

Öffentliches Recht

Standort: Art. 13 GG

Problem: Großer Lauschangriff

BVERFG, URTEIL VOM 03.03.2004

1 BVR 2378/98 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Erste Senat des BVerfG hat entschieden, dass die im Jahr 1998 vorgenommene Verfassungsänderung des Art. 13 III GG - also die Einführung neuer Grundrechtsschranken zur Ermöglichung des Lauschangriffs auf private Räumlichkeiten zu repressiven Zwecken - nicht ihrerseits verfassungswidrig, sondern mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG vereinbar ist (a.A. die Sondervoten der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt).

Demgegenüber ist ein erheblicher Teil der StPO-Vorschriften, mit denen diese Schranke konkretisiert worden ist, verfassungswidrig: § 100 c Abs. 1 Nr. 3, § 100 d Abs. 3, § 100 d Abs. 5 Satz 2 und § 100 f Abs. 1 StPO sind mit Art. 13 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG, § 101 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO darüber hinaus mit Art. 19 Abs. 4 GG, § 101 Abs. 1 Satz 3 StPO mit Art. 103 Abs. 1 GG und § 100 d Abs. 4 Satz 3 in Verbindung mit § 100 b Abs. 6 StPO mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar.

Im Wesentlichen stützt das BVerfG sein Urteil darauf, dass Gespräche unter engen Familienangehörigen sowie mit bestimmten Geheimnisträgern wie Rechtsanwälten, Ärzten und Geistlichen in der Privatwohnung (anders in Geschäftsräumen!) unter keinen Umständen abgehört werden dürfen, weil dies den in allen Grundrechten enthaltenen Würdekern (Art. 1 I GG) verletze. Da die genannten Normen diese Einschränkung weder bzgl. der Beweiserhebung noch der Beweisverwertung noch des Anspruchs auf Löschung der Daten ausreichend berücksichtigen, sind sie insoweit verfassungswidrig.

Außerhalb des genannten, absolut geschützten Personenkreises könne ferner nur zur Verfolgung "besonders schwerer Straftaten" abgehört werden, wofür nach dem BVerfG die Höchststrafe über 5 Jahren Freiheitsstrafe liegen müsse. Diesem Erfordernis genügen viele Katalogtaten des § 100c I Nr. 3 StPO auch nicht.

Der Gesetzgeber ist nun verpflichtet, einen verfas-

sungsgemäßen Rechtszustand innerhalb der vom BVerfG vorgegebenen Frist (spätestens zum 30. Juni 2005) herzustellen. Bis zu diesem Termin können die beanstandeten Normen weiterhin angewandt werden, wenn gesichert ist, dass bei der Durchführung der Überwachung der Schutz der Menschenwürde gewahrt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wird (vgl. zu den praktischen Konsequenzen dieser Einschränkung den Leitsatz Nr. 5).

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil ist an Bedeutung für Praxis und Examen kaum zu überschätzen. Für mündliche Prüfungen ist das Urteil geradezu ideal, aber auch in schriftlichen Aufgaben wird es umgesetzt werden. Es läuft auf folgende Punkte hinaus:

1. Die Senatsmehrheit wollte nicht den gesamten "großen Lauschangriff" als solchen kippen. Deshalb hat es Art. 13 III GG, der diesen erst ermöglicht, für mit Art. 79 III GG vereinbar erklärt. Es bleibt damit weiterhin zulässig, durch einfaches Recht Normen zu erlassen, die das Abhören von Privatwohnungen zum Zweck der Strafverfolgung regeln. Die Sondervoten wollen dies hingegen ganz ausschließen, indem sie erklären, bereits die Schranke des Art. 13 III GG verstoße ihrerseits gegen Art. 79 III GG (stelle also verfassungswidriges Verfassungsrecht dar).
2. Die vorhandenen Vorschriften der §§ 100 c ff. StPO gingen dem BVerfG aber zu weit. Besonders die o.g. Einschränkungen hinsichtlich des Personenkreises und der Schwere der Straftaten sind in der jetzigen Fassung nicht berücksichtigt und werden vom Gesetzgeber bei der Neufassung zu beachten sein.
3. Für den Juristen ist die Differenzierung zwischen der Verfassungsmäßigkeit der Schrankenregelung (Art. 13 III GG) selbst und deren Umsetzung (in der StPO) elementar. Art. 13 III GG wird an Art. 79 III GG gemessen. Dieser setzt Vereinbarkeit mit Art. 1 und 20 GG voraus (nicht Art. 1 bis 20 GG). Da aber jedes Grundrecht die Menschenwürde des Art. 1 GG in seinem Kernbereich enthält, kann eine Änderung des Art. 13 GG gleichwohl gegen Art. 79 III GG verstoßen, wenn dieser Würdekern angetastet wird. Dies

sei bei Art. 13 III GG nicht der Fall, wobei die Senatsmehrheit allerdings erhebliche "Klimmzüge" machen, insbesondere auf durch Auslegung zu gewinnende, ungeschriebene Ausnahmen hinsichtlich des vorgenannten, abhörsicheren Personenkreises zurückgreifen muss. Art. 19 II GG ist demgegenüber für den Verfassungsgeber nicht einschlägig. Bei der Umsetzung der Schranke in einfaches Recht ist es genau umgekehrt: Hier wird der Wesensgehalt der Grundrechte nicht durch Art. 79 III GG, sondern durch Art. 19 II GG verbrieft. Inhaltlich gilt aber das zuvor Gesagte: Verstößt die Umsetzung ihrerseits gegen den durch Art. 1 I GG verbrieften Würdekern, ist sie verfassungswidrig.

4. Neben Art. 13 GG hat das BVerfG auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) in Gestalt des Rechts am eigenen Wort als durch §§ 100 c ff. StPO verletzt angesehen, wobei die gleichen Maßstäbe wie bei Art. 13 GG (insbes. also die Verletzung des Wesensgehalts beim Abhören der genannten Personenkreise) angelegt wurden.

5. Darüber hinaus waren Prozessgrundrechte wie Art. 19 IV GG und Art. 103 GG verletzt, soweit es um die Verwertung, Speicherung und Löschung der Daten ging. Nachfolgend wiedergegeben ist aus Platz- und Aktualitätsgründen zunächst die Pressemitteilung des BVerfG. Eine ausführliche, gutachterliche Aufbereitung folgt in der nächsten Ausgabe der "RA" als "Urteil in Fallstruktur"

Vertiefungshinweis:

Fall zu Überwachungsmaßnahmen und Art. 13 GG: *Jahn*, JA 1997, 303

Kursprogramm:

Examenskurs: "Ohne Hehl und Tadel"

Leitsätze:

1. Art. 13 Abs. 3 GG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26. März 1998 (BGBl I S. 610) ist mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar.

2. Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.

3. Nicht jede akustische Überwachung von Wohnraum verletzt den Menschenwürdegehalt des Art. 13 Abs. 1 GG.

4. Die auf die Überwachung von Wohnraum gerichtete gesetzliche Ermächtigung muss Sicherungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten sowie den tatbestandlichen Anforderungen des Art. 13 Abs. 3 GG und den übrigen Vorgaben der Verfassung entsprechen.

5. Führt die auf eine solche Ermächtigung gestützte akustische Wohnraumüberwachung gleichwohl zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, muss sie abgebrochen werden und Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwertung solcher Informationen ist ausgeschlossen.

6. Die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), den vom Rechtsstaatsprinzip umfassten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht in vollem Umfang.

Sachverhalt:

Durch Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 26.3.1998 (BGBl I, S. 610) wurden in Art. 13 GG - dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung - die Absätze 3 bis 6 eingefügt, der bisherige Absatz 3 wurde Absatz 7. Der Gesetzgeber wollte damit vor allem eine Möglichkeit zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität schaffen. Nach Art. 13 Abs. 3 GG ist nunmehr die akustische Wohnraumüberwachung zum Zwecke der Strafverfolgung möglich. Voraussetzung ist, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat begangen hat, sich der Beschuldigte vermutlich in der Wohnung aufhält und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos ist.

Art. 13 Abs. 3 GG wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 4.5.1998 (BGBl I, S. 845) einfachgesetzlich ausgestaltet. Im Zentrum steht § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO. Danach darf das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort eines Beschuldigten abgehört und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass er eine der in der Vor-

schrift bezeichneten Katalogtaten begangen hat. Die Befugnis zur Anordnung durch Abhörmaßnahmen liegt bei der Staatsschutzkammer des Landgerichts, bei Gefahr im Verzug ihrem Vorsitzenden. Weitere Vorschriften regeln unter anderem Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote und Pflichten zur Benachrichtigung der Betroffenen. Auch wird die Möglichkeit eröffnet, die Daten in weiteren Zusammenhängen zu verwenden.

Die Beschwerdeführer sehen sich insbesondere in ihren Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 und 3, Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG verletzt. Das BVerfG gab ihrer Verfassungsbeschwerde in wesentlichen Teilen statt.

Aus den Gründen:

A. Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 III GG

Art. 13 Abs. 3 GG, der dem Gesetzgeber ermöglicht, Ermächtigungen zur Wohnraumüberwachung zwecks Strafverfolgung zu schaffen, ist mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar. Art. 79 Abs. 3 GG verbietet nur Verfassungsänderungen, durch welche die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden. Zu ihnen gehört das Gebot der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Diese Garantie gilt umfassend. Sie erstreckt sich auf alle Normen des Grundgesetzes und damit auch auf Verfassungsänderungen, ohne dass der verfassungsändernde Gesetzgeber dies zusätzlich ausdrücklich anordnen muss. Da die Änderung des Art. 13 GG die Garantie des Art. 1 Abs. 1 GG unverändert gelassen hat, ermächtigt das Grundgesetz nur eingeschränkt zu Überwachungsmaßnahmen, nämlich nur zu solchen, die die Menschenwürde wahren. Geboten ist daher eine restriktive, an der Menschenwürde orientierte Auslegung des Art. 13 Abs. 3 GG.

I. Würdekern des Art. 1 I GG in Art. 13 GG enthalten

Die Unverletzlichkeit der Wohnung hat einen engen Bezug zur Menschenwürde und zu dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung einer Sphäre der ausschließlich privaten - "höchstpersönlichen" - Entfaltung. Die vertrauliche Kommunikation benötigt einen räumlichen Schutz, auf den die Bürger vertrauen können. Dem Einzelnen soll das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, gerade in seinen privaten Wohnräumen gesichert sein, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen die Entfaltung seiner Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung überwachen. In diesen Kernbereich darf die akustische Überwachung

von Wohnraum nicht eingreifen, und zwar auch nicht im Interesse der Effektivität der Strafrechtspflege und der Erforschung der Wahrheit. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diese Freiheit zur Entfaltung in den höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht rechtfertigen.

II. Umfang des Würdekerns

Allerdings verletzt nicht jede akustische Überwachung die Menschenwürde. So gehören Gespräche über begangene Straftaten ihrem Inhalt nach nicht zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung. Eine auf die Überwachung von Wohnraum in solchen Fällen gerichtete gesetzliche Ermächtigung muss aber unter Beachtung des Grundsatzes der Normenklarheit nähere Sicherungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten: Das Risiko ihrer Verletzung ist auszuschließen. Auch muss die Ermächtigung den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 3 GG und den übrigen Vorgaben der Verfassung entsprechen. Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Wohnraumüberwachung sind umso strenger, je größer das Risiko ist, dass mit ihnen Gespräche höchstpersönlichen Inhalts erfasst werden könnten. So muss die Überwachung in Situationen von vornherein unterbleiben, in denen Anhaltspunkte bestehen, dass die Menschenwürde durch die Maßnahme verletzt wird. Führt die Überwachung unerwartet zur Erhebung von absolut geschützten Informationen, muss sie abgebrochen werden und die Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwendung solcher im Rahmen der Strafverfolgung erhobener absolut geschützter Daten ist ausgeschlossen.

I. Absolut geschützter Personenkreis

Das Risiko, solche Daten zu erfassen, besteht typischerweise beim Abhören von Gesprächen mit engsten Familienangehörigen, sonstigen engsten Vertrauten und Personen, zu denen ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht (wie z. B. Pfarrern, Ärzten und Strafverteidigern). Bei diesem Personenkreis dürfen Überwachungsmaßnahmen nur ergriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte zwischen dem Beschuldigten und diesen Personen keinen absoluten Schutz erfordern, so bei einer Tatbeteiligung der das Gespräch führenden Personen. Anhaltspunkte, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten aufweisen, müssen schon zum Zeit-

punkt der Anordnung bestehen. Sie dürfen nicht erst durch eine akustische Wohnraumüberwachung begründet werden. Es besteht eine Vermutung dafür, dass Gespräche mit engsten Vertrauten in der Privatwohnung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören.

2. In Privatwohnungen

Gespräche in Betriebs- und Geschäftsräumen nehmen zwar am Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG teil, betreffen bei einem fehlenden Bezug des konkreten Gesprächs zum Persönlichkeitskern aber nicht den Menschenwürdegehalt des Grundrechts.

B. Verfassungsmäßigkeit der Umsetzung

Die auf Art. 13 Abs. 3 GG gestützte gesetzliche Ermächtigung zur Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung (§ 100 c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 und 3 StPO) und weitere damit verknüpfte Regelungen sind in wesentlichen Teilen verfassungswidrig.

I. Beweiserhebung, §§ 100 c I Nr. 3, 100 d III StPO

So hat der Gesetzgeber die mit Blick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung verfassungsrechtlich gebotenen Überwachungs- und Erhebungsverbote in § 100 d Abs. 3 StPO nicht in ausreichender Weise konkretisiert.

1. Absolut geschützter Personenkreis

Die Überwachung muss ausgeschlossen sein, wenn sich der Beschuldigte allein mit seinen engsten Familienangehörigen oder anderen engsten Vertrauten in der Wohnung aufhält und keine Anhaltspunkte für deren Tatbeteiligung bestehen. Auch fehlen hinreichende gesetzliche Vorkehrungen dafür, dass die Überwachung abgebrochen wird, wenn unerwartet eine Situation eintritt, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist. Auch fehlen ein Verbot der Verwertung und ein Gebot unverzüglicher Löschung rechtswidrig erhobener Informationen. Ferner muss gesichert sein, dass Informationen aus dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, weder im Hauptsacheverfahren verwertet noch zum Anknüpfungspunkt weiterer Ermittlungen werden.

2. Besonders schwere Straftat

Nach Art. 13 Abs. 3 GG kommt eine Überwachung nur zur Ermittlung besonders schwerer, im Gesetz einzeln aufgeführter Straftaten in Betracht. Die besondere Schwere ist nur gegeben, wenn der Gesetzgeber die Straftat jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitsstrafe bewehrt hat. Eine Reihe der in § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO in Bezug genommenen

so genannten Katalogtaten erfüllen diese Anforderungen nicht. Sie scheiden daher als Anlass einer Wohnraumüberwachung aus.

II. Verfahrensregelungen, §§ 100 d II, IV und 101 I StPO

1. Richtervorbehalt

Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung ist auch verfahrensrechtlich zu sichern, so insbesondere durch die Einschaltung des Richters (§ 100 d Abs. 2 und 4 Satz 1 und 2 StPO). Der Senat hat die Anforderungen an den Inhalt und die schriftliche Begründung der gerichtlichen Anordnung näher konkretisiert. So sind in der Anordnung Art, Dauer und Umfang der Maßnahme zu bestimmen. Bei einer Verlängerung des ursprünglich festgesetzten Überwachungszeitraums unterliegen die Staatsanwaltschaft und das Gericht eingehenden Prüfungs- und Begründungspflichten. Das Gericht ist auch zur Sicherung der Beweisverwertungsverbote einzuschalten.

2. Benachrichtigungspflicht

Die Regelungen über die Pflicht zur Benachrichtigung der Beteiligten (§ 101 StPO) sind nur teilweise mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Grundrechtsträger haben einen Anspruch, grundsätzlich über Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung informiert zu werden. Zu benachrichtigen sind neben dem Beschuldigten die Inhaber und Bewohner einer Wohnung, in denen Abhörmaßnahmen durchgeführt worden sind. Dies gilt auch für Drittbetroffene, es sei denn, durch Recherchen über ihre Namen und Adressen wird der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vertieft.

Die in § 101 Abs. 1 Satz 1 StPO genannten Gründe für eine ausnahmsweise Zurückstellung der Benachrichtigung sind nur teilweise verfassungsgemäß. Unbedenklich ist es, die Benachrichtigung zurückzustellen, wenn andernfalls der Untersuchungszweck oder Leib und Leben einer Person gefährdet sind. Demgegenüber reicht die Gefährdung der - nur pauschal in Bezug genommenen - öffentlichen Sicherheit oder der Möglichkeit des weiteren Einsatzes eines nicht offen ermittelnden Beamten nicht zur Zurückstellung der Benachrichtigung. Auch verletzt es den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), wenn nach Erhebung der öffentlichen Klage das Prozessgericht über die Zurückstellung der Benachrichtigung entscheidet, so dass ihm Tatsachen bekannt werden, die dem Angeklagten verborgen bleiben.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten, § 100 d VI StPO

Die gesetzlichen Regelungen über den nachträglichen

Rechtsschutz der Betroffenen unter Einschluss von Drittbetroffenen werden verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht.

IV. Beweisverwertung, §§ 100 d V 2, 100 f I StPO

Die Regelungen über die Verwendung personenbezogener Informationen in anderen Verfahren (§ 100 d Abs. 5 Satz 2 und § 100 f Abs. 1 StPO) sind weitgehend verfassungsgemäß. Allerdings führt eine restriktive Auslegung dazu, dass Informationen nur zur Aufklärung anderer ähnlich gewichtiger Katalogtaten und zur Abwehr von im Einzelfall bestehenden Gefahren für hochrangige Rechtsgüter nutzbar gemacht werden dürfen. Der Verwendungszweck muss mit dem ursprünglichen Zweck der Überwachung vereinbar sein. Verfassungswidrig ist das Fehlen einer Pflicht zur Kennzeichnung der weitergegebenen Informationen.

V. Datenvernichtung, §§ 100 d IV i.V.m. 100 b VI StPO

Unvereinbar mit Art. 19 Abs. 4 GG sind die Vorschriften über die Datenvernichtung (§ 100 d Abs. 4 Satz 3, § 100 b Abs. 6 StPO). Der Gesetzgeber hat die Interessen an einer Vernichtung der Daten und das Gebot effektiven Rechtsschutzes gegenüber einer Wohnraumüberwachung nicht hinreichend aufeinander abgestimmt. Soweit die Daten im Interesse der gerichtlichen Kontrolle noch verfügbar sein müssen, dürfen sie nicht gelöscht, müssen aber gesperrt werden. Auch dürfen sie zu keinem anderen Zweck als dem zur Information des Betroffenen und zur gerichtlichen Kontrolle verwendet werden.

C. Sondervoten

Die Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt haben der Entscheidung eine abweichende Meinung angefügt. Nach ihrer Auffassung ist schon Art. 13 Abs. 3 GG mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht vereinbar und daher nichtig.

I. Strengere Auslegung des Art. 79 III GG

Sie plädieren dafür, Art. 79 Abs. 3 GG streng und unachgiebig auszulegen. Es gehe heute, wo man sich inzwischen an den grenzenlosen Einsatz technischer Möglichkeiten gewöhnt zu haben scheint und selbst die persönliche Intimsphäre, manifestiert in den eigenen vier Wänden, kein Tabu mehr ist, vor dem das Sicherheitsbedürfnis Halt zu machen hat, darum, nicht mehr nur den Anfängen eines Abbaus von verfassten Grundrechtspositionen, sondern einem bitteren Ende zu wehren, an dem das durch eine solche Entwicklung erzeugte Menschenbild einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie nicht mehr entspricht. Art. 13 Abs.

3 GG überschreitet die materielle Grenze, die Art. 79 Abs. 3 GG Eingriffen in die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG setzt.

II. Wortlaut des Art. 13 III GG unzureichend

Die Grundrechtsnorm enthält ihrem Wortlaut nach keine Eingrenzungen, die sicherstellen könnten, dass bei Einsatz der akustischen Wohnraumüberwachung in der Privatwohnung ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung geschützt bleibt. Es erscheint auch fraglich, ob der Gesetzgeber eine solche Einschränkung gewollt hat. Im Gesetzgebungsverfahren sind Änderungsanträge, die auf deren Aufnahme abzielten, mehrheitlich mit dem Argument abgelehnt worden, damit werde die Effektivität des Ermittlungsinstruments gänzlich in Frage gestellt. So ist das höchstpersönliche Gespräch mit Familienangehörigen und engen Vertrauten vom verfassungsändernden Gesetzgeber durch Art. 13 Abs. 3 GG ungeschützt geblieben, da es mit technischen Mitteln belauscht werden darf und lediglich seine Verwertung einfachgesetzlich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten in Frage steht. Folge davon ist, dass das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen teilweise ausgehöhlt wird und unverdächtige Gesprächspartner des Beschuldigten durch Abschöpfen der in der Privatwohnung herrschenden Vertrauensatmosphäre zum Objekt staatlicher Strafverfolgung werden.

III. Keine verfassungskonforme Auslegung möglich

Der durch Verfassungsänderung eingeführte Art. 13 Abs. 3 GG kann nicht durch verfassungskonforme oder verfassungssystematische Auslegung verfassungsfest gemacht werden. Eine Verfassungsänderung ist nach Art. 79 Abs. 3 GG an den in Art. 1 und Art. 20 Grundgesetz niedergelegten Grundsätzen zu messen, nicht dagegen mit deren Maßstäben auszulegen, um sie erst auf diesem Wege abweichend vom Wortlaut in Konformität mit der Verfassung zu bringen.

1. Standpunkt der Senatsmehrheit

Auch die Senatsmehrheit geht davon aus, dass Art. 13 Abs. 3 GG für sich genommen mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht in Einklang steht. Sie fügt deshalb unter Zuhilfenahme einer systematischen Verfassungsauslegung mit Hilfe des Menschenwürdegehalts in Art. 13 Abs. 1 GG dem Art. 13 Abs. 3 GG weitere ungeschriebene Grenzen hinzu und engt damit die Ermächtigung zur akustischen Wohnraumüberwachung über den geschriebenen Text hinaus ein. So aber verliert der Menschenwürdegehalt des Wohnraumschutzes seine Sperrwirkung gegenüber Verfassungsänderungen und

dient nur noch dazu, als Interpretationshilfe einer ansonsten verfassungswidrigen Verfassungsänderung zu einem verfassungsgemäßen Bestand zu verhelfen. Gerade das, was in der verfassungsändernden Norm gar nicht geschrieben steht, lässt diese die Hürde des Art. 79 Abs. 3 GG überwinden. Die Kompetenzzuweisung des Grundgesetzes und der rechtsstaatliche Grundsatz der Normenklarheit verbieten es aber dem Bundesverfassungsgericht, die Verfassungsnorm soweit einzuengen, dass sie die Hürde des Art. 79 Abs. 3 GG nehmen kann, dann aber kompensatorisch die einfachgesetzlichen Regelungen, die sich auf die in der geänderten Verfassungsnorm zum Ausdruck kommende Eingriffsermächtigung stützen, wegen Verfassungswidrigkeit zu beanstanden. Verfassungsänderungen müssen beim Wort genommen werden.

2. Standpunkt der Sondervoten

Indem die Senatsmehrheit die Verfassungsmäßigkeit einer verfassungsändernden Norm durch deren verfassungskonforme Auslegung herstellt, schränkt sie außerdem den Geltungsbereich von Art. 79 Abs. 3 in unzulässiger Weise ein, da auf diesem Weg seine für Verfassungsänderungen gesetzten Schranken letztlich nur noch dort greifen, wo der Gesetzgeber Art. 1 oder Art. 20 GG selbst in Gänze abzuschaffen versucht. Art. 79 Abs. 3 GG reicht aber weiter. Denn der Grundgesetzgeber hat bereits eine Verfassungsänderung als unzulässig ausgeschlossen, die die in diesen Artikeln niedergelegten Grundsätze berührt. Geschieht dies, ist deshalb kein Raum mehr für eine verfassungskonforme Auslegung, die einer unzulässigen Verfassungsänderung im Nachhinein zur Verfassungsmäßigkeit verhilft.

Standort: Staatsorganisationsrecht

Problem: Fraktionsausschluss

BBGVERFGH, URTEIL VOM 16.10.2003

VFGBBG 4/03 (DÖV 2004, 205)

VG GIEßEN, BESCHLUSS VOM 30.05.2003

8 G 1662/03 (NVWZ-RR 2004, 204)

Problemdarstellung:

In den nachstehend abgedruckten Entscheidungen geht es um den Ausschluss eines Fraktionsmitglieds aus seiner Fraktion. Dieser ist im Gegensatz zum Partei-ausschluss (vgl. § 10 IV PartG) gesetzlich nicht geregelt, weshalb seine Voraussetzungen problematisch sind:

I. Im Fall des BbgVerfGH ging es um einen Ausschluss aus einer Parlamentsfraktion (Landtag), dessen Voraussetzungen allerdings in der Geschäftsordnung der Fraktion geregelt waren. Obschon die Geschäftsordnung der Fraktionen kein Gesetz ist, entfaltet sie Bindungswirkung, welche von den Gerichten zu beachten ist. Erklärbar wird diese vom BbgVerfGH nicht näher begründete Tatsache mit der bahnbrechenden Entscheidung des OVG Münster (NJW 1989, 1105), das die Übereinkunft über die Bildung und das Verfahren in einer Fraktion (und damit auch die Geschäftsordnung) als *öffentlich-rechtlichen Vertrag* begriff. In einem solchen Vertrag kann auch das Ende der Mitgliedschaft, z.B. durch Ausschluss, geregelt werden. Für den Fraktionsausschluss gilt also zunächst das von der Fraktion selbst Geregelte, solange es selbst wirksam ist, d.h. sich nicht in Widerspruch zu den gesetzlichen Rahmenvorgaben (dazu sogleich) setzt.

II. Ist - wie im Fall des VG Gießen, das es mit dem

Ausschluss aus einer Ratsfraktion zu tun hatte - hingegen nichts geregelt, müssen die Voraussetzungen aus den gesetzlichen Rahmenbedingungen entwickelt werden. Die Entscheidung ist dazu sehr instruktiv. Unter dem Strich kann festgehalten werden, dass zunächst ein faires Verfahren unter Einschluss rechtlichen Gehörs zu beobachten ist. In Anlehnung an § 10 IV PartG und das allgemeine Willkürverbot muss ferner ein "wichtiger Grund" vorliegen, der regelmäßig dann zu bejahen ist, wenn das innerfraktionelle Vertrauensverhältnis so nachhaltig gestört ist, dass eine fruchtbare Zusammenarbeit für die Zukunft nicht mehr möglich erscheint. Der Fraktion ist bei der Beurteilung dieser Frage ein gewisser Spielraum einzuräumen, sodass die Gerichte zwar die Tatsachenbasis und das Verfahren voll überprüfen können, inhaltlich aber auf eine Evidenzkontrolle beschränkt sind. Der Fraktionsausschluss darf ferner nicht unverhältnismäßig sein.

Prüfungsrelevanz:

I. Über die oben dargestellten, inhaltlichen Probleme des Fraktionsausschlusses hinaus ist der Rechtsweg, den ein ausgeschlossenes Fraktionsmitglied beschreiten kann, problematisch:

1. Handelt es sich um eine *Parlamentsfraktion*, so ist diese beteiligtenfähig im Organstreitverfahren (für die Bundestagsfraktion über § 63 BVerfGG, vgl. BVerfGE 20, 56, 104; 45, 1, 28); gleiches gilt für ihre Mitglieder, so dass - wie im Fall des BbgVerfGH - eine verfassungsrechtliche Streitigkeit in Betracht kommt.

2. Für *Ratsfraktionen* ist streitig, ob der Verwaltungs- oder Zivilrechtsweg einschlägig ist. Da der Fraktionsausschluss nicht geregelt ist, hilft die modifizierte Sub-

jektstheorie nicht weiter. Wohl durchgesetzt hat sich allerdings die Auffassung, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Die Begründung hierfür ist unterschiedlich, z.T. wird auf den Sachzusammenhang mit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben durch die Fraktion in der Vertretung (Rat) abgestellt, z.T. auf die Rechtsnatur der Fraktionen, z.T. auf den Ausschluss als Kehrseite der durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründeten Fraktionsmitgliedschaft (so das OVG Münster, NJW 1989, 1105 m.w.N. zu allen anderen Ansichten).

3. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass gegen den *Parteiausschluss* (nur) der Zivilrechtsweg offensteht, da § 10 IV PartG mit der modifizierten Subjektstheorie als zivilrechtliche Norm zu qualifizieren ist. Es stehen sich ausschließlich Zivilrechtssubjekte - Partei und Mitglied, also Verein und natürliche Person - gegenüber.

II. Ferner bereitet bei Ratsfraktionen die statthafte Klageart vor dem VG Probleme. Da sich diese nach dem Antragsbegehren (§ 88 VwGO) im konkreten Fall richtet, ist eine allgemeingültige Aussage hierzu nicht möglich. Häufig wird es dem ausgeschlossenen Mitglied jedoch um den Verbleib in der Fraktion gehen. Wenn die Sache eilt, ist eine einstweilige Anordnung nach § 123 I 1 VwGO das Mittel der Wahl. Der Fraktionsausschluss ist mangels Außenwirkung kein VA, kann also weder mit Widerspruch noch mit Anfechtungsklage angegriffen werden (i.Ü. fehlt es auch an der Behördeneigenschaft einer Fraktion und an einer "hoheitlichen" Maßnahme, da zwischen Fraktion und Mitglied kein Subordinationsverhältnis besteht). Ohne Suspensiveffekt bleibt aber nur § 123 I 1 VwGO.

In der Hauptsache dürfte es sich i.d.R. um eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO handeln. Die Fraktionsmitgliedschaft ist ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO, sodass dessen Fortbestehen feststellungsfähig ist. Die Subsidiarität zur Leistungsklage (§ 43 II VwGO) greift nicht, da der Status der Fraktionsmitgliedschaft nicht von einer Leistung abhängig ist. Es genügt die Feststellung, dass er ursprünglich erworben und nicht durch den streitigen Ausschluss beendet worden ist. Etwas anderes könnte bei einem auf Wiederaufnahme gerichteten Begehren gelten, aber für ein solches fehlt es i.d.R. ohnehin an einer Anspruchsgrundlage.

Vertiefungshinweise:

- Ausschluss aus Parlamentsfraktion als Organstreit: VerfG MV, DÖV 2003, 765; Weber, JuS 1990, 659
- Allgemein zum Fraktionsausschluss: OVG Münster, NJW 1989, 1105; OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1996,

462; VGH Kassel, NVwZ 1999, 1369 Schmidt-Jortzig/Hansen, NVwZ 1994, 116; Achterberg, JA 1983, 303; Aulehner, JA 1989, 478; Zuleeg, JuS 1978, 240

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Otto S., die Imagesäge"

1. Teil: Entscheidung des BbgVerfGH

Leitsatz:

Zum Umfang der landesverfassungsgerichtlichen Überprüfung des Ausschlusses eines Landtagsabgeordneten aus seiner Fraktion.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin wendet sich gegen den Ausschluss aus der Fraktion der Antragsgegnerin, deren arbeitsmarkt- und ausbildungspolitische Sprecherin sie war. Am 24. September 2002 beschloss der Senat von Berlin die Ernennung der Antragstellerin zur Staatssekretärin. Die Antragstellerin trat das Amt nicht an, weil Unklarheit darüber herrschte, ob sie sofort als Staatssekretärin auf Lebenszeit verbeamtet werden könne.

Diese Entscheidung missbilligte die Antragsgegnerin. In der Fraktionssitzung vom 01. Oktober 2002 entzog sie ihr das Vertrauen für ihre weitere Arbeit als Mitglied des Fraktionsvorstandes. In einer daraufhin einberufenen Pressekonferenz erhob die Antragstellerin schwere Vorwürfe gegen andere Fraktionsmitglieder. Am 15. Oktober 2002 befasste sich die Antragsgegnerin erneut mit dem Vorgang. Hierzu lagen ein Antrag vor, der Antragstellerin lediglich eine Missbilligung auszusprechen, während ein weiterer Antrag forderte, die Antragstellerin aus der Fraktion auszuschließen. Die mit der Antragstellerin geführten Einigungsgespräche blieben ohne Erfolg. Der zuerst zur Abstimmung gestellte Ausschlussantrag fand eine Mehrheit von 14:5 Stimmen. Zur Begründung wurde auf das Verhalten der Antragstellerin bei der Nichtannahme des Amtes der Staatssekretärin, insbesondere aber auch auf die von ihr abgehaltene Pressekonferenz abgestellt. Sie habe damit vorsätzlich gegen die aus § 1 Abs. 3 der Geschäftsordnung abzuleitende Pflicht zur Achtung des anderen sowie gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit gem. § 4 Abs. 8 der Geschäftsordnung verstoßen.

§ 5 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Antragsgegnerin schreibt das Quorum für eine Aufnahme in die Fraktion auf zwei Drittel fest. Die inhaltlichen Voraussetzungen des Ausschlusses sind in § 5 Abs. 3 geregelt: „Ein Abgeordneter kann aus der Fraktion nur ausgeschlossen werden, wenn er vorsätzlich gegen die in

dieser Geschäftsordnung festgelegten Pflichten verstoßen bzw. der Fraktion schweren Schaden zugefügt hat. Ein Mitglied der Fraktion, gegen welches ein Ausschlussverfahren vorgesehen ist, hat das Recht, durch die Fraktion gehört zu werden und an der Sitzung der Fraktionsversammlung, in der über den Ausschluss beraten und entschieden werden soll, teilzunehmen.“

Am 16. Oktober 2002 teilte der parlamentarische Geschäftsführer der Antragsgegnerin dem Präsidenten des Landtages mit, dass die Antragstellerin am 15. Oktober 2002 aus der Fraktion ausgeschlossen worden sei. In der Folge kam es zu einem erfolglosen Versuch einer gütlichen Einigung. Ein Wiederaufnahmeantrag wurde auf der Fraktionssitzung am 30. Januar 2003 bei zwei Enthaltungen mit 18 Stimmen abgelehnt.

Aus den Gründen:

Soweit der Antrag zulässig ist, hat er in der Sache keinen Erfolg.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Der Antrag ist im Organstreitverfahren gemäß Art. 113 Nr. 1 LV, §§ 12 Nr. 1, 35 ff. Verfassungsgesetz Brandenburg (VerfGGBbg) im wesentlichen zulässig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Antragstellerin und Antragsgegnerin gehören zum Kreis der in Art. 113 Nr. 1 LV, §§ 12 Nr. 1, 35 VerfGGBbg genannten Beteiligten einer Organstreitigkeit (vgl. hierzu: BbGVfGH, LVerfGE 4, 190, 194 f.; LVerfGE 12, 92, 99).

III. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis (§ 36 Abs. 1 VerfGGBbg) der Antragstellerin ergibt sich aus Art. 56 Abs. 1 LV (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urteil vom 20. Juni 1996 - VfGBbg 14/96 EA -, LVerfGE 4, 190, 195 ff. m.w.N.). Daneben steht eine Verletzung der Antragstellerin in Rechten aus Art. 5 Abs. 2 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 3 Satz 1 und 67 Abs. 2 LV hingegen nicht ernstlich in Frage; insoweit ist der Antrag unzulässig.

IV. Allg. Rechtsschutzinteresse

Das für den - verbleibenden - Antrag erforderliche Rechtsschutzbedürfnis ist nicht - wie die Antragsgegnerin meint - durch „widersprüchliches Verhalten“ der Antragstellerin entfallen. Es kann nach Lage des Falles nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin durch eine beja-

hende Antwort auf die Frage, ob sie in der Fraktion verbleiben wolle, einen Ausschluss hätte verhindern können.

V. Frist

Die Frist des § 36 Abs. 3 VerfGGBbg ist gewahrt.

B. Begründetheit

Der Ausschluss aus der Fraktion verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus Art. 56 Abs. 1 LV.

I. Schutz des „freien Mandats“

Art. 56 Abs. 1 LV gewährleistet das freie Mandat des Abgeordneten und schützt ihn vor (parlamentarischer oder außerparlamentarischer) Beschränkung bei der Wahrnehmung seines Mandats (vgl. Lieber/Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, Ziff. 1 zu Art. 56; vgl. zu Art. 38 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Rn. 106 ff. zu Art. 38). Dieser Schutz schließt das Recht des Abgeordneten ein, auch mit Hilfe seiner Fraktion parlamentarisch mitwirken zu können (Verfassungsgericht des Landes Brandenburgs, Urteil vom 20. Juni 1996 - VfGBbg 14/96 EA -, LVerfGE 4, 190, 198). Zwar dürfte sich aus Art. 56 Abs. 1 LV ein Anspruch auf Aufnahme in eine bestimmte Landtagsfraktion nicht ergeben (vgl. Staatsgerichtshof Bremen DÖV 1970, 639, 640; Arndt, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, Rn. 24 zu § 21), doch schützt der Grundsatz des freien Mandates den Verbleib des Abgeordneten in einer Fraktion. Die Mitarbeit in ihr unterfällt der durch Art. 56 Abs. 1 LV verbürgten Ausübung des Abgeordnetenmandats (vgl. Staatsgerichtshof Bremen a.a.O.). Demgemäß ist es der entsendenden Partei verwehrt, den Abgeordneten am Beitritt zu einer anderen Fraktion oder daran zu hindern, aus der bisherigen Fraktion auszutreten (Staatsgerichtshof Bremen a.a.O.). Auch kann sie das Mandat eines Abgeordneten nicht „zurückverlangen“ (vgl. Staatsgerichtshof Bremen a.a.O. unter Bezugnahme auf BVerfGE 2, 1, 74).

II. Schranken

Grenzen der Abgeordnetenrechte ergeben sich jedoch aus der Einbindung des Abgeordneten in das Parlament, wenn und soweit der Parlamentsbetrieb dies erfordert (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg a.a.O. unter Bezugnahme auf BVerfGE 80, 188, 222). Die Effektivität des Parlamentsbetriebes und die Notwendigkeit geordneter verlaufender parlamentarischer Willensbildung haben ihrerseits den Rang eines Verfassungsgutes, das gegebenenfalls auch den Ausschluss aus einer Fraktion rechtfertigen kann. Von daher ist der Ausschluss aus der Fraktion mit der Ver-

fassung vereinbar, wenn die Rechtsgrundlagen - hier: (vorrangig) das Fraktionsgesetz Brandenburg (FraktG) und die Geschäftsordnung der Landtagsfraktion (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 FraktG) - ihrerseits verfassungsgemäß sind (1.) und ihre Anwendung verfassungsgerichtlich nicht zu beanstanden ist (2.).

1. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

§ 5 Abs. 3 Satz 1 der Fraktionsgeschäftsordnung der Antragsgegnerin lässt den Ausschluss eines Abgeordneten zu, wenn er vorsätzlich gegen die in der Geschäftsordnung festgelegten Pflichten verstoßen oder der Fraktion schweren Schaden zugefügt hat. Diese Regelung begegnet - im Zusammenspiel mit § 8 Abs. 1 und § 11 Abs. 3 Satz 4 Fraktionsgeschäftsordnung - weder von Verfassungs wegen noch mit Blick auf § 2 Abs. 2 Nr. 5 FraktG durchgreifenden Bedenken. Die Regelung sieht rechtliches Gehör und ein faires Verfahren vor. In materieller Hinsicht erlaubt § 5 Abs. 3 Satz 1 Fraktionsgeschäftsordnung eine angemessene Abwägung zwischen den Belangen der Fraktion und den gegebenenfalls für den einzelnen Abgeordneten mit einem Fraktionsausschluss verbundenen Folgen vor dem Hintergrund von Art. 56 Abs. 1 LV.

2. Verfassungsmäßige Anwendung

Der Ausschluss der Antragstellerin aus der PDS-Fraktion hält im Ergebnis verfassungsgerichtlicher Überprüfung stand.

a. Vorsätzlicher Pflichtverstoß

Ob hier ein vorsätzlicher Verstoß gegen Pflichten aus der Fraktionsgeschäftsordnung im Sinne von § 5 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 anzunehmen ist, kann offenbleiben. Denn jedenfalls kann der Fraktionsausschluss in vertretbarer Weise darauf gestützt werden, dass die Antragstellerin der Fraktion im Sinne von § 5 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 Fraktionsgeschäftsordnung schweren Schaden zugefügt habe.

b. Schwerer Schaden

aa. Einschätzungsprärogative der Fraktion

Die Beurteilung der Frage, ob das Verhalten eines Fraktionsmitgliedes der Fraktion „schweren Schaden“ zugefügt hat, ist zunächst der Fraktion überantwortet. Der Fraktion steht ein Beurteilungsspielraum zu. Es handelt sich um eine Frage außerhalb eines rechtlich exakt erfassbaren Bereiches (zu Beurteilungsspielräumen im Verwaltungsrecht: VGH München BayVBl. 1984, 750, 753; dem folgend: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Auflage 2003, Rn. 24a zu § 114), bei der auch persönliche Erfahrungen und Ein-

drücke eine nicht unerhebliche Rolle spielen (zu diesem Kriterium im verwaltungsrechtlichen Zusammenhang: BVerfGE 84, 34, 51 f.; 88, 40, 57 f.). Mit dieser Einschätzungsprärogative geht eine entsprechende Einschränkung der Überprüfungscompetenz des Landesverfassungsgerichts einher (insoweit ausdrücklich offengelassen: VerfG MV DÖV 2003, 765, 768). Bei der Beurteilung eines Fraktionsausschlusses ist es - soweit nicht allgemeingültige Grundsätze verletzt werden - nicht Sache des Gerichts, schlechthin seine Beurteilung an die Stelle derjenigen politischen und sonstigen, an innerparteilichen Maßstäben ausgerichteten, Wertungen zu setzen, nach denen die Fraktion lebt und ihre im Staatswesen verfolgten Ziele erkämpfen will (vgl. auch - zur Überprüfung von Parteiausschlüssen -: BGH NJW 1980, 443). Diese Einschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte trägt zugleich der - im Land Brandenburg durch Art. 67 Abs. 1 LV unterstrichenen - eigenen Rechtsstellung der Fraktion Rechnung.

bb. Prüfungsumfang des Gerichts

Uneingeschränkt der Überprüfung zugänglich sind allein die formellen Voraussetzungen eines Fraktionsausschlusses [ordnungsgemäße Ladung zur Fraktionssitzung, Mitteilung der Tagesordnung, Gewährleistung rechtlichen Gehörs, Anwesenheit des betroffenen Fraktionsmitgliedes, erforderliche Mehrheit] (so auch: VerfG MV DÖV 2003, 765, 767 f.). Dagegen ist in materieller Hinsicht - hier: zu der Frage, ob der Fraktion „schwerer Schaden“ zugefügt worden ist - die verfassungsgerichtliche Überprüfung auf eine Evidenz- und Willkürkontrolle beschränkt. Hiervon ausgehend gilt vorliegendenfalls:

(1). Verfahren

Das von der Antragsgegnerin eingehaltene Verfahren entsprach den hierfür geltenden Regeln. Der hinreichend deutlich gefasste und mit einer Begründung versehene Ausschlussantrag ist den Fraktionsmitgliedern ausweislich des Schreibens des Fraktionsvorsitzenden vom 07. Oktober 2002 unter Mitteilung des Datums der nächsten Fraktionssitzung zugeleitet worden. Die Antragstellerin nahm an der Fraktionssitzung am 15. Oktober 2002 teil und hatte Gelegenheit, Stellung zu nehmen. Die Abstimmung über den Ausschlussantrag erfolgte geheim. Der Beschluss über den Ausschluss wurde auch mit der erforderlichen Mehrheit getroffen. Für den Ausschluss stimmten bei fünf Gegenstimmen 14 Fraktionsmitglieder und somit mehr als 2/3 der anwesenden Mitglieder. Es ist unter diesen Umständen unerheblich, ob die vorherige Festlegung eines Quorums von 2/3 der anwesenden Mitglieder wirksam war

oder nicht schon die einfache Mehrheit ausgereicht hätte. Es ist auch nicht etwa so, dass sich für den Fraktionsausschluss aus § 5 Abs. 1 der Fraktionsgeschäftsordnung ein zwingendes 2/3-Quorum bezogen auf die Fraktionsangehörigen - und nicht bezogen auf die anwesenden Fraktionsmitglieder - ergibt. Eine solche Annahme verbietet sich nach dem systematischen Aufbau des § 5 Fraktionsgeschäftsordnung, demzufolge das Quorum gemäß Absatz 1 nur für die Aufnahme in die Fraktion und nicht für den in (dem nachfolgenden) Absatz 3 gesondert geregelten Ausschluss aus der Fraktion gilt. Von Verfassungs wegen war es auch nicht geboten, den Antrag des Abgeordneten Hammer auf Missbilligung des Verhaltens der Antragstellerin vor dem Antrag auf Fraktionsausschluss zur Abstimmung zu stellen. Ein dahingehender Grundsatz ist der Landesverfassung nicht zu entnehmen.

(2). Evidenzkontrolle

Angesichts des der Antragsgegnerin insoweit zustehenden Beurteilungsspielraums und der damit korrespondierenden eingeschränkten verfassungsgerichtlichen Überprüfung, ist die dem Fraktionsausschluss der Antragstellerin zugrundeliegende Auffassung der Fraktionsmehrheit, dass die Antragstellerin der Fraktion schweren Schaden zugefügt habe, verfassungsgerichtlich nicht zu beanstanden.

(a). Schaden

„Schaden“ ist in dem hier in Frage stehenden Zusammenhang nicht etwa nur im Sinne von finanziellem oder politischem - der politischen Außenwirkung abträglichem - Schaden zu verstehen. Vielmehr ist auch eine die Zusammenarbeit und das Vertrauensverhältnis innerhalb der Fraktion in Mitleidenschaft ziehende Belastung gemeint. Art. 67 Abs. 1 LV setzt die politische Handlungsfähigkeit einer Fraktion voraus. Fraktionen sind im parlamentarischen „Gliederungssystem“ (vgl. BVerfGE 84, 304, 322) „notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens und maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung“ (BVerfGE 80, 188, 219 f. m.w.N.). Eine Fraktion kann nur funktionieren, wenn in den Fraktionssitzungen offen, unbefangen und vertrauensvoll diskutiert wird. Von daher stellt sich auch das Verhalten eines Abgeordneten, welches das Klima in der Fraktion beeinträchtigt, als „Schaden“ im Sinne von § 5 Abs. 3 Satz 1 Fraktionsgeschäftsordnung dar.

(b). Schwer

Freilich genügt für einen Fraktionsausschluss bereits nach dem Wortlaut der Fraktionsgeschäftsordnung der Antragsgegnerin nicht schon jedwede interne Unstimmigkeit. Vielmehr muss der Fraktion nach der hier ein-

schlägigen Regelung „schwerer“ Schaden zugefügt worden sein. Als „schwer“ in diesem Sinne ist ein Schaden anzusehen, der nach vertretbarer Einschätzung der Fraktion einer vertrauensvollen Zusammenarbeit in der Fraktion nachhaltig und auf Dauer im Wege steht. Die dahingehende Einschätzung der Antragsgegnerin ist verfassungsgerichtlich nicht zu beanstanden.

(aa). Nichtannahme des Amtes der Staatssekretärin

Allerdings erscheint zweifelhaft, ob es für sich allein betrachtet schon als „schwerer“ - einen Fraktionsausschluss rechtfertigender - Schaden akzeptiert werden könnte, dass die Antragstellerin davon Abstand genommen hat, das Amt einer Staatssekretärin zu übernehmen und hierbei wohl eine Rolle gespielt hat, dass damit nicht - oder doch: nicht sicher geklärt - sogleich eine Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verbunden gewesen wäre, jedenfalls aber in der Öffentlichkeit dieser Eindruck entstanden ist. Dem einzelnen Abgeordneten ist unabhängig von seiner Fraktionszugehörigkeit ein Freiraum privater Dispositionen und beruflicher Lebensplanung unter Einbeziehung auch von Versorgungsgesichtspunkten zuzugestehen. Die Antragsgegnerin hat hinzunehmen, dass auch in ihren Reihen Versorgungserwägungen von Abgeordneten eine Rolle spielen dürfen. Auch die Äußerungen der Antragstellerin auf der Pressekonferenz erscheinen, für sich betrachtet, nach Lage des Falles für einen Fraktionsausschluss noch nicht als schwerwiegend genug. Der Antragstellerin ist in dieser Hinsicht zuzugestehen, dass sie sich von Seiten der Fraktion politisch bedrängt fühlen mochte und sich ihre Äußerungen auf der Pressekonferenz gewissermaßen als politische Gegenwehr darstellen. Auch solche politische Gegenwehr, und zwar auch im Verhältnis zu der eigenen Fraktion, ist bis zu einer gewissen - freilich schwer bestimmbar - Grenze von Art. 56 Abs. 1 LV gedeckt. Die Maßstäbe für das insoweit politisch Hinzunehmende dürfen nicht zu niedrig angesetzt werden („Wer austeil, muss auch einstecken.“).

(bb). Außendarstellung

Unbeschadet dessen ist aber jedenfalls in der Zusammenschau das Verhalten der Antragstellerin im Zusammenhang mit ihrer Nominierung als Staatssekretärin, ihres Auftretens auf der Pressekonferenz (mit persönlichen Angriffen gegen Fraktionsmitglieder unter Anspielung auf ihre politische Vergangenheit) und der weiteren Begleitumstände die Einschätzung der Antragsgegnerin, dass für die Fraktion insgesamt ein „schwerer Schaden“ entstanden sei, vertretbar und ergibt sich deshalb für ein Eingreifen des Landesver-

fassungsgerichts keine hinreichende Veranlassung. Diese weiteren Begleitumstände sind dadurch geprägt, dass mit der Antragstellerin damals geführte Einigungsgespräche erfolglos verliefen und die Antragstellerin - ausweislich der Niederschrift über die Fraktionssitzung vom 15. Oktober 2002 - die zweimalige Frage, ob sie in der PDS-Fraktion verbleiben wolle, unbeantwortet ließ und auf eine sofortige Entscheidung drängte. Das Gericht entnimmt dem, dass sie in dieser Fraktionssitzung einen „Alles-oder-Nichts“-Standpunkt einnahm und sich für einen für alle Beteiligten Gesichtswahrenden politischen Kompromiss nicht aufgeschlossen zeigte. Unter Mitberücksichtigung dessen erscheint dem Landesverfassungsgericht die in dem Abstimmungsergebnis von 14 zu fünf Stimmen zum Ausdruck kommende Einschätzung der Antragsgegnerin, dass das Verhältnis zu der Antragstellerin nachhaltig und dauerhaft gestört sei und die Voraussetzungen für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ihr nicht mehr gegeben seien, vertretbar. Wie immer man den Fraktionsausschluss beurteilen mag: Willkürlich ist er nicht. Er ist auch nicht unverhältnismäßig. Die Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin bestätigt sich im übrigen darin, dass der im Vorfeld der verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung im Januar 2003 unternommene Anlauf, die Antragstellerin - unter Zugeständnissen ihrerseits - wieder in die Fraktion aufzunehmen, am 30. Januar 2003 bei 18 Nein-Stimmen gegen zwei Enthaltungen gescheitert ist. Das Landesverfassungsgericht vermag sich von einer Zwangswiedereingliederung der Antragstellerin mit gerichtlicher Hilfe nichts Gedeihliches zu versprechen.

2. Teil: Entscheidung des VG Gießen

Leitsätze:

1. **Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Fraktionsmitglied ausgeschlossen werden kann, richtet sich in erster Linie nach den bei der Errichtung der Fraktion getroffenen Absprachen.**
2. **Fehlt eine entsprechende Regelung in der Geschäftsordnung der Fraktion, so erfordert ein Fraktionsausschluss in formeller Hinsicht, dass dem Fraktionsbeschluss eine Anhörung des Betroffenen vorausgeht, sämtliche Fraktionsmitglieder zu der Fraktionssitzung eine Ladung unter konkreter Benennung dieses Tagesordnungspunktes erhalten und dem ausgeschlossenen Mitglied die Ausschlussgründe schriftlich mitgeteilt werden.**
3. **In materieller Hinsicht muss ein wichtiger Grund für den Fraktionsausschluss vorliegen.**

Hierbei kommt der Fraktion ein Beurteilungsspielraum zu, demzufolge gerichtlich lediglich überprüft werden kann, ob dem Fraktionsausschluss gesetzliche Bestimmungen, ungeschriebene Rechtsregeln oder Geschäftsordnungsvorschriften entgegenstehen und die Maßnahme nicht grob unverhältnismäßig bzw. willkürlich erscheint.

Sachverhalt:

Der Antrag des Ast. auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen seinen Ausschluss aus der Fraktion in der Stadtverordnetenversammlung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO ist statthaft. Insbesondere stellt der Ausschluss aus einer Fraktion der Gemeindevertretung mangels Behördeneigenschaft der Fraktion und wegen Fehlens eines Subordinationsverhältnisses nach unbestrittener Ansicht keinen Verwaltungsakt dar, so dass einstweiliger Rechtsschutz gem. § 80 V VwGO ausscheidet (VGH Kassel, HSGZ 1987, 209; OVG Münster, NJW 1989, 1105; Aulehner, JA 1989, 478 [482]; Zuleeg, JuS 1978, 240).

B. Begründetheit

I. Anordnungsgrund

Der Ast. hat auch einen Anordnungsgrund und damit die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung glaubhaft gemacht. Denn es stellt für den Ast. einen wesentlichen Nachteil dar, wenn er bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zu Unrecht von der Mitwirkung bei der fraktionsinternen Willensbildung ausgeschlossen wäre und damit als fraktionsloser Gemeindevertreter nur eingeschränkt Einflussmöglichkeiten in der Gemeindevertretung hätte.

II. Anordnungsanspruch

Der Ast. hat jedoch einen Anordnungsanspruch nicht dargetan. Insbesondere hat er nicht glaubhaft gemacht (§§ 123 III VwGO und § 920 II ZPO), dass sein Ausschluss aus der [...] -Fraktion der Stadtverordnetenversammlung der Stadt B. formell bzw. materiell rechtswidrig zu Stande gekommen und damit unwirksam ist.

1. Vorrang der Geschäftsordnung

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Fraktionsmitglied ausgeschlossen werden kann,

richtet sich in erster Linie nach den bei der Errichtung der Fraktion getroffenen Absprachen.

2. Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze

Fehlt — wie im vorliegenden Fall — eine entsprechende Regelung, so ist es sachgerecht, auf den Maßstab zurückzugreifen, der allgemein für die Beendigung von Beteiligungen in Dauerrechtsverhältnissen gilt, die durch die persönliche Zusammenarbeit der Bet. geprägt werden. Danach erfordert ein solcher Ausschluss zunächst die Einhaltung bestimmter formeller Voraussetzungen, die nach allgemeiner Ansicht zwingend beachtet werden müssen.

a. Formelle Voraussetzungen

Hierzu ist erforderlich, dass dem Ausschluss des Fraktionsmitgliedes eine Anhörung des Betr. vorausgeht und zu der Sitzung, in der über den Ausschluss befunden werden soll, sämtliche Fraktionsmitglieder eine Ladung unter konkreter Benennung dieses Tagesordnungspunktes erhalten (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 399; VGH München, NVwZ 1989, 494; Erdmann, DÖV 1988, 907 [910]; Aulehner, JA 1989, 478 [483]; Rothe, DVBl 1988, 382 [385]). Darüber hinaus sind dem ausgeschlossenen Mitglied die Ausschlussgründe schriftlich mitzuteilen (VG Wiesbaden, HSGZ 1995, 109; VGH München, NVwZ 1989, 494; Schmidt-Jortzig/Hansen, NVwZ 1994, 116 [118]; Erdmann, DÖV 1998, 907 [910]).

Gemessen an diesen Grundsätzen erweist sich jedenfalls der in der Fraktionssitzung vom 2.5.2003 gefasste Beschluss über den Fraktionsausschluss des Ast. als formell rechtmäßig zu Stande gekommen, so dass es auf die Frage, ob der Ast. den erstmals in der Sitzung vom 21.11.2002 beschlossenen Fraktionsausschluss durch ein ausdrücklich oder konkludent erklärtes Einverständnis akzeptiert und dieser Beschluss daher trotz damaliger Verfahrensfehler möglicherweise Wirksamkeit erlangt hat, für den vorliegenden Rechtsstreit nicht ankommt.

(1). Beachtung der Vorgaben

Zunächst ist der Ast. sowohl in der Fraktionssitzung vom 14.4.2003, in der ihm die seine Person betreffenden Ausschlussgründe in schriftlicher Form ausgehändigt wurden, als auch in der Fraktionssitzung vom 2.5.2003 zu dem beabsichtigten Fraktionsausschluss in rechtlich nicht zu beanstandender Form angehört worden. Weiter wurden mit Schriftsatz vom 16.4.2003 sämtliche Fraktionsmitglieder (einschließlich des Ast.) zu der Fraktionssitzung am 2.5.2003 unter konkreter Benennung des Tagesordnungspunktes "Ausschluss des Stadtverordneten X aus der Fraktion" geladen.

Letztlich wurden dem Ast. die Ausschlussgründe in dem bereits am 14.4.2003 ausgehändigten Schriftsatz auch schriftlich mitgeteilt.

(2). Geheime Abstimmung unbedenklich

Formelle Bedenken ergeben sich nach Auffassung der Kammer weiter auch nicht aus dem Umstand, dass der Fraktionsausschluss am 2.5.2003 in geheimer Abstimmung erfolgt ist, da eine dem widersprechende Regelung in einer eigenen Fraktionsgeschäftsordnung nicht existiert und sowohl der Vorsitzende der X-Fraktion als auch das weitere Fraktionsmitglied X gegenüber dem Gericht eidesstattlich versichert haben, dass am 2.5.2003 alle Beteiligten mit einer geheimen Abstimmung einverstanden waren und der Bevollmächtigte des Ast. selbst in der Sitzung vom 14.4.2003 eine geheime Abstimmung verlangt hatte.

(3). Fehlende Mitteilung an Vorsitzenden der Stadtverordnetenversammlung unbeachtlich

Soweit sich der Ast. weiter darauf beruft, es fehle vorliegend auch eine schriftliche Mitteilung über den Fraktionsausschluss gegenüber dem vorsitzenden Mitglied der Stadtverordnetenversammlung gem. § 4 III der Geschäftsordnung für die Stadtverordnetenversammlung vom 19.11.1993, vermag auch dies nicht zur Unwirksamkeit des Fraktionsbeschlusses zu führen. Es handelt sich bei der entsprechenden Regelung in der Geschäftsordnung um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Verletzung daher von vornherein nicht zur Unwirksamkeit des der Mitteilungspflicht zu Grunde liegenden Beschlusses führen kann (vgl. hierzu: OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 184). Ungeachtet dessen hat der Vorsitzende der Ag. inzwischen mit Schriftsatz vom 9.5.2003 den Fraktionsausschluss des Ast. gegenüber dem Stadtverordnetenvorsteher mitgeteilt.

b. Materielle Voraussetzungen

Der Fraktionsausschluss ist nach der mi Eilverfahren allein gebotenen summarischen Prüfung der Sachlage auch inhaltlich nicht zu beanstanden.

aa. Wichtiger Grund

Mangels entsprechender Regelungen in einer Geschäftsordnung der Ag. obliegt dem Gericht diesbezüglich die Prüfung, ob ein wichtiger Grund für den Fraktionsausschluss vorliegt (vgl. Schmidt-Jortzig/Hansen, NVwZ 1994, 116 [119] m.w.N.). Ein wichtiger Grund für den Ausschluss aus einer Fraktion ist dann gegeben, wenn das Verhalten eines Fraktionsmitgliedes eine vertrauensvolle und erfolgreiche Fraktionsarbeit so erheblich stört, dass eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint,

was bspw. dann der Fall ist, wenn ein Fraktionsmitglied durch eine Abweichung in zentralen Fragen, auf die sich der politische Konsens bezieht, das Vertrauensverhältnis nachhaltig stört und damit einer weiteren Zusammenarbeit den Boden entzieht (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1999, 1369; NVwZ-RR 1990, 391; VGH München, NVwZ 1989, 494).

bb. Beurteilungsspielraum der Fraktion

Allerdings kommt einer Fraktion in Anbetracht dessen, dass ein Fraktionsausschluss als ein Akt interner Selbstgestaltung und (kollektiver) politischer Verantwortung anzusehen ist (Schmidt-Jortzig/Hansen, NVwZ 1994, 116 [119]), bei ihrer Ausschlussentscheidung ein Beurteilungsspielraum zu. Demzufolge kann in Rechtsstreitigkeiten der vorliegenden Art — unbezogen des korrekten Verfahrens — lediglich überprüft werden, ob dem Fraktionsausschluss gesetzliche Bestimmungen, ungeschriebene Rechtsregeln oder

Geschäftsordnungsvorschriften entgegenstehen und die Maßnahme nicht grob unverhältnismäßig bzw. willkürlich erscheint (OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1996, 462; Schmidt-Jortzig/Hansen, NVwZ 1994, 116, 119 f.). Dies ist vorliegend nicht erkennbar [wird ausgeführt].

cc. Verhältnismäßigkeit

Letztlich ist auch nicht erkennbar, dass der Fraktionsausschluss gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt. Er ist insbesondere nicht unangemessen, weil eine Androhung nicht stattgefunden hätte. Vielmehr hat die Ag. in dem Schriftsatz vom 14.4.2003 — vom Ast. unwidersprochen — ausgeführt, dass in der Vergangenheit weniger strengere Mittel als ein Fraktionsausschluss, wie beispielsweise Ermahnungen und Missbilligungen, gegenüber dem Ast. des Öfteren angewandt worden seien und allesamt zu keinem Erfolg geführt hätten.

Standort: Beamtenrecht/Prozessrecht

Problem: Ämterstabilität

BVERWG, URTEIL VOM 21.08.2003
2 C 14.02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerwG bringt mit der vorliegenden Entscheidung Bewegung in die Rechtsprechung zum Rechtsschutz bei beamtenrechtlichen Konkurrentenklagen, also den Fällen, in denen sich mehrere Bewerber um einen Posten bemühen.

Nach st.Rspr. der hiermit befassten Bundesgerichte (vgl. Vertiefungshinweise) existiert im Beamtenrecht der "Grundsatz der Ämterstabilität", wonach eine einmal erfolgte Ernennung nach beamtenrechtlichen Vorschriften (vgl. § 59 BRRG) nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Kontinuität und Effektivität der Aufgabenerfüllung im öffentlichen Dienst sollen so geschützt werden. Die Konkurrenten des zu ernennenden Bewerbers müssen daher um jeden Preis die Ernennung verhindern, was sich nur über eine Sicherungsanordnung im vorläufigen (und, da auf Unterlassen eines VA gerichtet, in dieser Konstellation zugleich vorbeugenden) Rechtsschutz nach § 123 I 1 VwGO erreichen ließ. Nach erfolgter Ernennung erledigten sich nach dieser Meinung mögliche Verpflichtungsklagen auf eigene Ernennung durch Wegfall der Planstelle; es blieb den Konkurrenten nur noch die Möglichkeit, Schadensersatz wegen rechtswidriger Ernennung aus Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB zu verlangen. Prozessual konnten Verpflichtungsklagen, soweit bereits erhoben, zur Schaf-

fung eines Schadensersatzpräjudizes analog § 113 I 4 VwGO als Fortsetzungsfeststellungsklage weitergeführt werden.

Dies sollte nach der bisherigen Rspr. selbst dann gelten, wenn der Dienstherr jeden effektiven Rechtsschutz der Konkurrenten entgegen Art. 19 IV GG mutwillig vereitelt hatte, sei es von vornherein durch Ernennung eines Bewerbers ohne rechtzeitige Information der Konkurrenten oder nachträglich durch bewusstes Hinwegsetzen über eine bereits ergangene einstweilige Anordnung.

Hiervon ist das BVerwG mit der vorliegenden Entscheidung nunmehr abgewichen. Danach kann der unterlegene Konkurrent in den genannten Fällen seinen Anspruch auf Ernennung weiter verfolgen, die erfolgte Ernennung stehe dem nicht entgegen. Der sich derart rechtswidrig verhaltende Dienstherr müsse dann eben dafür sorgen, dass notfalls eine neue Planstelle geschaffen werde. Einzige Einschränkung: Die eigene Ernennung könne nur ex nunc erfolgen; für die Vergangenheit bleibe es ausschließlich bei Schadensersatz.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung berührt nicht nur das für Prüfungen in vielen Bundesländern nur am Rande interessante Beamtenrecht, sondern vor allem das Verwaltungsprozessrecht. Künftig bleiben Verpflichtungsklagen auf eigene Ernennung jedenfalls dann statthaft, wenn sich die Behörde bei der Ernennung des Konkurrenten über

Art. 19 IV GG hinweggesetzt hat. Die o.g. Fälle (fehlende Information der Mitbewerber über bevorstehende Ernennung und Nichtbeachtung eines Beschlusses nach § 123 I 1 VwGO) mögen als Paradebeispiele gelten, sind aber sicher nicht abschließend. Erledigung (und damit ggf. Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO) dürfte aber weiterhin in allen sonstigen Fällen anzunehmen sein, denn das BVerwG hat den "Grundsatz der Ämterstabilität" nicht aufgegeben, sondern nur in einem Teilbereich bei der Verletzung effektiven Rechtsschutzes - gelockert.

Konsequenzen ergeben sich natürlich auch für den vorläufigen Rechtsschutz. Eben weil eine (zusätzliche) Ernennung eines Konkurrenten in aller Regel - von den genannten Ausnahmefällen abgesehen - nach wie vor ausscheidet, bleibt nach wie vor der Antrag nach § 123 I 1 VwGO zur Verhinderung der Ernennung das Mittel der Wahl. Die wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität drohende Rechtsverletzung nach Ernennung des Mitbewerbers genügt für den Anordnungsgrund nach §§ 123 III VwGO i.V.m. 920 II ZPO auch unter den für vorbeugenden Rechtsschutz anzulegenden, besonders strengen Maßstäben.

Vertiefungshinweise:

□ Grundsatz der Ämterstabilität: *BVerfG*, NJW 1990, 501; *BVerwGE* 80, 127, 129; *BGHZ* 129, 226, 229; *BAGE* 87, 171, 178

□ Zur Vereinbarkeit der Ämterstabilität mit Art. 19 IV GG: *BVerfG*, DVBl 2002, 1633 gegen *BVerwGE* 115, 89

□ Strenge Anforderungen an vorbeugenden Rechtsschutz mittels § 123 I VwGO: *Kopp/ Schenke*, VwGO, Vor § 40 Rz. 33; *VGH München*, NVwZ-RR 1993, 54

Leitsätze:

Wird entgegen einer einstweiligen Anordnung ein Mitbewerber befördert, so kann der im vorläufigen Rechtsschutz obsiegende Beamte seinen Bewerbungsverfahrenanspruch im Hauptsacheverfahren weiterverfolgen. Dies setzt nicht die Möglichkeit voraus, die bereits erfolgte Ernennung aufzuheben.

Sachverhalt:

Der Kläger ist Verwaltungsamtmann der Beklagten. Diese schrieb 1990 die nach der Besoldungsgruppe A 12 bewertete Stelle des Leiters des Sachgebiets Sozialhilfe beim Ortsamt H. aus. Die Stelle übertrug sie dem Verwaltungsamtmann Y., der zum Ortsamt H.

versetzt wurde, und lehnte die Bewerbung des Klägers im Januar 1991 ab.

1992 traf der Senator für Inneres eine erneute Auswahlentscheidung zu Gunsten des Mitbewerbers Y. Daraufhin erklärte der Kläger in Übereinstimmung mit der Beklagten den Rechtsstreit wegen der ersten Auswahlentscheidung für erledigt, erhob aber Klage gegen die neue Auswahlentscheidung. Durch einstweilige Anordnung vom 31. März 1992 gab das Verwaltungsgericht der Beklagten auf, die dem Dienstposten des Leiters des Sachgebiets Sozialhilfe beim Ortsamt H. zugeordnete Planstelle freizuhalten. Dennoch beförderte die Beklagte den Mitbewerber Y. mit Wirkung vom 24. Juni 1992 zum Amtsrat. Nachdem die Beklagte ihre Auswahlentscheidung von Januar 1992 wiederum aufgehoben hatte, wurde das Klageverfahren wegen Hauptsacheerledigung eingestellt.

Im November 1995 beantragte der Kläger bei der Beklagten, ihm rückwirkend seit dem 25. August 1991 den Unterschiedsbetrag zwischen seiner bisherigen Besoldung und der auf der ausgeschriebenen Stelle zu erzielenden Besoldung nebst 4 % Zinsen seit den monatlichen Fälligkeitszeitpunkten zu zahlen.

Nach Ablehnung des Antrags und erfolglosem Widerspruch hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen, mit der der Kläger neben dem Ausgleich des Vermögensnachteils seit dem 24. Juni 1992 auch die Verpflichtung der Beklagten begehrt hat, über sein Bewerbungsgesuch erneut zu entscheiden. Das Obergericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, soweit der Kläger die erneute Bescheidung seiner Bewerbung begehre, sei die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das Auswahl- und Besetzungsverfahren habe sich durch die Beförderung des Mitbewerbers und dessen Einweisung in die ausgeschriebene Stelle erledigt. Die vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. September 2001 (BVerwG 2 C 39.00) gerügte Rechtsschutzlücke bestehe nicht. Das Bundesverfassungsgericht habe im Ausschluss der so genannten Konkurrentenklage im Beamtenrecht keinen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG gesehen.

Die Klage auf Schadensersatz sei unbegründet. Die Beklagte habe zwar bei der zu Gunsten des Mitbewerbers getroffenen, zur Stellenbesetzung führenden Auswahlentscheidung ihre Pflichten gegenüber dem Kläger in zweifacher Weise verletzt. Denn sie habe zum einen eine Auswahlentscheidung ohne verwertbare aktuelle dienstliche Beurteilung des Klägers getroffen und zum anderen die Beförderungsstelle unter Missachtung der im Verfahren des Verwaltungsgerichts 6 V 79/92 erlassenen Sicherungsanordnung besetzt und

damit die Verfahrensrechte des Klägers vereitelt. Diese Pflichtverletzungen seien jedoch nicht adäquat-kausal für den Schaden, da die Beklagte auch bei Vermeidung dieser Fehler den Mitbewerber Y. hätte vorziehen dürfen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz. Für eine abschließende Sachentscheidung bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts insgesamt zulässig. Dem Kläger fehlt für sein Begehren, die Beklagte zur Neubescheidung seiner Bewerbung zu verpflichten, nicht das Rechtsschutzinteresse. Das Auswahl- und Besetzungsverfahren hat sich durch die Beförderung des Mitbewerbers und dessen Einweisung in die ausgeschriebene Planstelle nicht erledigt, weil die Beklagte sich damit über eine vom Kläger erwirkte einstweilige Anordnung hinweggesetzt hat.

I. Zugangsanspruch aus Art. 33 II GG

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (vgl. BVerfGE 1, 167). Ein Beförderungsbewerber hat dementsprechend einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei entscheidet (vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 9. Juli 2002 2 BvQ 25/02 NVwZ 2002, 1367 und vom 24. September 2002 2 BvR 857/02 NVwZ 2003, 200; BVerwG, Urteile vom 25. August 1988 BVerwG 2 C 51.86 BVerwGE 80, 123 ff. und vom 25. April 1996 BVerwG 2 C 21.95 BVerwGE 101, 112).

II. Ämterstabilität nach Ernennung

Dieser Bewerbungsverfahrenanspruch lässt sich allein mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern. Der abgelehnte Bewerber muss vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen mit dem Ziel, die Stelle bis zu einer abschließenden Entscheidung über seinen Bewerbungsverfahrensanspruch freizuhalten, um zu verhindern, dass durch die Ernennung des ausgewählten Konkurrenten vollendete Tatsachen geschaffen werden. Wird die umstrittene Stelle anderweitig besetzt, bleibt ihm sowohl

die erfolgreiche Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache versagt. Der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit erledigt sich mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle, weil Beförderung und Besetzung der Stelle nicht mehr rückgängig gemacht werden dürfen. Das hat der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden (vgl. Urteile 25. August 1988 BVerwG 2 C 62.85 BVerwGE 80, 127 und vom 9. März 1989 BVerwG 2 C 4.87 Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 36 S. 7 m.w.N.; Beschluss vom 30. Juni 1993 BVerwG 2 B 64.93 Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 49 S. 10). Dem haben sich der Bundesgerichtshof (Urteil vom 6. April 1995 III ZR 183/94 BGHZ 129, 226) und das Bundesarbeitsgericht (Urteile vom 2. Dezember 1997 9 AZR 445/96 BAGE 87, 165 und 9 AZR 668/96 BAGE 87, 171 sowie vom 11. August 1998 9 AZR 155/97 BAGE 89, 300 und vom 28. Mai 2002 9 AZR 751/00 ZTR 2003, 146) angeschlossen.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht beanstandet (Kammerbeschluss vom 19. September 1989 2 BvR 1576/88 NJW 1990, 501 f.). Die im Urteil des Senats vom 13. September 2001 BVerwG 2 C 39.00 (BVerwGE 115, 89) geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken hat es durch seinen erneuten Kammerbeschluss vom 24. September 2002 2 BvR 857/02 DVBl 2002, 1633 f.) entkräftet.

III. Schranke: Effektiver Rechtsschutz

Die Auslegung einfachen Rechts, die endgültige Besetzung der umstrittenen Planstelle mit dem erfolgreichen Mitbewerber schneide dem Unterlegenen die Verfolgung seines verfassungsrechtlich gewährleisteten Bewerbungsverfahrensanspruchs ab, ist danach nur dann mit Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar, wenn ein bei der Beförderungsauswahl unterlegener Bewerber seinen Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG durch vorläufigen Rechtsschutz zur Abwendung vollendeter Tatsachen wirksam sichern kann. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 101, 106 m.w.N.; stRspr). Einstweiliger Rechtsschutz ist deswegen unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs zu gewähren. Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden ist, kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zu-

mindest dann beanspruchen, wenn seine Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint. Im Verfahren über seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist derselbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren anzulegen. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen ebenfalls nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren genügt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 24. September 2002, a.a.O.).

1. Verweis auf Schadensersatz genügt nicht

Im Streit um den Zugang zu einem öffentlichen Amt muss der unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnte Bewerber vor Gericht seinen Bewerbungsverfahrenanspruch durchsetzen können. Die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des sein Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzenden Verwaltungsakts oder die Verweisung auf Schadensersatz in Geld genügen seinem Rechtsschutzanspruch nicht, wenn nicht tatsächliche Umstände oder zwingende Gründe des allgemeinen Wohls der Beseitigung des angegriffenen Verwaltungsakts entgegenstehen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989, a.a.O.). Wird die Verletzung eines subjektiven Rechts, hier des grundrechtsgleichen Rechts auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (Art. 33 Abs. 2 GG), gerügt, fordert das Gebot effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit einer vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Nachprüfung durch ein Gericht und dessen ausreichende Entscheidungsmacht, um drohende Rechtsverletzungen abzuwenden und geschehene Rechtsverletzungen wirksam zu beheben (vgl. BVerfGE 61, 82 ; 101, 106 ; stRspr). Praktische Schwierigkeiten rechtfertigen es nicht, den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken (vgl. BVerfGE 84, 34).

2. Rechtsfolgen für die Behörde

Sowohl die Behörden als auch die Verwaltungsgerichte müssen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit sorgfältig Rechnung tragen. Das Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet werden, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989, a.a.O.). Der Dienstherr muss seine Auswahlentscheidung dem Unterlegenen rechtzeitig vor der Ernennung des Mitbewerbers mitteilen, um ihm die erfolgreiche Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes zu ermöglichen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989, a.a.O.). Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG sowie Art. 20

Abs. 3 GG verbieten dem Dienstherrn, entgegen einer einstweiligen Anordnung statusverändernde Maßnahmen zu treffen. Die Gerichte müssen das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes genügt (vgl. BVerfGE 79, 69 ; 97, 298).

3. Durchbrechung der Ämterstabilität

Mit diesen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrenanspruch gehe auch dann mangels Erfüllbarkeit durch den Dienstherrn unter, wenn dieser unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Anordnung einen Konkurrenten befördere. Ebenso wie es Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, wenn der unterlegene Bewerber vom Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens erst nach der Ernennung des Mitbewerbers erfährt, ist dies auch dann der Fall, wenn der Dienstherr sich mit der Ernennung des Konkurrenten unter zusätzlicher Verletzung des Art. 20 Abs. 3 GG über eine einstweilige Anordnung hinwegsetzt. Der Dienstherr kann den verfassungsrechtlich gewährleisteten effektiven Rechtsschutz weder von vornherein noch nachträglich vereiteln. Der Betroffene hat vielmehr einen Anspruch auf Wiederherstellung, wenn die Verwaltung durch ihr Verhalten rechtzeitigen vorläufigen Rechtsschutz verhindert oder sich über dessen erfolgreiche Inanspruchnahme hinweg gesetzt hat (vgl. auch BAG, Urteil vom 28. Mai 2002, a.a.O. S. 148).

Das ergibt die gebotene verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des Verfahrens- und des materiellen Rechts. Nach den in § 162 Abs. 2 BGB sowie in den §§ 135, 136 BGB zum Ausdruck kommenden, auch im öffentlichen Recht geltenden allgemeinen Rechtsgedanken (vgl. Urteile vom 25. Oktober 1996 BVerwG 8 C 24.96 BVerwGE 102, 194 und vom 18. April 1997 BVerwG 8 C 38.95 Buchholz 454.71 § 27 WoGG Nr. 2 S. 10 m.w.N.) kann der Dienstherr einem zu Unrecht übergangenen Bewerber nicht durchgreifend entgegenhalten, dessen Bewerbungsverfahrenanspruch könne er mangels Besetzbarkeit der unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung vergebenen Planstelle nicht mehr erfüllen. Der Betroffene kann vielmehr verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Anordnung beachtet worden. Sein durch diese gesicherter Bewerbungsverfahrenanspruch ist im Hauptsacheverfahren unverändert gerichtlich umfassend zu prüfen. Erweist er sich als begründet, ist der Klage stattzugeben. Die Beförderung eines erweislich zu Unrecht nicht ausgewählten Bewerbers ist von Rechts wegen nicht ausgeschlossen, wenn der Dienst-

herr eine einstweilige Sicherungsanordnung missachtet hat. Das trifft auch für das Haushaltsrecht zu. Ebenso wenig wie der Dienstherr einem Schadensersatzanspruch wegen rechtswidrig und schuldhaft unterbliebener Beförderung einen Mangel an Haushaltsmitteln entgegenhalten kann, vermag er sich auf das Fehlen einer besetzbaren Planstelle zu berufen, wenn er diese unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung mit einem Konkurrenten besetzt hat. So wie ggf. Schadensersatz aus Haushaltsmitteln geleistet werden muss, ist Besoldung zu zahlen und erforderlichenfalls eine benötigte weitere Planstelle zu schaffen (vgl. auch Urteil vom 13. September 2001 BVerwG 2 C 39.00 a.a.O. S. 94). Eine erneut zu treffende Auswahlentscheidung kann allerdings nur zu einer Ernennung mit Wirkung für die Zukunft führen. Für die Vergangenheit kommt ausschließlich Schadensersatz in Betracht.

IV. Subsumtion

Nach den für das Revisionsgericht gemäß § 137 Abs. 2 VwGO verbindlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat die Beklagte die ausgeschriebene Stelle, auf die sich der Kläger beworben hat, mit dem Mitbewerber Y. besetzt und dabei die einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichts vom 31. März 1992, nach der sie verpflichtet war, die dem Dienstposten des Leiters des Sachgebiets Sozialhilfe beim Ortsamt H. zugeordnete Planstelle freizuhalten, bewusst übergangen. Damit hat die Beklagte den vom Kläger nur im Eilverfahren erreichbaren und erreichten Rechtsschutz zunichte gemacht. [...]

B. Begründetheit der Klage

Sowohl über den Bewerbungsverfahren- als auch über den Schadensersatzanspruch kann auf der Grundlage der bisher vom Oberverwaltungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend entschieden werden.

I. Bestenauslese als Auswahlkriterium

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats entspricht es dem bei der Beförderung zu beachtenden Grundsatz der Bestenauslese, zur Ermittlung des Leistungsstandes konkurrierender Bewerber in erster Linie auf unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zurückzugreifen; regelmäßig sind dies die bezogen auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung aktuellsten Beurteilungen (vgl. Urteile vom 19. Dezember 2002 BVerwG 2 C 31.01 IÖD 2003, 147 und vom 27. Februar 2003 BVerwG 2 C 16.02 IÖD 2003, 170). Im Rahmen ordnungsgemäßer Personalbewirtschaftung hat der Dienstherr dafür zu sorgen, dass die Beamten

grundsätzlich regelmäßig dienstlich beurteilt werden. Die dienstliche Beurteilung mit ihrer auf das innegehabte Amt bezogenen Bewertung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung dient vor allem dem Vergleich zwischen den für die Besetzung eines Beförderungsdienstpostens oder für die Verleihung eines Beförderungsamtes in Betracht kommenden Beamten (vgl. Urteil vom 2. März 2000 BVerwG 2 C 7.99 Buchholz 237.8 § 18 RhPLBG Nr. 1 S. 2). [...]

Das angefochtene Urteil wird diesen Vorgaben nicht gerecht. Es hat bei der Überprüfung der Auswahlentscheidung zum Teil auf dienstliche Beurteilungen abgestellt, die wegen Rechtsfehler aufgehoben worden sind. Auf Aussagen solcher insgesamt unwirksamen Beurteilungen kann eine Auswahlentscheidung nicht gestützt werden. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob von dem Gericht die "Gesamtnote" oder nur die Benotung einzelner Merkmale herangezogen wird. Zudem haben dienstliche Beurteilungen, die sich auf einen Zeitraum nach dem 24. Juni 1992 erstrecken, keinen Aussagewert dahin gehend, ob der Mitbewerber Y. zum Zeitpunkt der vollzogenen Beförderung nach dem Grundsatz der Bestenauslese den Vorzug erhalten musste. Schließlich hätte das Oberverwaltungsgericht die Leistungsentwicklung der Bewerber nachzeichnen müssen, bevor es auf so genannte Hilfskriterien abstellen durfte. Erst wenn sich nach den vorrangigen Kriterien kein Vorsprung eines anderen Bewerbers gegenüber dem Kläger ergibt, darf die Beklagte leistungs- und eignungsbezogene Hilfskriterien bestimmen, nach denen die Auswahl erfolgt (vgl. Urteil vom 25. August 1988 BVerwG 2 C 51.86 BVerwGE 80, 123).

II. Beurteilungsspielraum der Behörde

Soweit wirksame dienstliche Beurteilungen im maßgeblichen Zeitpunkt der Auswahlentscheidung fehlen, hindert dies nicht, das Stellenbesetzungsverfahren durchzuführen (vgl. Urteil vom 10. April 1997 BVerwG 2 C 38.95 Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 16). Von der Behörde sind jedoch die eignungs-, leistungs- und befähigungsrelevanten Merkmale des Bewerbers zu ermitteln, die einen Vergleich nach den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG ermöglichen. Auch dabei ist die originäre, durch die Verwaltungsgerichte nicht ersetzbare Beurteilungskompetenz des Dienstherrn zu beachten.

III. Beweislastumkehr bei fehlender Beurteilungsgrundlage

Hat dieser es indessen versäumt, die Auswahlentscheidung auf fehlerfreie Grundlagen zu stützen, und ist es nicht mehr möglich, eine gesicherte Vergleichs-

basis zu rekonstruieren, so trägt der Dienstherr die materielle Beweislast dafür, dass der nicht ernannte Bewerber auch nach einem fehlerfreien Auswahlverfahren ohne Erfolg geblieben wäre. Dies gilt sowohl für die nachzuholende Auswahl als auch für den Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung. Die Beförderung des Mitbewerbers Y. ohne eine fehlerfreie Beurteilung der Leistung, Eignung und Befähigung sämtlicher Bewerber indiziert zwar nicht, dass die getroffene Maßnahme auch im Ergebnis fehlerhaft war. Das Versäumnis der Beklagten führt jedoch zu einer Umkehrung der materiellen Beweislast. Ist unter Berücksichtigung der Beurteilungsprärogative des Dienstherrn nicht mit der erforderlichen richterlichen Überzeugung festzustellen, dass der Kläger aller Voraussicht nach auch dann nicht ausgewählt worden wäre, wenn die Beklagte die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG beachtet hätte, muss dem Begehren stattgegeben werden.

1. Grundsätzlich Beweislast beim Bewerber

Welche Partei im Verwaltungsprozess die materielle Beweislast trägt, bestimmt sich mittels Auslegung derjenigen Norm, deren Tatbestand durch den nicht feststellbaren Umstand verwirklicht würde. Lässt sich dieser Norm keine besondere Anordnung über die Verteilung der Beweislast entnehmen, gilt die beweislasterrechtliche Grundregel. Nach ihr ist die zweifelhaft gebliebene Tatsache als nicht existent zu behandeln, so dass der Nachteil der Beweislosigkeit diejenige Prozesspartei trifft, für die sich aus dieser Tatsache günstige Rechtsfolgen ergeben würden (stRspr; vgl. Urteil

vom 20. Januar 2000 BVerwG 2 C 13.99 Buchholz 237.7 § 15 NWLBG Nr. 4 S. 3 m.w.N.). Danach trifft die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit einer Auswahlentscheidung wie auch für die Ursächlichkeit von Pflichtverletzung und Schaden grundsätzlich den Beförderungsbewerber. Diese tatbestandlichen Voraussetzungen sind anspruchsbegründend.

2. Ausnahme bei fehlender Beurteilungsgrundlage

Fehlen jedoch bereits die Grundlagen für eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung, so trägt die Behörde die materielle Beweislast dafür, dass der unterlegene Bewerber auch bei fehlerfreier Auswahl nicht zum Zuge gekommen wäre (vgl. Urteil vom 23. November 1995 BVerwG 2 A 1.94 Schütz/Maiwald, BeamtR ES/B III 8 Nr. 10). Denn die Beschaffung und die Erhaltung der für die Auswahlentscheidung erforderlichen Grundlagen liegt ausschließlich in dem Verantwortungs- und Verfügungsbereich der zuständigen Behörde (vgl. zu diesem Kriterium für die Beweislastverteilung Urteile vom 16. Januar 1974 BVerwG 8 C 117.72 BVerwGE 44, 265, vom 30. März 1978 BVerwG 5 C 20.76 BVerwGE 55, 288, vom 29. Juni 1999 BVerwG 9 C 36.98 BVerwGE 109, 174 und vom 20. Januar 2000 BVerwG 2 C 13.99 a.a.O.). Dabei geht es nicht nur darum, mit welcher Eignung seinerzeit Bewerber für das Beförderungsamts zur Verfügung gestanden haben; vielmehr geht es auch um die Kriterien, nach denen die Beklagte die Auswahl getroffen hat. Grundsätzlich hat die Behörde die Folgen von Fehlern zu tragen, die ausschließlich ihrem Verantwortungsbereich zuzuordnen sind.

Standort: Verwaltungsrecht

Problem: Gebühren für 2. Staatsexamen

BVERWG, URTEIL VOM 25.09.2003
2 C 19.02 (NVWZ 2004, 347)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob von Rechtsreferendaren Gebühren für die Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens verlangt werden können. Das Gericht verneint dies in Bezug auf solche Referendare, die ihren Vorbereitungsdienst im Beamtenstatus (als Beamte auf Widerruf) absolvieren. Das Bundesrecht enthalte umfassende Alimentationsansprüche der Beamten auf Widerruf, mit denen der Bundesgesetzgeber seinen Willen zum Ausdruck gebracht habe, Referendare mit Beamtenstatus umfassend zu versorgen. Der Landesgesetzgeber könne diese Zweckbestimmung der gesamten Bezüge zur Bestreitung des Lebensunterhalts nicht unterlaufen, indem

er Gebühren für zwingend mit dem Referendardienst verbundene Leistungen erhebe. Allerdings seien die landesrechtlichen Normen über die Gebührenerhebung trotzdem nicht nach Art. 31 GG nichtig. Sie könnten nämlich so ausgelegt werden, dass Gebühren weiterhin von solchen Referendaren erhoben werden können, die nicht verbeamtet sind. Dies sei auch im Hinblick auf Art. 3 I GG zulässig, da die besondere Nähebeziehung der Beamten zum Staat einen sachlichen Grund darstelle, der die Ungleichbehandlung rechtfertige.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist zunächst für alle verbeamteten Referendare fiskalisch relevant. Darüber hinaus enthält sie aber auch interessante juristische Ausführungen. So sollte zur Kenntnis genommen werden, dass Art. 33 V GG keinen hergebrachten Grundsatz kennt,

Referendare im juristischen Vorbereitungsdienst zu alimentieren. Verfassungsrechtlich haben Beamte auf Widerruf also nach Ansicht des BVerwG keinen Alimentationsanspruch.

Ferner ist eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 GG erst dann zulässig, wenn eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist. Das BVerwG spricht hier von "bundesrechtskonformer" Auslegung, da es Landesrecht an Bundesrecht misst. Einer solchen Unterscheidung bedarf es in der Sache wegen Art. 31 GG aber nicht. Ist eine Gerichtsentscheidung zu entwerfen oder gutachterlich vorzubereiten, kann und muss daher auch jede der konkreten Normenkontrolle unterfallende Norm (nach st.Rspr. des BVerfG gehören hierzu nur nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze) zunächst vom Gericht selbst auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin überprüft werden. Bestehen danach Zweifel, ist eine verfassungskonforme Auslegung zu versuchen, d.h. zu prüfen, ob mindestens ein Auslegungsergebnis verfassungskonform wäre. Ist dies der Fall, kann und muss die Norm in diesem Sinne angewendet werden; anderenfalls ist nach Art. 100 GG vorzulegen.

Vertiefungshinweise:

Entscheidung der Vorinstanz: *OVG Berlin*, WissR 2002, 291 = DÖD 2002, 315

Rückmeldegebühren im Studium: *BVerfG*, RA 2003, 209 = NVwZ 2003, 715

Leitsatz:

Die Länder sind nicht befugt, von Rechtsreferendaren im Beamtenverhältnis auf Widerruf eine Gebühr für die Teilnahme an der zweiten juristischen Staatsprüfung zu verlangen.

Sachverhalt:

Der Kläger war seit 1995 Referendar im Beamtenverhältnis auf Widerruf in Berlin und wurde mit Bescheid des Präsidenten des Justizprüfungsamtes vom 14. April 1997 zur zweiten juristischen Staatsprüfung zugelassen und mit weiterem Bescheid vom 28. Mai 1997 zur Zahlung einer Gebühr von 300 DM für das Prüfungsverfahren herangezogen. Die gegen die Erhebung der Gebühr gerichtete Klage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht hat den Bescheid aufgehoben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Erhebung von Prüfungsgebühren widerspreche dem bundesrechtlichen Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Ausbildung, der auch für Beamte auf Widerruf im juristischen Vorbereitungsdienst gelte. Die gesetzliche Ermächtigung

grundlage der die Erhebung von Prüfungsgebühren regelnden Landesverordnung sei deshalb bundesrechtskonform dahin auszulegen, dass von Beamten auf Widerruf im juristischen Vorbereitungsdienst keine Gebühren erhoben werden dürften. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten, die ohne Erfolg blieb.

Gründe:

A. Landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für Gebührenerhebung

Die angefochtenen Bescheide sind auf § 1 und § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren in der zweiten juristischen Staatsprüfung (Prüf-GebO) vom 19. April 1997 (GVBl S. 285) gestützt. Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage dieser Verordnung ist § 23 Abs. 2 des Gesetzes über die Juristenausbildung (JAG) i.d.F. des Art. II § 4 Abs. 1 Ziff. 6 Buchst. c des Gesetzes zur Beseitigung des strukturellen Ungleichgewichts des Haushalts (Haushaltsstrukturgesetz 1996 HStrG 96) vom 15. April 1996 (GVBl S. 126). Die Auffassung des angefochtenen Urteils, diese Vorschrift müsse bundesrechtskonform in dem Sinne ausgelegt werden, dass sie sich nicht auf Beamte auf Widerruf im juristischen Vorbereitungsdienst erstreckt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

B. Vorrang bundesrechtlicher Regelung über Gebührenfreiheit

Verwaltungsgebühren sind Gegenleistungen für Verwaltungshandeln mit der Zweckbestimmung, dessen Kosten ganz oder teilweise zu decken (vgl. BVerfGE 50, 217 ; 85, 337 ; 97, 332). Ihre Erhebung auf landesrechtlicher Grundlage ist unzulässig, falls das Bundesrecht die unentgeltliche Leistung der Verwaltung vorschreibt. Denn eine kompetenzgemäße bundesrechtliche Regelung äußert gegenüber den Ländern Sperrwirkung (Art. 31 GG). Diese sind an einer abweichenden gesetzlichen Regelung gehindert.

C. Regelung im Bundesrecht vorhanden

Ob eine die Sperrwirkung auslösende inhaltliche Regelung durch Bundesgesetz anzunehmen ist, hängt davon ab, ob bundesrechtliche Vorschriften die Materie abschließend und erschöpfend regeln. Dabei ist der betroffene Normenbereich insgesamt zu würdigen, wenn wie vorliegend eine ausdrückliche Vorschrift des Bundesrechts fehlt (vgl. BVerfGE 67, 299; 49, 343; BVerwGE 109, 272). Bundesrecht verdrängt landesrechtliche Gebührenregelungen, soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat. Gebrauch machen in diesem Sinne bedeutet den Erlass

gesetzlicher Vorschriften, die selbst materiell ggf. auch negativ die entsprechende Sachmaterie gestalten (vgl. BVerfGE 34, 9). Die Gesamtwürdigung ergibt, dass der Beklagte an der Einführung einer Gebührenpflicht für die Teilnahme an der zweiten juristischen Staatsprüfung gehindert war, soweit sie Beamte auf Widerruf im juristischen Vorbereitungsdienst betrifft.

I. Referendardienst ist Vorbereitungsdienst

Nach § 5 Abs. 1 DRiG erwirbt die Befähigung zum Richteramt, wer ein rechtswissenschaftliches Studium mit der ersten juristischen Staatsprüfung und "einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt". Diese Bestimmung gilt in Bund und Ländern unmittelbar (vgl. BVerwGE 101, 116). Der Vorbereitungsdienst kann im Beamtenverhältnis auf Widerruf abgeleistet werden (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a BRRG). Zwar müssen die Länder den Vorbereitungsdienst nicht so organisieren, dass der Rechtsreferendar im Beamtenverhältnis steht (vgl. BVerfGE 39, 334). Soweit der Vorbereitungsdienst auch Voraussetzung für die Ausübung eines Berufs außerhalb des öffentlichen Dienstes ist, kann er vielmehr auch in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses abgeleistet werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BRRG). Entscheidet sich ein Land jedoch für einen Vorbereitungsdienst innerhalb eines Beamtenverhältnisses, dann gelten für Referendare als Beamte auf Widerruf auch die den Landesgesetzgeber bindenden bundesrechtlichen Regelungen des Beamtenrechts, soweit nicht das Deutsche Richtergesetz ausdrücklich oder sinngemäß abweichende Bestimmungen enthält (vgl. auch BVerfGE 39, 334).

Der Vorbereitungsdienst dient ausschließlich der Ausbildung der Rechtsreferendare mit dem Ziel, die Befähigung für das Richteramt zu erwerben (§ 5 Abs. 1 DRiG). Diese Qualifikation ist nicht nur Eingangsvoraussetzung des Richteramts (§ 9 Nr. 3 DRiG), sondern wird auch für andere gesetzlich geregelte Berufe gefordert. Der Vorbereitungsdienst hat den Zweck, den Referendar für die Berufe auszubilden, zu denen ihm die abschließende Prüfung den Zugang eröffnet. Dieser Zweck wird erst mit der Möglichkeit, die Prüfung abzulegen, erreicht (vgl. BVerwGE 81, 298). Wird der Vorbereitungsdienst im Beamtenverhältnis auf Widerruf absolviert, so wird das Beamtenverhältnis allein zum Zweck der Ausbildung und nur für die Dauer des juristischen Vorbereitungsdienstes begründet (vgl. BVerfGE 33, 44; BVerwGE 90, 147). Es endet mit dem Bestehen oder endgültigem Nichtbestehen der in § 5 Abs. 1 DRiG vorgeschriebenen zweiten Staatsprüfung. Der Dienstherr ist verpflichtet, dem Referen-

dar während des Vorbereitungsdienstes die entsprechende Ausbildung zu vermitteln. Der Referendar hat seinerseits die Pflicht, sich dieser Ausbildung ernsthaft zu widmen und die Prüfung abzulegen. Auf die Teilnahme an der Prüfung hat er grundsätzlich auch einen Anspruch. Dem Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst soll nach § 23 Abs. 4 Satz 2 BRRG Gelegenheit gegeben werden, den Vorbereitungsdienst abzuleisten und die Prüfung abzulegen. Insoweit gilt für Referendare nichts anderes als für Beamtenanwärter (vgl. dazu BVerwG, Buchholz 240 § 63 BBesG Nr. 2 S. 4).

II. Keine Alimentationspflicht

Nach der bundesrechtlichen Lastenverteilung zwischen Dienstherrn und Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst trägt der Dienstherr die Kosten der Ausbildung. Er steuert darüber hinaus zur Bestreitung des Lebensunterhalts der Referendare bei. Für Referendare als Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst gilt zwar das durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleistete Alimentationsprinzip nicht. Es gibt keinen hergebrachten Grundsatz, Referendare im juristischen Vorbereitungsdienst zu alimentieren (vgl. BVerfGE 33, 44; BVerwG, Buchholz 240 § 59 BBesG Nr. 8 S. 17).

III. Gleichwohl Alimentation geregelt

Der Gesetzgeber kann jedoch Referendaren im Beamtenverhältnis auf Widerruf einen Unterhaltszuschuss gewähren und bei dessen Bemessung auf Regeln zurückgreifen, die der beamtenrechtlichen Alimentation seit jeher eigen sind (vgl. BVerfGE 33, 44). Das hat der Bundesbesoldungsgesetzgeber getan. Nach § 59 Abs. 1 BBesG erhalten Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst Anwärterbezüge. Zu diesen gehören der Anwärtergrundbetrag und die Anwärtersonderzuschläge (§ 59 Abs. 2 Satz 1 BBesG). Daneben werden der Familienzuschlag, die jährliche Sonderzuwendung, die vermögenswirksamen Leistungen und das jährliche Urlaubsgeld gewährt (§ 59 Abs. 2 Satz 2 BBesG). Die Anwärterbezüge sind zwar wie die früheren Unterhaltszuschüsse nicht auf eine Vollalimentation angelegt. Sie stellen aber eine Hilfe zum Bestreiten des Lebensunterhalts während der Ausbildungszeit dar (st. Rspr.; BVerwG, Buchholz 240 § 59 BBesG Nr. 3 S. 2 m.w.N.; Buchholz 240 § 59 BBesG Nr. 9 S. 18 m.w.N.; BVerfG, ZBR, 1993, 60). Obwohl schon mit der Beendigung des Beamtenverhältnisses auf Widerruf durch Bestehen oder endgültiges Nichtbestehen der Prüfung die Grundlage für eine Weiterzahlung der Anwärterbezüge entfällt (§ 3 Abs. 3 und 4 BBesG), begünstigt § 60 Satz 1 BBesG den Beamten auf Widerruf, soweit die Anwärterbezüge und der Familien-

zuschlag nach Ablegung der Prüfung noch bis zum Ende des laufenden Monats weitergewährt werden (vgl. BVerwG, Buchholz 235 § 60 BBesG Nr. 1 S. 1 f.). Der Bundesbesoldungsgesetzgeber hat damit Umfang und Dauer der den Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst zustehenden finanziellen Leistungen des Dienstherrn abschließend geregelt. Unter welchen Voraussetzungen Anwärterbezüge gekürzt werden können, hat der Bundesbesoldungsgesetzgeber ebenfalls geregelt. Nach § 66 Abs. 1 BBesG kann der Anwärtergrundbetrag bis auf 30 von Hundert des Grundgehalts herabgesetzt werden, das einem Beamten der entsprechenden Laufbahn in der ersten Stufe zusteht, wenn der Anwärter die vorgeschriebene Laufbahnprüfung nicht bestanden hat oder sich die Ausbildung aus einem vom Anwärter zu vertretenden Grund verzögert. Von der Kürzung ist nach § 66 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BBesG abzusehen bei Verlängerung des Vorbereitungsdienstes wegen genehmigten Fernbleibens oder Rücktritts von der Prüfung sowie in besonderen Härtefällen.

IV. Abschließende Regelung

Der Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst hat danach einen Anspruch auf unentgeltliche Ausbildung (vgl. BVerwGE 52, 183) und auf ungeschmälerete Bezahlung der ihm bundesbesoldungsrechtlich zustehenden Bezüge. Der Dienstherr kann die Kosten der Juristenausbildung auch nicht teilweise auf den Beamten auf Widerruf abwälzen. Er kann auch die vom Gesetz gewollte Zweckbestimmung der gesamten Bezüge zur Bestreitung des Lebensunterhalts nicht unterlaufen. Die während des Vorbereitungsdienstes im Beamtenverhältnis auf Widerruf entstandenen Ausbildungskosten kann der Dienstherr weder im Fall des endgültigen Nichtbestehens der Prüfung noch bei einem vorzeitigen Ausscheiden des Referendars zurückfordern (BVerwGE 91, 200). Ausnahmen von der Kostentragungspflicht des Dienstherrn hat der Bundesgesetzgeber abschließend geregelt. Keine dieser Ausnahmen liegt hier vor. Einer erweiternden Auslegung sind sie nicht zugänglich.

D. Auslegung des Landesrechts

Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht im konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG ist nur zulässig, wenn eine verfassungskonforme oder wie hier bundesrechtskonforme Auslegung der in Frage stehenden Vorschrift nicht möglich ist (zur verfassungskonformen Auslegung vgl. BVerfGE 48, 40 ; 68, 337 ; 86, 71). Ist eine mit dem Bundesrecht zu vereinbarende Auslegung der Norm möglich, so ist für eine Vorlage kein Raum (vgl.

BVerfGE 76, 100). Eine bundesrechtskonforme Auslegung findet allerdings dort ihre Grenzen, wo sie dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes widerspricht. Im Wege der Auslegung darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz kein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden (vgl. BVerfGE 18, 97 ; 54, 277 ; 71, 81). Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck jedoch mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem bundesrechtskonformen Ergebnis führt, so ist diese geboten (vgl. BVerfGE 88, 145; BVerfG, NVwZ-RR 2002, 117)

I. Unanwendbarkeit auf Beamte

Die Auslegung des § 23 Abs. 2 Satz 1 JAG durch das Berufungsgericht entspricht diesen Grundsätzen. Das gilt für die Interpretation des Wortlauts gleichermaßen wie für die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und der Zweckbestimmung der Vorschrift. Der Wortlaut des § 23 Abs. 2 Satz 1 JAG zwingt nicht zu der Annahme, dass von der Norm auch Beamte auf Widerruf erfasst werden. Er lässt auch die Auslegung zu, für sie gelte die Norm nicht. Zwar soll die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers sämtliche Teilnehmer an der zweiten juristischen Staatsprüfung zur Entlastung des Haushalts erfassen. Dieser subjektive Wille des Gesetzgebers steht der vom Berufungsgericht gefundenen bundesrechtskonformen Auslegung jedoch nicht entgegen. Der Gesetzgeber, der die Ermächtigungsgrundlage gesetzestechisch offensichtlich bewusst weit gefasst hat, hat am Fortbestand der Norm auch in der vom Berufungsgericht einschränkenden Interpretation ein Interesse. Immerhin werden auch andere Prüfungen, die der Beklagte durchführt, sowie die Widerspruchsverfahren weiterhin von der Ermächtigungsgrundlage erfasst.

II. Kein Verstoß gegen Art. 3 I GG

Die Interpretation des Berufungsgerichts verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz, auch wenn Auszubildende im juristischen Vorbereitungsdienst, die keine Beamten auf Widerruf sind, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis stehen, der Gebührenpflicht nach wie vor unterliegen. Der Gleichheitssatz ist nur verletzt, wenn die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzmäßigkeiten, die in der Natur der Sache liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht vereinbar ist (st.Rspr., vgl. u.a. BVerwGE

102, 24; 117, 305; BVerfGE 83, 89, jeweils m.w.N.). Das ist hier nicht der Fall, weil die unterschiedliche Behandlung beider Gruppen von Auszubildenden im juristischen Vorbereitungsdienst gerechtfertigt ist. Das

Dienst- und Treueverhältnis zum Dienstherrn, in dem sich nur der Rechtsreferendar befindet, der Widerrufsbeamter ist, stellt einen hinreichenden sachlichen Differenzierungsgrund dar.

Standort: § 80 V VwGO

Problem: Beginn der aufschiebenden Wirkung

OVG GREIFSWALD, URTEIL VOM 20.05.2003
1 L 137/02 (NVwZ-RR 2004, 212)

Problemdarstellung:

Das OVG Greifswald nimmt zu der Frage Stellung, ab wann eine im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO angeordnete aufschiebende Wirkung beginnt. Hierzu arbeitet es den Stand der Diskussion sauber heraus:

1. Allgemein wird es für zulässig gehalten, dass dem Gericht nach § 80 V 1 VwGO ("kann") ein Ermessen darüber zusteht, ab wann es die aufschiebende Wirkung beginnen lassen will. Hat das Gericht also im Tenor oder den Gründen seines Beschlusses den Zeitpunkt bestimmt, ist dieser maßgeblich.
2. Ist eine solche Bestimmung nicht getroffen worden, bieten sich drei weitere Zeitpunkte an:
 - a. Eine Rückwirkung auf den Erlass des VA (ex tunc), sodass von der ersten juristischen Sekunde an Suspensiveffekt bestanden hat. Diesen Standpunkt vertritt die h.M.
 - b. Eine Wirkung ex nunc ab Erlass des Beschlusses, so dass zwischen Erlass des VA und dem Erlass des Beschlusses kein Suspensiveffekt besteht. Diesen Standpunkt vertritt die Finanzgerichtsbarkeit.
 - c. Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren. Dieser Ansicht schließt sich jedenfalls für die Fälle des § 80 II Nr. 1 VwGO das OVG Greifswald an.

Prüfungsrelevanz:

Die Thematik kann in einer Vielzahl von Problemen Verwendung finden. Ein Beispiel ist die hier aufgetretene Erhebung von Säumniszuschlägen. Diese setzen die Fälligkeit der ihr zugrunde liegenden Forderung voraus. Ist ein VA, der eine solche Forderung begründet, aber mit Suspensiveffekt angefochten, würde die Forderung nicht fällig. Der Beginn des Suspensiveffektes ist damit gleichzeitig das Ende der Säumnis. Tritt er ex tunc zum Erlass des VA ein, hat nie Säumnis vorgelegen, wirkt er - mit der Ansicht des OVG - hingegen lediglich auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurück, können Säumniszuschläge für den Zeitraum vom Erlass bis zur Antragstellung erhoben werden.

Ein weiteres Beispiel wäre der Vollstreckungsversuch zwischen Erlass des VA und Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Aber auch für das Bestehen von Duldungspflichten, eines Rechtsgrundes für eine Leistung u.v.m. kann es darauf ankommen, ab wann und bis wann von einem VA Gebrauch gemacht werden darf.

Vertiefungshinweise:

- Aufschiebende Wirkung gegen Kosten der Ersatzvornahme: OVG Bautzen, NVwZ-RR 2003, 475
- Zur Festsetzung von Säumniszuschlägen: BFH, NVwZ 2003, 379

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das geerbte Eigenheim"

Leitsätze:

1. **Ob und inwieweit einer stattgebenden gerichtlichen Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 V VwGO Rückwirkung zukommt, ist grundsätzlich von ihrem Ausspruch, gegebenenfalls auch von der Auslegung der tragenden Gründe der Entscheidung abhängig.**
2. **In den Fällen, in denen die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels/Rechtsbehelfs betreffend die Erhebung einer § 80 II Nr. 1 VwGO unterfallenden Abgabe ohne zeitliche Einschränkung angeordnet wurde, tritt die aufschiebende Wirkung in Hinblick auf die Entstehung von Säumniszuschlägen erst mit dem Zeitpunkt der Stellung des einstweiligen Rechtsschutzantrages bei Gericht ein.**
3. **Zu den Anforderungen für die ausnahmsweise Prüfung eines Erlasses im Rahmen einer Anfechtungsklage.**

Sachverhalt:

Die Bet. stritten über die Rechtmäßigkeit der Erhebung von Säumniszuschlägen. Mit Bescheid vom 24.9.1996 hat der Bkl. gegenüber dem Kl. Erschließungsbeiträge in Höhe von 13.198,43 DM festgesetzt. Dagegen hat der Kl. Widerspruch erhoben und beantragt, die Vollziehung des Bescheides auszusetzen, was der Bkl. am 28.10.1996 abgelehnt hat. Mit Wi-

derspruchsbescheid vom 4.11.1996 hat der Bekl. den Widerspruch des Kl. zurückgewiesen. Dagegen hat der Kl. Klage erhoben und am 15.10.1997 um einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht. Mit Beschluss vom 12.12.1997 hat das VG die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet und zugleich bestimmt, dass, soweit der Beitrag bereits beigetrieben wurde, dieser unverzüglich zurück zu zahlen ist. Mit Urteil vom 11.6.1999 hat das VG den angefochtenen Beitragsbescheid auf Grund eines Satzungsfehlers aufgehoben.

Der Bekl. hat mit Bescheid vom 7.10.1999 gegen den Kl. für die Zeit vom 31.10.1996 bis zum 15.10.1997 (Tag des Eingangs des einstweiligen Rechtsschutzantrages bei Gericht) Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 1.572 DM festgesetzt. Den dagegen erhobenen Widerspruch des Kl. hat der Bekl. mit Widerspruchsbescheid vom 27.10.1999 zurückgewiesen und darin auch festgestellt, dass Billigkeitsgründe für den Erlass nicht gegeben sind.

Der Kl. hat Klage erhoben, die das VG abgewiesen hat. Auf Antrag des Kl. hat das OVG die Berufung gegen das Urteil des VG zugelassen. Die Berufung des Kl. hatte mit dem Hauptantrag keinen und mit dem Hilfsantrag nur insoweit Erfolg, als der Rechtsstreit an das VG zurückverwiesen wurde.

Aus den Gründen:

Die Berufung des Kl. hat mit dem Hauptantrag keinen Erfolg. Das VG hat insoweit die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid des Bekl. vom 7.10.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.10.1999 ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten (vgl. § 113 I 1 VwGO).

A. Hauptantrag

Der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides betreffend die Erhebung von Säumniszuschlägen steht der Umstand, dass das VG mit Beschluss vom 12.12.1997 die aufschiebende Wirkung der Klage des Kl. gegen den Erschließungsbeitragsbescheid des Bekl. vom 24.9.1996 angeordnet und — soweit der Beitrag bereits beigetrieben worden ist — den Bekl. zur unverzüglichen Rückzahlung an den Kl. verpflichtet hat, nicht entgegen.

I. Säumnis des Kl.

Die Voraussetzungen für die Erhebung von Säumniszuschlägen liegen hier dem Grunde nach unstrittig vor. Denn der Kl. hat den Beitrag nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstags entrichtet. Daher war für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von eins von Hundert des rückständigen auf

hundert Deutsche Mark nach unten abgerundeten Steuerbetrags zu entrichten (vgl. § 240 I 1 AO 1977 a.F.).

II. Beginn der aufschiebenden Wirkung

Die Säumnis des Kl. ist in der vorliegenden Fallkonstellation auf Grund des Beschlusses des VG vom 12.12.1997 jedoch rückwirkend auf den Zeitpunkt der Stellung des einstweiligen Rechtsschutzantrages bei dem VG entfallen.

1. Vorrangig nach Tenor und Gründen

Ob und inwieweit einer stattgebenden gerichtlichen Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 V VwGO Rückwirkung zukommt, ist grundsätzlich von ihrem Ausspruch, ggf. auch von der Auslegung der tragenden Gründe der Entscheidung abhängig. Gem. § 80 V 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache u.a. die aufschiebende Wirkung in dem Fall des § 80 II Nr. 1 VwGO ganz oder teilweise anordnen. Das Gericht kann somit die Rückwirkung im Rahmen seiner Ermessensausübung zeitlich einschränken (vgl. VGH München, NVwZ 1987, 63) oder ausschließen und die Wirkungen einer Entscheidung etwa nur für die Zukunft (ex nunc) eintreten lassen.

Im vorliegenden Verfahren hat das VG in dem Beschluss vom 12.12.1997 weder ausdrücklich im Tenor noch ausweislich des Inhalts der Gründe der Entscheidung von dieser ihm zustehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht; der Ausspruch, dass der Beitrag, soweit er bereits beigetrieben ist, unverzüglich an den Ast. zurückzuzahlen ist, reicht hierfür nicht aus.

2. Im Übrigen streitig

In welchem Umfang mit dem Erfolg des einstweiligen Rechtsschutzantrages die Säumnis rückwirkend in den Fällen entfällt, in denen das Gericht der Hauptsache — wie hier — von einem möglichen rückwirkenden Ausspruch betreffend die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels/Rechtsbehelfs absieht, ist streitig.

a. Rückwirkung ex tunc

Nach einer Ansicht, der sich der Kl. anschließt, soll ein gerichtlicher Beschluss grundsätzlich zurückwirken bis zum Erlass des angefochtenen Bescheides (ex tunc), weil hierdurch der Zustand hergestellt werden sollte, der normalerweise mit der Einlegung eines Rechtsbehelfes nach § 80 I 1 VwGO eintrete (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 270; OVG Münster, DÖV 1983, 1024; VGH München, NVwZ 1987, 63; Redeker/v.Oertzen, VwGO, 13. Aufl., § 80 Rdnr. 59; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 80 Rdnr. 54; Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwal-

tungsstreitverfahren, 4. Aufl., Rdnr. 871; Magnussen, VBIBW 1989, 121; vgl. Tipke/Kruse, AO 1977, § 240 Rdnr. 24). Die Säumnisfolgen würden dann - jedenfalls im Ergebnis - für die Vergangenheit beseitigt (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1999, 193; OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 270; VGH München, NVwZ-RR 1990, 328; Klein, AO 1977, 7. Aufl., § 240 Rdnr. 19; Aussprung/Siemers/Holz, KAG, § 12 Anm. 75.3).

b. Nur Wirkung ex nunc

Nach Ansicht namentlich der finanzgerichtlichen Rechtsprechung wirkt eine Aussetzungsentscheidung grundsätzlich nur ex nunc und können dabei Säumnisfolgen für die Vergangenheit nur durch Aufhebung der Vollziehung des Bescheids beseitigt werden (vgl. BFH, BFH/NV 2002, 1125 = DStRE 2002, 1278). Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann offen bleiben. Das VG hat nämlich in seinem Beschluss vom 12.12.1997 nicht die Vollziehung allgemein aufgehoben, sondern die Rückzahlung der unterstellten Zahlung angeordnet. Damit hat das VG entsprechend der Wertung des § 80 II Nr. 1 VwGO nicht zum Ausdruck gebracht, dass es den Kl. nicht zunächst verpflichtet sah, den geschuldeten Betrag vorläufig - zu entrichten.

c. Ab Antragstellung

Nach Auffassung des Senats tritt in den Fällen, in denen die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels/Rechtsbehelfs betreffend die Erhebung einer § 80 II Nr. 1 VwGO unterfallenden Abgabe ohne zeitliche Einschränkung angeordnet wurde, die aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Entstehung von Säumniszuschlägen erst mit dem Zeitpunkt der Stellung des einstweiligen Rechtsschutzantrages bei Gericht ein (vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1989, 324; Lauenroth/Sauthoff, in: Driehaus, KommunalabgabenR, § 12 Rdnr. 82; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl., § 24 Rdnr. 61). Denn § 80 II Nr. 1 VwGO ordnet ausdrücklich an, dass für Abgaben der Grundsatz des § 80 I VwGO nicht gilt und damit durch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auch nicht der Zustand wiederhergestellt wird, den § 80 I VwGO aufstellt. Zudem ist die Stellung eines einstweiligen Rechtsschutzantrages nicht fristgebunden, so dass es — solange nicht vollstreckt wird — in der Hand des Abgabepflichtigen liegt, wann er einen Antrag nach § 80 V VwGO stellt. Dabei ist es nach Auffassung des Senats unbillig, die Zeit, die bis zur Stellung des einstweiligen Rechtsschutzantrages durch den Abgabepflichtigen bei Gericht verstreicht, im Rahmen der Erhebung von Säumniszuschlägen zu dessen Gunsten zu bewerten. Bis zu diesem Zeitpunkt ist auch im Falle

eines späteren Obsiegens im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die mit der Erhebung von Säumniszuschlägen (auch) verfolgte Ausübung von Druck gerechtfertigt. Dies steht letztlich auch in Einklang mit dem in § 240 I 4 AO 1977 a.F. zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken. Andererseits ist es aber auch nicht sachgerecht, den Eintritt der aufschiebenden Wirkung von der Zufälligkeit der Dauer eines gerichtlichen Verfahrens vor dem VG und ggf. vor dem OVG abhängig zu machen. Danach bestehen gegen die Festsetzung der Säumniszuschläge keine Bedenken.

III. Erlass

Im vorliegenden Fall ist auch im Rahmen des Hauptantrages unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OVG Greifswald nicht ausnahmsweise das Vorliegen eines Erlasses zu prüfen. Danach kommt im Rahmen einer Anfechtungsklage ein Erlass nur dann in Betracht, wenn der Bekl. bereits bei der Festsetzung der Säumniszuschläge und nicht erst auf Grund eines gesondert zu stellenden Antrages offensichtlich erkennbare sachliche Härtegründe hätte berücksichtigen müssen, d.h. solche Gründe, die ein derartiges Gewicht haben, dass sie ein gesetzlich vorgesehenes Ermessensmaß auf Null reduziert haben und allein die Gewährung eines - auch teilweisen - Erlasses der Rechtslage entspricht. Eine solche Ermessensreduzierung auf Null liegt hier nicht vor [wird ausgeführt].

B. Hilfsantrag

Soweit Gegenstand der Berufung der Hilfsantrag des Kl. ist, ist die Sache gem. § 130 I Nr. 1 VwGO an das VG zurückzuverweisen. Das erkennende Gericht ist gehindert, über den Hilfsantrag zu entscheiden, weil das VG noch nicht über das Begehren des Kl. entschieden hat, den Bekl. zu verpflichten, ihn hinsichtlich des Erlasses von Säumniszuschlägen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden; hierzu wäre das VG jedoch bei sachgerechter Auslegung des Klagebegehrens verpflichtet gewesen. Denn im vorliegenden Verfahren hat der Bekl. "von Amts wegen" erstmals in dem Widerspruchsbescheid einen Erlass der festgesetzten Säumniszuschläge abgelehnt. Der Bekl. hat in seinem Widerspruchsbescheid für sich in Anspruch genommen, über das Vorliegen von Erlassgründen verbindlich entschieden zu haben. Auch gegen diese Entscheidung hat sich der Kl. ausweislich des Inhalts seiner Klagebegründung mit seiner Klage gewandt (Rechtsgedanke aus § 79 I Nr. 2 VwGO), auch wenn er zunächst ausdrücklich nur einen Aufhebungsantrag gestellt hat.

*Zivilrecht***Standort: BGB - AT****Problem: Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahme**

BGH, URTEIL VOM 14.10.2003
 XI ZR 101/02 (NJW 2004, 287)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH sich mit der Anwendbarkeit von § 151 S. 1 BGB auseinandersetzen. Fraglich war im vorliegenden Fall, ob die Bekl. ein ihr gemachtes Treuhandvertragsangebot angenommen hatte.

Im Gegensatz zum BerGer. verneint der BGH in diesem Rechtsstreit das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung. Die Bekl. hatte auf eine solche Erklärung unstreitig nicht verzichtet. Auch aus der Verkehrssitte ergab sich nicht, dass eine Annahmeerklärung entbehrlich gewesen wäre. Entgegen der Ansicht des BerGer. stuft der BGH die Annahme des Treuhandangebots der Bekl. ungeachtet der Unentgeltlichkeit des in Aussicht genommenen Treuhandgeschäfts nicht als nur rechtlich vorteilhaft ein, da daraus das Risiko vereinbarungs- oder sachwidrigen Umgangs der Bekl. mit dem Treugut erwachsen wäre.

Darüber hinaus fehle es auch an einer Vertragsannahme durch die O. Da diese nicht dem Vorschlag der Bekl., ihr die 170.000 DM zur Verfügung zu stellen, entsprochen, sondern den Betrag im Gegenteil auf ein Firmenkonto des H überwiesen hat, habe sie durch ihr Verhalten nicht die Annahme, sondern die Ablehnung des Angebots der Bekl. zum Ausdruck gebracht.

Prüfungsrelevanz:

Gleich zu Beginn des juristischen Studiums muss sich jeder Student /-in mit den Grundlagen des Rechts zum Vertragsabschluss (§§ 145 ff. BGB) beschäftigen, denn sie sind Ausdruck der vorherrschenden Privatautonomie im deutschen Zivilrecht sowie höchster prüfungsrelevanter Bedeutung. Gem. §§ 145 ff. BGB kommt ein Vertrag durch zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene, empfangsbedürftige Willenserklärungen zustande, wobei man die zeitlich erste Annahme/Antrag und die spätere Annahme nennt. Als empfangsbedürftige Willenserklärungen werden dieselben erst mit Zugang beim Empfänger wirksam, § 130 I 1 BGB. Von diesem Erfordernis macht § 151 BGB jedoch eine Ausnahme.

dernis macht § 151 BGB jedoch eine Ausnahme.

Nach § 151 S. 1 BGB braucht die Annahme eines Vertragsantrags dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Eine derartige Verkehrssitte kann im Allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und bei für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften angenommen werden (Senat, NJW 2000, 276 = WM 1999, 2477 [2478] m. w. Nachw.). Wenn dies zutrifft, wird nur die Verlautbarung der Vertragsannahme gegenüber dem Antragenden entbehrlich, nicht aber die Annahme als solche. Auch im Falle des § 151 S. 1 BGB ist ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers, das vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten auf Grund aller äußeren Indizien auf einen wirklichen Annahmewillen schließen lässt, erforderlich. In der Praxis und im Examen wird aber gerade dieser Punkt allzu oft übersehen, da § 151 S. 1 BGB fehlerhafterweise als Ausnahme vom Annahmeerfordernis als solches verstanden wird.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2000, 276; *Lorenz*, EWiR § 151 BGB 1/2000, 213

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Versehen"
- Examenskurs*: "Pizza, Pizza"

Leitsatz:

Liegen die Voraussetzungen des § 151 S. 1 BGB vor, so wird nur die Verlautbarung der Vertragsannahme gegenüber dem Antragenden entbehrlich, nicht aber die Annahme als solche. Auch in diesem Falle ist daher ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers erforderlich, das vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten auf Grund aller äußeren Indizien auf einen wirklichen Annahmewillen schließen lässt.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Herausgabe- und Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Lastwagens nach Griechenland. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kaufmann H verkaufte im Juli 1999 eine Sattelzugmaschine, die er seinerseits von der Firma V in N. für 160 000 DM gekauft, aber noch nicht bezahlt hatte, zum Preis von 170 000 DM an die O-AG (im Folgenden: O) in A. Das Fahrzeug sollte an die Kl. als Leasingnehmer der O ausgeliefert werden. Am 29. 7. 1999 gab die Kreissparkasse N., die Rechtsvorgängerin der Bekl. (im Folgenden ebenfalls Bekl. genannt), auf Veranlassung des H gegenüber der O eine Erklärung in englischer Sprache ab, die in deutscher Übersetzung folgenden Wortlaut hat: „Wir sind die Hausbank der Firma H. Auf Ersuchen unseres Kunden bitten wir Sie, den Betrag von 170 000 — für die Sattelzugmaschine vom Typ ... — durch SWIFT an die B-Bank M. zu unseren Gunsten unter Angabe unseres Aktenzeichens ... zu überweisen. Nach Erhalt des genannten Betrags wird das Fahrzeug an Ihren Kunden, Herrn E, geliefert, und wir werden das Ursprungszeugnis des Herstellers für das genannte Fahrzeug durch Kurier an Ihre Anschrift senden. Nach Lieferung des Fahrzeugs und Übersendung des Ursprungszeugnisses des Herstellers werden wir den von Ihnen übersandten Betrag der Firma H gutschreiben.“ Im August 1999 überwies O den Kaufpreis von 170 000 DM auf das Geschäftskonto des H bei der Bekl. unter Angabe von dessen Rechnungsnummer und Rechnungsdatum. Als Überweisungsbezüglicher war „Transporto H“ angegeben. Die Bekl. schrieb den Betrag nach Abzug von Gebühren dem Konto des H. gut. Dieser zahlte der Firma V den ihr zustehenden Kaufpreis nicht und verfügte über den gutgeschriebenen Betrag anderweitig. Die Firma V händigte die Sattelzugmaschine an H. aus, behielt aber das Ursprungszeugnis zurück. H verbrachte das Fahrzeug zu den Kl. nach Griechenland. Die Kl. gehen auf Grund einer Bevollmächtigung der O in gewillkürter Prozessstandschaft gegen die Bekl. vor und verlangen Herausgabe des Ursprungszeugnisses, hilfsweise Zahlung von 170 000 DM, an die O. Sie machen geltend, auf der Grundlage der Erklärung vom 29. 7. 1999 sei eine Treuhandvereinbarung mit O zu Stande gekommen, aus der die Bekl. zur Herausgabe des Ursprungszeugnisses oder, falls ihr dies nicht möglich sei, zur Rückerstattung der 170 000 DM an O verpflichtet sei.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das BerGer. hat dem Hilfsantrag der Kl. in Höhe von 43 459,81 Euro nebst Zinsen stattgegeben. Gegen das Berufungsurteil haben sowohl die Kl. als auch die Bekl. Revision eingelegt. Der erkennende Senat hat nur die Revision der

Bekl. angenommen. Diese führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit es der Klage stattgegeben hat, im Wesentlichen ausgeführt: Das streitgegenständliche Schuldverhältnis unterliege nach Art. 28 I 1 EGBGB mangels ausdrücklicher oder konkludenter Rechtswahl dem Recht des Staates, mit dem es die engsten Verbindungen habe, und damit dem deutschen Recht. Danach sei zwischen O und der Bekl. ein Treuhandvertrag zu Stande gekommen. Die Bekl. habe mit ihrem Schreiben vom 29. 7. 1999 der O ein Vertragsangebot gemacht. Dieses Angebot habe die O konkludent angenommen. Dazu habe es keiner ausdrücklichen Zustimmungserklärung bedurft, weil das unentgeltliche Treuhandgeschäft für die O rechtlich nur vorteilhaft gewesen sei. Für die Vertragsannahme reiche es daher aus, dass O das Vertragsangebot nicht durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung abgelehnt habe.

Aus dem Treuhandvertrag ergebe sich ein Schadensersatzanspruch der O gegen die Bekl. wegen positiver Forderungsverletzung. Zwar sei der Vorwurf der Kl. unbegründet, die Bekl. habe treuwidrig die Kaufpreisüberweisung zur Rückführung des der Firma H eingeräumten Kredits benutzt; auch sei den Kl. der Nachweis nicht gelungen, dass die Bekl. einen Überweisungsauftrag des H zu Gunsten der Firma V nicht ausgeführt habe, solange das Konto H dafür noch eine ausreichende Deckung aufgewiesen habe. Der Bekl. sei jedoch anzulasten, dass sie in Kenntnis der beengten wirtschaftlichen Verhältnisse des H und des Sicherungsinteresses der O nichts unternommen habe, um entweder das Lkw-Geschäft zeitnah abzuwickeln oder zumindest der O einen Hinweis zu geben, dass man sich nicht mehr in die Abwicklung des Vertrags einschalte und nicht für die Übersendung des Ursprungszeugnisses sorgen werde. Es sei davon auszugehen, dass H auf entsprechende Schritte der Bekl. hin rechtzeitig einen Überweisungsauftrag zu Gunsten der Firma V erteilt hätte oder dass zumindest die O im Falle eines rechtzeitigen Hinweises der Bekl. auf die bestehenden Schwierigkeiten in der Lage gewesen wäre, über ein Arrestverfahren gegen H wenigstens einen Teil des überwiesenen Geldes, zu sichern. Durch die Untätigkeit der Bekl. sei der O daher ein Schaden in Höhe von 170 000 DM entstanden. Diesen Schaden könne die O jedoch nur zur Hälfte ersetzt verlangen, weil sie sich nach § 254 BGB ein eigenes Mitverschul-

den zurechnen lassen müsse. Dieses liege darin, dass sie den Kaufpreis entgegen dem Verlangen der Bekl. nicht an diese, sondern auf ein Kundenkonto des H überwiesen habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

I. Zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts

Mit Recht hat das BerGer. allerdings auf den vorliegenden Fall deutsches Recht angewandt. Ohne Rechtsfehler hat es auch in dem Schreiben der Bekl. an die O vom 29. 7. 1999 ein Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrags gesehen.

II. Keine Annahme des Treuhandvertragsangebots durch O

Zu Unrecht hat das BerGer. jedoch eine Annahme des Vertragsangebots der Bekl. durch die O bejaht.

1. Zur Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung gem. § 151 BGB

Nach § 151 S. 1 BGB braucht die Annahme eines Vertragsantrags dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Eine derartige Verkehrssitte kann im Allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und bei für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften angenommen werden (Senat, NJW 2000, 276 = WM 1999, 2477 [2478] m. w. Nachw.). Wenn dies zutrifft, wird nur die Verlautbarung der Vertragsannahme gegenüber dem Antragenden entbehrlich, nicht aber die Annahme als solche. Auch im Falle des § 151 S. 1 BGB ist ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers, das vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten auf Grund aller äußeren Indizien auf einen wirklichen Annahmewillen schließen lässt, erforderlich (BGHZ 74, 352 [356]; 111, 97 [101]; Senat, NJW 2000, 276 m.w.N.).

2. Zur Anwendbarkeit von § 151 BGB im vorliegenden Fall

Diese Erfordernisse hat das BerGer. in zwei Punkten verkannt.

a. Keine Entbehrlichkeit des Zugangs

Es fehlt bereits an den Voraussetzungen für die Entbehrlichkeit einer Annahmeerklärung der O gegenüber der Bekl. Die Bekl. hat auf eine solche Erklärung unstreitig nicht verzichtet. Auch aus der Verkehrssitte ergibt sich nicht, dass eine Annahmeerklärung hier entbehrlich gewesen wäre. Entgegen der Ansicht des BerGer. wäre eine Annahme des Treuhandangebots der Bekl. ungeachtet der Unentgeltlichkeit des in Aussicht genommenen Treuhandgeschäfts für die O keineswegs nur vorteilhaft gewesen. Die O wäre dadurch nämlich mit dem Risiko vereinbarungs- oder sachwidrigen Umgangs der Bekl. mit dem Treugut belastet worden.

b. Keine Vertragsannahme

Darüber hinaus fehlt es aber auch an einer Vertragsannahme durch die O. Da diese nicht dem Vorschlag der Bekl., ihr die 170 000 DM zur Verfügung zu stellen, entsprochen, sondern den Betrag im Gegenteil auf ein Firmenkonto des H überwiesen hat, hat sie durch ihr Verhalten nicht die Annahme, sondern die Ablehnung des Angebots der Bekl. zum Ausdruck gebracht. Dass das Empfängerkonto des H bei der Bekl. geführt wurde, ändert daran nichts; die Bekl. wurde dadurch nicht zur Empfängerin der Überweisung, sondern war lediglich Zahlstelle.

III. Keine Schadensersatzpflicht der Bekl. mangels eines Vertragsverhältnisses

Da ein Treuhandvertrag zwischen der O und der Bekl. nicht zu Stande gekommen ist, oblagen der Bekl. keine Pflichten gegenüber der O. Schadensersatzansprüche der O gegen die Bekl. sind daher ausgeschlossen, ohne dass es noch darauf ankäme, ob die Ausführungen des BerGer. zur Ursächlichkeit der angeblichen Pflichtverletzungen der Bekl. für den Schaden der O den Angriffen der Revision der Bekl. standhalten.

Standort: Deliktsrecht**Problem: Kein Vermögensschutz durch Halteverbot**

BGH, URTEIL VOM 18.11.2003

VI ZR 385/02 (NJW 2004, 356)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren vor dem BGH ging es zentral um die Frage, ob das Vermögen eines Bauunternehmers durch ausdrücklich für ihn aufgestellte ordnungsbehördliche Halteverbotsschilder geschützt wird.

Die Kl. führte Kran- und Schwerlasttransportarbeiten zum Zweck von Bauarbeiten auf einem Privatgrundstück aus. Dazu war wegen der Größe des Krans die Sperrung der Straße notwendig. Mit Genehmigung der Stadt hatte die Kl. daher ein Halteverbot eingerichtet. Am Morgen des ersten Kraneinsatzes parkte die Bekl. mit ihrem Pkw im Halteverbot und verhinderte dadurch die Anfahrt des Krans. Die Kl. macht Schadensersatz geltend, weil sie den Kraneinsatz wegen des Parkens der Bekl. erst verspätet habe durchführen können.

Im Einklang mit den Vorinstanzen weist der BGH die Klage ab. Ein Schadensersatzanspruch steht der Kl. nicht gem. § 823 II BGB i.V.m. mit den einschlägigen Vorschriften der StVO zu. Nach wortlautgemäßer, historischer und systematischer Auslegung der Vorschriften stellt das Gericht fest, dass dem Verkehrsteilnehmer, der durch eine auf einem Verkehrsverstoß beruhende Verkehrsstockung einen Vermögensschaden erleidet, in Ansehung dieses Schadens kein Ersatzanspruch aus § 823 II BGB in Verbindung mit der verletzten Verkehrsvorschrift zusteht. Derlei Beeinträchtigungen müssen vielmehr von jedem Benutzer öffentlicher Straßen als schicksalhaft ersatzlos hingenommen werden. Ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB steht der Kl. ebenfalls mangels Rechtsgutsverletzung nicht zu. Insbesondere liegt hier keine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs der Kl. vor, da es der Finalität des Eingriffs fehlt.

Prüfungsrelevanz:

Die in dieser Entscheidung relevanten Normen des Deliktsrechts (§ 823 I und II BGB) gehören zum klassischen Prüfungstoff der Staatsexamina, sodass die Lektüre dieses Urteils zugleich Wiederholung und Vertiefung dieser deliktischen Problematik für jeden Examenkandidaten darstellt. Vor allem wegen der detaillierten Auseinandersetzung mit der StVO als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB ist dieses Urteil leistungswert.

Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB ist nach der

ständigen Rechtsprechung des BGH eine Rechtsnorm, die nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt hat. Dabei reicht es nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Nach diesen Grundsätzen ist die Straßenverkehrsordnung nicht im Ganzen ein Gesetz zum Schutz des Vermögens. Sie ist Teil des Straßenverkehrsrechts, durch welches die Teilnahme am Straßenverkehr geregelt und insbesondere dessen Sicherheit und Leichtigkeit gewährleistet werden soll. Dieses dient als sachlich begrenztes Ordnungsrecht der Abwehr von typischen Gefahren, die vom Straßenverkehr ausgehen und die dem Straßenverkehr von außen oder durch Verkehrsteilnehmer erwachsen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass einzelne Vorschriften der Straßenverkehrsordnung zugleich dem Schutz von Individualinteressen dienen, namentlich der Gesundheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums. In Anwendung dieser Grundsätze hat der erkennende Senat bereits darauf hingewiesen, dass dem Verkehrsteilnehmer, der durch eine auf einem Verkehrsverstoß beruhende Verkehrsstockung einen Vermögensschaden erleidet, in Ansehung dieses Schadens kein Ersatzanspruch aus § 823 II BGB in Verbindung mit der verletzten Verkehrsvorschrift zusteht. Derlei Beeinträchtigungen müssen vielmehr von jedem Benutzer öffentlicher Straßen als schicksalhaft ersatzlos hingenommen werden.

Vertiefungshinweise:

Zur Entwicklung des Straßenverkehrsrechts: *Hentschel*, NJW 2003, 716

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"
- Examenskurs*: "Flugreise eines Minderjährigen"

Leitsatz:

Halteverbote im Rahmen von Baustellen schützen nicht das Vermögen eines Bauunternehmers

oder eines von diesem beauftragten weiteren Unternehmers.

Sachverhalt:

Die Kl. führte am 6. 12. 1999 und an weiteren Tagen Kran- und Schwerlasttransportarbeiten für eine Bauunternehmerin zum Zweck von Bauarbeiten auf einem Privatgrundstück aus. Dazu war wegen der Größe des Krans die Sperrung der Straße notwendig. Mit Genehmigung der Stadt hatte die Kl. daher ein Halteverbot durch Zeichen Nr. 283 zu § 41 StVO mit dem Zusatz „ab 6. 12. 1999 7 Uhr Krananfahrt“ eingerichtet. Am Morgen des 6. 12. 1999 parkte die Bekl. mit ihrem Pkw im Halteverbot und verhinderte dadurch die Anfahrt des Krans. Nachdem die Halterin des Fahrzeugs nicht ausfindig gemacht werden konnte, wurde dieses vom Ordnungsamt abgeschleppt. Die Kl. macht einen Schaden von 4765 DM nebst Zinsen geltend, weil sie den Kraneinsatz wegen des Parkens der Bekl. erst verspätet habe durchführen können.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Die zugelassene Revision der Kl. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, ein Anspruch der Kl. aus § 823 II BGB scheitere schon daran, dass es an einem ihren Vermögensinteressen dienenden Schutzgesetz fehle. § 12 I Nr. 6 StVO schütze nicht die Vermögensinteressen Dritter, sondern lege nur fest, welche verkehrsregelnden Zeichen ein Halteverbot begründeten. Auch die konkrete Ausgestaltung des Halteverbots durch die behördliche Anordnung komme als Schutzgesetz nicht in Betracht. Auch wenn die Anordnung im Interesse des Bauunternehmers erfolge und die Interessen der Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs hierbei kaum zu erkennen seien, so handele es sich doch um einen Verwaltungsakt und nicht um ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB. Der Verwaltungsakt konkretisiere auch nicht ein die Vermögensinteressen der Kl. schützendes Gesetz; die als Rechtsgrundlagen in Betracht kommenden §§ 45 I 1 und VI StVO schützten ausschließlich die Sicherheit und Ordnung des Verkehrs. § 45 I 2 Nr. 1 StVO oder § 45 II StVO kämen als Rechtsgrundlagen nicht in Betracht, weil es sich nicht um Arbeiten im Straßenraum oder um sonstige Straßenbauarbeiten gehandelt habe.

Ergänzend hat das BerGer. auf die Entscheidungsgründe des amtsgerichtlichen Urteils Bezug genommen. In diesem wird ausgeführt, ein Anspruch der Kl. aus § 823 I BGB wegen eines Eingriffs in den eingerichte-

ten, und ausgeübten Gewerbebetrieb scheidet mangels eines betriebsbezogenen Eingriffs aus. Das Eigentum der Kl. an ihrem blockierten Fahrzeug habe die Bekl. nicht verletzt. Eigentümer des Baugrundstücks sei die Kl. nicht gewesen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

I. Kein Formfehler

Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsurteil sei schon deshalb aufzuheben, weil es wegen der nicht erfolgten Wiedergabe der Berufungsanträge nicht erkennen lasse, welches Ziel die Kl. mit ihrer Berufung verfolgt habe (§§ 545 I, 546, 540 I Nr. 1 ZPO). Zwar ist auch nach der seit dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung der ZPO, welche vorliegend anzuwenden ist (§ 26 Nr. 5 EGZPO), eine Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil nicht entbehrlich. Der Antrag des Berufungsklägers braucht aber nicht unbedingt wörtlich wiedergegeben zu werden. Es genügt, wenn aus dem Zusammenhang der Ausführungen des BerGer. wenigstens sinngemäß deutlich wird, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat (vgl. BGH, NJW 2003, 1743; NJW-RR 2003, 1290).

Hiernach ergibt sich aus dem Berufungsurteil, dass der Kl. sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt hat. Dieses wird in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils genannt, auf die das BerGer. verweist. Somit ist das Berufungsbegehren der Kl. hinreichend deutlich zu erkennen.

II. Keine materiell-rechtlichen Fehler im Berufungsurteil

Die Sachrüge der Revision bleibt gleichfalls ohne Erfolg.

1. Kein Schadensersatzanspruch der Kl. gem. § 823 II BGB

Zutreffend nimmt das BerGer. an, dass der Kl. ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB, auf den sich die Revision in erster Linie beruft, nicht zusteht. Die Bekl. hat kein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift verletzt. Weder dient die Straßenverkehrsordnung im Ganzen dem Vermögensschutz noch handelt es sich bei §§ 12 I Nr. 6 a, 45 I 1, 2 Nr. 1 oder VI StVO um Schutzvorschriften zu Gunsten der Vermögensinteressen der Kl.

a. Zur Qualität von Schutzgesetzen i.S.d. § 823 II BGB im Allgemeinen

Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB ist nach der

ständigen Rechtsprechung des BGH eine Rechtsnorm, die nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mit gewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben (vgl. BGHZ 116, 7 [13] = NJW 1992, 241; BGHZ 122, 1 [3f.] NJW 1996, 2555 jew. m.w. Nachw.). Andererseits soll der Anwendungsbereich von Schutzgesetzen nicht ausgeföhrt werden. Deshalb reicht es nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Dann allerdings kann eine im Gesetz angelegte drittsschützende Wirkung der Norm auch zu Schadensersatzansprüchen führen, wenn sie in Bezug auf die im Einzelfall zu erlassenden Ge- und Verbote noch der Konkretisierung durch einen Verwaltungsakt bedarf (vgl. BGHZ 62, 265 [266] = NJW 1974, 1240; BGHZ 122, 1 [3 ff.] = NJW 1996, 2555; BGH, NJW 1997, 55 = VersR 1997, 367 [368]).

b. StVO als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB

Nach diesen Grundsätzen ist die Straßenverkehrsordnung nicht im Ganzen ein Gesetz zum Schutz des Vermögens. Sie ist Teil des Straßenverkehrsrechts, durch welches die Teilnahme am Straßenverkehr geregelt und insbesondere dessen Sicherheit und Leichtigkeit gewährleistet werden soll. Dieses dient als sachlich begrenztes Ordnungsrecht der Abwehr von typischen Gefahren, die vom Straßenverkehr ausgehen und die dem Straßenverkehr von außen oder durch Verkehrsteilnehmer erwachsen (vgl. BGHZ 60, 54 [60] = NJW 1973, 460; BGHSt 37, 366 [369] = NJW 1991, 1691; BGH, NJW 2002, 1280 [1281] m. w. Nachw.; BVerfGE 40, 371 [379 f.] = NJW 1976, 559; BVerfGE 67, 299 [314, 322] = NJW 1985, 371, jew. m. w. Nachw.; BVerwGE 37, 112 [114]; BVerwGE 85, 332 [341] = NVwZ 1991, 472). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass einzelne Vorschriften der Straßenverkehrsordnung zugleich dem Schutz von Individualinteressen dienen, namentlich der Gesundheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums (vgl. Senat, NJW 1983, 1326 = VersR 1983, 438 [439]; NJW 1991, 292 = VersR 1990, 1366 [1367] m.w.N.).

In Anwendung dieser Grundsätze hat der erkennende Senat bereits darauf hingewiesen, dass dem Verkehrsteilnehmer, der durch eine auf einem Verkehrsverstoß beruhende Verkehrsstockung einen Vermögensschaden erleidet, in Ansehung dieses Schadens kein Ersatzanspruch aus § 823 II BGB in Verbindung mit der verletzten Verkehrsvorschrift zusteht. Derlei Beeinträchtigungen müssen vielmehr von jedem Benutzer öffentlicher Straßen als schicksalhaft ersatzlos hingenommen werden (Senat, VersR 1977, 965 [967]).

c. Zum umstrittenen Schutzgesetzcharakter der in diesem Fall einschlägigen StVO-Vorschriften

Zu den hier als Schutznormen in Betracht kommenden §§ 12 I Nr. 6 a, 45 StVO ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob bei Halteverboten im Rahmen von Baustellen das Vermögen eines Bauunternehmers und eines von diesem beauftragten weiteren Unternehmers — wie hier der Kl. — geschützt ist (bejahend LG Berlin, VersR 1972, 548 m. w. Nachw.; LG München I, NJW 1983, 288; AG Charlottenburg, VersR 1971, 92; AG Waiblingen, VersR 2003, 605; Hentschel, StraßenverkehrsR, 37. Aufl., § 12 StVO Rdnr. 29 m. w. Nachw.; verneinend LG Berlin, NJW 1983, 288; LG Stuttgart, NJW 1985, 3028; AG Frankfurt a. M., NJW-RR 1990, 730; Grüneberg, NJW 1992, 945 [947f.]; Janssen, NJW 1995, 624 [626 f.]; Wussow-Kürschner, UnfallhaftpflichtR, 15. Aufl. [2002], Kap. 4, Rdnr. 14; vgl. auch LG München I, NJW-RR 1987, 804; LG Bonn, Schaden-Praxis 2001, 85).

Nach Abwägung der maßgeblichen Gesichtspunkte ist diese Frage zu verneinen. Zwar hat der Senat entschieden, dass das absolute Halteverbot des § 12 I Nr. 6 a StVO nicht darauf beschränkt ist, den Ablauf des fließenden Verkehrs zu erleichtern, sondern auch die Gesundheit der die Fahrbahn überquerenden Fußgänger schützen kann (vgl. Senat, NJW 1983, 1326). Da es in jenem Fall darum ging, dem Fußgänger eine bessere Übersicht über den Verkehrsablauf zu ermöglichen und ihn dadurch vor einer Schädigung zu bewahren, kann aus dieser Rechtsprechung aber keine Folgerung für den vorliegenden Fall gezogen werden, in dem es um den Ersatz eines Vermögensschadens geht. Voraussetzung für einen Anspruch nach § 823 II BGB ist nämlich stets, dass der konkrete Schaden aus der Verletzung eines Rechtsguts entstanden ist, zu dessen Schutz die Rechtsnorm erlassen worden ist (vgl. BGHZ 19, 114 [125f.] = NJW 1956, 217; BGHZ 27, 137 [143] = NJW 1958, 1041; BGHZ 39, 366 [367f.] = NJW 1963, 1827). Diese Voraussetzung ist bei dem hier geltend gemachten Vermögensschaden nicht erfüllt.

aa. Wortlautgetreue und historische Auslegung

Weder aus dem allgemein gehaltenen Wortlaut des § 12 I Nr. 6 a StVO noch aus den Gesetzgebungsmaterialien (vgl. BR-Dr 420/70, 5. 46 und 60 f.; BR, Bericht über die 357. Sitzung v. 23. 10. 1970, S. 241 ff.) lässt sich ein über die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs hinausgehender Schutzzweck dieser Norm entnehmen.

bb. Systematische Auslegung

Auch die Zusammenschau mit § 45 I 1 und § 45 I 2 Nr. 1 StVO sowie § 45 VI StVO führt zu keinem anderen Ergebnis. § 45 I 1 StVO ordnet ausdrücklich an, dass die Straßenverkehrsbehörden die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs beschränken können. § 45 I 2 Nr. 1 StVO gewährt ihnen dasselbe Recht zur Durchführung von — hier nicht vorliegenden — Arbeiten im Straßenraum. Dazu stehen ihnen Verkehrszeichen (einschließlich der auf eine Baustelle hinweisenden Zusatzschilder) und Verkehrseinrichtungen zur Verfügung (§ 45 IV StVO). Die Entscheidung, welche Verkehrszeichen anzubringen sind, obliegt den Straßenverkehrsbehörden als Amtspflicht im Interesse und zum Schutz aller Verkehrsteilnehmer, die die Straße nach Art ihrer Verkehrsöffnung benutzen dürfen. Inhaltlich ist sie darauf gerichtet, für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu sorgen und die Einrichtungen für die Regelung des Verkehrs so zu gestalten, dass sie ihrem Zweck gerecht werden, den Verkehr zu erleichtern und Verkehrsgefahren zu verhüten (BGH, NZV 1988, 58 = VersR 1988, 697 m.w. Nachw.). Diesem Normzweck entspricht auch die systematische Stellung des § 45 StVO im dritten Abschnitt der Straßenverkehrsordnung unter den Durchführungs-, Bußgeld- und Schlussvorschriften.

Soweit Befürworter eines Schadensersatzanspruchs wegen erlittener Vermögenseinbußen argumentieren, das Halteverbot diene vor allem dem Schutz des Bauunternehmers, da es die ungehinderte Durchführung der Bauarbeiten gewährleisten solle, wird dies dem in § 45 I StVO genannten Zweck nicht gerecht. Aus Wortlaut und Sinn dieser Norm ergibt sich vielmehr eine Befugnis zum Aufstellen von Halteverbotsschildern, um sicherzustellen, dass der Straßenverkehr durch die Bauarbeiten nicht über Gebühr beeinträchtigt wird, indem etwa wartende Baustellenfahrzeuge die Fahrbahn blockieren oder der Verkehrsablauf durch die Baumaßnahmen länger als unbedingt erforderlich behindert wird. Deshalb handelt es sich bei den Vorteilen für den Bauunternehmer nur um einen Reflex der im Allgemeininteresse getroffenen Maßnahmen.

Aus § 45 VI StVO ist nichts anderes zu entnehmen. Diese Vorschrift regelt lediglich die Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörde im Zusammenspiel mit den Aufgaben des Bauunternehmers. Dies ergibt sich aus ihrem Wortlaut, dem Gesetzgebungsverfahren und dem Umstand, dass in § 49 IV Nr. 3 StVO derjenige mit einem Bußgeld bedroht wird, der entgegen § 45 VI StVO mit Arbeiten beginnt, ohne zuvor Anordnungen eingeholt zu haben, diese Anordnungen nicht befolgt oder Lichtzeichenanlagen nicht bedient. So heißt es in den Motiven des Gesetzgebers zu § 45 VI StVO als Grund für den Erlass der Vorschrift, es sei angezeigt, die Aufgaben zwischen der Behörde und dem Bauunternehmer — hier Anordnung, dort deren Ausführung — klar zu scheiden, weil die Beschilderung von Baustellen weithin im Argen liege (vgl. BRrDr 420/70, S. 86).

Aus den als Schutzgesetz in Betracht kommenden Normen ergibt sich demnach kein Hinweis darauf, dass diese zumindest auch dem Schutz der Vermögensinteressen des Bauunternehmers oder der von ihm — wie die Kl. — beauftragten Unternehmen dienen sollen. Die bloße Reflexwirkung der im Allgemeininteresse getroffenen Maßnahmen zu Gunsten der Vermögensinteressen der beteiligten Unternehmen reicht für die Annahme eines Schutzgesetzes i. S. des § 823 II BGB jedoch nicht aus.

Die vorstehende Wertung steht nicht in Widerspruch zu der von der Revision ins Feld geführten Entscheidung des BVerwG zu § 41 I StVO in der Fassung vom 29. 3. 1956 / 30. 4. 1964 (BGBl 1, 327/1964 1, 305), die in BVerwGE 37, 112, veröffentlicht worden ist. Die Besonderheit jenes Falls lag darin, dass der Verkehr, dessen Behinderung der Kl. jenes Verfahrens geltend machte — nämlich die freie Ein- und Ausfahrt bei der Benutzung seiner Garage —, zu dem von der Straßenverkehrsordnung geregelt und in Bezug auf Sicherheit und Leichtigkeit geschützten öffentlichen Straßenverkehr gehörte, wenn das die Garage verlassende Fahrzeug bereits in der Ausfahrt öffentlichen Verkehrsgrund erreicht oder bei der Einfahrt noch nicht die öffentliche Straßenfläche verlassen hatte. Für diesen Fall hat das BVerwG entschieden, dass der Einzelne einen Anspruch auf Erlass eines verkehrsregelnden Verwaltungsakts zum Schutz seiner eigenen straßenverkehrsrechtlichen Belange und der verkehrlichen Nutzbarkeit seines Grundstücks haben kann. Es ging also nicht um die Frage, ob die Vorschrift auch den Vermögensinteressen des Betroffenen diene.

d. Ergebnis: Kein Vermögensschutzcharakter bei den einschlägigen StVO-Vorschriften

Da die in Betracht kommenden Normen schon keinen

Willen des Ordnungsgebers erkennen lassen, das Vermögen des Bauunternehmers zu schützen, gibt der vorliegende Fall keinen Anlass zu entscheiden, ob ein solcher Schutz durch die Ermächtigungsgrundlage des § 6 StVG gedeckt wäre.

2. Kein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 823 I BGB

Zutreffend haben die Vorinstanzen auch einen Anspruch der Kl. aus § 823 I BGB verneint. Zwar kann die Verletzung des Eigentums an einer Sache nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache erfolgen, etwa wenn ein Fahrzeug jede Bewegungsmöglichkeit verliert und seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen wird (vgl. BGHZ 55, 153 [159] = NJW 1971, 886). Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn wie hier ein Fahrzeug nur wenige Stunden an der konkret geplanten Weiterfahrt gehindert und dadurch seine wirtschaftliche Nutzung vorübergehend eingeengt wird (vgl. BGHZ 86, 152 [154f.] = NJW 1983, 2813).

3. Kein Schadensersatzanspruch der Kl. wegen Verletzung ihres eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs

Auch ein Anspruch der Kl. aus Verletzung ihres eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist nicht gegeben. Ein solcher Anspruch kommt nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigung unmittelbar in den Bereich des Gewerbebetriebs eingreift, also betriebsbezogen ist und nicht von diesem ohne weiteres ablös-

bare Rechte betrifft. Dabei kann das Erfordernis der Betriebsbezogenheit sinnvoll nur dahin verstanden werden, dass der Eingreifende solche Verhaltenspflichten verletzt haben muss, die ihm im Hinblick auf das besondere Schutzbedürfnis des Gewerbebetriebs oblagen. Es ist nämlich nicht der Sinn dieses besonderen Rechtsinstituts, dem Gewerbetreibenden einen Schadensersatzanspruch für solche Vermögensschäden zu gewähren, die ein anderer unter sonst gleichen Umständen ersatzlos hinnehmen müsste, im Streitfall also eine vorübergehende Behinderung des Gemeingebrauchs an einer Straße. Dieser Grundsatz darf nicht auf dem Umweg über den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs außer Kraft gesetzt werden. Deshalb ist auch eine spezifische Betriebsbezogenheit eines solchen Eingriffs zu verneinen. An dieser fehlt es, wenn auch jeder andere Rechtsträger einer entsprechenden Behinderung ausgesetzt sein kann und sie dann nach den das Haftungsrecht prägenden wertenden Zurechnungsgrundsätzen entschädigungslos hinnehmen müsste. Das aber ist bei einer vorübergehenden Behinderung der Straßenbenutzung der Fall (vgl. Senat, VersR 1977, 965 [967]; vgl. auch BGHZ 55, 153 [160] = NJW 1971, 886; BGHZ 86, 152 [156ff.] = NJW 1983, 2313 jew. m. w. Nachw.).

4. Kein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 826 BGB

Die vom BerGer. festgestellten Umstände geben keinen Anlass zu prüfen, ob eine absichtliche Blockade von Bauarbeiten eine sittenwidrige Schädigung des Bauunternehmers nach § 826 BGB darstellen könnte.

Standort: GoA

Problem: Erstattung zugunsten der Polizei

BGH, URTEIL VOM 13.11.2003
III ZR 70/03 (NJW 2003, 513)

Problemdarstellung:

Der kl. Freistaat Bayern macht gegenüber der Bekl. Erstattungs- und Schadensersatzansprüche aus GoA und unerlaubter Handlung geltend. Die Bekl. betreibt einen Viehhandel, bei dem u.a. der Angestellte S bei Tiertransporten arbeitet. Bei einem solchen Tiertransport im Jahre 1997 konnte sich ein Jungrind losreißen und musste schließlich von der Polizei erschossen werden, wodurch der Polizist ein Knalltrauma erlitt und dienstunfähig erkrankte. Der Kl. verlangt nun Ersatz für die aufgewendeten Heilbehandlungskosten sowie den Dienstausschaden.

In Übereinstimmung mit dem BerGer. lehnt der BGH

eine Anwendbarkeit des GoA-Rechts (§§ 677 ff. BGB) im vorliegenden Fall ab. Zwar können - nach gefestigter, aber teilweise kritizierter Rechtsprechung - grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen und Verwaltungsträgern die §§ 677 ff. BGB zur Anwendung kommen, selbst bei Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Pflichten. Jedoch bilden im vorliegenden Fall die Vorschriften zum bayrischen Polizei- und Kostenrecht eine abschließende Sonderregelung, sodass ein Rückgriff auf die GoA-Vorschriften unzulässig ist. Selbst wenn man auf die Person des handelnden Polizisten abstellt und nicht auf das Land Bayern selbst, kommt eine GoA-Anwendung nicht zum Zuge. Die Annahme einer (privatrechtlichen) Geschäftsführung ohne Auftrag in der Person des Polizeibeamten scheidet schon daran, dass dieser dann im Zusammenhang mit der Durchführung seiner polizeili-

chen Aufgabe und actu eine Handlung als Organ des Staates wie auch eine ihm als „Privatmann“ zuzurechnende Handlung begangen haben müsste. Eine dienstliche Tätigkeit des Beamten kann aber nicht zugleich eine private Tätigkeit desselben sein. Ein Beamter handelt entweder in Ausübung seines Dienstes, also als Staatsorgan, oder als Privatmann.

Hinsichtlich der Ablehnung einer deliktischen Haftung gem. §§ 831, 833 BGB durch das BerGer. wegen ausreichender Exkulpation der Bekl. erkennt der BGH einen Verfahrensfehler an, der zur Urteilsaufhebung und Zurückverweisung führt. Denn auf das entlastende Sachverständigengutachten hatte die Bekl. nach den bisherigen Feststellungen nicht ausreichend Bezug genommen, um sich den Inhalt zu eigen zu machen.

Prüfungsrelevanz:

Zum Zwecke der Examensvorbereitung stellt dieses Urteil eine ideale Lektüre dar, da es auf interessante Weise Probleme des öffentlichen Rechts (Kostenerstattung für Polizeimaßnahmen) mit denen des Zivilrechts (GoA, Deliktsrecht) vermengt. Dabei gehören gerade die zivilrechtlichen Bereiche der GoA und des Deliktsrechts zu den prüfungsrelevanten Themengebieten, die von jedem Examensprüfling beherrscht werden müssen.

Zwar konnte sich der BGH in diesem Fall nicht zu der Kritik an seiner Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der GoA (§§ 677 ff. BGB) im Verhältnis zwischen Privatpersonen und Verwaltungsträgern letztlich äußern, aber er stellte zumindest insofern klar, dass das öffentliche Kosten- und Polizeirecht ggf. eine abschließende Regelung enthält und damit aufgrund von Exklusivität das GoA-Recht ausschließt. Bezüglich des Deliktsrechts stellt der BGH klar, dass sich der Bekl. auf die Exkulpationsmöglichkeiten, die ihm u.a. die Vorschriften von §§ 831, 833 BGB bieten, unmissverständlich im Prozess berufen muss.

Vertiefungshinweis:

Zur GoA im öffentlichen Recht: *OVG Bautzen*, NVwZ-RR 2003, 475

Kursprogramm:

Examenskurs: „Großeinkauf mit Hindernissen“

Leitsätze:

1. Die Vorschriften des bayerischen Polizeirechts über die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme (Art. 9 BayPAG) und die Ersatzvornahme (Art. 55 BayPAG) einschließlich der dazugehö-

renden Bestimmungen über die Erhebung von Kosten (Gebühren und Auslagen) enthalten eine erschöpfende Sonderregelung, die in diesem Bereich einen Anspruch des Trägers der Polizei aus Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließt.

2. Ein Polizeibeamter, der in dienstlicher Eigenschaft hoheitlich tätig wird, kann nicht zugleich (in seiner Person) das bürgerlich-rechtliche Geschäft eines Dritten führen.

Sachverhalt:

Die Bekl., die einen Viehhandel betreibt, ließ am 10. 11. 1997 durch den bei ihr angestellten S drei ihr gehörende Jungrinder zu dem Landwirt H in W., Ortsteil D., transportieren. Beim Abladen von dem Viehtransporter riss sich eines der Rinder los und rannte weg. Es durchschwamm den Main und gelangte auf die Autobahn, wo es einen Unfall mit einem Pkw verursachte, floh anschließend in die umliegenden Felder, kehrte aber nach kurzer Zeit wieder auf die Autobahn zurück. Als die über Funk herbeigerufene Polizei eintraf, befand sich das Rind auf der Autobahn im Bereich der Mittelleitplanke. Die beiden Polizeibeamten versuchten zunächst, das Tier von der Autobahn zu vertreiben. Als dies nicht gelang, schoss der Polizeihauptwachmeister M mehrfach mit seiner Dienstpistole aus dem geöffneten Fenster der Beifahrerseite des Streifenwagens auf das Rind, bis dieses tödlich getroffen zusammenbrach. Der Polizeibeamte erlitt hierbei ein Knalltrauma an beiden Ohren. Er war wegen dieser Verletzung bis zum 30. 11. 1997 arbeitsunfähig krank. Der kl. Freistaat macht gegen die Bekl. unter Berufung auf eine Abtretungserklärung des Geschädigten sowie auf eigen Rechtsübergang nach Art. 96 des Bayerischen Beamtengesetzes (BayBG) Erstattungs- bzw. Schadensersatzansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und aus unerlaubter Handlung (Haftung für den Verrichtungsgehilfen und Tierhalterhaftung) geltend, und zwar neben den von ihm aufgewendeten Heilbehandlungskosten von 9016,32 DM einen „Dienstausfallschaden“ in Höhe von 3116,82 DM. Das LG hat die Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von 12 133,14 DM zuzüglich Zinsen verurteilt und darüber hinaus festgestellt, dass die Bekl. dem Kl. den weiteren dadurch entstandenen oder noch entstehenden Schaden zu ersetzen habe, dass der Kl. wegen des Schadensfalls Leistungen an den verletzten Polizeibeamten direkt oder an Dritte noch zu erbringen habe. Das OLG hat auf die Berufung der Bekl. die Klage abgewiesen, jedoch gegen sein Urteil die Revision zugelassen, „soweit es um die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag geht“. Der BGH gab der Revision des Kl. statt und

verwies den Rechtsstreit an das BerGer. zurück.

Aus den Gründen:

A. Zum Umfang der Prüfungskompetenz des BGH in der Revision

Die Revision des Kl. eröffnet eine uneingeschränkte Überprüfung des angefochtenen Urteils. Selbst wenn das BerGer. eine Zulassungsbeschränkung hätte aussprechen wollen, wäre diese unwirksam, weil die Zulassung der Revision grundsätzlich auf den prozessualen Anspruch (Streitgegenstand) bezogen und die Beschränkung auf einzelne rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte unwirksam ist (vgl. BGHZ 101, 276 [278f.] = NJW 1987, 2586; BGH, ZIP 2003, 1240). Mit diesem Grundsatz wäre es zwar vereinbar, die Zulassung der Revision auf einzelne von mehreren selbstständigen prozessualen Ansprüchen oder auf Teile eines Anspruchs zu begrenzen, wenn und soweit eine Entscheidung durch Teil- oder Grundurteil zulässig wäre, nicht jedoch die Beschränkung auf einzelne reine Rechtsfragen (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 543 Rdnrn. 19ff., 22f.).

B. Entscheidung des BGH in der Revision

In der Sache führt die Revision zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer. Zwar hat das BerGer. den Klageanspruch rechtsfehlerfrei unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag verneint, die Ablehnung des Anspruchs aus Delikt (Haftung für den Verrichtungsgehilfen und Tierhalterhaftung) ist jedoch mit einem Verfahrensfehler behaftet.

I. Zum Anspruch aus §§ 683, 670 BGB (GoA)

Das BerGer. hält - anders als das LG — Erstattungsansprüche aus § 683 S. 1 i. V. mit § 670 BGB ("in der Person des verletzten Polizeibeamten") nicht für gegeben: Gegen die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag bei einer Fallgestaltung, wie sie hier vorliegt, werde vorgebracht: Erstens fehle es an einer Fremdheit des Geschäfts, wenn und soweit eine öffentlich-rechtliche Handlungspflicht bestehe. Zweitens schließe das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Handlungspflicht den gem. § 677 BGB erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen aus, denn das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Handlungspflicht verhindere die von § 683 BGB vorausgesetzte Unterordnung unter den Willen des „Geschäftsherrn“. Drittens sei der auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Handlungspflicht tätig werdende Verwaltungsträger dem Geschäftsherrn gegenüber gem. § 677 BGB auch ohne Auftrag „sonst“ zur Geschäftsführung „berechtigt“. Vor allem

die beiden letzteren Argumente hält das BerGer. für überzeugend. Vorliegend mache der kl. Freistaat geltend, Polizeihauptwachtmeister M sei als Polizeivollzugsbeamter auf Grund und unter Beachtung der Vorschriften des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG). tätig geworden. Dann sei er auch zu seinem Vorgehen im Verhältnis zur Bekl. „sonst berechtigt“ i. S. des § 677 BGB gewesen und habe sich wegen seiner Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes auch nicht einem (gegebenenfalls davon abweichenden) wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Bekl. als „Geschäftsherrn“ i. S. des § 683 Satz 1 BGB unterwerfen können. Darüber hinaus erscheine es zweifelhaft, ob in der vorgeschilderten Situation ausgehend von einem objektiv (auch) fremden Geschäft wie üblich der Fremdgeschäftsführungswille vermutet werden könne oder ob dies für die Fälle der Hilfeleistung durch Polizeivollzugsbeamte „gerade nicht“ gelte. Bei Richtigkeit der letzteren Auffassung ließe sich ein Fremdgeschäftsführungswille des Polizeihauptwachtmeisters M im vorliegenden Fall nicht feststellen; Auf die Äußerung des Landwirts H vor der Tötung des Rindes, das Tier müsse erlegt werden, es sei nicht mehr möglich, es einzufangen, käme es hierbei nicht an, denn „Geschäftsherr“ wäre nicht H, sondern die Bekl. gewesen.

Diese Ausführungen werden von der Revision vergeblich angegriffen.

1. Zur Anwendbarkeit des GoA-Rechts zwischen Privatpersonen und Verwaltungsträgern

Die §§ 677ff. BGB sind nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Verwaltungsträgern und Privatpersonen anwendbar (s. die Hinweise bei Seiler, in: MünchKomm, 3. Aufl., Vorb. § 677 Rdnrn. 23 ff., 31 f.). Die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag der Verwaltung für den Bürger verbietet sich nicht einmal dann ohne weiteres, wenn die öffentliche Hand bei dem betreffenden Vorgang hauptsächlich zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten tätig geworden ist (vgl. BGHZ 40, 28 = NJW 1963, 1825; BGHZ 63, 167[169f.] = NJW 1975, 207, jeweils für den Einsatz der Feuerwehr; hierzu auch VGH München, BayVBl 1979, 621 [6231; BGH, NJW 1969, 1205, und BGHZ 65, 384 = NJW 1976, 748, jeweils zur Bergung von einem Schiff verlorengegangener, für die Schifffahrt gefährlicher Gegenstände durch den Eigentümer der öffentlichen Wasserstraße; BGHZ 65, 354 [357ff.] = NJW 1976, 619, zur Beseitigung von Straßenverschmutzungen, die von einem Anlieger herrühren, durch die Straßenbaubehörde). Gegen diese Rechtsprechung wird von einem erhebli-

chen Teil des Schrifttums insbesondere eingewandt, soweit eine Behörde eine eigene gesetzlich zugewiesene Aufgabe (Pflicht zum Tätigwerden) nach öffentlichem Recht wahrnehme, bestimme sich ihre Handlungsweise ausschließlich nach diesem Recht und könne nicht zugleich privatrechtlicher Natur sein (vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 468ff., 471 ff., 474; Scherer, NJW 1989, 2724 [2728 f.]; Wolff/Bachof/Stober, VerwR II, §. 55 Rdnr. 14), die Anwendung der privatrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag würde die geltenden Verwaltungsvollstreckungsgesetze und die bestehenden polizeilichen Eingriffs- und Kostenersatznormen als Spezialregelungen unterlaufen (vgl. Erichsen, in: ders./Ehlers, Allg. VerwR, 12. Aufl., § 29 Rdnr. 14; Seiler, in: MünchKomm., Vorb. § 677 Rdnr. 31; Bamberger, JuS 1998, 706 [709]; w. Nachw. bei Ossenbühl, StaatshaftungsR, 5. Aufl., 5. 343), und jedenfalls bei einem Einschreiten der Polizei auf Grund ihrer Eilkompetenz zur Gefahrenabwehr sei sie dem Störer gegenüber zur Geschäftsbesorgung i. S. des § 677 BGB in sonstiger Weise „berechtigt“ und auch ein Fremdgeschäftsführungswille im Sinne einer Unterordnung unter den Willen des Störers komme nicht in Betracht (Erichsen, § 29 Rdnr. 17; Wolff/Bachof/Stober, § 55 Rdnr. 14). Der vorliegende Fall gibt keine Veranlassung, auf diese grundsätzlichen Einwände umfassend einzugehen. Der Streitfall nötigt auch nicht dazu, allgemein auf die — in BGHZ 63, 167 [170] = NJW 1975, 207, ausdrücklich offen gelassene — Frage einzugehen, inwieweit der für eine bürgerlich-rechtliche Geschäftsführung ausschlaggebende Wille, ein fremdes Geschäft zumindest mitzubesehen, auch beim unmittelbaren Eingreifen der Polizei und anderer Ordnungsbehörden angenommen werden kann.

2. Abschließende Sonderregelung im Polizei- und Kostenrecht gegenüber der GoA

Denn selbst wenn und soweit es möglich sein sollte, über die bloße Hilfeleistung zu Gunsten privater Interessen hinausgehendes hoheitliches Handeln der Polizei - selbst das unmittelbare Einschreiten gegen einen Dritten als polizeilichen Störer, sogar, wie hier, verbunden mit der Vernichtung von Eigentum desselben — zugleich als Fremdgeschäftsführung im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu begreifen, wären Aufwendungsersatzansprüche aus §§ 683, 670 BGB durch die diesbezüglich im bayerischen Polizei- und Kostenrecht enthaltene Sonderregelung ausgeschlossen.

a. Anwendbarkeit und Ausschließlichkeit des Polizei- und Kostenrechts im vorliegenden Fall

Vorliegend dienen die Maßnahmen der Polizei ein-

schließlich der von dem Polizeihauptwachtmeister M abgegebenen Schüsse der Abwehr von Gefahren, die der öffentlichen Sicherheit durch das entlaufene Rind drohten. Die Bekl. war als Eigentümerin für diesen Zustand polizeirechtlich verantwortlich (Zustandsstörer; vgl. Art. 8 II 1 BayPAG). Da die Polizei die Gefahr nicht durch Inanspruchnahme des für die Störung nach Art. 8 BayPAG Verantwortlichen abwehren konnte, durfte sie die erforderlichen Maßnahmen selbst unmittelbar ausführen (Art. 9 I BayPAG).

Gemäß Art. 9 II 1 BayPAG werden für die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme von den (unter anderem) nach Art. 8 BayPAG Verantwortlichen Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Diese Bestimmung entspricht der Regelung für den Fall der polizeilichen Ersatzvornahme, wenn der Polizeipflichtige eine ihm aufgegebene Handlungspflicht nicht erfüllt (Art. 55 I 2 BayPAG). Nach der auf der Grundlage des Art. 76 S. 3 BayPAG erlassenen Polizeikostenverordnung werden abweichend von dem im Übrigen geltenden (Art. 9 II 2, 55 I 3 BayPAG) bayerischen Kostengesetz bestimmte Gebühren für die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme und für die Ausführung einer Ersatzvornahme erhoben. Einzelne der im Kostengesetz als erstattungsfähig aufgeführten Auslagen werden in der Polizeikostenverordnung als durch die aufgeführten Gebühren abgegolten bezeichnet. Das Kostengesetz erklärt im Übrigen Amtshandlungen, die von der Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 2 BayPAG vorgenommen worden sind, von bestimmten einzelnen Ausnahmen abgesehen, für kostenfrei, „soweit nichts anderes bestimmt ist“ (Art. 3 I Nr. 10 BayKostG).

In diesen ineinander greifenden Bestimmungen liegt eine lückenlose Regelung des Rückgriffs der Polizei auf den Störer. Diese deckt sachlich auch den gesamten Bereich des „Aufwendungsersatzes“ für einen solchen Einsatz ab, der - da die Polizei im Fall der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme wie auch im Fall der Ersatzvornahme regelmäßig eine Aufgabe vornimmt, die an sich dem Störer obliegt - in diesen Fällen aus polizeirechtlicher Sicht grundsätzlich ebenso umfassend in den Blick zu nehmen war wie ihn das bürgerliche Recht für die Geschäftsführung ohne Auftrag vorsieht. Damit liegt eine die vorliegende Fallgruppe abschließende Regelung vor (so schon BayObLGZ 1968, 200 für Art. 58 BayPAG a. F.), die zugleich in diesem Regelungsbereich inhaltlich den Ersatz von „Aufwendungen“ auch im Sinne des Ersatzes von (Gesundheits-)Schäden, wie ihn die Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 670 BGB anerkannt hat (BGHZ 33, 251 [257] = NJW 1961, 359; BGHZ 38; 270 [277] = NJW 1963, 390), ausschließt.

b. Keine Überleitung von GoA-Ansprüchen aus abgetretenem Recht

Ausgehend hiervon lässt sich der von dem Kl. (Freistaat Bayern) geltend gemachte Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB aber auch nicht dadurch begründen, dass der Kl. diesen Anspruch statt aus eigenem Recht aus übergegangenem Recht des bei seinem Einsatz verletzten Polizeibeamten M herleitet, der hierbei als maßgeblicher „Geschäftsführer“ ein (privates) Geschäft — auch — für die Bekl. als Eigentümerin des im Bereich der Bundesautobahn herumirrenden Rindes geführt habe (vgl. die ähnliche rechtliche Einordnung in BayObLGZ 1968, 200 [204 ff.]).

Die Annahme einer (privatrechtlichen) Geschäftsführung ohne Auftrag in der Person des Polizeibeamten scheidet schon daran, dass dieser dann im Zusammenhang mit der Durchführung seiner polizeilichen Aufgabe *uno actu* eine Handlung als Organ des Staates wie auch eine ihm als „Privatmann“ zuzurechnende Handlung begangen haben müsste. Eine dienstliche Tätigkeit des Beamten kann aber nicht zugleich eine private Tätigkeit desselben sein. Ein Beamter handelt entweder in Ausübung seines Dienstes, also als Staatsorgan, oder als Privatmann — sei es auch „bei Gelegenheit“ der Ausübung seines Dienstes (vgl. Maurer, JuS 1970, 61 [566]). Das dienstliche Handeln des Polizeibeamten ist immer dem Staat, der durch seine Organe handelt, zuzurechnen.

II. Zum Anspruch aus §§ 823 I, 831 I 1, 833 BGB

1. Entscheidung und Begründung zur Ablehnung einer solchen deliktischen Haftung der Bekl.

Das BerGer. verneint auch einen (gegebenenfalls von dem Polizeihauptwachtmeister M auf den Kl. übergegangenem) Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. aus § 831 I i. V. m. § 823 I BGB (Haftung für den Verrichtungsgehilfen) und aus § 833 BGB (Tierhalterhaftung).

Zu der ersteren Anspruchsgrundlage entnimmt es der durchgeführten Beweisaufnahme, dass die Bekl. bei der Auswahl des Zeugen S zu ihrem Verrichtungsgehilfen die erforderliche Sorgfalt beachtet habe (§ 831 I 2 BGB). Der Zeuge S führe nach seinen glaubhaften Angaben seit circa 30 Jahren Viehtransporte für die Bekl. bzw. ein früheres Unternehmen unter einer Einzelfirma durch, und zwar monatlich etwa 100 bis 110 Stunden; er transportiere dabei alle Arten von Vieh, nämlich Bullen, Kühe und Schweine. Größere Zwischenfälle seien ihm dabei noch nicht passiert. Auch sonst habe der Zeuge nach der Gesamtheit seiner Ausführungen einen kompetenten und erfahrenen Eindruck auf dem betreffenden Gebiet gemacht.

Hinsichtlich der anderen Anspruchsgrundlage sieht das BerGer. zwar den Tatbestand des § 833 S. 1 BGB als gegeben an, weil die Verletzung des Polizeihauptwachtmeisters M bei Abgabe der Schüsse aus seiner Dienstpistole adäquat kausal durch das später getötete Rind, dessen „Halter“ die Bekl. war, herbeigeführt worden sei. Die Ersatzpflicht der Bekl. trete aber gem. § 833 S. 2 BGB nicht ein, denn es habe sich bei dem entlaufenen Rind um ein Haustier gehandelt, das der Erwerbstätigkeit der Bekl. zu dienen bestimmt gewesen sei, und es sei — wie das BerGer. unter Erörterung des Ergebnisses der Beweisaufnahme einschließlich eines Sachverständigengutachtens näher ausführt — bewiesen, dass die Bekl. als Tierhalterin bei der Beaufsichtigung desselben die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Soweit seitens des Kl. im Zusammenhang mit der mündlichen Anhörung des Sachverständigen Zweifel an der Verwendung eines Kopfstricks durch den Zeugen S zum Ausdruck gebracht worden seien, sei dies unbeachtlich, weil der Kl. selbst mit Schriftsatz vom 16. 1. 2001 vorgebracht habe: „Der Zeuge S konnte das Rind am Kopfstrick nicht mehr festhalten ...“. Dies stelle ein vorweggenommenes Geständnis dar, das seine Wirkung auch für das Berufungsverfahren behalten habe. Ein Widerruf dieses Geständnisses durch den Kl. sei nicht erfolgt; die Voraussetzungen für einen wirksamen Widerruf des Geständnisses lägen auch nicht vor.

2. Verfahrensfehler des BerGer. hinsichtlich des angenommenen Geständnisses

Die Revision erhebt gegen die Würdigung des BerGer. zur Exkulpation der Bekl. gem. §§ 831 I 2, 833 S. 2 BGB mehrere Beanstandungen, auf die hier nicht umfassend eingegangen zu werden braucht. Das BerGer. hat in der neuen Berufungsverhandlung Gelegenheit, sich mit diesen Rügen der Revision zu befassen. Jedenfalls ist die Argumentation des BerGer., was das von ihm angenommene Geständnis des Kl. hinsichtlich der Verwendung eines Kopfstricks durch die Bekl. angeht, verfahrensfehlerhaft.

a. Frage nach der prozessualen Einführung des Sachvortrags zum „Kopfstrick“

Der (erstmalig) im Berufungsverfahren eingeschaltete Sachverständige Dr. P hat in seinem Gutachten vom 22. 7. 2002 ausgeführt, bei Rindern in dem betreffenden Alter sei das Anlegen von „Kopfstricken“ die ausschließliche und ausreichende Methode, um die Tiere sicher anzubinden und zu führen. Die Ausgestaltung eines solchen „Kopfstricks“ — der wie ein Halfter angelegt wird — hat der Sachverständige durch Kopien aus einem Lehrbuch näher verdeutlicht. Bei sei-

ner Anhörung in der Verhandlung vor dem BerGer. am, 9. 12. 2002 hat er hierzu ergänzt, der Begriff „Kopfstrick“ werde mit „Halfterstrick“ und „Strickhalfter“ synonym verwendet; das Anlegen um die Hörner oder den Hals könnte nur dazu dienen, das Tier festzuhalten.

Angesichts dieses Verfahrensablaufs, der dafür spricht, dass der Begriff des Kopfstricks im vorliegenden Prozess in seiner eigentlichen, „technischen“ (prozessrelevanten) Bedeutung erst im Laufe des Berufungsverfahrens herausgearbeitet worden ist, bestehen durchgreifende Bedenken, ob der vom BerGer. zitierte Vortrag des Kl. in dem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 16. 1. 2001 („S konnte das Rind am Kopfstrick nicht mehr festhalten ...“) schon in dem erst später problematisierten „technischen“ Sinne zu verstehen war — und nicht einfach als ein (begrifflich wenig präzises) Aufgreifen der Darstellung in der (zu diesem Punkt ebenso unpräzisen) Klageerwidlungsschrift der Bekl. vom 20. 12. 2000, wonach es dem Zeugen S nicht gelungen war, das Tier „am um den Hals gelegten Seil“ festzuhalten.

b. Kein substantieller Vortrag der Bekl. zum „Kopfstrick“

Darüber hinaus ergibt sich weder aus dem Tatbestand

des Urteils des LG oder dem des Berufungsurteils, noch ist sonst festgestellt, dass die Bekl. den genannten Vortrag des Kl. aus dem Schriftsatz vom 16. 1. 2001 speziell zum „Kopfstrick“ aufgegriffen und sich zu Eigen gemacht hätte. Eine solche Übernahme des Klägervortrags durch die Beklagten-Seite wäre aber erforderlich gewesen, um zu Lasten des Kl. eine Bindungswirkung als (vorweggenommenes) Geständnis zu erzeugen (Zöller/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 288 Rdnr. 3a). Bloßes Nichtbestreiten begründet regelmäßig noch keine Bindungswirkung, so dass auch der Hinweis der Revisionserwidrung auf eine (von ihr als möglich erachtete) diesbezügliche „Einigkeit zwischen den Parteien“ nicht weiterführt.

3. Ergebnis

Da nicht auszuschließen ist, dass die Würdigung des BerGer. zu den deliktischen Schadensersatzansprüchen (§ 831 i. V. mit § 823 I BGB; § 833 BGB) ohne das von ihm (fehlerhaft) zu Grunde gelegte Geständnis des Kl. hinsichtlich der Verwendung eines Kopfstricks beim Transport des entlaufenen Rindes anders ausgefallen wäre, kann sein klageabweisendes Urteil insoweit keinen Bestand haben. Hierzu bedarf es einer neuen Prüfung durch den Tatrichter.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Deliktsfähigkeit des Kindes im Straßenverkehr

AG SINSHEIM, URTEIL VOM 30.10.2003
4 C 196/03 (NJW 2004, 453)

Problemdarstellung:

Der Kl. begehrt von dem siebenjährigen Bekl. Schadensersatz, da dieser mit seinem Fahrrad auf einer abschüssigen Straße gegen das geparkte Fahrzeug des Kl. prallte und erhebliche Beschädigungen verursachte; ein rechtzeitiges Abbremsen war dem Bekl. nicht möglich, da er die Füße nicht auf den Pedalen hatte und die Rücktrittsbremse nicht bedienen konnte.

Das Amtsgericht hat eine deliktische Haftung des Bekl. bejaht, wobei es zu seinen Lasten nicht die privilegierende Vorschrift von § 828 II BGB zur Anwendung kommen ließ. Nach dieser Norm ist, wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Jedoch kann nach Sinn und Zweck der Vorschrift diese keine Anwendung finden, wenn der Schaden ohne Mitwirkung der typischerweise von einem

Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren entstanden ist. Durch die Norm ist daher die Haftung von Kindern in den Fällen ausgeschlossen, in denen auf Grund dieser spezifischen Gefahren des Straßenverkehrs ein Schaden entsteht. Solche spezifische Gefahren liegen nicht vor, wenn, wie im vorliegenden Fall, das Kind mit einem Fahrrad auf ein parkendes Fahrzeug auffährt. Denn insoweit hat sich keine Gefahr realisiert, die mit den besonderen Anforderungen im fließenden Verkehr zusammenhängt. Es darf insofern auch keinen Unterschied machen, ob das Kind mit seinem ungebremsten Fahrrad auf ein geparktes Fahrzeug oder sonstige Objekte auffährt.

Auch nach § 828 III BGB kann eine mangelnde Deliktsfähigkeit des Bekl. nicht bejaht werden, da diese Vorschrift stellt allein auf diese intellektuelle Fähigkeit ab, nicht auch auf die individuelle Steuerungsfähigkeit, sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten. Diese Einsicht war beim Bekl. im vorliegenden Fall vorhanden. Das Gericht ist nach seiner Anhörung im Termin davon überzeugt, dass sich der Bekl. altersgemäß entwickelt hat und die Fähigkeit besaß, beim Fahrradfahren entsprechende Gefahren zu erkennen.

Prüfungsrelevanz:

Mit der Schadensersatznovelle zum 01.08.2002 wurde hinsichtlich der Deliktsfähigkeit von Kindern im Straßenverkehr der Absatz 2 in § 828 BGB eingefügt. Nach dieser Norm ist, wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebbahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise den gesteigerten Anforderungen an das Straßenverkehrsverhalten aller insofern Rechnung tragen, als dass Kinder unter zehn Jahren regelmäßig mit dem heutigen Straßenverkehr überfordert sind. Das Gesetz trägt mit dieser Regelung dem Umstand Rechnung, dass Kinder im Alter zwischen dem siebenten und dem zehnten Lebensjahr grundsätzlich noch nicht in der Lage sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßen- und Bahnverkehrs zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten. Dies liegt insbesondere daran, dass sie Geschwindigkeiten und Abstände schlecht einschätzen und nicht ausreichend schnell und sicher auf plötzliche Veränderungen von komplexen Verkehrssituationen reagieren können.

Dieses Urteil ist für die Examensvorbereitung lesenswert, weil es zum einen neues Recht prüft, was immer wieder auch sogleich von den Justizprüfungsämtern aufgegriffen wird, und zum anderen die teleologischen Grenzen der Haftungsprivilegierung von Kindern im Straßenverkehr gem. § 828 II BGB aufzeigt (vgl. Palandt/Thomas, § 828 BGB Rz. 3).

Vertiefungshinweise:

Zur Deliktsfähigkeit Minderjähriger: *AG Ahaus*, NJW-RR 2003, 1184; *Wagner*, NJW 2002, 2049

Kursprogramm:

Examenskurs: "Flugreise eines Minderjährigen"

Leitsatz (der Redaktion):

§ 828 II BGB findet dann keine Anwendung, wenn der Schaden ohne Mitwirkung der typischerweise von einem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren entstanden ist.

Sachverhalt:

Der Kl. macht gegen den Bekl. Schadensersatzansprüche aus einem Fahrradunfall geltend, der sich am 23. 3. 2003 in E. ereignete. Der Kl. ist Eigentümer eines Pkw. Am Unfalltag war dieses Fahrzeug vor einem Haus in E. abgestellt. Die Straße liegt in einem ruhigen Wohngebiet und wird in der Regel nur von Anwohnern bzw. deren Besuchern frequentiert. Der Bekl., der zu

diesem Zeitpunkt sieben Jahre und knapp neun Monate alt war, fuhr mit seinem Fahrrad auf dem Gehweg, der an dieser Stelle leicht abschüssig ist, und prallte, da er die Füße nicht auf den Pedalen hatte und die Rücktrittsbremse nicht bedienen konnte, auf das Fahrzeug des Kl., das hierdurch im Heckbereich erheblich beschädigt wurde. Das AG hat der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen:**A. Deliktische Schadensersatzhaftung des Bekl. gem. § 823 I BGB**

Dem Kl. steht gegen den Bekl. dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB zu. Denn der Bekl. hat durch sein objektiv fahrlässiges Verhalten rechtswidrig das Eigentum des Kl. beschädigt. Indem er auf der abschüssigen Straße mit seinem Fahrrad nicht rechtzeitig bremste, verursachte er den Zusammenstoß mit dem Fahrzeug des Kl., wobei dieses am Heck beschädigt wurde.

B. Kein Haftungsausschluss wegen mangelnder Deliktsfähigkeit des Bekl. gem. § 823 II BGB

Eine Haftung des Bekl. ist nicht gem. § 828 II 1 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Norm ist, wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebbahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Hier ist der Bekl. mit seinem Fahrrad auf das geparkte Kraftfahrzeug des Kl. aufgefahren, so dass nach dem reinen Wortlaut eine Anwendung dieser Norm in Betracht kommt. Jedoch kann nach Sinn und Zweck der Vorschrift diese keine Anwendung finden, wenn der Schaden ohne Mitwirkung der typischerweise von einem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren entstanden ist (vgl. Palandt/Thomas, BGB, 62. Aufl., § 828 Rdnr. 3).

I. Sinn und Zweck dieser Haftungsregelung

Das Gesetz trägt mit dieser Regelung dem Umstand Rechnung, dass Kinder im Alter zwischen dem siebenten und dem zehnten Lebensjahr grundsätzlich noch nicht in der Lage sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßen- und Bahnverkehrs zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten. Dies liegt insbesondere daran, dass sie Geschwindigkeiten und Abstände schlecht einschätzen und nicht ausreichend schnell und sicher auf plötzliche Veränderungen von komplexen Verkehrssituationen reagieren können. Durch die Norm ist daher die Haftung von Kindern in den Fällen ausgeschlossen, in denen auf Grund dieser spezifischen Gefahren des Straßenverkehrs ein Schaden

entsteht.

II. Teleologische Reduktion im vorliegenden Fall

Solche spezifische Gefahren liegen nicht vor, wenn, wie im vorliegenden Fall, das Kind mit einem Fahrrad auf ein parkendes Fahrzeug auffährt. Denn insoweit hat sich keine Gefahr realisiert, die mit den besonderen Anforderungen im fließenden Verkehr zusammenhängt. Vielmehr ist das Kind mit dem Fahrrad auf einen feststehenden Gegenstand aufgefahren, ohne dass sich hierbei die typischen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs ausgewirkt haben. Es wäre mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar, wenn beim Aufprall auf ein stehendes Hindernis die Frage des Haftungsausschlusses davon abhängen würde, ob es sich bei der beschädigten Sache zufällig um ein Kraftfahrzeug oder aber einen anderen Gegenstand, wie beispielsweise eine Straßenlaterne, einen Zaun oder Ähnliches handelt.

C. Kein Haftungsausschluss wegen mangelnder Deliktsfähigkeit des Bekl. gem. § 828 III BGB

Auch ist die subjektive Verantwortlichkeit des Bekl. gem. § 828 III BGB gegeben. Die Verantwortlichkeit nach dieser Vorschrift ist dann zu bejahen, wenn das Kind die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzt, die es dafür befähigt, das Un-

recht seiner Handlung und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst eintreten zu müssen. Die Vorschrift stellt allein auf diese intellektuelle Fähigkeit ab, nicht auch auf die individuelle Steuerungsfähigkeit, sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten (vgl. Palandt/Thomas, § 828 Rdnr. 6).

Diese Einsicht war beim Bekl. im vorliegenden Fall vorhanden. Das Gericht ist nach seiner Anhörung im Termin davon überzeugt, dass sich der Bekl. altersgemäß entwickelt hat und die Fähigkeit besaß, beim Fahrradfahren entsprechende Gefahren zu erkennen. So gab er an, dass er schon sein zweites Fahrrad habe und auch regelmäßig mit seinem Fahrrad fahre.

D. Verschulden des Bekl. in Form von Fahrlässigkeit

Der Bekl. hat auch subjektiv fahrlässig i. S. des § 276 I BGB gehandelt. Dabei ist zwar zu berücksichtigen, dass die Sorgfalt eines knapp achtjährigen Kindes nicht mit dem selben Maßstab gemessen werden kann, welcher an das Verhalten eines Erwachsenen anzulegen ist. Jedoch konnte der altersgemäß entwickelte Bekl. nach Auffassung des Gerichts ohne weiteres voraussehen, dass es auf einer abschüssigen Straße ohne ausreichendes Bremsen zu einem Zusammenstoß mit einem parkenden Fahrzeug kommen kann.

Standort: Bereicherungsrecht

Problem: Rückerstattung von Ausbildungskosten

BGH, URTEIL VOM 10.11.2003
II ZR 250/01 (NJW 2004, 512)

Problemdarstellung:

Die beiden Parteien schlossen einen Gesellschaftsvertrag zwecks Gründung eines gemeinschaftlichen Steuerberatungsbüros, wobei die Bekl. derzeit noch als Angestellte im Steuerberatungsbüro des Kl. als Bürovorsteherin tätig war. Der Gesellschaftsvertrag sollte mit Zulassung der Bekl. als Steuerberaterin wirksam werden. In der Folgezeit machte die Bekl. eine entsprechende Ausbildung, die der Kl. kostenmäßig übernahm und die Bekl. insoweit von der Diensttätigkeit freistellte. Nach Differenzen zwischen den Parteien wurde der Gesellschaftsvertrag vom Kl. gekündigt und verlangt nun klageweise die Rückerstattung der ausgelegten Ausbildungskosten.

In Übereinstimmung mit dem BerGer. lehnt der BGH zunächst einen entsprechenden Erstattungsanspruch aus Vertragsverletzung des Dienstverhältnisses (§ 280 I 1 BGB) ab. Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält keine Rückzahlungsvereinbarung hinsichtlich der Aus-

bildungskosten. Insoweit bestehen auch keine Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Die Bekl. war berechtigt, den Arbeitsvertrag jederzeit zu kündigen. Aus dem Arbeitsvertrag ergab sich auch keine Pflicht, unabhängig von der Kündigung die Bestellung zur Steuerberaterin alsbald zu beantragen.

Ein Leistungskondiktionsanspruch des Kl. gem. § 812 I 1 Alt. 1 oder S. 2 Alt. 1 BGB kommt ebenfalls nicht zum Zuge, da der Kl. zur Übernahme der Ausbildungskosten weder aus dem Arbeits- noch aus dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet war.

Jedoch bejaht der BGH - was das BerGer. zuvor übersehen hat - einen Anspruch aus Zweckverfehlungskondiktion gem. § 812 I 2 Alt. 2 BGB.

Der Kl. hat die Bekl. nicht nur für die Dauer der Lehrgänge im Rahmen der Steuerberaterausbildung von der Arbeitspflicht freigestellt, sondern auch sämtliche Kosten dieser Lehrgänge und die damit verbundenen Unterkunfts-, Verpflegungs- und Fahrtkosten getragen. Nach der Zusatzvereinbarung war zwar die Zulassung der Bekl. als Steuerberaterin Bedingung für das Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags. Eine

Pflicht des Kl., die damit verbundenen Kosten zu übernehmen, ergab sich daraus jedoch nicht. Andererseits war für die Bekl. offenkundig, dass der Kl. mit der Finanzierung ihrer Ausbildung den Zweck verfolgte, den Gesellschaftsvertrag wirksam werden zu lassen und damit eine Steuerberatersozietät mit ihr zu begründen. Die Bekl. hat durch die Annahme der Leistungen des Kl. im Rahmen der Ausbildung auch zu erkennen gegeben, dass sie die Zweckbestimmung des Kl. billigte. Infolge der Kündigung des Gesellschaftsvertrages kann der Zweck der vom Kl. erbrachten Leistung nicht mehr erreicht werden.

Prüfungsrelevanz:

Das Bereicherungsrecht gehört zu bei Studenten bzw. Referendaren unbeliebteren, aber dennoch prüfungsrelevanten Themengebieten des Zivilrechts. Die bereicherungsrechtliche Dogmatik erschließt sich dem Prüfling aufgrund der Zersplitterung in verschiedene Kondiktionstatbestände nicht unmittelbar. Dabei stellt gerade die in diesem Fall relevante Zweckverfehlungskondiktion gem. § 812 I 2 Alt. 2 BGB einen einzigartigen Bereicherungstatbestand dar (*condictio causa data causa non secuta*).

Danach ist der Empfänger einer Leistung zur Herausgabe verpflichtet, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Der „Zweck“ darf einerseits nicht Gegenstand der vertraglichen Bindung oder Bedingung eines Rechtsgeschäfts sein, andererseits darf er auch nicht ein bloßer, wenn auch vom Empfänger erkannter, Beweggrund oder eine einseitige Erwartung des Leistenden geblieben sein. Notwendig und genügend ist vielmehr eine — auch stillschweigend mögliche — Einigung im Sinne der tatsächlichen Willensübereinstimmung zwischen beiden Partnern über den verfolgten Zweck.

Vertiefungshinweis:

Zweckverfehlungskondiktion bei Erbverzicht nach Erbfall: *BGH*, NJW 1999, 789

Kursprogramm:

Examenskurs: „Das junge Glück“

kann der Steuerberater gegen den Mitarbeiter einen Anspruch auf Erstattung der Ausbildungskosten nach § 812 I BGB haben, wenn der Mitarbeiter nach Abschluss der Ausbildung eine eigene Steuerberaterpraxis eröffnet.

Sachverhalt:

Die Bekl., die zuvor als Diplom-Ingenieurin in der Bauverwaltung der DDR tätig war, trat 1990 als Angestellte in das Steuerberatungsbüro des Kl. in E ein. Ab Ende 1991 war sie dort als Bürovorsteherin tätig. Unter dem 20. 4. 1992 unterzeichneten die Parteien einen mit „Gesellschaft des bürgerlichen Rechts“ überschriebenen Vertrag. Darin vereinbarten sie, ein Steuerberatungsbüro in E gemeinsam zu betreiben. Die Bekl. hatte ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und unterlag einem mit einer Vertragsstrafe bewehrten Wettbewerbsverbot. Dem in K. wohnenden Kl. oblag „die fachliche Unterstützung der Praxis durch seine persönliche Beratung und Mitarbeit“. In einer weiteren Vereinbarung der Parteien vom 1. 2. 1994 heißt es, der „als Anlage beigefügte“ vorbezeichnete Vertrag solle automatisch mit der Zulassung der Bekl. als Steuerbevollmächtigte oder Steuerberaterin wirksam werden. Als weitere Voraussetzung für das Wirksamwerden ist vorgesehen, dass die Bekl. sechs Monate vor der Zulassung noch in einem Anstellungsverhältnis zu dem Kl. gestanden hat. In der Folgezeit machte die Bekl. eine Ausbildung zur Steuerberaterin: Der Kl. trug die Kosten dieser Ausbildung und stellte die Bekl. im erforderlichen Umfang von der Arbeit frei. Nachdem ein erster Prüfungsversuch im Herbst 1996 gescheitert war, bestand die Bekl. im Herbst 1997 den schriftlichen Teil der Steuerberaterprüfung. Sodann kündigte sie den Anstellungsvertrag zum 31. 12. 1997 wegen einer Erkrankung. Im Februar 1998 bestand sie auch den mündlichen Teil der Steuerberaterprüfung. Sie beantragte jedoch — trotz Aufforderung durch den Kl. — zunächst nicht die Bestellung als Steuerberaterin. Daraufhin erklärte der Kl. im April 1998 die fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrags. Im August 1998 wurde die Bekl. auf Grund eines Antrags vom 14. 8. 1998 zur Steuerberaterin bestellt. Sie eröffnete sodann in E ein eigenes Steuerberatungsbüro. Der Kl. hat — nach Klageerhöhung im zweiten Rechtszug — Zahlung von 371 922,50 DM, in erster Linie als Vertragsstrafe, hilfsweise als Aufwendungsersatz, und ferner Auskunftserteilung über die von der Bekl. übernommenen Mandate verlangt. Er hat gemeint, die Bekl. habe das Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags treuwidrig vereitelt, indem sie trotz Bestehens der Steuerberaterprüfung zunächst keinen Antrag auf Bestellung zur Steuerberaterin ge-

Leitsatz:

Finanziert ein Steuerberater einem bei ihm beschäftigten Mitarbeiter eine Ausbildung zum Steuerberater ausschließlich im Hinblick darauf, dass dieser sich nach Erlangung der nötigen Qualifikation mit ihm in Sozietät verbindet, so

stellt und damit die sechsmonatige Frist aus der Vereinbarung vom 1. 2. 1994 habe verstreichen lassen; deshalb müsse sie sich so behandeln lassen, als sei der Gesellschaftsvertrag und insbesondere das darin geregelte Wettbewerbsverbot wirksam geworden. Jedenfalls aber schulde sie Ersatz der von ihm im Zusammenhang mit der Steuerberaterausbildung erbrachten Aufwendungen.

LG und OLG haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Kl., die nur hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz der Ausbildungskosten angenommen worden ist, führte insoweit zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat angenommen, dass dem Kl. ein Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen für die Ausbildung der Bekl. nicht zustehe.

Eine positive Vertragsverletzung des Anstellungsvertrags scheidet wegen der Krankheit der Bekl. aus. Ein Auftragsverhältnis oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag liege ebenfalls nicht vor. Schließlich bestehe auch kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Zahlung der Ausbildungskosten und die Freistellung von der Arbeit seien mit Rechtsgrund erfolgt, und dieser Rechtsgrund sei auch nicht später weggefallen. Der Kl. habe sich dem damit verbundenen Risiko vielmehr bewusst unterworfen, ohne eine Regelung für den Fall des Fehlschlagens der Ausbildung zu treffen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen sind indes nicht frei von Rechtsfehlern.

I. Kein Ersatz der Ausbildungskosten aus dem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien

Allerdings ist dem BerGer. darin zu folgen, dass sich ein Aufwendungsersatzanspruch nicht aus dem Arbeitsvertrag der Parteien ergibt, was die Zivilgerichte gem. § 17 II 1 GVG ungeachtet der ansonsten gegebenen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte entscheiden können. Der Arbeitsvertrag der Parteien enthält keine Rückzahlungsvereinbarung hinsichtlich der Ausbildungskosten. Insoweit bestehen auch keine Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Die Bekl. war berechtigt, den Arbeitsvertrag jederzeit zu kündigen. Der Gesellschaftsvertrag und die Zusatzvereinbarung vom 1. 2. 1994 haben dieses Recht nicht eingeschränkt. Aus dem Arbeitsvertrag ergab sich auch keine Pflicht, unabhängig von der Kündigung die Bestellung zur

Steuerberaterin alsbald zu beantragen.

II. Kein Ersatz der Ausbildungskosten gem. § 812 I 1 Alt. 1 oder S. 2 Alt. 1 BGB

Zu Recht hat das BerGer. auch angenommen, dass dem Kl. kein Anspruch auf Erstattung der Ausbildungskosten aus § 812 I 1 Alt. 1 oder S. 2 Alt. 1 BGB zusteht. Dagegen wehrt sich die Revision auch nicht.

III. Ersatz der Ausbildungskosten gem. § 812 I 2 Alt. 2 BGB

Das BerGer. hat jedoch übersehen, dass ein Anspruch des Kl. auf Erstattung der Ausbildungskosten aus § 812 I 2 Alt. 2 BGB folgt (*condictio causa data causa non secuta*). Danach ist der Empfänger einer Leistung zur Herausgabe verpflichtet, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Der „Zweck“ darf einerseits nicht Gegenstand der vertraglichen Bindung oder Bedingung eines Rechtsgeschäfts sein, andererseits darf er auch nicht ein bloßer, wenn auch vom Empfänger erkannter, Beweggrund oder eine einseitige Erwartung des Leistenden geblieben sein. Notwendig und genügend ist vielmehr eine — auch stillschweigend mögliche — Einigung im Sinne der tatsächlichen Willensübereinstimmung zwischen beiden Partnern über den verfolgten Zweck (BGHZ 44, 321 [323]; BGH, NJW 1973, 612 [613]). So liegt der Fall hier. Der Kl. hat die Bekl. nicht nur für die Dauer der Lehrgänge im Rahmen der Steuerberaterausbildung von der Arbeitspflicht freigestellt, sondern auch sämtliche Kosten dieser Lehrgänge und die damit verbundenen Unterkunfts-, Verpflegungs- und Fahrtkosten getragen. Er hat in diesem Zusammenhang für die Bekl. sogar eine Wohnung in B. angemietet. Zu diesen Leistungen war der Kl. weder auf Grund des Arbeitsvertrags der Parteien noch auf Grund des Gesellschaftsvertrags und der dazu abgeschlossenen Zusatzvereinbarung vom 1. 2. 1994 verpflichtet. Nach der Zusatzvereinbarung war zwar die Zulassung der Bekl. als Steuerberaterin Bedingung für das Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags. Eine Pflicht des Kl., die damit verbundenen Kosten zu übernehmen, ergab sich daraus jedoch nicht. Andererseits war für die Bekl. offenkundig, dass der Kl. mit der Finanzierung ihrer Ausbildung den Zweck verfolgte, den Gesellschaftsvertrag wirksam werden zu lassen und damit eine Steuerberatersozietät mit ihr zu begründen. Andere Beweggründe waren nicht ersichtlich. Insbesondere bedurfte es der Steuerberaterausbildung nicht, um die Bekl. für ihre Tätigkeit als Bürovorsteherin bei häufiger Abwesenheit des Kl. zu qualifizieren. Denn diese Aufgabe erfüllte sie bereits seit 1991, wäh-

rend die Steuerberaterausbildung erst 1996 begann. Die Bekl. hat durch die Annahme der Leistungen des Kl. im Rahmen der Ausbildung auch zu erkennen gegeben, dass sie die Zweckbestimmung des Kl. billigte. Auch das ergibt sich aus dem vorangegangenen Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Zusatzvereinbarung. Damit war für den Kl. die Erwartung begründet worden, die Bekl. erstrebe die Qualifizierung zur Steuerberaterin gerade deshalb, um das gemeinsam aufgebaute Steuerberatungsbüro in E künftig als Gesellschafterin mit ihm weiter betreiben zu können. Über diese gemeinsame Zielrichtung gab es offenbar keine Zweifel. Ansonsten hätte es für den Kl. nahe gelegen, im Rahmen des mit der Bekl. bestehenden Arbeitsvertrags eine Rückzahlungsregelung in Bezug auf die Ausbildungskosten zu vereinbaren. Der in diesem Sinne vereinbarte Zweck der Leistungen des Kl. hat sich nicht erfüllt. Der Gesellschaftsvertrag ist nicht wirksam geworden, weil die Bekl. innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung ihres Arbeitsvertrags die Bestellung als Steuerberaterin nicht veranlasst hat. Ob ihr eine frühere Antragstellung angesichts ihrer Erkrankung unzumutbar gewesen ist, hat für den Bereicherungsausgleich keine Bedeutung.

IV. Kein Rückgriff auf arbeitsgerichtliche Rechtsprechung erforderlich

Die von dem Vertreter der Bekl. in der Revisionsverhandlung aufgeworfene Frage, ob ein Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte auch ohne vertragliche Regelung verpflichtet sein kann, die von seinem Arbeitgeber getragenen Kosten einer Ausbildung zu erstatten, kann offen bleiben. Die Bekl. ist zur Erstattung der Ausbildungskosten hier nicht in ihrer Eigenschaft als — frühere — Arbeitnehmerin, sondern wegen der in Aussicht genommenen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung verpflichtet. Sie hat sich zur Steuerberaterin gerade deshalb ausbilden lassen, um ihren Status als Arbeitnehmerin — im Einverständnis mit dem Kl. — aufgeben zu können.

V. Ergebnis

Die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen zu dem Umfang der erstattungsfähigen Ausbildungskosten trifft. Dabei hat es auch dem Einwand der Bekl. nachzugehen, die Arbeitsfreistellung sei nicht — voll — auszugleichen, weil die versäumten Zeiten nachgearbeitet worden seien.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Strafrecht***Standort: §§ 211 ff. StGB****Problem: Voraussetzungen für Tötungsvorsatz**

BGH, URTEIL VOM 16.12.2003

5 STR 458/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten das Opfer geschlagen und getreten; anschließend hatte einer der Angeklagten das Opfer mit einem Gürtel mehrere Minuten lang stranguliert, woran dieses schließlich verstarb. Das Landgericht hatte die Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge (bzw. Beihilfe hierzu) verurteilt, da ein Tötungsvorsatz nicht festgestellt werden könne. Der BGH änderte den Schuldspruch in Totschlag (bzw. Beihilfe hierzu) ab.

Prüfungsrelevanz:

Irrtumsprobleme und Fragestellungen im Rahmen des Vorsatzes, insb. die im vorliegenden Fall relevante Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz (dolus eventualis) und bewusster Fahrlässigkeit, stellen häufig den Gegenstand von Examensaufgaben - insb. in mündlichen Prüfungen - dar. Insofern werden von Prüflingen in beiden Examen fundierte Kenntnisse verlangt, im ersten Examen insb. zum Meinungsspektrum in der Literatur, im zweiten insb. zu den Anforderungen an die Feststellung der eine entsprechende Verurteilung tragenden Tatsachen.

Zur Abgrenzung von (bedingtem) Vorsatz und Fahrlässigkeit werden in der Literatur zahlreiche Auffassungen vertreten (vgl. die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 72 ff.). Teile der Literatur verlangen unter Berufung auf den Wortlaut des § 16 I 1 StGB für das Vorliegen des Vorsatzes lediglich ein intellektuelles Element (sog. non-voluntative Theorien), welches dann auch zur Abgrenzung des dolus eventualis zur bewussten Fahrlässigkeit dienen muss (vgl. die Darstellung bei Küpper, ZStW 100, 758 ff. und Roxin, AT1, § 12 Rn. 21 ff.). Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen jedoch davon aus, dass alle Vorsatzformen, also auch der dolus eventualis, ein Wissens- und ein Wollenselement aufweisen (sog. voluntative Theorien); nach der vom BGH (und der herrschenden Literatur) vertretenen Einwilligungs- oder Billigungstheorie liegt ein Eventualvorsatz vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs für

möglich hält und billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363), wobei es für ein "Billigen" in diesem Sinne ausreicht, dass der Täter sich mit dem Erfolg abfindet, selbst wenn dieser ihm unerwünscht sein sollte (BGHSt 36, 1). Eine bewusste Fahrlässigkeit soll hingegen dann vorliegen, wenn der Täter zwar die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, aber auf deren Ausbleiben vertraut. Das heißt, nach herrschender Meinung unterscheiden sich bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit lediglich im voluntativen Element, was auch die ausführlichen Darlegungen des BGH zum voluntativen Vorsatzelement im vorliegenden Fall erklärt.

Gerade im Bereich der Tötungsdelikte stellt der BGH jedoch im Hinblick auf die hohe Hemmschwelle von Tötungshandlungen besonders hohe Anforderungen an die Feststellung eines Tötungsvorsatzes (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3 mwN). Jedoch hat der BGH - wie im vorliegenden Fall - auch in der Vergangenheit einen Tötungsvorsatz selbst bei Fehlen eines nachvollziehbaren Tötungsmotivs angenommen, wenn die vom Täter vorgenommene Gewalthandlung besonders gefährlich war (BGH, NStZ 1986, 550; NStZ-RR 1996; StV 1997, 7). Im vorliegenden Fall, zieht der BGH als weiteres Kriterium heran, dass bei der vorliegenden Verletzungshandlung (Strangulieren des Opfers mit einem Gürtel über einen Zeitraum von mehreren Minuten) der Todeserfolg so nahegelegen habe, dass diese eigentlich nur zur Herbeiführung des Todes führen konnte und deshalb die Annahme eines Tötungsvorsatzes nahe lag.

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit: *BGH*, NStZ 1999, 508; 2003, 259; *Küpper*, ZStW 100, 758; *Schroth*, JuS 1992, 1
- Zu den Anforderungen an den Tötungsvorsatz: *BGH*, NStZ 2002, 541; RA 2003, 178; *Altvater*, NStZ 2002, 20

Vertiefungshinweise:

- Examenskurs*: "Bienenstich"
- Examenskurs*: "Eiskalter Engel"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Bei einer objektiv äußerst gefährlichen Handlung, wie es das Strangulieren des Tatopfers unzweifelhaft darstellt, liegt die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes nahe.

2. In einer Fallkonstellation, in der eine lebensgefährliche Handlung ihren Charakter als Verletzungshandlung verloren hat und eigentlich nur der Tötung des Opfers dienen kann (hier: Strangulieren des Opfers über einen Zeitraum von drei bis fünf Minuten), liegt (zumindest) bedingter Tötungsvorsatz auf der Hand, ohne dass es dafür besonderer Anforderungen an die Darlegung der inneren Tatseite in den Urteilsgründen bedarf.

Sachverhalt:

Die jeweils 24 Jahre alten Angeklagten nahmen am Abend des 19. Juni 2002 in Hannoversch Münden in einer Musikgaststätte an einer Feier anlässlich der Beendigung des Schuljahres teil. Der Angeklagte Z traf dabei auf den bereits stark angetrunkenen 21-jährigen Bo, der mit einer brennenden Zigarette das T-Shirt des Angeklagten berührte; dieses wurde kaum sichtbar beschädigt. Zu späterer Stunde kam es deswegen zu einem Streit zwischen dem Angeklagten und Bo. Nachdem weitere Gäste den Angeklagten vom Ort der Auseinandersetzung weggezogen hatten, entschloss sich Z, Bo eine Abreibung zu verpassen. Der Angeklagte forderte seinen Schwager A auf, sich zu beteiligen. Gegen 2.15 Uhr folgten die - nach dem Genuss von alkoholischen Getränken und Haschisch in ihrer Steuerungsfähigkeit erheblich verminderten - Angeklagten dem Bo über den Parkplatz des Anwesens bis zu einer sich anschließenden mit Bäumen und Büschen bewachsenen ehemaligen Pferdekoppel. Z griff den wegen seines übermäßigen Alkohol- und Haschischkonsums nicht mehr zu koordinierter, effektiver Abwehr fähigen Bo an und brachte ihn gemeinsam mit seinem Schwager zu Fall. Beide Angeklagte schlugen und traten - jeder mindestens dreimal - mit Verletzungsvorsatz auf ihr Opfer ein und fügten ihm erhebliche Verletzungen am Kopf und Rumpf bei. Der Angeklagte Z umschlang dann mit seinem Gürtel den Hals des bäuchlings liegenden Bo und strangulierte ihn mit erheblicher Kraftentfaltung - auf seinem Opfer sitzend oder mit einem Bein auf dessen Rücken oder Kopf stehend - mindestens drei, möglicherweise fünf Minuten lang. In dieser Zeit bildete sich als Reaktion auf das Strangulieren eine massive Gehirnschwellung, die den Tod von Bo herbeiführte.

Nachdem der Angeklagte A mit den Worten "jetzt reicht es" ein noch längeres Drosseln durch Z verhin-

dert hatte, trugen beide Angeklagte den bewusstlosen, möglicherweise bereits verstorbenen Bo vom Parkplatz weg. Sie legten ihr Opfer in einem Gebüsch ab. Die Angeklagten richteten ihre Kleidung wieder her und gingen zur Gaststätte zurück. Der Angeklagte Z schilderte die Tat in seiner russischen Heimatsprache mehreren Zeugen. Er führte aus, das Opfer sei gewürgt, getreten, geschlagen und - nachdem es fast totgeschlagen worden sei - in die Büsche geworfen worden.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten Z wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten und seinen Schwager, den Angeklagten A, wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beihilfe zur Körperverletzung mit Todesfolge (durch Unterlassen) zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Die Eltern des zu Tode gekommenen Bo haben sich dem Verfahren als Nebenkläger angeschlossen.

Ihre Revisionen, mit denen sie die unterbliebene anklagegemäße Verurteilung wegen Totschlags rügen, haben weitgehend Erfolg. Sie bleiben nur insoweit erfolglos, als sie die Gehilfenstellung des Angeklagten A angreifen.

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat sich vor dem Hintergrund [der Äußerungen des Angeklagten Z gegenüber den Zeugen] zwar davon überzeugt, dass der Angeklagte Z den Tod des Bo ernsthaft für möglich gehalten hat. Es hält aber die Einlassung der Angeklagten durch die Beweisaufnahme nicht für widerlegt, sie hätten damit gerechnet, das Opfer werde sich selbst "wieder aufrappeln", und damit nicht nur vage darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten.

II. Entscheidung des BGH

Die dafür vom Landgericht herangezogenen Erwägungen halten sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zum Vorliegen des Tötungsvorsatzes

Zwar geht das Schwurgericht zutreffend davon aus, dass bei einer objektiv äußerst gefährlichen Handlung, wie es das Strangulieren des Tatopfers unzweifelhaft darstelle, die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes nahe liege. Das Schwurgericht misst der individuellen Wirkung der Gefährlichkeit der Handlung aber nicht das sich aus den Tatumständen ergebende gesteigerte Gewicht bei. Es stellt nämlich nicht auf die außerordentlich lange Dauer des Strangulierens von

drei bis fünf Minuten ab (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 33) und verstellt sich deshalb den Blick darauf, dass der Angeklagte Z nicht nur eine das Leben gefährdende Handlung vornahm, sondern sein Opfer in einer Weise verletzte, die ganz sicher - etwa einem Stich in das Herz vergleichbar - zum Tode führte (vgl. BGHR aaO 35 und 51). Damit hatte die Drosselung ihre Eignung als bloße Verletzungshandlung bereits vollständig verloren. Sie konnte nur noch zur Tötung des Opfers führen. In einer solchen Fallkonstellation liegt (zumindest) bedingter Tötungsvorsatz auf der Hand, ohne dass es dafür besonderer Anforderungen an die Darlegung der inneren Tatseite in den Urteilsgründen bedurft hätte (vgl. BGH NSTE Nr. 27 zu § 212 StGB).

2. Zum voluntativen Element des Vorsatzes

Das Landgericht hat ferner anhand von mehreren Indizien das voluntative Vorsatzelement in Zweifel gezogen, ohne dies mit tragfähigen Feststellungen zu belegen.

a. Würdigung der Einlassung der Angeklagten

Die Einlassung der Angeklagten, sie hätten geglaubt, das Opfer werde sich "wieder aufrappeln", ist zur Widerlegung eines aus dem Drosselvorgang zu ziehenden Schlusses nicht geeignet. Die Angeklagten hatten sich nämlich lediglich hinsichtlich einer Körperverletzung durch Tritte und Schläge geständig eingelassen, die Drosselung dagegen vollständig in Abrede gestellt. Ihre Äußerungen über die Schwere der "zugefügten Verletzungen" konnten deshalb nur die eingeräumten Verletzungshandlungen betreffen. Diese auch mit dem wiedergegebenen Wortlaut der Einlassungen übereinstimmende Wertung wird durch die vom Angeklagten Z vorgetragene Ergänzung bestätigt, wonach er in Russland schon schlimmere Prügel miterlebt hätte. Auch mit dieser Äußerung sprach der Angeklagte nur Folgen von Schlägen, aber nicht Folgen einer Drosselung an.

b. Keine psychische Ausnahmesituation beim Angeklagten Z

Auch soweit das Schwurgericht eine psychische Ausnahmesituation des Angeklagten Z annimmt, begegnet dies durchgreifenden Bedenken. Der rechtsfehlerfrei festgestellte Sachverhalt offenbart gerade kein "allmähliches Hochschaukeln der Emotionen". Vielmehr hegte allein der Angeklagte Z aus nichtigem Anlass Rachepläne gegen den weitaus stärker betrunkenen Bo, die er unter Zuhilfenahme seines Schwagers verwirklichte. Während des Tatgeschehens machte Bo keinerlei Äußerungen, die für die Tatausführung hätten

mit ursächlich werden können.

c. Alkoholisierung kein Indiz für fehlenden Vorsatz

Die Annahme des Landgerichts, die Alkoholisierung des Z sei ein Indiz dafür, dass er die Auswirkungen seines Handelns falsch dahingehend eingeschätzt habe, es werde "schon alles gut gehen", findet in den Feststellungen ebenfalls keine ausreichende Stütze. Der psychiatrische Sachverständige hatte dem Angeklagten gute bis gut durchschnittliche intellektuelle Fähigkeiten attestiert. Das Schwurgericht befasst sich zwar ausführlich mit der Frage einer alkoholbedingten erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit. Auf die in diesem Zusammenhang maßgebliche Beeinträchtigung der Erkenntnisfähigkeit und der Willenskräfte (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 54) geht das Landgericht aber nicht ein.

Feststellungen für eine relevante Beeinträchtigung der intellektuellen Leistungsfähigkeit werden im einzelnen nicht getroffen. Vielmehr stellt das Landgericht wesentliche Elemente bestehender Kognitionsfähigkeit heraus, wie die Möglichkeit einer problemlosen Gesprächsführung mit den Angeklagten, der im Kern zutreffende Bericht über die Tat bei zugleich situationsgerechter Verschleierung der Gewalthandlung, schließlich die Entfernung des Geldbeutels des Opfers durch einen Wurf über ein Wohnhaus.

3. Zu den genannten Indizien gegen Vorsatz

Das Schwurgericht hat daneben auf weitere nach seiner Auffassung gegen den Tötungsvorsatz sprechende Indizien abgestellt; diese erweisen sich aber allesamt als nicht tragfähig.

a. Zu den Äußerungen des Angeklagten Z

Die Äußerungen des Angeklagten Z über die Tat belegen kein Vertrauen, Bo werde überleben. Der Angeklagte hat sich nämlich einer konkreten Äußerung über die Folgen des Drosselns enthalten. Die Wertung des Landgerichts, die Äußerungen des Angeklagten gegenüber vier Zeugen "gingen in die Richtung, dass sie glaubten, zumindest aber hofften, das Opfer lebe noch", steht im Widerspruch zu der Feststellung, dass die Angeklagten diese Zeugen über die zurückliegende Auseinandersetzung eher verharmlosend informiert hatten in dem Sinne, dass das Opfer zwar erheblich verletzt, sein Tod aber keineswegs wahrscheinlich sei. Auch die eineinhalb Stunden nach der Tat an einen weiteren Zeugen gerichtete Frage, ob die Polizei erschienen, bzw. ein Krankenwagen vorgefahren sei, bietet vor diesem Hintergrund keine tragfähige Grundlage für ein während der Tatzeit bestehendes Vertrauen der Angeklagten auf einen glimpflichen Ausgang.

b. Zum Fehlen einschlägiger Vorstrafen

Auch die weitere vom Landgericht angestellte Erwägung, die Angeklagten seien nicht wegen eines Gewaltdelikts vorbestraft, was indiziell gegen einen Tötungsvorsatz spreche, ist hier nicht tragfähig. Bei der Würdigung von Indizien ist eher auf die konkrete Sachlage abzustellen, als dass ein Fehlen einschlägiger Vorbelastungen entscheidend wäre.

c. Zum Fehlen eines einsichtigen Tötungsmotivs

Schließlich spricht auch das Fehlen eines einsichtigen Beweggrundes für die Tötung eines Menschen hier nicht gegen eine Billigung des Todes. Der Angeklagte Z hatte nicht nur keinen einsichtigen Grund, sein Opfer zu töten, sondern auch nicht den geringsten Anlass für die Drosselung (vgl. BGH NStE Nr. 27 zu § 212 StGB).

III. Abänderung der Schuldsprüche durch den BGH

Die vom Schwurgericht fehlerfrei getroffenen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen und aller weiterer Umstände belegen damit bezüglich des Angeklagten Z die Vornahme einer auf die Herbeiführung des Todes gerichteten Gewalthandlung in Kenntnis der äußerst gefährlichen Tatausführung. Da keine Umstände vorlagen, die ein Vertrauen der Angeklagten, dass der Tod nicht eintreten werde, hätten begründen können, ergibt sich aus den Feststellungen auch eindeutig die Billigung des Todes durch Z. Sie belegen ferner, dass der - in geringerem Umfang unter Alkoholeinwirkung stehende - Mitangeklagte A die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kannte, an deren Begehung er seinen bisherigen Mittäter Z trotz Garantenpflicht gegenüber dem Opfer durch vorangegangenes Tun nicht hinderte, bei der er ihn vielmehr durch seine weitere Präsenz bestärkte. Für diesen Angeklagten kommt indes wegen dessen ersichtlich fehlenden eigenen Interesses am Taterfolg und mangels Tatherrschaft in dieser Phase des Geschehens die Annahme einer Täterschaft nicht in Betracht (vgl. BGHSt 37, 289, 291). Seine Äußerung nach drei- bis fünfminütigem Drosseln "jetzt reicht es" ist für den Gehilfenvorsatz völlig unbeachtlich, selbst wenn darin eine Missbilligung der Haupttat zu sehen wäre (vgl. BGHSt 46,

107, 109 m. w. N.).

Bei dieser Sachlage kann der Senat die Schuldsprüche, die sonst auch keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten erkennen lassen (§ 301 StPO), selbst entsprechend den durch das Schwurgericht erteilten Hinweisen auf Totschlag und Beihilfe zum Totschlag umstellen (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 296, 297; BGHR StPO § 349 Abs. 4 Nebenklägerrevision 1).

Eine weitergehende Strafbarkeit wegen eines Verdeckungsmordes oder die Annahme niedriger Beweggründe kommt nicht in Betracht (vgl. BGH NJW 2003, 1060, 1061; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 15).

IV. Beibehaltung der Strafaussprüche

Die Strafaussprüche bleiben hier ausnahmsweise von diesem Rechtsfehler unberührt. Der Senat kann letztlich mit hinreichender Sicherheit ausschließen, dass das Schwurgericht bei zutreffender Beurteilung des Schuldspruchs höhere Strafen gegen die Angeklagten verhängt hätte. Das Landgericht hat die Strafe für den Angeklagten Z dem nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 227 Abs. 1 StGB entnommen.

Dieser Strafraumen unterscheidet sich allein durch eine geringere Mindeststrafe (sechs Monate anstatt zwei Jahre Freiheitsstrafe) von dem nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 212 Abs. 1 StGB, aber nicht hinsichtlich der Höchststrafe von elf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe.

Ähnliches gilt für die dem doppelt gemilderten (§§ 21, 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB) Strafraumen des § 227 Abs. 1 StGB entnommene Strafe für den Angeklagten A. Die sich daraus ergebende Mindeststrafe liegt lediglich fünf Monate unter der sich aus einer Anwendung von § 212 Abs. 1 StGB ergebenden Strafe (ein Monat anstatt sechs Monate Freiheitsstrafe). Da sich das Schwurgericht eher an der Strafraumobergrenze orientiert und darüber hinaus die Brutalität und Menschenverachtung der Angeklagten strafschärfend berücksichtigt hat - bei Vorliegen erheblicher Strafmilderungsgründe -, kann ausgeschlossen werden, dass es bei zutreffender strengerer Beurteilung des Schuldspruchs höhere Strafen verhängt hätte.

Standort: § 316 a StGB**Problem: Mitfahrer**

BGH, URTEIL VOM 20.11.2003

4 STR 250/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten lockten das angetrunkene Opfer mit dem Versprechen, es nach Hause zu fahren, in ihr Auto, hatten jedoch von Anfang an vor, es an einen einsamen Ort zu bringen und ihm dort unter Anwendung von Gewalt sein Bargeld abzunehmen. Am Zielort angekommen ließen sie es aussteigen, schlugen es dann nieder und nahmen ihm - wie geplant - sein Geld weg. Das Landgericht hatte die Angeklagten insbesondere wegen Beteiligung am räuberischen Angriff auf Kraftfahrer verurteilt; der BGH hob das Urteil insofern auf.

Prüfungsrelevanz:

Die im vorliegenden Fall zentrale Strafvorschrift des § 316 a StGB stellt (ähnlich wie §§ 239 a und b StGB) einen Tatbestand dar, der oft im Zusammenhang mit den hochgradig examensrelevanten Tatbeständen der §§ 249 ff. StGB anzusprechen ist. Insofern sind auch bzgl. § 316 a StGB wenigstens Grundkenntnisse erforderlich. Da der 4. Strafsenat des BGH mit der durch das vorliegende Urteil präzisierten Entscheidung vom 20.11.2003 (NJW 2004, 786 (= RA 2004, 59)) eine langjährige Rechtsprechungspraxis aufgegeben hatte, ist davon auszugehen, dass diese Rechtsprechungsänderung sich in zahlreichen Examensaufgaben niederschlagen wird.

Der Tatbestand des § 316 a StGB setzte bis zum 6. Strafrechtsreformgesetz (StrRG) 1998 voraus, dass der Täter einen Angriff auf den Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs "unternimmt". Kennzeichnend für ein solches "Unternehmensdelikt" (heute noch z.B. §§ 131 I Nr. 4, 184 I Nr. 4, 8, 9 StGB) ist, dass Versuch und Vollendung gleichgestellt werden (vgl. § 11 I Nr. 6 StGB). Durch das 6. StrRG wurde der Wortlaut dieser Norm jedoch dahingehend geändert, dass der Täter einen Angriff "verüben" muss, so dass seitdem ein "normales" Erfolgsdelikt vorliegt.

Diese Wortlautänderung hat der 4. Strafsenat des BGH zum Anlass genommen, in der Entscheidung NJW 2004, 786 die Frage, ob der Tatbestand des § 316 a I StGB auch dann erfüllt ist, wenn der Täter einen Taxifahrer unter einem falschen Vorwand an einen einsamen Ort fahren lässt, um ihn dort zu überfallen, zu verneinen, obwohl die Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen (auch nach dem 6. StrRG, vgl. BGH, NStZ 2003, 35) eine Strafbarkeit gem. § 316 a

StGB angenommen hatte. Wesentlicher Inhalt der genannten Entscheidung war neben demjenigen, der sich aus den ersten beiden Leitsätzen der vorliegenden Entscheidung ergibt noch, dass Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne von § 316 a StGB nur sei, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung setzt, es in Bewegung hält oder mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Hieran fehle es regelmäßig, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhalte und der Fahrer den Motor ausstelle, jedoch spätestens dann, wenn der Fahrer das Fahrzeug verlasse. In der vorliegenden Entscheidung konkretisiert der 4. Senat seine Rechtsprechung bzgl. Mitfahrern: auch diese sind spätestens dann nicht mehr taugliche Opfer des § 316 a StGB, wenn sie das Fahrzeug verlassen haben. In dem in der Anmerkung genannten Beschluss hatte derselbe Senat allerdings die Eigenschaft einer Frau als "Führerin" eines Kraftfahrzeugs angenommen, obwohl diese angehalten hatte, um einen vermeintlichen Fahrzeugschaden zu untersuchen. Allerdings hatte das Opfer dort auch das Fahrzeug noch nicht verlassen. Ob sie jedoch bereits den Motor abgestellt hatte, was in der Entscheidung NJW 2004, 786, ein entscheidendes Kriterium für das Vorliegen eines Kraftfahrzeugführers zu sein scheint, wird in dem Beschluss nicht erwähnt.

Auch betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung erneut, dass ein "Angriff auf die Entschlussfreiheit" des Opfers, wie ihn § 316 a I StGB voraussetzt, grundsätzlich nicht durch eine Täuschung begangen werden kann und durch eine Nötigungshandlung (hier: Einsperren) nur dann, wenn sie vom Opfer als solche empfunden wird.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu den Voraussetzungen des § 316 a StGB: *BGHSt* 13, 27; 15, 322; *NStZ* 2003, 35; *NJW* 2004, 786; *Fischer*, *Jura* 2000, 434; *Ingelfinger*, *JR* 2000, 225; *Mitsch*, *JA* 1999, 662; *Wolters*, *GA* 2002, 303

Kursprogramm:

- ☐ *Assessorkurs*: "Hansen"
- ☐ *Assessorkurs*: "Der Taxifahrer"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Tatbestand des § 316 a StGB setzt nach seinem Wortlaut eine zeitliche Verknüpfung dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, d.h. bei

Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) "Führer" oder "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs ist.

2. Einen tatbestandsmäßigen Angriff auf die Entschlussfreiheit verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine objektiv gegen die Entschlussfreiheit gerichtete Handlung, sofern das Opfer jedenfalls deren Nötigungscharakter wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung braucht es dagegen nicht erkannt zu haben. Danach kann bloße List oder Täuschung grundsätzlich noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden.

3. Wer ein Kraftfahrzeug verlässt, ist kein Mitfahrer im Sinne von § 316 a StGB mehr.

Sachverhalt:

Am Abend des 1. Februar 2002 hielten sich die drei Angeklagten und das spätere Tatopfer, Danilo S, in der Gaststätte "C." in Freital auf. K bemerkte, dass der ihm flüchtig bekannte S über einen größeren Geldbetrag verfügte. Er teilte dies dem Angeklagten R mit, worauf beide Angeklagten den Entschluß fassten, den stark angetrunkenen S unter Hinzuziehung des Angeklagten G in dessen Pkw unter dem Vorwand, ihn nach Hause bringen zu wollen, an einen entlegenen Ort zu verbringen, um ihm dort das Bargeld unter Anwendung von Gewalt wegzunehmen. G, der in diesen Plan zunächst nicht eingeweiht war, erklärte sich einverstanden.

Nachdem S hinter dem Beifahrersitz Platz genommen hatte, betätigte der Angeklagte K die Kindersicherung der betreffenden hinteren rechten Fahrzeugtür, um S am Aussteigen und an einer möglichen Flucht zu hindern. Während der Fahrt erfuhr der Angeklagte G von dem Tatplan. "Er erklärte sich damit einverstanden, den von ihm geführten Pkw an einen entlegenen und dunklen Ort außerhalb des bewohnten Gebietes zu steuern, wo für Danilo S keinerlei Möglichkeit bestand, Hilfe von anderen Personen zu erhalten und gleichzeitig die Wegnahme des Geldes durch die beiden anderen Angeklagten ohne die Gefahr der Entdeckung durchgeführt werden konnte". Am Ende einer befestigten Straße hielt G den Pkw an. K öffnete die hintere rechte Fahrzeugtür, so dass auch S aussteigen konnte. K und R schlugen sodann auf das zu Boden gebrachte Tatopfer ein. K nahm ihm das Bargeld in Höhe von ca. 300 Euro ab. G, der die Tötlichkeiten der beiden Mitangeklagten wahrnahm, wendete mittlerweile den Pkw, um die Mitangeklagten wieder aufzunehmen. Anschließend fuhren die Angeklagten mit dem Pkw zurück zum Lokal, wobei sie den verletzten und vorübergehend bewusstlosen S bei Außentemperaturen

um den Gefrierpunkt am Tatort liegen ließen.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die Angeklagten K und R jeweils des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer in Tateinheit mit Raub, gefährlicher Körperverletzung und Aussetzung für schuldig befunden und gegen den Angeklagten K eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten sowie gegen den Angeklagten R eine solche von vier Jahren und sechs Monaten verhängt. Den Angeklagten G hat es der Beihilfe zum räuberischen Angriff auf Kraftfahrer in Tateinheit mit Beihilfe zum Raub, zur gefährlichen Körperverletzung und zur Aussetzung für schuldig befunden und ihn zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung sachlichen Rechts rügen. Die Rechtsmittel der Angeklagten führen zum Wegfall ihrer Verurteilung wegen räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer bzw. der Beihilfe hierzu und zur Aufhebung der Strafaussprüche; im übrigen sind sie unbegründet.

I. Entscheidung des Landgerichts

Auf der Grundlage [der] Feststellungen hat das Landgericht ohne Rechtsfehler die Angeklagten K und R des gemeinschaftlich begangenen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und Aussetzung und den Angeklagten G der Beihilfe hierzu für schuldig befunden. Dagegen haben die Schuldsprüche keinen Bestand, soweit das Landgericht die Angeklagten auch wegen Beteiligung an einem räuberischen Angriff auf einen Kraftfahrer nach § 316 a StGB verurteilt hat.

I. Übereinstimmung der Entscheidung mit der bisherigen BGH-Rechtsprechung

Allerdings wäre die den Schuldsprüchen nach § 316 a StGB zugrundeliegende Rechtsauffassung des Landgerichts vom Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu beanstanden. So hat der erkennende Senat schon in der Entscheidung in BGHSt 13, 27 ff. in einem gleich gelagerten Fall die Verurteilung des Täters nach § 316 a StGB a.F. ausdrücklich bestätigt. Für die Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs müsse sich zwar auch das sich gegen einen Mitfahrer richtende räuberische Unternehmen "die Fortbewegung des Kraftfahrzeuges und die dadurch geschaffene erhöhte Gefahrenlage zunutze machen, um auf Fahrer oder Mitfahrer an einer dazu geeigneten Stelle den in § 316 a StGB bezeichneten Angriff zu machen" (BGHSt aaO 30). Auch sei die Vorschrift nicht anwendbar, wenn das Fahrzeug nur als Beför-

derungsmittel zum Tatort benutzt werde, dieser aber zu dem Verkehr selbst keine ihm wesenseigene Beziehung habe. In Fällen hingegen, in denen ein Insasse des Kraftfahrzeugs an eine einsame Stelle gelockt, dort zum Aussteigen veranlasst und unter Ausnutzung eines solchen Erfolges der Beförderung alsbald überfallen werde, realisiere sich die aus dem Kraftfahrzeugverkehr ergebende Gefahr der von § 316 a StGB erfassten Art (BGHSt aaO S. 30).

2. Widerspruch der Entscheidung zur neuesten BGH-Rechtsprechung

An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht länger fest. Wie der Senat in seinem Urteil vom heutigen Tage in der Strafsache 4 StR 150/03 (zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) im einzelnen dargelegt hat, erachtet er - auch im Hinblick auf die Änderung des § 316 a StGB durch das 6. StrRG (BGBl 1998 I 164) - eine enger als bisher am Schutzzweck und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 316 a StGB orientierte Auslegung für geboten.

II. Zu den Voraussetzungen des § 316 a StGB nach neuester Rechtsprechung

Danach setzt der Tatbestand des § 316 a StGB nach seinem Wortlaut eine zeitliche Verknüpfung dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) "Führer" oder "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs ist. Daran fehlt es hier: solange der Geschädigte Mitfahrer war, haben die Angeklagten K und R ihn nicht angegriffen; als die Täter nach dem Aussteigen aus dem Pkw mit dem räuberischen Überfall begannen, war der Geschädigte aber nicht mehr Mitfahrer.

1. Geschädigter als taugliches Tatopfer während der Fahrt

Der Geschädigte S war, als er von den Angeklagten unter Verdeckung ihrer räuberischen Absicht veranlasst wurde, im Pkw mitzufahren, nach Antritt der Fahrt Mitfahrer im Sinne des § 316 a StGB und damit grundsätzlich taugliches Tatopfer eines räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer. Solange er sich im Fahrzeug befand, haben die Angeklagten aber keinen tatbestandsmäßigen Angriff auf ihn verübt. In Betracht käme hier allein ein Angriff auf seine Entschlussfreiheit. Für einen solchen Angriff fehlt es aber an den begrifflichen Voraussetzungen:

a. Kein "Verüben eines Angriffs" durch Täuschung

Einen tatbestandsmäßigen Angriff auf die Entschlussfreiheit verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Ausreichend, aber auch erforder-

lich ist eine objektiv gegen die Entschlussfreiheit gerichtete Handlung, sofern das Opfer jedenfalls deren Nötigungscharakter wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung braucht es dagegen nicht erkannt zu haben. Danach kann bloße List oder Täuschung grundsätzlich noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden. Deshalb stellt nach Auffassung des Senats - insoweit unter Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung - der bloße Fahrtantritt mit Raubabsicht ebenso wie die täuschende Angabe eines vermeintlichen Fahrziels oder -zwecks - hier das unter Täuschung erlangte Einverständnis des S, sich von den Angeklagten im Pkw nach Hause bringen zu lassen - noch kein "Verüben eines Angriffs" dar. Vielmehr handelt es sich dabei regelmäßig um ein nach der Vorstellung des Täters den Angriff vorbereitendes Geschehen, das jedenfalls nach der Neufassung des § 316 a StGB durch das 6. StrRG für die Vollendung des Tatbestandes nicht mehr genügt.

Ein Angriff auf die Entschlussfreiheit ergibt sich hier auch nicht aus dem Umstand, dass sich der Wille des Geschädigten auf eine Fahrt zu seiner Wohnung bezog, während die Angeklagten ihn an den entlegenen Tatort brachten. Denn solange der Geschädigte keinen entgegenstehenden Willen gebildet hatte, beruhte auch das Mitfahren zu einem anderen als dem angegebenen Fahrtziel (noch) auf der Täuschung.

b. Kein "Verüben eines Angriffs" durch unbemerkt gebliebene Nötigungshandlung

Die Angeklagten haben auch nicht dadurch einen (vollendeten) "Angriff auf die Entschlussfreiheit" des Geschädigten verübt, dass der Angeklagte K gleich nach dem Einsteigen in den Pkw die Kindersicherung "aktivierte" und es hierbei bis zum Anhalten am Tatort beließ. Zwar hat das Landgericht festgestellt, dass der Angeklagte damit bezweckte, den Geschädigten "am Aussteigen und einer möglichen Flucht zu hindern". Doch liegt darin schon deshalb kein tatbestandsmäßiger Angriff auf die Entschlussfreiheit, weil dieser - wie ausgeführt - voraussetzt, dass das Opfer jedenfalls den objektiven Nötigungscharakter der Handlung wahrnimmt. Tatsächlich hat S von der Betätigung der Kindersicherung aber schon aufgrund seines stark alkoholisierten Zustandes bis zum Anhalten am Tatort nichts bemerkt.

2. Geschädigter kein taugliches Tatopfer nach Beendigung der Fahrt

Einen Angriff - nunmehr zugleich auf Leib oder Leben des Geschädigten - haben die Angeklagten K und R erst nach dem Aussteigen aus dem Pkw verübt, als sie die geplante Raubtat ausführten. In diesem Zeitpunkt

war der Geschädigte aber nicht mehr Mitfahrer. Deshalb richtete sich die (weitere) Tatausführung nicht mehr gegen ein taugliches Tatopfer im Sinne des § 316 a StGB (vgl. Günther JZ 1987, 369 f.). Denn derjenige, der das Kraftfahrzeug verlassen hat, ist schon begrifflich kein Mitfahrer mehr.

Für diese enge Auslegung des Begriffs spricht nicht nur die Wortlautschränke, sondern auch der Zweck der Strafvorschrift des § 316 a StGB, die der gerade aus den Umständen des Straßenverkehrs für den Fahrer und Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs erwachsenden Gefahr begegnen soll, leichter Opfer eines räuberischen Angriffs zu werden. Der Mitfahrer ebenso wie der Fahrer selbst befindet sich bei einem gegen ihn außerhalb des Fahrzeugs gerichteten Angriff aber in keiner anderen Lage als das Opfer eines Raubes, bei dem der Täter sich in sonstiger Weise die günstigen Umstände der Tatsituation zunutze macht, ohne dass in spezifischer Weise gerade die Sicherheit des Kraftverkehrs berührt ist.

3. Zum Vorliegen eines Versuchs

Die Verwirklichung einer vollendeten Tat nach § 316 a StGB durch die Angeklagten scheidet danach aus, ohne dass es noch auf die weitere Frage ankäme, ob die Angeklagten "die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" ausgenutzt haben. Aber auch eine Verurteilung wegen Versuchs eines räuberischen Angriffs kommt hier nicht in Betracht. Dabei kann dahinstehen, ob die Angeklagten mit der Betätigung der Kindersicherung (s.o. 1 b) nach ihrer Vorstellung unmittelbar zu einem tatbestandsmäßigen Angriff angesetzt haben.

Selbst dann, wenn darin ein beendeter Versuch zu sehen sein sollte, könnten die Angeklagten nicht nach § 316 a StGB bestraft werden; denn jedenfalls läge darin, dass der Angeklagte K nach dem Anhalten die hintere rechte Tür des Pkw öffnete und S aussteigen ließ, ein strafbefreiender Rücktritt von dem Versuch.

III. Weitere Entscheidungen des BGH

1. Abänderung der Schuldsprüche

Der Senat schließt aus, daß sich aufgrund neuer Hauptverhandlung noch weitere Feststellungen treffen lassen, die eine Verurteilung nach § 316 a StGB tragen könnten. Er ändert deshalb hinsichtlich der Angeklagten die Schuldsprüche in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO dahin ab, daß die auf § 316 a

StGB gestützte Verurteilung jeweils entfällt.

2. Aufhebung der Strafaussprüche

Die Änderung der Schuldsprüche führt zur Aufhebung der Strafaussprüche. Denn das Landgericht hat die Strafen dem § 316 a StGB entnommen und bei den Angeklagten ausdrücklich straferschwerend gewertet, dass sie mehrere in Tateinheit zueinander stehende Straftatbestände verwirkt haben. Der Senat kann deshalb nicht mit genügender Sicherheit ausschließen, dass das Landgericht ohne Verurteilung der Angeklagten nach § 316 a StGB auf niedrigere Strafen erkannt hätte. Der neue Tatrichter ist jedoch nicht gehindert, bei der Bemessung der wegen Raubes nach § 249 StGB zu verhängenden Strafen strafscharfend zu werten, dass der Geschädigte zur Ausführung der Tat planmäßig in einen Hinterhalt gelockt wurde.

Die Feststellungen zur Schuldfähigkeit der Angeklagten werden von dem Aufhebungsgrund jedoch nicht berührt; sie können deshalb bestehen bleiben.

[Anm.: Auch in seinem Beschluss vom 04.12.2003 (4 StR 427/03) befasst sich der 4. Senat mit den Auswirkungen seiner geänderten Rechtsprechung zu § 316 a StGB. Hier führt er aus:

"Nach den Feststellungen setzte sich der Angeklagte – als die Geschädigte an einer Tankstelle Zigaretten kaufte – auf die Rückbank ihres Kraftfahrzeuges. Er beabsichtigte, sie nach der Abfahrt an einer abgelegenen Stelle zu berauben. Nachdem die Geschädigte – ohne den Angeklagten zu bemerken – losgefahren war, nahm sie nach einer kurzen Strecke Geräusche wahr. Sie vermutete, dass etwas mit ihrem Fahrzeug, das in der Vergangenheit häufiger defekt gewesen war, nicht in Ordnung sei und hielt an. Als sie daraufhin den Angeklagten bemerkte, hielt dieser ihr ein mitgeführtes Messer an den Hals und forderte sie auf, weiterzufahren. Hiernach war die Geschädigte trotz des Anhaltens 'Fahrer(in) eines Kraftfahrzeugs' im Sinne des § 316 a StGB, als der Angeklagte den tatbestandsmäßigen Angriff auf sie verübte. Sie war unter den gegebenen Umständen weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb ihres Kraftfahrzeugs beschäftigt, dass sie gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs war. Die hierin liegenden 'besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs' hat der Angeklagte für seine Tat auch ausgenutzt."]

Standort: StPO**Problem: Rechtsmittelverzicht als Teil einer Absprache**

BGH, BESCHLUSS VOM 26.11.2003

1 ARS 27/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Zentraler Gegenstand des vorliegenden Beschlusses des BGH ist die Frage der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts, der als Teil oder im Zusammenhang mit einer Absprache im Strafprozess vom Angeklagten abgegeben wurde. Insofern waren die Senate des BGH bisher davon ausgegangen, dass ein solcher Verzicht grundsätzlich wirksam sei, sofern er nicht bereits vor Urteilsverkündung erklärt oder die Willensbildung des Angeklagten ausnahmsweise in unzulässiger Weise beeinträchtigt worden sei.

Der 3. Strafsenat des BGH hatte mit Beschluss vom 24.07.2003 (NStZ 2003, 677 (= RA 2004, 43)) angekündigt, im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung von der grundsätzlichen Unwirksamkeit eines im Zusammenhang mit einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts auszugehen und bei den anderen Senaten angefragt, ob diese einer Änderung der Rechtsprechung zustimmen würden. Nachdem der 5. Senat mit Beschluss vom 29.10.2003 (RA 2004, 43, 49) der beabsichtigten Änderung zustimmte, widerspricht ihr der 1. Senat mit der vorliegenden Entscheidung, so dass die maßgebliche Rechtsfrage nunmehr dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt werden muss (§ 132 II, III 1 GVG). Der 1. Senat weist weiter darauf hin, dass eine Vorlage an den Großen Senat auch wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage (§ 132 IV GVG) erfolgen sollte.

Prüfungsrelevanz:

Fragen im Zusammenhang mit Absprachen im Strafprozess dürften vor allem für das 2. Staatsexamen relevant sein, Grundkenntnisse aus diesem Problemkreis werden jedoch auch im 1. Examen (vor allem von Kandidaten mit dem entsprechenden Wahlfach) verlangt.

Obwohl eine Verfahrensbeendigung durch eine Absprache der am Prozess beteiligten Parteien in der StPO nicht ausdrücklich geregelt ist, geht der BGH von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise aus (BGHSt 43, 195; vgl. auch die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn. 119 ff.). Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Absprache ist zunächst, dass sich diese nur auf die Strafzumessung bezieht; Absprachen über den Schuldspruch sind unzulässig. Weiter darf das Gericht keine be-

stimmte Strafe zusichern, sondern nur eine Strafobergrenze; diese muss schuldangemessen sein. Auch darf das Gericht nicht unzulässig auf den Angeklagten einwirken, indem es mit einer höheren Strafe droht oder einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil verspricht. Schließlich muss die Absprache bei Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung stattfinden und (als wesentliche) Förmlichkeit protokolliert werden.

Im Zusammenhang mit einer solchen Absprache ist es üblich, dass sich das Gericht vom Angeklagten und dem Vertreter der Staatsanwaltschaft einen Rechtsmittelverzicht zusichern lässt, um eine möglichst kurzfristige Rechtskraft des Urteils herbeizuführen. Die im vorliegenden Beschluss angesprochene Frage der Unwirksamkeit eines solchen Verzichts hat deshalb erhebliche praktische Bedeutung. Hierbei legt der 1. Senat im vorliegenden Beschluss mit verständlicher und nachvollziehbarer Begründung dar, warum er eine generelle Unwirksamkeit dieses Verzichts für falsch hält und betont hierbei vor allem die Bedeutung der Rechtskraft und die Stellung der Prozessparteien, vor allem des Verteidigers des Angeklagten, die eine Wahrung der Rechte des Angeklagten bereits hinreichend gewährleisten. Auch legt der 1. Senat offen, dass die vom 3. Senat mit der Rechtsprechungsänderung angestrebte Vermeidung einer unzulässigen Beeinflussung des Angeklagten hierdurch nicht notwendig erreicht wird bzw. dass der Angeklagte insofern nicht schutzwürdig ist.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu Absprachen im Strafprozess: *BGHSt* 43, 195; 45, 51; *Köbel*, NStZ 2003, 242; *Küpper*, Jura 1999, 400; *Landau/Eschenbach*, NJW 1999, 321

☐ Zur Unzulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts als Teil einer Absprache: *BGH*, StV 2001, 554; NStZ 2002, 379; *Rieß*, NStZ 2000, 96

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, die den vom 3. Strafsenat beabsichtigten Entscheidungen entgegensteht.

2. Der nach einer verfahrensbeendenden Absprache vom Angeklagten im Anschluss an die Urteilsverkündung oder auch später während des Laufs der Rechtsmittelfrist erklärte Rechtsmittelverzicht ist als Prozessklärung grundsätzlich unanfechtbar und unwiderruflich; seine Wirksam-

keit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass er im Rahmen der Absprache in Aussicht gestellt oder vom Tatgericht auf ihn hingewirkt wurde oder dass er gar Teil der Absprache war.

Sachverhalt:

Der 3. Strafsenat beabsichtigt zu entscheiden (Beschl. vom 24. Juli 2003 - 3 StR 368, 415/02): "Die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, ist unwirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise (BGHSt 43, 195, 204) ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist. Dies gilt auch für den Rechtsmittelverzicht, auf den das Gericht, ohne ihn sich im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich hingewirkt hat."

Im Blick auf die bisherige ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des 1. Strafsenats hat der 3. Strafsenat den anderen Strafsenaten die Frage vorgelegt, ob sie an ihrer entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten.

Aus den Gründen:

A. Widerspruch der beabsichtigten Entscheidung des 3. Senats zur Rechtsprechung des 1. Senats

Den beabsichtigten Entscheidungen in den beiden Ausgangsverfahren des 3. Strafsenats steht Rechtsprechung des 1. Strafsenats entgegen. Das hat der 3. Strafsenat in seinem Anfragebeschluss zutreffend ausgeführt (Anfragebeschluss S. 13 ff.). Überdies sollte der Große Senat für Strafsachen mit der Fragestellung schon wegen deren grundsätzlicher Bedeutung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung befasst werden (vgl. § 132 Abs. 4 GVG).

B. Keine grundsätzliche Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts des Angeklagten im Zusammenhang mit einer Absprache

Der Senat teilt nicht die Auffassung des anfragenden 3. Strafsenats, der vom Angeklagten nach der Urteilsverkündung oder sonst während der Revisionseinlegungsfrist erklärte Rechtsmittelverzicht sei unwirksam, wenn er Teil einer verfahrensbeendenden Absprache sei oder das Tatgericht auch nur "auf ihn hingewirkt habe". Die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts ist lediglich dann in Betracht zu ziehen, wenn ein schwerwiegender Willensmangel aufgrund von Täuschung oder Drohung vorliegt, wenn dem Angeklagten vom Tatgericht ein Rechtsmittelverzicht "abverlangt" wird oder ihm zuvor nicht Gelegenheit zur Rücksprache und Beratung mit seinem Verteidiger gegeben wird (vgl. BGHSt 17, 14; 19, 101) oder wenn sonst in

unzulässiger Weise auf ihn eingewirkt worden ist (vgl. BGHSt 45, 51, 53).

Eine solche unzulässige Einwirkung, die die Willensentschlussfreiheit des Angeklagten bei Abgabe der Verzichtserklärung schwerwiegend beeinträchtigt, liegt indessen nicht bereits in dem Umstand, dass der Verzicht im Rahmen einer Verständigung ins Auge gefasst oder abgesprochen war. Ungeachtet etwaiger Mängel einer Absprache (gemessen am Maßstab von BGHSt 43, 195) kann der Angeklagte vor und bei Abgabe der Verzichtserklärung in der Regel seine Interessen durchaus sachgerecht in freier Willensentschluss wahrnehmen. Er muss deshalb die Möglichkeit haben, einen wirksamen Rechtsmittelverzicht zu erklären, wenn er mit dem Urteil zufrieden ist oder jedenfalls das Verfahren beendet sehen will (Senat NStZ 2000, 386, 387).

I. Zur Bedeutung von Absprachen und der diesbezüglichen Stellung der Prozessbeteiligten

Der Senat vermag den verfahrenstatsächlichen Befund, der Anlass für die Anfrage zur Wirksamkeit des im Zusammenhang mit einer verfahrensbeendenden Absprache stehenden Rechtsmittelverzichts ist, nicht uneingeschränkt zu teilen. Nach der Erfahrung des Senats führen die Tatgerichte ihre Verfahren auch bei etwaigen Verständigungen regelmäßig prozessordnungsgemäß und fair. Verfahrensbeendende Absprachen sind heutzutage ein wirksamer Weg, dafür geeignete Verfahren zügig und konsensual zu erledigen. Angesichts der durchweg großen Geschäftsbelastung der Strafkammern werden diese so in den Stand gesetzt, die vorhandenen, ohnehin begrenzten und eher noch knapper werdenden Kapazitäten den anderen, aus unterschiedlichen Gründen schwierigeren Verfahren zu widmen und die Verfahren so - auch aufs Ganze gesehen - in angemessener Zeit einer Entscheidung zuzuführen. Das gilt zumal im Blick auf die in den letzten Jahren gestiegenen Anforderungen an die Würdigungen und Begründungen der Tatrichter, die auf kompliziertere, zum Teil wiederholt geänderte Gesetze wie auch die verfassungsgerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgehen. Der Senat hält deshalb die - den Regeln entsprechend gehandhabte - verfahrensbeendende Absprache für ein mittlerweile unverzichtbares prozedurales Mittel, um die Strafverfahren in Deutschland in vertretbarer Zeit bewältigen zu können. Wird nach einer solchen verfahrensbeendenden Absprache von den Rechtsmittelberechtigten und namentlich vom Angeklagten nach Rücksprache mit dessen Verteidiger in freier Willensentschluss und in Kenntnis von Bedeutung und Tragweite der Erklärung auf Rechtsmittel verzichtet, ist dies je nach Lage des

Einzelfalls ein Weg, etwa noch in der Hauptverhandlung in Anwesenheit aller Beteiligten die sofortige Rechtskraft herbeizuführen.

Dafür kann es auch aus Sicht eines Angeklagten gute Gründe geben. Dieser wird sich nach der Erfahrung des Senats die Frage, ob er sich auf eine solche Absprache einlassen sollte, weit vorher, zumeist vor seinem Geständnis, mit seinem Verteidiger reiflich überlegt haben. Dem Senat ist freilich nicht entgangen, dass es in einigen wenigen Fällen, die sich nach seiner Beobachtung indes eher als Ausnahme erweisen, zu verfahrensbeendenden Absprachen oder zum Versuch solcher kommt, bei denen die dafür geltenden Grundsätze möglicherweise nicht in jeder Hinsicht gewahrt werden (vgl. zu diesen Grundsätzen nur BVerfG, Vorprüfungsausschuss, NJW 1987, 2662 = NStZ 1987, 419; BGHSt 43, 195; siehe weiter Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. Einl. Rdn. 119 ff.). Für solche bedenklichen Einzelfälle einer Absprache ist charakteristisch, dass im Gegenzug für ein Geständnis eine möglicherweise schuldunangemessen niedrige Strafe in Aussicht gestellt worden oder aufgrund einer Absprache ein Urteil in einer sog. Umfangssache aufgrund einer in ihrer Tragfähigkeit anzweifelbaren Beweisaufnahme ergangen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 11. September 2002 - 1 StR 171/02 - BA S. 8 ff.: Inaussichtstellen einer zweijährigen Bewährungsstrafe für den Fall eines Geständnisses bei angeklagten 156 Fällen des sexuellen Mißbrauchs eines Kindes; nach ausgebliebenem Geständnis dann für - nach Verfahrensbeschränkung noch verbliebene - 37 Fälle sieben Jahre Gesamtfreiheitsstrafe; Beschluss vom 27. August 2003 - 1 StR 272/03, dem Revisionsverwerfungsbeschluss selbst nicht zu entnehmen: Für den Fall einer sog. Anlage-Untreue mit mehr als 100 Geschädigten und einem Gesamtschaden von ca. 23 Mio. DM wird nach einer ausweislich des Protokolls vom Eintritt in die Beweisaufnahme bis zum letzten Wort des Angeklagten, also unter Einschluss der Plädoyers, noch 18 Minuten dauernden Hauptverhandlung eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verhängt und zur Bewährung ausgesetzt).

Auch in diesen Ausnahmefällen muss es grundsätzlich den Verfahrensbeteiligten überlassen bleiben, ob sie von der Möglichkeit des Rechtsmittels Gebrauch machen und die je nach Sachlage zu erhebenden Beanstandungen anbringen.

Dem Beistand des Verteidigers kommt in diesem Zusammenhang große Bedeutung zu. Dessen Verantwortung für den Angeklagten liegt insbesondere darin, seinerseits für die Wahrung der verfahrensrechtlichen Grundsätze Gewähr zu bieten. Ihm kann abverlangt werden, dass er bei dem Versuch einer Verständigung dem Tatgericht vermittelt, sein Mandant werde einen

Rechtsmittelverzicht im Anschluss an die Urteilsverkündung nicht in Aussicht stellen. Vor allem der Verteidiger muss und wird dem Angeklagten verdeutlichen, dass einer Absprache, die einen Rechtsmittelverzicht in den Blick genommenen hat, insoweit keinerlei Bindungswirkung zukommt. Das ist seine Pflicht, und an deren Erfüllung muss er im Interesse seines Mandanten festgehalten werden, auch wenn er besorgt, dadurch etwaigen oder vermeintlichen Erwartungen des Tatgerichts nicht gerecht zu werden. Der Verteidiger ist der berufene Berater des Angeklagten. Für seinen Rat, einen Rechtsmittelverzicht zu erklären, trägt er die Verantwortung. Die Rechtsordnung hat dem grundsätzlich Respekt zu zollen. Der Senat hat keinen Anlass, dem Verteidiger ein derartiges Vertrauen nicht entgegenzubringen. Dementsprechend ist auch anerkannt, dass das Tatgericht grundsätzlich nicht gehalten ist, die Tätigkeit des Verteidigers auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin zu überwachen (vgl. zum bestellten Verteidiger nur BGH bei Kusch NStZ 1996, 21; Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. § 143 Rdn. 4).

Ein weiteres Korrektiv wird auch in der Verantwortung des Staatsanwalts für das Verfahren als ganzes liegen (vgl. Nr. 127 Abs. 1, Nr. 147 RiStBV). In Verfahren von besonderer Bedeutung wird die Staatsanwaltschaft bei einer Beteiligung an einer verfahrensbeendenden Absprache zuvor berichtspflichtig sein. Zudem geht von der Beteiligung des etwaigen Nebenklägers eine Kontrollfunktion aus, wengleich dessen Anfechtungsbefugnis begrenzt ist.

II. Keine Übereinstimmung mit den Erwägungen des 3. Senats

Der Senat kann den wesentlichen Erwägungen des 3. Strafsenats im Anfragebeschluss nicht beitreten. Nach seiner Auffassung fehlt es an einer tragfähigen rechtlichen Begründung für einen so weitreichenden Rechtssatz, wie ihn der 3. Strafsenat aufstellen möchte. Der Senat hält zudem den Weg, einen Rechtsmittelverzicht unter den in Rede stehenden Maßgaben für unwirksam zu erachten, für nicht geeignet, vereinzelt gebliebenen bedenklichen Entwicklungen auf dem Felde der Absprache entgegenzuwirken; eine solche Lösung hätte überdies gerade im Blick auf die Rechtskraftwirkung erhebliche Unsicherheiten zur Folge und würde im praktischen Ergebnis in den jeweiligen Verfahren zu weiteren, anders gearteten Unzuträglichkeiten führen. Im einzelnen:

1. Keine Rechtsgrundlage für die Unwirksamkeit eines im Zusammenhang mit einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts

Die Unwirksamkeit eines nach Verkündung des Ur-

teils erklärten Rechtsmittelverzichts wird im Anfragebeschluss nicht auf eine hinreichend tragfähige rechtliche Grundlage gestützt.

a. Rechtskraft als wichtige Folge des Rechtsmittelverzichts

Die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts zu Protokoll in der Hauptverhandlung nach Verkündung des Urteils - und auch danach innerhalb der Revisionseinlegungsfrist - ist eine gestaltende Prozessklärung von erheblichem Gewicht. Sie führt in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht der anderen rechtsmittelberechtigten Verfahrensbeteiligten zur Rechtskraft des Urteils.

Mit dem Eintritt der Rechtskraft sind gewichtige Folgen verbunden. Das gilt ähnlich auch in anderen Verfahrensordnungen. Namentlich führt die Rechtskraft zum Übergang vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren. An die Rechtskraft können sich weitergehende berufsrechtliche, beamtenrechtliche, ausländerrechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen knüpfen. Auch in anderen Gerichtszweigen und nach anderen Verfahrensordnungen werden an die Annahme der Unwirksamkeit solcher Erklärungen hohe und strenge Anforderungen gestellt (vgl. für den Zivilprozess sehr strikt etwa BGH NJW-RR 1986, 1327; BGHR ZPO § 514 Verzicht 5, 7: Verneinung einer Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln). Dementsprechend sind auch im Strafprozess Verzichtserklärungen für unanfechtbar und unwiderruflich erachtet, Willensmängel - wenn überhaupt - nur unter strengen Voraussetzungen für beachtlich gehalten worden. Das gilt in allgemeiner Hinsicht etwa dann, wenn das Gebot der Gerechtigkeit zu einer Ausnahme von der unbedingten Gültigkeit der Rechtsmittelverzichtserklärung zwingt. Für die Umgrenzung solcher Ausnahmen kommt es entscheidend auf die Art des Willensmangels und seine Entstehung an. Nur unter Beachtung dessen ist zu entscheiden, ob überwiegende Gründe der Gerechtigkeit den Vorrang vor dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit beanspruchen müssen (so schon früh BGHSt 17, 14, 16 f.; siehe weiter BGHSt 45, 51, 53).

b. Zu anderen "Sanktionsmöglichkeiten"

Der anfragende 3. Strafsenat meint, die Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts, der Gegenstand einer Absprache (Verständigung) gewesen ist oder auf den das Tatgericht hingewirkt hat, sei die "einzig denkbare Sanktion"; ein solches Vorgehen dürfe "nicht sanktionslos bleiben" (Anfragebeschluss S. 11, 12). Diese Begründung entbehrt der konkreten rechtlichen Grundlage.

Ist das Ergebnis einer Verständigung zuvor zwischen

den Verfahrensbeteiligten erörtert worden, befindet sich der Angeklagte im Beistand eines Verteidigers, mit dem er sich auch nach Urteilsverkündung nochmals wenigstens kurz besprechen konnte, und sind andere die Willensentschließungsfreiheit wirklich beeinträchtigende Umstände nicht feststellbar, so besteht unter dem Gesichtspunkt der freien Willensentschließung kein Grund, die frei abgegebene Verzichtserklärung nur deshalb rechtlich zu missbilligen und ihr die Wirksamkeit zu versagen, weil zuvor die Hinweise in BGHSt 43, 195 zur Absprache nicht eingehalten worden sind (so schon Senat NStZ 2000, 386, 387). Eine Willensbeeinflussung solchen Gewichts, dass der für die Unwirksamkeit einer Prozessklärung erforderliche Grad eines schwerwiegenden Willensmangels erreicht wäre, liegt darin ersichtlich nicht; im Vordergrund steht allein die "Sanktion", die den Tatrichter treffen soll.

Auch die Annahme des anfragenden Senats, die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts sei die "einzig denkbare" Sanktion, trifft nicht zu: Ein zuvor besprochener oder gar abgesprochener Rechtsmittelverzicht ist nicht bindend "vereinbart". Das ist allgemein anerkannt und gehört nach der Erfahrung des Senats zum Allgemeingut der Kenntnisse eines Strafverteidigers. Da die Verfahrensbeteiligten an eine entsprechende Verständigung nicht gebunden sind, können sie nach Verkündung des Urteils gleichwohl Rechtsmittel einlegen.

Die angemessene und naheliegende Reaktion ist die Nichtabgabe einer Verzichtserklärung, die Inanspruchnahme der Revisionseinlegungsfrist zum Fassen der Entschließung und gegebenenfalls die Einlegung der Revision.

2. Keine grundsätzlich unzulässige Willensbeeinflussung des Angeklagten

Die Zuordnung eines zuvor in Aussicht gestellten oder angekündigten und dann in freier Willensentschließung auch erklärten Rechtsmittelverzichts zur Kategorie der - eine Prozessklärung gefährdenden - Willensmängel verbietet sich nach Ansicht des Senats bereits aus sprachlich-begrifflichen Gründen: Wer verhandlungsfähig das Für und Wider eines bestimmten Prozess- und Verteidigungsverhaltens zuvor mit seinem Verteidiger erwogen hat, dann in der Regel seine "Vorleistung" in Form eines Geständnisses erbracht hat - das wird regelmäßig für den Angeklagten der entscheidende und weit bedeutsamere Punkt sein - und schließlich nach Verkündung des Urteils im Vollbesitz seiner Willenskräfte eine Verzichtserklärung abgibt, vor der er sich nochmals mit seinem Verteidiger verständigen konnte, dem diese Erklärung auch nicht vom Gericht

abverlangt wird und der sich der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung bewusst ist, der handelt grundsätzlich mit freiem Willen. Seiner Erklärung die Wirksamkeit zu versagen, weil der Wille von einem einzelnen Umstand - der etwaigen Verständigung auch über einen Rechtsmittelverzicht - mit beeinflusst worden sein kann - was eine andere Kategorie ist als ein erheblicher Willensmangel -, lässt sich kaum rechtfertigen. Damit würde der Begriff des Willensmangels gesprengt.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich freilich zuletzt - ohne ausdrückliche Erörterung insoweit - eine Veränderung im Begriffsgebrauch vollzogen: weg vom Erfordernis des schwerwiegenden Willensmangels, hin zum Kriterium der unzulässigen Willensbeeinflussung (so auch Senat NStZ 2000, 386, 387; vgl. demgegenüber noch Beschl. vom 21. Januar 1997 - 1 StR 732/96 = NStZ-RR 1997, 173: "in besonderen Fällen schwerwiegender Willensmängel"; siehe auch Beschl. vom 24. April 2001 - 1 StR 112/01: Abstellen auf die Verhandlungsfähigkeit und die Erkennbarkeit der Bedeutung der Erklärung, die nur durch schwere körperliche oder seelische Mängel ausgeschlossen sei; ebenso Beschl. vom 10. Mai 2001 - 1 StR 120/01). Damit scheint eine qualitative Herabstufung der Anforderungen einherzugehen, die aus der Sache heraus und im Blick auf die allgemein an die Wirksamkeit von Willenserklärungen zu stellenden Anforderungen nicht begründbar ist. Jede Willensbildung unterliegt vielfältigen Einflüssen. Diese nach zulässigen und unzulässigen einstuften zu wollen, ist nach den Maßstäben freier, eigenverantwortlicher Willensbildung ein zweifelhaftes Unterfangen, wenn daraus eine die Wirksamkeit der Entschließung verneinende Folgerung gezogen werden soll. Hier muss das faktische Gewicht des "unzulässigen Einflusses" ebenso berücksichtigt werden wie dessen Auswirkung auf die freie Willensbildung. Nicht jeder Einfluss ist wirksamkeits-erheblich. Dazu muss er seinem Gewicht und der Kategorie nach geeignet sein. Das ist jedenfalls nicht schon dann der Fall, wenn bei einer Absprache der Rechtsmittelverzicht - neben anderen Umständen von regelmäßig weit größerer aktueller Bedeutung für den Angeklagten (Geständnis, Strafmaß) - eine Rolle gespielt hat. Eine andere Bewertung würde in vielen Fällen sogar dazu führen, dass das rechtliche Verdikt der Unwirksamkeit gerade gegen den erklärten freien Willen des verzichtenden Angeklagten - jedenfalls im Zeitpunkt des Verzichts - erfolgt (der sich freilich später anders entschieden haben muss, damit sich die Problemstellung ergibt).

Diese Sicht wird bestätigt durch die auch sonst an Prozessurteilen angelegten Maßstäbe, die hinsichtlich

der Wirksamkeit nur einheitlich beurteilt werden können: so ist beispielsweise auch für die Zustimmung des Angeklagten zur Verlesung einer polizeilichen Zeugenaussage (§ 251 Abs. 2 Satz 1 StPO) die Prozesshandlungsqualität und die Unanfechtbarkeit mit der Revision anerkannt (Senat NStZ 1997, 611). Auch eine solche Zustimmung kann aber aufgrund unterschiedlichster Willenseinflüsse erklärt worden sein, durchaus auch im Blick auf eine prozedurale Absprache. Das wird sie nicht annähernd dem Verdacht aussetzen, sie könne wegen "unzulässiger Willensbeeinflussung" unwirksam sein, und zwar auch dann nicht, wenn das Tatgericht auf sie "hingewirkt" haben sollte.

Überdies sind Elemente von Verständigungen auch anderen Arten der Verfahrenserledigung durchaus eigen, bei denen der Beschuldigte ebenso unter einem von ihm so empfundenen Entschließungsdruck geraten kann und sich mitunter durch die Umstände zur Aufgabe von Verteidigungspositionen gedrängt sehen mag. Das ist dem Verfahren dann eigentümlich und bis zu einem gewissen Grade unvermeidlich, ohne dass darin bislang eine fragwürdige Willensbeeinflussung gesehen worden wäre. Namentlich wird das oft für Verfahrensweisen nach den §§ 153 ff. StPO gelten (zum beschränkten Strafklageverbrauch bei gerichtlicher Entscheidung nach § 153 Abs. 2 StPO vgl. jüngst BGH, Beschl. vom 26. August 2003 - 5 StR 145/03, BA S. 10: Billigung einer verfahrensabschließenden Entscheidung durch die Verfahrensbeteiligten), für das Strafbefehlsverfahren (mit der Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe) und den Täter-Opfer-Ausgleich, aber auch für etwaige Vergleichsschlüsse im Adhäsionsverfahren. Im Zivilprozess etwa kann sich eine ähnliche Verfahrensgestaltung dann ergeben, wenn in Anwesenheit der Prozessparteien durch das Gericht auf einen Vergleich "hingewirkt" wird und dieser schließlich ohne Einräumung einer Widerrufsfrist protokolliert wird. Auch hier sind an die Annahme eines etwaigen wirksamkeits-erheblichen Willensmangels hohe Anforderungen zu stellen. Fehlt es aber an einem schwerwiegenden Willensmangel, der sich jedenfalls dann nicht aus einer Willensbeeinflussung ergeben kann, wenn diese nur darin gründen soll, dass ein Rechtsmittelverzicht zuvor Gegenstand einer Absprache war, so kann die Verzichtserklärung nicht schon aus diesem Grunde unwirksam sein. Entscheidend ist, dass dem Angeklagten klar ist, dass er an die Absprache nicht gebunden ist, sich also gleichwohl frei entschließen kann.

Wollte man dem Angeklagten hingegen mehr Zeit zum Überlegen einräumen, dann ist das keine Frage der Willensentschließungsfreiheit, sondern eine solche der prozessualen Fürsorge. Es könnte dann die Pflicht des

Vorsitzenden sein, die Verzichtserklärung nicht entgegenzunehmen oder etwa dem Angeklagten eine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung dahin zu erteilen, dass die vorherige Absprache auch eines Verzichts nicht bindend sei und er dessen ungeachtet die Rechtsmittelfrist ausschöpfen könne. Das aber wäre eine andere Begründung als die des Anfragebeschlusses.

3. Keine Schutzbedürftigkeit des (verteidigten) Angeklagten

Abgesehen von den Fällen wirklicher Willensmängel besteht auch kein besonderes Schutzbedürfnis für den verteidigten Angeklagten, das die Annahme der Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts in Fällen der vorliegenden Art rechtfertigen könnte; in Betracht käme hier lediglich der rechtliche Gesichtspunkt einer Verletzung der prozessualen Fürsorgepflicht.

Schon nach bisheriger Rechtsprechung muss der Angeklagte vor Abgabe einer Rechtsmittelverzichtserklärung die Möglichkeit zur Rücksprache mit seinem Verteidiger haben; der Verzicht darf ihm vom Tatgericht nicht abverlangt werden. Er muss vor offensichtlich übereilten und vorschnellen Erklärungen bewahrt werden und die Gelegenheit haben, das Für und Wider seines Schrittes reiflich zu überlegen (vgl. schon Senat, BGHSt 18, 257, 260). Werden diese Grundsätze beachtet, ist dem Schutzbedürfnis grundsätzlich hinreichend Rechnung getragen. Bei einer Verständigung geht regelmäßig ein Gespräch voraus, an dem der Verteidiger beteiligt ist; er wird dessen wesentlichen Verlauf und den Inhalt mit dem Angeklagten ebenso erörtern wie die Vor- und Nachteile einer etwaigen Verständigung. Der wesentliche Gesichtspunkt wird in der Regel die Ablegung eines Geständnisses und die Aufgabe sonstiger Verteidigungspositionen sein. Nach Verkündung des Urteils muss schon nach der bisherigen Rechtsprechung Gelegenheit zur Rücksprache mit dem Verteidiger bestehen. Der dann noch in der Hauptverhandlung erklärte Rechtsmittelverzicht wird protokolliert, regelmäßig nochmals vorgelesen und so dann genehmigt.

Darüber hinaus kann es seitens des Angeklagten bei Kenntnis aller Konsequenzen ein durchaus anerkanntes Interesse an einem Rechtsmittelverzicht geben. So mag ihm daran gelegen sein, ein Rechtsmittel etwa der Staatsanwaltschaft oder des Nebenklägers nicht erwarten zu müssen. Das wird zumal dann gelten, wenn er ein Geständnis abgelegt hat. Auch die Gesichtspunkte der Verfahrensbeschleunigung und des Verfahrensabschlusses können von gewichtigem Interesse sein. Dies verdeutlicht, dass es gute Gründe geben kann, auf Rechtsmittel zu verzichten, die die Rechtsordnung anerkennen sollte, zumal

der Rechtsmittelverzicht im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (§ 302 Abs. 1 StPO).

4. Zu den negativen Konsequenzen der beabsichtigten Entscheidung des 3. Senats

Die verfahrensbezogenen Folgen der vom anfragenden 3. Strafsenat vorgesehenen "Sanktion" auf eine den Rechtsmittelverzicht erfassende verfahrensbeendende Absprache sind aus Sicht des Senats durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. Es ergäben sich verschiedene Unzuträglichkeiten, ohne dass die beklagte Fehlentwicklung wirksam zurückgedrängt würde.

a. Unbilligkeit der Neuverhandlung nach Absprache bei Revisionseinlegung durch den Angeklagten wg. des Verschlechterungsverbots (§ 358 II StPO)

Käme es trotz allseits erklärten Rechtsmittelverzichts wegen der Unwirksamkeit des vom Angeklagten erklärten Verzichts dennoch zu einer Sachprüfung des Revisionsgerichts und zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache, so ließe sich in der wohl weit überwiegenden Zahl solcher Fälle im Ergebnis kaum eine Korrektur absprachebedingter Rechtsfehler erreichen. In der praktischen Wirkung hätte dies den Charakter einer "Abstrafung" des Tatgerichts (der anfragende Senat gebraucht den Begriff der "Sanktion"). Diese könnte zugleich aber auch in vielen Fällen gewichtige Folgen für das Opfer einer Tat - gerade bei Gewalt- und Sexualdelikten - haben.

In den meisten Verfahren, die mit einer Absprache beendet werden, wird die ausgesprochene Strafe eher milde sein und im unteren Bereich des Schuldangemessenen liegen. Nach einer Neuverhandlung - auf die Revision des Angeklagten hin bei unwirksamem Rechtsmittelverzicht - würde das Verschlechterungsverbot gelten (§ 358 Abs. 2 StPO). In einer namhaften Anzahl solcher Fälle wäre überdies - freilich nur bei erneuter Verurteilung - noch eine zu quantifizierende Strafmilderung wegen einer vermeidbaren Verzögerung vorzunehmen (vgl. dazu nur jüngst BGH NStZ 2003, 601 m.w.N.). Unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, aber auch im Blick auf das Opfer-Schutz-Interesse erhellt sich die Fragwürdigkeit eines solchen Ergebnisses.

Dies zeigt weiter, dass das Schicksal von Rechtsmittelverzichtserklärungen der Staatsanwaltschaft, des Nebenklägers und auch eines etwaigen Verfallsbeteiligten, die im Zusammenhang mit einem Verzicht des Angeklagten abgegeben werden, auf der Grundlage der Rechtsauffassung des 3. Strafsenats nicht offenbleiben dürfte. Anderenfalls würde es zu schwer erträglichen Ergebnissen gerade in den Fällen mit individuellen Tatopfern kommen können. Hier müsste we-

nigstens erwogen werden, auch diesen die Wirkung zu versagen. Das aber würde zu einem weiteren Einbruch in das Rechtssicherheitsinteresse und die rechtsfriedenstiftende Funktion eines rechtskräftigen Urteils führen. Im übrigen wäre dann der Angeklagte oft in einer schwierigen Lage, weil er - zumeist als Folge und Teil einer Absprache - ein Geständnis "als Vorleistung" abgelegt haben wird. Er könnte sich dann unversehens in einer Situation wiederfinden, in der dieses Geständnis "in der Welt" ist, die Sache aber dennoch auch Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft und des Nebenklägers ausgesetzt ist, so dass ihn das Verschlechterungsverbot nicht mehr vor einer Verschärfung der Rechtsfolge schützt.

b. Keine "Abschreckungswirkung"

Hinzu kommt, dass selbst die "präventive Wirkung" einer solchen Änderung der Rechtsprechung nur sehr begrenzt wäre: in der Folge einer Verständigung wird - angesichts der unverändert großen praktischen Bedeutung verfahrensbeendender Absprachen - nur ein sehr kleiner

Teil der betreffenden Verfahren der Kontrolle der Revisionsgerichte zugeführt werden. In der Regel werden die Verfahrensbeteiligten, wenn sie an einer solchen Verständigung beteiligt sind, keinen Anlass sehen, Revision einzulegen. Sie werden alle mit der Entscheidung "zufrieden sein", wenn auch aus unterschiedlichen Gründen. Wäre die Abgabe allseitiger Rechtsmittelverzichte im unmittelbaren Anschluss an die Urteilsverkündung in Gegenwart aller Verfahrensbeteiligter und zu Protokoll nicht mehr wirksam möglich, würde naheliegenderweise ein Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist "vereinbart". Das dürfte die praktische Folge der Lösung des anfragenden Senats sein. Damit wäre selbst für das Schutzbedürfnis des wirksam verteidigten Angeklagten regelmäßig kaum etwas gewonnen. Er hat die Folgen schon zuvor mit seinem Verteidiger besprochen und bedacht. Allerdings ist vorstellbar, dass dann vorsorglich kurz vor Fristablauf doch Revision eingelegt wird, weil jeder Verfahrensbeteiligte keine sichere Gewähr dafür hat, dass auch der andere tatsächlich die Frist verstreichen lässt und kein Rechtsmittel einlegt. Auch der Angeklagte selbst kann schriftlich Revision einlegen. Die Verfahrensbeteiligten müssten zur gegenseitigen Kontrolle wohl später - nach erneuter Absprache - einen Modus finden, um die Rechtskraft "koordiniert" herbeizuführen (z.B. durch gemeinsames Einreichen von Rechtsmittel-Rücknahme-Schriftsätzen auf der Geschäftsstelle des erkennen den Gerichts). Ein solches Szenario mag kurios anmuten. Auf diesen Weg würde aber die Praxis ausweichen.

c. Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht nachweisbar

Der im Anfragebeschluss aufgezeigte Weg würde für das Revisionsverfahren zu weiteren ausgeprägten Schwierigkeiten führen, welche die Befriedungsaufgabe der Rechtsprechung in Frage zu stellen geeignet sind. Das Revisionsgericht hätte im Freibeweisverfahren zu klären, ob ein Rechtsmittelverzicht etwa Teil einer verfahrensbeendeten Absprache war. Hierzu wären dienstliche Äußerungen und anwaltliche Erklärungen der Beteiligten einzuholen, die anschließend einer Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht zu unterziehen wären. Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt hier nicht (BGHSt 16, 164, 167; 21, 4, 10; Meyer-Goßner aaO § 337 Rdn. 12; speziell zur Absprache: BGH, Beschluss vom 27. Juni 2001 - 1 StR 210/01 - BA S. 4; Beschluss vom 16. Mai 2002 - 5 StR 12/02; siehe auch Senat NSTZ 1994, 196).

Wird gar der schon in tatsächlicher Hinsicht in hohem Maße unscharfe Begriff des "Hinwirkens" auf einen Rechtsmittelverzicht zum Kriterium erhoben, so würde das Revisionsgericht bei dem Erfordernis der Würdigung der einzuholenden schriftlichen Erklärungen vor eine kaum lösbare Aufgabe gestellt. In der trichterlichen Praxis werden Fälle vorkommen, in denen etwa ein Vorsitzender den Verteidiger fragt, ob mit einem Rechtsmittelverzicht gerechnet werden könne; möglicherweise setzt er sogar der Frage hinzu, bekanntlich dürfe dieser nicht verlangt oder vereinbart werden; die Kammer dürfe nicht einmal darauf "hinwirken". Hier sind vielfältige Abläufe vorstellbar, die alle in ihrer Unterschiedlichkeit subsumiert werden müssten und die voraussehbar zu einer umfangreichen Kasuistik führen würden. In einer großen Zahl der einschlägigen Fälle würde das Revisionsgericht aber wohl an den Beweisschwierigkeiten scheitern.

Diese können auch dadurch bedingt sein, dass die Beteiligten abweichende Erklärungen zum Verfahrensverhalt abgeben (vgl. beispielhaft nur Senat NSTZ 1997, 561; eindrucksvoll auch der Fall Senat NSTZ 1994, 196, in dem der Strafkammervorsitzende unter Berufung auf seine Dienstpflicht und der Verteidiger unter Hinweis auf das Standesrecht miteinander unvereinbare Angaben gemacht hatten).

d. Probleme der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei Altfällen

Wäre die vom anfragenden 3. Strafsenat ins Auge gefasste Entscheidung mit einer Wiedereinsetzung in die Revisionseinlegungsfrist verbunden, ergäben sich unter dem Gesichtspunkt der friedienstiftenden Aufgabe auch der Strafrechtsprechung weitere nachteilige Folgen: die Revisionsgerichte würden voraussichtlich

mit einer beachtlichen Zahl von sog. Altfällen befasst werden, die mit der Behauptung einer den Rechtsmittelverzicht einschließenden Urteilsabsprache anhängig gemacht würden und in denen vormals verständigungsbereite Verurteilte nun im zeitlichen Abstand doch noch eine Möglichkeit sehen, ihren Fall abweichend von früherer Einschätzung einer revisionsgerichtlichen Überprüfung zuzuführen (vgl. beispielhaft die Sache 1StR 272/03, Senatsbeschluss vom 27. August 2003, siehe unten unter C.). In diesen Fällen werden die Urteilsgründe oft abgekürzt gefasst sein (§ 267 Abs. 4 Satz 1 StPO).

Bei irrtümlicher Annahme der Rechtskraft eines Urteils durch das erkennende Gericht ist bislang die Urteilsergänzung für unzulässig erachtet worden (BGH bei Holtz MDR 1990, 490; vgl. Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. § 267 Rdn. 30). Sie wäre in denjenigen Fällen, in denen nach einer etwaigen Änderung der Rechtsprechung nun nach Jahr und Tag Revision eingelegt würde und Wiedereinsetzung zu gewähren wäre, auch großen und kaum lösbaren praktischen Schwierigkeiten ausgesetzt. Aufzeichnungen und Notizen der Richter werden zumeist vernichtet sein. Die Erinnerung an das Ergebnis der Hauptverhandlung wird bei den mitwirkenden Richtern weitgehend verblasst sein. Möglicherweise nehmen sie mittlerweile andere, nichtrichterliche Aufgaben wahr oder sind in den Ru-

hestand versetzt.

Käme es zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache, stünden nach zunächst eingetretener Rechtskraft Beweismittel oft nicht mehr in vollem Umfang und mit vollem Gewicht zur Verfügung. Die Erinnerung von Zeugen wird schwächer. Die auf der Grundlage technischer Maßnahmen erlangten Erkenntnisse werden vielfach vernichtet sein (vgl. nur § 100b Abs. 6 StPO). Solche Schwierigkeiten werden sich teilweise zwar auch mitunter im Wiederaufnahmeverfahren ergeben. Dieses ist aber an andere Voraussetzungen geknüpft.

5. Zu den Auswirkungen der beabsichtigten Rechtsprechung auf die Praxis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die gegenwärtige Praxis der Absprachen durch das Diktum der Unwirksamkeit des "erwirkten Rechtsmittelverzichts" nicht abgeschafft werden wird. Beim Beschreiten des jetzt angefragten Weges würden die Tatgerichte unter ihrem Erledigungsdruck naheliegenderweise auf einen anderen Weg ausweichen. Im Ergebnis würde aller Voraussicht nach keine nennenswerte Verbesserung in irgend einer Hinsicht bewirkt. Anders geartete Ungereimtheiten und Problemstellungen wären die Folge. [...]

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Verfassungswidrigkeit des § 1355 II BGB**

BVERFG, URTEIL VOM 18.02.2004

I BVR 193/97 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hat im nachstehenden Urteil entschieden, dass § 1355 II BGB mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG nicht vereinbar ist, soweit er ausschließt, dass Ehegatten zum Ehenamen einer neuen Ehe einen durch frühere Eheschließung erworbenen Familiennamen bestimmen können, den einer von beiden zum Zeitpunkt der Eheschließung führt.

Hintergrund ist Folgender: In seiner Ursprungsfassung vom 18.8.1896 (RGBl S. 195) bestimmte § 1355 BGB, dass die Frau mit der Eheschließung den Familiennamen des Mannes als Ehenamen erhielt. Diesem konnte sie später auf Grund des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957 (BGBl I, S. 609) ihren Geburtsnamen hinzufügen. Mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (BGBl I, S. 1421) wurde § 1355 BGB dahingehend geändert, dass die Ehegatten nunmehr als Ehenamen den Geburtsnamen des Mannes oder den der Frau wählen konnten. Allerdings blieb es bei Nichteinigung der Ehegatten über die Ehenamenswahl noch beim Vorrang des Mannesnamens, § 1355 II 2 BGB a.F. Nachdem das BVerfG letzteres 1991 für verfassungswidrig erklärt hatte, erhielt § 1355 II BGB durch das Gesetz zur Neuordnung des Familienrechts vom 16.12.1993 (BGBl I, S. 2054), das insoweit am 1. April 1994 in Kraft trat, seine jetzige Form. Nach geltender Rechtslage kann damit der in früherer Ehe erworbene Name nicht als Ehefrau an einen neuen Ehegatten weitergegeben werden (vgl. aber Art. 10 II EGBGB).

Auch dies hält das BVerfG nun für verfassungswidrig. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze den Vor- und Nachnamen eines Menschen als Ausdruck seiner Identität und Individualität. Dieser Schutz sei auch im Fall eines mit der Eheschließung erworbenen Namens nicht auf die Ehezeit begrenzt, weil der durch Ehenamenswahl erworbene Name eigener und nicht nur geliehener Name seines Trägers sei. In diesen Schutz greife § 1355 II BGB ein. Dieser Eingriff sei unverhältnismäßig und daher nicht zu rechtfertigen. Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Regelung insbesondere

auf die Gefühle des Ehegatten aus dem früheren Familienverband Rücksicht nehmen. Diese Gefühle seien aber ihrerseits nicht grundrechtlich geschützt. Das BVerfG stellt zudem darauf ab, dass § 1355 II BGB vor allem Frauen benachteilige, da - früher rechtlich vorgeschrieben, bis heute aber noch tatsächlich - überwiegend der Name des Mannes zum Ehenamen gekürt würde. Dieser könne ihn dann auch in einer neuen Ehe tragen, während die Frau ihn nicht in eine neue Ehe überführen könne.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil hat hohe Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erregt, was für sich genommen bereits erhöhte Prüfungsrelevanz bedeutet. Es lässt sich zudem in einer Verfassungsbeschwerde leicht abprüfen. Im Originalfall hat das BVerfG i.Ü. die Verfassungsbeschwerde des (neuen) Ehemannes der betroffenen Frau, die nicht Gegenstand der hier abgedruckten Falllösung ist, mit kurzer Begründung als unzulässig zurückgewiesen, da eine Verletzung eigener Grundrechte des neuen Ehegatten nicht hinreichend dargelegt worden sei. In der Tat dürfte es kein Grundrecht darauf geben, durch Eheschließung einen bestimmten Namen zu erwerben.

Aus zivilrechtlicher Sicht ist noch die weitere Handhabung des § 1355 II BGB interessant: Das BVerfG hat den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 31.5.2005 eine verfassungskonforme Neuregelung zu schaffen. In der Zwischenzeit ist § 1355 II BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass dann, wenn die Ehegatten bei einer Eheschließung nach dem Tage der Veröffentlichung der Entscheidungsformel im Bundesgesetzblatt (vgl. § 31 II 3 BVerfGG) einen von einem der Ehegatten in einer früheren Ehe erworbenen Familiennamen zum Ehenamen bestimmen wollen, jeder Ehegatte vorläufig - also bis zur gesetzlichen Neuregelung - den von ihm zur Zeit der Eheschließung geführten Namen behält. Dem Gesetzgeber wurde ferner aufgegeben, in der Neuregelung auch die Fälle zu berücksichtigen, in denen unter dem Diktat des verfassungswidrigen § 1355 II BGB möglicherweise ein Geburtsname zum Ehenamen bestimmt wurde, obwohl die Eheleute lieber einen durch frühere Eheschließung eines Partners erworbenen Namen gewählt hätten. Bei diesen "Altfällen" sei allerdings zu beachten, dass schon aus Grün-

den der Rechtssicherheit eine Neuregelung diese Fälle nicht zwangsläufig wieder aufrollen müsse.

Vertiefungshinweise:

- Die Aufgehobene Entscheidung des Kammergerichts: *KG, FamRZ 1997, 557*
- Verfassungswidrigkeit des § 1355 II 2 BGB a.F.: *BVerfGE 84, 9*
- Verfassungsmäßigkeit des § 1355 I BGB: *BVerfGE 104, 373*

Leitsatz:

Es ist mit Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG nicht vereinbar, dass nach § 1355 II BGB der durch frühere Eheschließung erworbene und geführte Name eines Ehegatten in dessen neuer Ehe nicht zum Ehenamen bestimmt werden kann.

Sachverhalt:

Die Eheleute F und M haben 1993 in den USA geheiratet. Nach ihrer Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland wollten sie gegenüber dem Standesbeamten den von der F zum Zeitpunkt der Eheschließung seit vielen Jahren geführten, in ihrer früheren Ehe erworbenen Namen zum Ehenamen bestimmen. Der Standesbeamte lehnte dies unter Hinweis auf § 1355 II BGB ab. Dieser lautet: "Zum Ehenamen können die Ehegatten durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten den Geburtsnamen des Mannes oder den Geburtsnamen der Frau bestimmen". Der gewünschte Familienname sei aber weder der Geburtsname von M, noch der von F, sondern der Geburtsname des ersten Ehemannes der F. Der Gesetzgeber habe bei dieser Regelung die Interessen des geschiedenen Ehegatten im Auge gehabt, der seinen Geburtsnamen regelmäßig nicht als Ehenamen einer neuen Ehe seines geschiedenen Partners sehen wolle, und Missbrauchsgefahren, etwa durch "Scheinehen" zum Zwecke des Namenshandels mit Adelstiteln und dgl. begegnen wollen. Zudem könne sich F damit trösten, ihren durch Eheschließung erworbenen Namen als Begleitnamen nach § 1355 IV BGB zu führen.

Ist § 1355 II BGB verfassungsgemäß?

Lösung:

§ 1355 II BGB ist verfassungsgemäß, wenn er mit den Anforderungen, die das Grundgesetz in formeller und materieller Hinsicht an ein Gesetz stellt, vereinbar ist.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

An der formellen Verfassungsmäßigkeit des § 1355 II

BGB, in seiner gegenwärtigen Form eingefügt durch das Gesetz zur Neuordnung des Familienrechts vom 16.12.1993, in Kraft getreten am 1.4.1994, besteht kein Zweifel. Insbesondere hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Familienrecht aus Art. 72, 74 I Nr. 1 GG.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht könnte § 1355 II BGB gegen Grundrechte, namentlich gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verstoßen. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

1. Recht am eigenen Namen

Das BVerfG sieht in st.Rspr. das Recht am eigenen Namen als vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt an, wobei sich die bisherige Rspr. auf den von Geburt an erworbenen Vor- und Nachnamen bezog:

"Art. 2 I i.V.m. 1 I GG schützt den Namen eines Menschen als Ausdruck seiner Identität und Individualität. Der Schutz umfasst neben dem Vornamen auch den Familiennamen (vgl. BVerfGE 78, 38 [49]; 84, 9 [22]; 97, 391 [399]; 104, 373 [385]). Erhält ein Kind einen Geburtsnamen als Familiennamen, verbindet sich dieser Name mit seiner Person. Er hilft ihm in der Folge, seine Identität zu entwickeln und gegenüber anderen zum Ausdruck zu bringen (vgl. BVerfGE 104, 373 [385]). In dieser Funktion, dem Einzelnen als Mittel zur Selbsterkennung und zugleich zur Unterscheidbarkeit von anderen zu dienen, hat die Rechtsordnung den Namen seines Trägers zu respektieren und zu schützen (vgl. BVerfGE 97, 391 [399])."

2. Erstreckung auf erworbene Namen

Im Hinblick auf § 1355 II BGB ist aber fraglich, ob auch der durch (frühere) Eheschließung erworbene Name geschützt ist, denn dieser soll nicht in eine neue Ehe überführt werden können. Das BVerfG hatte diese Frage bisher zu entscheiden, bejaht sie aber nunmehr, da er ebenfalls Identifikationswirkung entfalte und diese auch nicht mit der Ehe ende:

a. Identifikationswirkung begründet

"Das Familiennamensrecht zu schaffen und auszugestalten ist Sache des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 78, 38 [49]), der in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise in § 1355 Abs. 1 BGB für Eheleute das Führen eines Ehenamens als Regel vorgegeben hat, um der Einheit der Familie im gemeinsamen Namen Ausdruck zu verleihen (vgl. BVerfGE 104, 373 [387])."

Entscheiden sich die Ehegatten dieser Regel entsprechend für einen gemeinsamen Namen, bedingt dies für einen der Ehegatten die Aufgabe des bisher geführten Namens und die Annahme des Namens des anderen Ehegatten als Ehe- und Familienname, der von ihm nunmehr zu führen ist und ihn in seiner weiteren Lebensgeschichte begleitet. In dem von beiden Ehegatten gewählten gemeinsamen Ehenamen drückt sich nicht nur die Gründung einer neuen familiären Einheit aus. Vielmehr ist er für beide Ehegatten neuer Ehe- und zugleich Familienname, mit dem jeder von ihnen ab der Namenswahl identifiziert wird. Er wird so Teil und Ausdruck der eigenen Persönlichkeit des einzelnen Namensträgers, die sich mit dem Namen verbindet und fortentwickelt, und genießt deshalb den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts."

b. Fortbestand über das Ende der Ehe hinaus

"Dieser Schutz des mit der Eheschließung gewählten und erworbenen Namens ist nicht auf die Ehezeit begrenzt. Art. 6 Abs. 1 GG gebietet weder das Führen eines einheitlichen Familiennamens in der Ehe (vgl. BVerfGE 104, 373 [387]) noch die Aufgabe eines als Ehenamen geführten Namens bei Auflösung der Ehe. Der Namensschutz auch des durch Ehenamenswahl erworbenen Namens erwächst allein aus dem Persönlichkeitsrecht des Namensträgers. Ausdruck der Persönlichkeit eines Menschen wird ein Name dadurch, dass er nach Erwerb vom Namensträger geführt wird, so eine Identität von Name und Person entsteht und sich dadurch der Mensch in diesem Namen wiederfindet und von anderen erkannt wird. Diese identitätsstiftende Wirkung des Namens wird von Anlass und Grund des Namenserwerbs nicht beeinflusst. Sie können deshalb seinem verfassungsrechtlichen Schutz keine Grenzen setzen. Dies gilt auch für den durch Ehenamenswahl erworbenen Namen. Auch wenn sich dieser vom Namen des anderen Ehegatten ableitet, wird er doch zum eigenen Namen seines neuen Trägers, verdrängt dessen bisher geführten Namen und wird nunmehr Teil der Persönlichkeit seines Trägers. Als eigener und nicht nur geliehener Name genießt er deshalb den Schutz von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, unabhängig davon, ob die Ehe, die Anlass für den Namenserwerb gewesen ist, weiter fortbesteht."

Mithin ist der Schutzbereich betroffen.

II. Eingriff

§ 1355 II BGB müsste in den Schutzbereich eingreifen. Mit der modernen Eingriffslehre genügt dazu jede spürbare Verkürzung desselben. Lediglich Bagatellen

werden nicht erfasst. Das BVerfG bejaht dies kurz:

"Wollen die Ehegatten allerdings einen gemeinsamen Ehenamen führen, ist es ihnen durch § 1355 Abs. 2 BGB verwehrt, den geführten Namen eines Ehegatten zum Ehenamen zu bestimmen, wenn er nicht mehr der Geburtsname des Ehegatten ist, sondern ein in früherer Ehe durch gesetzliche Namenszuweisung oder Namenswahl erworbener Name. Mit dieser Einschränkung der Namenswahl greift der Gesetzgeber in das Namensrecht des Trägers dieses erworbenen Namens ein. Er behandelt den erworbenen Namen gegenüber dem Geburtsnamen als geführten Namen minderer Qualität, indem er nur Letzteren zur Wahl frei gibt, obwohl der Persönlichkeitschutz den durch Ehe und den durch Geburt erworbenen und geführten Namen gleichermaßen erfasst. Damit wird der Träger des erworbenen Namens gezwungen, bei gemeinsamer Ehenamenswahl erneut seinen geführten Namen aufzugeben und einen neuen anzunehmen. Er kann nur entweder den Namen seines Ehegatten erwerben oder mit diesem auf seinen nicht mehr geführten Geburtsnamen zurückgreifen, der aber seit Erwerb des geführten Namens an seiner Persönlichkeitsentwicklung nicht mehr teilgenommen hat und insofern nicht Ausdruck seiner jetzigen Identität ist. Dies kommt einem Entzug des Namensschutzes gleich, wird von diesem doch vorrangig der Name erfasst, den eine Person sich zu Eigen gemacht hat und den sie führt, und nicht der, den sie abgelegt hat und der damit nur noch an die Herkunft der Person erinnert."

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

1. Schranken

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt dem weiten Schrankentrias des Art. 2 I GG, der u.a. die verfassungsmäßige Ordnung als Schranke nennt. Zu dieser zählen alle Rechtsnormen, mithin auch alle Gesetze. § 1355 II BGB ist ein Gesetz.

2. Schranken-Schranken

Allerdings müsste die Vorschrift ihrerseits wirksam sein, d.h. den übrigen Anforderungen genügen, welche das Grundgesetz an den Gesetzgeber stellt. Fraglich ist insbesondere, ob die Norm dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 III GG genügt, also zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Eingriffe in das Namensrecht dürfen angesichts des hohen Wertes, der dem Recht am eigenen Namen zukommt, nicht ohne gewichtige Gründe geschehen und nur unter Wahrung des Grundsatzes

der Verhältnismäßigkeit erfolgen (vgl. BVerfGE 78, 38 [49]).

a. Legitimer Zweck

Die Regelung müsste zunächst zur Erreichung eines legitimen, d.h. auch von der Verfassung gebilligten Zwecks getroffen worden sein. Im Gesetzgebungsverfahren wurden der Schutz des ersten Ehegatten, dessen Geburtsname von seinem geschiedenen Ehegatten nun in eine neue Ehe übernommen werden soll, und die Verhütung von Namensmissbrauch genannt.

aa. Schutz des ersten Ehegatten

Das BVerfG sieht im Schutz des ersten Ehegatten durchaus einen legitimen Zweck:

“Der Gesetzgeber hat mit der Regelung den Interessen des geschiedenen Ehepartners und denen seiner Hinterbliebenen Rechnung tragen wollen (vgl. BTDrucks 12/5982, S. 4, 18). Er hat dabei insbesondere Rücksicht genommen auf die Gefühle des Ehegatten aus dem früheren Familienverband (vgl. die Äußerungen des MdB Gres [CDU/CSU], Deutscher Bundestag, 12. Wp., 185. Sitzung vom 28. Oktober 1993, StenBer. S. 15995 [A]), der es als belastend oder kränkend empfinden kann, wenn sein Name zum Ehenamen einer neuen Ehe seines geschiedenen Ehegatten bestimmt und so an dessen neuen Partner weitergegeben wird, so dass zwischen diesem und ihm Namensgleichheit herrscht. Weil der Familienname auch dazu dient, Abstammungslinien nachzuzeichnen, familiäre Zusammenhänge darzustellen oder den Familienstatus eines Menschen zu verdeutlichen (vgl. BVerfGE 104, 373 [386]), könnte dies auf familiäre Verbindungen schließen lassen, wo sie gerade zerbrochen sind und nicht bestehen.”

bb. Verhinderung von Missbrauch

Demgegenüber trage der Hinweis des Gesetzgebers auf eine drohende Missbrauchsgefahr, die mit der Möglichkeit, auch den in früherer Ehe erworbenen Namen zum neuen Ehenamen zu wählen, verbunden sein soll, den Eingriff in das Recht am Namen nicht:

“Weder ist im Gesetzgebungsverfahren deutlich geworden, welche Missbrauchsgefahren der Gesetzgeber hier vor Augen hatte, noch sind solche Gefahren hinreichend erkennbar. Wenn der Vertreter der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ein Missbrauch sei bei besonders "schönen Namen" nicht auszuschließen, die bei freier Wahl einen besonderen Marktwert erhalten könnten, dann ist auch hierbei nicht ersichtlich, worin ein Missbrauch liegen sollte. Dass es der Wohlklang eines Namens sein kann, der bei der Wahl eines Ehenamens den

Ausschlag gibt, macht seine Auswahl bei der zweiten Ehe nicht missbrauchsgeneigter als bei der ersten Ehe, auch wenn ein solches Wahlverhalten in der Folge zu einer Häufung dieses Namens führen kann. Auch die Nutzung der Möglichkeit, einen durch Ehenamenswahl erworbenen Namen mit Adelsbezeichnung zum Namen einer neuen Ehe des Namensträgers zu bestimmen, ist nicht missbräuchlich. Sollte in der Gefahr von Scheinehen, die von den Eheschließenden nur um des Namens willen eingegangen werden, um sich nach dem Namenswerb scheiden zu lassen und den Namen in eine neue Ehe mitzunehmen (vgl. v. Greiffen, JR 1992, S. 221 [222]), der Missbrauch liegen, dem vorgebeugt werden sollte, dann ist dieser Gefahr mit den Mitteln zu begegnen, die solche Scheinehen verhindern helfen, nicht aber mit dem Namensrecht. Im Übrigen würden bei Vermeidung dieser Gefahr nicht vorrangig die Interessen des geschiedenen Ehegatten geschützt, um die es dem Gesetzgeber gegangen ist, sondern die seiner Familie.”

b. Geeignetheit

Geeignet ist eine Regelung dann, wenn sie den angestrebten legitimen Zweck zumindest fördert. Insoweit ist nach dem zuvor Gesagten allein noch auf den Schutz des früheren Ehegatten abzustellen, nicht aber auf die vermeintliche Missbrauchsgefahr. Kann der geschiedene Ehegatte den durch die erste Eheschließung erworbenen Namen nicht mit in eine neue Ehe nehmen, wie § 1355 II BGB bestimmt, kann sich der Name nicht durch neue Eheschließung ausbreiten. Auch wird der früherer Ehegatte davor bewahrt, dass sein Geburtsname zum Ehenamen einer Ehe gemacht wird, an der er nicht beteiligt ist und die er u.U. missbilligen mag, etwa dann, wenn sich sein Partner wegen des nun zu ehelichenden neuen Partners von ihm getrennt hatte. Eine Förderung des angestrebten Zwecks lässt sich also bejahen.

c. Erforderlichkeit

Erforderlich ist eine Regelung dann, wenn kein milderer, gleich effektives Mittel zur Zweckerreichung existiert. Sicherlich sind eine Reihe von mildereren Mitteln denkbar, die aber alle nicht gleich effektiv wären wie ein generelles Verbot. Die Regelung ist insoweit auch erforderlich.

d. Angemessenheit

Fraglich bleibt jedoch ihre Angemessenheit. Dann müsste sie unter gerechter Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn tragenden Gründe zustande gekommen sein.

aa. Geringes Gewicht des legitimen Zwecks

Den Rechten des ersten Ehegatten kommt nach Ansicht des BVerfG nur geringes Gewicht zu. Insbesondere könne er sich nicht seinerseits auf Grundrechte berufen, soweit es um die weitere Verwendung seines Geburtsnamens durch den geschiedenen Ehepartner gehe:

“Das Recht am eigenen Namen, das auch dem geschiedenen Ehegatten zukommt, erwächst aus dem Schutz der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, die die eigene Identität und Lebenssphäre umfasst und im Namen zum Ausdruck bringt. Daraus folgt aber kein Recht, über den Namen eines anderen zu bestimmen (vgl. BVerfGE 104, 373 [392]). Deshalb kann weder ein Recht auf Namenswahl für einen anderen noch ein Recht, einem anderen zu versagen, den gleichen Namen wie man selbst zu tragen, aus dem Persönlichkeitsrecht hergeleitet werden: ein Recht auf Namensexklusivität enthält die Verfassung nicht. Der Wunsch eines früheren Ehegatten, dass der eigene Name nicht als Ehefrau einer neuen Verbindung seines geschiedenen Ehegatten bestimmt und so auch Name des neuen Partners wird, ist zwar verständlich. Dem Gewicht des grundrechtlichen Namensschutzes, in den mit § 1355 Abs. 2 BGB eingegriffen wird, kommt er jedoch nicht gleich.”

bb. Hohes Gewicht des Eingriffs

Demgegenüber habe der Eingriff für den betroffenen erhebliches Gewicht.

(1). Doppelter Verzicht

Das BVerfG stellt zunächst darauf ab, dass der schon in erster Ehe auf seinen Geburtsnamen Verzichtende durch § 1355 II BGB nochmals belastet werde, wenn er eine neue Ehe eingehe:

“Der Grundrechtseingriff erfolgt bei der Person, die schon in der vorangegangenen Ehe zugunsten des Namens seines Ehegatten auf den eigenen Namen als Ehefrau verzichtet hat oder auf Grund inzwischen als verfassungswidrig erkannter gesetzlicher Vorgaben hat verzichten müssen. Sie wird bei Wiederverheiratung durch § 1355 Abs. 2 BGB nochmals gezwungen, ihren geführten Namen aufzugeben und durch einen anderen zu ersetzen, wenn sie zusammen mit ihrem neuen Ehegatten einen gemeinsamen Ehefrau führen will. Demgegenüber hat ihr geschiedener Ehegatte seinen geführten Geburtsnamen auch in der Ehe als Ehefrau weiterführen können und ist durch § 1355 Abs. 2 BGB darüber hinaus selbst nicht daran gehindert, diesen Namen als Ehefrau für eine folgende Ehe beizubehalten und dem neuen Ehegatten weiterzugeben, obwohl auch dies die Gefühle des früheren

Partners verletzen kann. Der sich durch einen zweifachen Namenswechsel ergebenden Belastung des Trägers eines durch Ehenamenswahl erworbenen Namens steht insofern nur die einseitige Berücksichtigung des Interesses gegenüber, seinen Namen nicht im Namen des neuen Partners seines geschiedenen Ehegatten wiederzufinden. Denn dieses Interesse findet mit § 1355 Abs. 2 BGB nur bei der Berücksichtigung, der seinen Geburtsnamen als Ehefrau beibehalten kann, nicht aber bei der Person, die durch Ehenamenswahl einen neuen Namen erwirbt. Letztere wird nicht davor bewahrt, dass der neue Partner ihres geschiedenen Ehegatten ebenfalls diesen Namen erwirbt.”

(2). Einseitige Belastung von Frauen

Darüber hinaus will das Gericht in der Regelung eine einseitige Benachteiligung der Frau erkannt haben:

“Die einseitige Berücksichtigung des Interesses dessen, der seinen Geburtsnamen als Ehefrau beibehalten hat, vermag auch deshalb den Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen, weil sie Vorstellungen verfestigt, die dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Bild einer Gleichberechtigung von Mann und Frau im Ehenamensrecht nicht gerecht wird. Als das Ehenamensrecht in gleichheitswidriger Weise noch vorsah, dass die Frau mit der Eheschließung den Namen des Mannes erhielt, fand ihr Interesse, diesen Namen mit einer künftigen Ehefrau ihres Ehemannes nicht teilen zu wollen, keinerlei Berücksichtigung. Als der Gesetzgeber dann gehalten war, für den Ehefrau auch den Namen der Frau zur Wahl zu stellen, hielt er es nunmehr für erforderlich, einem solchen Interesse auf Seiten des Mannes mit § 1355 Abs. 2 BGB nachzukommen. Diese Norm wirkt zugunsten des Mannes, weil die Einschränkung der Wahlmöglichkeit auf den Geburtsnamen demjenigen, der sich mit seinem Namen in der Ehe durchsetzt, die Möglichkeit belässt, seinen Namen auch in einer neuen Ehe wieder zum Ehefrau zu wählen; dies war bei Eheschließungen bis 1976 auf Grund damals geltender, später für verfassungswidrig erklärter Regelung immer der Mann, da sein Name Ehefrau wurde. Insofern betraf die Einschränkung des § 1355 Abs. 2 BGB zunächst ausschließlich geschiedene oder verwitwete Frauen, in deren Recht am geführten, durch Eheschließung erworbenen Namen bei Wiederverheiratung durch § 1355 Abs. 2 BGB eingegriffen wurde.

Auch mit dem Reformgesetz vom 14. Juni 1976 änderte sich an dieser Wirkung letztlich wenig, da der Mannesname bei Nichteinigung der Ehefrau über die Ehenamenswahl weiterhin Vorrang hatte. Im Tatsächlichen hat sich die Dominanz des Mannesnamens bei der Wahl des Ehefrau bis heute fortgesetzt. Immer

noch wird in der weit überwiegenden Zahl der Eheschließungen der Mannesname als Ehefrau gewählt, so dass auch heute vor allem Frauen betroffen sind, wenn § 1355 Abs. 2 BGB den durch Ehenamenswahl erworbenen und geführten Namen bei der Wiederverheiratung als Ehenamen ausschließt. Damit wird zugleich die Vorstellung aufrechterhalten, dass ein Name, wenn er Ehefrau wird, nicht beiden Ehegatten gleichermaßen zu Eigen sei, sondern weiterhin vorrangig dem bisherigen Namensträger gehöre, der deshalb über den Namen mehr Verfügungsmacht habe.“

cc. Doppelname keine Alternative

Diese einseitige Gewichtung werde nicht dadurch abgemildert, dass § 1355 IV BGB die Möglichkeit eröffne, den durch Eheschließung erworbenen Namen als Begleitnamen weiter zu führen:

“Schließlich macht auch der Umstand, dass der Ehegatte, der einen durch frühere Eheschließung erworbenen Namen trägt, diesen gemäß § 1355 Abs. 4 BGB in neuer Ehe als Begleitnamen weiterführen kann, den Eingriff in das Recht am geführten Namen nicht zumutbar. Entscheiden sich Ehegatten für die Wahl eines gemeinsamen Ehenamens, bei der nur einer der Namen der Ehegatten gewählt werden kann, ist dem Wunsche des Ehegatten, dessen Name bei der Wahl unberücksichtigt bleibt, seine im bisher geführten Namen vermittelte Identität auch im gemeinsamen Namen ausdrücken zu können, zwar dadurch Rechnung getragen, dass ihm das Recht eingeräumt ist, seinen bisher geführten Namen dem Ehenamen beizufügen (vgl. BVerfGE 104, 373 [388]). Diese Option mildert die Auswirkungen der angegriffenen Norm jedoch hier nicht hinreichend. Mit § 1355 Abs. 2 BGB wird Ehegatten bereits die Möglichkeit genommen, einen bisher von einem Ehegatten geführten Namen überhaupt zum Ehenamen zu bestimmen, wenn dieser ein durch Eheschließung erworbener Name ist. Diese Einschränkung der Wahlmöglichkeit führt dazu, dass ein Ehegatte, der einen durch Eheschließung erworbenen Namen führt, mit diesem bei der Ehenamenswahl von vornherein ausgeschlossen ist, selbst wenn er sich mit dem anderen Ehegatten darüber einig ist, diesen Namen zum Ehenamen wählen zu wollen. Ein solcher Eingriff schon in die Auswahlentscheidung der Ehegatten für einen Ehenamen wird aber nicht dadurch für den Na-

mensträger zumutbar, dass er ihn zumindest als Begleitnamen weiterführen kann.“

C. Ergebnis

§ 1355 II BGB verfassungswidrig, weil er gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht i.V.m. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.

[Anm.: Das BVerfG macht noch lehrreiche Ausführungen zu den Folgen eines solchen Verstoßes:

“Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1 und 2 BVerfGG). Dies gilt allerdings nicht, wenn mehrere Möglichkeiten für die Beseitigung des Verfassungsverstoßes bestehen und die Nichtigkeitsklärung in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen würde (vgl. BVerfGE 77, 308 [337]; 84, 168 [186]). Danach scheidet eine Nichtigkeitsklärung hier aus, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber die vorliegende Entscheidung zum Anlass nimmt, erneut das Ehenamensrecht zu reformieren. [...] Im Umfang der Unvereinbarerklärung darf die Norm von den Gerichten und Verwaltungsbehörden nicht mehr angewandt werden (vgl. BVerfGE 82, 126 [155]; 84, 168 [187]). [...] Allerdings darf die Nichtanwendbarkeit der Norm nicht dazu führen, dass Eheschließungen bis zu einer gesetzlichen Neuregelung nur noch vorgenommen werden, wenn die Ehegatten einen ihrer Geburtsnamen als Ehenamen wählen. Eine solche Auslegung des verbleibenden Teils von § 1355 BGB kommt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht, weil sie zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Ehehindernis führen würde. Bis zur gesetzlichen Neuregelung ist daher eine Auffangregelung für die Fälle erforderlich, in denen ein durch Ehenamenswahl erworbener Name zum Ehenamen bestimmt werden soll. Hier erscheint es als die schonendste Lösung, wenn die Ehegatten zunächst die Namen behalten, die sie vor der Eheschließung geführt haben. Diese Regelung greift dem Gesetzgeber nicht vor und vermeidet mehrfache Namenswechsel. Nach In-Kraft-Treten des Gesetzes wird dann zu entscheiden sein, welchen Namen die Ehegatten in Zukunft tragen.“]

Standort: Zivilrecht**Problem: Ersatz von Tierarztkosten ohne Fristsetzung**

LG ESSEN, URTEIL VOM 04.11.2003

13 S 84/03 (NJW 2004, 527)

Problemdarstellung:

Der Kl. nimmt den Bekl. auf Erstattung von Tierarztkosten in Anspruch, die unmittelbar nach dem Ankauf eines Mischlingsrüden vom Bekl. dem Kl. entstanden sind. Dabei hatte im Kaufvertrag schriftlich der Kl. auf die Erstattung solcher Kosten verzichtet, da dem Bekl. ausdrücklich ein Nachbesserungsrecht vorbehalten war.

Das LG Essen hat als Berufungsgericht - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - der Klage stattgegeben. Dem Kl. steht gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB ein entsprechender Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. zu. Insbesondere kam dem Kl. die Vermutung von § 476 BGB zugute, wonach bei allen in den ersten sechs Monaten auftretenden Mängel vermutet wird, dass sie schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§§ 434, 446 BGB) vorgelegen haben. Des Weiteren war der Kl. in diesem Fall nicht verpflichtet, dem Bekl. aufgrund seines Nachbesserungsrechts zunächst eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen, bevor er den Hund zum Tierarzt bringen durfte. Vielmehr war die Fristsetzung im konkreten Fall gem. § 440 S. 1 BGB wegen Unzumutbarkeit entbehrlich. Denn die Interessenabwägung zwischen den Parteien führt dazu, dass der Kl. nicht auf die Nachlieferung verwiesen werden konnte. Es erscheint unbillig und für den Kl. unzumutbar, von ihm zu verlangen, dass er sich mit dem kranken Hund zunächst zum Bekl. begibt, um dort eine Nachlieferung zu verlangen. Im Gegenteil gebietet es der — inzwischen mit Verfassungsrang ausgestattete — Tierschutzgedanke, dass der Kl. sich sofort um tiermedizinische Hilfe bemüht. Vor dem Hintergrund des Art. 20 a GG ist eine Auslegung und Anwendung der Vorschriften des BGB geboten, die es dem Tierkäufer ermöglicht, sofort Hilfe und Linderung für ein ihm anvertrautes Tier zu suchen.

Im Übrigen ist der Schadensersatzanspruch des Kl. auch nicht durch den Kaufvertrag wirksam ausgeschlossen gewesen. Zwar kommt ein Ausschluss wegen Vorliegens eines Verbrauchergüterkaufs gem. § 475 I BGB nicht in Betracht, da die Schadensersatzfrage gem. § 475 III BGB gerade ausgenommen wird. Aber nach dem AGB-Recht (§§ 307 I, 309 Nr. 8 lit. b BGB) war diese vertragliche Ausschlussklausel als unwirksam zu bewerten.

Prüfungsrelevanz:

Nach einer sechsmonatigen Übergangszeit wird - vor allem in Nordrhein-Westfalen - das Staatsexamen ausschließlich nach dem zum 01.01.2002 reformierten Schuldrecht ausgerichtet. Folglich muss jeder Examensprüfling die Grundsystematik des neuen Schuldrechts beherrschen, sodass jedes neue Urteil in diesem Bereich zur Vorbereitung lesenswert ist.

Im Kaufrecht muss die Neuordnung der Gewährleistungsrechte des Käufers im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache (§§ 434, 435, 437 BGB) vor allem beachtet werden. Grundsätzlich sieht das Rechtsbehelfssystem des Kaufrechts nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vor, dass die Nachlieferung Vorrang vor allen anderen Rechtsbehelfen hat. Grundsätzlich korrespondiert damit ein Recht des Verkäufers auf eine zweite Andienung der Kaufsache. Weitere Rechte stehen dem Käufer dementsprechend erst dann zu, wenn er dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§§ 281 I, 323 I BGB). Jedoch kann - wie der konkrete Fall zeigt - eine Ausnahme vom Vorrang des Nacherfüllungsrecht bestehen. Dies ist gem. §§ 281 II, 323 II, 440 BGB dann der Fall, wenn eine besondere Interessenlage eine Fristsetzung für den Gläubiger als unbillig erscheinen lässt. Im Kaufrecht ordnet § 440 S. 1 BGB ausdrücklich an, dass eine weitere Verzögerung unangemessen sein kann, wenn das Abwarten der Nachlieferung für den Käufer unzumutbar ist. Dieses Urteil zeigt, dass im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "Unzumutbarkeit" auch auf Verfassungsrecht zurückgegriffen werden kann.

Vertiefungshinweise:

Zu diesem Thema: *OLG Hamm*, NJW-RR 2003, 1360; *AG Idar-Oberstein*, NJW-RR 1999, 1629

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Bruce Backwards"
- Examenskurs*: "Das gebrauchte Cabrio"

Leitsatz (der Redaktion):

Kosten einer dringlichen Heilbehandlung des gekauften Tiers sind in der Regel auch dann erstattungsfähig, wenn der Käufer dem Verkäufer keine Frist zur Nachlieferung oder Nachbesse-

rung gesetzt hatte; entgegenstehende Kaufvertragsklauseln sind grundsätzlich unwirksam.

Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den Bekl. auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Er erwarb mit Kaufvertrag vom 19. 10. 2002 vom Bekl. einen Mischlingsrüden zu 200 Euro. In diesem Vertrag war unter anderem geregelt, dass der Verkäufer das Recht zur Nachbesserung erhält, auch wenn das Tier bei Übergabe mit einer Viruserkrankung behaftet war, die auf Grund einer Inkubationszeit noch nicht ausgebrochen war. Weiterhin enthielt der Vertrag eine Klausel, nach der sich der Käufer verpflichtete, bei Auftreten von Mängeln den Verkäufer unverzüglich in Kenntnis zu setzen und ihm rechtzeitig die Möglichkeit zu geben, den Mangel zu beseitigen oder eine Ersatzlieferung zu ermöglichen. Der Käufer verzichtete bereits bei Vertragsschluss auf Tierarztkostenerstattung, die durch das Aufsuchen seines Tierarztes entstehen. Zum Zeitpunkt der Übergabe des Hundes an den Kl. war dieser mit Parvovirose erkrankt. Am 23. 10. 2002 brachte der Kl. den Hund, nachdem dieser wiederholt keine Nahrung bei sich behalten konnte, zur Tierärztin Dr. H in H. Diese überwies den Hund schließlich zur Notfallbehandlung in die Kleintierklinik M in R. Die im Anschluss an die erste Behandlung erfolgte Parvovirose-Behandlung führte zu einer Verbesserung des Gesundheitszustands, so dass der Hund an die Haustierärztin zurück überwiesen werden konnte. Die tierärztlichen Rechnungen für die Behandlung beliefen sich auf einen Betrag von 1276,57 Euro, die vom Kl. ausgeglichen wurden und deren Ersatz er nunmehr begehrt. Der Bekl. beruft sich auf die Verzichtserklärung hinsichtlich der Tierarztkostenerstattung und bestreitet die Berechtigung der Rechnungen vom 4. und 6. 12. 2002.

Ist die Zahlungsklage des Kl. auf Begleichung der Tierarztkosten begründet?

Lösung:

Der Kl. könnte von dem Bekl. gem. §§ 434 I, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB Ersatz für die aufgewendeten Tierarztkosten in Höhe von 1132,99 Euro verlangen.

A. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages über eine Sache

Der Kl. erwarb mit Kaufvertrag vom 19.10.2002 den in Rede stehenden Mischlingsrüden vom Bekl. zum Preis von 200 Euro. Zwar stellt ein Tier gem. § 90 a BGB keine Sache dar, wird aber - soweit das Tierchutzrecht nicht entgegensteht - wie eine Sache be-

handelt.

Gründe für eine Unwirksamkeit des Kaufvertrages infolge rechtshindernder Einwendungen sind nicht ersichtlich.

B. Sachmangel am verkauften Tier gem. § 434 I BGB

Das verkaufte Tier müsste einen Mangel aufweisen, wobei in diesem Fall nur ein Sachmangel gem. § 434 I BGB in Betracht kommt. Eine Sache bzw. ein Tier ist danach mangelhaft, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Dabei wird die Soll-Beschaffenheit nach den vertraglichen Vereinbarungen (S. 1), dem vertraglich vorausgesetzten Zweck (S. 2 Nr. 1) oder zumindest dem gewöhnlichen Verwendungszweck, der von der objektiven Verkehrsanschauung erwartet wird (S. 2 Nr. 2) bestimmt.

Das Gericht führt dazu aus:

“Der am 19. 10. 2002 vom Bekl. erworbene Hund wies einen Sachmangel i. S. der §§ 434, 90 a BGB auf. Das AG hat gem. § 529 I ZPO für die Berufungskammer bindend festgestellt, dass der Hund mit Parvovirose infiziert war. Nachdem der Bekl. die Infektion in der mündlichen Verhandlung vor dem AG am 17. 6. 2003 eingeräumt hat, war dies als unstrittig zu werten. Das zuvor schriftsätzlich erklärte Bestreiten mit Nichtwissen ist vor dem Hintergrund dieser Parteierklärung unbeachtlich.”

Damit ist der Hund gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB mangelhaft.

C. Vorliegen des Sachmangels bei Gefahrübergang; § 476 BGB

Dieser Sachmangel müsste bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Dabei erfolgt der Gefahrübergang gem. § 446 BGB grundsätzlich mit der Übergabe. Dazu stellt das Gericht fest:

“Da es sich vorliegend um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, gilt gem. § 476 BGB eine tatsächliche Vermutung, dass dieser Mangel auch schon bei Gefahrübergang vorlag, da er sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt hat. Die Symptome der Krankheit traten am 23. 10. 2002, also nur vier Tage nach der Übergabe auf. Die gesetzliche Vermutung ist hier — entgegen der Ansicht des Bekl. — auch anwendbar. Teilweise kann die Anwendung des § 476 BGB wegen der Art des Mangels ausgeschlossen sein. Dies wird diskutiert für den Tierkauf; dort können die Art der Infektion und die Dauer der Inkubationszeit der Vermutung entgegenstehen (Palandt/Putzo, BGB, 62. Aufl., § 476 Rdnr. 11). Beispielsweise wäre die Vermutung ausgeschlossen, wenn die ersten Krank-

heitssymptome erst nach Ablauf der Inkubationszeit auftreten. Solche Umstände hätten jedoch vom Bekl. vorgetragen werden müssen, da er sich auf eine Ausnahme von der gesetzlichen Vermutung berufen will. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, warum die Vermutung des § 476 BGB nicht gelten soll.”

Folglich ist zu Gunsten des Kl. davon auszugehen, dass das Tier schon bei Übergabe erkrankt war.

D. Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses

Das nach § 280 I 1 BGB erforderliche Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten ist durch den festgestellten Kaufvertrag vom 19.10.2002 bereits bejaht worden.

E. Pflichtverletzung des Bekl. als Schuldner

Nach § 280 I 1 BGB müsste dem Bekl. als Schuldner eine Pflichtverletzung vorzuwerfen sein. Gem. §§ 90 a, 433 I 2 BGB hat der Bekl. als Verkäufer die Hauptleistungspflicht, ein mangelfreies Tier zu verschaffen. Durch die Prüfung eines Sachmangels am Hund im Zeitpunkt des Gefahrübergangs ist schon festgestellt worden, dass der Bekl. dieser seiner Verkäuferpflicht nicht nachgekommen ist.

F. Vertretenmüssen des Bekl. als Schuldner

Der Bekl. müsste - als Schuldner seiner verletzten Pflicht aus § 433 I 2 BGB - diese Pflichtverletzung zu vertreten haben. Gem. § 280 I 2 BGB wird dabei zu Gunsten des Kl. ein solches Vertretenmüssen des Schuldners vermutet. Da der Bekl. keinerlei Vortrag zur Widerlegung dieser Vermutung geliefert hat, bleibt diese Vermutung zu seinen Lasten bestehen.

G. Kein Erfordernis für die Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S.d. § 281 I BGB

Gem. § 281 I BGB kann Schadensersatz statt der Leistung nur verlangt werden, nachdem der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB) gesetzt hat. Der Kl. ist diesem Erfordernis nicht nachgekommen.

Fraglich ist, ob im konkreten Fall eine solche Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich war. Das Gericht meint dazu:

“Der Schadensersatzanspruch des Kl. ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil er keine Frist zu Nachlieferung gesetzt hat. Grundsätzlich sieht das Rechtsbehelfssystem des Kaufrechts nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vor, dass die Nachlieferung Vorrang vor allen anderen Rechtsbehelfen hat. Grundsätzlich korrespondiert damit ein Recht des Verkäufers auf eine zweite Andienung der Kaufsache. Danach

muss der Käufer zwar — anders als bei anderen Leistungsstörungen — keine Frist zur Nacherfüllung setzen, er hat aber dennoch zunächst den Verkäufer um Nachlieferung zu ersuchen. Dieser Regelung liegt insbesondere im Bereich des Rücktritts eine Interessenabwägung zu Gunsten des Verkäufers zu Grunde, der eine letzte Chance zur ordnungsgemäßen Erfüllung erhalten soll, bevor sich der Käufer mit allen wirtschaftlichen Nachteilen für den Verkäufer vom Vertrag lösen kann. Auf der anderen Seite entspricht es auch dem allgemeinen Rechtsempfinden, dass der Käufer in erster Linie eine mangelfreie Sache haben will (Schmidt-Räntsch, Das neue SchuldR, Rdnrn. 771, 772 und 762).

I. Ausnahmen zum Fristsetzungserfordernis

Dieser Grundsatz kann aber nicht uneingeschränkt gelten (Büdenbender, in: Dauner/Lieb, Anwaltskomm. z. SchuldR, § 437 Rdnr. 7; Westermann, NJW 2002, 241 [248]). In bestimmten Ausnahmefällen richtet sich das Rechtsschutzinteresse des Käufers direkt auf den Schadensersatz neben der Leistung, wenn das Abwarten einer Nachlieferungsfrist unzumutbar ist. Dies folgt aus einer systematischen Auslegung der §§ 437, 439, 440 BGB. Die Nachlieferung des § 437 Nr. 1 BGB tritt im Kaufrecht an die Stelle der Fristsetzung in §§ 281, 323 BGB. Grundsätzlich sind vor die Rechtsbehelfe des Rücktritts und des Schadensersatzes Fristsetzungen geschaltet. Im Kaufrecht ersetzt das Nachlieferungsverlangen diese Fristsetzung und gem. § 440 BGB kann ohne weitere Frist zurückgetreten oder Schadensersatz verlangt werden. Das heißt aber gleichzeitig, dass die Nachlieferung im Kaufrecht unter den gleichen Voraussetzungen entbehrlich sein muss, wie es eine Fristsetzung bei anderen Leistungsstörungen wäre. Dies ist gem. §§ 281 II, 323 II, 440 BGB dann der Fall, wenn eine besondere Interessenlage eine Fristsetzung für den Gläubiger als unbillig erscheinen lässt. Im Kaufrecht ordnet § 440 S. 1 BGB ausdrücklich an, dass eine weitere Verzögerung unangemessen sein kann, wenn das Abwarten der Nachlieferung für den Käufer unzumutbar ist. Diese Vorschrift regelt zwar keine Ausnahme vom Vorrang der Nachlieferung. Aus ihr wird jedoch deutlich, dass hinter der Systematik der Rechtsbehelfe im Kaufrecht eine typisierte Interessenabwägung steht, die in Sonderfällen auch gegen ein Nachlieferungsrecht des Verkäufers ausfallen kann. Daraus wird teilweise gefolgert, dass ein Nachlieferungsanspruch nur bei vertretbaren Sachen in Betracht kommt (Pammier, NJW 2003, 1992 [1993] m.w.N. aus den Gesetzgebungsmaterialien).

II. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung im vorliegenden Fall, § 440 BGB

Auf die Einordnung des Tierkaufs als Stück- oder Gattungskauf kommt es im vorliegenden Fall im Ergebnis gar nicht an. Denn die Interessenabwägung führt — nach den dargestellten Grundsätzen — dazu, dass der Kl. nicht auf die Nachlieferung verwiesen werden konnte. Die Kammer schließt sich insoweit der Rechtsauffassung des AG an. Es erscheint unbillig und für den Kl. unzumutbar, von ihm zu verlangen, dass er sich mit dem kranken Hund zunächst zum Bekl. begibt, um dort eine Nachlieferung zu verlangen. Im Gegenteil gebietet es der — inzwischen mit Verfassungsrang ausgestattete — Tierschutzgedanke, dass der Kl. sich sofort um tiermedizinische Hilfe bemüht. Vor dem Hintergrund des Art. 20 a GG ist eine Auslegung und Anwendung der Vorschriften des BGB geboten, die es dem Tierkäufer ermöglicht, sofort Hilfe und Linderung für ein ihm anvertrautes Tier zu suchen. Bei der Anwendung offener Rechtsbegriffe und der Abwägung widerstreitender Rechtsinteressen kommt den Grundentscheidungen der Verfassung mittelbare Drittwirkung zu, so dass sich eine formale Anwendung der Rechtsbehelfe im besonderen Leistungsstörungsrecht verbietet. Weniger entscheidend ist dabei das Affektionsinteresse des Kl. Es kann daher offen bleiben, ob die emotionale Bindung des Kl. zu dem Hund nach nur vier Tagen hinreichend stark ist, um einen Wechsel in der Systematik der kaufrechtlichen Rechtsbehelfe zu rechtfertigen. Dafür mag allerdings sprechen, dass das Affektionsinteresse des Käufers durchaus Teil der Geschäftsgrundlage war; denn ausweislich der Zusatzvereinbarung vom 19. 10. 2002 hat der Kl. den Hund nicht als Nutz- oder Zuchttier, sondern als Familienhund erworben. Damit wird ganz, deutlich, dass für den Kl. keinerlei wirtschaftliches Interesse an dem Kaufgegenstand, sondern allein ein persönliches bestand.“

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung in diesem Fall entbehrlich war.

H. Kein vertraglicher Haftungsausschluss

Das Recht des Kl. auf Schadensersatz für Tierarztkosten könnte durch den Kaufvertrag vom 19. 10. 2002 nicht wirksam abbedungen worden sein. Der vom Kl. erklärte Verzicht ist gem. §§ 307, 309 Nr. 8 b bb BGB unwirksam. Das Gericht führt dazu aus:

I. Keine Unwirksamkeit gem. § 475 I BGB

“Die Unwirksamkeit ergibt sich nicht bereits aus § 475 I BGB. Zwar sind beim Verbrauchsgüterkauf Abweichungen von den gesetzlichen Gewährleistungsrechten

des Käufers unzulässig. Der Verbraucherschutz ist der Dispositionsbefugnis der Vertragsparteien weitgehend entzogen. § 475 III BGB enthält jedoch für den Schadensersatzanspruch eine Ausnahmeregelung. Diese Ausnahme erklärt sich vor dem europarechtlichen Hintergrund der Vorschrift (Büdenbender, in: Dauner/Lieb u. a., § 475 Rdnr. 6). Der Schadensersatzanspruch der §§ 437ff., 280 ff. BGB wurzelt nicht in der Verbrauchsgüterrichtlinie, so dass insoweit eine Anpassung des nationalen Rechts nicht erforderlich war. Es bleibt insoweit bei der Dispositionsmaxime des deutschen Privatrechts. Abweichende Regelungen sind somit der Kontrolle der §§ 307ff. BGB unterworfen.

Dem Bekl. ist darin Recht zu geben, dass durch die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs der Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften deutlich zurückgegangen ist (Schmidt-Räntsch, Rdnr. 1142; Palandt/Heinrichs, § 309 Rdnr. 54). Dies liegt daran, dass zentrale Vorschriften des Kaufrechts gem. § 475 BGB ohnehin nicht mehr disponibel und abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen schon aus diesem Grunde unwirksam sind. § 475 BGB gilt aber — wie gerade dargestellt — gerade nicht für Schadensersatzansprüche, so dass es insoweit bei einer AGB-Kontrolle verbleibt.

II. Unwirksamkeit nach dem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB)

Die Zusatzvereinbarung vom 19. 10. 2002 hält einer Überprüfung anhand den §§ 307, 309 Nr. 8 b BGB nicht stand. Die Beschränkung auf die Nacherfüllung ist gem. § 309 Nr. 8 b bb BGB nichtig, da dem Käufer kein Rücktrittsrecht für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung eingeräumt wird. Es handelt sich um ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit, so dass die Klausel ohne weitere Erwägungen zurückzuweisen ist.

Der Verzicht auf den Ersatz von Tierarztkosten ist gem. § 307 I, II BGB nichtig. Die Zusatzvereinbarung weicht insoweit von dem dargestellten gesetzlichen Grundprinzip ab, dass der Käufer unter bestimmten Umständen nicht auf die Nachlieferung verwiesen werden darf. Die vom Bekl. verwendete Klausel schneidet die — auf Grund von Art. 20 a GG gebotene — systematische Auslegung ab. Wegen dieser erheblichen Abweichung von der gesetzgeberischen Grundwertung kann eine unangemessene Benachteiligung des Kl. vermutet werden. Diese wird auch nicht durch die Erwägungen des Bekl. in der Berufungsbegründung widerlegt. Das Argument der Kostendämpfung greift nicht durch. Im Mittelpunkt der gesetzlichen Wertung steht das mit mittelbarer Drittwirkung ausge-

stattete Staatsziel des Tier- und Umweltschutzes.“

Damit ist ein Haftungsausschluss nicht gegeben.

J. Keine Verjährung gem. § 438 I Nr. 2 BGB

Die zweijährige Verjährungsfrist gem. § 438 I Nr. 2 BGB ist auch noch nicht abgelaufen.

K. Keine Kürzung des Schadensersatzes gem. § 254 II 1 BGB

Fraglich ist nur noch, ob sich der Kl. den Umstand anrechnen lassen muss, überhöhte Tierarztkosten verursacht zu haben. Das Gericht ist diesbezüglich der Ansicht:

“Der Kl. kann Schadensersatz in Höhe der angefallenen Tierarztkosten in Höhe von 1132,69 Euro verlangen. Der Bekl. kann dem Anspruch nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass - die Behandlungskosten den Wert des Tieres um ein Vielfaches übersteigen. Im Bereich der Reparaturkosten für Kraftfahrzeuge ist anerkannt, dass der Geschädigte Ersatz der Reparaturkosten nur innerhalb der Grenzen des wirtschaftlich Vernünftigen verlangen kann. Der Schadensersatzanspruch ist damit durch wirtschaftliche Erwägungen der Höhe nach begrenzt. Eine derartige Begrenzung

verbietet sich jedoch beim Tierkauf. Der Gesetzgeber bringt in § 251 II 2 BGB den Rechtsgedanken zu Ausdruck, dass die Angemessenheit einer Tierbehandlung nicht durch den wirtschaftlichen Wert des Tiers begrenzt wird. Dieser Grundsatz wird durch das Verfassungsprinzip des Art. 20 a GG noch gestärkt und bindet das Gericht bei der Anwendung der §§ 249 ff. BGB. Insbesondere die Abwägung der Angemessenheit von Heilbehandlungskosten ist durch die Drittwirkung des Grundgesetzes beeinflusst. Nachdem es mithin auf den Wert des Tiers nicht ankommt, hätte der Bekl. weitere Umstände vortragen müssen, die eine derart aufwendige Heilbehandlung nicht vertretbar hätten erscheinen lassen. Dafür bestehen aber keine Anhaltspunkte, zumal die Behandlung im Ergebnis erfolgreich gewesen ist.“

Folglich ist der Schadensersatzanspruch nicht gem. § 254 II 1 BGB zu kürzen.

L. Ergebnis

Der Kl. kann von dem Bekl. gem. §§ 434 I, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB Ersatz für die aufgewendeten Tierarztkosten in Höhe von 1132,99 Euro verlangen.

Standort: §§ 223 ff. StGB

Problem: Sittenwidrigkeit der Einwilligung

BGH, URTEIL VOM 11.12.2003

3 STR 120/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte dem Opfer, das wegen eines Zitterns der Hände hierzu nicht mehr selbst in der Lage war, auf dessen Wunsch hin Heroin gespritzt. An den Folgen der Heroinjektion im Zusammenspiel mit Vorschäden sowie einer erheblichen Alkoholisierung war das Opfer schließlich gestorben. Das Landgericht hatte eine Strafbarkeit des Angeklagten insb. wegen Körperverletzung mit Todesfolge angenommen, was der BGH im Wesentlichen bestätigt.

Prüfungsrelevanz:

Im vorliegenden Fall spielen zahlreiche Probleme aus dem Allgemeinen Teil eine Rolle, die in beiden Staatsexamen immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben sind.

Zunächst setzt sich der BGH mit der Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung auseinander. Während

im Falle der Förderung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers der Erfolg dem Fördernden bereits im Tatbestand nicht zugerechnet wird (BGHSt 32, 262; Tröndle/Fischer, Vor § 13 Rn. 17 d, 19 mwN), ist eine einverständliche Fremdgefährdung letztlich als Einwilligung erst auf Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen (BGHSt 40, 341; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 102 mwN). Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Konstellationen nimmt die Rechtsprechung bereits seit geraumer Zeit anhand des Kriteriums der Tatherrschaft vor (vgl. BGH, NJW 2003, 2326): hat das Opfer die Tatherrschaft, so handelt es sich um eine Selbstgefährdung, hat der Fördernde die Tatherrschaft, um eine Fremdgefährdung. Dies bestätigt der BGH im vorliegenden Fall.

Ein weiteres zentrales Problem des vorliegenden Falles ist die Frage, wann ein Körperverletzungsdelikt gegen die guten Sitten verstößt, so dass gem. § 228 StGB eine rechtfertigende Einwilligung ausgeschlossen ist. Der BGH führt seine bisherige Rechtsprechung in der vorliegenden Entscheidung fort, dass es sich bei der Sittenwidrigkeit i.S.v. § 228 StGB nicht um einen un-

bestimmten Rechtsbegriff handele, der wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG verfassungswidrig sei (BGHSt 4, 24; 88; kritisch: Schönke/Schröder-Stree, § 228 Rn. 6 mwN) und eine Sittenwidrigkeit dann vorliege, wenn die Tat gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße (BayObLG, NJW 1999, 373). Der BGH betont im vorliegenden Fall, dass sich diese Sittenwidrigkeit nicht bereits daraus ergebe, dass der Täter durch seine Handlung noch andere Straftaten als Körperverletzungsdelikte (z.B. Straftaten nach dem BtMG) begehe. Erstaunlich ist, dass der BGH die Auffassung vertritt, der Konsum harter illegaler Drogen (hier: Heroin) verstoße nicht (mehr) gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und könne deshalb nicht ohne Hinzutreten zusätzlicher Umstände als sittenwidrig angesehen werden. Solche Umstände hat der BGH im vorliegenden Fall jedoch in der erhöhten Lebensgefahr infolge einer Vorschädigung und akuten Alkoholisierung des Opfers gesehen.

Schließlich macht der BGH Ausführungen zum Verhältnis von § 30 I Nr. 3 BtMG und § 227 I StGB, und kommt - wenn auch mit einer etwas dünnen Argumentation - zu dem Ergebnis, dass § 30 I Nr. 3 BtMG keine privilegierende Spezialregelung zu § 227 I StGB darstellt.

Vertiefungshinweise:

- Zur Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung: *BGHSt 32, 262; Frisch, NStZ 1992, 1; 62; Kienapfel, JZ 1984, 792; Otto, Jura 1984, 536; Roxin, NStZ 1984, 410*
- Zu § 228 StGB: *BGHSt 4, 24; NStZ 2000, 87; Freund, ZStW 109, 455; Roxin, JuS 1964, 373;*
- Zum Verhältnis von § 30 I Nr. 3 BtMG und § 227 StGB: *BGHSt 44, 196; NStZ 1995, 79; 1997, 233*

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Heroin"
- Examenskurs:* "Drama am See"

Leitsätze:

- 1. § 30 I Nr. 3 BtMG in der Tatvariante des Verabreichens von Betäubungsmitteln mit Todesfolge steht zu § 227 Abs. 1 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität.**
- 2. Zur Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung, die durch das einverständliche Verabreichen illegaler Betäubungsmittel bewirkt wird.**

Sachverhalt:

Der Angeklagte A hatte M im Jahre 1997 kennengelernt. M war alkoholabhängig und litt unter Krampfanfällen, zu deren Vermeidung er Medikamente einnahm. Sein körperlicher Zustand war schlecht. Seine Hände zitterten und die Funktion seiner Beine war gestört, so dass er ein behindertengerechtes dreirädriges Fahrrad benutzen musste. Nachdem A erfahren hatte, dass M gelegentlich Heroin spritzte, konsumierte er zweimal mit ihm zusammen Heroin. Während A dabei das Rauschgift rauchte, injizierte sich M das Heroin. Danach machte er auf den A in beiden Fällen einen "weggetretenen" Eindruck, reagierte jedoch auf Ansprache.

Am Abend des 23. August 2001 traf A den M, der sich mit Zechkumpanen vor einem Supermarkt aufhielt und eine Dose Bier in der Hand hatte. M hatte zu diesem Zeitpunkt bereits erhebliche Mengen Bier getrunken, zeigte wegen seiner Alkoholgewöhnung jedoch keine Ausfallerscheinungen. A und M kamen überein, gemeinsam 1 g Heroin zu konsumieren. Absprachegemäß besorgte A das Rauschgift und begab sich damit zur Wohnung des M. Nachdem beide dort zunächst weiteren Alkohol getrunken hatten, holte A aus seiner nahegelegenen Wohnung ein Spritzenbesteck. Er kochte die Hälfte des erworbenen Heroins mit Ascorbinsäure und etwas Wasser auf und injizierte sich das Rauschgift. Dessen Wirkung empfand er gemessen an seiner langjährigen Erfahrung als normal; es stellte sich bei ihm ein leichter Rauschzustand ein.

Nachdem die Spritze in heißem Wasser desinfiziert worden war, kochte A die andere Hälfte des Heroins auf. M band sich den Arm ab, konnte sich wegen des Zitterns seiner Hände die Spritze aber nicht mehr selbst setzen. Er bat daher den A, ihm das Heroin zu injizieren, und hielt ihm hierzu seine linke Armbeuge entgegen. A kam der Bitte nach. Als bald nach der Injektion verstarb M an einer Heroinintoxikation, die sein Atemzentrum lähmte. Der Todeseintritt wurde durch die erhebliche Alkoholisierung des M (Blutalkoholkonzentration von 2,33 Promille) "begünstigt".

Hat A sich durch die Injektion des Heroins strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Gehen Sie von der Einsichts- und Schuldfähigkeit von A und M sowie davon aus, dass A die Vorschädigung und Alkoholisierung des M und die sich daraus ergebenden Risiken kannte.]

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen Totschlags gem. § 212 I StGB

A könnte sich wegen Totschlags gem. § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste den Tatbestand des § 212 I StGB verwirklicht haben

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

M ist tot, der Erfolg des § 212 I StGB (Tod eines Menschen) ist somit eingetreten.

2. Kausale Handlung

A müsste den Tod des M auch durch eine eigene Handlung herbeigeführt haben. Die Injektion des Heroins stellt eine Handlung dar. Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere (sog. *conditio-qua-non*-Formel der herrschenden Äquivalenztheorie, vgl. BGH, JR 1994, 514; Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 73 ff. mwN).

Hätte A dem M nicht das Heroin gespritzt, dann wäre dieser auch nicht an den Folgen der Heroininjektion gestorben, so dass auch die Kausalität gegeben ist.

3. Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste dem A auch objektiv zuzurechnen sein.

Eine Zurechnung des Erfolges entfällt insbesondere dann, wenn der Täter lediglich eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder -tötung des Opfers veranlasst oder fördert (BGHSt 32, 262; Tröndle/Fischer, Vor § 13 Rn. 17 d, 19 mwN).

Eine solche Konstellation ist jedoch nach BGH im vorliegenden Fall nicht gegeben: "Der Angeklagte hat sich auch nicht straflos an einer eigenverantwortlichen Selbstverletzung bzw. Selbsttötung Ms beteiligt. Seine Verurteilung wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts ist daher auch nicht unter diesem Gesichtspunkt ausgeschlossen.

Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterfällt die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen eines Körperverlet-

zungs- oder Tötungsdelikts verurteilt werden; denn er nimmt an einem Geschehen teil, welches - soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist (grundlegend BGHSt 32, 262 ff.; siehe auch BGHSt 46, 279, 288 f.; BGH NStZ 2001, 205; BGH NJW 2003, 2326, 2327 jew. m. w. N.). Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -verletzung und einer - grundsätzlich tatbestandsmäßigen - Fremdgefährdung oder -verletzung eines anderen ist damit die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungshandlung nicht allein bei dem Gefährdeten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligten, begeht dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzessorietät wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein (s. insg., auch zu gegenteiligen Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum BGH NJW 2003, 2326, 2327). In diesen Fällen stellt sich vielmehr die Frage, ob der täterschaftlich Handelnde aufgrund der Einwilligung des Geschädigten gerechtfertigt ist.

Im Hinblick darauf, dass der Angeklagte das Injizieren des Heroins bei M eigenhändig vornahm, und insbesondere, weil dieser sich die Spritze nicht selbst setzen konnte, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei täterschaftliches Handeln des Angeklagten angenommen. Die Tatsache, dass die Injektion auch vom Willen und der Mitwirkung Ms abhing, ändert hieran nichts."

Der Tod des M ist dem A somit auch zuzurechnen.

4. Vorsatz

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben (vgl. § 15 StGB).

Vorsatz ist das Handeln in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und mit dem Willen zu deren Verwirklichung (BGH, NJW 1989, 781; Joecks, § 15 Rn. 6; Wessels/Beulke, AT, Rn. 203). In Betracht kommt im vorliegenden Fall allenfalls ein bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*). Ein solcher liegt nach der herrschenden Einwilligung- oder Billigungstheorie dann vor, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt und sie billigend in Kauf nimmt, wobei es für ein "Billigen" in diesem Sinne ausreicht, dass der Täter sich mit der Möglichkeit abfindet (BGHSt 7, 363; SK-Rudolphi, § 16 Rn. 43; Wessels/Beulke, AT, Rn. 224, vgl. insb. zu anderen Auffassungen auch die Entscheidung des BGH, Az.: 5 StR 458/03, in diesem Heft). An die Annahme eines Tötungsvorsatzes sind jedoch stets erhöhte Anforderungen zu stellen, da der Täter hierfür zunächst eine Hemmschwelle überwin-

den muss (BGH, NJW 1999, 2533; Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3 mwN).

Im vorliegenden Fall hatte A kein nachvollziehbares Motiv für die Tötung des A. Zwar ist die Injektion von Heroin eine Behandlung, die grundsätzlich geeignet ist, den Tod des Konsumenten herbeizuführen; jedoch hatten sowohl A als auch M bereits mehrfach Heroin konsumiert, ohne dass dies auch bloß zu einer konkreten Lebensgefahr geführt hatte. Auch handelt es sich bei einer Heroininjektion auch nicht um eine Behandlung, die das Leben in gleicher Weise bedroht wie der heftige Schlag mit einem festen Gegenstand gegen den Kopf, so dass sich auch der Tod des M als Folge der von A vorgenommenen Injektion nicht aufdrängte. Zumindest nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit nicht vom Vorliegen eines Tötungsvorsatzes bei A auszugehen.

A hatte keinen Tötungsvorsatz und hat somit den Tatbestand des § 212 I StGB nicht verwirklicht.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 212 I StGB.

B. Strafbarkeit des A wegen unerlaubten Verabreichens von Betäubungsmitteln gem. § 29 I 1 Nr. 6 b BtMG

A könnte sich jedoch wegen unerlaubten Verabreichens von Betäubungsmitteln gem. § 29 I 1 Nr. 6 b BtMG strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste den Tatbestand des § 29 I 1 Nr. 6 b BtMG erfüllt haben. A könnte hier vorsätzlich entgegen § 13 I BtMG Betäubungsmittel verabreicht haben.

Bei Heroin (Diamorphin) handelt es sich um ein Betäubungsmittel, das in der Anlage I zum BtMG aufgeführt ist. Ein solches Betäubungsmittel darf gem. § 13 I 3 BtMG überhaupt nicht verabreicht werden. Das Verabreichen von Betäubungsmitteln ist die unmittelbare Anwendung eines solchen am oder im Körper eines anderen ohne dessen maßgebliche Mitwirkung. Durch die Injektion hat A als das Heroin dem M verabreicht. A hat also entgegen § 13 I 3 BtMG ein Betäubungsmittel verabreicht. Da er insofern auch vorsätzlich handelte, hat er den Tatbestand des § 29 I 1 Nr. 6 b StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 29 I 1 Nr. 6 b StGB.

C. Strafbarkeit des A wegen unerlaubten Verabreichens von Betäubungsmitteln mit Todesfolge gem. § 30 I Nr. 3 BtMG

A könnte sich weiterhin wegen unerlaubten Verabreichens von Betäubungsmitteln mit Todesfolge gem. § 30 I Nr. 3 BtMG strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste den Tatbestand des § 30 I Nr. 3 BtMG verwirklicht haben.

A könnte einem anderen Betäubungsmittel verabreicht und dadurch leichtfertig dessen Tod verursacht haben. A hat dem M ein Betäubungsmittel verabreicht (s.o.). Hierdurch hat er kausal den Tod des M verursacht; dieser ist ihm auch zuzurechnen (s.o.). Fraglich ist jedoch, ob A insofern leichtfertig gehandelt hat.

Der Begriff der Leichtfertigkeit, der auch im StGB an verschiedenen Stellen auftaucht (z.B. 239 a II, 251, 308 III StGB), entspricht in etwa der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts (Lohmeyer, NJW 1960, 1789; Röhl, JZ 1974, 521). Leichtfertig handelt mithin, wer eine Sorgfaltspflicht außer Acht lässt, die jedem anderen unmittelbar eingeleuchtet wäre, wer sich über die klar erkannte Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung hinwegsetzt oder eine besonders ernst zu nehmende Pflicht verletzt (BGHSt 33, 67; OLG Nürnberg, NStZ 1986, 556; Tröndle/Fischer, § 16 Rn. 20).

Zwar stellt es eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, einem anderen überhaupt Heroin zu injizieren, insbesondere wenn das Opfer - wie im vorliegenden Fall - über gesundheitliche Vorschäden verfügt und somit die erhöhte Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Ausgangs gegeben ist. Jedoch hat A die Injektion nach seinen besten Fähigkeiten und Kenntnissen vorbereitet und sie dem M ebenso verabreicht wie sich selbst. Auch ist zu berücksichtigen, dass M nicht etwa an einer falschen Dosierung des Heroins durch A verstarb, sondern infolge des Zusammenwirkens des Heroins, seiner geschwächten Konstitution und des Blutalkohols. Insofern kann man nicht sagen, dass A eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, die jedem anderen sofort eingeleuchtet wäre. A hat somit zwar fahrlässig, aber nicht leichtfertig gehandelt.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 30 I Nr. 3 BtMG.

D. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB

A könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grundtatbestand (§ 223 I StGB)

A müsste zunächst den Tatbestand der einfachen Körperverletzung gem. § 223 I StGB verwirklicht haben, d.h. er müsste M körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität nicht nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 14, 269; NJW 1995, 2643; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 3). Gesundheitsschädigung hingegen ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen (also krankhaften) Zustands (BGH, NJW 1960, 2253; Sch/Sch-Eser, § 223 Rn. 5).

Der Stich mit der für die Injektion erforderlichen Injektionsnadel stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, durch die A die körperliche Integrität des M nicht unwesentlich beeinträchtigt hat. Auch hat A durch die Injektion des Heroins bei M einen Rauschzustand herbeigeführt, der Symptom einer Heroinvergiftung und somit ein pathologischer Zustand ist. Der von A herbeigeführte Verletzungserfolg ist ihm auch zuzurechnen, da A nicht nur eine Selbstverletzung des M gefördert hat (s.o.).

A hat M also sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt.

2. Qualifikation (§ 224 I StGB)

A könnte auch Qualifikationsmerkmale verwirklicht haben.

a. § 224 I Nr. 1 StGB

A könnte die Körperverletzung durch Beibringung von Gift begangen haben.

Gift ist jeder Stoff, der - zumindest unter bestimmten Bedingungen - durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit schädigen kann (BGHSt 32, 130; LK-Lilie, § 224 Rn. 8). Hierzu gehören insbesondere auch Opiate wie z.B. Heroin (Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 3).

Beibringen ist jedes Einführen des Giftes in oder Auftragen auf den Körper eines anderen, durch die der Stoff seine gesundheitsschädigende Wirkung entfalten kann (BGHSt 32, 130; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 1b). Durch die Injektion des Heroins konnte dieses seine (gesundheitsschädigende) Wirkung entfalten, so dass A die Körperverletzung durch Beibringung von Gift begangen hat.

b. § 224 I Nr. 5 StGB

Die Injektion des Heroins könnte weiterhin eine das

Leben gefährdende Behandlung darstellen.

Eine lebensgefährdende Behandlung im Sinne von § 224 I Nr. 5 StGB setzt nach herrschender Meinung lediglich voraus, dass die Behandlung nach den Umständen des Einzelfalles generell dazu geeignet ist, das Leben zu gefährden; der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr hingegen ist nach herrschender Meinung nicht erforderlich (BGH, NstZ-RR 1997, 67; Wessels/Hettinger, BT1, Rn. 282; Geerds, Jura 1988, 46; a.A.: NK-Paeffgen, § 224 Rn. 17). Die Injektion von Heroin in den Körper eines Menschen ist generell dazu geeignet, den Tod herbeizuführen. Im vorliegenden Fall ist M sogar an den Folgen der Injektion gestorben, so dass auch eine konkrete Lebensgefahr vorlag. Eine lebensgefährdende Behandlung ist somit gegeben.

3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. der Verwirklichung des Grundtatbestandes und der Qualifikationsmerkmale.

II. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch durch eine Einwilligung des M gerechtfertigt sein.

1. Disponibles Rechtsgut

Eine rechtfertigende Einwilligung ist nur bei solchen Tatbeständen denkbar, die ein disponibles Rechtsgut schützen, also ein solches, auf dessen Schutz das Opfer verzichten kann (Wessels/Beulke, AT, Rn. 372). §§ 223, 224 StGB schützen die körperliche Unversehrtheit. Hierbei handelt es sich um ein disponibles Rechtsgut, was sich auch im Rückschluss aus § 228 StGB entnehmen lässt.

2. Dispositionsbefugnis und Einwilligungsfähigkeit

Der Einwilligende muss dispositionsbefugt sein, d.h. dazu berechtigt, über das Rechtsgut zu verfügen (BGH, NJW 1992, 251; Tröndle/Fischer, Vor § 32 Rn. 3b). Auch muss er einwilligungsfähig sein, d.h. dazu fähig, Bedeutung und Folgen des Rechtsgutverzichts zu erkennen und danach zu handeln (BGHSt 12, 382; 23, 1; Wessels/Beulke, AT, Rn. 374).

M war Inhaber des geschützten Rechtsguts (körperliche Unversehrtheit), so dass er auch zur Disposition hierüber befugt war. Auch ist davon auszugehen, dass M trotz seiner Alkoholisierung in der Lage war, die sich aus seinem Rechtsgutverzicht ergebenden Risiken zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten, so dass M auch einwilligungsfähig war.

3. Einwilligungserklärung

Das Opfer muss die Einwilligung vor der Tat erklären

und darf diese bis zur Tat nicht widerrufen (BGHSt 17, 359; Wessels/Beulke, AT, Rn. 378). M hatte den A vor der Tat ausdrücklich zur Vornahme der Injektion aufgefordert, was den Anforderungen an eine Einwilligungserklärung genügt.

4. Keine Willensmängel des Einwilligenden

Eine Einwilligung ist grundsätzlich unwirksam, wenn der Einwilligende wesentlichen Willensmängeln unterliegt, die Einwilligungserklärung zum Beispiel durch Nötigung erzwungen oder durch Täuschung erschlichen wurde (BGHSt 11, 111; Wessels/Beulke, AT, Rn. 376). Solche Willensmängel sind hier jedoch nicht ersichtlich.

5. Keine Sittenwidrigkeit der Tat (§ 228 StGB)

Bei einer Einwilligung in eine Körperverletzung - wie im vorliegenden Fall - ist die Einwilligung jedoch unwirksam, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt (§ 228 StGB).

Zur Sittenwidrigkeit der Tat im vorliegenden Fall führt der BGH aus: "Gemäß § 228 StGB ist die mit Einwilligung der verletzten Person vorgenommene Körperverletzung rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Das Strafgesetzbuch knüpft somit die Rechtsfolgen der Einwilligung an außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien. Die Prüfung der Rechtfertigung der Körperverletzungstat durch die Einwilligung des Geschädigten ist daher in diesem Punkt weniger ein Akt normativ-wertender Gesetzesauslegung als vielmehr ein solcher empirischer Feststellung bestehender Moralüberzeugungen. Der Begriff der guten Sitten ist für sich gesehen allerdings konturenlos. Wird er als strafbegründendes Element in das Strafrecht integriert, gerät er in Konflikt mit dem grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG). Es sind daher verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 228 StGB erhoben worden (vgl. die Nachw. bei Stree in Schönke/Schröder aaO § 228 Rdn. 6). Diese teilt der Senat nicht. Jedoch muss der Begriff der guten Sitten auf seinen Kern beschränkt werden. Nur dann ist dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens genügt. Dies bedeutet, dass ein Verstoß der Körperverletzungstat gegen die guten Sitten nur angenommen werden kann, wenn sie nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können, mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist (Stree in Schönke/Schröder aaO). In diesem Sinne ist eine Körperverletzung trotz Einwilligung des Geschädigten nach der allgemein gebrauchten Umschreibung dann sitten-

widrig, wenn sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (vgl. BGHSt 4, 24, 32; 4, 88, 91; Hirsch in LK 11. Aufl. § 228 Rdn. 6 m. w. N.). Ein Verstoß gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befassten Strafgerichts genügt daher nicht. Lässt sich nach diesen Maßstäben die Sittenwidrigkeit nicht sicher feststellen, scheidet eine Verurteilung wegen eines Körperverletzungsdelikts aus (Stree aaO und Hirsch aaO Rdn. 2 jew. m. w. N.).

Die allgemein gültigen, vernünftigerweise nicht anzweifelbaren sittlichen Wertmaßstäbe sind allgemein kundig. Sie stehen daher der Kenntnisnahme durch das Revisionsgericht offen, ohne dass es ihrer Darlegung im tatrichterlichen Urteil bedarf (vgl. BGHSt 6, 292, 296; BayObLGSt 1987, 171, 173; OLG Düsseldorf NJW 1993, 2452, 2453; Kuckein in KK 5. Aufl. § 337 Rdn. 3; Meyer-Goßner/Cierniak StV 2000, 696, 699).

Nach dem Wortlaut des § 228 StGB ist entscheidend, ob die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Unerheblich ist daher, ob dieser Makel - auch oder nur - der Einwilligung anhaftet (BGHSt 4, 88, 91; BGH NSTZ 2000, 87, 88). Demgemäß kann die Prüfung der Sittenwidrigkeit der Tat nicht allein daran anknüpfen, ob mit der Tat verwerfliche Zwecke verfolgt werden, etwa weil sie der Vorbereitung, Vornahme, Verdeckung oder Vortäuschung einer Straftat (so aber Horn/Wolters in SK-StGB 57. Lfg. - August 2003 - § 228 Rdn. 9) oder anderen unlauteren Zielen dienen. Vielmehr ist immer in Betracht zu nehmen, ob die Körperverletzung wegen des besonderen Gewichts des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs, namentlich des Umfangs der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und des Grades der damit verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr, als unvereinbar mit den guten Sitten erscheint (vgl. Hirsch aaO Rdn. 9). Ob mit der Tat verfolgte weitergehende - unlautere - Zwecke ebenfalls für das Sittenwidrigkeitsurteil relevant sind (vgl. dazu die Nachw. bei Hirsch aaO Rdn. 8 sowie Stree aaO Rdn. 7; s. aber auch BGHSt 38, 83, 87, wo die Sittenwidrigkeit der Tat wegen der Geringfügigkeit der Verletzungen trotz des mit der Körperverletzung verfolgten verwerflichen Zwecks - vorge-täuschte Geiselnahme - verneint wurde), kann der Senat in vorliegendem Fall offen lassen. Denn weder der Geschädigte M noch der Angeklagte verfolgten mit der Heroinjektion einen weitergehenden Zweck, als bei M einen Rauschzustand herbeizuführen.

Dieser ist aber unmittelbares Symptom der durch das Heroin bewirkten Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB. Eine über die Tat hinausrei-

chende Zwecksetzung ist daher nicht erkennbar. Der Makel der Sittenwidrigkeit kann daher der Tat allein wegen des Maßes der Rechtsgutsverletzung und der damit verbundenen weitergehenden Gefahren für dessen Leib und Leben zukommen.

Danach gilt hier folgendes:

Entgegen der Ansicht des Landgerichts war die einverständliche Heroininjektion nicht schon deswegen sitten- und damit gemäß § 228 StGB rechtswidrig, weil sich der Angeklagte durch die Tat jedenfalls nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. b BtMG strafbar gemacht hat. § 228 StGB beschränkt unter Heranziehung ethisch-moralischer Maßstäbe die Freiheit des einzelnen, über sein Individualrechtsgut der körperlichen Unversehrtheit nach freiem Belieben zu disponieren. Hiervon zu trennen ist der Schutz anderer, überindividueller Rechtsgüter, über die der einzelne nicht verfügen kann. Hält es der Gesetzgeber für erforderlich, eine Handlung, die die Gefahr einer Körperverletzung in sich birgt, zum Schutz derartiger Universalrechtsgüter - etwa der Sicherheit des Straßenverkehrs in § 315 c StGB oder der Volksgesundheit in § 29 BtMG - in gesonderten Vorschriften unter Strafe zu stellen, ist die Einwilligung des durch eine derartige Handlung tatsächlich in seiner körperlichen Unversehrtheit oder Gesundheit Geschädigten für die Strafbarkeit des Täters nach diesen Vorschriften ohne Belang (vgl. BGHSt 6, 232, 234; 23, 261, 264). Die Einwilligung Ms hätte somit einer Verurteilung des Angeklagten nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG nicht entgegengestanden (vgl. BGHSt 37, 179, 181 ff.) und kann auch den Schuldanspruch nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. b BtMG nicht hindern. Andererseits lässt sich aus dem strafrechtlichen Schutz derartiger Universalrechtsgüter, auch wenn sie mittelbar den Schutz von Individualrechtsgütern mitbewirken (s. BGHSt 23, 261, 264; 37, 179, 182), nichts für die Beantwortung der Frage ableiten, ob im konkreten Einzelfall die Einwilligung des Geschädigten in die Verletzung des Individualrechtsguts seiner körperlichen Unversehrtheit mit allgemein anerkannten sittlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist (vgl. BGHSt 6, 232, 234; OLG Hamm MDR 1971, 67; BayObLGSt 1977, 105, 106 f.; Endriß/Malek, Betäubungsmittelstrafrecht 2. Aufl. Rdn. 370).

Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass der Konsum illegaler Drogen nach heute allgemein anerkannten, nicht anzweifelbaren Wertvorstellungen generell noch als unvereinbar mit den guten Sitten angesehen wird. Gleiches gilt für eine Körperverletzung, die durch das einverständliche Verabreichen eines illegalen Betäubungsmittels verursacht wird. Entsprechend erachten es auch verschiedene Autoren im strafrechtlichen

Schrifttum für möglich, dass eine durch das Verabreichen von Betäubungsmitteln bewirkte Körperverletzung durch die Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt sein kann (s. etwa Hirsch aaO Rdn. 50; Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 1016; Endriß/Malek aaO).

Unter welchen Voraussetzungen oder Umständen eine Gesundheitsschädigung durch einvernehmliches Verabreichen von Betäubungsmitteln nach allgemein anerkannten moralischen Maßstäben sittlich verwerflich ist, entzieht sich allerdings genereller Betrachtung. Allgemein reicht hierfür allein das Verabreichen auch harter Drogen nicht aus. Maßgeblich ist vielmehr, ob und in welchem Grad durch die konkrete Tat Gesundheits- bzw. Suchtgefahren begründet oder verstärkt werden. Nach allgemeinem sittlichen Empfinden ist die Grenze moralischer Verwerflichkeit dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Betroffene durch das Verabreichen des Betäubungsmittels in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

So lag es aber hier. M wurde wegen seiner gesundheitlichen Vorschädigung und der bereits bestehenden Alkoholintoxikation durch die Heroininjektion unmittelbar in Lebensgefahr gebracht. Tatsächlich hat sie auch seinen Tod herbeigeführt. Trotz der Einwilligung Ms in die Injektion war die vom Angeklagten hierdurch begangene Körperverletzung daher gemäß § 228 StGB rechtswidrig."

A ist somit nicht durch eine Einwilligung des M gerechtfertigt. A hat rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

A könnte sich jedoch in einem schuldausschließenden Irrtum befunden haben, wenn er geglaubt haben sollte, die Injektion des Heroins sei wegen der Einwilligung des M gerechtfertigt und ihm deshalb nicht vorzuwerfen.

Bei der irrigen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes durch den Täter unterscheidet die herrschende Meinung, die sog. eingeschränkte Schuldtheorie, zwischen Erlaubnis- und Erlaubnistatbestandsirrtum (vgl. die Übersicht über das Meinungsspektrum bei Joecks, § 16 Rn. 27 ff.). Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter irrig einen Sachverhalt annimmt, bei dessen tatsächlichem Vorliegen er gerechtfertigt wäre (Lackner/Kühl, § 17 Rn. 9; Roxin, AT1, § 14 Rn. 79). Im vorliegenden Fall liegt jedoch kein Irrtum des A über Tatsachen vor. A kannte alle für die Frage der rechtfertigenden Einwilligung maßgeblichen Umstände, inklusive der Vorschädigung und Alkoholisierung des M, die dazu führten, dass im vorliegenden Fall eine

konkrete Lebensgefahr bestand und die Tat gegen die guten Sitten verstieß und deshalb eine rechtfertigende Einwilligung des M ausgeschlossen war. Sollte A geglaubt haben, er sei trotz der konkreten Lebensgefahr für M wegen dessen Einwilligung gerechtfertigt, so hätte er die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes zu weit gezogen. Dies stellt einen Erlaubnisirrtum dar, dessen Behandlung sich nach § 17 StGB richtet (BGHSt 45, 219; Lackner/Kühl, § 17 Rn. 19). Entscheidend ist also, ob A diesen Irrtum hätte vermeiden können.

Eine Vermeidbarkeit i.S.v. § 17 StGB ist gegeben, wenn dem Täter sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre (OLG Köln, NJW 1996, 473; Tröndle/Fischer, § 17 Rn. 7; Zaczyk, JuS 1990, 889). Bei gehöriger Anstrengung seiner geistigen Fähigkeiten hätte A erkennen können, dass die Tat aufgrund der Vorschäden und der Alkoholisierung des M und der sich daraus ergebenden konkreten Lebensgefahr als Folge der Heroininjektion gegen die guten Sitten verstößt und deshalb eine Rechtfertigung über eine Einwilligung des M ausgeschlossen ist. Der Irrtum war also vermeidbar. A ist nicht entschuldigt, seine Strafe kann jedoch gem. § 17 S. 2 StGB gemildert werden.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1, 5 StGB.

E. Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I StGB

A könnte sich auch wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste den Tatbestand des § 227 I StGB verwirklicht haben.

1. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob der Tatbestand des § 227 I StGB im vorliegenden Fall überhaupt Anwendung findet. A hatte nämlich gleichzeitig den Tatbestand des § 30 I Nr. 3 BtMG weitestgehend verwirklicht; seine Strafbarkeit nach dieser Norm scheiterte lediglich daran, dass sein Verhalten nur fahrlässig und nicht - wie von § 30 I Nr. 3 StGB gefordert - leichtfertig war. Es könnte jedoch sein, dass § 30 I Nr. 3 BtMG für die dort geregelten Fälle (Herbeiführung des Todes des Opfers durch das Verabreichen von Betäubungsmitteln) eine Privilegie-

rung des § 227 I StGB darstellt, so dass dieser gar nicht mehr neben § 30 I Nr. 3 BtMG anwendbar wäre.

Hierzu der BGH: "Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass sich das Landgericht, nachdem es eine leichtfertige Todesverursachung im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG nicht festzustellen vermochte, nicht von vornherein daran gehindert gesehen hat, den Angeklagten der Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. Denn § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG in der Tatvariante des Verabreichens von Betäubungsmitteln mit Todesfolge steht zu § 227 Abs. 1 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität (vgl. hierzu allg. Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. vor §§ 52 ff. Rdn. 136), die zur Folge hätte, dass § 227 Abs. 1 StGB nicht anwendbar ist, wenn eine Verurteilung nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG mangels Leichtfertigkeit der Todesverursachung nicht in Betracht kommt.

Privilegierende Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den in Frage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren (spezielleren) Gesichtspunkt erfasst (BGH NJW 1999, 1561; Rissing-van Saan in LK 11. Aufl. vor §§ 52 ff. Rdn. 73 m. w. N.) und der Täter durch die Spezialvorschrift privilegiert werden soll. In diesem Fall ist ein Rückgriff auf das allgemeinere Delikt ausgeschlossen, da hierdurch die Privilegierung beseitigt würde (vgl. BGHSt 30, 235, 236). Ob die speziellere Vorschrift den Täter begünstigen soll, ist anhand des Zwecks dieser Vorschrift, des inneren Zusammenhangs der miteinander konkurrierenden Bestimmungen und des Willens des Gesetzgebers zu prüfen (BGHSt 19, 188, 190; 24, 262, 266; Rissing-van Saan aaO).

Nach diesen Maßstäben liegen die Voraussetzungen privilegierender Spezialität hier nicht vor. Zwar könnte es auf ein derartiges Konkurrenzverhältnis der beiden Vorschriften hindeuten, dass § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG die Todesfolge, die als notwendiges Durchgangsstadium zum Todeseintritt objektiv stets auch eine Körperverletzung beinhaltet (vgl. BGHSt 44, 196, 199; BGH NStZ 1995, 79, 80; 1997, 233, 234), nur bei leichtfertiger Herbeiführung des Todes zur Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes genügen lässt und hierfür lediglich Freiheitsstrafe von nicht unter zwei Jahren androht, während § 227 Abs. 1 StGB Freiheitsstrafe von nicht unter drei Jahren vorsieht, obwohl hier für die Verursachung des Todes jede Form der Fahrlässigkeit zur Tatbestandserfüllung ausreicht (§ 18 StGB).

Indessen steht der Annahme privilegierender Spezialität entgegen, dass die Verabreichung von Betäubungsmitteln mit Todesfolge nicht in jedem Fall alle tatbestandlichen Voraussetzungen der Körperverletzung mit Todesfolge erfüllt; denn das vorsätzliche Verabreichen von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. b BtMG) beinhaltet nicht notwendig eine vorsätzliche Körperverletzung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB. Betäubungsmittel können bei ihrem Konsumenten Wirkungen hervorrufen, die sich als Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB darstellen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sie zu Rauschzuständen, körperlichem Unwohlsein - insbesondere nach Abklingen der Rauschwirkungen - oder zur Suchtbildung bzw. zu Entzugserscheinungen führen (BGH NJW 1970, 519; vgl. auch Lilie in LK 11. Aufl. § 223 Rdn. 14 m. w. N.). Wer Betäubungsmittel verabreicht, hierdurch derartige Wirkungen bzw. Erscheinungen bei dem Betroffenen erzielt und dies zumindest im Sinne bedingten Vorsatzes billigend in Kauf nimmt, verwirklicht daher den objektiven und subjektiven Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung. Jedoch muss nicht jeder Betäubungsmittelkonsum bzw. jede Betäubungsmittelgabe zu einer Gesundheitsschädigung im dargestellten Sinne führen. Insbesondere beim Konsum leichter Drogen in geringer Dosis müssen die normalen Körperfunktionen nicht derart nachteilig beeinflusst werden, dass von einem - sei es auch nur vorübergehenden - pathologischen Zustand (vgl. BGHSt 43, 346, 354 m. w. N.) gesprochen werden kann. Wer bei der Verabreichung von Betäubungsmitteln nur derartige Wirkungen hervorrufen will oder billigend in Kauf nimmt, macht sich daher nicht der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig. Dementsprechend begeht er auch keine vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge, wenn aufgrund besonderer Umstände - etwa allergischer Reaktionen, gesundheitlicher Vorschädigungen des Betroffenen oder sonstiger konstellativer Faktoren - die Wirkungen des Betäubungsmittels unvorhergesehen zum Tod des Opfers führen. Konnte und musste er diese mögliche Folge voraussehen, so kommt, wenn er insoweit leichtfertig handelte, eine Verurteilung nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG in Betracht. Trifft ihn lediglich der Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit, ist nur ein Schuldspruch nach § 222 StGB möglich. Kann ihm die Todesfolge überhaupt nicht vorgeworfen werden, ist er allein nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchst. b BtMG zu bestrafen. Eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge scheidet dagegen aus.

Beinhaltet danach aber nicht jede Verabreichung von Betäubungsmitteln (mit Todesfolge) notwendig eine

vorsätzliche Körperverletzung (mit Todesfolge), so ist trotz des im Vergleich zu § 227 Abs. 1 StGB für die Todesfolge in § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG geforderten erhöhten Grades der Fahrlässigkeit bei gleichzeitig niedrigerer Strafraumenuntergrenze das systematische und konkurrenzrechtliche Verhältnis der beiden Vorschriften anders als im Sinne privilegierender Spezialität zu deuten: Die höhere Strafraumenuntergrenze des § 227 Abs. 1 StGB beruht darauf, dass diese Vorschrift über die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG hinaus stets das Vorliegen einer vorsätzlichen Körperverletzung voraussetzt." Der Tatbestand des § 227 I StGB ist mithin noch anwendbar.

2. Grundtatbestand (§ 223 I StGB)

A hat den Grundtatbestand der einfachen Körperverletzung (§ 223 I StGB) durch die Injektion des Heroins verwirklicht (s.o.).

3. Qualifikationstatbestand (§ 227 I StGB)

a. Eintritt der schweren Folge des § 227 I StGB

Die schwere Folge des § 227 I StGB - der Tod eines Menschen - müsste eingetreten sein.

M ist tot, so dass diese schwere Folge eingetreten ist.

b. Kausalität Grunddelikt - schwere Folge

Die Begehung des Grunddelikts durch A müsste auch kausal gewesen sein für den Eintritt der schweren Folge (vgl. § 227 I StGB: "durch die Körperverletzung"). Hätte A die Heroininjektion nicht vorgenommen, so wäre M nicht gestorben. Die erforderliche Kausalität ist somit gegeben.

c. Unmittelbarkeitszusammenhang

Des weiteren ist für § 227 I StGB ein Unmittelbarkeitszusammenhang in dem Sinne erforderlich, dass der Tod des Opfers Resultat einer typischen Gefahr der Begehung des konkreten Grunddelikts darstellt (BGHSt 33, 323; Tröndle/Fischer, § 227 Rn. 2 mwN). Insofern ist i.R.v. § 227 I StGB streitig, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang erfordert, dass der Tod des Opfers aus dem (Verletzungs-) Erfolg des Grunddelikts resultiert (sog. Letalitätstheorie, vgl. Krey, BT1, S. 271; Jakobs, JR 1986, 380) oder ob der Unmittelbarkeitszusammenhang darüber hinaus auch dann gegeben ist, wenn er Resultat der Handlung des Grunddeliktes ist (so BGH, NStZ-RR 1998, 171; Schönke/Schröder-Stree, § 227 Rn. 5 mwN).

Dieser Streit kann jedoch im vorliegenden Fall dahinstehen, da M unmittelbar an der Heroingiftung, die

den Erfolg des Grunddelikts darstellt, gestorben ist (s.o.). Der Unmittelbarkeitszusammenhang ist somit gegeben.

d. Wenigstens Fahrlässigkeit (§ 18 StGB)

A müsste bzgl. der Herbeiführung des Todes des M wenigstens fahrlässig gehandelt haben (§ 18 StGB).

A hat bzgl. der Herbeiführung des Todes des M durch die Heroininjektion zwar nicht leichtfertig, aber doch fahrlässig gehandelt (s.o.). A hat somit den Tatbestand des § 227 I StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft (s.o.).

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 227 I StGB.

F. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich durch dieselbe Handlung (die Injektion des Heroins) gem. § 29 I 1 Nr. 6 b BtMG, §§ 223 I, 224 I Nr. 1, 5 StGB und § 227 I StGB strafbar gemacht. § 224 StGB wird jedoch von § 227 StGB verdrängt (BGHSt 21, 195; Tröndle/Fischer, § 224 Rn. 16), während die übrigen Delikte in Tateinheit (§ 52 StGB) nebeneinander bestehen bleiben.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Klenke, Reinhard: "Behörden als Beklagte - Vom Sinn der Regelung gem. § 78 I Nr. 2 VwGO"
Fundstelle:	NWVBI 2004, 85 (Heft 3)
Inhalt:	Erfahrungsgemäß bereitet die Bestimmung des richtigen Beklagten (Rechtsträger oder Behörde) in den Bundesländern, die von § 78 I Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht haben, den Examenskandidaten große Schwierigkeiten. Der Beitrag versucht, Verständnis für die Norm zu wecken, kommt allerdings zu dem Ergebnis, dass sie auch in praxi eher schadet als nützt.

Autor/Titel:	Beaucamp, Guy / Lang, Cathleen: "Gequälte Hochschüler"
Fundstelle:	JA 2004, 213 (Heft 3)
Inhalt:	Der Beitrag beleuchtet drei für Studenten sehr interessante Themen - die Folgen eines Täuschungsversuchs in der jur. Staatsprüfung, die Schließung eines Studiengangs während des laufenden Studiums und die Erhebung von Studiengebühren - aus rechtlicher Sicht.

Autor/Titel:	Schliesky, Utz / Schwind, Joachim: "Der unerträgliche Ehemann"
Fundstelle:	JA 2004, 217 (Heft 3)
Inhalt:	Eher leichte Übungsklausur für "zwischendurch" zum aktuellen Thema der Betretungsverbote gegen sog. "Haustyrannen", die in vielen Bundesländern (im Gegensatz zu dem der Lösung zugrunde gelegten Landesrecht Schleswig-Holsteins) allerdings mittlerweile durch Standardmaßnahmen geregelt ist. Das in der Falllösung erörterte Problem der Anwendbarkeit der Generalklausel stellt sich dann natürlich nicht.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Meyer, Peter / von Varel, Hergen: "Die Sicherungszession"
Fundstelle:	JuS 2004, 192 (Heft 3)
Inhalt:	Die nicht gesetzlich geregelte Sicherungsabtretung, die eine beispielhafte Verknüpfung von Schuldrecht und Sachenrecht enthält, erfreut sich in der Praxis wie in beiden Staatsexamensprüfungen großer Beliebtheit. Der Aufsatz befasst sich mit den Voraussetzungen und Problemfällen (z.B. Kollision mit verlängertem Eigentumsvorbehalt) ausführlich.

Autor/Titel:	Lorenz, Stephan: "Leistungsgefahr, Gegenleistungsgefahr und Erfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf"
Fundstelle:	JuS 2004, 105 (Heft 2)
Inhalt:	Der Beitrag behandelt anhand des BGH-Urteils (NJW 2003, 3341) Grundlagenfragen von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr sowie zum Erfüllungsort für das neue Recht des Verbrauchsgüterkaufs.

Autor/Titel:	Petersen, Jens: "Das Abstraktionsprinzip"
Fundstelle:	Jura 2004, 98 (Heft 2)
Inhalt:	Zu den absoluten Grundprinzipien unseres Zivilrechts gehört das Abstraktionsprinzip, deren Verständnis zwingende Voraussetzung für eine erfolgreiche Ausbildung ist. Der Aufsatz behandelt das Thema von seinen Prinzipien, Kernaussagen, Grenzen und Problemfällen her.

Autor/Titel:	Deubner, Karl G.: "Aktuelles Zivilprozessrecht"
Fundstelle:	JuS 2004, 203 (Heft 3)
Inhalt:	Der Beitrag arbeitet die derzeit aktuellen Entscheidungen des BGH im Zivilprozessrecht auf.

Strafrecht

Autor/Titel:	v. Stülpnagel, Harriet: "Die wesentlichen Voraussetzungen des Einlegens und der Begründung der strafprozessualen Revision"
Fundstelle:	JA 2004, 231 (Heft 3)
Inhalt:	Dieser Beitrag wendet sich vor allem an Referendare, die im 2. Staatsexamen mit Revisionsrecht konfrontiert werden können. Der Beitrag erläutert den gesamten Ablauf des Revisionsverfahrens und gibt in jeder Situation praktische Tipps, bis hin zu Formulierungsbeispielen.

Autor/Titel:	Heyers, Johannes: "Vormundschaftlich genehmigte Sterbehilfe - BGH, NJW 2003, 1588"
Fundstelle:	JuS 2004, 100 (Heft 2)
Inhalt:	Nicht die erste Besprechung der genannten (zivilrechtlichen) Entscheidung des BGH (= RA 2003, 433) zur Erforderlichkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei Schwerstkranken, aber ein sehr verständliche Aufarbeitung dieser sehr examensrelevanten Konstellation aus dem Bereich der Sterbehilfe.

Autor/Titel:	Walter, Tonio: "Zur Lehre von den Konkurrenzen: Die Bedeutung der Konkurrenzen und wie man sie prüft"
Fundstelle:	JA 2004, 133 (Heft 2)
Inhalt:	Die Prüfung von Konkurrenzen führt bei vielen Examenskandidaten zu Verwirrung und Unsicherheit. In diesem Beitrag gibt der Verfasser einen Überblick über die Bedeutung von Konkurrenzen in Studium und Praxis und deren Prüfung im Gutachten. Ausführungen zu den verschiedenen Arten von Konkurrenzen fehlen jedoch erstaunlicherweise.