhaft. Was mich vor allem gestört hat, war die unglückliche Formulierung des Bundeskanzlers, dass der Reichstag kein „Zirkuszelt“ sei. Das zeigt eigentlich, dass die symbolische Bedeutung der Fahne nicht richtig rüberkommt. Es geht ja darum, den Teilen der Bevölkerung, die es schwerer haben, ein Zeichen der Gleichberechtigung und der Würdigung zu setzen. Ich hätte es deswegen anders entschieden, aber ich bin auch nicht die Bundestagspräsidentin.

Die Entscheidung für oder gegen das Hissen der Pride-Fahne ist nicht einfach, weil die Fahne unser Staatssymbol ist und als solches nicht entwertet werden soll. Ich würde aber bei der Pride-Fahne zu passenden Gelegenheiten nach Wegen suchen, sie zu hissen, ohne unser Staatssymbol zu beeinträchtigen, und bin mir sicher, dass sie sich auch finden lassen.

.....
weht erstmals auf und vor dem Reichstagsgebäude (13.07.2025).

Zum Abschluss würden wir gerne wissen, welchen Rat Sie Studierenden mit auf den Weg geben möchten. Haben Sie noch einen konkreten Rat für queere Studierende?

Erstens: Jura kann man nicht betreiben ohne Wissen. Das heißt, man kann sich nicht darauf verlassen, dass einem die KI schon das Wissen besorgt, man muss auch selbst Wissen haben. Sonst findet man nämlich erstens die Paragraphen nicht, um die es geht, und zweitens kann man sonst auch nicht beurteilen, ob die KI gerade fantasiert oder ob sie richtig liegt.

Dann sollte man zweitens auch berücksichtigen, dass es ganz wichtig ist, ein Bauchgefühl für das gerechte Ergebnis eines Falls oder eines Problems zu entwickeln. Man muss sich aber auch bewusst sein, dass ein Bauchgefühl nicht immer das ist, was auch im Gesetz steht. Das Gefühl darf also nur als Denkanstoß und Werteorientierung dienen.

Der dritte Ratschlag wäre, Fälle zu üben. Ich stelle in meinen Vorlesungen immer Fälle zur Diskussion. und die meisten haben Angst davor, sich an der Falllösung zu beteiligen. Man muss sich aber auf solche Diskussionen einlassen, weil man dann selbst sieht, ob man die Aufgabe und die Regelungen, anhand derer sie zu lösen ist, verstanden hat, aber vor allem auch, weil man die Arbeit mit den Vorschriften so gut eintrainieren kann. Dabei ist es auch unwichtig, ob die Antworten unzutreffend sind. Sind sie es, lernt man jedenfalls, aus den Fehlern, oft nachhaltiger, als wenn man gleich richtig liegt.

Queeren Menschen würde ich zusätzlich noch mitgeben: Steht zu eurem Queer-sein und tretet dafür ein. Gleichzeitig ist aber auch wichtig: Queer zu sein ist kein Beruf. Mache sind nur noch mit queeren Themen beschäftigt. Wichtig sind Familie, Freunde und Beruf, sie sind es, worauf es wirklich ankommt. Was wir gemeinsam erreichen sollten, ist doch, dass queer sein ebenso wie Mann oder Frau sein ist: Man ist es eben, aber man ist nicht nur das.

Vielen Dank für das Interview!

Aufsätze

Die Überzeugungskraft der Worte: Anmerkung zum Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 5. September 2025 – HVerfG 2/24

Der Beitrag beschäftigt sich mit einem Urteil des Hamburgischen Verfassungsgerichts zu den Grenzen der Äußerungsbefugnisse von Senatsmitgliedern in der Hamburgischen Bürgerschaft. Bereits bei den prozessualen Details stellen sich hier spannende Fragen zum Rechtsschutzbedürfnis bei zwischenzeitlichem Ausscheiden von Abgeordneten aus der Bürgerschaft. In der Begründetheit wird dann insbesondere die Frage aufgeworfen, inwieweit sich Äußerungen von Regierungsmitgliedern im Parlament von anderen öffentlichen Äußerungen unterscheiden und welche Besonderheiten sich aus der Hamburgischen Verfassung ergeben.

A. Hintergrund der Entscheidung

Die Grenzen exekutiver Äußerungsbefugnisse beschäftigen deutsche (Verfassungs-)Gerichte in letzter Zeit verstärkt.¹ Fast immer geht es dabei um Kritik an der AfD durch Regierungsmitglieder. Hierbei konnte die AfD vor Gericht durchaus (anders als in vielen anderen Verfahren)² beachtliche Erfolge erzielen,³ die aber in der Literatur⁴ und auch im BVerfG selbst⁵ nicht unumstritten geblieben sind.

Das Urteil des Hamburgischen Verfassungsge-

.....
¹ In der rechtsvergleichenden Perspektive steht Deutschland mit seiner weit reichenden Rechtsprechung wohl weitgehend allein, vgl. *Krude/Pilniok*, Die Äußerungsbefugnisse von Regierungsmitgliedern, *KritV* 2021, 290 (292).

² Vgl. zum Beispiel BVerfG Beschl. v. 13.03.2025 – 2 BvE 2/25, 2 BvE 3/25, 2 BvE 5/25 – Alt-Bundestag I-III.

³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.06.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20.

⁴ *Hong*, Neutralität und Sachlichkeit amtlicher Äußerungen und kommunikative Verfassungsverteidigung, *ZGI* 2022, 199 ff.

⁵ Abweichende Meinung der Richterin Wallrabenstein zum Urteil des Zweiten Senats vom 15.06.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20.

richt vom 5. September 2025 beschäftigte sich mit einer Äußerung des Innensenators Andy Grote. Im November 2023 hatte dieser im Rahmen einer Sitzung der Hamburgischen Bürgerschaft zu den Terrorangriffen durch die Hamas unter anderem Folgendes gesagt:

„Der deutsche Antisemitismus ist mit dem deutschen Rechtsextremismus untrennbar verbunden. Und da müssen wir eben feststellen, dass eine Partei außerhalb dieses Grundkonsenses steht. Die AfD radikalisiert sich immer weiter und ist seit gestern im zweiten Bundesland als gesichert rechtsextremistische Bestrebung eingestuft, in ganz Deutschland als Verdachtsfall. Die Relativierung des Nationalsozialismus und des Holocaust gehören zur Grunderzählung der AfD, und deshalb verwahren sich die Vertreterinnen und Vertreter des Judentums in Deutschland zu Recht gegen jede durchsichtige und instrumentelle Solidarität der AfD. [...]“⁶

Diese Äußerung wurde durch die AfD im Rahmen eines Organstreitverfahrens⁷ vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht angegriffen. Als Antragsteller traten dabei sowohl der AfD-Landesverband, die AfD-Fraktion in der Bürgerschaft, als auch alle damaligen AfD-Abgeordneten in der Bürgerschaft auf. Die Antragsteller:innen rügten insbesondere eine Verletzung des Sachlichkeits- und Neutralitätsgebotes, die unzulässig sowohl in die Chancengleichheit der Parteien im politischen Wettbewerb als auch die Chancengleichheit innerhalb der Bürgerschaft eingreifen wür-

.....
⁶ Hamburgisches Verfassungsgericht (HVerfG), Urt. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 4, zum Kontext vgl. S. 3 ff. (zur Zitierung des Urteils wird auch im Folgenden auf die online hier verlinkte Fassung abgestellt).

⁷ Art. 65 I 3 Nr. 2 Hamburgische Verfassung (HV), § 14 Nr. 2 und §§ 39a ff. HmbVerfGG.

den.⁸ Neben einer Verletzung von Art. 21 I 1 GG wurden insofern auch eine Verletzung von Art. 7 I HV sowie Art. 14 I HV geltend gemacht. Im Ergebnis wurden alle Anträge durch das Hamburgische Verfassungsgericht entweder bereits im Rahmen der Zulässigkeit oder in der Begründetheit abgelehnt. Insgesamt ist dem Urteil in den meisten Punkten beizupflichten. Im Folgenden werden einige besonders interessante Aspekte des Urteils herausgegriffen und kommentiert.

B. Das Rechtsschutzinteresse im Organstreitverfahren

Innerhalb der Zulässigkeit differenziert das Hamburgische Verfassungsgericht detailliert zwischen den verschiedenen Antragsteller:innen. Die Antragsbefugnis des Landesverbandes der Partei ist gegeben – hier handelt es sich um die klassische Konstellation der möglichen Verletzung der Chancengleichheit im politischen Wettbewerb aus Art. 21 I 1 GG. Die Antragsbefugnis der Bürgerschaftsfraktion wird hingegen richtigerweise verneint: Es fehlt hier an einem Recht, das verletzt sein könnte. Die Parteien- und Abgeordnetenrechte können nur durch die Partei und Abgeordneten selbst wahrgenommen werden und nicht prozessstandschaftlich durch die Fraktion. Die Fraktion selbst wird durch die Rede hingegen unter keinem Gesichtspunkt verletzt, weder aus Art. 7 I 1 HV noch Art. 24 HV lassen sich entsprechende Rechte herleiten – insbesondere geht es hier nicht um die Verteilung von Ressourcen innerhalb der Bürgerschaft.⁹

Die Abgeordneten können sich hingegen nach der Ansicht des Hamburgischen Verfassungsgerichts in diesem Fall auf ihr freies Mandat aus Art. 7 I HV berufen. Der Redebeitrag des Innensensors könnte dieses – zumindest möglicherweise – verletzen.¹⁰ Dabei differenziert das Gericht jedoch hinsichtlich derjenigen Abgeordneten, die im November 2023 Abgeordnete waren und es in der neuen Legislaturperiode weiterhin sind, und denjenigen, die mittlerweile aus der Bürger-

⁸ HVerfG, Ur. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 6 ff.

⁹ HVerfG, Ur. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 17 f.

¹⁰ Bezüglich der ebenfalls geltend gemachten Indemnität aus Art. 14 I HV siehe weiter unten.

schaft ausgeschieden sind. Bezüglich der mittlerweile aus der Bürgerschaft ausgeschiedenen Abgeordneten verneint das Hamburgische Verfassungsgericht deren Rechtsschutzinteresse. Das Verfassungsgericht stellt fest, dass für sie in naher Zukunft kein erneuter Erwerb eines Bürgerschaftsmandats zu erwarten sei. Deshalb könne sich der Streit nicht wiederholen. Auch ein sonstiges schutzwürdiges Interesse sei nicht ersichtlich, insbesondere genüge kein bloßes „Rehabilitationsinteresse“.¹¹ Dabei folgt das Hamburgische Verfassungsgericht der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts und wohl auch der in der Literatur ganz vorherrschenden Meinung zum Rechtsschutzinteresse im Organstreitverfahren.¹²

Auch wenn dies im Ergebnis keinen Unterschied macht (da einige Abgeordnete weiterhin Teil der Bürgerschaft sind und die Äußerung keine:n spezifische:n Abgeordnete:n betrifft), ist dem Gericht in diesem Punkt aus drei Gründen nicht zuzustimmen.

Zum einen macht gerade dieser konkrete Fall klar, weshalb ein mögliches Rehabilitationsinteresse durchaus von Gewicht sein kann und die vom Gericht angeführte Wiederholungsgefahr manchmal eher eine untergeordnete Rolle spielt: Bei Streit über Äußerungen wird – anders als in beispielsweise verfahrensrechtlichen Fragen – Rehabilitation regelmäßig der Hauptzweck eines Verfahrens sein. Die gleiche Äußerung wird praktisch nie exakt wiederholt werden und ob vergleichbare Äußerungen, die oft spontan geäußert werden, durch ein Urteil tatsächlich wirksam unterbunden werden, scheint zweifelhaft. Insofern sollte im Rechtsschutzinteresse auch beim Organstreitverfahren verstärkt das Rehabilitationsinteresse geltend gemacht werden können.¹³

Ein zweiter Grund liegt im zeitlichen Ablauf des Verfahrens. Die Anträge durch die Abgeordneten gingen bereits im April 2024 beim Verfassungs-

¹¹ HVerfG, Ur. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024 S. 20 f.

¹² Siehe beispielsweise, wie auch im Urteil zitiert, BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 – 2 BvE 2/11, Rn. 180 ff.

¹³ Das BVerfG sieht das explizit anders, BVerfG, Ur. v. 07.11.2017 – 2 BvE 2/11, Rn. 183. Die Literatur folgt hier dem BVerfG, siehe beispielsweise *Schlaich/Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Auflage 2025, Rn. 227.

gericht ein, bereits im Dezember 2023 wandten sie sich vorbereitend an die Antragsgegner.¹⁴ Der Verlust ihrer Bürgerschaftsmandate fand erst im Dezember 2024 bzw. März 2025 statt. Der Entfall des Rechtsschutzbedürfnisses aufgrund der Verfahrensdauer scheint unter Gesichtspunkten des effektiven Rechtsschutzes zumindest nicht unproblematisch. Zwar kommt es wie auch im Verwaltungsverfahren grundsätzlich darauf an, dass im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Allerdings scheint dies zweifelhaft, wenn durch die begrenzte Länge der Legislaturperiode und eine Verfahrensdauer von knapp zwei Jahren Anträge, die in der zweiten Hälfte einer Legislaturperiode gestellt werden, von vornherein nur Aussicht auf Erfolg haben, wenn der:die Antragsteller:in erneut ein Mandat erwirbt.

Der dritte Punkt betrifft die objektive Dimension des Organstreitverfahrens. Während in der Rechtsprechung zur Verfassungsbeschwerde durchaus eine objektive Dimension des Verfahrens anerkannt ist,¹⁵ wird diese für das Organstreitverfahren tendenziell abgelehnt.¹⁶ Das ist jedoch widersprüchlich: gerade wichtige staatsorganisationsrechtliche Fragen sollten durch ein Verfassungsgericht auch im öffentlichen Interesse beantwortet werden. Das Verfahren muss selbstverständlich subjektiv anknüpfen, enthält aber ebenfalls eine objektive Funktion.¹⁷ Für die wichtige Frage der Reichweite von Äußerungsrechten – gerade in Zeiten politischer Instabilität – hätte das Gericht diese objektive Funktion hier

¹⁴ Dieser vorbereitende Schritt ist auch notwendig, siehe *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 227.

¹⁵ Vgl. beispielsweise BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, Rn. 112 (wobei das BVerfG zur sonstigen Stellung des Organstreitverfahrens ansatzweise widersprüchlich in BVerfG, Beschl. V. 26.11.1968 – 2 BvE 5/67 auch ein vergleichbares Urteil zum Organstreitverfahren gefällt hat); zu weiteren Beispielen zur Verfassungsbeschwerde siehe *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 108. EL 2025, Art. 93 GG Rn. 333.

¹⁶ Mit weiteren Nachweisen siehe u.a. *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 93 GG, Rn. 193 ff.

¹⁷ Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 22.05.2014 – Vf. 53-Iva-13, Rn. 25 erkennt diese genau in einer Konstellation des Ausscheidens von Abgeordneten aus dem Landtag ebenfalls an.

stark machen können. Im Ergebnis kann die Argumentation des Gerichts zum Rechtsschutzbedürfnis (obwohl von der Literatur und Rechtsprechung des BVerfG breit unterstützt) aus den genannten drei Gründen nicht überzeugen.

C. Fernliegende Anträge: Inszenierung der Antragsteller:innen als Opfer angeblicher staatlicher Repression

Eine Auffälligkeit des Falls sind die teilweise fernliegenden Anträge der Antragsteller:innen. Die AfD-Abgeordneten hatten unter anderem geltend gemacht, in ihrem Recht auf Indemnität aus Art. 14 I HV verletzt zu sein. Inwiefern der genannte Redebeitrag in dieses Recht eingreifen soll, erschließt sich nicht. Nach den Ausführungen im Urteil scheint der Antrag darauf gestützt zu sein, dass der Innensenator im Redebeitrag den Abgeordneten ein strafbares Verhalten nach § 130 StGB vorgeworfen hätte. Dies liegt offensichtlich völlig fern: Selbst wenn sich dies in die Rede hineinlesen ließe (was bereits kaum möglich ist), wäre dadurch noch keinerlei Eingriff in Art. 14 I HV gegeben. Der bloße Vorwurf eines Verhaltens in einer politischen Rede stellt noch keinerlei Strafverfolgung dar. Außerdem handelt es sich, wie das Gericht feststellt, auch nicht um eine Maßnahme der Verfassungsschutzbehörden. Richtigerweise wird der Antrag diesbezüglich durch das Gericht bereits im Rahmen der Antragsbefugnis verworfen.¹⁸

Auch wenn das Gericht eine Verletzung des freien Mandats der Abgeordneten aus Art. 7 I HV in der Zulässigkeit noch nicht verwirft, liegt diese ebenfalls fern. Auch hier war der Antrag wohl darauf gerichtet, dass durch den Redebeitrag die Abgeordneten eingeschüchtert würden oder dass die Rede einer Art exekutiver Kontrolle gleichkäme. Dass beides eher abwegig ist, wird bereits deutlich, wenn man – wie auch das Gericht – die Aussage des Innensensors genauer betrachtet. Dort wird kein Bezug auf einzelne Abgeordnete genommen, sondern die Partei insgesamt kritisiert.¹⁹

.....
¹⁸ HVerfG, Urt. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 18 f.

¹⁹ HVerfG, Urt. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 27 f.

Dass im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens viele denkbare Verletzungen geltend gemacht werden, um dann am Ende mit einem Argumentationsstrang Erfolg zu haben, ist sicherlich nicht ungewöhnlich. Gerade in einer verfassungsrechtlichen und politisch aufgeladenen Streitigkeit sagen die Anträge aber auch etwas über das Selbstverständnis der und die politische Inszenierung durch die Antragsteller:innen aus. Hier stilisierten sich die Antragsteller:innen insbesondere durch Bezugnahme auf Art. 14 I HV in eine Opferrolle hinein, die fernliegt, wenn man sich noch einmal den einzigen Anknüpfungspunkt vor Augen hält: ein einzelner kurzer Redebeitrag in einer vermutlich erst durch das Verfahren selbst in die breitere Öffentlichkeit gerückten Bürgerschaftsdebatte.

D. Äußerung von Senatsmitgliedern in der Bürgerschaft

Verfassungsrechtlich spannend ist der Fall vor allem im Hinblick auf die Konstellation des Redebeitrags eines Senatsmitglieds im Rahmen einer Bürgerschaftsdebatte. Hier gilt es, die spezifischen Besonderheiten des Hamburgischen Verfassungsrechts im Blick zu behalten.

I. Verhältnis von Senat und Bürgerschaft in der Hamburgischen Verfassung

Zwei Vorschriften sind für die vorliegende Konstellation besonders bedeutsam. Nach Art. 23 II HV ist zum einen den Vertreter:innen des Senats auf ihr Verlangen jederzeit das Wort zu erteilen. Dieses Rederecht gilt – vergleichbar zu Art. 43 II 2 GG – jederzeit, es darf also ohne Rücksicht auf die sonstige Reihenfolge das Wort ergriffen werden. Schranke für das Rederecht ist nur der missbräuchliche Einsatz. Dazu soll zählen, dass der:die Redner:in nicht für den Senat, sondern für eine Fraktion oder Partei spricht.²⁰ Anders als im Grundgesetz gilt in Hamburg zudem Art. 39 I HV, gemäß dem die Mitglieder des Senats kein Bürgerschaftsmandat ausüben dürfen. Während ihrer Zeit als Mitglied des Senats ruht das Mandat nach Art. 39 II HV. Dabei handelt es sich um eine im innerdeutschen Verfassungs-

²⁰ Brocker, in: Knops/Jänicke, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2023, Art. 23 HV Rn. 16.

vergleich äußerst ungewöhnliche Regelung, nur Bremen kennt ebenfalls eine solche Trennung von Regierungsamt und Abgeordnetenmandat.²¹

II. Neutralitätsgebot im Rahmen der parlamentarischen Debatte

Das Hamburgische Verfassungsgericht stellt im Rahmen der Begründetheit zunächst grundsätzlich fest, dass für Mitglieder des Senates im politischen Meinungskampf ein Neutralitätsgebot gilt, wenn sie Mittel und Möglichkeiten des Amtes in Anspruch nehmen.²² Für die Auseinandersetzung im Rahmen einer parlamentarischen Debatte soll dies aber nicht gelten. Man hätte vielleicht zunächst gegenteilig erwarten können, dass die besonders klare Trennung zwischen Senatsamt und Abgeordnetenmandat aus Art. 39 II HV für eine Beschränkung der politischen Tätigkeit des Senats sprechen würde. Richtigerweise geht das Verfassungsgericht jedoch nicht in diese Richtung, sondern deutet den Umkehrschluss an,²³ der in diesem Beitrag noch einmal ausdrücklich bekräftigt werden soll. Die Tatsache, dass die Senatsmitglieder nicht in der Bürgerschaft als Abgeordnete politisch sprechen können, darf sie nicht der politischen Sprechfähigkeit berauben. Anders als reine Verwaltungsämter handelt es sich bei der Regierung eines Bundeslandes um ein im Kern politisches Amt. Der Senat muss ausdrücklich in die Lage versetzt sein, politisch gerade in der parlamentarischen Debatte klar Stellung zu beziehen. Dass dies überhaupt in Frage gestellt wird, liegt vermutlich auch an der äußerst weitreichenden Rechtsprechung des BVerfG zu Äußerungsbefugnissen der Exekutive. Spätestens wenn es um eine parlamentarische Debatte geht, muss die Neutralität der Regierung jedoch enden.

Richtigerweise stellt das Gericht dann auch fest, dass im Rederecht der Senator:innen keine besonderen staatlichen Mittel in Anspruch genommen werden (anders als das beispielsweise bei der Veröffentlichung auf der Regierungswebsite der Fall sein mag).

.....

²¹ Hill, in: Knops/Jänicke, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Art. 39 HV Rn. 3.

²² HVerfG, Urt. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 21 f.

²³ HVerfG, Urt. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 22.

Das Verfassungsgericht formuliert dies folgendermaßen:

„Denn in der Parlamentsdebatte verwenden Senatorinnen und Senatoren keine besonderen, aus dem Regierungsamt folgenden Mittel und Möglichkeiten. Am Rednerpult müssen sie in gleicher Weise wie die Abgeordneten allein auf die Überzeugungskraft ihrer Worte setzen.“²⁴

Dem könnte man nun noch entgegen, dass Art. 23 II HV genau ein solches Privileg statuiert, nämlich ein unbeschränktes Rederecht, das aus dem Amt der Senator:innen folgt.²⁵ Dies verkennt aber die Idee von Art. 23 II HV. Dieser soll die politische Sprechfähigkeit des Senats sicherstellen. Wenn die Vorschrift bloß dazu dienen sollte, dass der Senat seine Politik neutral erläutert, hätte man kein unbeschränktes eigenes Teilnahme- und Rederecht in die Verfassung aufgenommen, sondern dies auf explizite Einladungen der Bürgerschaft beschränken können. Die Tatsache, dass Senator:innen ansonsten wegen Art. 39 II HV gar nicht politisch sprechen könnten, spricht ebenfalls für eine Lesart von Art. 23 II HV, der politische Auseinandersetzung gerade ermöglichen will.

III. Alternativer Maßstab: Sachlichkeitsgebot

Selbstverständlich ist ein solches, erst einmal unbeschränktes, Rederecht missbrauchsanfällig. Dies ist in der Literatur zu Art. 23 II HV auch anerkannt²⁶ und wird vom Hamburgischen Verfassungsgericht ebenfalls gesehen. Sinnvollerweise und unter anderem anknüpfend an ein Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und weitere höchstgerichtliche Rechtsprechung²⁷ leitet das Gericht deshalb zusätzlich aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Sachlichkeitsgebot ab, welches das Rederecht beschränkt. Danach sollen neben der Darstellung von wahren Tatsachen auch mit

²⁴ HVerfG, Ur. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 23.

²⁵ Siehe in diese Richtung *Kuhn*, Erfolgleses Organstreitverfahren der AfD wegen Äußerungen eines Senators in Hamburger Bürgerschaft, NVwZ 2025, 1677 (1681).

²⁶ *Brocker*, in: Knops/Jänicke, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, Art. 23 HV Rn. 13 ff.

²⁷ Vgl. die Verweise in HVerfG, Ur. v. 05.09.2025 – HVerfG 2/2024, S. 23 f.

Tatsachen verknüpfte Werturteile möglich sein, solange ein Tatsachenkern existiert. Falsche Tatsachen oder Aussagen, die nur auf die Herabwürdigung des politischen Gegners gerichtet sind, sind nicht möglich.²⁸ Dass Falschsaussagen und die bloße Diffamierung nicht zulässig sein sollen, ist nachvollziehbar. Die zwingende Notwendigkeit eines vorhandenen Tatsachenkerns ist zwar im Grundsatz eine weitreichendere Einschränkung, scheint aber als nicht besonders einschneidend – die meisten Aussagen werden wohl schon denklogisch einen solchen Tatsachenkern enthalten. Letztendlich stellt das Gericht hier also auf ein Kriterium ab, das in der Praxis gut handhabbar ist und keinen schweren Einschnitt des Rederechts bedeutet – auch wenn es wohl nicht zwingend notwendig gewesen wäre. Das Verfassungsgericht wendet diese Kriterien auf den Fall an und stellt wenig überraschend fest, dass in der Aussage des Innensensors keine Verletzung der Chancengleichheit liegt, da hinreichend tatsächliche Anknüpfungspunkte für eine Verharmlosung des Antisemitismus durch die AfD und Radikalisierung der Partei vorhanden sind.²⁹ Es ist auch nicht von Belang, dass sich auch andere Tatsachen finden und gewichten ließen, wie das Gericht ebenfalls richtig feststellt.³⁰ Entscheidend ist, dass ein wahrer Tatsachenkern vorhanden ist.

E. „Zweite Instanz“ Karlsruhe?

Ob der Fall damit abgeschlossen ist, steht zurzeit noch nicht fest (Stand September 2025). Der Prozessvertreter der Antragsteller:innen schloss im Anschluss an die Urteilsverkündung weitere Schritte zumindest nicht aus.³¹ Ein erfolgreicher Antrag zum BVerfG scheint jedoch äußerst unwahrscheinlich. In einem ähnlich gelagerten Fall eines Organstreitverfahrens in Rheinland-Pfalz, bei dem es um AfD-kritische Veröffentlichungen auf dem Instagram-Account sowie der Website der Landesregierung ging,³² nahm das BVerfG

²⁸ HVerfG, Ur. v. 05.9.2025 – HVerfG 2/2024, S. 24.

²⁹ *Ibid.*, S. 24 ff.

³⁰ *Ibid.*, S. 26.

³¹ NDR, AfD scheitert in Hamburg mit Klage gegen Innensensor Grote (10.09.2025).

³² Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Ur. v. 02.04.2025 – VGH O 11/24.

eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Verfassungsgerichtshofs nicht zur Entscheidung an.³³ Dabei machte das BVerfG sehr deutlich, dass es keine zweite Instanz für Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte bei landesinternen verfassungsrechtlichen Streitigkeiten sei.³⁴ Eine Verfassungsbeschwerde des hamburgischen AfD-Landesverbandes, die sich nur auf Art. 21 I 1 GG stützen würde, hätte bereits keine Aussicht auf Erfolg, da es sich um eine Streitigkeit von Verfassungsorganen handelt, die im bereits beschrifteten Organstreitverfahren zu führen ist.³⁵ Denkbar wäre höchstens die Geltendmachung von prozessualen Rechten nach Art. 103 I GG oder Art. 101 I 2 GG wegen der Unterlassung einer Divergenzvorlage gemäß Art. 100 III GG, wobei auch hier die Hürden sehr hoch liegen.³⁶ Die Verletzung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 I GG hätte zudem schon im Verfahren vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht geltend gemacht werden müssen. Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht richtigerweise diese landesinterne Verfassungsstreitigkeit nicht noch einmal aufrollen würde. Eventuelle kleinere Abweichungen in der Rechtsprechung zu Art. 21 I 1 GG begründen noch keine Pflicht zur Divergenzvorlage nach Art. 100 III GG, vielmehr hätte diese willkürlich unterbleiben müssen.³⁷

F. Landesverfassungsgerichte als Laboratorien

Das Verfahren zeigt erneut die oft unterschätzte Bedeutung von Landesverfassungsgerichten als Laboratorien im (bundes-)verfassungsgerichtlichen Diskurs.³⁸ Die vom BVerfG noch ungeklärte Frage der Neutralität von Regierungsmitgliedern in einer Parlamentsdebatte³⁹ wird vom Hambur-

³³ BVerfG, Beschl. v. 24.06.2025, 2 BvR 686/25.

³⁴ *Ibid.*, Rn. 9.

³⁵ *Ibid.*, Rn. 8.

³⁶ *Ibid.*, Rn. 9 f.

³⁷ *Kämmerer/Boss*, in: v. Münch/Kunig, GG, 8. Aufl. 2025, Art. 100 Rn. 148.

³⁸ Vgl. auch *Feil/Kiszio*, Tagungsbericht: Landesverfassungsrecht und Landesverfassungsgerichte als Laboratorien des verfassungsrechtlichen Fortschritts – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstags der Hamburgischen Landesverfassung am 28. Oktober 2022, NordÖR 2023, 76 ff.

³⁹ *Kuhn*, NVwZ 2025, 1677 (1680).

gischen Verfassungsgericht – unter Rückgriff unter anderem auch auf ein Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs – überzeugend gelöst. Das Gericht stärkt vor allem die besonders wichtige politische Debatte im Parlament. Dabei ist selbstverständlich zu beachten, dass Besonderheiten des Landesrechts ebenfalls eine Rolle spielen. Das BVerfG wird diese spezifische Konstellation aus den genannten Gründen wohl nicht näher behandeln, fände hier aber durchaus sinnvolle Anregungen für einen etwaigen eigenen Fall.⁴⁰ Im Bereich des Rechtsschutzbedürfnisses hätte das Hamburgische Verfassungsgericht hingegen noch mutiger von der Rechtsprechung des BVerfG zum Bundesorganstreit abweichen und eigene Maßstäbe entwickeln können – auch dies im Sinne föderaler Verfassungsdeliberation.

- **Christian Kiszio** ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität Hamburg am Lehrstuhl für Europa- und Völkerrecht (Professor Markus Kotzur).

⁴⁰ Vgl. auch *Kuhn*, NVwZ 2025, 1677 (1681 f.).

Widerspruch beim Betriebsübergang

Neue Unterrichtsansforderungen nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts?

Der Beitrag untersucht die Rechtsprechungsänderung des 2. Senats des BAG zum Widerspruchsrecht der Arbeitnehmenden nach § 613a VI BGB. Im Zentrum steht die Frage, welche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsübergang nach § 613a V BGB zu stellen sind, damit die Widerspruchsfrist nach § 613a VI BGB zu laufen beginnt. Während der 8. Senat bislang eine fehlerfreie, präzise und juristisch korrekte Unterrichtung verlangte, nimmt der 2. Senat nunmehr den Umgang mit Unterrichtsfehlern in den Blick. Die Rechtsprechungsänderung verlagert den Maßstab von der juristischen Präzision hin zur kausalen Entscheidungsrelevanz. Der Aufsatz zeigt, dass künftig für die Unterrichtung ein neuer, kausalitätsbezogener Maßstab gilt und diskutiert seine dogmatischen sowie praxisrelevanten Konsequenzen.

A. Einführung

Der Betriebsübergang ist ein signifikanter Einschnitt für Arbeitnehmende, da ihr Arbeitsverhältnis automatisch auf einen neuen Arbeitgebenden übergeht. Das Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB soll sicherstellen, dass diese Veränderung nicht gegen ihren Willen geschieht und kann innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist ausgeübt werden. Voraussetzung dafür ist eine ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsübergang und seine Folgen. Ist sie fehlerhaft, können Arbeitnehmende auch noch Jahre nach Betriebsübergang vom Widerspruchsrecht Gebrauch machen. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für Arbeitgebende und hat weitreichende Konsequenzen für betriebliche Umstrukturierungen und Transaktionen. Die Unterrichtsansforderungen sind Gegenstand kontroverser juristischer Auseinandersetzungen und werden durch die Rechtsprechung maßgeblich geprägt. Der Beitrag arbeitet die jüngste Rechtsprechung des BAG auf und un-

tersucht, ob sich hieraus neue Unterrichtsansforderungen ergeben, welche sich auf Rechtsprechung und Praxis entsprechend auswirken könnten.

B. Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht

I. Gesetzgebungshistorie

Vor Inkrafttreten des § 613a BGB setzte der Übergang eines Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang eine Vertragsübernahme mit Zustimmung aller Beteiligten: Veräußerer, Betriebserberwerber, Arbeitnehmenden voraus.¹ Seit der Einführung des § 613a BGB² geht das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes auf den Betriebserwerber über, wobei diese Fassung weder ein Widerspruchsrecht noch eine Unterrichtungspflicht vorsah.³ Wegen der grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 12 I 1 GG durfte das Arbeitsverhältnis jedoch nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers auf einen Dritten übergehen.⁴ Zum Schutz dieses Grundrechts erkannte das BAG grundsätzlich ein Widerspruchsrecht an,⁵ wel-

.....
¹ BAG NJW 1975, 1378 (1378 f.); *Willemsen*, in: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Arbeitsrechtliches Handbuch*, 6. Aufl. 2021, G Rn. 2; *Nikisch*, *Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*, 1. Band, 3. Aufl. 1961, S. 657 f.

² Durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972 BGBl. I 1977, 13 (40).

³ *Willemsen*, in: WHSS, G Rn. 3; *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar*, 11. Aufl. 2024, § 613a BGB Rn. 1.

⁴ BAG NJW 1975, 1378 (1379).

⁵ BAG NJW 1975, 1378 (378 f.); NZA 1994, 357 (360); *Schmidt*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 25. Aufl. 2025, Art. 12 GG Rn. 32 m.w.N. insb. BVerfG BeckRS

ches rein zwecklogisch eine rechtzeitige Unterrichtung über den Betriebsübergang voraussetzte.⁶ Fehlte diese, konnte der Arbeitnehmende sein Widerspruchsrecht auch noch nach Betriebsübergang ausüben, was ansonsten nicht möglich war.⁷

Der § 613a BGB wurde um die Abs. 5 und 6 in Umsetzung von Art. 7 der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG (RL)⁸ erweitert. Art. 7 VI der RL verpflichtet den Betriebsveräußerer und -erwerber zur Information und Konsultation der Arbeitnehmervertreter (Art. 7 I, II).⁹ § 613a V BGB sieht hingegen die Unterrichtung gegenüber dem Arbeitnehmenden selbst vor.¹⁰ Die Informationsgegenstände des § 613a V, VI BGB wurden dennoch wortlautgetreu dem Art. 7 V entnommen, wonach über den (geplanten) Zeitpunkt (Nr. 1) und Grund (Nr. 2) sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen (Nr. 3) des Betriebsübergangs und die für die Arbeitnehmenden vorgesehenen Maßnahmen (Nr. 4) informiert werden muss.¹¹ Die RL sieht ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmenden nicht vor und war daher eine rein nationale Entscheidung des deutschen Gesetzgebers.¹² Laut Gesetzesbegründung sei die

.....

2015, 03433 Rn. 7.

⁶ BAG NZA 1994, 357 (358 m.w.N).

⁷ BAG NJW 1975, 1378 (1378); *Schürgers*, Unterrichtsfehler beim Betriebsübergang, Reihe: Schriften zu Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 37, 2020, S. 90.

⁸ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. 2001 L 82, 16) beruhend auf Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen (ABl. 1977 L 61, 26).

⁹ *Grau/Hartmann*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, Rn. 9.185.

¹⁰ *Preis*, in: ErfK, § 613a BGB Rn. 84; *Schürgers*, Unterrichtsfehler beim Betriebsübergang S. 100 f.

¹¹ BT-Drs. 14/7760, 19.

¹² *Senk*, Betriebsbegriffe: Eine Analyse zum deutschen und europäischen Massenentlassungs- und Betriebsüber-

Kodifizierung des von der ständigen Rechtsprechung anerkannten Widerspruchsrechts¹³ im Interesse von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geboten gewesen.¹⁴

II. Problem: Verflechtung der ordnungsgemäßen Unterrichtung und Fristbeginn

Das Ergebnis dieser Entwicklung ist die vom Gesetzgeber beabsichtigte zusammenhängende Regelung¹⁵ von Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht in § 613a V, VI BGB. Nach Abs. 6 S. 1, kann der Arbeitnehmende den Widerspruch „innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5“ erklären. Nach h.M.¹⁶ wird die Widerspruchsfrist aber nur dann ausgelöst, wenn die Unterrichtung vollumfänglich den Anforderungen des Abs. 5 entspricht, also ordnungsgemäß ist. Das stellt eine Verflechtung von ordnungsgemäßer Unterrichtung und Beginn der Widerspruchsfrist dar. Problematisch dabei ist, dass die in § 613a V BGB genannten Informationsgegenstände mangels gesetzlicher Konkretisierungen höchst auslegungsbedürftig sind.¹⁷

.....

gangsrecht, 2022, S. 370.

¹³ Siehe II. 1.

¹⁴ BT-Drs. 14/7760, 20.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 17; NZA 2009, 547 Rn. 26; NJOZ 2011, 1826 Rn. 20; NZA 2021, 1405 Rn. 22; NZA 2024, 829 Rn. 53; *Cohnen*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2025, § 58 Rn. 61; *Gaul/Otto*, Unterrichtsanspruch und Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang und Umwandlung, DB 2002, 634 (638 f.); *Preis*, in: ErfK, § 613a BGB Rn. 93; *Weidenkaff*, in: Grüneberg BGB, 84. Aufl. 2025, § 613a BGB Rn. 47.

¹⁷ *Annuß*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 613a BGB Rn. 278; *Maschmann*, in: Sieg/Maschmann Unternehmensumstrukturierungen, 3. Aufl. 2020, Rn. 182; diesbezüglich krit. *Grobys*, Die Neuregelung des Betriebsübergangs in § 613a BGB, BB 2002, 726 (728); *Naber*, in: FS Willemsen, Sinn und Unsinn von § 613a Abs. 5 BGB – Plädoyer für ein neues Verständnis der Unterrichtung über Betriebsübergänge, 2018, 393 (341); *Willemsen*, in: FS Küttner, Rechtsunsicherheit als Gesetzesziel? Einige Anmerkungen zu § 613a Abs. 5 und 6 BGB, 2006, 417 (419); *Willemsen/Lembke*, Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang, NJW 2002, 1159 (1163).

Aus diesem Grund bleiben die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterrichtung unklar.¹⁸ In der Rechtspraxis birgt das für die Arbeitgebenden, die aufgrund eines Betriebsübergangs der Unterrichtungspflicht unterliegen, das Risiko, dass eine Unterrichtung im Nachhinein als nicht ordnungsgemäß beurteilt wird, wenn ein Arbeitnehmender – möglicherweise auch Jahre nach dem Betriebsübergang – sein Widerspruchsrecht ausübt und gerichtlich durchsetzt.¹⁹ Denn praktisch besteht das Widerspruchsrecht ohne Fristbeginn bis zur Verwirkung nach § 242 BGB fort, wobei dessen Voraussetzungen von der Rechtsprechung ebenfalls streng gehandhabt werden.²⁰

C. Unterrichtsansforderungen der Rechtsprechung

Dieser Problematik versucht das BAG durch Konkretisierung der Unterrichtsansforderungen im Einzelfall zu begegnen.

I. Rechtsprechung 8. Senat

Die ständige Zuständigkeit für Fragen des Betriebsübergangs lag bis 2021 beim 8. Senat des BAG.²¹ 2006 forderte dieser für eine ordnungsgemäße Unterrichtung, dass die Unterrichtung nicht lückenhaft oder falsch ist.²² Demgemäß hielt er es für erforderlich, dass rechtliche Folgen i.S.d. § 613a V Nr. 3 BGB präzise angegeben werden und keine juristischen Fehler enthalten.²³ Es genüge nicht, dass diese nur „im Kern richtig“ sind und lediglich eine „ausreichende“ Unterrichtung darstellen.²⁴ Dies schränkte der 8. Senat 2006 jedoch im Falle komplexer Rechtsfragen dahingehend ein, dass nicht bereits dann ein juris-

¹⁸ *Willemsen*, in: FS Küttner, 417 (419).

¹⁹ *Cohnen*, in: MAH ArbR, § 58 Rn. 35; *Willemsen*, in: FS Küttner, 417 (419).

²⁰ BAG NZA 2007, 682 (685); *Preis*, in: ErfK, § 613a Rn. 101.

²¹ Geschäftsverteilungsplan BAG 2020 mit dem von 2021, Zugriff über die Geschäftsstelle des BAG.

²² BAG NZA 2006, 1268 Rn. 25.

²³ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 34.

²⁴ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 34 mit Verweis auf Rspr. vor Einführung des § 613a V und VI BGB: BAG NZA 1994, 357 (358).

tischer Fehler vorliege, wenn der Arbeitgebende bei angemessener Prüfung der Rechtslage eine rechtlich vertretbare Position gegenüber dem Arbeitnehmenden kundtut.²⁵ 2011 präziserte der 8. Senat „rechtlich vertretbare Positionen“ als solche anderer Rechtsprechung oder Meinungen als die herrschende Rechtsprechung, insbesondere die des BAG.²⁶

Zudem setzte der 8. Senat eine Grenze für den Umfang der Unterrichtung. Die Unterrichtung müsse nicht über alle individuellen Folgen des Betriebsübergangs für den einzelnen Arbeitnehmenden informieren, sondern es obliege dem Arbeitnehmenden die generalisierenden Informationen durch weitere Erkundigungen für sein persönliches Arbeitsverhältnis zu subsumieren.²⁷ Der 8. Senat nahm zudem eine zeitliche Eingrenzung vor und erkannte die Möglichkeit der Verwirkung des Widerspruchsrechts nach § 242 BGB an.²⁸ Die Einzelfallentscheidungen des 8. Senats zu Unterrichtsfehlern bezogen sich immer wieder auf diesen Maßstab.²⁹

II. Rechtsprechung 2. Senat

Im Jahr 2021 wurde die Zuständigkeit auf den 2. Senat des BAG umverteilt. Bereits 2021 hatte sich dieser für eine differenziertere Betrachtung von Unterrichtsansforderungen im Hinblick auf die Ursächlichkeit des Unterrichtsfehlers für die Nichtauslösung der Widerspruchsfrist ausgesprochen.³⁰ Diese Tendenz hat er in seinen Entscheidungen vom 21. März 2024 ausdrücklich gefestigt.³¹ Den vom 8. Senat entwickelten Unterrichtsansforderungen hinsichtlich der rechtlichen Folgen i.S.d. § 613a V Nr. 3 BGB stellt sich der 2. Senat entgegen und betont, dass an den In-

²⁵ BAG NZA 2006, 1273 Rn. 23.

²⁶ BAG NJOZ 2012, 860 Rn. 29.

²⁷ BAG NJOZ 2012, 860 Rn. 36.

²⁸ BAG NZA-RR 2012, 507 Rn. 27 ff.; NZA 2014, 774 Rn. 24 ff.; NZA 2018, 168 Rn. 15 ff.

²⁹ Vgl. u.a. zur Fortgeltung von Tarifverträgen BAG NJOZ 2012, 860 Rn. 35 ff.; zur künftigen Anwendung von Tarifverträgen BAG NZA 2015, 866 Rn. 25 ff.; zum Hinweis auf § 112a BetrVG BAG NZA 2017, 783 Rn. 33 ff.

³⁰ BAG NZA 2021, 1405 Rn. 22.

³¹ Parallelentscheidungen BAG NZA 2024, 829 und 835 sowie Parallelentscheidungen BAG BeckRS 2025, 2897 ff.

halt der Unterrichtung über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs keine im praktischen Leben kaum erfüllbaren Anforderungen gestellt werden dürften.³² Er verlangt nicht mehr, dass „keine juristischen Fehler“ vorhanden sein dürfen.³³ Vielmehr sei darauf abzustellen, ob ein Fehler für den Willensbildungsprozess des Arbeitnehmenden bzgl. der Ausübung seines Widerspruchsrechts regelmäßig ohne Belang ist.³⁴ Ist dies der Fall, so führe der Fehler nicht dazu, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginne.³⁵ Dies begründet der 2. Senat mit dem Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht.³⁶ Die Unterrichtung solle als Wissensgrundlage über Umstände des Betriebsübergangs dienen und die Möglichkeit eröffnen, weitergehende, das individuelle Arbeitsverhältnis betreffende, Erkundigungen anzustellen. Der Arbeitnehmende solle in die Lage versetzt werden, eine sachgerechte Entscheidung darüber zu treffen, ob er dem Betriebsübergang widersprechen wolle.³⁷

D. Einordnung der Rechtsprechungsänderung

Kern der Rechtsprechungsänderung sind die folgenden zwei Aspekte: Erstens stellt der 2. Senat klar, dass keine im praktischen Leben kaum erfüllbaren Anforderungen daran gestellt werden dürfen, dass die Unterrichtung „keinen juristischen Fehler“ enthält.³⁸ Zweitens stellt der 2. Senat fest, dass Fehler, die für den Willensbildungsprozess der Arbeitnehmenden regelmäßig ohne Belang sind, nicht dazu führen, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt.³⁹

I. „Juristischer Fehler“

Um sich zu erschließen, was unter einem „juristischen Fehler“ zu verstehen ist, ist zunächst zu klären, welche möglichen Fehlerquellen sich er-

³² BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

³³ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53 entgegen BAG NJOZ 2012 860 Rn. 29.

³⁴ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

³⁵ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53 bezugnehmend auf BAG NZA 2021, 1405 Rn. 22.

³⁶ BAG NZA 2024, 829 Rn. 46.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

³⁹ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

geben, von denen sich der „juristische Fehler“ unterscheidet. Eine Unterrichtung ist jedenfalls nicht ordnungsgemäß, wenn über einen der in § 613a V BGB enumerierten Informationsgegenstände überhaupt nicht unterrichtet wurde (*Fehlerquelle 1*).⁴⁰ Zudem ist denkbar, dass einer der Informationsgegenstände zwar angesprochen, jedoch nicht in dem geforderten Umfang dargelegt wird, sodass die Unterrichtung unvollständig ist (*Fehlerquelle 2*). Eine Unterrichtung kann auch bei Vollständigkeit unrichtig sein. Das BAG grenzt die Richtigkeitsanforderungen dahingehend ein, dass bei komplexen Rechtsfragen nicht bereits dann ein Fehler vorliegt, wenn bei angemessener Prüfung der Rechtslage eine rechtlich vertretbare Position gegenüber dem Arbeitnehmenden kundgetan wird.⁴¹ Was im Einzelfall „vertretbar“ ist und wie weit die gerichtliche Überprüfung reichen darf, ist fraglich.⁴² Damit bleibt die objektiv falsche Unterrichtung als *Fehlerquelle 3*. Der 8. Senat verwendete den Begriff „juristischer Fehler“ erstmals in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2006 und stellte dabei klar, dass Hinweise zu den rechtlichen Folgen präzise formuliert sein müssen und keine juristischen Fehler enthalten dürfen.⁴³ In dem konkreten Einzelfall enthielt die Unterrichtung u.a. den Hinweis, dass der Veräußerer für solche Verpflichtungen haftet, die vor dem Betriebsübergang entstanden und fällig geworden sind.⁴⁴ Tatsächlich haftet der Veräußerer nach § 613a II 1 BGB aber auch für Ansprüche, die im Laufe eines Jahres nach Betriebsübergang fällig werden, neben dem Betriebserwerber als Gesamtschuldner. Die Darstellung der rechtlichen Folge ist zwar nicht objektiv falsch, aber zu ist unpräzise, um vollständig der Rechtslage zu entsprechen.⁴⁵ Diese

.....
⁴⁰ Vgl. BAG NZA 2006, 1406 Rn. 44; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, § 613a BGB Rn. 47.

⁴¹ BAG NZA 2006, 1273 Rn. 23; NZA 2024, 829 Rn. 57; dazu *Hohenstatt/Gaul*, Arbeitnehmerunterrichtung beim Betriebsübergang, NZA 2007, 13 (18); *Preis*, in: ErfK, § 613a BGB Rn. 85.

⁴² *Willemsen*, Aktuelles zum Betriebsübergang – § 613a BGB im Spannungsfeld von deutschem und europäischem Recht, NJW 2007, 2065 (2069).

⁴³ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 32.

⁴⁴ LAG München, Urt. v. 12.03.2005 -2 Sa 1098/04, Rn. 7, 38.

⁴⁵ Ähnlich *Gussen*, in: BeckOK ArbR, 74. Edition Stand:

Konstellation beschreibt den „juristischen Fehler“: Die Unterrichtung beinhaltet grundsätzlich die Darstellung der rechtlichen Folgen (*keine Fehlerquelle 1*). Sie genügt ggf. sogar den Anforderungen an die Vollständigkeit einer Unterrichtung (*keine Fehlerquelle 2*) und ist nicht objektiv falsch (*keine Fehlerquelle 3*). Die Darstellung ist allerdings nicht präzise genug, um die juristische Richtigkeit der rechtlichen Folge anzunehmen (*Fehlerquelle 4*). Die Unterrichtung ist wegen des juristischen Unrichtigkeit nicht ordnungsgemäß. Der juristische Fehler stellt eine eigene Fehlerkategorie zwischen Unvollständigkeit und Richtigkeit in Bezug auf die Darstellung von rechtlichen Folgen i.S.d. § 613a V Nr. 3 BGB dar. Der 2. Senat trifft diesbezüglich die Feststellung, dass keine im praktischen Leben kaum erfüllbaren Anforderungen an den Inhalt der Unterrichtung über die rechtlichen Folgen gestellt werden dürfen. Die Anforderung, dass die Unterrichtung „keinen juristischen Fehler“ enthalten darf, sei eine solche im praktischen Leben kaum erfüllbare Anforderung. Der 2. Senat löst damit die *Fehlerquelle 4* – juristischer Fehler – auf, die der 8. Senat 2006 festgelegt hatte. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung wird somit nicht mehr von der juristischen Präzision detaillierter rechtlicher Darstellungen abhängen, sondern vielmehr davon, ob die Informationsgegenstände nach § 613a V BGB grundlegend vollständig und richtig sind.

II. Fehler, die „regelmäßig ohne Belang“ sind

Der zweite Aspekt der Rechtsprechungsänderung ist, dass Fehler, die für den Willensbildungsprozess der Arbeitnehmenden hinsichtlich der Ausübung ihres Widerspruchsrechts „regelmäßig ohne Belang“ sind, auf den Fristbeginn keine Auswirkung haben.

1. Neuer Maßstab – Prüfung auf zwei Ebenen

Der 2. Senat ist wohl so zu verstehen, dass die Beurteilung einer ordnungsgemäßen, die Widerspruchsfrist auslösenden Unterrichtung, nun

 1.12.2024, § 613a BGB, Rn. 158; *Hohenstatt/Grau*, NZA 2007, 13 (14); *Lindemann/Wolter-Roßsteutscher*, Die Informationsverpflichtung nach § 613a Abs. 5 BGB – Rechtsgutachten oder plausible Entscheidungshilfe für den Arbeitnehmer?, BB 2007, 938 (939).

mehr auf zwei Ebenen erfolgt.⁴⁶ Auf erster Ebene wird geprüft, ob die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterrichtung erfüllt sind. Liegt kein Unterrichtsfehler vor, ist die Unterrichtung ordnungsgemäß. Die Widerspruchsfrist des § 613a VI 1 BGB wird mit Zugang der Unterrichtung ausgelöst. Bei fehlerhafter Unterrichtung, wird diese auf zweiter Ebene auf ihre Eignung hin, die Widerspruchsfrist auszulösen, untersucht.⁴⁷ Ein Unterrichtsfehler wird danach beurteilt, ob er für den Willensbildungsprozess der Arbeitnehmenden bezüglich der Ausübung ihres Widerspruchsrechts regelmäßig ohne Belang ist.⁴⁸ Ist dies nicht der Fall, wird trotz des zuvor festgestellten Unterrichtsfehlers die Widerspruchsfrist durch die (fehlerhafte) Unterrichtung ausgelöst. Damit nimmt der 2. Senat eine Kausalitätsprüfung im Hinblick auf die Auswirkungen von Unterrichtsfehlern vor.⁴⁹ Dogmatisch knüpft der 2. Senat diese Betrachtungsweise an das Telos der Unterrichtungspflicht an. Entscheidend ist daher, ob ein Unterrichtsfehler für die Willensbildung des Arbeitnehmenden in Bezug auf die Ausübung dieses Rechts von Bedeutung ist. Ein Fehler, der für diesen Entscheidungsprozess regelmäßig ohne Einfluss bleibt, kann nicht dazu führen, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt.⁵⁰

2. Mögliche Regelmäßigkeiten

Damit bleibt zu klären, was unter einem Fehler verstanden werden kann, der „regelmäßig ohne Belang“ ist.

a) Ausreichende Wissensgrundlage zur Selbstinformation

Einhellig betonen der 8. und 2. Senat, dass die Unterrichtung lediglich die Möglichkeit eröffnen

⁴⁶ *Bittmann/Völkerding*, Die neue Rechtsprechungslinie zum Betriebsübergang, NJW 2025, 194 Rn. 24; *Cohnen*, in: MAH ArbR, § 58 Rn. 62.

⁴⁷ Bereits BAG NZA 2021, 1405 Rn. 22.

⁴⁸ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

⁴⁹ Vgl. *Grau*, Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 und 6 BGB, 2004, S. 103; *Willemsen*, in: FS Küttner, 417 (425); *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: WHSS, § 613a BGB Rn. 299.

⁵⁰ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

soll, sich auf ihrer Grundlage weitergehend zu informieren und beraten zu lassen. Ihre Funktion liegt damit in der Schaffung einer ausreichenden Wissensbasis über die Umstände des Betriebsübergangs.⁵¹ Wird die Wissensgrundlage zur Selbstinformation durch einen Unterrichtsfehler nicht berührt, so ist dieser ohne Belang, da die Unterrichtung ihrer Funktion weiterhin nachkommt.⁵² Dies stellt eine erste Fallgruppe dar. Hiernach lassen sich insbesondere „einfache Flüchtigkeitsfehler“⁵³ abgrenzen. Diesbezüglich hat eine Unterrichtung Prominenz erlangt, in der der Vorname des Geschäftsführers der Erwerberrin mit „Jochen“ statt „Joachim“ angegeben worden war.⁵⁴ Nach den entwickelten Fehlerquellen⁵⁵ wäre hier eine objektiv falsche Information i.S.d. Fehlerquelle 3 gegeben.

Soweit der einfache Flüchtigkeitsfehler einen bloßen Rechtschreibfehler des Namens darstellt, ist anzunehmen, dass die Wissensgrundlage nicht von der abweicht, die der Arbeitnehmende ohne den Rechtschreibfehler hätte.

b) Objektive Entscheidungserheblichkeit

Die regelmäßige Erheblichkeit von Unterrichtsfehlern lässt sich auch daran messen, ob diese für die tatsächliche Entscheidung über das Widerspruchsrecht relevant sind.⁵⁶ Eine zweite Fallgruppe wäre entsprechend danach zu bilden, dass ein Unterrichtsfehler zwar die Wissensgrundlage berührt, aber objektiv, für den durchschnittlichen Arbeitnehmenden nicht entscheidungsrelevant ist. Suggestiert die Unterrichtung

⁵¹ BAG NZA 2005 1303 (1305); NJOZ 2012, 860 Rn. 28; NZA 2023, 1194 Rn. 25; NZA 2024, 829 Rn. 46; dazu *Gaul/Otto*, DB 2002, 634 (635).

⁵² So auch *Schürgers*, Unterrichtsfehler beim Betriebsübergang, S. 205 f.

⁵³ *Bittmann/Völkerding*, NJW 2025, 194 Rn. 28; *Dzida*, Rechtsprechungsänderung zu Unterrichtungsschreiben und zum Widerspruchsrecht, NZA 2024, 1449 (1451); *Grau*, Unterrichtung und Widerspruchsrecht, S. 103; *Naber*, in: FS Willemsen, 393 (340); *Schürgers*, Unterrichtsfehler beim Betriebsübergang, S. 207 ff.

⁵⁴ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 23.

⁵⁵ Siehe IV. 1. b).

⁵⁶ Ebenso *Grau*, Unterrichtung und Widerspruchsrecht, S. 102 ff.

z.B. fälschlicherweise, dass der Betriebserwerber an bestimmte Regelungen eines Tarifvertrags gebunden sei, obwohl die Regelungen tatsächlich im Belieben der Betriebspartner stehen, so wäre die Information i.S.d. Fehlerquelle 3 objektiv falsch. Der 2. Senat geht in diesem Fall von einem Fehler aus, der regelmäßig ohne Belang ist.⁵⁷ Ob eine bestimmte Regelungskompetenz bei den Tarifvertragsparteien oder bei den Betriebspartnern liegt, kann eine Information sein, deren Fehlen die ausreichende Wissensgrundlage des Arbeitnehmenden berührt. Allerdings ist bei einem durchschnittlichen Arbeitnehmenden davon auszugehen, dass dieser seine Entscheidung über den Widerspruch nicht davon abhängig machen wird, welchen der Parteien die Regelungskompetenz tatsächlich zusteht. Daher wäre dieser Unterrichtsfehler nicht objektiv entscheidungserheblich.

c) Ambivalente Entscheidungserheblichkeit

Hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit kann weitergehender differenziert werden. Es ist nicht selten der Fall, dass bestimmte Informationen einen Teil der Arbeitnehmenden nicht betreffen, für einen anderen Teil aber durchaus bedeutsam sind.⁵⁸ Ein Unterrichtsfehler würde in solchen Fällen die Wissensgrundlage berühren, grundsätzlich objektiv entscheidungsrelevant sein, aber sich konkret auf eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmenden nicht auswirken, was eine dritte Fallgruppe darstellt. Z.B. könnte die Darstellung der Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen als rechtliche Folge iSd. § 613a V Nr. 3 BGB unvollständig und unrichtig sein, womit die Fehlerquellen 2 und 3 gegeben wären. Für den durchschnittlichen Arbeitnehmenden berührt die fehlerhafte Unterrichtung die Wissensgrundlage zur Selbstinformation und ist objektiv entscheidungsrelevant, da die Betriebsvereinbarung nach § 613a I 2 – 4 BGB für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse fortgilt.⁵⁹ Auf leitende Angestellte finden Betriebsvereinbarungen jedoch nach § 5 III BetrVG keine Anwendung,⁶⁰

⁵⁷ BAG NZA 2024, 829, Rn. 56.

⁵⁸ Vgl. *Dzida*, NZA 2024, 1449 (1451).

⁵⁹ BAG NZA 2002, 1034 (1035); *Müller-Glöge*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 613a BGB Rn. 149.

⁶⁰ *Koch*, in: ErfK, § 5 BetrVG Rn. 17.

weswegen der Unterrichtsfehler für die Gruppe leitender Angestellte wohl nicht entscheidungsrelevant ist.⁶¹

d) Subjektive Entscheidungserheblichkeit

Die ambivalente Entscheidungserheblichkeit ist auch dahingehend denkbar, dass ein Unterrichtsfehler die Wissensgrundlage berührt, objektiv entscheidungserheblich ist aber im konkreten Fall für den betroffenen Arbeitnehmenden subjektiv nicht entscheidungserheblich war.⁶² So ist jeder mögliche Unterrichtsfehler, sogar die Nichtexistenz einer Information i.S.d. *Fehlerquelle 1*, denkbar, der aber ohne Belang ist, weil diese Information für den einzelnen Arbeitnehmenden subjektiv nicht für die Entscheidungsfindung erheblich war. Dies stellt eine vierte Fallgruppe dar. Allerdings ist die Leistungsfähigkeit eines subjektiven und individuellen Maßstabs fraglich. Dafür spricht, dass das Widerspruchsrecht ein individuelles Gestaltungsrecht⁶³ ist, weswegen auch individuelle Belange erheblich sein könnten. Andererseits sind sich beide Senate darüber einig, dass die Unterrichtung nicht als individuelle Rechtsberatung fungieren soll.⁶⁴ Zudem ist die subjektive Entscheidungserheblichkeit kein verlässliches Kriterium dafür, um weitreichende Fragen wie die der fristauslösenden Unterrichtung zu beantworten und sollte im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht maßgebend sein.⁶⁵

3. Folgen für die Unterrichtsansforderungen

Eine obere Grenze zieht der 2. Senat damit, dass komplexe Rechtsfragen in vertretbarer Weise dargestellt werden dürfen⁶⁶ und juristische Feh-

.....
⁶¹ *Dzida*, NZA 2024, 1449 (1451).

⁶² *Dzida*, NZA 2024, 1449 (1452); zu Widerspruchsgründen vor Normierung *Lunk*, Widerspruch gegen Betriebsübergang und Sozialauswahl, NZA 1995, 711 (716).

⁶³ *Preis*, in: ErfK, § 613a BGB Rn. 97.

⁶⁴ BAG NJOZ 2012, 860 Rn. 36; NZA 2024, 829 Rn. 54.

⁶⁵ Ähnlich *Borgaes*, Arbeitsverhältnis wird vom Betriebs (teil)übergang erfasst bei vorheriger Zuordnung, AuR 2025, 31 (33); entgegen subjektiver Widerspruchsgründe *Lunk*, NZA 1995, 711 (716).

⁶⁶ Siehe IV 1. b) cc).

ler eine ordnungsgemäße Unterrichtung nicht ausschließen.⁶⁷ Die Mindestanforderungen richten sich nach den Informationsgegenständen in § 613a V BGB, wobei das Vorliegen der Informationen sowie deren Vollständigkeit und Richtigkeit gefordert ist.⁶⁸ Gerade die Vollständigkeit der Informationen bleibt dabei problematisch und fehleranfällig. Teilweise wird vertreten, dass es nach der Rechtsprechungsänderung nunmehr ausreicht, wenn die Darstellung der rechtlichen Folgen „im Kern richtig“ ist,⁶⁹ wie es der 8. Senat 2006 im Gegensatz zur Vorinstanz gerade nicht mehr ausreichen ließ. Dass der 2. Senat diese Mindestanforderung künftig ausreichen lässt, geht aus seiner Entscheidung allerdings nicht hervor.⁷⁰ Im Hinblick auf die zweite Ebene der Rechtsprechungsänderung liegt es dagegen nahe, den Umfang der Unterrichtung an dem Maßstab zu messen, ob eine konkrete Information für den Willensbildungsprozess des Arbeitnehmenden hinsichtlich seines Widerspruchsrechts regelmäßig von Belang ist. Damit wird eine Kausalitätsprüfung auf zweiter Ebene vorgenommen, um über die Auslösung der Widerspruchsfrist zu entscheiden. Es zeichnet sich eine Tendenz ab, die Anforderungen an die Unterrichtung künftig stärker am Zweckzusammenhang zwischen Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht auszurichten. Maßgeblich ist dabei, ob die Unterrichtung dem Arbeitnehmenden eine laienverständliche Darstellung des Betriebsübergangs vermittelt. Diese soll ihm als Wissensgrundlage dienen, um sich selbst über die für seine Entscheidung relevanten Umstände informieren zu können.

E. Auswirkungen auf die Rechtsprechungspraxis

Nachdem die Rechtsprechungsänderung aufgearbeitet und deren Folgen dargestellt wurden, fragt sich nun, wie sich diese im Detail auf die künftige Rechtsprechungspraxis auswirken

.....

⁶⁷ Siehe IV. 1. c).

⁶⁸ Siehe IV. 1. b) aa) – cc).

⁶⁹ *Dzida*, NZA 2024, 1449 (1450, 1454).

⁷⁰ So auch *Benkert*, Zeitwende bei der Unterrichtung über einen Betriebsübergang?, NJW-Spezial 2024, 690 (690); *Bittmann/Völkerding*, NJW 2025, 194 (197).

könnte. Für eine fundierte Einschätzung werden nachfolgend drei Unterrichtsfehler, die der 8. Senat beurteilt hat, anhand des Maßstabs des 2. Senats erneut betrachtet.

I. Eintritt in die Rechte und Pflichten

Der 8. Senat hatte 2006 entschieden, dass die unzutreffende Darstellung des in § 613a I 1 BGB geregelten Eintritts des Betriebserwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis einen Unterrichtsfehler darstellt und die Widerspruchsfrist nicht ausgelöst wurde.⁷¹ Konkret enthielt die Unterrichtung die Information, dass die Betriebserwerberin alle Rechte und Pflichten der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitsverhältnisse übernehmen werde. Nach dem 8. Senat suggeriere eine „Übernahme“, dass der Eintritt in die Rechte und Pflichten nach § 613a I 1 BGB vom Belieben der Erwerberin abhängige.⁷² Tatsächlich tritt der Betriebserwerber nach § 613a I 1 BGB kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses ein. Aufgrund der unpräzisen Darstellung wurde die Rechtslage nicht vollständig und damit objektiv falsch dargestellt. Damit liegt hier ein juristischer Fehler der *Fehlerquelle 4* vor. Nach der Rechtsprechungsänderung sind juristischen Fehler eine zu hohe Anforderung,⁷³ womit auf *erster Ebene* kein Unterrichtsfehler vorliegen würde. Die Unterrichtung wäre gar nicht erst fehlerhaft und löst die Widerspruchsfrist mit Zugang dieser ordnungsgemäßen Unterrichtung aus. Die Rechtsprechungsänderung führt in diesem Fall zu einem anderen Ergebnis als zu dem des 8. Senats.

II. Änderungssperre bei Kollektivvereinbarungen

Der 8. Senat forderte für die Vollständigkeit der Unterrichtung über die rechtlichen Folgen einen Hinweis mit der Unterscheidung, ob Regelungen aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung nach § 613a I 2 BGB lediglich individualvertraglich oder kollektivrechtlich fortwirken.⁷⁴

.....
⁷¹ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 36.

⁷² BAG NZA 2006, 1268 Rn. 36; NZA 2008, 1354 Rn. 29 f.; NZA 2009, 547 Rn. 28.

⁷³ BAG NZA 2024, 829 Rn. 53.

⁷⁴ BAG NZA 2006, 1268 Rn. 32; dazu *Lindemann/Wolter-*

Die Unterrichtung enthielt den Hinweis, dass Arbeitsbedingungen für die Dauer eines Jahres nicht zum Nachteil der Arbeitnehmenden verändert werden können. § 613a I 2 BGB sieht vor, dass lediglich kollektivrechtliche Normen, die nach dem Betriebsübergang individualvertraglich fortwirken, innerhalb der Jahresfrist nicht geändert werden können. Individualvertragliche Arbeitsbedingungen sind von dieser Änderungssperre nicht erfasst.⁷⁵ Die Information, dass Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht geändert werden können, widerspricht objektiv der Rechtslage und stellt damit eine falsche Unterrichtung i.S.d. *Fehlerquelle 3* dar. Damit liegt auch nach Rechtsprechungsänderung auf *erster Ebene* ein Unterrichtsfehler vor. Dieser könnte aber regelmäßig ohne Belang sein, sodass er sich auf *zweiter Ebene* nicht auf den Fristbeginn auswirkt. Die Information, dass bestimmte Regelungen einer Änderungssperre unterliegen, stellt an sich eine ausreichende Wissensgrundlage dar, um weitere Erkundigungen zur Selbstinformation anzustellen. Der Unterrichtsfehler steht der Selbstinformation dabei nicht entgegen (*Keine Fallgruppe 1*). Die falsche Darstellung der Änderungssperre verleitet einen Arbeitnehmenden allerdings dazu anzunehmen, dass seine Arbeitsbedingungen innerhalb von einem Jahr nicht geändert werden können. Soweit auf sein Arbeitsverhältnis aber keine Kollektivvereinbarungen Anwendung finden, ist das nicht der Fall. Im Vertrauen auf diese Änderungssperre ist es denkbar, dass sich der durchschnittliche Arbeitnehmende gegen die Ausübung seines Widerspruchsrechts entscheidet. Daraus folgt, dass der Unterrichtsfehler objektiv entscheidungserheblich ist und somit gem. *Fallgruppe 2* regelmäßig von Belang wäre. Mithin würde dasselbe Ergebnis wie beim 8. Senat erzielt werden.

III. Wirtschaftliche und soziale Folgen

Neben den rechtlichen Folgen ist nach § 613a V Nr. 3 BGB auch über die wirtschaftlichen und sozialen Folgen zu unterrichten. Darunter fallen mittelbare Sekundärfolgen, die nicht primär aus dem Betriebsübergang resultieren, aber auf einem einheitlichen unternehmerischen Konzept

.....
Roßteutscher, BB 2007, 938 (942).

⁷⁵ *Müller-Glöge*, in: MüKo BGB, § 613a BGB Rn. 131.

beruhen.⁷⁶ Der 8. Senat hat 2008 entschieden, dass darüber zu unterrichten sei, wenn die Betriebserberin nicht auch die im Eigentum der Betriebsveräußerin stehenden Immobilien mit übernimmt, sondern bloß nutzt.⁷⁷ Der Arbeitnehmende sei über den Umfang der Haftungsmasse der Betriebserberin zu informieren, da dies für die Beurteilung ihrer Solvenz und damit der wirtschaftlichen Absicherung des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmenden bedeutsam sei und regelmäßig Eingang in die Entscheidungsfindung des Arbeitnehmenden über die Ausübung seines Widerspruchsrechts finde.⁷⁸ Nach der Rechtsprechungsänderung wäre beim Fehlen der Unterrichtung über die wirtschaftlichen Folgen auf *erster Ebene* von einem Unterrichtsfehler der *Fehlerquelle 1* auszugehen. Auf *zweiter Ebene* fragt sich, ob dieser regelmäßig ohne Belang für den Willensbildungsprozess des Arbeitnehmenden hinsichtlich seines Widerspruchsrechts ist. Schon der 8. Senat hat hinsichtlich der Unterrichts-anforderung berücksichtigt, ob die Information für die Entscheidungsfindung des Arbeitnehmenden bedeutsam ist. Für eine objektive Entscheidungserheblichkeit hinsichtlich des konkreten Widerspruchs i.S.d. *Fallgruppe 2* müssten allerdings konkrete und unmittelbar bevorstehende Konsequenzen für den Arbeitnehmenden drohen.⁷⁹ Die bloße Information, dass das dem Betriebsübergang zugrundeliegende Rechtsgeschäft keine Übertragung von Grundstücken vorsieht, wird in der Regel einen verständigen Arbeitnehmenden nicht zur Beurteilung der Haftungsmasse der Betriebserberin und Folgen für die Sicherheit seines Arbeitsplatzes veranlassen. Im Falle einer Insolvenz wäre nicht die Haftungsmasse unmittelbar entscheidend, sondern vielmehr die daraus resultierenden Konsequenzen für den Arbeitnehmenden.⁸⁰

.....
⁷⁶ BAG NZA 2008, 1354 Rn. 25; *Preis*, in: ErfK, § 613a BGB Rn. 88a; *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: WHSS § 613a BGB Rn. 223.

⁷⁷ BAG NZA 2008, 642, Rn. 32.

⁷⁸ BAG NZA 2008, 642, Rn. 34.

⁷⁹ Ebenso *Grau*, Unterrichtung und Widerspruchsrecht, S. 179; *Grobys*, BB 2002, 726 (728); *Willemsen*, in: FS Küttner, 417 (423).

⁸⁰ *Dzida*, NZA 2024, 1449 (1451); *Willemsen*, in: FS Küttner, 417 (423).

F. Fazit

1. Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht sind teleologisch miteinander verflochten: Der Arbeitnehmende soll auf Basis der Unterrichtung über die Ausübung seines Widerspruchsrechts entscheiden können.

2. Die Widerspruchsfrist gem. § 613a VI BGB wird mit Zugang einer ordnungsgemäßen Unterrichtung ausgelöst, d.h. wenn die Informationen i.S.d. § 613a V BGB vollständig und richtig dargestellt sind.

3. Die Beurteilung einer ordnungsgemäßen Unterrichtung hat sich wesentlich verändert: Zum einen müssen die rechtlichen Folgen nach § 613a V Nr. 3 BGB nicht mehr juristisch fehlerfrei sein, zum anderen ist für die Auslösung der Widerspruchsfrist entscheidend, ob ein Fehler regelmäßig ohne Belang ist.

4. Ein unbeachtlicher juristischer Fehler liegt vor, wenn die Darstellung einer rechtlichen Folge nicht objektiv falsch, aber nicht präzise genug ist, um vollständig der Rechtslage zu entsprechen.

5. Fehler sind nicht regelmäßig ohne Belang, wenn diese die Wissensgrundlage zur Selbstinformation berühren oder objektiv, auch arbeitnehmergruppenspezifisch aber nicht subjektiv, entscheidungserheblich sind.

6. Die Rechtsprechungsänderung deutet darauf hin, dass künftig eine laienverständliche, entscheidungsrelevante Wissensbasis als Maßstab für die Unterrichtung gilt.

• **Felicia Mäurer** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

Clemens A.W.P. Hutengs

Digitale Meinungsfreiheit am Scheideweg?

Der Digital Services Act zwischen Overblocking und Grundrechtsschutz

Mit dem Digital Services Act (DSA) verfolgt die Europäische Union das ambitionierte Ziel, einen sicheren Online-Raum zu schaffen, stellt dabei jedoch den Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 11 I EU-GRCh) vor neue Herausforderungen. Die vorliegende Untersuchung analysiert das Risiko einer systemischen Erosion bürgerlicher Freiheiten durch unbestimmte Rechtsbegriffe wie den „rechtswidrigen Inhalt“ sowie den prozeduralen Druck zur „zeitnahen“ Moderation. Dabei wird dargelegt, wie drohende Sanktionen und die Verlagerung hoheitlicher Einschätzungsprärogativen auf Private ein strukturelles „Overblocking“ provozieren können. Abschließend entwickelt der Beitrag Reformvorschläge zur tatbestandlichen Eingrenzung und zur Erweiterung von Begründungspflichten, um die prozedurale Fairness und die demokratische Diskursordnung im digitalen Raum nachhaltig zu sichern.

I. Die digitale Meinungsfreiheit in der Krise

„TikTok sperrt weltweit Accounts russischer Staatsmedien“¹ – die Diskussion um den Einfluss von X und damit Elon Musk auf die deutsche Politik nimmt immer weiter zu und allein in den vergangenen sechs Monaten gab es auf den großen Online-Plattformen und Suchmaschinen fast 8 Milliarden Einschränkungen oder Löschungen von Inhalten und Accounts innerhalb der Europäischen Union.^{2,3} Parallel nutzten im vergange-

¹ Barkey, am 24.09.2024, Berliner Zeitung, TikTok sperrt weltweit Account russischer Staatsmedien (13.08.2025).

² Krauß/Kürger/Niedermeier/Reichert, am 19.02.2025: zdf-heute, Wie neutral ist X und profitieren Populisten?. Elon Musk im Bundestagswahlkampf (13.08.2025).

³ Überprüfter Zeitraum: 01.02.2025–31.07.2025; siehe: DSA Transparency Database: Europäische Kommission (13.08.2025).

nen Jahr rund 49 Prozent aller EU-Bürger soziale Netzwerke beinahe täglich.⁴ Sie sind als Medium und Faktor öffentlicher Meinungsbildung aus dem Alltag und Sozialleben nicht mehr hinwegzudenken und schon längst kein politisch neutraler Raum mehr.⁵ Da wundert es nicht, dass die Legislative immer mehr Regelungen zur Regulierung sozialer Netzwerke entwickelt.⁶ Parallel zur fortschreitenden Digitalisierung des öffentlichen Raumes zeichnet sich eine alarmierende Erosion der bürgerlichen Wahrnehmung der Meinungsfreiheit ab. Während im Jahr 1987 noch ein signifikanter Anteil von 78 Prozent der deutschen Bevölkerung die Überzeugung vertrat, ihre Meinung ohne Restriktionen äußern zu können, ist dieser Wert im Jahr 2023 auf lediglich 40 Prozent gesunken.⁷ Dieser Entwicklung soll der Digital Services Act (DSA) entgegenwirken.

⁴ Europäische Kommission: Die öffentliche Meinung in der Europäischen Union. Standard Eurobarometer 102 (2024), S. 27 f.

⁵ Vgl. Bedeutung des Rundfunks, BVerfG NJW 1961, 547 (552).

⁶ Die bedeutendsten Gesetzgebungen und Richtlinien auf Europäischer Ebene sind aktuell die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (aktualisiert 2018), der Digital Services Act (2022) und der European Media Freedom Act (2024).

⁷ Petersen/Schmidt: Erosion der subjektiven Meinungsfreiheit: Tiefster Stand seit Erhebungsbeginn vor 70 Jahren (2023), S. 18 ff.

Ziel dieser Verordnung ist die Schaffung eines sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfeldes (Art. 1 I DSA) mit einem besonderen Augenmerk auf den wirksamen Schutz des Grundrechts der Meinungs- und Informationsfreiheit im digitalen Raum.⁸

Doch schafft diese Verordnung wirklich den rechtlichen Rahmen für einen effektiven, strukturierten und rechtssicheren Grundrechtsschutz, an dem sich soziale Netzbetreiber orientieren können?

II. Meinungs- und Informationsfreiheit als Grundpfeiler: Art. 11 I EU-GRCh

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, wie es in Art. 11 I EU-GRCh festgehalten ist, stellt eines der wichtigsten Grundrechte mit konstitutiver Bedeutung für den demokratischen Prozess dar.⁹ Der Schutzbereich erstreckt sich auf die Meinung im weiten Sinne. Erfasst sind also jedes Werturteil und jede Tatsachenbehauptung, Ansicht, Überzeugung und Stellungnahme, ungeachtet des Inhalts oder der Qualität.^{10, 11} Insbesondere im Kontext des Internets kommt diesem Grundrecht als Sicherung von Würde, Autonomie und Persönlichkeitsentwicklung jedes Individuums eine besondere Bedeutung zu.¹² Neben der Meinungsfreiheit ist die Informationsfreiheit ebenfalls vom Schutzbereich des Art. 11 I EU-GRCh umfasst. Diese schützt den gesamten Informationsprozess inklusive des Empfangs, der Weitergabe und der Speicherung.¹³ Dass speziell Beiträge in sozialen Netz-

.....
⁸ Erwägungsgründe Nr. 3, 9 DSA.

⁹ EuGH NJW 2017, 717 (721); NJW 2003, 3185 (3188); BVerfG NJW 1958, 257 (258).

¹⁰ Jarass, in: Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 10; Callies/Ruffert, in: dies., EUV/AEUV, 6. Aufl. 2021, EU-Grundrechte-Charta, Art. 11 Rn. 5.

¹¹ EGMR, Handyside gg. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 07.12.1976, Nr. 5493/72, Rn. 49; Sunday Times gg. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, Rn. 65.

¹² EuGH, EuR 2001, 542 (545); GA Fennelly, Schlussanträge v. 18.05.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (Nr. 154); EuGH NJW 2016, 3149 (3152).

¹³ EGMR, Autronic AG gg. Schweiz, Urt. v. 22.05.1990,

werken dem Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit unterfallen, ist unbestritten.¹⁴ Ob jedoch Anbieter sozialer Netzwerke durch ihre staatsähnlich dominante Position in gleichkommender Weise an Grundrechte gebunden und diesen verpflichtet sind, ist umstritten.¹⁵ Spätestens jedoch durch die direkte Einbindung im Rahmen des DSA (siehe III.3.b.) muss die Meinungs- und Informationsfreiheit auch hier Beachtung finden.¹⁶

III. Der Digital Service Act im Fokus

Der DSA trat am 16. November 2022 in Kraft, wobei der Großteil seiner Bestimmungen erst seit dem 17. Februar 2024 ihre Geltung entfalten. Als nationales Pendant und in vielen Bereichen als Vorbild für den DSA diente das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), das bereits ab 2017 eingeführt wurde und eine vergleichbare Zielsetzung verfolgt.¹⁷ Obwohl in dem vorliegenden Aufsatz punktuell auf die Unterschiede zwischen diesen beiden Regelwerken eingegangen wird, liegt der Fokus der Untersuchung auf der europäischen Lösung des DSA.

1. Grenzenloser Schutz? Der Anwendungsbereich des DSA

Der DSA entfaltet seine Geltung für sämtliche Online-Vermittlungsdienste, sofern deren Nutzer entweder ihren Sitz oder Niederlassungsort innerhalb der Europäischen Union haben (Art. 2 I DSA). Dieser weite Anwendungsbereich be-

.....
 Nr. 12726/87, Rn. 47.

¹⁴ EuGH EuZW 2004, 245 (251); EGMR, Vajnai gg. Ungarn, Urt. v. 08.07.2008, Nr. 33629/06, Rn. 47; Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 11 Rn. 13.

¹⁵ BVerfG NJW 2020, 300 (307); anders: BGH NJW 2021, 3179 (3185).

¹⁶ Neben der unmittelbaren Wirkung durch die Verordnung wird bzgl. der „community standards“ lediglich eine mittelbare Drittwirkung angenommen, sodass auch Inhalte die noch dem Schutzbereich des Art. 5 I GG unterliegen herausgefiltert werden dürften, siehe: Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 106. EL 2024, Art. 1 III Rn. 129.

¹⁷ Gielen/Uphues, Digital Markets Act und Digital Services Act, EuZW 2021, 627 (636 f.).

wirkt, dass auch Dienste, die außerhalb der Union angesiedelt sind, dem DSA unterliegen, sofern eine signifikante Nutzerbasis in der Union vorhanden ist.¹⁸ Darüber hinaus wird der Begriff des „rechtswidrigen Inhalts“ umfassend und ortsunabhängig definiert. Demzufolge fallen alle Inhalte unter diese Definition, die „nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen“ (Art. 3 h DSA).

2. Haftung im digitalen Raum

Der DSA übernimmt in seinen Haftungsvorschriften des Art. 4 ff. weitgehend das sogenannte „Plattformprivileg“, welches bereits in der E-Commerce-Richtlinie (RL 2000/31/EG) etabliert wurde. Dieses Privileg besagt, dass Vermittlungsdiensteanbieter grundsätzlich nicht für rechtswidrige Inhalte haften, die von Nutzern selbst bereitgestellt werden, sofern sie lediglich eine neutrale Rolle einnehmen. Eine neutrale Rolle im Sinne des Art. 4 I DSA ist insbesondere dann gegeben, wenn der Anbieter im Rahmen sozialer Netzwerke die Übermittlung der Inhalte weder veranlasst noch den Adressaten gewählt oder die übermittelte Information ausgewählt oder geändert hat („Reine Durchleitung“). Entsprechendes gilt für das bloße „Caching“ im Sinne des Art. 5 I DSA. Erfährt der Anbieter jedoch von der Rechtswidrigkeit eines Inhalts, so ist er verpflichtet, diesen unverzüglich zu sperren oder zu entfernen.¹⁹ Diese Kenntnisabhängigkeit der Haftung ist ein zentrales Element der DSA. Das in Art. 7 DSA verankerte „Guter-Samariter-Privileg“ gewährt Anbietern die genannten Haftungsprivilegien auch dann, wenn sie freiwillig Kontrollen zur Rechtswidrigkeit von Inhalten durchführen. Diese Bestimmung dient der Steigerung der Sicherheit im Netz und soll verhindern, dass Anbieter aus Angst vor der Haftung von vornherein keine proaktiven Maßnahmen ergreifen.²⁰

.....
¹⁸ Spindler, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1), GRUR 2021, 545 (547).

¹⁹ Art. 6 I lit. a), b) DSA („Hosting“); im Bereich des „Caching“, Art. 5 I lit. e) DSA, ist die Handlungspflicht in engem Rahmen vorhanden.

²⁰ Spindler, GRUR 2021, 545 (549 f.).

Hierbei gilt zu beachten, dass der Entfall der Haftung nach dem DSA auch jegliche Haftung aus sonstigem europäischen oder nationalen Recht entfallen lässt.²¹

3. Der Stufenbau der Sorgfaltspflichten

Das dritte Kapitel des DSA etabliert ein gestuftes System von Sorgfaltspflichten, das sich in mehrere Kategorien unterteilt: Vermittlungsdiensteanbieter grundsätzlich (3.1), Hostingdiensteanbieter und Online-Plattformen (3.2), speziell Online-Plattformen²² (3.3) und schließlich große Online-Plattformen oder Suchmaschinen (3.5). Die letztgenannte Kategorie umfasst Plattformen, die innerhalb der Europäischen Union ein durchschnittliches monatliches Nutzeraufkommen von mindestens 10 Prozent der Gesamtbevölkerung erreichen.²³ Während soziale Netzwerke grundsätzlich unter die dritte Stufe dieser Einteilung fallen, ist bei den großen Anbietern wie Instagram, Facebook, X (ehem. Twitter) und TikTok aufgrund der immensen Nutzerzahlen sogar der vierte Pflichtenkreis eröffnet.²⁴

a. Notice-and-Action: Die DSA-Content-Moderation

Zwar ist eine allgemeine Überprüfungs- oder Nachforschungspflicht nicht Inhalt des DSA (Art. 8 DSA), um einem übermäßigen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Bürger vorzubeugen, dennoch ist im Kontext der Meinungs- und Informationsfreiheit die Verpflichtung zur Implementierung eines Melde- und Abhilfeverfahrens (Art. 16 DSA) gemäß Kapitel 3.2 DSA (s.o.) zu beachten.²⁵ Diese Bestimmung verpflichtet Anbieter von Online-Plattformen zur Einrichtung

.....
²¹ EuGH NJW 2024, 201 (202).

²² Gemäß Art. 3 i DSA werden Online-Plattformen definiert als Hostingdienste, die im Auftrag eines Nutzers Informationen speichern und öffentlich verbreiten.

²³ Dies entspricht ca. 45 Millionen aktiven Nutzern, siehe: Erwägungsgrund Nr. 76 DSA.

²⁴ Europäische Kommission am 25.05.2023, Pressemitteilung IP/23/2413, Gesetz über digitale Dienste: Kommission benennt erstmals sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen (14.08.2025).

²⁵ Spindler, GRUR 2021, 545 (550).

eines „Notice-and-Action-Systems”,²⁶ welches Nutzern eine einfache und benutzerfreundliche Meldung mutmaßlich rechtswidriger Inhalte ermöglicht. Mit der Kenntniserlangung des Anbieters im Rahmen dieses Verfahrens entfällt die zuvor erläuterte Haftungsprivilegierung. Die Bearbeitung solcher Meldungen hat dabei „zeitnah, sorgfältig, frei von Willkür und objektiv” (Art. 16 VI 1 DSA) zu erfolgen. Auch ist explizit zulässig, automatisierte Mittel, einschließlich Künstlicher Intelligenz, zur Unterstützung der Bearbeitung und Entscheidungsfindung einzusetzen (Art. 16 VI 2 DSA), wobei sichergestellt werden muss, dass dies die Sorgfalt und Objektivität nicht beeinträchtigt (s. III.3.b.). Schließlich ist der betroffene Nutzer spätestens bei Aktivwerden eines Einschränkungsmechanismus unverzüglich über die ergriffene Maßnahme sowie deren Begründung zu informieren (Art. 16 V DSA).

b. Überwachte Selbstregulierung

Anbieter der in Kapitel 3.5 DSA (s.o.) genannten Plattformen sind überdies zu einer jährlichen Risikobewertung und -minderung verpflichtet (Art. 34 f. DSA). Diese Verpflichtung erstreckt sich insbesondere auch auf die potenzielle Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit (Art. 34 I UA 2 2 b) und erfolgt im Rahmen einer „überwachten Selbstregulierung”, bei der die Anbieter primär eigenverantwortlich handeln müssen.²⁷ Die Einhaltung dieser Pflicht wird durch eine jährliche unabhängige Prüfung sichergestellt (Art. 37 I DSA).²⁸ Folglich obliegt es den Anbietern selbst, die zugrunde liegenden Bewertungskriterien sowie die daraus abgeleiteten Schlüsse und Gegenmaßnahmen festzulegen. Der Europäischen Kommission kommt in diesem Prozess lediglich eine überwachende, durchsetzende und empfehlende Funktion zu (Art. 35 III 1, 65 ff. DSA).

.....

²⁶ *Ibid.*, 552.

²⁷ *Legner*, Der Digital Services Act – Ein neuer Grundstein der Digitalregulierung, ZUM 2024, 99 (109).

²⁸ Hierbei ist anzumerken, dass die Überprüfung auf Kosten des Anbieters und die Prüferauswahl durch den Anbieter selbst erfolgt, siehe zu den Anforderungen an das prüfende Unternehmen: Art. 37 III a DSA.

IV. Kritische Analyse: Wo der DSA an seine Grenzen stößt

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des grundrechtlich geschützten hohen Gutes der Meinungsfreiheit (s.o.) stellt sich die Frage, inwieweit der DSA als Instrument zur effektiven Plattformregulierung dienen kann, ohne dabei ein erhebliches Angriffspotenzial für die Freiheit der Meinungsäußerung und Information der Nutzer zu entfalten.

1. Bewertungskriterien der Content-Moderation

Die bereits im Gegenstand der Bewertung, dem „rechtswidrigen Inhalt”, erkennbare fehlende Bestimmtheit des DSA erweist sich als problematisch. Der Begriff der Rechtswidrigkeit umfasst hiernach jeglichen Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union oder der Mitgliedstaaten, ohne eine Beschränkung auf beispielsweise strafrechtliche Vorgaben. Wenngleich Art. 16 III DSA verlangt, dass die Meldung es dem Anbieter ermöglichen muss, „ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist”, ist eine solche Einordnung selbst in strafrechtlichen Fällen selten einfach und eindeutig vorzunehmen.²⁹ Dies gilt umso mehr, da der breite Maßstab der gesamten europäischen und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eine solche Offensichtlichkeit kaum zulässt. Während im deutschen Recht zumeist eine Würdigung des Sachverhalts, des Kontextes und des Inhalts einer Aussage erforderlich ist, kann eine Gesamtrechtsbetrachtung nicht weniger umfassend ausfallen. Dieses Problem mangelnder hoheitlich geregelter, klarer Grenzen war bereits Gegenstand der Debatte um das „virtuelle Hausrecht”.³⁰ Während das deutsche NetzDG

.....

²⁹ *Nolte*, Hate Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltssicherung durch Suchmaschinen, ZUM 2017, 552 (556).

³⁰ *Wagner*, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, 861 (866); *Kühler*, „Fake News“ und „Hate Speech“ – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen

hier klare Grenzen zog, gestaltet sich dies im Rahmen des DSA deutlich schwieriger.³¹ Der europäische Gesetzgeber könnte dem begegnen, indem er durch die Vorgabe eines konkreten Bewertungsverfahrens – wie es im deutschen Recht häufiger vorkommt³² – eine Sicherung angemessener Bewertungen gewährleistet. Gegenwärtig ist durch die Pflicht zur Risikobewertung und -minderung (s.o.) lediglich festgelegt, welche grundlegendsten Maßstäbe Beachtung finden müssen, welche Voraussetzungen das Meldesystem zu erfüllen hat und welche Formvorgabe bei der Moderation zu beachten sind. Neben dieser starken Regulierung der prozeduralen Seite ist das konkrete Verfahren zur Einschätzung und rechtlichen Bewertung, insbesondere die Kriterien für Abwägungen zwischen kollidierenden Grundrechten, nahezu vollständig unregelt geblieben. Die großen Online-Plattformen (Kapitel 3.5 DSA) entwerfen diese Verfahren somit selbstständig, lediglich kontrolliert durch die Europäische Kommission, wodurch die Union sowie die Mitgliedstaaten ihre Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Verhaltens in erster Instanz zugunsten von Privatunternehmen ohne jegliches rechtliches Know-how aufgeben.³³

.....
 NetzDG, MStV und Digital Services Act, ZUM 2021, 461 (466 f.).

³¹ *Schwartmann/Mühlenbeck*, Löschen von Beiträgen nach Gemeinschaftsstandards eines sozialen Netzwerkes, GRUR-Prax 2020, 286 (286); OLG Schleswig GRUR-RS 2020, 8539 (8539).

³² *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 99 ff.

³³ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 71; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 62. Ed. 2025, Art. 92 Rn. 5; *Nolte/Wimmers*, Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreisen und offenen Fragen, GRUR 2014, 16 (24); *Eifert*, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen. Zur Veränderung des Umgangs von Recht und Politik mit dem Internet, NJW 2017, 1450 (1451 f.).

2. „Overblocking“ als Gefahr

Nach der bereits dargelegten Einschränkung der Rechtssicherheit von Anbietern durch die weite Fassung des Begriffs des „rechtswidrigen Inhalts“ ist auch die Unbestimmtheit der Formulierung der „zeitnahen“ Bearbeitung (s. II.3.a.) als problematisch anzuführen. In der Vergangenheit wurde im Kontext der im NetzDG normierten 24-Stunden-Löschfrist und verbundenen hohen Bußgeldandrohungen bereits kritisiert, dass eine derart enge zeitliche Vorgabe Anbieter dazu veranlassen könnte, anstatt inhaltlich fundierte Wertungen vorzunehmen, voreilig rechtmäßige Inhalte aus Angst vor der Haftung zu löschen. Dieses Phänomen wird als „Overblocking“ bezeichnet.³⁴ Der DSA sieht ebenfalls empfindliche Bußgelder und Sanktionierungsmöglichkeiten (Art. 74 ff. DSA) vor. Obwohl der DSA keine allgemeine Löschpflicht statuiert, steht es Anbietern frei, sich im Rahmen eigener Verfahren zur Löschung von Inhalten zu verpflichten. Die diesbezügliche Vorgabe der „Zeitnähe“ mag zwar eine gewisse Milderung gegenüber der starren 24-Stunden-Frist des NetzDG darstellen, dennoch übt die Unbestimmtheit der zeitlichen Komponente in Verbindung mit den drohenden Sanktionierungsmöglichkeiten einen erheblichen Druck auf die Anbieter aus. Dieser Druck dürfte die Anbieter regelmäßig der Möglichkeit einer notwendigen und ausführlichen inhaltlichen Prüfung (s.o.) berauben. Das hierdurch provozierte „Overblocking“ stellt einen gravierenden Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit derer Nutzer dar, deren Beiträge vorsorglich gesperrt oder gelöscht werden, obgleich sie materiell-rechtlich zulässig sein mögen.

V. Vorschläge zur DSA-Reform

Die vorangehenden Ausführungen verdeutlichen, dass die größte Schwäche des DSA in der Unbestimmtheit der Bewertungskriterien und

.....
³⁴ *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG. Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte, MMR 2018, 26 (27); *Papier*, Rechenschaftlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025 (3030).

des Begriffs des „rechtswidrigen Inhalts“ liegt. Die Frage, wie das Verfahren des DSA gerade mit Blick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit angepasst werden könnte, drängt sich auf. Die offensichtlichste Maßnahme dürfte die Eingrenzung des Begriffs des „rechtswidrigen Inhalts“ sein. Hierbei muss sowohl der breiten Palette mitgliedstaatlicher Regelungen, als auch der Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung getragen werden. Eine Eingrenzung der zu bewertenden Inhalte auf strafrechtlich relevante Vorschriften, die als besonders relevant im Kontext der sozialen Netzwerke anzusehen sind, wie es § 1 III NetzDG beispielhaft aufzeigt, erscheint sinnvoll.³⁵ Der mitgliedstaatlichen Vielfalt könnte dadurch entsprochen werden, dass die Bestimmung der unter den Verordnungsbegriff der rechtswidrigen Inhalte fallenden Tatbestände den Mitgliedstaaten individuell überlassen wird. Dies würde den Prüfungsumfang erheblich reduzieren und somit die Rechtssicherheit für die Anbieter erheblich steigern. Auch unter Berücksichtigung der verfügbaren Ressourcen könnten trotz gleichbleibenden zeitlichen Drucks bessere Einzelbewertungen vorgenommen werden, wodurch einer möglichen Tendenz zum „Overblocking“ entgegengewirkt werden könnte. Die Erfassung jeglichen Rechtsverstoßes müsste also der Effizienz und der Relevanz der Meinungs- und Informationsfreiheit weichen.³⁶

Speziell im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit kann die Bewertungsstruktur angepasst werden. Gemäß Art. 17 DSA muss die Begründung einer Maßnahme den Grund,

.....
³⁵ Während der DSA intendiert jeglichen Rechtsverstoß erfassen soll, ist erklärtes Ziel des NetzDG die Bekämpfung von Hasskriminalität und Falschnachrichten in sozialen Netzwerken, siehe *Hoven/Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht*, 48. Ed. 2025, § 1 NetzDG Rn. 36 f.

³⁶ Selbst bei der starken Eingrenzung auf die wenigen strafrechtlichen Vorschriften, welche § 1 III NetzDG erfasst (22 Stck.), wurden die schwierigen Abwägungsprozesse in die Debatte um das Gesetz eingebracht, siehe *Hoven/Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal, BeckOK Medienrecht*, § 1 NetzDG Rn. 39; *Liesching*, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 12.

die rechtliche Grundlage, die Umstände des Sachverhalts und Informationen über Rechtsbehelfe enthalten. Bereits durch eine Erweiterung der Begründungspflicht um den Inhalt der konkreten Abwägung, welche zum Unterliegen der Meinungs- und Informationsfreiheit in dem speziellen Fall führte, ließe sich die Überprüfbarkeit im weiteren Prozess verbessern. Eine solche erweiterte Begründungspflicht würde zudem die Angemessenheit der Sachverhaltsbearbeitung und -würdigung durch den Plattformanbieter im Einzelfall für eine spätere Kontrolle leichter nachvollziehbar machen. Durch diese zwei geringfügigen Anpassungen könnte einerseits die zeitliche Komponente und andererseits die Rechtsunsicherheit für Anbieter sozialer Netzwerke verringert werden. Andererseits würde auf Seiten der Nutzer die Hürde zur Geltendmachung und Überprüfung mangelhafter anbieterinterner Bewertungssysteme drastisch reduziert und somit dem bedeutenden Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit Rechnung getragen.

VI. Fazit und Ausblick zum Digital Services Act

Der Digital Services Act stellt einen ambitionierten Versuch dar, den digitalen Raum zu regulieren und dabei den Schutz von Grundrechten, insbesondere der Meinungs- und Informationsfreiheit gemäß Art. 11 I EU-GRCh, zu gewährleisten. Besonders hervorzuheben ist der legislative Ansatz, durch einen gestuften Sorgfaltspflichtenkatalog und die Einführung eines Melde- und Abhilfeverfahrens mehr Verantwortlichkeiten und Schutzstrukturen bei Online-Plattformen zu etablieren. In seiner konkreten Ausgestaltung offenbart der DSA jedoch erhebliche Defizite, die seinen Erfolg, ein sicheres Online-Umfeld zu schaffen, potenziell untergraben oder den aktuellen Schutz sogar reduzieren könnten. Die weiten und unbestimmten Begriffe des „rechtswidrigen Inhalts“ und der „Zeitnähe“ in Verbindung mit dem Fehlen konkreter Bewertungskriterien für die Content-Moderation bergen die Gefahr einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Plattformbetreiber. Dies kann im Zusammenspiel mit den drohenden empfindlichen Sanktionen zu einem unerwünschten „Overblocking“ führen. Eine solche

vorsorgliche Löschung oder Sperrung eigentlich rechtmäßiger Inhalte stellt einen gravierenden Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer dar und konterkariert das eigentlich intendierte Schutzziel des DSA. Die damit verbundene weitgehende Verlagerung der Einschätzungsprärogative bezüglich der Rechtswidrigkeit von Inhalten auf private Unternehmen ohne juristisches Know-how erscheint problematisch und könnte zu einer Privatisierung der Meinungsfreiheit führen, auch wenn dies durch die Pflicht zur Risikobewertung und -minderung begleitet wird. Ein effektiver, strukturierter und rechtssicherer Grundrechtsschutz, der sich als Orientierung für soziale Netzbetreiber eignen würde, ist daher in wesentlichen Punkten nicht hinreichend gewährleistet.

Der DSA in seiner jetzigen Form wird also seiner großen Aufgabe, dem Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit und damit der Demokratie selbst, nicht gerecht.

• **Clemens A.W.P. Hutengs** studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth.

Die ambulante Versorgung in Wohngruppen nach Maßgabe des SGB XI

§ 45f SGB XI¹ sieht einen monatlichen Pauschalbetrag für Pflegebedürftige vor, die in einer ambulant betreuten Wohngruppe gemeinsam mit anderen Pflegebedürftigen leben und gepflegt werden. Die Anspruchsvoraussetzungen sind indes seit ihres Bestehens stark auslegungsbedürftig und in ihrer immer weitreichenderen Konkretisierung durch das Bundessozialgericht (BSG) nicht unumstritten. Ein zentrales Problem besteht nach wie vor darin, die Erbringung ambulanter Pflegeleistungen in sog. fremdorganisierten Wohngruppen eindeutig von einer stationären Versorgung abzugrenzen. Der Beitrag beleuchtet die Anspruchsvoraussetzungen des Wohngruppenzuschlags im Einzelnen und setzt sich kritisch mit verschiedenen Abgrenzungskriterien auseinander.

I. Einführung

Im Jahr 2021 waren 5 Millionen Menschen in der Bundesrepublik Deutschland pflegebedürftig; davon wurden 84 % ambulant im eigenen Zuhause gepflegt.² Die ambulante Pflegeform entspricht auch mehrheitlich dem Wunsch der Pflegebedürftigen, so lange wie möglich in einer vertrauten Umgebung betreut zu werden.³

Eine zunehmende Bedeutung kommt dabei sog. alternativen Wohnformen zu, die außerhalb der klassischen stationären Versorgung die pflegeri-

sche Versorgung sicherstellen sollen. Neben einer Vielzahl von Modellen wie etwa dem Betreuten Wohnen, Service-Wohnen oder Wohnen mit Pflege⁴ nimmt die ambulant betreute Wohngruppe eine besondere Stellung ein. Sie soll nach Vorstellung des Gesetzgebers als neue Wohn- und Pflegeform gefördert werden, um eine stationäre Versorgung möglichst zu vermeiden und gleichzeitig dem in § 3 SGB XI normierten Vorrang ambulanter vor stationären Leistungen gerecht zu werden.⁵ Von ihrer Konzeption ist die Wohngruppe in einem Bereich zwischen der ambulanten Pflege und der stationären Versorgung angesiedelt;⁶ gleichwohl gilt für sie kein eigener Sektor, sondern sie ist strikt dem einen oder dem anderen Bereich zuzuordnen.⁷

Zentral im Rahmen der ambulanten Versorgung in Wohngruppen ist § 45f SGB XI, der den Wohngruppenzuschlag regelt und zugleich die Wesensmerkmale einer solchen Wohngruppe normiert.⁸ Neben den Pflegeleistungen der §§ 36 ff. SGB XI erhalten Pflegebedürftige demnach zusätzlich einen pauschalen Geldbetrag in Höhe

.....
¹ *Anm. der Redaktion:* § 45f SGB XI wurde durch das Gesetz zur Befugnisweiterung und Entbürokratisierung in der Pflege vom 29.12.2025 (BGBl. I 2025 Nr. 371) geändert und enthält nun u.a. die Regelungen des § 38a SGB XI, der durch das Gesetz aufgehoben wurde. Da der Aufsatz vor Inkrafttreten der Änderungen verfasst wurde, bezieht sich die hierin zitierte Rechtsprechung und Literatur auf den wortlautgleichen § 38a SGB XI.

² Braeseke, Häusliche Pflege im Überblick – Leistungen der Pflegeversicherung und Versorgungsstrukturen, ArchSozArb 2024, 4 m.w.N.

³ BT-Drs. 12/5262, 90.

.....
⁴ Nakielski, Ambulant oder stationär? Die schwierige Abgrenzung von Pflege-Wohnformen – und ihre Folgen, SozSich 2019, 353.

⁵ BT-Drs. 17/10170, 3.

⁶ Flint, Das Bundessozialgericht als Akteur im Gesundheitsrecht, Antrittsvorlesung an der Universität Hamburg, in: Meßling/Voelzke (Hg.), Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats, 2024, 429, (431); Griep, Der neue Wohngruppenzuschlag nach § 38a SGB XI – Bravourstück oder Verschlimmbesserung?, PflR 2015, 439.

⁷ Waßer, SozSich 2019, 353, 355 f.

⁸ Vgl. Waßer, SozSich 2019, 353, 355.

von 214 EUR (ab 01.01.2026 224 EUR), wenn sie gemeinsam mit mindestens zwei und höchstens elf weiteren Personen in einer Wohngruppe leben. Zudem kann die Gründung einer Wohngruppe nach § 45e SGB XI mit bis zu 10.000 EUR gefördert werden.

Die Anspruchsvoraussetzungen des § 45f SGB XI sind jedoch seit Bestehen der Norm nicht unumstritten. Während Pflegekassen und Instanzgerichte die Voraussetzungen tendenziell eng auslegen, hat sich das Bundessozialgericht (BSG) in mehreren Urteilen für eine eher weite Auslegung ausgesprochen. Insbesondere im Kontext der sog. fremdorganisierten Wohngruppen stellt sich die Abgrenzung zur stationären Leistungserbringung als problematisch dar. Dies hat Auswirkungen für die Leistungserbringer, etwa hinsichtlich der Finanzierung, der Zuordnung zu einem Träger stationärer bzw. ambulanter Pflegeeinrichtungen sowie der Anforderungen an die Qualitätssicherung.⁹

Vor allem ist die Abgrenzung jedoch für die Pflegebedürftigen von entscheidender Bedeutung. Auch wenn der Eigenanteil in der stationären Versorgung mit dem GVWG¹⁰ durch § 43c SGB XI nunmehr begrenzt wurde, bleibt die ambulante Versorgung für die meisten Pflegebedürftigen nicht zuletzt dadurch die bevorzugte Wahl, dass sich verschiedene Pflegeleistungen miteinander kombinieren lassen.¹¹ Mitunter kann so ein „Gesamtpaket“ an Leistungen erreicht werden, die jene der stationären Versorgung übersteigen.¹²

.....
⁹ *Waßer*, Heim oder nicht Heim – das ist hier die Frage, Zur Abgrenzung zwischen Pflegeheimen und Wohnformen mit ambulanten Pflegeleistungen und den unterschiedlichen Rechtsfolgen, SozSich 2019, 353, (356).

¹⁰ BGBl. I 2021, 2754.

¹¹ *Udsching*, Anmerkung zu BSG, Urt. v. 26.03.2021 – B 3 KR 14/19 R, jurisPR-SozR 19/2021 Anm. 2.

¹² *Schölkopf/Hoffer*, Das Erste Pflegestärkungsgesetz (PSG I) – Inhalte und Bedeutung für die pflegerische Versorgung, NZS 2015, 521, 523 ff.; *Waßer*, SozSich 2019, 353, (354).

Wohngruppen i.S.d. § 45f SGB XI stellen etwa einen „geeigneten Ort“ i.S.d. § 37 SGB V dar, sodass anders als in der stationären Versorgung auch Leistungen der häuslichen Krankenpflege bezogen werden können.¹³

Der vorliegende Beitrag will den zentralen Merkmalen einer ambulant betreuten Wohngruppe nachgehen. Dabei soll zunächst vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Zielsetzung die über die Jahre erfolgte Entwicklung der Voraussetzungen des § 45f SGB XI nachvollzogen werden. Anschließend sollen zentrale Problemfelder betrachtet werden, die sich im Kontext der fremdorganisierten Wohngruppen stellen. Insbesondere soll diskutiert werden, inwieweit § 45f SGB XI in seiner aktuellen Fassung und vor allem in der Konkretisierung durch das BSG eine hinreichend trennscharfe Abgrenzung zur stationären Versorgung vornimmt.

II. Verschiedene Arten von Wohngruppen und ihre Wesensmerkmale

Ambulant betreute Wohngruppen sind grundsätzlich in Form der selbstorganisierten Wohngruppe und jener der fremdorganisierten Wohngruppe denkbar. Sie unterscheiden sich voneinander vor allem hinsichtlich Organisation und Struktur.

1. Selbstorganisierte Wohngruppen

Bei den sog. selbstorganisierten Wohngruppen geht die Gründung der Wohngruppe von den Pflegebedürftigen selbst und/oder von ihren Angehörigen aus.¹⁴ Die Pflegebedürftigen schließen sich eigeninitiativ zum Zweck einer besseren Organisation ihrer pflegerischen Versorgung zu einer Wohngemeinschaft zusammen, in der sie zusätzlich von einer sog. Präsenzkraft in hauswirtschaft-

.....
¹³ *Opolony*, Medizinische Behandlungspflege und Pflegebedürftigkeit, Finanzierungsverantwortung de lege lata und de lege ferenda, NZS 2017, 409, (410); zur Streitfrage, ob die Tätigkeit der Präsenzkraft den Anspruch nach § 37 SGB V ausschließen kann *Weber*, Häusliche Krankenpflege an sonst geeigneten Orten, NZS 2019, 52, (55 f.).

¹⁴ *Wiegand*, in: Schlegel/Voelzke SGB XI, 4. Aufl. 2024, § 38a SGB XI Rn. 28.

lichen und verwaltenden Tätigkeiten unterstützt werden.¹⁵ Die Pflegebedürftigen bzw. deren vertretungsbefugte Versorgungsbevollmächtigte oder Betreuer¹⁶ mieten eigenständig geeignete Wohnräume an, etwa bei einem Wohlfahrtsverband.¹⁷ Zudem beauftragen sie einen Pflegedienst, der entsprechende Pflege- und Betreuungsleistungen erbringt.¹⁸ Nach außen agiert die Wohngruppe als Auftraggebergemeinschaft, die zivilrechtlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzuordnen ist.¹⁹

2. Fremd- bzw. anbieterorganisierte Wohngruppen

Im Gegensatz dazu ist kennzeichnendes Merkmal der sog. fremd- bzw. anbieterorganisierten Wohngruppe, dass sich die einzelnen Pflegebedürftigen nicht selbstständig zu einer Wohngruppe zusammenschließen. Stattdessen ziehen sie in ein Zimmer bzw. eine Wohnung innerhalb einer vorstrukturierten Wohnanlage ein und bilden eine Art Haus- oder Etagengemeinschaft.²⁰ Die Räumlichkeiten werden zweckgebunden für das Zusammenleben zur pflegerischen Versorgung von einem Vermieter zur Verfügung gestellt, der in der Regel auch über die Belegung entscheidet.²¹ Auch in dieser Form der Wohngruppe wird jedoch nicht wie in einem Pflegeheim lediglich ein Vertrag mit einem Vollversorger abgeschlossen; stattdessen besteht wie in der selbstorganisierten Wohngruppe ein Nebeneinander des Mietvertrags mit der Einrichtung und des Vertrags über die Pflege- und Betreuungsleistungen.²² Die Präsenzkraft wird dagegen meist im Auftrag des Wohnraumanbieters als dessen Ar-

beitnehmerin²³ oder auch selbstständig²⁴ tätig. Diese Form der Wohngruppe kann durch die mit ihr einhergehende Trägerverantwortung einer stationären Einrichtung je nach Ausgestaltung sehr nahekommen. Eine große Ähnlichkeit weist sie etwa zu sog. Außenwohngruppen²⁵ bzw. Kleininrichtungen²⁶ auf. Dies sind wohngruppenähnliche Strukturen, die innerhalb eines Pflegeheims gegründet werden und von der übrigen stationären Versorgung nach Etagen oder Abteilungen getrennt ist.²⁷ Letztendlich unterscheidet sich diese Versorgungsform von der Wohngruppe i.S.d. § 45f SGB XI durch ihre organisatorische Struktur,²⁸ ist ihr jedoch äußerlich sehr ähnlich.

Im Rahmen der fremdorganisierten Wohngruppe stellt sich also besonders häufig die Frage nach einer möglichst sicheren Abgrenzung,²⁹ die noch zu erörtern sein wird.

III. Anspruch auf Wohngruppenzuschlag nach § 45f SGB XI

Die in § 45f SGB XI normierten Anforderungen an ambulant betreute Wohngruppen haben sich im Laufe der Jahre nicht unwesentlich geändert; insbesondere durch das Erste Pflegestärkungsgesetz (PSG I)³⁰ wurden mit Wirkung vom 01.01.2015 einige Voraussetzungen ersetzt und grundlegend geändert, andere ergänzt.

Im Folgenden sollen die aktuell geltenden Anspruchsvoraussetzungen vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Zielsetzung und stellen-

.....

²³ Giesbert, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, 78. Edition 2025 (Stand: 01.09.2025), § 38a SGB XI Rn. 18.

²⁴ Dalichau, Neue Anforderungen an die ambulant betreute Wohngruppe, GuP 2015, 61, (67).

²⁵ Dalichau, GuP 2015, 61.

²⁶ Rasch, Ambulant betreute Wohngruppen nach dem SGB XI, Voraussetzungen, Förderung und Rechtsfragen, SozSich 2019, 364, (365).

²⁷ Dalichau, GuP 2015, 61.

²⁸ Dalichau, Förderung neuer Wohnformen – ambulant betreute Wohngruppen nach dem PNG, GuP 2013, 50, (51).

²⁹ Rasch, SozSich 2019, 364, (365); Brose, Der Wohngruppenzuschlag nach § 38a SGB XI und der Aspekt der Gemeinschaftlichkeit, SGB 2020, 723, (724).

³⁰ BGBl. I 2014, 2222.

.....

¹⁵ Reimer, Anmerkung zu BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 2/19 R, SGB 2021, 580, (582).

¹⁶ Griep, Wohngruppenzuschlag nach § 38a SGB XI, SRA 2013, 186, (188).

¹⁷ Klie, Ambulant betreute Wohngemeinschaften – Pioniere einer neuen Sorgeskultur?, NDV 2019, 19, (25).

¹⁸ Klie, NDV 2019, 19, (25).

¹⁹ Griep, SRA 2013, 186, (188); Klie, NDV 2019, 19, (22).

²⁰ Reimer, SGB 2021, 580, (582).

²¹ Griep, Der neue Wohngruppenzuschlag nach § 38a SGB XI – Bravourstück oder Verschlimmbesserung?, PflR 2015, 439, (443).

²² Vgl. Griep, PflR 2015, 439, (444).

weise auch im Vergleich zur bis 31.12.2014 geltenden Fassung³¹ (nachfolgend: § 38a SGB XI a.F.) dargelegt werden.

1. Normzweck und Hintergründe

§ 45f SGB XI wurde mit Wirkung vom 30.10.2012 durch das Pflege-Neuausrichtungsgesetz (PNG)³² in das SGB XI aufgenommen. Die Förderung alternativer Wohnformen geht bereits auf Modellvorhaben aus dem Jahr 2007 zurück, durch die neue qualitätsgesicherte Versorgungsformen i.S.d. § 8 III SGB XI für Pflegebedürftige konzipiert werden sollten.³³ Vor dem Hintergrund der durch die demographische Entwicklung kontinuierlich steigenden Zahl pflegebedürftiger Menschen sollten zukunftstaugliche Leistungsangebote entwickelt werden.³⁴ Pflegebedürftigen sollte ein möglichst selbstbestimmtes Leben ermöglicht werden, auch wenn ein angemessenes Wohnen in der häuslichen Umgebung nicht mehr realisierbar erscheint, eine stationäre Unterbringung aber nicht erforderlich ist oder die Pflegebedürftigen diese ablehnen.³⁵ Der pauschale Geldbetrag des Wohngruppenzuschlags soll dabei nicht der Aufstockung der pflegerischen Leistungen dienen,³⁶ sondern die besonderen Aufwendungen ausgleichen, die in dieser Versorgungsform entstehen.³⁷

Besondere Berücksichtigung fanden bei der Entwicklung der Wohngruppe die besonderen Pflegebedürfnisse von Demenzerkrankten und ihre speziellen Betreuungsbedarfe.³⁸ Gleichzeitig sollte der in § 3 SGB XI zum Ausdruck kommende Grundsatz „ambulant vor stationär“ weiter gestärkt werden.³⁹

.....

³¹ BGBl. I 2012, 2246.

³² BGBl. I 2012, 2246.

³³ *Wiegand*, in: Schlegel/Voelzke SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 11 m.w.N.

³⁴ BT-Drs. 17/9369, 1.

³⁵ BT-Drs. 17/9369, 42.

³⁶ BSG, Beschl. v. 18.02.2016 – B 3 P 5/14 R Rn. 23 (alle Entscheidungen werden, soweit nicht anders bezeichnet, aus juris zitiert).

³⁷ BT-Drs. 17/9369, 40 f.

³⁸ BT-Drs. 17/9369, 1; *Dalichau*, GuP 2013, 50, (51).

³⁹ Vgl. BT-Drs. 17/9369, 40.

2. Die Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen

a) Gemeinsame Wohnung

Anspruchsvoraussetzung für den Wohngruppenzuschlag ist gem. § 45f I 1 Nr. 1 SGB XI zunächst, dass der jeweils anspruchstellende Pflegebedürftige mit mindestens zwei und höchstens elf weiteren Personen in einer gemeinsamen Wohnung lebt und davon mindestens zwei weitere Personen pflegebedürftig i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI sind. In § 38a I Nr. 4 SGB XI a.F. war zunächst lediglich eine Mindestzahl von drei Pflegebedürftigen ohne Höchstgrenze vorgesehen, da die Förderung der pflegerischen Versorgung den Ländern obliege.⁴⁰ Durch das PSG I wurde schließlich mit Wirkung vom 01.01.2015 eine Höchstgrenze von insgesamt elf Personen festgelegt, die durch das Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf⁴¹ auf zwölf Personen erhöht wurde. Nachdem sich stationäre Einrichtungen vermehrt zu ambulanten Wohngruppen umdeklariert hatten,⁴² sollte sichergestellt werden, dass ein Wohngruppenzuschlag dann nicht gewährt wird, wenn die für eine Wohngemeinschaft übliche Größe überschritten ist.⁴³

Das Merkmal der gemeinsamen Wohnung wird nach der neueren Rechtsprechung eher weit ausgelegt. Nach Ansicht des BSG liegt eine gemeinsame Wohnung erst dann nicht mehr vor, wenn es sich um eine Wohnform handelt, die lediglich bei „formaler“ Betrachtung der ambulanten Versorgung zugeordnet werden kann, faktisch jedoch einer vollstationären Versorgung entspricht.⁴⁴ Demgegenüber steht es einer gemeinsamen Wohnung nicht entgegen, wenn jeder Bewohner in einem eigenen Apartment innerhalb eines Wohnhauses untergebracht ist.⁴⁵ Es darf sich jedoch nicht um eine Wohnanlage

.....

⁴⁰ BT-Drs. 7/9369, 41.

⁴¹ BGBl. I 2014, 2462.

⁴² Vgl. BT-Drs. 18/3449, 13; vgl. *Udsching*, Anmerkung zu BSG, Urte. v. 27.06.2024 – B 3 P 2/23 R, jurisPR-SozR 23/2024 Anm. 6.

⁴³ BT-Drs. 18/2909, 41.

⁴⁴ BSG v. Urte. v. 10.09.2020 – B 3 P 1/20 R Rn. 17.

⁴⁵ Vgl. *Ibid.*, Rn. 19; so auch schon LSG NRW, Urte. v. 20.09.2018 – L 5 P 97/17 Rn. 13.

handeln, die so gestaltet ist, dass sich jeder Bewohner quasi selbstständig versorgen kann; es muss zumindest die Möglichkeit geben, dass die Bewohner auf die Nutzung von Gemeinschaftsräumen zurückgreifen können.⁴⁶ Diese Räume dürfen dabei nicht rein funktionaler Art sein, sondern müssen das gemeinschaftliche Leben auch tatsächlich ermöglichen.⁴⁷ Andererseits ist es jedoch nicht so, dass die gemeinsame Wohnung ein gemeinsames Zusammenleben erfordern muss; Voraussetzung für den Wohngruppenzuschlag ist nicht, dass die Bewohner zum regelmäßigen gemeinschaftlichen Umgang gezwungen werden.⁴⁸

Eine gemeinsame Wohnung liegt auch dann nicht mehr vor, wenn es sich nicht um ein abgeschlossenes Wohngebäude mit einem gemeinsamen Haupteingang handelt und sich die Gemeinschaft auf benachbarte Gebäude erstreckt.⁴⁹ Damit hat das BSG deutlich gemacht, dass eine restriktive Auslegung, die etwa das Vorliegen einer gemeinsamen Wohnung an gemeinsam genutzte Sanitärebereiche knüpft,⁵⁰ insbesondere vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Zielstellung nicht geboten ist.⁵¹

b) Gemeinschaftlich organisierte pflegerische Versorgung

§ 45f I 1 Nr. 1 SGB XI setzt weiterhin voraus, dass die Pflegebedürftigen zum Zweck der gemeinschaftlich organisierten pflegerischen Versorgung zusammenleben. Nach der Rechtsprechung des BSG ist dies nicht nur eine Beschreibung des Wesens der ambulant betreuten Wohngruppe, sondern eine echte Anspruchsvoraussetzung; die pflegerische Versorgung muss daher notwendigerweise eine

.....

⁴⁶ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 1/20 R Rn. 17.

⁴⁷ *Ibid.*, Rn. 19.

⁴⁸ Brose, SGB 2020, 723, (725); Richter, Der Wohngruppenzuschlag nach § 38a SGB XI nach der Konkretisierung durch das BSG, NZS 2021, 841, (842).

⁴⁹ BT-Drs. 17/9669, 22; LSG NRW, Urt. v. 20.09.2018 – L 5 P 97/17 Rn. 59.

⁵⁰ So etwa SG Münster, Urt. v. 14.03.2014 – S 6 P 135/13 Rn. 21 f.

⁵¹ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 1/20 R Rn. 18.

organisierte Struktur aufweisen, die über die individuelle häusliche Pflege jedes Einzelnen hinausgeht.⁵² In der Praxis einigen sich die Bewohner aus praktischen Gründen meist auf einen gemeinsamen Pflegedienst.⁵³ Der Gesetzeswortlaut schließt zudem nicht aus, dass auch in fremdorganisierten Wohngruppen eine gemeinschaftliche Organisation vorliegen kann.⁵⁴

Auch Familienverbände können als Wohngruppe i.S.d. § 45f SGB XI gelten, wenn das Zusammenleben nicht lediglich Ausdruck der familiären Verbundenheit zwischen den Mitgliedern ist, sondern darüber hinaus auch wesentlich der pflegerischen Versorgung dienen soll.⁵⁵ Dies muss im Einzelfall nach den inneren und äußeren Umständen festgestellt werden.⁵⁶ Eine eher weite Auslegung in diesem Bereich ergibt sich auch im Hinblick auf Art. 6 I i.V.m. Art. 3 I GG.⁵⁷ Eine andere Ansicht, wie sie etwa der GKV-Spitzenverband vertritt,⁵⁸ die Familienverbände grundsätzlich vom Wohngruppenzuschlag ausschließt, erscheint vor diesem Hintergrund zu eng.

c) Leistungsbezug nach den §§ 36 ff. SGB XI

Den Wohngruppenzuschlag als zusätzliche Leistung der ambulanten Versorgung erhalten gem. § 45f I 1 Nr. 2 SGB XI nur Pflegebedürftige i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI, die Leistungen nach den §§ 36, 37, 38, 45a oder 45b beziehen und mindestens dem Pflegegrad 2 zugeordnet sind.

.....

⁵² BSG, Urt. v. 18.02.2016 – B 3 P 5/14 R Rn. 31; Giesbert, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, § 38a SGB XI Rn. 14.

⁵³ Klie, NDV 2019, 19, (22).

⁵⁴ Giesbert, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, § 38a SGB XI Rn. 14.

⁵⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 27.06.2024 – B 3 P 1/23 R Rn. 20; Giesbert, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, § 38a SGB XI Rn. 15.

⁵⁶ BSG, Urt. v. 18.02.2016 – B 3 P 5/14 R Rn. 21.

⁵⁷ *Ibid.*, Rn. 15 ff.

⁵⁸ GKV-Spitzenverband, Gemeinsames Rundschreiben zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des SGB XI vom 14.11.2023, S. 205.

d) Gemeinschaftliche Beauftragung einer Präsenzkraft

Gemäß § 45f I 1 Nr. 3 SGB XI müssen die Mitglieder der Wohngruppe gemeinschaftlich eine Person beauftragen, die unabhängig von der individuellen pflegerischen Versorgung allgemeine organisatorische, verwaltende, betreuende oder das Gemeinschaftsleben fördernde Tätigkeiten verrichtet oder die Pflegebedürftigen bei der Haushaltsführung unterstützt. In Literatur und Rechtsprechung hat sich die Bezeichnung „Präsenzkraft“ etabliert.⁵⁹ Die Trennung der Aufgaben der Präsenzkraft von den pflegerischen bzw. betreuenden Tätigkeiten ist durch das PSG I erfolgt;⁶⁰ in § 38a I 3 SGB XI a.F. war noch von einer „Pflegekraft“ die Rede, die neben organisatorischen und verwaltenden Tätigkeiten auch einfache pflegerische Aufgaben erfüllt hat, dabei jedoch keine ausgebildete Pflegefachkraft i.S.d. § 71 III SGB XI sein musste.⁶¹ Als Präsenzkraft können sowohl natürliche als auch juristische Personen beauftragt werden; in letzterem Fall muss jedoch eine natürliche Person als Ansprechpartner benannt werden.⁶² Die gemeinschaftliche Beauftragung ist nicht an Formvorschriften gebunden; sie kann etwa auch durch nachträgliche Billigung konkludent erfolgen, wobei nicht zwingend sämtliche Bewohner mitwirken müssen.⁶³ Das BSG hat dazu ausgeführt, dass die „Wohngemeinschaft“ und die „ambulant betreute Wohngruppe“ nicht zwingend identisch sein müssen: Personen, die selbst nicht pflegebedürftig i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI sind, sind zwar nicht Teil der Wohngruppe als solcher und haben keinen Anspruch auf den Wohngruppenzuschlag, können jedoch nach § 45f I 1 Nr. 1 SGB XI Teil der Wohngemeinschaft sein.⁶⁴ Kürzlich stellte das BSG klar, dass auch ein Familienmitglied, das gleichzeitig auch Pfl-

.....
⁵⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 18.02.2016 – B 3 P 5/14 R Rn. 21; *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 38a SGB XI Rn. 11; *Wiegand*, in: Schlegel/Voelzke SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 35.

⁶⁰ BT-Drs. 18/2909, 41.

⁶¹ BT-Drs. 17/10170, 16.

⁶² BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 2/19 R Rn. 21 f.

⁶³ *Ibid.*, Rn. 23.

⁶⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 2/19 R Rn 24.

geperson ist, Präsenzkraft sein kann, wenn es zur Pflege zusätzliche Aufgaben i.S.d. § 45f I 1 Nr. 3 SGB XI übernimmt.⁶⁵

e) Keine einer stationären Betreuung entsprechende Versorgung

Nach § 45f I 1 Nr. 4 SGB XI darf keine Versorgungsform einschließlich teilstationärer Pflege vorliegen, in der ein Anbieter der Wohngruppe oder ein Dritter den Pflegebedürftigen Leistungen anbietet oder gewährleistet, die dem im jeweiligen Rahmenvertrag nach § 75 I SGB XI für vollstationäre Pflege vereinbarten Leistungsumfang weitgehend entsprechen. Handelt es sich um eine fremdorganisierte Wohngruppe, hat der Anbieter die Pflegebedürftigen vor deren Einzug in die Wohngruppe in geeigneter Weise darauf hinzuweisen, dass dieser Leistungsumfang von ihm oder einem Dritten nicht erbracht wird, sondern die Versorgung in der Wohngruppe auch durch die aktive Einbindung ihrer eigenen Ressourcen und ihres sozialen Umfelds sichergestellt werden kann. Diese Voraussetzung soll ganz wesentlich der Abgrenzung zur stationären Versorgung dienen⁶⁶ und ersetzt das bis zum 31.12.2014 maßgebliche Kriterium, dass Pflege- und Betreuungsleistungen durch die Pflegebedürftigen rechtlich und tatsächlich frei wählbar sein müssen. Die Kriterien zur Abgrenzung von stationären Versorgungsformen wurden damit grundlegend geändert.⁶⁷

Klargestellt und erstmals ausdrücklich normiert ist mit dem Verweis in § 45f I 1 Nr. 4 HS 2 SGB XI auf die Hinweispflicht des Anbieters nun auch, dass auch fremdorganisierte Wohngruppen § 45f SGB XI unterfallen können.⁶⁸

.....
⁶⁵ BSG, Urt. v. 27.06.2024 – B 3 P 1/23 R Rn. 17.

⁶⁶ *Dalichau*, GuP 2015, 61, (68).

⁶⁷ *Weber*, in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, § 38a SGB XI Rn. 2.

⁶⁸ *Waßer*, Heim oder nicht? Gemeinsamkeiten der Gerichte bei der Abgrenzung, Die besondere Bedeutung von § 38a SGB XI für die Abgrenzungskriterien, SozSich 2019, 361, (362).

Mit dem Zweiten Pflegestärkungsgesetz (PSG II)⁶⁹ wurde m.W.v. 01.01.2017 zusätzlich die Regelung in Abs. 1 S. 2 eingeführt, wonach nach Prüfung des Einzelfalls durch den Medizinischen Dienst (MD) auch Leistungen der Tages- oder Nachtpflege nach § 41 SGB XI den Anspruch auf Wohngruppenzuschlag dann nicht entfallen lassen, wenn nachgewiesen ist, dass ohne solche teilstationären Leistungen die pflegerische Versorgung nicht in ausreichendem Umfang sichergestellt ist. Eine § 75 I SGB XI entsprechende Vollversorgung soll vor allem dann anzunehmen sein, wenn im Miet- oder Pflegevertrag die vollständige Übernahme sämtlicher körperbezogenen Pflegemaßnahmen, der Betreuungsmaßnahmen sowie Hilfen bei der Haushaltsführung vereinbart ist und darüber hinaus keine Einbringung der Bewohner in den Alltag möglich ist.⁷⁰ Somit sind leistungsrechtliche Kriterien für die Abgrenzung entscheidend.⁷¹ Es muss zumindest möglich sein, dass die Bewohner selbst, ihr soziales Umfeld oder auch ehrenamtlich Tätige Beiträge zur Versorgung leisten können, etwa bei der Organisation von Arztbesuchen, beim Einkauf von Lebensmitteln oder bei der Gestaltung der Wohnung.⁷²

Zur Abgrenzung von einer stationären Vollversorgung ist es zudem erforderlich, dass es sich bei den Aufgaben der Präsenzkraft um im Verhältnis zur pflegerischen Versorgung zusätzliche Tätigkeiten handelt und regelmäßig „keine personelle und/oder vertragliche Symbiose“ zwischen diesen Leistungsbereichen vorliegt.⁷³

IV. Ansätze zur Abgrenzung der ambulanten Leistungserbringung in fremdorganisierten Wohngruppen von einer stationären Versorgung

Wie sich gezeigt hat, ist die Konkretisierung der in § 45f SGB XI normierten Tatbestandsmerk-

.....
⁶⁹ BGBl. I 2015, 2424.

⁷⁰ GKV-Spitzenverband, Gemeinsames Rundschreiben, S. 207.

⁷¹ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 25.

⁷² GKV-Spitzenverband, Gemeinsames Rundschreiben, S. 207; BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 25.

⁷³ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 26.

male angesichts der bewusst unscharfen Voraussetzungen der Norm⁷⁴ maßgeblich durch die Rechtsprechung des BSG erfolgt. Seit die Voraussetzungen des § 45f SGB XI durch das PSG I grundlegend geändert worden sind und nunmehr entscheidendes Abgrenzungskriterium zur vollstationären Versorgung das Leistungs- bzw. Versorgungsniveau ist, regt sich vielfach Kritik. Diese betrifft zum einen die Rechtsprechung des BSG, aber auch ganz grundsätzlich die relative Offenheit der Norm.

Es stellt sich vor allem die Frage, wann ein der stationären Versorgung „weitgehend entsprechender“ Leistungsumfang vorliegen soll.⁷⁵

1. Kriterien in der Rechtsprechung des BSG **a) Leistungsumfang**

Nach der Rechtsprechung des BSG kommt es bei der Abgrenzung weniger auf die rechtliche und/oder personelle Gestaltung der Wohngruppe und ihres Anbieters an, sondern vielmehr auf den Umfang der gewährten Pflege- und Betreuungsleistungen.⁷⁶ Damit nimmt das BSG Bezug auf die in § 45f I 1 Nr. 4 HS 1 SGB XI normierte Voraussetzung, dass die Leistungsgewährung in der Wohngruppe nicht einem vollstationären Leistungsumfang weitgehend entsprechen darf. Indes wäre der Verweis auf die Vorgaben des Rahmenvertrags inhaltlich zumindest weiter konkretisierungsbedürftig; die Rahmenverträge, die zwischen den Landesverbänden der Pflegekassen und den Vereinigungen der Träger der ambulanten oder stationären Versorgung geschlossen werden, enthalten nämlich keinerlei quantitative Vorgaben zum Leistungsumfang der ambulanten gegenüber der stationären Versorgung.⁷⁷ Auch § 43 SGB XI, der die Leistungen bei stationärer Versorgung wesentlich regelt, trifft keine Aussagen bezüglich Art und Umfang des Pflegebedarfs.⁷⁸

.....
⁷⁴ Brose, SGB 2020, 723, (727).

⁷⁵ So auch Waßer, SozSich 2019, 361, (362).

⁷⁶ Wahl, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 12a.

⁷⁷ Griep, PflR 2015, 439, (448).

⁷⁸ *Ibid.*

Davon abgesehen erscheint problematisch, dass eine Unterscheidung zwischen ambulanten und stationären Versorgungsformen nach dem Leistungsumfang bereits ganz grundsätzlich kaum möglich ist. So lässt sich insbesondere nicht nach dem Pflegebedarf und dem entsprechenden Pflegegrad der Betreuten unterscheiden.⁷⁹ Keineswegs darf etwa angenommen werden, dass sich die stationäre Pflege gegenüber der ambulanten Versorgung durch einen höheren oder qualitativ unterschiedlichen Betreuungsbedarf auszeichnen würde; in Pflegeheimen können grundsätzlich Pflegebedürftige aller Pflegegrade untergebracht sein.⁸⁰

Noch weiter verschärft hat sich die Problematik dadurch, dass § 45f I 1 Nr. 4 HS 1 SGB XI nunmehr auch eine Abgrenzung zu teilstationären Pflegeleistungen nach § 41 SGB XI erfordert, die nur unter den Voraussetzungen des § 45f I 2 SGB XI erbracht werden dürfen. Der MD prüft dabei nicht nur, ob der betroffene Pflegebedürftige alle von ihm benötigten Pflegeleistungen in ausreichendem Umfang erhält; zusätzlich werden auch alle anderen Leistungen in die Betrachtung mit einbezogen, die die Präsenzkraft und die Pflegekräfte erbringen.⁸¹ Es wird regelmäßig geprüft, ob durch die Kombination mit teilstationären Leistungen das Gesamtversorgungsniveau in der Wohngruppe einen für die stationäre Versorgung typischen Grad erreicht.⁸² Es wird letztlich eine Gesamtbetrachtung des kumulierten Bedarfs an Pflegeleistungen innerhalb der Wohngruppe vorgenommen, d.h. der Summe aller Leistungen, die von den verschiedenen Beteiligten erbracht werden.⁸³

Demgegenüber wäre für die Abgrenzung eigentlich von Bedeutung, ob wie in einem Pflegeheim eine umfassende Vollversorgung aus lediglich einer Hand geleistet wird.⁸⁴ Gerade die fehlende

.....

⁷⁹ *Ibid.*, (449).

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ BT-Drs. 18/5926, 125.

⁸² *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 12.

⁸³ BT-Drs. 18/5926, 125; *Griep*, PflR 2015, 439, (442); *Leitner*, in: Rolfs/Körner SGB XI, 2024 (Stand: 01.05.2021), § 38a SGB XI Rn. 15.

⁸⁴ *Griep*, PflR 2015, 439, (442).

Trennung von Betreuungsverträgen und dem Vertrag über die Überlassung des Wohnraums ist charakteristisch für eine stationäre Versorgung.⁸⁵ Weder § 45f I 1 Nr. 4 SGB XI noch die Rechtsprechung des BSG stellen dies jedoch in der gebotenen Deutlichkeit klar. Die Auffassung des BSG, es dürfe grundsätzlich keine vertragliche oder personelle Verbindung zwischen den Aufgaben der Präsenzkraft und den pflegerischen Leistungen bestehen,⁸⁶ bezieht sich lediglich auf die Anforderungen des § 45f I 1 Nr. 3 SGB XI.

Ein Abstellen auf den quantitativen Bedarf innerhalb der Wohngruppe ist auch sozialpolitisch fragwürdig.⁸⁷ Bereits aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum PNG ergibt sich, dass ambulant betreute Wohngruppen gerade den Pflegebedürftigen offenstehen sollen, die nicht mehr in ihrem häuslichen Umfeld versorgt werden können, für die eine stationäre Versorgung aber nicht in Frage kommt.⁸⁸ Letztlich wäre der Wohngruppenzuschlag lediglich für Menschen mit relativ geringem Pflegebedarf zugänglich, was dem gesetzgeberischen Ziel zuwiderlaufen würde.⁸⁹ Im Ergebnis setzt der Wohngruppenzuschlag mit seinen jetzigen Anspruchsvoraussetzungen faktisch voraus, dass die Pflegebedürftigen tatsächlich ein Weniger an Leistungen beziehen, ohne dass dieses Weniger jedoch weiter definiert würde.⁹⁰

b) Eigenbeteiligung der Pflegebedürftigen und/oder Dritter

Unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien stellt das BSG zudem für die Abgrenzung darauf ab, dass im ambulanten Pflegebereich Beiträge der Pflegebedürftigen bzw. Dritter regelmäßig zur Versorgung notwendig bleiben und die Ver-

.....

⁸⁵ *Dalichau*, GuP 2013, 50, (58); vgl. *Klie*, PflR 2018, Ambulant betreute Wohngemeinschaften, Hybride Versorgungsform in rechtlicher Gemengelage – 1. Teil, 348, (351).

⁸⁶ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 26.

⁸⁷ So auch *Griep*, PflR 2015, 439, (449).

⁸⁸ BT-Drs. 17/9369, 42.

⁸⁹ *Griep*, PflR 2015, 439, (451).

⁹⁰ So auch *Giesbert*, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, § 38a SGB XI Rn. 31.

sorgung somit noch teilweise planmäßig darauf angelegt ist, dass Dritte bestimmte Aufgaben übernehmen.⁹¹ Der Verweis auf die Möglichkeit von Eigenleistungen der Bewohner und ihres Umfelds knüpft wiederum an die Aufgaben der Präsenzkraft nach § 45f I 1 Nr. 3 SGB XI an, die nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich die Bewohner in die Gestaltung des Gruppenalltags einbeziehen soll, indem sie nicht die gesamte Haushaltsführung vollständig übernimmt, sondern lediglich bei der Haushaltsführung „unterstützt“.⁹²

Eigenleistungen der Bewohner bzw. ihres Umfeldes sind jedoch nicht notwendigerweise zu erbringen, sondern es genügt schon, dass diese bloß möglich sind und somit eine mit der häuslichen Pflege vergleichbare Situation gegeben ist.⁹³ Teilweise wird dieser Auslegung entgegengehalten, dass sie keine hinreichend scharfe Abgrenzung erlaube, da auch in einem stationären Umfeld Eigenbeiträge der Pflegebedürftigen oder Dritter denkbar sind.⁹⁴

Wird tatsächlich eine vollstationäre Versorgung geleistet, würde die bloße Möglichkeit von Eigenleistungen an dieser Tatsache nichts ändern können.⁹⁵ Mitunter wird daher gefordert, Eigenbeiträge als notwendig vorauszusetzen.⁹⁶

Allerdings lässt diese Sichtweise außer Acht, dass das BSG nicht lediglich die bloße Möglichkeit etwa im Sinne eines „Nicht-Verbotenseins“ genügen lässt.⁹⁷ Vielmehr kommt es zusätzlich darauf an, dass die Wohngruppe planmäßig dar-

.....

⁹¹ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 25.

⁹² BT-Drs. 19/4453, 100; *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 9.

⁹³ BT-Drs. 18/2909, 41; BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 2/19 R Rn. 29.

⁹⁴ *Griep*, PflR 2015, 439, (450 f.).

⁹⁵ *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 12a.

⁹⁶ *Sieper*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 2025 (Stand: 125. Ergänzungslieferung April 2025), § 38a SGB XI Rn. 18, 37; *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 12a.

⁹⁷ OVG Bremen, Beschl. v. 01.11.2023 – 2 LA 100/23 Rn. 22.

auf angelegt ist, solche Eigenleistungen zu ermöglichen.⁹⁸ Maßgeblich ist somit die Konzeption der Einrichtung.⁹⁹ Eine stationäre Einrichtung etwa ist nicht so konzipiert, dass Eigenbeiträge gezielt ermöglicht werden sollen und damit eine geteilte Verantwortung mehrerer Beteiligter für verschiedene Leistungen geschaffen wird.¹⁰⁰ Eine solche Auslegung ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Wortlaut des § 45f I 1 Nr. 4 HS 2 SGB XI, der ausdrücklich formuliert, dass die Versorgung in der Wohngruppe auch durch die aktive Einbindung ihrer eigenen Ressourcen und ihres sozialen Umfelds sichergestellt werden „kann“.¹⁰¹

Zudem muss auch hier bedacht werden, dass die Forderung nach zwingenden Eigenbeiträgen schwerer Pflegebedürftige vom Wohngruppenzuschlag schlichtweg ausschließen würde. Eine Wohngruppe kann sich aus Bewohnern völlig unterschiedlicher Pflegegrade zusammensetzen. Besteht eine Wohngruppe aus vielen stark pflegebedürftigen Menschen, reduziert sich naturgemäß die Fähigkeit dieser Bewohner zu Eigenleistungen.¹⁰² Ebenso sieht sich das persönliche Umfeld dieser Personen meist nicht oder nur eingeschränkt in der Lage, eigene Beiträge zur Versorgung ihrer pflegebedürftigen Angehörigen zu leisten; oftmals ist auch gerade die Ausschöpfung häuslicher Pflegemöglichkeiten erst der Grund, die Betreuung und Pflege stattdessen innerhalb einer ambulant betreuten Wohngruppe fortzusetzen.¹⁰³ Auch Statistiken bestätigen die eher nur eingeschränkten Leistungen Dritter: In 60% der Wohngruppen wirken keinerlei dritte Personen wie etwa auch bürgerschaftlich Engagierte oder institutionell Tätige mit; dort werden Pflege- und Betreuungsleistungen ausschließlich durch professionelle Dienstleister erbracht.¹⁰⁴

.....

⁹⁸ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 25.

⁹⁹ OVG Bremen, Beschl. v. 01.11.2023 – 2 LA 100/23 Rn. 22.

¹⁰⁰ Vgl. *Ibid.*

¹⁰¹ *Griep*, PflR 2015, 439, (450).

¹⁰² *Griep*, PflR 2015, 439, (450).

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Klie/Heislbetz/Schuhmacher*, Ambulant betreute Wohngruppen, Bestandserhebung, qualitative Einordnung und

Eine Grenze könnte höchstens dann gezogen werden, wenn die Bewohner gesundheitlich so stark eingeschränkt sind, dass Eigenbeiträge überhaupt gar nicht denkbar sind (z.B. bei Wachkomapatienten);¹⁰⁵ in diesem Zusammenhang könnte es bereits nicht zu der in § 45f I 1 Nr. 3 SGB XI geforderten Einbeziehung der Mitbewohner kommen. Eine solche Sichtweise erschiene auch im Hinblick auf Art. 3 I GG als hinreichend sachlich gerechtfertigt, da die Präsenzkraft nicht lediglich hauswirtschaftliche Aufgaben erfüllen, sondern gleichzeitig die Bewohner in den Alltag einbeziehen und ihr Potential fördern soll.¹⁰⁶

c) Freie Wählbarkeit der Pflege- und Betreuungsleistungen?

Das BSG setzt für das Vorliegen einer ambulanten Versorgung weiterhin voraus, dass dem Leistungserbringer nicht die vollständige Verantwortung für die Pflege- und Betreuungsleistungen ohne freie Wahlmöglichkeit der Pflegebedürftigen übertragen werden darf.¹⁰⁷ Vor allem die Aufgaben der Präsenzkraft müssen personell und/oder vertraglich von den pflegerischen Leistungen getrennt werden.¹⁰⁸ Die gemeinschaftliche Beauftragung der Präsenzkraft soll dabei die nach außen sichtbare freie Wählbarkeit der Pflege- und Betreuungsleistungen darstellen.¹⁰⁹

Bis zum 31.12.2014 diente das Merkmal der freien Wählbarkeit maßgeblich der Abgrenzung zur stationären Pflege.¹¹⁰ Der Begriff der „freien Wählbarkeit“ wurde dabei eher weit ausgelegt. In fremdorganisierten Wohngruppen ist meist im Mietvertrag geregelt, wie das Auswahlverfahren hinsichtlich der Pflege- und Betreuungsdienstleister ausgestaltet ist.¹¹¹ Dies sollte je-

.....
Handlungsempfehlungen, ZGG 2020, 491, (494).

¹⁰⁵ Sieper, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 38a SGB XI Rn. 37.

¹⁰⁶ LSG Bayern, Beschl. v. 13.07.2020 – L 4 P 27/18 Rn. 41.

¹⁰⁷ BSG, Urt. v. 10.09.2020 – B 3 P 3/19 R Rn. 25.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Rn. 26.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Rn. 23.

¹¹⁰ Griep, PflR 2015, 439, (443).

¹¹¹ *Ibid.*

doch der freien Wählbarkeit auch in fremdorganisierten Wohngruppen nicht entgegenstehen. Auch in einer solchen Wohngruppe sind die verschiedenen Leistungserbringer von Entscheidungen der Wohngruppengemeinschaft abhängig und es kommt durch die Aufteilung der Versorgung in mehrere einzelne Verträge zu einem gewissen Gestaltungsspielraum der Bewohner, wie dies in einem Pflegeheim gar nicht möglich wäre.¹¹² Da die Pflegebedürftigen regelmäßig nur beschränkte Ressourcen haben und evtl. auch von Betreuern unterstützt werden, dürfen ohnehin keine zu hohen Anforderungen an das Maß der Selbstbestimmung gestellt werden; es kann somit allenfalls von einer mittelbaren Selbstorganisation gesprochen werden.¹¹³

Zum 01.01.2015 ist der Aspekt der freien Wählbarkeit als Abgrenzungskriterium entfallen. Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus, dass es sich bei der freien Wählbarkeit um ein unbestimmtes Merkmal gehandelt habe, welches die Pflegekassen mangels geeigneter Instrumente nicht überprüfen konnten.¹¹⁴ Zudem war es zu unterschiedlichen Bewertungen durch die einzelnen Pflegekassen gekommen.¹¹⁵ Da das Kriterium der freien Wählbarkeit ausdrücklich aufgehoben wurde, wird kritisiert, dass das BSG diesen Begriff weiterhin zugrunde legt.¹¹⁶ Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die freie Wählbarkeit nicht so eng zu verstehen ist, dass jegliche vertragliche Einschränkung hinsichtlich der Auswahl der Leistungserbringer bereits gegen das Vorliegen einer ambulanten Wohngruppe sprechen soll.¹¹⁷ Oft findet sich im Mietvertrag mit dem Anbieter der Wohngruppe eine Art Vorfestlegung auf bestimmte Dienstleister, die zwar nicht mit dem Wohnraummieter identisch, aber zumindest ein mit diesem ver-

.....

¹¹² *Ibid.*, (444).

¹¹³ Griep, SRa 2013, 186, (189); Klie, *Ambulant betreute Wohngemeinschaften, Hybride Versorgungsform in rechtlicher Gemengelage* – 2. Teil, PflR 2018, 423, (424).

¹¹⁴ BT-Drs. 18/2909, 41.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ So etwa Giesbert, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, § 38a SGB XI Rn. 26.

¹¹⁷ So dagegen Roth, in: Hauck/Noftz SGB XI, 1. Band, Lfg. 1/25, III/25, § 38a SGB XI Rn. 18.

bundenen Unternehmen sind; dies bedeutet allerdings nicht, dass sich die Wohngruppengemeinschaft nicht dennoch in selbstbestimmter Weise und ggf. gemeinsam mit ihren Angehörigen für einen anderen Pflegedienstleister entscheiden könnte.¹¹⁸ Der Begriff der freien Wählbarkeit nach dem BSG bezieht sich eher auf die gemeinschaftliche Beauftragung der Präsenzkraft als kollektiv verstandener freier Entscheidung und nicht auf das zwingende Fehlen einer vertraglichen Bindung zwischen Miet- und Präsenzkraftvertrag.¹¹⁹

2. Aspekt der Gemeinschaftlichkeit

Gegen die konkretisierende Rechtsprechung des BSG wird teilweise vorgebracht, dass diese die gemeinschaftsbezogenen Merkmale zu weit auslegt. Dagegen wird zur Abgrenzung ein stärkerer Fokus auf ebendiese Merkmale vorgeschlagen, namentlich der gemeinschaftlichen Beauftragung einer Präsenzkraft.

Demnach soll Kernmerkmal der ambulant betreuten Wohngruppe im Gegensatz zur stationären Pflege, aber auch in Abgrenzung zu anderen, nicht unter § 45f SGB XI fallenden ambulanten Versorgungsformen, die Beteiligung der Bewohner an der Organisation der Pflege sein.¹²⁰ Zentral soll dabei das Element der Gemeinschaftlichkeit sein, das insbesondere bei der Beauftragung der Präsenzkraft durch einen gemeinsamen Willensbildungsprozess zum Tragen kommt, der notwendigerweise die Beteiligung aller Bewohner der Wohngruppe erfordere.¹²¹ Der Rechtsprechung des BSG wird entgegengehalten, dass sie eine Zurückdrängung der die Wohngruppe eigentlich kennzeichnenden Gemeinschaftlichkeit bewirkt.¹²² Die vom BSG angeführte freie Wählbarkeit der Pflege- und Betreuungsleistungen soll gerade dafür sprechen, eine gemeinschaftliche Beauftragung durch alle Personen notwendig zu machen, um

.....
¹¹⁸ *Griep*, PflR 2022, 287, (298 f.).

¹¹⁹ So dagegen *Giesbert*, in: Rolfs/Giesen Sozialrecht, § 38a SGB XI Rn. 26.

¹²⁰ *Brose*, SGB 2020, 723, (726).

¹²¹ *Ibid.*, (726 f.).

¹²² *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 4a.

auch die Freiheit der einzelnen Person innerhalb der Wohngruppe sicherzustellen.¹²³

Allerdings wird dabei außer Acht gelassen, dass die freie Wählbarkeit stets die Entscheidung der Wohngruppe als Kollektiv meinen soll. Auch in § 38a II 2 SGB XI a.F. war bereits ausdrücklich normiert, dass von der Gemeinschaft getroffene Regelungen keine tatsächlichen Einschränkungen darstellen sollen. Der Aspekt der Gemeinschaftlichkeit erscheint daher wenig geeignet, eine alternative Abgrenzung zur stationären Versorgung vorzunehmen. Die zwingende Mitwirkung aller Bewohner bei der Beauftragung einer Präsenzkraft mag eine ambulant betreute Wohngruppe deutlich von einer stationären Versorgungsform unterscheiden. Allerdings würde es gleichzeitig zu einer starken Einschränkung der konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten der Wohngruppe kommen. Dies würde wiederum dem Selbstbestimmungsrecht aus § 2 SGB XI und der gesetzgeberischen Zielsetzung der möglichst weitgehenden Förderung von Wohngruppen zuwiderlaufen.

3. Zwischenfazit

Das BSG greift in seiner Rechtsprechung in erster Linie die Tatbestandsvoraussetzungen auf, die sich aus dem Wortlaut des § 38a SGB XI ergeben und konkretisiert diese weiter. Insbesondere hat es die in § 45f I 1 Nr. 4 HS 2 SGB XI normierten möglichen Eigenleistungen als „neuem“ maßgeblichen Abgrenzungskriterium herausgearbeitet. Der teilweise geäußerten Kritik, das BSG habe zur Abgrenzung zur stationären Versorgung kaum beigetragen,¹²⁴ ist daher nicht zu folgen. Kritikwürdig erscheint dagegen die sich aus § 45f I 1 Nr. 4 HS 1 SGB XI ergebende notwendige Betrachtung des insgesamt erbrachten Leistungsumfangs innerhalb der Wohngruppe. Zudem hat sich auch gezeigt, dass eine alternative Abgrenzung durch strengere Anforderungen an die Gemeinschaftlichkeit wenig zielführend ist.

.....
¹²³ *Reimer*, SGB 2021, 580, (582).

¹²⁴ *Wahl*, in: Udsching/Schütze SGB XI, § 38a SGB XI Rn. 12a.

V. Fazit und Ausblick

Die ambulant betreute Wohngruppe stellt eine attraktive Zwischenlösung zwischen ambulanter und stationärer Versorgung dar, wirft jedoch nach wie vor umstrittene Fragen auf. Letztlich besteht immer ein Spannungsfeld zwischen der Ermöglichung möglichst weitgehender Autonomie der Pflegebedürftigen und andererseits dem Interesse an einer trennscharfen Abgrenzung zur stationären Versorgung.

Das BSG hat in seiner Rechtsprechung zu dieser Abgrenzung im Wesentlichen weiter beigetragen und dabei insbesondere mit Blick auf stärker eingeschränkte Pflegebedürftige die Anspruchsvoraussetzungen nicht unnötig eingeschränkt, ohne jedoch die Grenzen zur stationären Versorgung verschwimmen zu lassen. Als problematisch erweist sich eher § 45f SGB XI selbst, der eine Gesamtbetrachtung fordert. Es zeigt sich, dass gerade eine Abgrenzung nach dem quantitativen Bedarf an Pflegeleistungen schwer möglich ist. Überhaupt erscheint die Norm sehr unbestimmt, da sie einerseits zwar fordert, dass die Versorgung in der Wohngruppe einer stationären Versorgung nicht entsprechen darf, ähneln darf sie ihr aber in gewisser Weise schon.¹²⁵ Geeigneter als Abgrenzungskriterien erscheinen die planmäßige Ermöglichung von Eigenbeiträgen durch den Wohngruppenanbieter sowie andererseits eine Trennung von Miet- und Pflegevertrag als charakteristischem Unterschied zur Versorgung in einem Pflegeheim. Dagegen schließt § 45f SGB XI in seiner jetzigen Form gerade stärker Pflegebedürftige aus, für die diese Wohnform eigentlich gedacht ist.¹²⁶ Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber zwar betont, ambulante Wohnformen fördern zu wollen, dabei jedoch die gesetzlichen Anforderungen sehr unklar und offen hält.¹²⁷ Es bleibt zudem abzuwarten, wie die Voraussetzungen des § 45f SGB XI auch angesichts der immer großzügigeren Rechtsprechung des BSG zur Präsenzkraft in Zukunft ausgestaltet werden;

.....

¹²⁵ Brose, SGB 2020, 723, (724); vgl. Flint, Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats, 429, (431).

¹²⁶ Vgl. Griep, PflR 2015, 439, (452).

¹²⁷ Ibid.

dass sich dabei auch eine neue Kasuistik entwickeln könnte, ist der Offenheit der Norm geschuldet.¹²⁸

• **Sophia Sandner** ist Studentin der Rechtswissenschaft im Schwerpunkt Sozialrecht mit arbeitsrechtlichen Bezügen an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer bei Prof. Dr. Dagmar Felix eingereichten Schwerpunktbereichshausarbeit, die mit „sehr gut“ bewertet worden ist.

.....

¹²⁸ Vgl. Udsching, jurisPR-SozR 23/2024 Anm. 6.

Delegierte Rechtsakte zur Flexibilisierung des Forschungsdatenzugangs

Delegierte Rechtsakte nach Art. 290 AEUV ermöglichen eine adaptive Regulierung dynamischer Sachverhalte. Sie schaffen die notwendige Flexibilität und bieten die Lern- und Anpassungsfähigkeit, die insbesondere für unerprobte Regelungsinstrumente wie den Forschungsdatenzugang im Rahmen des Art. 40 IV–XI DSA erforderlich ist. Mit dem delegierten Rechtsakt C (2025) 4340 final hat die europäische Kommission erstmals von der Befugnis aus Art. 40 XIII DSA Gebrauch gemacht und erste Lösungsansätze für die weitergehende Ausgestaltung des Forschungsdatenzugangs formuliert. Die Digitalisierung und global agierende Technologieunternehmen zwingen zu unerprobten Regelungsinstrumenten, weshalb delegierte Rechtsakte in Zukunft nochmals mehr an Bedeutung gewinnen werden.

I. Einleitung

Mit Inkrafttreten des Digital Services Act (DSA) am 16. November 2022 wurde auf europäischer Ebene in Art. 40 IV–XI DSA erstmals ein Rechtsrahmen für den Forschungsdatenzugang zu privatwirtschaftlich kontrollierten Datenbeständen geschaffen.¹ Der Forschungsdatenzugang fügt sich damit in die übergeordnete europäische Daten- und Digitalstrategie ein, die einen Paradigmenwechsel hin zu einer gemeinwohlorientierten Datennutzungsordnung anstrebt.² Ziel ist es, die bestehende Konzentration relevanter Datenbestände bei wenigen global agierenden Technologieunternehmen aufzubrechen und das vielseitige, bislang ungenutzte Potenzial für die wissenschaftliche Nutzung systematisch zu erschließen.³

¹ Zu den Grundlagen, siehe Wehde, MMR 2022, 827; Specht-Riemenschneider, Studie zur Regulierung eines privilegierten Zugangs zu Daten, August 2021.

² COM (2020) 66 final; COM (2018) 232 final.

³ Vgl. Steinrötter, RD i 2021, 480 (484).

Nach Art. 40 IV DSA sind Anbieter sehr großer Online-Plattformen und sehr großer Online-Suchmaschinen verpflichtet, auf ein begründetes Verlangen des Koordinators für digitale Dienste am Niederlassungsort innerhalb einer darin festgelegten Frist zugelassenen Forschenden, die die Voraussetzungen des Art. 40 VIII erfüllen, Zugang zu ihren Daten zu festgelegten Zwecken zu gewähren.⁴ Im Umkehrschluss aus Art. 40 IV DSA ergibt sich daraus ein subjektiv-rechtlicher Anspruch der Forschenden auf Zugang zu bislang faktisch-exklusiven Datenbeständen, was de facto die Datenbestände aller dominierenden Technologieunternehmen umfasst.⁵

Aufgrund der expliziten Datenabhängigkeit, avanciert der Forschungsdatenzugang zu einem wichtigen Regelungsinstrument unabhängiger Plattform- und Suchmaschinenforschung. Mit Art. 40 IV–XI DSA wird explizit das Ziel verfolgt, im Kontext bestehender Plattform- und Suchmaschinenphänomene systemische Risiken zu analysieren und Risikominderungsmaßnahmen zu überprüfen. Daraus erwachsen neue Möglichkeiten zur Nachvollziehbarkeit systemischer Risiken, die disruptiv auf die europäische Gesellschaft, die öffentlichen Meinungsbildung und letztlich ihre Demokratien wirken.⁶

⁴ Der Übersicht halber wird auf Art 40 XII DSA verzichtet, bei dem es sich vielmehr um einen „Anspruch auf Nicht-Verhinderung des Zugangs“ handelt, vgl. Oster, BeckOK InfoMedienR, Art. 40 DSA, Rn. 41.

⁵ European Commission – Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines, Press release, Brussels, 25.04.2023.

⁶ Lorenz-Spreen, P./Oswald, L./Lewandowsky, S./Hertwig, R., Nature Human Behaviour 7, 74-101 (2023).

Das umfasst etwa Plattform- und Suchmaschinenphänomene wie Hate-Speech, die Verbreitung illegaler Inhalte, Desinformation oder die algorithmische Diskriminierung.⁷

Trotz seiner Bedeutung bleibt das neuartige Regelungsinstrument bislang weitgehend unbeachtet, da sich die öffentliche und rechtswissenschaftliche Diskussion um den DSA auf Fragen der Inhaltsmoderation, Haftungsregelungen und der Rechtsdurchsetzung konzentriert.⁸ Zugleich ist die Entwicklung des Forschungsdatenzugangs mit multiplen regulatorischen und tatsächlichen Herausforderungen verbunden, die es zu erfassen und zu bewältigen gilt, um seine Funktionsfähigkeit sicherzustellen. Auf grundrechtlicher Ebene zeigt sich ein multipolares Spannungsverhältnis, während auf tatsächlicher Ebene die der Digitalisierung eigene Dynamik ständig wechselnder, sich entwickelnder und grenzüberschreitender Sachverhalte fortwirken. Gleichzeitig erschweren wirtschaftliche Interessen und Eigendynamiken der Datenökonomie die Bereitschaft der global agierenden Technologieunternehmen zum Datenteilen, denn das Datum als Ware wird durch faktische Exklusivität begründet. Auch die Marktdominanz der Unternehmen und die bestehenden Macht- und Wissensasymmetrien stellen die Regulierung vor Herausforderungen.⁹

Hieraus folgen multiple Anforderungen an den Forschungsdatenzugang. Vor allem wegen seiner Neuheit fehlen bislang regulatorische Erfahrungswerte, weshalb eine regulatorische Flexibilität und Lernfähigkeit des Forschungsdatenzugangs umso wichtiger ist.¹⁰ Diesem Umstand Rechnung tragend wurde mit Art. 40 XIII DSA die Kommission ermächtigt, delegierte Rechtsakte zu erlassen, um anhand gesammelter Erfahrungswerte den regulatorisch neuartigen Forschungsdatenzugang näher zu konkretisieren. Von dieser Befugnis hat die Kommission am 1. Juli 2025 Gebrauch gemacht und mit dem

.....
⁷ ErwG. 12 DSA.

⁸ Vgl. etwa *Legner*, ZUM 2024, 99; *Nägele*, NJW 2024, 1137.

⁹ *Paal/Kumkar*, ZfDR 2021, 97 (108).

¹⁰ *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1.

Rechtsakt C (2025) 4340 final detaillierte Modalitäten für den Datenzugang festgelegt. Der Rechtsakt spezifiziert die Anforderungen an die Antragstellung, Begründungspflichten, technischen Rahmenbedingungen, Dokumentationspflichten, Konsultationsverfahren und zur Einrichtung eines Datenzugangsportals.

1. Das grundrechtliche Spannungsverhältnis des Forschungsdatenzugangs als Ausgangspunkt regulatorischer Überlegungen

Der Forschungsdatenzugang bewegt sich in einem multipolaren Spannungsfeld unionsrechtlicher Vorgaben. Grundrechtlich streitet hier die Forschungsfreiheit (Art. 13 S. 1 Alt. 2 GRCh), die Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh), der Eigentumschutz (Art. 17 GRCh), der Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) und die Achtung des Privatlebens (Art. 7 GRCh).¹¹

Demzufolge kann der Datenzugang nicht als isoliertes Rechtsinstitut betrachtet werden. Er muss vielmehr in ein kohärentes Gesamtkonzept eingebettet sein, das systematisch zwischen den wissenschaftlichem Zugangs-, Nutzungs- und Veröffentlichungsinteresse einerseits und den individuellen, kontextuell streitenden Schutzinteressen andererseits vermittelt. Konkret setzt dies eine verfahrensrechtliche Berücksichtigung der Forschungsfreiheit und die Achtung legitimer Schutzinteressen durch ein angemessenes Schutzkonzept voraus.¹² Gerade im digitalen Kontext, in dem Datenbestände vielfältig kontextualisiert werden können, erfordert dies eine kontextsensitive Berücksichtigung im Einzelfall. Weder darf das individuelle Schutzinteresse pauschal als Blockade fungieren, noch dürfen die Forschungsinteressen schrankenlos dominieren. Es bedarf vielmehr einer differenzierten Bewertung, die sich an der Art der Daten, dem spezifischen Verarbeitungskontext und den damit verbundenen Risiken orientiert.

.....
¹¹ *Wischmeyer/Herzog*, NJW 2020, 288.

¹² *Mast/Fertmann*, WissR 57 (2024), 101 (118 f.).

Dies bedeutet auch, dass die gegenläufigen Schutzinteressen nicht als starres Abwehrrecht zu verstehen sind, sondern als regulatives Korrektiv, das Informationsflüsse kanalisiert und strukturiert.¹³

Aus den Grundrechten lassen sich auf diese Weise nicht nur Grenzen, sondern auch Ausgestaltungsperspektiven formulieren. Sie legitimieren den Datenzugang oder können ihn sogar gebieten, wenn ohne ihn die Forschungsfreiheit faktisch leerliefe. Diesem skizzierten grundrechtlichen Spannungsverhältnis kann nur durch ein gestuftes, adaptives und kontextsensitives Regelungsmodell, das die Grundrechte in wechselseitiger Bezugnahme vermittelt, begegnet werden.

2. Zum delegierten Rechtsakt gem. Art. 290 AEUV

Um den Forschungsdatenzugang zu flexibilisieren und eine Lernfähigkeit zu ermöglichen, wird auf delegierte Rechtsakte zurückgegriffen. Delegierte Rechtsakte sind Rechtsakte ohne Gesetzescharakter. Sie können grundsätzlich sämtliche verbindliche Rechtsakte der EU wie Verordnungen, Richtlinien oder Entscheidungen umfassen.¹⁴ Nach Art. 290 I UAbs. 1 AEUV kann der Kommission die Möglichkeit eingeräumt werden, nicht wesentliche Vorschriften eines Gesetzgebungsakts zu ergänzen oder zu ändern. Die Wesentlichkeitsbedingung wurde bereits im Wege der Rechtsprechung des EuGHs entwickelt und durch den Vertrag von Lissabon konstitutionalisiert.¹⁵ Unter wesentlich sind die wesentlichen Grundentscheidungen einer Materie zu verstehen.¹⁶

Aufgrund ihrer Verortung in der Normenhierarchie werden sie als exekutives Tertiärrecht bezeichnet und übernehmen eine ähnliche Funktion wie die mitgliedstaatliche gubernative Rechtsset-

zung, indem sie eine Anpassungsfähigkeit und Entlastung des Unionsgesetzgebers von Detailregelungen ermöglichen.¹⁷

Um eine Parlamentsbeteiligung zu gewährleisten, wird gem. Art. 289 I, II und IV AEUV eine ausdrückliche Befugnisübertragung im jeweiligen Gesetzgebungsakt im ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren vorausgesetzt. Der ermächtigende Gesetzgebungsakt muss die wesentlichen Parameter der Delegation gem. Art. 290 I UAbs. 2 AEUV beinhalten, worunter das Ziel, der Inhalt, der Geltungsbereich und die Dauer fallen. Fehlt es an diesen oder sind sie nicht hinreichend bestimmt, ist der ermächtigende Gesetzgebungsakt nichtig. Die inhaltliche Ausgestaltung des delegierten Rechtsakts ist gerichtlich überprüfbar.¹⁸ Sie kann gem. Art. 290 II UAbs. 1 lit. a) AEUV jederzeit sowohl vom Parlament als auch vom Rat widerrufen werden (Evokationsrecht, „call back“).¹⁹

Die Kommission legt nach der Konsultation von Sachverständigen den Entwurf des delegierten Rechtsakts dem Parlament und dem Rat vor. Die Einbindung der Sachverständigen schafft die Berücksichtigung der fachlichen Expertise im Normsetzungsprozess, wobei gleichzeitig die demokratische Legitimation durch die Einbindung des Europäischen Parlaments und das Korrektiv der Wesentlichkeitsbedingung bestehen. Parlament und Rat haben in der Regel zwei Monate Zeit für Einwände. Die Frist kann verlängert oder durch Verzicht verkürzt werden. Sollten das Parlament oder der Rat etwaige Einwände i. S. d. Art. 290 II UAbs. 1 lit. b) AEUV erheben, tritt der Rechtsakt nicht in Kraft.

.....

¹³ Gutachten der Datenethikkommission, S. 153
¹⁴ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 290 AEUV Rn. 4.
¹⁵ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 290 AEUV, Rn. 44 f.
¹⁶ EuGH, Rs. C-240/90, Slg. 1992, I-5383, Rn. 37 – Deutschland/Kommission.

.....
¹⁷ Florian Schmidt, in: Groeben, von der/Schwarze, 7. Aufl. 2015, AEUV, Art. 290, Rn. 3; Stelkens, VVDStRL 71 (2012), 369 (400).
¹⁸ EuGH, Rs. C-44/16 P, ECLI:EU:C:2017:357, Rn. 53 – Dyson; Rs. C-696/15 P, ECLI:EU:C:2017:595, Rn. 48 ff. – Tschechische Republik/Kommission.
¹⁹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 290 AEUV, Rn. 25.

3. Inhalte des delegierten Rechtsakts C (2025) 4340 final

Mit dem delegierten Rechtsakt C (2025) 4340 final konkretisiert die Europäische Kommission die in Art. 40 IV–XI DSA verankerten Rahmenbedingungen des Forschungsdatenzugangs, sodass ein prozedurales Grundgerüst für den Forschungsdatenzugang geschaffen wird. Die Vermittlung der widerstreitenden Interessen erfolgt somit nicht allein durch die abstrakt-generelle Regelung des Art. 40 IV–XI DSA. Vielmehr wird anhand des delegierten Rechtsakts eine konkrete Anwendung und eine fortlaufende Anpassung durch die Einbettung in einem grundrechtssensiblen Gesamtkonzept sichergestellt.

Mit dem Rechtsakt wird durch ein klar strukturiertes, unionsweit einheitliches Verfahren zur Beantragung, Prüfung und Gewährung von Datenzugängen geschaffen, das darauf abzielt, die widerstreitenden Interessen in einem praktikablen Verfahren auszutarieren. Der delegierte Rechtsakt verfolgt dazu drei in Art. 1 aufgelisteten Hauptziele: Er zielt auf die Harmonisierung des Forschungsdatenzugangsverfahrens in Europa und die Integration eines gemeinsamen Datenzugangsportals ab, legt die Anforderungen an die Begründung der Anträge, deren Bewertung sowie an Streitbeilegungs- und Beschleunigungsverfahren fest und konkretisiert die Zugangsmodalitäten einschließlich der technischen Anforderungen an die Datenbereitstellung.

a) Einrichtung eines gemeinsamen Datenzugangsportals

Wesentlicher Bestandteil des delegierten Rechtsakts ist die Errichtung eines gemeinsamen DSA-Datenzugangsportals. Die Kommission richtet das DSA-Datenzugangsportal ein und betreibt es. Als zentrale digitale Schnittstelle soll es zwischen Forschenden, Diensteanbietern und dem Koordinator für digitale Dienste (DSC) wie auch der Kommission als „One-stop-shop“ fungieren. Die Diensteanbieter (im DSA synonym verwendeter Begriff für sehr große Plattformen und sehr große Suchmaschinen) und wegen der Alternativlosigkeit des Antragsverfahrens letztlich auch die

antragstellenden Forscher, sind dazu verpflichtet, über ein Konto im DSA-Datenzugangsportal zu verfügen (Art. 4 III). Auf diese Weise sollen über das DSA-Datenzugangsportal sämtliche Schritte des Verfahrens abgewickelt werden. Die Interoperabilität des Portals soll durch das Informationsaustauschsystem AGORA gewährleistet werden, das eigens für den DSA durch die Durchführungsverordnung (EU) 2024/607 eingeführt wurde.²⁰ Ferner werden in Art. 4 und 5 die datenschutzrechtlichen Rollen und Verantwortlichkeiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im DSA-Datenzugangsportal formuliert.

Damit wird der Anspruch der Kommission deutlich, Fragmentierungen zu vermeiden und ein europaweit konsistentes Datenzugangsverfahren durch ein unionsweit etabliertes System zum Informationsaustausch zu etablieren. Zugleich wird eine niedrighschwellige Anlaufstelle etabliert, welche die für das Verfahren des Forschungsdatenzugangs notwendige Transparenz schafft. Darüber hinaus beantworten Art. 5 und 6 bislang offene datenschutzrechtliche Fragen.

b) Antrag und inhaltliche Anforderungen

Der delegierte Rechtsakt formuliert erstmals detaillierte Vorgaben an die Antragstellung durch die Forschenden. Forschende können den Antrag entweder bei dem DSC am Sitz der eigenen Forschungseinrichtung stellen oder direkt bei dem DSC am Unternehmenssitz des Anbieters. In Art. 9 werden die Anforderungen an die Zugangsmodalitäten, einschließlich der technischen, rechtlichen und organisatorische Maßnahmen zur Bereitstellung der Daten festgelegt.

Der Antrag selbst muss die institutionelle Anbindung des Hauptforschers nachweisen, ebenso wie die Unabhängigkeit von kommerziellen Interessen, Informationen zur Finanzierung des

.....

²⁰ „AGORA – Information Sharing System“ (altgr. für „Marktplatz“ oder „Versammlungsplatz“): Hierbei handelt es sich um einen verbindlichen Kanal für Kommunikation und Zusammenarbeit im Rahmen der Überwachung, Ermittlung, Durchsetzung und Monitoring digitaler Dienste. Seinen Betrieb nahm es am 14.02.2024 mit dem vollständigen Inkrafttreten des DSA auf.

Forschungsprojekts und eine detaillierte Beschreibung des Forschungszwecks. Ferner sind Angaben zu den begehrten Daten, dem Format und dem Umfang zu machen und eine Risikoanalyse durchzuführen, die eine Vertraulichkeit, Sicherheit und Datenschutz umfasst. Darüber hinaus sind die vorgesehenen technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen darzulegen. Diese Anforderungen dienen dem Zweck, die Unabhängigkeit der Forschung sicherzustellen und damit Eingriffe in individuelle Geheimhaltungsinteressen auf das notwendige Maß begrenzen. Um für seine Entscheidungen hinsichtlich des begründeten Antrags oder des Änderungsantrags auf fachliche Expertise zurückgreifen zu können, kann der DSC gem. Art. 14 I unabhängige Sachverständige konsultieren.

c) Prüfung und Erlass eines begründeten Antrags

Ist der Antrag beim DSC eingegangen, hat er gem. Art. 7 I innerhalb einer Frist von 80 Arbeitstagen zu überprüfen, ob die Voraussetzungen gem. Art. 8 erfüllt sind. Ist dies der Fall, übermittelt der DSC den begründeten Antrag mit den inhaltlichen Vorgaben i.S.d. Art. 10 an den adressierten Anbieter. Der Antrag selbst bildet die rechtliche Grundlage für den Datenzugang und enthält Fristen für den Beginn und das Ende des Datenzugangs, Vorgaben an geeignete Zugangsmethoden, die Zusammenfassung des Forschungsvorhabens, insbesondere den Datenumfang und gegebenenfalls gesonderte Bestimmungen zur Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben bei der internationalen Datenübermittlung.

d) Änderungs- und Streitbeilegungsmechanismen

Der Rechtsakt sieht die Möglichkeit von Änderungsanträgen vor, um auf die Bedürfnisse der Diensteanbieter einzugehen. Ein Änderungsantrag kann gestellt werden, wenn die begehrten Daten faktisch nicht verfügbar sind oder mit der Bereitstellung erhebliche Sicherheitsrisiken einhergehen würden. Das setzt eine substantiierte Begründung voraus, die sodann durch den DSC überprüft wird. Bei der Entscheidung über den

Änderungsantrag hat der zuständige DSC das in Art. 12 festgelegte Verfahren einzuhalten. Kommt es zu einem Konfliktfall, weil der betroffene Anbieter mit der Entscheidung nicht einverstanden ist, kann er gem. Art. 13 ein Mediationsverfahren anstrengen, das einvernehmliche Lösungen anstrebt und somit langwierige Gerichtsverfahren vermeiden soll. Bei besonders komplexen Sachverhalten, wie etwa im Bereich der Datensicherheit oder der Bewertung sensibler Informationen wie Geschäftsgeheimnissen, können gem. Art. 13 I zur fachlich fundierten Entscheidungsfindung unabhängige Sachverständige konsultiert werden.

e) Bereitstellungspflicht und Datensicherheit

Die Anbieter sind mit begründetem Antrag sodann dazu verpflichtet, die Daten dem beantragenden Forschenden in einer sicheren Verarbeitungsumgebung zur Verfügung zu stellen. Der Anbieter hat dem zuständigen DSC gem. Art. 15 innerhalb von drei Arbeitstagen darüber zu informieren, dass der Forscher den Zugang erhalten hat (a) und später, wenn der Zugang für den Forscher beendet ist (b).

Die Vorgaben an die Zugangsmodalitäten werden gem. Art. 9 I durch den zuständigen DSC festgelegt, einschließlich der technischen, rechtlichen und organisatorischen Maßnahmen. Es soll sichergestellt werden, dass die bereitgestellten Daten kanalisiert für das Forschungsziel genutzt werden. Dadurch soll ein unbefugter Zugriff vermieden sowie die Vertraulichkeit gewahrt und der Schutz von sensiblen Informationen und eine lückenlose Dokumentation des Datenzugangs ermöglicht werden. Diese sicheren Verarbeitungsumgebungen (Secure Processing Environments) nach Art. 9 sollen aber ausschließlich von den Plattformen betrieben werden. Forschende und Forschungseinrichtungen selbst sollen keine eigenen Verarbeitungsumgebungen betreiben dürfen, obwohl es auch hier schon „Trusted Research Environments“ gibt.

f) Transparenzpflichten und institutionelle Verankerung

Nach Art. 11 I sind von dem zuständigen DSC im DSA-Datenzugangportal eine Übersicht zu den begründeten Anträgen zu veröffentlichen. Hierdurch wird der Forschungsdatenzugang dauerhaft als institutioneller Prozess etabliert. Dies schafft für die Forschenden die notwendige Transparenz für das Antrags- und Entscheidungsverfahren. Ergänzend sind in Art. 6 umfangreiche Transparenzpflichten vorgesehen. Anbieter und DSC müssen die zentralen Anlaufstellen für den Datenzugang benennen, die von der Kommission im Datenzugangportal veröffentlicht werden. Weiter sind sie verpflichtet, Datenkataloge mit Beschreibungen der zugänglichen Datenbestände und deren Struktur bereitzustellen. ErwG. 12 beinhaltet hierzu eine detaillierte Auflistung der zu benennenden Datenarten. Die Kataloge sind regelmäßig durch die Anbieter zu aktualisieren, um etwaige Veränderungen in Umfang, Format oder Sensibilität kenntlich zu machen. Dies wird insbesondere seitens der Forschenden als bedeutender Gewinn angesehen.²¹ Damit reagiert die Kommission auf den Umstand, dass die relevanten Daten in der Regel im Laufe der Zeit variieren und Datenzugangsbegehren nur schwerlich ohne Kenntnis über die Verfügbarkeit, Strukturierung und Art der Daten formuliert werden können.²²

4. Kritische Würdigung des Rechtsakts C (2025) 4340 final

Der delegierte Rechtsakt ist ein adäquates Regelungsinstrument, um die nötige Flexibilität der Regelungsmaterie zu gewährleisten. Die mit dem Rechtsakt C (2025) 4340 final erreichten Fortschritte für die weitere Konkretisierung des Forschungsdatenzugangs sind unbestreitbar. Zugleich werden jedoch weiterhin Schwächen in der Regulierung sichtbar, die Zweifel an seiner Eignung aufkommen lassen.

.....
²¹ Albert, DSA Observatory, 29.11.2024.

²² Albert, DSA Observatory, 29.11.2024.

Positiv hervorzuheben ist zunächst der strukturelle Aufbau eines europaweit zentralen Datenzugangsportals, das allen Beteiligten eine verlässliche Anlaufstelle ermöglicht, die Kommunikation zwischen den Beteiligten bündelt und die nötige Transparenz schafft.²³ Zudem sind die damit eingeführten klar definierten Antragsvoraussetzungen als Fortschritt zu werten, weil sie Forschenden und Anbietern gleichermaßen Rechtssicherheit verschaffen. Die zunächst sehr bürokratisch wirkenden Abläufe lassen sich mit den bestehenden Machtasymmetrien der Technologieunternehmen, deren wirtschaftlich bedingten Desinteresse am Datenteilen und der damit verbundenen Intransparenz von Datenverarbeitungsprozessen und Datenbeständen erklären.

Mit der Möglichkeit, unabhängige Sachverständige hinzuzuziehen, kann auf die notwendige fachliche Expertise bei der behördlichen Entscheidung zurückgegriffen werden. Die eingeschränkte Möglichkeit von Änderungsanträgen und die vorgesehenen Mediationsverfahren sind geeignet den unternehmerischen Interessen gerecht zu werden, aber gleichzeitig einer Blockade durch die Anbieter vorzubeugen und flexible Lösungsansätze im Konfliktfall zu entwickeln.

Dahingegen bestehen weiterhin Defizite. Diese sind sowohl inhaltlicher als auch prozeduraler Art.

Nach Anfrage durch die Forschenden liegt die Gestaltungsmacht über die Zugangsmodalitäten bei den Technologieunternehmen. Sie haben, wenn auch eingeschränkt, die Möglichkeit Datenzugriffsanfragen zu ändern und den Zugriffsumfang zu beschränken, wohingegen die Forschenden selbst keine Möglichkeit haben, gegen Art und Inhalt des Datenzugriffs vorzugehen, beispielweise wenn die Daten nicht zweckmäßig, unvollständig oder völlig unzureichend bereitgestellt wurden. Die Vorgaben aus dem delegierten Rechtsakt beschränken sich auf eine Übersicht der vorhandenen Datensätze, sie erstrecken sich jedoch nicht auf die zur Interpretation benötigten Metadaten. Ohne eine weitere Konkretisie-

.....
²³ Gutachten der Datenethikkommission, S. 154.

rung der Anforderungen an die Datenkataloge wie Codebücher, Datenstrukturen oder einer detaillierten Katalogisierung bleibt die tatsächliche Nutzbarkeit und Auffindbarkeit der Daten eingeschränkt. Abhängigkeiten von der Kooperation der Technologieunternehmen können so bestehen bleiben, da sie den Detaillierungsgrad ihrer Angaben eigenständig bestimmen können.²⁴ Auch, dass die Anbieter grundsätzlich einen Zugriff auf Audit-Trails und Forschungsfragen haben, führt durch die Möglichkeit der Überwachung und indirekten Kontrolle der Forschenden zu einer potenziellen Einschränkung der Forschungsfreiheit.

Dass bei Streitigkeiten ein Mediationsverfahren angestrengt werden kann, ist grundsätzlich positiv zu bewerten, da so durch langwierige, provozierte Prozesse Anfragen nicht verschleppt werden. Dass jedoch nur die Anbieter eine Mediation anstreben können und diese auch den Mediator auswählen, ist weniger nachvollziehbar. Zudem bleibt abzuwarten, ob das Mediationsverfahren langwierige Gerichtsverfahren vermeiden wird. Schließlich kann gem. Art. 13 VIII jederzeit ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden.

Das Antragsverfahren und die Strukturen sind auf die Funktionsfähigkeit des DSC ausgerichtet, auf die die zentrale Koordinations- und Steuerungsfunktion übertragen wird. Die Vorgabe einer Bearbeitungsfrist von 80 Arbeitstagen für den zuständigen DSC erscheint auf den ersten Blick streng bemessen, jedoch können komplexe Prüfungen und Konsultationen zu einer faktischen Verlängerung führen. Dabei geht die Bearbeitungsfrist zu Lasten wissenschaftlichen Fortschritts. Die praktische Umsetzung führt zu einer Vielzahl formaler Anforderungen mit aufwendigen Prüfmechanismen, die leicht in einer bürokratischen Schwerfälligkeit münden und den Forschungsdatenzugang erheblich aushöhlen können.

Ferner ist die asymmetrische Gewichtung des Grundrechtsschutzes besonders problematisch.

.....
²⁴ *Stalla-Bourdillon*, DSA Observatory, Three key points on the Delegated Act: How to preserve researcher autonomy under Article 40 DSA?, 29.11.2024.

Finden die unternehmerischen Interessen klaren Einschlag, insbesondere der Geschäftsgeheimnisschutz und der Schutz wirtschaftlicher Interessen durch spezifische Vorgaben, sind die Wertungen der Wissenschaftsfreiheit weniger berücksichtigt. Obwohl die Wissenschaftsfreiheit Ausgangspunkt für die Implementierung des Forschungsdatenzugangs ist, findet sie im Verfahrensrecht keine gleichwertige Berücksichtigung.²⁵ Durch die zunehmende Bedeutung des Datenzugangs für die Forschung werden diese Missstände nochmals potenziert. Deutlich wird damit eine strukturelle Schiefelage, die weniger das grundrechtliche Spannungsverhältnis auflöst, sondern droht, die Forschungsfreiheit und insbesondere die Forschungsautonomie – trotz seiner forschungsfreundlichen Intention – sogar zu beeinträchtigen.²⁶

5. Fazit

Der Forschungsdatenzugang stellt die wesentlichen Weichen zum Aufbau des europäischen Wissenschaftsrechts und der aktiven Gestaltung des europäischen Datenrechts. Mit Art. 40 IV-XI DSA wird erstmals ein spezifisches Rechtsinstrument etabliert, das den Anspruch erhebt, die Wissenschaftsautonomie im digitalen Raum zu sichern und strukturelle Asymmetrien zwischen den Technologieunternehmen und dem Gemeinwohlinteresse unabhängiger Forschung auszugleichen. Die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts betreffen auch die europäische Forschung. Beginnend bei der Bekämpfung von Desinformationen, der Bewältigung des Klimawandels oder disruptiver Technologien wie die KI wird deutlich, dass die Forschung ohne Zugang zu relevanten Daten ihren eigenen qualitativen Anforderungen nicht mehr gerecht werden kann. Umso wichtiger ist ein effektiver, wissenschaftsadäquater Forschungsdatenzugang, um in Europa auch in Zukunft Forschung auf Exzellenzniveau zu betreiben.

.....
²⁵ *Mast/Fertmann*, *WissR* 57 (2024), 101 (120 ff.).
²⁶ *S. Kuhlmann*, *Festschrift Trute*, 2023, 141 (150), die insoweit von einer Einbettung in einem „spezifischen regulatorischen Erwartungszusammenhang“ spricht.

Um diesem Anspruch gerecht zu werden, müssen die skizzierten rechtlichen und tatsächlichen Herausforderungen des Forschungsdatenzugangs in ihren Tiefenstrukturen aufgearbeitet und entsprechende Lösungsansätze entwickelt werden. Das setzt eine adaptive und prozedurale Regulierung voraus, um den kontextuell streitenden Interessenlagen gerecht zu werden und flexibel auf wissenschaftliche Anforderungen und technische Entwicklungen reagieren zu können. Delegierte Rechtsakte nach Art. 290 AEUV erweisen sich hierzu als geeignetes Regelungsinstrument, um diese Flexibilität einzuräumen und eine Entwicklungsfähigkeit zu gewährleisten.

Die Lösungsansätze des Rechtsakts C (2025) 4340 final zeigen auf, dass der unionale Gesetzgeber mit seinen regulatorischen Entscheidungen versucht hat, das durch den Forschungsdatenzugang entstehende multipolare Spannungsverhältnis auszugleichen und durch die Übersetzung in ein detailliertes Verfahren praktikable Lösungsansätze zu schaffen. Mit Art. 40 IV–XI DSA werden wichtige Erfahrungswerte zur Regulierung gesammelt und mithilfe der delegierten Rechtsakte unmittelbar umgesetzt. Ob dieser Ansatz in seiner jetzigen Form eine tragfähige Grundlage bildet und als Vorbild für die Entwicklung weitergehender Forschungsdatenzugänge dienen kann, entscheidet sich an der Weiterentwicklung des Forschungsdatenzugangs aus Art. 40 IV–XI DSA und der Fähigkeit des Gesetzgebers, das multipolare Spannungsverhältnis des Forschungsdatenzugangs langfristig in ein ausgewogenes und durchsetzungsstarkes Regelungssystem zu überführen. Umso wichtiger ist eine fortwährende rechtswissenschaftliche Begleitung.

Der europäische Gesetzgeber ist dazu angehalten, von der Möglichkeit delegierter Rechtsakte weiterhin Gebrauch zu machen. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass das Regelungsinstrument von der regulatorischen Handlungsfähigkeit der Kommission abhängt. Vor dem Hintergrund politischer Auseinandersetzungen, als aktuelles Beispiel sei das Einwirken der Trump-Administration auf die Kommission und ihre Bemühungen zur Regulierung von Technologieunternehmen genannt, birgt auch dies Risiken für die Funkti-

onsfähigkeit des Rechtsinstruments. Ausgeschlossen muss sein, dass europäische Grundrechte zur Verhandlungsmasse in geopolitischen Auseinandersetzungen werden.

• **Fabian Guderian** ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie an der Universität Hamburg.

Ein Erfahrungsbericht: 8. Hamburger Criminal Law Moot Court



(Personen v.l.n.r) Maria Märkte Dietrich, Lena Mroß, Khaled El-Rifai, Veron Saiti, Mara Pries, Ingrid Scheurer, Vivien-Sophie Heuer, Jana Prignitz und Liana Terehov.

Das „Hamburger Criminal Law Mooting“ ist längst mehr als ein studentischer Wettbewerb. Wenn die Universität Hamburg gegen die Bucerius Law School antritt, ist es ein Derby, akademisch und mit echtem Wettkampfgeist. Was sich trocken anhört, entfaltet im Plenarsaal des Hanseatischen Oberlandesgerichts eine packende Dynamik: Worte werden zu Waffen und jede Pointe kann die Stimmung im Saal kippen lassen.

Schon für erfahrene Strafverteidiger:innen ist eine Verhandlung vor einem Revisionsgericht eine Zäsur. Für uns Studierende bedeutete sie die Chance, einmal selbst im Schlaglicht einer besonderen Konstellation zu stehen. Der Moment, in dem sich die Türen des Hanseatischen Oberlandesgerichts öffnen, bleibt im Gedächtnis: Plötzlich ist man nicht mehr Studierende:r im Hörsaal, sondern Teil einer „echten“ Verhandlung.

Das hohe Deckengewölbe, das schwere Holz und die gespannte Stille; hier geht es nicht um eine Übung, hier geht es um Strafrecht in seiner reinsten Form.

Der diesjährige Fall hatte es in sich: Es wurden sowohl prozessrechtliche als auch materiellrechtliche Fragestellungen berührt, die eine spannende Vertiefung des aus der Vorlesung Bekannten erforderten.

I. Der Aufbau

Die Struktur des Moot Courts folgt einem klaren, fast sportlichen Aufbau. Jede Universität stellt neun Studierende, die sich mit prozessualen und materiellen Fragen auseinandersetzen. Durch Losentscheid wurde der UHH die Rolle der Verteidigung zugewiesen, während die Bucerius Law School den Generalbundesanwalt vertrat. Drei

von ihnen treten schließlich in der mündlichen Verhandlung an, abwechselnd wie in einem Schlagabtausch im Boxring, nur eben adrett gekleidet und vor einer Jury, bestehend aus fünf Richter:innen, Staatsanwält:innen und Strafverteidiger:innen, die seit Jahrzehnten in der Strafrechtspraxis tätig sind. Grundlage sind zwei Schriftsätze im Umfang von jeweils 9.000 bis 11.000 Wörtern, die im Vorfeld in den Teams ausgearbeitet werden und das Fundament für die mündliche Auseinandersetzung legen. Die Jury beurteilt nicht nur die Plädoyers, sondern auch die Schriftsätze und nimmt am Ende eine Gesamtbewertung vor.

Wochenlang hatten wir Veröffentlichungen und Entscheidungen gewälzt, Schriftsätze verfeinert und Argumente gegen uns selbst getestet. Doch so sehr man sich vorbereitet: Die Atmosphäre im Gerichtssaal verändert alles. Hier stellt sich heraus, ob man im entscheidenden Moment die richtigen Worte findet und ob man in der Lage ist, einen Raum für sich einzunehmen.

Zum dritten Mal trat die Universität Hamburg gegen die Bucerius Law School an. Noch nie war es einem unserer Teams gelungen, den Wettbewerb zu gewinnen. Der bisherige Stand: ein Gewinn der Bucerius Law School und ein Mal unentschieden. Das machte unsere Teilnahme 2025 zu einer Herausforderung und zugleich zu einer Chance.

II. Die Vorbereitung

Wie bereitet man sich in der Rolle der Verteidigung auf eine (fiktive) Revisionsverhandlung vor?

Zu unserer Aufgabe gehörte zunächst die Fertigung einer Revisionsbegründungsschrift. Die Revision wird im Studium allenfalls im Rahmen der Vorlesung zum Strafprozessrecht als Rechtsmittel erwähnt, das zweite Mal begegnet man dem Revisionsrecht im zweiten Staatsexamen in der Revisionsklausur. Daher war es erforderlich, sich von Expert:innen in das Fertigen eines solchen Schriftsatzes einführen zu lassen. Wir recherchierten nach Revisionsbegründungen und -mustern, kontaktierten renommierte Revisionsrechtler:innen und baten um Einsicht in Revisionschriften.

Bevor man mit dem Ausfertigen eines solchen Schriftsatzes beginnt, empfiehlt es sich, eine Lösungsskizze zu dem im Urteil aufgeführten Sachverhalt zu erstellen, riet uns die erfahrene Strafverteidigerin Gül Pinar.

Nach Aufteilung der thematischen Schwerpunkte in Kleingruppen begannen wir mit der Skizzierung unseres Schriftsatzes. Was rügen wir eigentlich? Stellt die Befangenheit des Staatsanwaltes einen absoluten Revisionsgrund dar? Können wir uns auf eine entsprechende Anwendung der §§ 22 ff. StPO bei Staatsanwält:innen berufen? Welche entlastenden Umstände können bei den materiellrechtlichen Fragen vorgetragen werden? Wie können wir der von der Staatsanwaltschaft durch die Revision angestrebten strengeren Bewertung der Rechtslage argumentativ entgentreten?

Eine vertiefende und umfangreiche Einführung in die Problematiken der Verfahrensrüge erfolgte durch den heutigen Generalstaatsanwalt des Landes Schleswig-Holstein Prof. Dr. Ralf Peter Anders. Die materiellrechtlichen Schwerpunkte betreuten Gül Pinar und Prof. Dr. Hannah Offerdinger. Weitere Unterstützung erhielten wir durch Larissa Roth, die als Teilnehmerin des ersten gemeinsamen Criminal Law Moot Courts wichtige Erfahrungen im Hinblick auf die Organisation im Rahmen des Wettbewerbs mit uns teilte.

In regelmäßigen Abständen besprachen wir unseren Schriftsatzentwurf und nahmen gegenseitig kritische Anmerkungen vor. Wir diskutierten über die Schärfe der Sprache, die Nachvollziehbarkeit einzelner Passagen und rechtliche Wertungen.

Schließlich rückte die Frist zur Abgabe der Revisionsbegründung immer näher. Wir trafen uns am 09.06.2025, um unseren finalen Schriftsatz ein letztes Mal zu überarbeiten.

Nach Abgabe des Schriftsatzes entwarfen die drei Plädierenden ihre Vorträge.

III. Die Hauptverhandlung

Am 17.06.2025 ging es im Plenarsaal um alles. Der in das schwere Holz eingearbeitete Satz „Recht ist Wahrheit und Wahrheit ist Recht“, half nicht gerade, die Aufregung abzuschwächen. Ganz im Gegenteil: All das, was wir die letzten Wochen erarbeitet hatten, musste sich in unseren jeweils zehn-minütigen Plädoyers entfalten. Dabei immer im Hinterkopf: Haben wir alle Details beachtet?

Die Plädoyers waren mehrmals verändert worden und hatten nun ihre finale Form erreicht. Auch wenn wir diese mehrfach geübt und bereits vor Studierenden vorgetragen hatten, sah man uns die Aufregung an. Denn anders als bei den Proben war die Jury hochkarätig und dadurch einschüchternd. Sie bestand dieses Jahr aus keinen anderen Größen als Oberstaatsanwältin a.D. Cornelia Gädigk, Rechtsanwalt Otmar Kury, der Präsidentin des Landgerichts Hamburg Birte Meyerhoff, dem Präsidenten des Hanseatischen Oberlandesgerichts Dr. Marc Tully und dem Richter am Bundesgerichtshof Marc Wenske.

Die Jury wurde angekündigt, der Saal erhob sich und der Sachverhalt wurde vorgetragen. Dann ging es los. In diesem Jahr fing die Universität Hamburg mit ihrem ersten Plädoyer über die Befangenheit des Staatsanwaltes, vorgetragen von Khaled El-Rifai, an. Anschließend konnte die Bucerius Law School durch ihr Plädoyer antworten. Weiter ging es dann mit den Delikten des Betruges, zu denen Veron Saiti vortrug. Den Abschluss machte Ingrid Scheurer mit ihrem Vortrag zu den Delikten der Brandstiftung.

Während der Plädoyers spürten wir die Blicke der Jury von vorne, die des gegnerischen Teams von der linken Seite und die der Zuschauer:innen und der Coaches im Rücken. Anschließend wurde unsere Argumentation sowohl durch Fragen der Jury zu Plädoyer sowie Schriftsatz als auch durch das gegnerische Team auf ihre Stichhaltigkeit geprüft. Ob unsere Ausführungen überzeugten, ließen die steinernen Mienen der Jury nicht erkennen. Nur einmal lachte beim Zitieren eines Kommentars von Herrn Wenske der ganze Saal und lockerte gegen Ende somit die Stimmung.

Nachdem beide Teams plädiert hatten und alle Fragen beantwortet waren, zog sich die Jury zur Beratung zurück. Die Teams und die Zuschauer:innen warteten gespannt auf das Ergebnis, welches von Otmar Kury verkündet wurde.

IV. Das Ergebnis

Die Universität Hamburg entscheidet den 8. Hamburger Criminal Law Moot Court mit einer Gesamtpunktzahl von 17 Punkten (sehr gut) für sich.

Der Moot Court war gemeistert und das mit dem ersten Gewinn der Universität Hamburg. Damit war die Anspannung abgefallen und die Freude umso größer.

Wir ließen uns anschließend Sekt und Laugengebäck im Oberlandesgericht schmecken, unterhielten uns mit Herrn Wenske bei einem Glas Wein detaillierter über die Thematik der Befangenheit des Staatsanwaltes und ließen den Abend dann mit einem wohlverdienten Döner und in guter Stimmung in einer Bar ausklingen.

V. Das Fazit

Moot Courts gehören zu den Erfahrungen, die von vielen Studierenden während ihrer Ausbildung schlichtweg verpasst werden. Dabei liest man von ihnen gelegentlich auf der eigenen Uni-Webseite, hört die positiven Erfahrungsberichte von ehemaligen Teilnehmenden oder Dozierenden während der Vorlesung oder bekommt mit, dass Mitstudierende enthusiastisch an ihnen teilnehmen.

Es ist deshalb alles andere als verwunderlich, dass ein großer Teil der Studierenden mit dem Gedanken an eine Moot-Court-Teilnahme sympathisiert. Seinen eigenen Schriftsatz zu verfassen und ihn auf einer großen Bühne im Rahmen eines akademischen Wettkampfs und in Form eines eigenverfassten Plädoyers zu verteidigen, ist nun mal etwas, das man im Alltag des rechtswissenschaftlichen Studiums nicht erlebt.

Etwaige anfängliche Skepsis unsererseits war schnell verflogen, als wir Treffen für Treffen, Tag

für Tag und Woche für Woche merkten, dass unsere gemeinsame Mission nicht nur ein kooperatives Kollektiv zusammenschweißte, das sich immer mehr kennenlernte und zu schätzen wusste, sondern sich auch langsam ein Ergebnis abzeichnete, mit dem wir alle mehr als zufrieden sein durften. Es wurde über unzählige Schatten gesprungen und speziell durch die Hilfe der Coaches erlangte das Team ein solch starkes Selbstvertrauen in die eigenen Fähigkeiten, welches auch jetzt noch, weit über den Wettbewerb hinaus, nachhallt und nachhaltig etwas in einem jeden von uns veränderte und weiterhin verändert.

Insbesondere das große Finale im Plenarsaal des Hanseatischen Oberlandesgerichts ist ein Ereignis, das sich jeder von uns gerne in Erinnerung ruft. Nicht nur deshalb, weil wir unserer Universität zu ihrem ersten Sieg dieses Wettbewerbs verhelfen durften, nein. Wir erinnern uns deshalb so gerne an den 17.06.2025 zurück, weil sich an jenem Dienstag all das gebündelt hatte, worauf es tatsächlich ankam: Zusammenhalt, gegenseitige Unterstützung und Freude am Mooting.

Und ja, wie hätte man es auch anders erwartet: Natürlich sind auch wir, ähnlich wie unsere Vorgänger:innen, mit der Teilnahme am „Hamburger Criminal Law Moot Court“ derart zufrieden, dass wir ihn uneingeschränkt weiterempfehlen.

Vielen Dank an Prof. Dr. Ralf Peter Anders, Prof. Dr. Hannah Ofterdinger, Gül Pinar und Larissa Roth für die wertvolle Unterstützung, das Team der Universität Hamburg – Maria Märtke Dietrich, Khaled El-Rifai, Vivien-Sophie Heuer, Lena Mroß, Mara Pries, Jana Prignitz, Veron Saiti, Ingrid Scheurer und Liana Terehov.

Forum

FORUM

Olesja Kaltenecker / Jeremias Forssman

Digitalisierung der juristischen Ausbildung

Die juristische Ausbildung steht im Spannungsfeld zwischen traditionellen Lehr- und Prüfungsformen und den wachsenden Möglichkeiten der Digitalisierung. Während digitale Lernplattformen, Datenbanken und KI-Anwendungen neue Chancen für Flexibilität, interaktives Lernen und effiziente Vorbereitung bieten, bleibt die juristische Ausbildung in weiten Teilen stark an klassische Methoden und Präsenzformate gebunden. Zwischen dem Anspruch, Studierende auf die Anforderungen einer zunehmend digitalisierten Rechtswelt vorzubereiten und der Realität einer oft konservativen Lehrpraxis klafft daher eine Lücke. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit, moderne Technologien konsequenter in Studium und Prüfungspraxis zu integrieren, um die Ausbildung zukunftsfähig zu gestalten. Nur so kann der Anschluss an die digitalen Entwicklungen im Berufsalltag gesichert werden.

Einleitung

Das Jurastudium soll künftige Jurist:innen auf die Praxis vorbereiten: auf den Alltag in Kanzleien, Gerichten, Unternehmen oder in neuen, dynamischen Rechtsberufen. Die juristische Arbeit ist dabei längst digital: Akten werden elektronisch geführt, Schriftsätze online eingereicht und Künstliche Intelligenz verändert rasant die Art, wie Informationen verarbeitet und Entscheidungen vorbereitet werden.

Doch das Studium selbst bleibt davon weitgehend unberührt. Der Alltag der Studierenden ist geprägt von starren Prüfungsformaten, handschriftlichen Examensklausuren und einem Curriculum, das nach wie vor überwiegend analog ausgerichtet ist. Nur wenige Lehrende wagen eine konsequent digitale Gestaltung ihrer Veranstaltungen.

Dieser Beitrag nimmt die Kluft zwischen dem Anspruch der Ausbildung und der Realität in den Blick, zeigt den aktuellen Stand der Digitalisierung auf und beleuchtet, welche Chancen ein moderneres, zukunftsfähiges Jurastudium bieten könnte.

A. Das Ziel der juristischen Ausbildung

Zunächst lohnt sich ein Blick in die normative Grundlage. Allgemeines Ziel der juristischen Ausbildung ist die Befähigung zum Richteramt. Dem Hamburgischen Juristenausbildungsgesetz nach dient die Ausbildung „der Vorbereitung auf alle juristischen Berufe“.¹ Sie soll fundiertes Rechtswissen und praxisrelevante Schlüsselqualifikationen vermitteln und fördert ethisch-kritische Reflexion. Danach ist das übergeordnete Ziel der Ausbildung die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis.² Dazu gehören auch Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit.³

So soll also auf eine berufstätige Zukunft vorbereitet werden, die heutzutage in vielen Fällen fast vollständig digitalisiert ist. Doch findet sich das auch in den Ausbildungsordnungen wieder? Hamburg schweigt, NRW als Land mit den meisten Jurastudierenden⁴ erwähnt die „digitale

.....

¹ § 1 I Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz.

² § 1 II S. 2 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz.

³ § 1 II S. 1 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz.

⁴ Statistisches Bundesamt (Destatis), 2025 | Stand:

Kompetenz“⁵ und Baden-Württemberg sowie Bayern verlangen gleichermaßen die Berücksichtigung der zunehmenden Bedeutung der Digitalisierung.⁶ Mithin setzen die Bundesländer teils unterschiedliche Maßstäbe an die digitale Ausbildung an.

In der Praxis sieht es wie folgt aus: Die etwa 421.000 tätigen Rechtswissenschaftler:innen arbeiten nur zu 60 % mit juristischen Aufgabenstellungen und präsentieren eine unglaublich vielfältige Berufsrealität.⁷ So werden in der freien Wirtschaft, aber auch im öffentlichen Dienst digitale Werkzeuge stetig relevanter und für Arbeitnehmer unerlässlich. Es ist auch aufgrund der beruflichen Realität eine Vermittlung von digitalen Kompetenzen erforderlich.

B. Die Realität der juristischen Ausbildung

Daher drängt sich die Frage auf, wie das Jurastudium diesen Anforderungen gerecht wird. Wie gestaltet sich die Realität an den Fakultäten? Welche Schritte werden unternommen, um eine zukunftsfähige Ausbildung zu sichern? Und in welchem Umfang werden digitale Möglichkeiten tatsächlich genutzt?

I. Das Studium selbst

Zunächst wollen wir beleuchten, wie die Ausbildung selbst in der Realität aussieht.

.....

05.09.2025 / 12:57:09: 37.434 Studierende.

⁵ § 57 II Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst (Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen - JAG NRW).

⁶ § 3 II Verordnung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Juristinnen und Juristen (Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung - JAPrO); § 23 II S. 2 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (JAPO) Bayern.

⁷ Bundesagentur für Arbeit, Blickpunkt Arbeitsmarkt: Akademikerinnen und Akademiker, April 2025 Kapitel 2.5, Ausbildung 2.5 – 1.

1. Examensrelevanter Stoff

Die fortschreitende Digitalisierung wirkt sich in erster Linie auf die Inhalte der juristischen Ausbildung aus, indem sie die klassischen Rechtsgebiete um digitale Aspekte erweitert. Dies zeigt sich sowohl in grundlegenden Regelungen wie der elektronischen Form nach § 126a BGB als auch in neuen Vorschriften, die gezielt digitale Sachverhalte adressieren. In den Ausbildungsgesetzen findet die Digitalisierung nur vereinzelt Berücksichtigung. So wird diese in dem Hamburgischen Juristenausbildungsgesetz (HmbJAG) nicht ausdrücklich erwähnt, während in der bayerischen JAPO digitale Themen zunehmend an Bedeutung erlangen, wie beispielsweise in § 23 II 2 BayJAPO ausdrücklich hervorgehoben wird: „[Das Studium] berücksichtigt auch die zunehmende Bedeutung der Digitalisierung.“

Besonders deutlich wird dies durch die Umsetzung der EU-Richtlinien 2019/770 und 2019/771, die am 1. Januar 2022 in deutsches Recht übernommen wurden. Dabei wurden unter anderem die §§ 327-327u BGB („Verträge über digitale Produkte“) und § 475b BGB („Besondere Vorschriften für den Verbrauchsgüterkauf digitaler Elemente“) eingeführt, die den Umgang mit digitalen Produkten im Verbraucherschutz regeln. Nach § 1 I lit. b lit. aa der Prüfungsgegenständeverordnung vom 24.01.2020 gehören diese Vorschriften zum Pflichtstoff und sind somit examensrelevant.

Auch im Öffentlichem Recht gewinnt die Digitalisierung zunehmend an Bedeutung; insbesondere im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG). Das „Volkszählungsurteil“ des BVerfG⁸ hat dieses Grundrecht etabliert und es bildet heute die Grundlage für zahlreiche Datenschutzfragen, die im Studium im Rahmen der Grundrechtsprüfung berücksichtigt werden.

Vor diesem Hintergrund müssen sich Jurastudierende schon in Vorbereitung auf das Erste Staatsexamen zunehmend mit digitalen Komponenten

.....

⁸ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419.

auseinandersetzen. Die Verbindung von klassischen Rechtsprinzipien mit digitalen Fragestellungen ist längst kein Randthema mehr, sondern ein integraler Bestandteil der Ausbildung und der Examensvorbereitung. Es ist absehbar, dass zukünftige Examina noch stärker digitale Themen aufgreifen werden, etwa bei der Vertragsgestaltung über digitale Plattformen oder über automatisierte Entscheidungsfindungen im Verwaltungsrecht.

2. Lernanwendungen und -programme zur Rettung?

Nicht nur die Studieninhalte werden zunehmend an die digitale Realität angepasst, auch in der Lern- und Prüfungspraxis kommen immer mehr digitale Anwendungen zum Einsatz. Lernplattformen und KI-gestützte Repetitorien ergänzen inzwischen die traditionelle Ausbildung. Die Vielfalt der Angebote trägt dazu bei, die unterschiedlichen Lernformen und Bedürfnisse der Studierenden abzudecken.

Mittlerweile gibt es eine große Bandbreite solcher Lern-Tools: Anki für Karteikarten, gut aufbereitete Wissensdatenbanken wie Juracademy⁹ oder interaktive Lern-Apps wie Jurafuchs. Sie alle nutzen moderne Technologien, um den Lernprozess zu erleichtern, werben mit flexibler Verfügbarkeit und verstehen sich als Ergänzung zum klassischen Studium. Hinzu kommen Angebote im Bereich künstlicher Intelligenz wie das UHHGPT der Universität Hamburg.

In der Praxis werden diese Angebote jedoch überwiegend privat genutzt. Nicht alle Universitäten verfügen über entsprechende Lizenzen, sodass Studierende die Kosten in vielen Fällen selbst tragen müssen. Hinzu kommt, dass sich die Lerninhalte je nach Bundesland und teilweise sogar von Fakultät zu Fakultät unterscheiden, was eine einheitliche digitale Lernlandschaft zusätzlich erschwert.

.....

⁹ Juracademy wurde während der Erstellung dieses Beitrags eingestellt, bietet aber aufgrund seiner Bekanntheit dennoch ein gutes Beispiel für vergleichbare Plattformen.

3. Einsatz von KI im Jurastudium

Nicht zu vergessen sind die Versuche und Erfolge künstliche Intelligenz im Jurastudium zu integrieren.

Ein besonderer Anwendungsfall ist die juristische Korrektur, beispielsweise das Forschungsprojekt DeepWrite der Universität Passau.¹⁰ Das Projekt soll die automatisierte Bewertung studentischer Texte hinsichtlich Struktur und Qualität durch KI erreichen. Es sollen Schreib- und Argumentationskompetenzen gefördert werden. Ziel ist eine Anwendung, die in sämtlichen Veranstaltungsorten unterstützend eingesetzt werden kann.

Der Ablauf gestaltet sich wie folgt: Die Arbeitsanweisung an das KI-Modell wird für einen konkreten Fall (eine Klausur, einen Text, usw.) vorbereitet, indem die Anforderungen, insbesondere in Form der Musterlösung, klargestellt werden. Anschließend geben Studierende ihre Klausurlösung ein. Diese wird unmittelbar von der KI bewertet, welche ein sofortiges Feedback zu Inhalt und Stil bereitstellt. Wir haben dies an einigen Beispielen erleben dürfen. Die Rückmeldung enthält sowohl positive Anmerkungen als auch konkrete Verbesserungsvorschläge zum Inhalt und zum Gutachtenstil. Im Ganzen wird ein aufbauender Ton gehalten, der die Prüflinge eher motivieren soll. Gleichzeitig kann es im Rahmen der Rückmeldung auch zu Fehlern kommen. So wird die KI mit einer Musterlösung beziehungsweise Lösungshinweisen trainiert, wodurch die Gefahr besteht, dass genau diese Formulierungen von der KI „gewollt“ werden und andere als falsch beurteilt werden. Es könnten also richtige Antworten fälschlicherweise abgelehnt werden, was Prüflinge zu Einheitlichkeit oder in andere Sprachmuster zwingt.

Die UHH beispielsweise hat in einer Orientierungshilfe zur Nutzung von künstlicher Intelligenz auf die Möglichkeiten in der Korrektur hin-

gewiesen.¹¹ Die Nutzung durch Lehrende zur Bewertung von Prüfungsleistungen ist als Hilfsmittel erlaubt, aber gerade darauf beschränkt.

Über diese Automatisierung kann eine umfassende Unterstützung und Verbesserung der Korrekturen erreicht werden. Sofortiges Feedback ist didaktisch äußerst wichtig¹² und kann durch Verwendung von KI ermöglicht werden. Hinzu kommt, dass auch in finanzieller Hinsicht gespart werden kann, was zur Folge hat, dass motivierte Studierende wesentlich häufiger Probeklausuren ablegen können. Die automatisierte Korrektur erzeugt wesentlich weniger Kosten für korrigierendes Personal und verringert den Verwaltungsaufwand. So könnten Stellen abgebaut werden und es bleibt mehr Geld für andere Positionen im Haushalt übrig. Gleichzeitig leidet dadurch das Personal der Universitäten und eventuell der erforderliche menschliche Kontakt. Es erfolgt gerade kein menschliches Votum, was auf Nachfrage besser erläutert werden kann und vielen auch ein besseres Gefühl geben könnte als es bei einer automatisiert Bewertung der Fall wäre. Die Korrektur durch, oder zumindest ergänzt von künstlicher Intelligenz bietet reichlich Vorteile aber birgt auch Gefahren, denen begegnet werden muss.

Ein Vorteil jedoch ist, dass KI auf vielfältige andere Arten genutzt werden kann. Beispielsweise als Vorbereitung zu einer mündlichen Prüfung: Viele der einschlägigen KI-Anwendungen bieten die Möglichkeit der Sprachausgabe. Einem solchen Modell kann man seine eigenen Unterlagen, etwa Mitschriften aus einer Vorlesung oder ähnliches, geben. Nun kann im Frage-Antwort-Schema eine Art mündliche Prüfung simuliert werden. Aufgrund der Fehleranfälligkeit von Sprachmodellen ist dabei immer noch ein umfassendes eigenes Wissen erforderlich, um die Fragen sowie die

.....

¹⁰ Vgl. *Universität Passau*, Forschungsprojekt DeepWrite (08.10.2025).

¹¹ *Beratungskreis Digitalisierung in der Lehre der UHH*, Orientierungsrahmen der UHH zum Umgang mit generativen KI-Systemen in Studium und Lehre (09.11.2025).

¹² *Staatsinstitut für Schulqualität und Bildungsforschung Bayern*, Modellprojekt Schüler-Feedback in der 2. Phase der Lehrerausbildung, S. 13.

Richtigkeit der eigenen Antworten zu beurteilen. Dennoch wird so diese Art von Prüfung geübt und das Wissen wiederholt.

Es sind unzählig viele Einsatzmöglichkeiten von KI denkbar, die das juristische Studium bereichern können. Einige davon sind bereits verfügbar oder in Entwicklung und viele mehr warten nur darauf, gefunden zu werden.

4. Onlineportale

Ferner greifen Universitäten immer mehr auf Onlineportale zurück, um Lernmaterial digital bereitstellen zu können. Seien es Plattformen wie ILIAS, STiNE, openolat oder vergleichbare Projekte wie die virtuelle Hochschule Bayern (vhb). Der Zugang zu digitalen Inhalten, insbesondere anderer Universitäten, ist beliebt. Sie dienen als zentrale Anlaufstelle für Lehrmaterialien, Übungsfälle und ähnliche Informationen und unterstützen Studierende dabei, sich flexibel und ortsunabhängig auf ihre Prüfungen vorzubereiten.

Trotz dieser Vorteile bleibt die Nutzung jedoch je nach Universität unterschiedlich intensiv. Während manche Fakultäten nahezu das gesamte Studium über digitale Plattformen organisieren, setzen andere weiterhin stärker auf Präsenzlehre und klassische Skripte. Klar ist jedoch: Onlineportale haben sich als fester Bestandteil des juristischen Studiums etabliert und tragen maßgeblich dazu bei, die Ausbildung digitaler und zugänglicher zu machen.

II. Der Sprung zum E-Examen

Die juristische Ausbildung hat große Schwierigkeiten mit der Digitalisierung Schritt zu halten. Mit mindestens sechs Klausuren und fünf Stunden Schreibzeit in der Ersten Juristischen Prüfung, die im Zweiten Examen noch zunehmen, entsteht nicht nur eine erhebliche mentale Belastung über mehrere Wochen, sondern auch eine physische.

Das intensive Schreiben bereitet vielen Jurastudierenden Schmerzen im Handgelenk; Sehnen-scheidenentzündungen sind weit verbreitet, wie unter anderem ein Artikel aus der Schweiz berichtet.¹³

Wer wegen einer Behinderung oder länger andauernden schweren bzw. chronischen Erkrankung nicht in der Lage ist, Leistungen ganz oder teilweise zu erbringen, kann einen Antrag auf nachteilsausgleichende Maßnahmen einreichen.¹⁴ Auch in Bayern findet sich eine ähnliche Regelung: Wer wegen einer nachgewiesenen Behinderung bei der Fertigung der Prüfungsarbeiten oder der Ablegung der mündlichen Prüfung erheblich beeinträchtigt ist, erhält gemäß § 13 I 1 BayJAPO auf Antrag einen angemessenen Nachteilsausgleich, soweit die Beeinträchtigung nicht das abgeprüfte Leistungsbild betrifft und der Nachteilsausgleich den Wettbewerb nicht beeinträchtigt. Das Prüfungsamt versteht darunter jedoch nicht, dass Klausuren automatisch digital geschrieben werden können. Vielmehr werden zuerst Verlängerungen der Schreibzeit oder das Auffinden einer Schreibkraft als Nachteilsausgleich gewährt. So VG Ansbach:

„Die Benutzung eines Laptops oder einer elektrischen Schreibmaschine könne nur bewilligt werden, wenn andere Maßnahmen zum Ausgleich der Prüfungsbehinderung aus medizinischen Gründen nicht ausreichend seien.“¹⁵

Was genau unter einem Nachteilsausgleich zu verstehen ist, hängt daher vom Grad der Beeinträchtigung ab. Insbesondere haben die Gerichte zu kontrollieren, ob die organisatorischen Maßnahmen der Prüfungsbehörde ausreichen, um die Chancengleichheit zu erreichen.¹⁶

.....

¹³ Lara Marty/Nick Mäder, Studenten klagen über Handgelenkschmerzen (07.10.2025).

¹⁴ § 20 I 1 Studien- und Prüfungsordnung der Fakultät Rechtswissenschaft der Universität Hamburg für den Studiengang Rechtswissenschaft (SPO).

¹⁵ Vgl. VG Ansbach, Beschluss vom 06.06.2018 – AN 2 E 18.00968, BeckRS 2018, 12042 Rn. 3.

¹⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 21.12.1992 – 1 BvR 1295/90, NJW 1993, 917.

Der VGH München weist richtigerweise nochmal daraufhin:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht den Prüfungsbehörden bei der Frage, welche Kompensationsmaßnahme zur Wiederherstellung der Chancengleichheit geeignet und geboten ist, kein Entscheidungsspielraum zu.“¹⁷

Da das digitale Examen nur in Einzelfällen bei schwerwiegenden chronischen Erkrankungen gewährt wird, ist es nicht verwunderlich, dass die Mehrheit der Jurastudierenden und Rechtsreferendar:innen die Möglichkeit des E-Examens bevorzugt. Die Digital Study 2021¹⁸ berichtet, dass 81 % der Rechtsreferendar:innen und 75 % der Jurastudierenden ein digitales Examen befürworten.

Diesem Wunsch wurde (zum Teil) entsprochen – zunächst allerdings nur für die Zweite Juristische Staatsprüfung.

Als erstes Bundesland hat Sachsen-Anhalt im Jahr 2019 das E-Examen eingeführt, was überwiegend positiv aufgenommen wurde.¹⁹ Seitdem ziehen mehrere Bundesländer nach und setzen die Zweite Juristische Prüfung digital um, zuletzt auch Baden-Württemberg im Dezember 2024.²⁰ Mittlerweile wird das erste Staatsexamen vereinzelt digital umgesetzt, wie beispielsweise in Rheinland-Pfalz.²¹

.....

¹⁷ VGH München, Beschluss v. 06.09.2023 – 7 CE 23.1585, NJW 2024, 1598.

¹⁸ Digital Study 2021: Digital Study Magazin 01/2022 (07.10.2025).

¹⁹ Ministerium für Justiz und Verbraucherschutz des Landes Sachsen-Anhalt, Erfolgsprojekt „E-Examen“ wird in Sachsen-Anhalt ausgeweitet: Juristische Staatsprüfungen künftig vollständig am Computer möglich (07.10.2025).

²⁰ Ministerium der Justiz und für Migration Baden-Württemberg, E-Prüfung in den juristischen Staatsprüfungen (08.10.2025).

²¹ Rheinland Pfalz, Ministerium der Justiz, Elektronische Prüfungen (09.11.2025).

Was anfangs mit dem „Digital Award 2020“ im Bereich „Innovationen im Referendariat“ ausgezeichnet wurde,²² entwickelte sich in anderen Bundesländern schnell zu einer Riesen-Panne.

In der sogenannten „Hall of Shame“ listet JURios sämtliche Vorfälle aus ganz Deutschland auf: Von Serverabstürzen, Akkulaufzeitproblemen,²³ bis zu anderen technischen Problemen, die sich über verschiedene Bundesländer erstrecken.²⁴

Nicht zuletzt führte dies zu großen Unruhen; dennoch bleibt die Nachfrage nach einem digitalen Examen nach wie vor hoch.

Im Folgenden wird die Erfahrung eines bayerischen Examenskandidaten dargestellt, der im März 2025 das Zweite Staatsexamen ablegte und anonym bleiben möchte:

1. Wie lief die Prüfung ab?

„Die Prüfung begann wie gewöhnlich um 8:30 und endete um 13:30 Uhr. Beim Betreten des Raumes lag alles vorbereitet auf den Tischen: Laptop und eine Computermaus, die eigene Prüfungsnummer und eine kurze Bedienungsanleitung.

Am ersten Tag fand eine größere Belehrung samt technischen Erläuterungen statt. Mit der Prüfungsnummer auf dem Tisch meldete man sich im Portal direkt an, wonach sich ein Textprogramm öffnete, ähnlich wie Word. Die Sachverhalte waren noch auf Papier und wurden dann ausgeteilt. Nach Ablauf der Zeit konnte man die Klausur per Knopfdruck hochladen und abgeben.

Wer mochte, konnte die Prüfung jederzeit handschriftlich bearbeiten. Die digitale Variante ist also nur eine Option, die flexibel über den Prüfungszeitraum genutzt werden kann. So konnte man beispielsweise drei Tage digital oder drei Tage handschriftlich schreiben. Tatsächlich haben nach meiner Erfahrung jedoch nur etwa 1 % der Prüflinge die handschriftliche Variante gewählt.

.....

²² Digital Study, Digital Awards 2020 (08.10.2025).

²³ dpa/jb/LTO-Redaktion, Technische Pannen beim Examen in Bayern – Laptop-Wechsel mitten in der Klausur (05.11.2025).

²⁴ Jurios Redaktion, Hall of Shame der juristischen Ausbildung 2024 – das Ergebnis (8.10.2025).

2. Was mussten die Prüflinge selbst mitnehmen?

Gesetzestexte waren selbst mitzunehmen. Der Prüfling hatte die Möglichkeit, eine eigene Tastatur mitzunehmen, damit sich die Klausur „gewohnter“ anfühlt. Allerdings waren nur zwei Modelle zugelassen.

3. Gab es Probleme oder Schwierigkeiten?

Mit dem diesjährigen Durchgang wurde das Problem der Akkulaufzeiten deutlich verbessert. Die Laptops hielten länger durch und für den Notfall standen Powerbanks bereit. Falls ein Gerät wider Erwarten nicht funktionierte, konnte mithilfe der Prüfungsnummer sofort ein neuer Laptop bereitgestellt werden.

4. Was war deine allgemeine Erfahrung?

Die digitale Prüfung empfand ich als deutlich angenehmer, da der Arbeitsalltag realistischer dargestellt wird und man schneller tippt als handschriftlich schreibt. Auch die Hände werden geschont, zehn Tage lang nur handschriftlich zu arbeiten wäre sehr anstrengend gewesen. Zudem ist es einfacher, den Text zu strukturieren, Passagen zu löschen oder zu ändern.“

III. Neue Studienangebote

Die Rechtswissenschaft umfasst ein breites Gebiet an unterschiedlichen Fachgebieten. Spätestens nach dem Bestehen beider Staatsexamina stellt sich für viele Jurist:innen die Frage, in welche Richtung sie ihre berufliche Laufbahn lenken möchten. Denn während des Studiums werden längst nicht alle Rechtsgebiete umfassend behandelt. Viele Themen begegnen Studierende erst im Rahmen eines Schwerpunkts oder durch zusätzliche Qualifikationen. Diese Vielfalt zeigt sich schon daran, dass es im Jahr 2025 insgesamt 24 Fachanwaltstitel²⁵ gibt. Darüber hinaus existiert jedoch eine Vielzahl weiterer Spezialisierungsmöglichkeiten, die nicht durch den Fachanwaltstitel abgedeckt sind.²⁶

.....

²⁵ BRAK, Fachanwaltsstatistik, Stand 1. Januar 2025.

²⁶ Vgl.: Hammerich, Rechtsgebiete: Welche Rechtsbereiche gibt es in Deutschland? (08.10.2025).

Mit der fortschreitenden Digitalisierung entstehen zudem neue Tätigkeitsfelder für Jurist:innen. Um den wachsenden Anforderungen der digitalisierten Rechtswelt gerecht zu werden, bieten immer mehr Universitäten Zusatzqualifikationen und Studiengänge mit digitalem Schwerpunkt an. Dies reicht von spezialisierten Bachelor- und Masterstudiengängen, etwa im Bereich Legal Tech oder Rechtsinformatik, bis hin zu neuen Schwerpunktbereichen im klassischen Jurastudium, die Themen wie Künstliche Intelligenz, Digitalwirtschaft oder Datenrecht abdecken.

Diese Entwicklung zeigt sich auch in der Forschung: Immer mehr juristische Fakultäten schaffen Lehrstühle mit direktem Bezug zu KI und Digitalisierung. Professuren wie „Recht der Künstlichen Intelligenz“ an der Universität Tübingen²⁷ verdeutlichen den wissenschaftlichen Wandel innerhalb der Juristerei. Die juristische Ausbildung und Forschung befindet sich damit in einem stetigen Modernisierungsprozess, in dem die Digitalisierung längst kein Randthema mehr sondern zu einem zentralen Bestandteil moderner Rechtswissenschaft geworden ist – wenn auch in einem teils zögerlichen Wandel.

1. Legal Tech als Bachelor

Die Frage eines juristischen Bachelors betrifft inzwischen nicht mehr nur das klassische Jurastudium sondern zunehmend auch zusätzliche Qualifikationen mit digitalem Bezug. Dieser Abschluss wird meist als integrierter Bachelor angeboten und dient damit als eine Art „Auffangnetz“ im Rahmen des regulären Studiums. Bisher bieten nur wenige Universitäten diesen an. Als erste hat sich dabei die Universität Passau hervor getan: Dort wurde der Studiengang im Wintersemester 2020/21 eingeführt und umfasst insgesamt acht Semester.²⁸ Mittlerweile existieren ähnliche Studiengänge auch an anderen Universitäten, teilweise als eigenständiger LL.M. wie an der Universität Regensburg.²⁹

.....
²⁷ Vgl. *Uni Tübingen* Professur, Recht der Künstlichen Intelligenz (08.10.2025).

²⁸ Vgl. *Uni Passau*, Bachelor Legal Tech (08.10.2025).

²⁹ Vgl. *Uni Regensburg*, LL.M. Legal Tech (08.10.2025).

Zwar erfordert die Kombination aus juristischen und technischen Inhalten einen erhöhten Lernaufwand, sie bietet jedoch einen entscheidenden Vorteil: Studierende erwerben nicht nur eine fundierte rechtliche Ausbildung, sondern zusätzlich einen akademischen Abschluss (Bachelor oder Master), der ihre digitale Kompetenz dokumentiert und den Einstieg in spezialisierte Berufsfelder erleichtert.

Diese Studiengänge reagieren auf den steigenden Bedarf an Jurist:innen, die sowohl das juristische Handwerkszeug als auch technisches Verständnis und IT-bezogene Kompetenzen mitbringen.

2. LL.M.

Die klassische Möglichkeit, juristisches Zusatzwissen zu erwerben, bietet der Master of Laws (LL.M.). Dabei handelt es sich um einen postgradualen akademischen Abschluss, der auf einem bereits abgeschlossenen Jurastudium aufbaut und die juristischen Kenntnisse in einem spezifischen Rechtsgebiet vertieft.³⁰

Auch im Bereich der Digitalisierung wurde das Angebot an LL.M.-Programmen angepasst und erweitert. Es reicht von der klassischen Rechtsinformatik an der Universität Passau bis hin zu Studiengängen wie „Recht der Digitalisierung“ an der Universität Köln. Die Vielfalt der Angebote verdeutlicht, dass die Digitalisierung unter unterschiedlichen rechtlichen Aspekten betrachtet werden muss.

3. Schwerpunkte

Nicht zuletzt werden im Rahmen des regulären Jurastudiums Schwerpunkte im Bereich Digitalisierung angeboten, die oben schon angesprochen wurden. Dadurch haben Studierende die Möglichkeit, schon während der Studienzeit oder nach dem ersten Staatsexamen, gezielt Wissen in digitalen Rechtsgebieten zu erwerben und sich in spezifische Themen einzuarbeiten.

.....
³⁰ Vgl. *hier* (08.10.2025).

Im Vergleich zu spezialisierten Bachelor- oder LL.M.-Modulen ist der Aufwand hierbei jedoch geringer und am Ende steht in der Regel keine formale Bescheinigung im klassischen Sinne.

IV. Fazit

Die Digitalisierung der juristischen Ausbildung ist zwar spürbar im Gange, verläuft jedoch weiterhin holprig. Lehrmaterialien werden zunehmend digital bereitgestellt und auch der Einsatz von künstlicher Intelligenz findet immer häufiger statt, um das Lernen individueller und effizienter zu gestalten. Darüber hinaus bieten immer mehr Zusatzqualifikationen Jurist:innen die Gelegenheit, sich gezielt in digitalen Rechtsgebieten weiterzubilden.

Während viele Universitäten innerhalb des Studiums bereits auf digitale Lehr- und Lernformen umstellen, sind die Prüfungsleistungen davon noch weit entfernt. Fünfstündige Klausuren werden nach wie vor meistens auf Papier geschrieben, was den realen Arbeitsalltag kaum widerspiegelt.

Mit der Einführung des E-Examens für die Zweite Juristische Staatsprüfung wurde immerhin ein wichtiger, längst überfälliger Schritt getan. Die anfänglichen Schwierigkeiten und die teils jahrelangen Pannen der Prüfungsämter, die schon vor dem E-Examen bekannt waren, verdeutlichen allerdings, wie veraltet viele Strukturen nach wie vor sind. Gerade diese Probleme unterstreichen, wie notwendig eine vollständige Digitalisierung der schriftlichen Prüfungen ist. Es bleibt spannend zu beobachten, wie sich die Entwicklung im dieses Jahr fortsetzen wird und ob die Digitalisierung endlich auch die Examensklausuren vollständig erreicht.

- **Olesja Kaltenecker** ist Studentische Mitarbeiterin, Studentin an der Universität Passau und ehem. Vorständin bei recode.law.
- **Jeremias Forssman** ist Studentischer Mitarbeiter, Student an der Universität Passau und ehem. Vorstand bei recode.law.

Musterlösung

Klausurmusterlösung

Jun.-Prof. Dr. Hannah Offerdinger / Hannah Welling

Klausur Strafrecht BT I

Diese Klausur wurde im Sommersemester 2025 als Abschlussklausur im Strafrecht Besonderer Teil I gestellt und ist dem oberen Ende des leichten Schwierigkeitsgrades zuzuordnen.

• Sachverhalt

A und B sind Mitglieder eines Hamburger Schwimmvereins und bereiten sich seit Monaten intensiv auf den bevorstehenden Schwimmwettkampf vor. A weiß, dass die B dabei eine ernst zu nehmende Konkurrentin ist, die ihr möglicherweise den Titel wegnehmen könnte, was sie jedoch nach all dem harten Training der vergangenen Monate verhindern möchte. A beschließt daher, die B für den Wettkampf auszuschalten. Hierzu plant sie, den Proteinshake der B mit dem Extrakt der Brechwurzel zu versetzen, welcher zu starker Übelkeit und Erbrechen führt.

Am nächsten Tag versetzt A – wie geplant – in einem unbeobachteten Moment den Proteinshake der B mit dem Extrakt. Nachdem B den Proteinshake getrunken hat, klagt diese zunächst über starke Bauchschmerzen und Übelkeit. Kurze Zeit später muss B sich auch erbrechen und läuft auf die Toilette. A, die zu diesem Zeitpunkt ebenfalls zufällig auf der Toilette ist, entschließt kurzerhand nochmals sicherzustellen, dass B auch wirklich nicht an dem Wettkampf teilnehmen kann und verriegelt mittels einer Stange die Tür der Toilette so von außen, dass B diese nicht mehr verlassen kann. B wird erst zwei Stunden später zufällig durch die nichtsahnende Teilnehmerin eines anderen Schwimmvereins auf der Toilette aufgefunden und verpasst daher den ersten Durchlauf in der Disziplin Brustschwimmen. An den weiteren Durchläufen in den anderen Disziplinen kann sie jedoch zu A's Entsetzen noch teilnehmen.

B ahnt sofort, wer hinter dieser Aktion stecken könnte. Verärgert geht sie auf die A zu und stellt diese zur Rede. A streitet die Vorwürfe zunächst ab, kann sich ein hämisches Grinsen jedoch nicht verkneifen. Dies verärgert B noch weiter, sodass diese schließlich zu A sagt: „Wenn du dich nicht sofort krankmeldest und aus dem Wettkampf ausscheidest, zeige ich den Vorfall bei der Polizei an. Dann musst du sehen, ob die dir deine blöden Ausreden glauben.“ A, die nun doch kalte Füße bekommt und besorgt ist, dass ihr Verhalten zu ernsthaften Konsequenzen führen könnte, meldet sich daraufhin bei der Wettkampfleitung krank und scheidet aus dem weiteren Wettkampf aus.

Prüfen Sie die Strafbarkeit der A und der B.

Bearbeitungsvermerk:

Konkurrenzen sind nicht zu prüfen. § 241 StGB sowie Delikte aus dem 22. Abschnitt des StGB sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

• Gliederung

Tatkomplex 1: Der Proteinshake

A. Strafbarkeit der A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 3, 25 I Alt. 2 StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des § 223 I StGB

aa) Eigener Verursachungsbeitrag der A

(P) Abgrenzung unmittelbare/mittelbare Täterschaft

bb) Unmittelbare Tatausführung durch die B

cc) Verantwortlichkeit der A

dd) Zwischenergebnis

b) Objektiver Tatbestand des § 224 I StGB

aa) § 224 I Nr. 1 Alt. 1 StGB

bb) § 224 I Nr. 3 StGB

c) Zwischenergebnis

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

Tatkomplex 2: Das Einsperren

A. Strafbarkeit der A wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I Alt. 1 StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

- a) Taugliches Tatobjekt
- b) Tathandlung: Einsperren

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

Tatkomplex 3: Die Diskussion

A. Strafbarkeit der B wegen Nötigung gem. § 240 I StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

- a) Taugliches Tatobjekt
- b) Nötigungsmittel
- c) Nötigungserfolg

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

1. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

2. Verwerflichkeit gem. § 240 II StGB

(P) *Verwerflichkeit der Drohung mit einer Strafanzeige*

III. Schuld

IV. Ergebnis

Gesamtergebnis

• Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Der Proteinshake

A. Strafbarkeit der A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 3, 25 I Alt. 2 StGB

A könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 3, 25 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Proteinshake der B mit dem Extrakt der Brechwurzel versetzte.

Anmerkung:

Hier muss nicht zwingend mit einer gefährlichen Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft begonnen werden. Es hätte mit entsprechender Argumentation (s. dazu die nachfolgende Anmerkung) auch eine unmittelbare Täterschaft geprüft werden können.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des § 223 I StGB

A müsste die B hierfür zunächst einmal körperlich misshandelt oder in ihrer Gesundheit geschädigt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.¹ Eine Gesundheitsschädigung meint das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes.²

Zwar ist bei B ein Körperverletzungserfolg in Form einer Gesundheitsschädigung eingetreten, da sie zunächst unter starken Bauchschmerzen und Übelkeit litt und sich infolgedessen auch erbrechen musste. Jedoch hat A selbst keine Handlung vorgenommen, die unmittelbar zu der Gesundheitsschädigung führte. Sie hat lediglich den Proteinshake mit dem Extrakt der Brechwurzel versetzt, B selbst musste diesen allerdings noch trinken, um den Taterfolg herbeizuführen.

Möglicherweise könnte der A die von B unmittelbar selbst herbeigeführte Körperverletzung im Rahmen der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 I Alt. 2 StGB zugerechnet werden. So gelten auch in Fällen, in denen der Täter zunächst selbst handelt, die Erfolgsherbeiführung aber durch das Opfer selbst bewirkt wird, die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft.³

.....
¹ Fischer/Anstötz, in: Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar, 73. Aufl. 2026, § 223 Rn. 4.

² Ibid., Rn. 8.

³ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 54. Aufl., 2024, § 16 Rn. 853 m.V.a. BGHSt 43, 177 – Giffalle.

Anmerkung:

In diesem Lösungsvorschlag wird eine Körperverletzungshandlung in mittelbarer Täterschaft geprüft. Es gäbe aber auch die Möglichkeit, die Selbstschädigung der B unter der objektiven Zurechenbarkeit zu prüfen. Ferner ist es ebenfalls vertretbar, eine unmittelbare Täterschaft der A zu prüfen. Dann muss jedoch sauber herausgearbeitet und argumentiert werden, warum trotz der Selbstschädigung der B eine unmittelbare Täterschaft der A in Betracht kommen könnte.

aa) Eigener Verursachungsbeitrag der A

Für eine Zurechenbarkeit im Rahmen des § 25 I Alt. 2 StGB müsste A zunächst einen eigenen Verursachungsbeitrag geleistet haben. Dieser lag – wie bereits zuvor festgestellt worden ist – in dem Versetzen des Proteinshakes mit dem Extrakt der Brechwurzel.

bb) Unmittelbare Tatausführung durch die B

Die unmittelbare Tatausführung erfolgte durch die B, welche den Proteinshake sodann zu sich nahm.

cc) Verantwortlichkeit der A

Schließlich müsste die A für den Eintritt des Taterfolges verantwortlich sein. Dies ist gegeben, sofern die A das Tatgeschehen beherrscht und die B lediglich als Tatmittlerin/„menschliches Werkzeug“ agiert.

Im Rahmen der mittelbaren Täterschaft kann ein solches Beherrschen kraft Wissens- oder Willensüberlegenheit gegeben sein.⁴ Vorliegend könnte sich die Tatherrschaft der A aus der Wissensüberlegenheit ergeben. A wusste, dass der Proteinshake mit dem Extrakt der Brechwurzel versetzt gewesen ist. Nichtsdestoweniger verheimlichte sie dieses Kenntnis der B und hielt auf diese Weise das Geschehen in den Händen.

Ferner müsste die B lediglich als Tatmittlerin bzw. „menschliches Werkzeug“ agiert haben. Eine solche Werkzeugqualität liegt regelmäßig dann vor, wenn der Tatmittler ein Strafbarkeitsdefizit aufweist.⁵ Vorliegend ergibt sich das Strafbarkeitsdefizit daraus, dass B den Tatbestand des § 223 I StGB nicht gegen sich selbst verwirklichen kann. So fordert die Vorschrift bereits ihrem Wortlaut nach die körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung „einer anderen Person“. B verletzt sich jedoch selbst. Sie weist mithin ein Strafbarkeitsdefizit auf und A ist als für den Eintritt des Taterfolges verantwortlich anzusehen.

dd) Zwischenergebnis

A verwirklichte den objektiven Tatbestand des § 223 I StGB in mittelbarer Täterschaft.

.....

⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, § 16 Rn. 851.

⁵ Ibid., Rn. 846.

b) Objektiver Tatbestand des § 224 I StGB

aa) § 224 I Nr. 1 Alt. 1 StGB

A könnte die Körperverletzung unter Beibringung von Gift begangen haben. Gift ist jeder organische oder anorganische Stoff, der unter bestimmten Bedingungen durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung nach seiner Art und der vom Täter eingesetzten Menge im konkreten Einzelfall geeignet ist, die Gesundheit zu beeinträchtigen.⁶

Bei dem Extrakt der Brechwurzel handelt es sich um einen chemisch wirkenden organischen Stoff, welcher geeignet ist, unter anderem Erbrechen als pathologischen Zustand herbeizuführen.

Beigebracht hat der Täter das Gift, wenn er dieses so mit dem Körper in Kontakt bringt, dass dieses seine gesundheitsschädliche Wirkung entfaltet. Zwar ist umstritten, ob eine Beibringung ein Hineingelangen in den Körper verlangt⁷ oder ob auch ein äußerliches „Anbringen“ ausreicht.⁸

Im hiesigen Fall versetzte A den Proteinshake mit dem Extrakt, sodass B dieses trank. Mithin lag eine innere Einbringung des Stoffes vor, womit ein Streitentscheid entbehrlich ist.

Anmerkung:

An dieser Stelle ist es auch vertretbar, Nr. 1 Alt. 2 zu prüfen und zu bejahen.

bb) § 224 I Nr. 3 StGB

Weiter könnte die A die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben.

Ein Überfall ist ein für das Opfer plötzlicher, unerwarteter Angriff.⁹ Dieser kann auch in der heimlichen Verabreichung von bewusstseinsbeeinträchtigenden Mitteln wie bspw. starken Schlafmitteln¹⁰ oder auch K.O.-Tropfen¹¹ liegen, wobei die Plötzlichkeit des Angriffes im Eintreten der plötzlichen Wirkung liegt.¹²

Hinterlistig ist der Überfall, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren (Verletzungs-)Absicht berechneten Weise vorgeht, um die Abwehr des nicht erwarteten Angriffes zu erschweren.¹³

.....

⁶ *Hardtung*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 7 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2024, StGB § 224 Rn. 1a.

⁷ *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 10.

⁸ *Hardtung*, in: MüKo StGB, § 224 Rn. 10; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 224 Rn. 1b.

⁹ *Hardtung*, in: MüKo StGB, § 224 Rn. 33.

¹⁰ BGH NStZ 1992, 490.

¹¹ BGH NStZ-RR 1996, 100; BGH NStZ 2012, 143 (143).

¹² *Sternberg-Lieben*, in: TK-StGB, 31. Aufl. 2025, § 224 Rn. 18.

¹³ *Ibid.*

Dadurch, dass A heimlich den Proteinshake der B mit dem Extrakt der Brechwurzel vermischte und der B etwaige Möglichkeiten nahm, die Wirkungen (Schmerzen, Übelkeit und Erbrechen) zu verhindern, ist ein hinterlistiger Überfall in der vorliegenden Fallkonstellation zu bejahen.

c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 3, 25 I 2. Alt. StGB ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste darüber hinaus hinsichtlich des Grundtatbestandes der Körperverletzung, der Qualifikationsmerkmale sowie der mittelbaren Täterschaft vorsätzlich gehandelt haben.

Vorsatz wird dabei regelmäßig als der „Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände“ definiert.¹⁴

A wusste, dass der Proteinshake mit dem Extrakt der Brechwurzel versetzt gewesen ist und wollte auch, dass B diesen trinkt, um die Konkurrentin für den Wettkampftag „auszuschalten“. Sie handelte somit vorsätzlich in Bezug auf die Körperverletzung. Da sie das Brechwurzelextrakt auch gezielt einsetzte, um Symptome wie Übelkeit und Erbrechen hervorzurufen, hatte sie auch Vorsatz in Bezug auf die Beibringung eines Giftes oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffes. Zudem wollte sie auch die verdeckte Verabreichung und hatte somit ebenfalls Vorsatz in Bezug auf die hinterlistige Begehungsweise. Schließlich wusste sie auch, dass sie infolge der verdeckten Verabreichung das Geschehen beherrschte und die B als „Werkzeug gegen sich selbst“ nutzte.

II. Rechtswidrigkeit

Mangels Vorliegen von Rechtfertigungsgründen handelte A rechtswidrig.

III. Schuld

Mangels Vorliegens von Entschuldigungsgründen oder anderer Schuldausschlussgründe handelte A auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 3, 25 I 2. Alt. StGB strafbar gemacht.

.....

¹⁴ Kudlich, in: BeckOK-StGB, 65. Ed. 01.05.2025, StGB, § 15 Rn. 3; BGHSt 19, 295 (298), BGH NJW 1964, 1330.

Tatkomplex 2: Das Einsperren

A. Strafbarkeit der A wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I 1. Alt. StGB

A könnte sich wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I 1. Alt. StGB strafbar gemacht haben, indem sie mittels einer Stange die Tür der Toilette verriegelte und die B auf diese Weise dort einsperrte.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Taugliches Tatobjekt

Taugliches Tatobjekt kann jeder Mensch sein, der in der Lage ist, einen Willen über seinen Aufenthaltsort zu bilden.¹⁵ B ist damit taugliches Tatobjekt.

b) Tathandlung: Einsperren

Weiter müsste A die B eingesperrt haben. Einsperren meint das Verhindern des Verlassens eines umschlossenen Raumes durch äußere, nicht notwendig unüberwindbare Vorrichtungen.¹⁶ Indem A die Tür der Toilette mit einer Stange von außen verriegelte, hinderte diese die B an dem Verlassen des Ortes und sperrte sie mithin ein.

2. Subjektiver Tatbestand

A wusste und wollte, dass die B durch das Verriegeln der Toilettentür in ihrer Fortbewegungsfreiheit eingeschränkt wird, um eine Teilnahme an dem Schwimmwettkampf zu verhindern. Sie handelte mithin vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

Mangels Vorliegens von Rechtfertigungsgründen handelte A rechtswidrig.

III. Schuld

Mangels Vorliegens von Entschuldigungsgründen sowie sonstiger Schuldausschlussgründe handelte A auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

A hat sich der Freiheitsberaubung gem. § 239 I 1. Alt. StGB strafbar gemacht, indem sie die Tür der Toilette mit einer Stange von außen verriegelte.

Tatkomplex 3: Die Diskussion

A. Strafbarkeit der B wegen Nötigung gem. § 240 I StGB

B könnte sich wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht haben, indem sie der A mit einer Anzeige drohte und dazu bewegte, aus dem Wettkampf auszuschneiden.

.....

¹⁵ *Sonnen*, in: NK-StGB, § 239 Rn. 12.

¹⁶ *Wieck-Noodt*, in: MüKo StGB, § 239 Rn. 21.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Taugliches Tatobjekt

A ist ein Mensch i. S. d. § 240 I StGB und damit taugliches Tatobjekt.

b) Nötigungsmittel

Als tatbestandliche Nötigungsmittel kommen grundsätzlich die Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht. Vorliegend könnte B der A mit einem empfindlichen Übel gedroht haben, indem sie dieser eine Strafanzeige in Aussicht stellte.

Drohung i.S.d. § 240 I StGB meint das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt.¹⁷ Als empfindlich ist dieses Übel einzustufen, wenn es in so einer Weise erheblich ist, dass das Inaussichtstellen geeignet erscheint, den Bedrohten zu einem bestimmten Verhalten zu verleiten.¹⁸

B stellte der A die Erstattung einer Strafanzeige in Aussicht. Ein der Strafanzeige folgendes Ermittlungsverfahren stellt für den Angezeigten eine erhebliche Belastung dar, sodass diese als Übel qualifiziert werden kann. Ferner ist davon auszugehen, dass eine solche Drohung aufgrund ihrer Konsequenzen durchaus dazu geeignet ist, den Bedrohten zu einem bestimmten Verhalten zu verleiten.

B drohte der A somit mit einem empfindlichen Übel.

c) Nötigungserfolg

Durch die Drohung müsste ein Nötigungserfolg – also ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen – eingetreten sein. Hier meldete sich A infolgedessen von dem weiteren Schwimmwettkampf ab. Dies stellt ein positives Tun i.S.d. § 240 I StGB dar, sodass der Nötigungserfolg eingetreten ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müsste auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein. B müsste mit Vorsatz gehandelt haben. B wusste, dass sie mit der Androhung einer Strafanzeige psychischen Zwang auf die A ausüben würde, um diese zu einer Abmeldung bei dem Schwimmwettkampf zu verleiten. Dies tat sie bewusst und mit Absicht und handelte mithin vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

B müsste darüber hinaus rechtswidrig gehandelt haben.

1. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Zunächst könnte eine Rechtfertigung nach §§ 32 oder 34 StGB in Betracht kommen.

.....
¹⁷ Eisele, in: TK-StGB, § 240, Rn. 9.

¹⁸ Sinn, in: MüKo StGB, § 240, Rn. 77 m.w.N.

Die zuvor begangene Freiheitsberaubung durch die A ist ein Angriff auf Rechtsgüter der B. Dieser ist zum Zeitpunkt der Drohung aber nicht mehr gegenwärtig, da die Tat mit Wiederherstellung der Fortbewegungsfreiheit beendet ist. Daher scheidet eine Rechtfertigung nach §§ 32 oder 34 StGB aus.

2. Verwerflichkeit gem. § 240 II StGB

Gem. § 240 II StGB ist die Tat rechtswidrig, wenn die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

Im Rahmen einer Mittel-Zweck-Relation ist daher zu erörtern, ob die Tat sozialwidrig ist. Ein Indiz hierfür kann in dem Einsatz eines verwerflichen Mittels, der Sozialwidrigkeit des verfolgten Zweckes oder einer Verkoppelung beider liegen.¹⁹

Die Drohung der B war auf die Erstattung einer Strafanzeige gerichtet. Ein solches Verhalten wird von der Rechtsordnung nicht missbilligt, vielmehr handelt es sich um ein erlaubtes Verhalten. Anders verhält es sich mit dem angestrebten Zweck. B verlangte hier das Ausscheiden aus dem Schwimmwettkampf, um sich ebenfalls einer Konkurrentin zu entledigen. Hierbei handelt es sich um einen sozialwidrigen Zweck. Die Tat ist damit als verwerflich i.S.d. § 240 II StGB und rechtswidrig anzusehen.

Anmerkung:

An dieser Stelle wird etwas Argumentation verlangt. Ein bloßes Festhalten, dass die Tat rechtswidrig gewesen ist, genügt nicht. Die gegenteilige Ansicht (Rechtmäßigkeit des Handelns der B) kann nur mit überzeugender Begründung vertreten werden.

III. Schuld

Mangels Vorliegens von Entschuldigungsgründen und sonstigen Schuldausschlussgründen handelte B schuldhaft.

IV. Ergebnis

B hat sich wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht, indem sie der A mit einer Anzeige drohte und dazu bewegte, aus dem Wettkampf auszuschneiden.

Gesamtergebnis

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung (in mittelbarer Täterschaft) gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, Nr. 3, 25 I 2. Alt. StGB sowie wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I 1. Alt. StGB strafbar gemacht.

B hat sich wegen Nötigung gem. § 240 I StGB strafbar gemacht.

• **Prof. Dr. Hannah Offerdinger** ist Inhaberin der Juniorprofessur für Strafrecht mit Bezügen zur Digitalisierung an der Universität Hamburg.

• **Hannah Welling** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli an der Universität Hamburg.

.....

¹⁹ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT I, 48. Aufl., 2025, § 8 Rn. 379.

Klausurmusterlösung

Prof. Dr. Konrad Duden / Giovanni Freise / Christina Frühauf

Klausur Internationales Erbrecht: Die neue Liebe und das alte Testament

Die vorliegende Klausur wurde als vierstündige Examensleistung für den Schwerpunktbereich Internationales und ausländisches Privat- und Verfahrensrecht an der Universität Leipzig konzipiert, als Prof. Dr. Konrad Duden dort Lehrstuhlinhaber war. Zum Zwecke der Veröffentlichung wurde die Klausur in Teilen leicht abgewandelt. Inhaltlich behandelt die Klausur sowohl kollisions- als auch verfahrensrechtliche Probleme des den Studierenden eher unbekanntes Gebiets des internationalen Erbrechts. Insgesamt weist die Klausur einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf, wobei eine saubere Normlektüre- und Auslegung entscheidend für ein gutes Gelingen der Klausur waren. Der Ausgangsfall ist inspiriert durch BGH, Beschl. v. 24.02.2021 – IV ZB 33/20.

• Sachverhalt

Die deutsche Franka (F) ist mit dem Deutsch-Österreicher Matteo (M) seit mehr als 30 Jahren verheiratet. Gemeinsam lebten sie durchweg in ihrer Heimatstadt München. Um ihren Ruhestand genießen zu können, zogen die Eheleute am 01.02.2015 in das weitaus beschaulichere Salzburg (Österreich).

Sich ihres zunehmenden Alters bewusst, beschlossen M und F, ihren Nachlass gemeinsam zu regeln. M und F verfassten daher am 01.10.2016 eine eigenhändig von M geschriebene und mit den Worten „Gemeinschaftliches Testament“ betitelte Urkunde, die sowohl von M als auch F handschriftlich unterschrieben wurde. Auch wenn M und F überzeugte Bayern sind, folgten sie dabei dem Modell des sogenannten „Berliner Testaments“. Sie setzten sich also anlässlich des Todes des ersten Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein. Erst nach dem Tod des überlebenden Ehegatten sollten ihre deutschen Kinder Simon (S) und Tanja (T), beide in München lebend, das gesamte Vermögen hälftig erben. Dass sich der Umzug nach Salzburg auf die Wirksamkeit ihres Testaments auswirken könnte, war F und M nicht bewusst. Die Frage des anwendbaren Rechts adressierten sie in dem gemeinsamen Text daher nicht explizit. Da sie aber von ihren Münchener Freunden erfahren hatten, dass die Kinder beim Modell des Berliner Testaments erhebliche Probleme verursachen können, sofern sie ihren Pflichtteilsanspruch bereits nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten geltend machen, eröffneten F und M das Testament mit folgender Präambel:

„Nach einem langen und erfüllten Familienleben wird bald einer von uns den anderen verlassen müssen. Unser inniger Wunsch ist es, dass der Überlebende sein bisheriges Leben ohne Einschränkungen weiterführen kann. Unsere lieben Kinder, T und S, sollen daher erst nach dem Tod des zweiten von uns ihr Erbe als Schlusserben erhalten. Angesichts der gesetzlich vorgesehenen Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit dieses Testaments hoffen wir, dass T und S sich bis zu diesem Zeitpunkt gedulden mögen und nach dem Tod des ersten von uns nicht auf ihren Pflichtteil bestehen.“

Anfang 2019 verstarb M infolge längerer Krankheit. Wider Erwarten währte die Trauer der F über den Tod ihres Mannes überraschend kurz. Nur zwei Monate nach dem Tod

ihres Mannes lernte F den deutlich jüngeren Österreicher und ebenfalls in Salzburg lebenden Lukas (L) kennen und lieben. Damit L sie auch noch nach ihrem Ableben in bester Erinnerung behalten würde, wollte F nun doch ihr gesamtes Vermögen an L vermachen und ihm ein glückliches Leben bescheren. Ursprüngliche Zweifel der F trotz des Testaments vom 01.10.2016 ein neues Testament zugunsten von L erstellen zu können, konnte L beseitigen. Sein österreichischer Anwalt habe ihm gesagt, dass man gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen problemlos widerrufen könne. Am 20.03.2022 setzte F daher ein neues Testament auf, welches L als alleinigen Erben der F bestimmte. F verstarb am 24.02.2023.

L, der es von Anfang an nur auf das Erbe der F abgesehen hatte, wandte sich unmittelbar darauf an das Nachlassgericht Salzburg („Verlassenschaftsgericht“), um die Nachlassabwicklung zu beantragen. Als S und T davon erfahren, sind sie entsetzt und überlegen, rechtlich gegen die von L beantragte Nachlassabwicklung vorzugehen. Sie wenden sich daher an die Anwältin A mit der Bitte zu prüfen, ob das gemeinsame Testament ihrer Eltern vom 01.10.2016 wirksam und auch nach dem Tod des M für F verbindlich war.

Welches Recht ist – aus der Perspektive des deutschen IPR – auf die von S und T aufgeworfenen Fragen anzuwenden?

Bearbeitungsvermerk:

Auf die §§ 2265 ff. BGB sowie auf § 586 des österreichischen ABGB (siehe Anhang) wird verwiesen.

Abwandlung 1:

Wie im Ausgangsfall leben F und M zunächst in München und später gemeinsam in Salzburg, wo M stirbt. F lernt nach dem Ableben ihres Ehemanns M gleichermaßen den in Salzburg lebenden Österreicher L kennen. F entschließt sich jedoch nach kurzer Beziehungsdauer nach München zurückzukehren und zieht daher am 01.01.2020 zurück in ihre Heimatstadt. F und L führen fortan eine Fernbeziehung. Am 20.03.2023 setzt F ein Testament auf, welches L als Alleinerben ihres gesamten Nachlasses bestimmt. In diesem heißt es einzig:

„Als meinen einzigen Erben bestimme ich meinen geliebten L.“

Anders als im Ausgangsfall hatten M und F zuvor kein gemeinsames Testament errichtet. S und T sind entrüstet über die Entscheidung der F, wollen im Falle des wirksamen Testaments aber zumindest den Pflichtteil ihres Erbes beanspruchen.

Nach welchem Recht richtet sich – aus der Perspektive des deutschen IPR – ob zugunsten von S und T ein Pflichtteilsanspruch besteht?

Abwandlung 2:

Wie in Abwandlung 1, jedoch hat F ihr gesamtes Vermögen verschwendet und schuldet mehreren Gläubigern eine beträchtliche Geldsumme. L möchte das Erbe daher ausschlagen.

Welche Gerichte sind – aus der Perspektive des deutschen IZVR – für die Ausschlagung des Erbes international zuständig?

Bearbeitungsvermerk zu allen Aufgaben:

Soweit sich aus den obigen Ausführungen oder dem Anhang nichts anderes ergibt, ist davon auszugehen, dass Normen des ausländischen nationalen Rechts denjenigen des deutschen Rechts entsprechen.

• Anhang

**§ 586 ABGB (Österreichisches Recht)
Gemeinschaftliche letztwillige Verfügung**

(1) In der Regel gilt ein und dieselbe schriftliche letztwillige Verfügung nur für einen Verstorbenen.

(2) Allerdings können Ehegatten oder eingetragene Partner in einem Testament einander gegenseitig oder andere Personen als Erben einsetzen. Ein solches Testament ist widerruflich. Aus dem Widerruf der gegenseitigen Erbeinsetzung durch einen Teil kann auf den Widerruf dieser Erbeinsetzung durch den anderen geschlossen werden.

• Gliederung

Ausgangsfall

A. Anwendbares Recht

I. Anwendbarkeit der EuErbVO

1. Internationales Element
2. Sachlicher Anwendungsbereich
3. Zeitlicher Anwendungsbereich
4. Räumlicher Anwendungsbereich
5. Zwischenergebnis

II. Anwendbares Recht nach der EuErbVO

1. Formelle Wirksamkeit: Eigenständige Anknüpfung als Teilfrage

(P) Anknüpfung nach dem HTestFormÜ

- a) Anwendbarkeit HTestFormÜ
- b) Anwendbares Recht nach dem HTestFormÜ
- c) Zwischenergebnis

2. Materielle Fragen: Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung

a) Qualifikation des gemeinschaftlichen Testaments

(P) *Gemeinschaftliches Testament als Verfügung von Todes wegen i.S.d. Art. 24 oder Erbvertrag i.S.d. Art. 25 EuErbVO*

b) Objektive Anknüpfung nach Art. 25 II EuErbVO

aa) Zulässigkeit gemäß Art. 25 II UA 1 EuErbVO

bb) Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung gemäß Art. 25 II UA 2 EuErbVO

c) Rechtswahl nach Art. 25 III EuErbVO

aa) Wählbarkeit deutschen Rechts

bb) Konkludente Erklärung der Rechtswahl

(P) Anforderungen an die konkludente Rechtswahl – verordnungsautonomer Maßstab

cc) Wirksamkeit der Rechtswahl, Art. 22 II und III EuErbVO

d) Zwischenergebnis

B. Ergebnis

Abwandlung 1

A. Anwendbares Recht

I. Anwendbarkeit der EuErbVO

II. Anwendung der EuErbVO

1. Qualifikation des Pflichtteils

(P) Pflichtteil als Verfügung von Todes wegen oder Beurteilung nach der allgemeinen Kollisionsnorm des Art. 21 EuErbVO

2. Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO

3. Bestimmung des anwendbaren Rechts gemäß Art. 21 I EuErbVO

B. Ergebnis

Abwandlung 2

A. Internationale Zuständigkeit

I. Anwendbarkeit der EuErbVO

II. Internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Ausschlagung einer Erbschaft

1. Zuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO

(P) Ausschlagung der Erbschaft als Entscheidung i.S.v. Art. 4 EuErbVO

2. Zuständigkeit nach Art. 13 EuErbVO

B. Ergebnis

• Lösungsvorschlag

Ausgangsfall

A. Anwendbares Recht

S und T möchten wissen, ob das gemeinschaftliche Testament der Eltern vom 01.10.2016 wirksam ist und ob es nach dem Tod von M für F verbindlich gewesen ist. Das auf diese Fragen anwendbare Recht könnte sich vorliegend nach der EuErbVO richten.

I. Anwendbarkeit der EuErbVO

Die EuErbVO müsste anwendbar sein.

1. Internationales Element

Die Anwendbarkeit der EuErbVO setzt einen grenzüberschreitenden Bezug voraus, vgl. Erwägungsgründe 1, 7, 67 EuErbVO. Ein solcher ergibt sich aus den unterschiedlichen Staatsangehörigkeiten der Ehegatten als gegenseitige Alleinerben des gemeinsamen Testaments. Zudem weicht der gewöhnliche Aufenthalt beider Ehegatten sowohl von ihrer eigenen als auch von der Staatsangehörigkeit beider potenziellen Erben ab.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Verordnung ist gemäß Art. 1 I S. 1 EuErbVO auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbar. Gemäß Art. 3 I lit. a EuErbVO umfasst die Rechtsnachfolge von Todes wegen jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es durch gewillkürte oder gesetzliche Erbfolge. Vorliegend geht es um die Wirksamkeit und Bindungswirkung des von F und M gemeinschaftlich errichteten Testaments, in welchem sie den Übergang ihres Vermögens regeln. Darin liegt eine gewillkürte Erbfolge, sodass die Rechtsnachfolge von Todes wegen i.S.d. Art. 3 I lit. a EuErbVO betroffen ist.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 83 I EuErbVO findet die Verordnung Anwendung auf die Rechtsnachfolge von Personen, die am oder nach dem 17.08.2015 verstorben sind. Sowohl M als auch F verstarben nach diesem Zeitpunkt. Das gemeinsame Testament wurde am 01.10.2016 und damit nach dem 17.08.2015 errichtet, sodass Art. 83 III EuErbVO keine Anwendung findet. Der zeitliche Anwendungsbereich der EuErbVO ist eröffnet.

4. Räumlicher Anwendungsbereich

Die EuErbVO gilt in allen Mitgliedsstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark und Irland, vgl. Erwägungsgründe 82 und 83. Die EuErbVO ist somit in Deutschland anwendbar. Gemäß Art. 20 EuErbVO ist das nach der Verordnung bezeichnete Recht auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedsstaates ist (*loi uniforme*).

5. Zwischenergebnis

Die EuErbVO ist anwendbar.

II. Anwendbares Recht nach der EuErbVO

Mit der Wirksamkeit und Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments werfen T und S verschiedene Teilfragen auf, wobei sich die Frage nach der Wirksamkeit weiter in die Fragen nach der Zulässigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments und dessen formeller und materieller Wirksamkeit aufgliedern lässt.

1. Formelle Wirksamkeit: Eigenständige Anknüpfung als Teilfrage

Es ist das auf die formelle Wirksamkeit des Testaments anwendbare Recht zu ermitteln. Die formelle Wirksamkeit eines Testaments stellt eine Teilfrage dar, die eigenständig anzuknüpfen ist.¹ Bei der Bestimmung des auf die Form des Testaments anwendbaren Rechts hat das HTestFormÜ vom 05.10.1961 gemäß Art. 75 I UA 2 EuErbVO Anwendungsvorrang gegenüber der EuErbVO.

a) Anwendbarkeit HTestFormÜ

Gemäß Art. 4 HTestFormÜ ist das Übereinkommen insbesondere auch für die Form letztwilliger Verfügungen anzuwenden, die zwei oder mehrere Personen in derselben Urkunde errichtet haben. Das HTestFormÜ ist daher sachlich anwendbar. Da das Übereinkommen sowohl von Deutschland als auch von Österreich ratifiziert wurde, ist es auch räumlich anwendbar. Die zeitliche Anwendbarkeit richtet sich nach Art. 8 HTestFormÜ. Danach gelten die Vorschriften für alle Fälle, in denen der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens verstorben ist. Das Übereinkommen trat in Deutschland am 01.01.1966, in Österreich am 05.01.1964 in Kraft. Da F und M nach diesen Zeitpunkten verstorben sind, ist das HTestFormÜ auch zeitlich anwendbar.

b) Anwendbares Recht nach dem HTestFormÜ

Das auf die formelle Wirksamkeit anwendbare Recht ergibt sich aus Art. 1 HTestFormÜ. Hiernach sind mehrere alternative Anknüpfungen möglich. Ausreichend ist, wenn die Formvorschriften eines Landes, dessen Recht anwendbar ist, erfüllt sind – Gedanke des *favor testamenti*. Gemäß Art. 1 I lit. a HTestFormÜ ist das Recht des Ortes anwendbar, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat. Vorliegend ist dies österreichisches Recht. Nach Art. 1 I lit. b HTestFormÜ kann alternativ auch auf die Staatsangehörigkeit der Erblasser abgestellt werden. Da F und M deutsche Staatsangehörige sind, ist jedenfalls auch deutsches Recht anwendbar. Das Testament wurde formwirksam gemäß der §§ 2265 ff. BGB errichtet. Insbesondere genügt es, wenn nur einer der beiden Ehegatten das Testament handschriftlich verfasst und der andere Ehegatte handschriftlich unterschreibt, § 2267 BGB.

Hinweis:

Zu einem gleichen Ergebnis würde man auch bei fälschlicher Anwendung des Art. 27 I lit. a–b EuErbVO gelangen. Eine Prüfung der Wirksamkeit des Testaments nach deutschem Recht ist aufgrund der Fragestellung, die sich ausdrücklich auf das anwendbare Recht beschränkt, nicht nötig, wird an dieser Stelle aber der Vollständigkeit halber angeführt.

c) Zwischenergebnis

Auf die formelle Wirksamkeit des Testaments ist jedenfalls auch deutsches Recht anzuwenden.

.....

¹Allgemein zur Teilfrage: *Junker*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 39 ff.

2. Materielle Fragen: Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung

Nach der formellen Wirksamkeit ist nun das auf die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung des Testaments anwendbare Recht zu prüfen. Das auf diese Aspekte anwendbare Recht bestimmt sich bei gewillkürter Erbfolge vorrangig nach den speziellen Kollisionsnormen der Art. 24 und Art. 25 EuErbVO. Subsidiär sind die allgemeinen Kollisionsnormen der Art. 21 f. EuErbVO berufen.

a) Qualifikation des gemeinschaftlichen Testaments

Die Sonderanknüpfung des Art. 24 EuErbVO kommt zur Anwendung, wenn es sich um eine Verfügung von Todes wegen und keinen Erbvertrag im Sinne der EuErbVO handelt. Art. 25 EuErbVO kommt hingegen zur Anwendung, wenn ein Erbvertrag vorliegt. Es stellt sich somit die Frage, ob das gemeinschaftliche Testament als eine Verfügung von Todes wegen i.S.d. Art. 24 EuErbVO oder als ein Erbvertrag nach Art. 25 EuErbVO zu qualifizieren ist.²

Einerseits könnte das gemeinschaftliche Testament – mit Blick auf das deutsche Erbrecht – als Verfügung von Todes wegen und nicht als Erbvertrag angesehen werden.³ Das gemeinschaftliche Testament stellt, wie der Name nahelegt, eine besondere Form des Testaments dar. Die Bindungswirkung ergibt sich gerade nicht aus einer vertraglichen Vereinbarung, sondern aus dem Gesetz gemäß § 2271 BGB. Für eine Qualifikation als Verfügung von Todes wegen könnte außerdem sprechen, dass in Art. 24 EuErbVO nur der Erbvertrag, nicht aber das gemeinschaftliche Testament vom Anwendungsbereich ausgenommen wird.

Überzeugender erscheint es aber, mit der Rechtsprechung⁴ und herrschenden Meinung⁵ eine Qualifikation als Erbvertrag i.S.v. Art. 25 EuErbVO anzunehmen. Die Begriffe der EuErbVO sind ordnungsautonom und nicht unter Rückgriff auf das nationale Recht auszulegen. Der Erbvertrag wird in Art. 3 I lit. b EuErbVO definiert als eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht. Diese Definition knüpft an die für gemeinschaftliche Testamente typische Wechselbezüglichkeit an. Ein Testament kann somit auch ein Erbvertrag im Sinne der EuErbVO sein. Beide Arten der Rechtsnachfolge schließen sich nicht gegenseitig aus. Dies wird auch daran erkennbar, dass bei Art. 24 EuErbVO und Art. 25 EuErbVO nicht zwischen Erbvertrag und Testament, sondern zwischen Erbvertrag und Verfügung von Todes wegen außer Erbvertrag unterschieden wird. Das gemeinschaftliche Testament von F und M ist daher als Erbvertrag i.S.d. Art. 25 EuErbVO zu qualifizieren.

b) Objektive Anknüpfung nach Art. 25 II EuErbVO

Das gemeinschaftliche Testament betrifft den Nachlass mehrerer Personen, weswegen Art. 25 II EuErbVO anzuwenden ist.

.....
²Näher hierzu: *Dutta*, in: MüKo BGB, EuErbVO, 9. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 8 ff.

³*Hilbig-Lugani*, IPRax 2014, 480 (485 f.); *Nordmeier*, ZEV 2013, 117 (120).

⁴BGH, Beschl. v. 24.2.2021 – IV ZB 33/20 Rn 10.

⁵*Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber*, Internationales Erbrecht, EuErbVO, 2. Aufl. 2021, Art. 25 Rn. 7; *Thorn*, in: *Grüneberg BGB, EuErbVO*, 84. Aufl. 2025, Art. 25 Rn. 3; *Dutta*, in: MüKoBGB, EuErbVO, Art. 3 Rn. 11.

aa) Zulässigkeit gemäß Art. 25 II UA 1 EuErbVO

Hinweis:

Die Ausführungen zu Art. 25 II UA 1 und Art. 25 II UA 2 EuErbVO dienen der Veranschaulichung. Angesichts der begrenzten Bearbeitungszeit ist es ebenso vertretbar, direkt auf Art. 25 III EuErbVO und die konkludente Rechtswahl einzugehen. Eine besonders gelungene Bearbeitung würde jedoch auch in diesem Fall kurz aufzeigen, dass – aufgrund der unterschiedlichen Bindungswirkung des Testaments im deutschen und österreichischen Recht – die Wirksamkeit der Rechtswahl hier von entscheidender Bedeutung ist.

Gemäß Art. 25 II UA 1 EuErbVO richtet sich die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments nach den beiden hypothetischen Erbstatuen der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments. Art. 21 EuErbVO knüpft insoweit objektiv an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung an. Bei der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts ist unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe 23 und 24 der EuErbVO eine „Gesamtbeurteilung der Lebensumstände“ vorzunehmen. Entscheidend hierbei ist der Lebensmittelpunkt in familiärer und sozialer Hinsicht. Zwar lebten F und M zunächst in München, entschieden sich dann jedoch, ihren Ruhestand dauerhaft in Salzburg zu genießen und nicht nach München zurückzukehren. Der dauerhafte Bleibewille (*animus manendi*) hat sich durch den dauerhaften Umzug objektiv manifestiert. Seit dem Umzug aus München sind bereits mehr als eineinhalb Jahre vergangen. Der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung liegt somit in Salzburg. Mithin ist bezüglich beider Erblasser österreichisches Recht anwendbar. Da der Verweis des Art. 25 II UA 1 EuErbVO zur Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts führt, ist eine Rück- und Weiterverweisung ausgeschlossen, Art. 34 I EuErbVO. Gemäß § 586 ABGB kennt das österreichische Recht ein gemeinsames Testament. Das von F und M angefertigte Testament wäre daher zulässig.

bb) Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung gemäß Art. 25 II UA 2 EuErbVO

Gemäß Art. 25 II UA 2 EuErbVO richtet sich die materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung des Testaments nach dem in Art. 25 II UA 1 EuErbVO genannten Recht, zu welchem das gemeinschaftliche Testament die engste Bindung aufweist. Gemäß Art. 25 II UA 1 EuErbVO kommt aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts nur österreichisches Recht in Betracht. Gemäß § 586 ABGB kennt das österreichische Recht zwar ein gemeinsames Testament, eine Bindungswirkung sieht das österreichische Recht demgegenüber nicht vor. Ein solches Testament bliebe vielmehr gemäß § 586 II 2 ABGB frei widerruflich. Das gemeinsame Testament wäre somit wirksam, aber nicht über den Tod des M hinaus für F bindend.

c) Rechtswahl nach Art. 25 III EuErbVO

Ein anderes Ergebnis könnte sich jedoch nach Art. 25 III EuErbVO ergeben. Gemäß Art. 25 III EuErbVO ist ungeachtet der Absätze 1 und 2 eine Rechtswahl hinsichtlich der Bindungswirkung, der Zulässigkeit sowie der materiellen Wirksamkeit durch die Parteien unter den in Art. 22 EuErbVO genannten Bedingungen möglich. Womöglich liegt in dem gemeinschaftlichen Testament aufgrund der verschiedentlichen Bezugnahmen auf Konzepte des deutschen Erbrechts eine Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts.

aa) Wählbarkeit deutschen Rechts

Nach Art. 25 III und Art. 22 I EuErbVO kann nur das Recht der Staatsangehörigkeit oder einer von mehreren Staatsangehörigkeiten eines der am Erbvertrag beteiligten Erblasser gewählt werden. F ist deutsche Staatsangehörige. Bezüglich Mehrstaater M ist gemäß Art. 22 I UA. 2 EuErbVO ebenfalls die Wahl deutschen Rechts möglich. Eine Rechtswahl zu Gunsten deutschen Rechts stünde M und F daher grundsätzlich offen.

bb) Konkludente Erklärung der Rechtswahl

Hinweis:

Die Frage, ob eine Rechtswahl überhaupt (konkludent) erklärt wurde, ist zu trennen von der Frage, ob diese Rechtswahl wirksam ist (s.u. bei cc)).

Gemäß Art. 22 II EuErbVO kann die Rechtswahl ausdrücklich erfolgen oder sich aus den Bestimmungen der Verfügung von Todes wegen ergeben. Eine ausdrückliche Rechtswahl liegt nicht vor. Möglich erscheint aber eine konkludente Rechtswahl durch die entsprechenden Formulierungen des gemeinschaftlichen Testaments. Fraglich ist, welche Anforderungen an eine konkludente Rechtswahl gemäß Art. 22 II Alt. 2 EuErbVO zu stellen sind.⁶

Mitunter wird vertreten, dass sich die Anforderungen an eine konkludente Rechtswahl anhand des hypothetisch gewählten Rechts bemessen. Ein solcher Ansatz würde jedoch zu uneinheitlichen Ergebnissen führen, weswegen auch im Zusammenhang mit den Anforderungen an eine konkludente Rechtswahl verordnungsautonome Maßstäbe zu bilden sind.⁷ Die EuErbVO stellt nach herrschender Meinung keine hohen Anforderungen an eine konkludente Rechtswahl.⁸

Anders als in Art. 3 I 2 Rom I-VO (Merkmal „eindeutig“) verzichtet der Gesetzgeber hier auf eine entsprechende Wortwahl. Gemäß Erwägungsgrund 39 S. 2 kann sich eine Rechtswahl z.B. daraus ergeben, dass „der Erblasser in seiner Verfügung Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechts des Staates, dem er angehört, genommen hat oder das Recht dieses Staates in anderer Weise erwähnt hat“. Normzweck ist es, dem Willen des Erblassers möglichst ausreichend Rechnung zu tragen, was nur durch eine niedrighschwellige Rechtswahl ermöglicht wird. Eine uferlose Ausweitung der konkludenten Rechtswahl wird dadurch verhindert, dass sich die Anhaltspunkte aus der Verfügung von Todes wegen selbst ergeben müssen („aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung“).⁹ Die Inspiration von F und M am Konzept des Berliner Testaments kann dementsprechend nicht zur Auslegung herangezogen werden, da sich dies nicht „aus den Bestimmungen der Verfügung“ gemäß Erwägungsgrund 39, sondern aus der Entstehungsgeschichte ergibt. Jedoch nutzten die Ehegatten den Begriff „Gemeinschaftliches Testament“, welcher typisch für das deutsche Recht ist und in § 2677 BGB gesetzlich normiert ist. Ferner sprechen F und M von „Schlusserben“. Auch diese Bezeichnung ist charakteristisch für das deutsche Erbrecht und das Konzept des Berliner

.....
⁶Näher hierzu: BGH, Beschl. v. 24.2.2021 – IV ZB 33/20 Rn. 15 ff.

⁷Bauer/Fornasier, in: Dutta/Weber, EuErbVO, Art. 22 Rn. 19; Schmidt, in: BeckOGK BGB, EuErbVO, Art. 22 Rn. 21.

⁸Horn, in: Grüneberg BGB, EuErbVO, Art. 22 Rn. 6; Dutta, in: MüKo BGB, EuErbVO, Art. 22 Rn. 14; Bauer/Fornasier, in: Dutta/Weber, EuErbVO, Art. 22 Rn. 19.

⁹Vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.2020, Rs. C-80/19 Rn. 88 ff.

Testaments, wonach der überlebende Ehegatte Vollerbe und die Kinder zu Schlusserben werden, vgl. § 2269 I BGB.¹⁰ Außerdem wird ausdrücklich die „gesetzlich vorgesehene Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit des Testaments“ benannt, die nach dem Tod eines Ehegatten ebenso nur nach deutschem Recht besteht, vgl. § 2271 II 1 BGB. Gemäß § 586 ABGB existiert im österreichischen Recht keine vergleichbare Bindungswirkung.

Umstritten ist, ob die konkludente Rechtswahl zusätzlich von einem Rechtswahlbewusstsein getragen werden muss.¹¹ Ein solches fehlte M und F ausweislich des Sachverhalts. Allerdings ist die Notwendigkeit eines Rechtswahlbewusstseins unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 39 S. 2 der Verordnung zu verneinen. Das Erfordernis eines zusätzlichen Rechtswahlbewusstseins benachteiligt den Fachkundigen und entspricht nicht dem Gesetzeszweck einer vollumfänglichen Willensberücksichtigung des Erblassers.¹²

Es ist daher davon auszugehen, dass F und M konkludent die Wahl deutschen Rechts erklärt haben. Ist diese Wahl wirksam, so unterliegen sowohl die Voraussetzungen der materiellen Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments als auch die Bindungswirkung deutschem Recht, Art. 25 III, 22 EuErbVO.

Hinweis:

Ausführungen zum Rechtswahlbewusstsein können kurzgehalten werden und werden nur von einer sehr guten Bearbeitung erwartet.

cc) Wirksamkeit der Rechtswahl, Art. 22 II und III EuErbVO

Die Wirksamkeit einer Rechtswahl richtet sich gemäß Art. 25 III EuErbVO nach Art. 22 EuErbVO. Die formelle Wirksamkeit ergibt sich aus Art. 22 II EuErbVO. Demnach genügt zur formellen Wirksamkeit die Erfüllung des deutschen Formstatuts, die gegeben ist (s.o.). Gemäß Art. 22 III EuErbVO unterliegt die materielle Wirksamkeit der Rechtswahl demgegenüber dem hypothetisch gewählten Recht – hier also ebenfalls deutschem Recht. Aus dem deutschen Recht ergeben sich keine Zweifel an der materiellen Wirksamkeit (Willensmängel o.ä.). Die Rechtswahl war somit wirksam.

d) Zwischenergebnis

Auf die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung des Testaments ist aufgrund konkludenter Rechtswahl deutsches Recht anwendbar.

B. Ergebnis

Auf das gemeinschaftliche Testament von F und M findet deutsches Recht Anwendung. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Form (hier alternativ zum österreichischen Recht), der Zulässigkeit, der materiellen Wirksamkeit als auch der Bindungswirkung.

.....

¹⁰ Musielak, in: MüKo BGB, § 2269 Rn. 13 ff.

¹¹ Vgl. Looschelders, IPRax 2022, 167 (170); Caravaca et. al., The EU Succession Regulation, 2016, Art. 22 Rn. 24.

¹² Looschelders, IPRax 2022, 167 (170 f.).

Abwandlung 1

A. Anwendbares Recht

Die Ermittlung des auf den Pflichtteil anwendbaren Rechts könnte sich nach der EuErbVO richten.

I. Anwendbarkeit der EuErbVO

Die sachliche, örtliche und zeitliche Anwendbarkeit der EuErbVO ist wie im Ausgangsfall gegeben. Es gilt jedoch zu klären, ob ein internationales Element vorliegt. Erblasserin F hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in München und ist deutscher Staatsangehörigkeit. Gleiches gilt für die gegebenenfalls wirksam enterbten Kinder S und T. Nur L als gewillkürter Erbe ist österreichischer Staatsangehöriger. Nach Ansicht des EuGH¹³ genügt zur Annahme eines grenzüberschreitenden Bezugs bereits, dass sich irgendein erbrechtlicher Anknüpfungspunkt in einem anderen Staat als demjenigen befindet, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dazu zählt insbesondere auch die abweichende Staatsangehörigkeit eines Erben.¹⁴ Die österreichische Staatsangehörigkeit des L begründet somit einen hinreichenden grenzüberschreitenden Bezug.

II. Anwendung der EuErbVO

1. Qualifikation des Pflichtteils

Es ist zu bestimmen, welche Kollisionsnorm für den Pflichtteil anzuwenden ist. Erneut ist zwischen den Art. 21 f. und Art. 24 f. EuErbVO abzugrenzen. Zwar könnte angenommen werden, dass es sich um eine Verfügung von Todes wegen gemäß Art. 24 EuErbVO handelt. Der Anspruch auf einen etwaigen Pflichtteil ergibt sich jedoch nicht aus dem Testament, sondern von Gesetzes wegen. Nach Art. 23 I EuErbVO unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem durch Artikel 21 bzw. Art. 22 EuErbVO berufenen Recht. Hierzu zählt gemäß Art. 23 II lit. h Var. 2 EuErbVO auch der Pflichtteil. Das auf den Pflichtteil anwendbare Recht ergibt sich daher nicht aus Art. 24 EuErbVO, sondern unterliegt der allgemeinen Kollisionsnormen der Art. 21 f. EuErbVO.

Hinweis:

Hierfür spricht ebenfalls Erwägungsgrund 50 der Verordnung, wonach das für die Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit des Testaments anwendbare Recht nicht die Rechte der pflichtteilsberechtigten Personen berühren soll. Ferner werden Pflichtteilsrechte in Art. 26 EuErbVO nicht explizit erwähnt, weswegen eine Qualifikation als Verfügung von Todes wegen ausscheidet.

2. Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO

Anders als im Ausgangsfall enthält das Testament der F keine Anhaltspunkte für eine Rechtswahl des auf die Rechtsfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts nach Art. 22 EuErbVO. Es bleibt daher bei der objektiven Anknüpfung nach Art. 21 EuErbVO.

.....

¹³ EuGH, Urt. v. 16.07.2020, Rs. C-80/19 Rn. 36.

¹⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 24.2.2021 – IV ZB 33/20 Rn. 9.

3. Bestimmung des anwendbaren Rechts gemäß Art. 21 I EuErbVO

Gemäß Art. 21 I EuErbVO ist auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers im Zeitpunkt des Todes abzustellen. Vorliegend ist F nach München zurückgezogen und hat dort wieder ihren Lebensmittelpunkt und damit gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Folglich findet deutsches Recht Anwendung. Das auf den Pflichtteil anwendbare Sachstatut ist damit das deutsche Recht, mithin die §§ 2303 ff. BGB.

B. Ergebnis

Das Bestehen eines etwaigen Pflichtteilsanspruchs bemisst sich nach deutschem Recht.

Abwandlung 2

A. Internationale Zuständigkeit

Es ist zu bestimmen, welches Gericht für die Ausschlagung der Erbschaft durch L international zuständig ist.

I. Anwendbarkeit der EuErbVO

Die EuErbVO ist, wie in Abwandlung 1 festgestellt, anwendbar.

II. Internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Ausschlagung einer Erbschaft

1. Zuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO

Hinweis:

Es sollte nicht zu vorschnell auf Art. 13 EuErbVO abgestellt werden. Dieser begründet einzig eine parallel bestehende (konkurrierende) internationale Zuständigkeit. Gefragt ist nach den international zuständigen Gerichten, nicht allein nach der internationalen Zuständigkeit der Gerichte am Wohnort des L in Österreich.

Die allgemeine Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 4 EuErbVO. Demnach sind für Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass die Gerichte des Mitgliedsstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Begriff der Entscheidung wird in Art. 3 I lit. g EuErbVO definiert als jede von einem Gericht eines Mitgliedsstaats in einer Erbsache erlassene Entscheidung. Der Begriff der „Entscheidung“ ist nach ganz herrschender Meinung weit zu verstehen.¹⁵ Eine zu restriktive Auslegung würde dazu führen, dass die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen innerhalb der Union eingeschränkt wäre, was dem Zweck der EuErbVO zuwiderlaufen würde. Der EuGH hat ebenfalls festgestellt, dass die Zuständigkeitsregel des Art. 4 EuErbVO auch solche Verfahren erfasst, die nicht zum Erlass einer judiziellen Entscheidung führen.¹⁶ Im Übrigen bezieht sich Art. 13 EuErbVO zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft gleichfalls auf die Art. 4 ff. EuErbVO.¹⁷ Die Entgegennahme der Ausschlagung durch das Gericht ist somit eine Entscheidung i.S.v. Art. 4 EuErbVO.

.....

¹⁵ Schmidt, in: Dutta/Weber, EuErbVO, Art. 3 Rn. 8 f.; Dutta, in: MüKo BGB, EuErbVO, Art. 3 Rn. 17.

¹⁶ EuGH – Urt. v. 21.06.2018 – C-20/17 Rn. 42.

¹⁷ Leipold, ZEV 2015, 553 (556 f.).

Gemäß Art. 4 EuErbVO sind die Gerichte des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Erblassers im Zeitpunkt des Todes international zuständig. Gewöhnlicher Aufenthalt der F ist in München. Mithin sind deutsche Nachlassgerichte international zuständig.

Hinweis:

Die Frage, ob die Entgegennahme der Ausschlagung eine Entscheidung i.S.v. Art. 3 I lit. g EuErbVO darstellt, bedarf keiner vertieften Erörterung, da dies in der Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt ist.

2. Zuständigkeit nach Art. 13 EuErbVO

Zudem ergibt sich eine besondere Zuständigkeit aus Art. 13 EuErbVO. Dieser stellt auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden (nicht des Erblassers!) ab. Der gewöhnliche Aufenthalt von L liegt in Salzburg. Daher sind auch die österreichischen Gerichte für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung international zuständig.

B. Ergebnis

Sowohl die deutschen (Art. 4 EuErbVO) als auch die österreichischen Gerichte (Art. 13 EuErbVO) sind für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung durch L international zuständig.

- **Prof. Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge)**, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Hamburg.
- **Giovanni Freise** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge).
- **Christina Frühauf** studiert an der Universität Hamburg und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge).

Impressum

Hamburger Rechtsnotizen

15. Jahrgang (2025/2) – Heft 2 – Februar 2026

ISSN (Online) 2699-2299

www.hamburger-rechtsnotizen.de

Redaktion

Yasin Elawadi (Chefredaktion)

Janine Schmeller (Chefredaktion)

Frithjof Winkler (Chefredaktion)

Nora Behrens

Nina Bölke

Tina Chegini

Mirjam Dreßler

Enis Eren

Felix Ewald

Therese Fröhlich

Paul Ole Gasthuber

Yannik Holsten

Lorelai Kunte

Johnnes Lenz

Noëlle Nowack

Enis Öz

Antonia Peikert

Carla Rathjen

Niko Schäfer

Thore Scheidt

E-Mail: redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Layout

Simon Schmitz

Satz

Frithjof Winkler

Website

Paul Ole Gasthuber

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e.V.

Einzelvertretungsberechtigt sind:

Prof. Dr. Aziz Epik (Erster Vorsitzender)

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli (Zweiter Vorsitzender)

E-Mail: verein@hamburger-rechtsnotizen.de

Hamburger Rechtsnotizen e.V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR1030 eingetragen.

Sitz und Postanschrift von Herausgeber und Redaktion

Universität Hamburg

Fakultät für Rechtswissenschaft

Rothenbaumchaussee 33

20148 Hamburg

Verantwortlich für den redaktionellen Teil

Prof. Dr. Aziz Epik

Vertrieb und Abonnements

Professor Dr. Aziz Epik

E-Mail: vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de

Manuskripteinreichung

Die Redaktion freut sich über die Einreichung von Beiträgen in digitaler Form für die nächsten Ausgaben. Der Herausgeber haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die:der Autor:in dem Herausgeber das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

hamburger-rechtsnotizen.de

ISSN (online) 2699-2299

Hamburger Rechtsnotizen

